

**Interpretação e aplicação dos elementos de dosimetria da pena  
do art. 45 da Lei nº 12.529/11**

*Interpreting and applying the dosimetry elements of the penalties established in the  
brazilian competition law*

Daniel Silva Boson<sup>1</sup>

**RESUMO**

O presente artigo tem por objetivo verificar a possibilidade de uma interpretação coerente e sistêmica de cada um dos elementos de dosimetria do art. 45 da Lei 12.529/11, e, a partir daí, sugerir uma metodologia para o cálculo das penas aplicadas pelo Cade, à luz dos objetivos da própria lei. Embora a doutrina ainda não tenha aprofundado sobre o tema, ela destaca a dificuldade que o Conselho tem em aplicar o referido artigo. Em que pese a complexidade deixada pelo Legislador, dada a multiplicidade de elementos, por vezes de elevado grau de abstração ou de difícil estimativa, acreditamos que é possível aplicar de forma efetiva o referido artigo. Para tanto, utilizamos de pesquisa bibliográfica na literatura jurídico e econômica, bem como de pesquisa documental na jurisprudência do Conselho.

**Palavras-chave:** Lei de Defesa da Concorrência; Cade; Dosimetria da Pena; Análise Econômica das Penas.

**ABSTRACT**

This article aims to verify the possibility of a coherent and systemic interpretation of each of the elements of dosimetry in art. 45 of Law 12.529/11, and suggest a methodology for calculating the penalties applied by Cade, in light of the objectives of the law itself. Although the doctrine has not yet delved into the topic, it highlights the difficulty for the Council applying the aforementioned article. In spite of the complexity left by the Legislator, given the multiplicity of elements, sometimes with a high degree of abstraction or difficult to estimate, we believe that it is possible to apply these elements effectively. For this, we use bibliographic research in the legal and economic literature, as well as documentary research in the Council's jurisprudence.

**Keywords:** Competition Law; Cade; Dosimetry of Penalty; Economic Analysis of Penalties.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pelo UniCEUB, com distinção. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Especialista em Administração de Empresas e em Defesa da Concorrência, ambas pela FGV. Gestor Público Federal (EPPGG) prestando assessoria jurídico-econômica no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ex-Professor de Economia e de Direito Econômico na Fortium e no UniCEUB. Foi Analista de Finanças e Controle (AFC) da Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda. E-mail: danielboson@hotmail.com.

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. Interpretação dos Elementos Legais de Dosimetria das Penas. 2.1. Elementos Subjetivos. 2.1.1. Gravidade da Infração (inciso I). 2.1.2. Boa-Fé do Infrator (inciso II). 2.1.3. Vantagem Auferida ou Pretendida (inciso III). 2.1.4. Situação Econômica do Infrator (inciso VII). 2.1.5. Reincidência (inciso VIII). 2.2. Elementos Objetivos. 2.2.1. Consumação ou não da infração (inciso IV). 2.2.2. Grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros (inciso V). 2.2.3. Efeitos Econômicos Negativos no Mercado (inciso VI). 3. Aplicação Coerente dos Elementos Legais de Dosimetria da Pena. 4. Conclusões. Referências.

## 1. Introdução

O tema da dosimetria da pena é um dos pontos mais sensíveis da análise sobre infrações concorrenciais, tendo em vista que são as sanções os principais instrumentos à disposição do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) para o *enforcement* da lei concorrencial<sup>2</sup>. Contudo, o tema ainda foi pouco analisado quando comparado, por exemplo, a infrações, e ainda há divergências em sua aplicação, inclusive, por exemplo, se caberia ou não um guia de dosimetria (PRESIDENTE, 2015)<sup>3</sup>. O problema a ser desenvolvido é como interpretar e aplicar, de forma coerente, os 8 elementos do art. 45 da Lei nº 12.529/11, quais sejam:

Art. 45. Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração:  
 I - a gravidade da infração;  
 II - a boa-fé do infrator;  
 III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;  
 IV - a consumação ou não da infração;  
 V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;  
 VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;  
 VII - a situação econômica do infrator; e  
 VIII - a reincidência (BRASIL, 2011)<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Lei concorrencial e antitruste serão tratados como sinônimos neste artigo.

<sup>3</sup> PRESIDENTE do Cade destaca falta de critérios para dosimetria de pena. **Migalhas**, 27 ago. 2015. Em entrevista, ainda no ano de 2015, o ex-presidente do CADE ressaltou a importância de uma regulamentação específica sobre dosimetria da pena.

<sup>4</sup> BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011.

Como pode ser visto, são pelo menos 15 variáveis, a depender de como considerá-las, sendo que apenas o inciso V traz 8, sendo visível que há aparentes sobreposições entre elas. Contudo, em que pese a dificuldade hermenêutica, são esses elementos que o Legislador determinou que fossem utilizados pelo Tribunal para dosar as penas, o que deve ser realizado de forma coerente.

Para tanto, ressaltamos dois pontos que devem ser observados. Para a aplicação do artigo, (i) deve-se considerar os valores da lei e (ii) cada elemento de dosimetria deve representar um critério claro, aplicável, e não coincidente com outros. Acreditamos que o primeiro ponto é mais fácil de ser alcançado, enquanto o segundo exige um esforço hermenêutico mais sofisticado.

No que tange a valores, o art. 1º da lei concorrencial<sup>5</sup> dispõe sobre a observância dos princípios constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Se considerado que as sanções são instrumentais para o alcance desses valores, é incoerente não fixar também as penas à luz do que se pretende alcançar.

Contudo, por se tratar de valores com elevado grau de abstração, em linhas gerais há um certo consenso de que o Conselho, na análise dos processos, deve fazer uma análise de custo benefício para a sociedade e, em especial, considerar os interesses dos consumidores. Nesse sentido, Pereira Neto e Casagrande (2016)<sup>6</sup> ressaltam que a maioria dos economistas defende que as normas concorrenciais deveriam ser aplicadas de forma a promover o maior bem-estar total possível, mas explicam que esse posicionamento não seria seguido pela maioria dos países, inclusive o Brasil, que adotariam o bem-estar do consumidor como principal critério normativo.

---

<sup>5</sup> “Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.” BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011.

<sup>6</sup> PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial:** doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016.

De fato, quando se analisa, por exemplo, o Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal (BRASIL, 2016)<sup>7</sup>, ele segue exatamente essa linha (JASPER, 2019)<sup>8</sup>.

Assim, partiremos do pressuposto que, em termos práticos, a aplicação da lei, inclusive no tocante à dosimetria da pena, deve considerar uma diretriz pela melhoria da eficiência dos mercados e o bem-estar do consumidor. Em outras palavras, o Direito Concorrencial é instrumental para o alcance desses objetivos, de forma que a preocupação com os efeitos da interpretação e aplicação da norma é relevante. Com isso, não se trata apenas de uma interpretação jurídica, mas também seria necessário utilizar da ciência econômica, adotada no Direito Concorrencial de forma ampla, também na dosimetria da pena, a fim de justificar as sanções com base nos objetivos que se pretende alcançar.

Aceito esse pressuposto, passa-se ao segundo ponto, que é mais complexo. A pergunta é como interpretar e aplicar cada um dos elementos de dosimetria do art. 45 da lei concorrencial de modo que cada um represente um critério distinto e claro para a dosimetria, com criação de incentivos adequados ao objetivo de aumento de bem-estar da sociedade<sup>9</sup>, e que haja uma aplicação coerente entre eles. Em nosso entendimento, esses seriam os pontos que necessariamente deveriam ser observados:

- a) todos os elementos do art. 45 devem ser considerados, conforme previsto no próprio *caput* do artigo, a menos que não seja possível ou seja excessivamente custoso;
- b) deve haver coerência na aplicação dos diferentes elementos legais, não podendo haver sobreposição de definição, de modo que não haja diferentes elementos avaliados por um mesmo critério;
- c) cada elemento deve se relacionar a um critério que seja passível de aferição e avaliação, de modo a garantir maior transparência e efetividade na sua aplicação;

---

<sup>7</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Brasília: CADE, 2016.

<sup>8</sup> A jurisprudência do Cade não é clara sobre os objetivos. JASPER, Eric Hadmann. Paradoxo tropical: a finalidade do Direito Concorrencial no Brasil. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 7, n. 2, p. 171-189, nov./2019.

<sup>9</sup> Um exemplo de metodologia que ilustra uma despreocupação com os efeitos ocorreu na dosimetria da pena no caso do cartel dos vergalhões (PA n° 08012.004086/2000-21), no qual o CADE aplicou a multa-base mínima de 1% e, para cada elemento legal, em que se entendeu ter configurado um agravante, adicionou-se 1%. Essa metodologia, embora simples, e em uma visão mais míope do direito, satisfatória, é bastante criticável de um ponto de vista econômico. Isso porque cada elemento legal tem sua função e a forma como cada um é ponderado na fixação da pena tem efeitos concretos nos incentivos dos agentes econômicos.

- d) cada elemento deve se relacionar a um critério que esteja alinhado aos objetivos da lei concorrencial, gerando efeitos positivos para que o Conselho alcance seus objetivos legais;
- e) os critérios relacionados a cada elemento devem ser aplicáveis a diferentes tipos de infrações contra a ordem econômica.

Considerados esses pontos, acreditamos que é possível apresentar critérios objetivos e coerentes, que efetivamente sirvam para o diagnóstico da infração e do infrator, para que então o CADE escolha os remédios, e as respectivas doses, mais adequados ao caso concreto. Como dito, não é qualquer sanção aplicada em qualquer dose que seria adequada, tendo em vista a determinação do legislador de utilizar todos esses elementos para alcançar os objetivos legais.

Para tanto, adotamos como metodologia uma pesquisa bibliográfica e documental. Em relação à primeira, a literatura jurídica se faz necessária por se tratar de lei, enquanto a econômica permite uma análise sobre os efeitos práticos dos elementos de dosimetria. Já quanto à pesquisa documental, referente à jurisprudência do Conselho, trata-se do próprio objeto para o qual o presente artigo se propõe a sugerir melhorias.

Dito isso, o presente trabalho é dividido em 4 partes, incluindo esta introdução. Na segunda seção são apresentadas interpretações dos 8 elementos do art. 45 da lei concorrencial, de modo que atendessem aos critérios propostos. Na terceira seção, é mostrado um exemplo de como seria possível uma aplicação conjunta deles de forma coerente. Por fim, são apresentadas as conclusões do trabalho.

## **2. Interpretação dos Elementos Legais de Dosimetria das Penas**

O tema da dosimetria da pena ainda é muito pouco explorado na doutrina concorrencial brasileira. Martinez (2013)<sup>10</sup> ressalta que os critérios estabelecidos pela lei são gerais, de modo que seria recomendável que o CADE emitisse resolução com os parâmetros específicos de dosimetria para o cálculo das multas, como feito por outras agências. Santos (2016)<sup>11</sup> segue o mesmo entendimento, destacando que não há critérios pré-definidos e sugerindo algum guia.

---

<sup>10</sup> MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a Cartéis**: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal. São Paulo: Singular, 2013.

<sup>11</sup> SANTOS, Flávia Chiquito dos. **Aplicação de Penas na Repressão a Cartéis**: uma análise da jurisprudência do CADE. São Paulo: Lumem Juris, 2016.

Gilberto (2008)<sup>12</sup>, por sua vez, destaca que nem sempre o CADE considera todos os elementos legais na definição da penalidade, e que, no caso de sanções pecuniárias, haveria uma tendência do órgão em utilizar tais elementos para majoração do valor fixado.

Já Valladares (2013)<sup>13</sup> apresentou um estudo específico sobre dosimetria da pena, comparando a realizada no Brasil, que estaria longe de ser cristalina, com a praticada nos EUA e Europa, concluindo que a legislação americana seria a que definiria melhor os parâmetros e os guias ao processo dosimétrico. Oliveira e Rodas (2013)<sup>14</sup>, por seu turno, apresentam apenas duas conclusões, uma de que a enumeração do art. 45, ao que tudo indicaria, seria *numerus clausus*, e não meramente exemplificativa, e que esse artigo teria traçado amplos parâmetros para guiar o julgador, mas ele não teria sido ainda regulamentado. Por fim, Pereira Neto e Casagrande (2016)<sup>15</sup> apenas destacam que, à exceção da reincidência, a qual implicaria duplicação da pena imposta, os demais critérios teriam um caráter mais subjetivo e deveriam ser articulados individual e explicitamente na motivação da decisão do Tribunal.

Conclui-se, pois, que os elementos de dosimetria do art. 45 da Lei nº 12.529/11 (BRASIL, 2011)<sup>16</sup> não foram ainda trabalhados de forma aprofundada pela doutrina concorrencial brasileira, em que pese a relevância do tema para o *enforcement* da lei e para o devido funcionamento da ordem econômica. Com isso, esse artigo visa ao aprofundamento desse debate e à melhoria do processo de dosimetria da pena.

Passando à análise dos elementos legais, verificamos que eles poderiam ser divididos em duas categorias, uma relacionada ao infrator, abrangendo os elementos subjetivos, e a outra relacionada aos efeitos para a sociedade, englobando os elementos objetivos. Gilberto também apresenta duas categorias, conforme se segue:

---

<sup>12</sup> GILBERTO, André Marques. 2008. **O Processo Antitruste Sancionador**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

<sup>13</sup> VALLADARES, Hugo Emmanuel D. Gonçalves. Dosimetria da pena de multa em cartéis no âmbito do Cade. Dificuldades e perspectivas comparadas aos EUA e à Comissão Europeia. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 1, n. 2, p. 45-73, 2013.

<sup>14</sup> OLIVEIRA, Gesner de; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>15</sup> PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>16</sup> BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011.

Os critérios de gradação da sanção antitruste podem ser divididos em dois grupos; o primeiro inclui fatores específicos relacionados à figura do infrator: a situação econômica, se é reincidente e se, mesmo praticando a conduta contrária aos dispositivos da Lei Antitruste, estava agindo de 'boa-fé'. Um segundo grupo de critérios analisa os efeitos produzidos pela prática em questão; incluem-se aí a gravidade da infração, se a mesma foi consumada ou não, o grau de risco por ela apresentado, os efeitos gerados ao mercado e a vantagem pretendida pelo infrator (GILBERTO, 2008, p. 245)<sup>17</sup>.

Em relação a essa classificação, apresentamos algumas divergências. Primeiro, entendemos que a vantagem auferida ou pretendida é um elemento relacionado à figura do infrator e não aos efeitos. Segundo, em relação à gravidade da infração, como será argumentado posteriormente, considerando uma análise sistêmica do artigo e a importância prática de se considerar a intensidade de participação do condenado na infração, como a questão da liderança, o que inclusive já vem sendo considerado na jurisprudência do CADE, entendemos que a interpretação mais adequada é considerá-lo de um ponto de vista subjetivo.

Dessa forma, apresentamos outra classificação dos elementos de dosimetria, baseada em elementos subjetivos e objetivos:

- a. Elementos subjetivos: gravidade da infração (inciso I); boa-fé do infrator (inciso II); vantagem auferida ou pretendida pelo infrator (inciso III); situação econômica do infrator (inciso VII); e reincidência (inciso VIII).
- b. Elementos objetivos: consumação ou não da infração (inciso IV); grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros (inciso V); e efeitos econômicos negativos produzidos no mercado (inciso VI).

Essa classificação, a ser justificada ao longo do artigo, também se relaciona com alguns objetivos intermediários que poderiam ser alcançados com as penas e que seriam úteis para o alcance de seu objetivo mais geral. Um deles é incentivar a redução dos danos pelo próprio infrator, ainda que ele opte por cometer a infração. Outro é desincentivar a liderança, o que pode dificultar a ocorrência de ilícitos coordenados. É também possível incentivar o infrator a não buscar ocultar a conduta ou fazer com que ele coopere com as autoridades. Outro objetivo é evitar que a oferta de produtos ou serviços venha a ser prejudicada em função de condenações.

---

<sup>17</sup> GILBERTO, André Marques. 2008. **O Processo Antitruste Sancionador**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

Para que esses objetivos possam ser alcançados, é necessária uma análise econômica, para tentar prever o comportamento dos agentes frente aos incentivos, de modo que as penas possam ser aplicadas de forma instrumental. Para tanto, os objetivos devem ser claros e os critérios, a serem considerados na interpretação de cada elemento legal de dosimetria, verificáveis. Disso isso, passa-se à análise dos elementos legais, iniciando-se pelos subjetivos.

## 2.1. Elementos Subjetivos

### 2.1.1. Gravidade da Infração (inciso I)

Considerando que há elementos relacionados a outros fatores relevantes para a dosimetria da pena, a gravidade da infração deveria estar relacionada à gravidade da participação individualizada do condenado na conduta, e não ao tipo infrativo. Nessa linha, em condutas coordenadas, a liderança poderia ser considerada uma agravante<sup>18</sup>, enquanto participações muito limitadas poderiam ser consideradas como atenuantes da pena. Já participações ordinárias em infrações coordenadas ou condutas unilaterais não teriam a penas impactadas por esse elemento.

A justificativa econômica para essa classificação é que, se refletida na severidade da pena, criaria um incentivo para que cada empresa, ainda que entendesse vantajoso participar da conduta, não quisesse assumir o ônus da liderança, o que poderia desestruturar eventual acordo entre concorrentes. No mesmo sentido, ainda que já houvesse um líder, as empresas teriam incentivos para participar o mínimo possível da conduta, o que igualmente dificultaria a formação e a manutenção do ilícito. Essa estrutura de incentivos é retratada utilizando-se um modelo conhecido por Dilema do Prisioneiro, clássico na teoria dos jogos<sup>19</sup>. Por esse modelo, os interesses privados das partes fazem com que o resultado do jogo seja “sub-ótimo” para eles, dada a ausência de contrato (MASCHLER; SOLAN; ZAMIR, 2013)<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> De forma comparativa, note-se que, embora não conste no Código Penal o termo liderança, o seu art. 62, incisos I e II, prevê agravamento da pena para quem atua de forma mais relevante na conduta.

<sup>19</sup> O modelo do dilema do prisioneiro refere-se a dois indivíduos que cometem um crime e são apreendidos. Dada a insuficiência de provas, o promotor oferece a ambos, que não têm contato entre si, um prêmio pela confissão, mas isso prejudicaria o parceiro, por isso o dilema.

<sup>20</sup> MASCHLER, Michael; SOLAN, Eilon; ZAMIR, Shmuel. **Game Theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

Um potencial questionamento para essa interpretação seria se gravidade da conduta, em uma interpretação literal, não estaria relacionada aos efeitos da conduta em si, ao invés da relação com o nível individual de participação. Em nosso entendimento, há pelo menos três argumentos para contestar essa conclusão.

O primeiro, de ordem prática, foi explicado, tendo em vista os efeitos benéficos de se considerar a intensidade da participação como elemento de dosimetria. O segundo argumento, referente à norma, subdivide-se em dois argumentos secundários, quais sejam, a interpretação proposta é igualmente válida de um ponto de vista literal, bem como já há outros elementos que estariam mais relacionados à infração em si. Além desses argumentos de ordem prática e legal, o terceiro é que o CADE já reconhece a importância do nível de participação na conduta, ainda que não haja clareza na relação desse critério com um elemento legal específico<sup>21</sup>.

Por fim, para aferir o nível de participação de cada agente, deve-se analisar o *modus operandi* das condenadas ao longo da conduta, o que inclusive já serviu de variável para explicar a gravidade da infração, como no caso do cartel de postos de Uberlândia (PA n° 08700.000649/2013-78). Há uma variedade de ações que poderiam caracterizar esse elemento legal, incluindo táticas intimidatórias, organização de tumultos, organização de um sistema de controle, indução a descredenciamento coletivo, entre outros.

O relevante, em nosso entendimento, é reconhecer a importância da gravidade da conduta de cada representado de forma distinta, por meio do nível de sua participação no ilícito. Com isso, cria-se um maior desincentivo individual à participação nas condutas coordenadas.

### 2.1.2. Boa-Fé do Infrator (inciso II)

No dicionário jurídico (GUIMARÃES, 2008)<sup>22</sup>, boa-fé tem o significado de honestidade, confiança, lealdade, sendo um conceito ético que se define como o entendimento de não prejudicar outras pessoas. Ela se dividiria em objetiva e subjetiva, sendo que a primeira imporá às partes comportamentos que, mesmo não previstos nos contratos, seriam necessários

---

<sup>21</sup> No cartel do frete aéreo, por exemplo, a Alitalia teve uma redução da pena em função de sua participação limitada (PA n° 08012.011027/2006-02).

<sup>22</sup> GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2008.

e precisariam ser obedecidos, enquanto a segunda seria considerada um estado de consciência, como o conhecimento e o desconhecimento de uma situação, sendo que nela se considera que o sujeito ignora o caráter ilícito de seu ato (NADER, 2013)<sup>23</sup>.

A boa-fé é um conceito mais comum no Direito civil, sendo pouco usual nos ramos jurídicos sancionadores. No entanto, há um conceito próximo, bastante utilizado na aplicação de penalidades, que é o de culpabilidade. Segundo Mirabete e Fabbrini (2014)<sup>24</sup>, uma conduta só seria reprovável, ou seja, só haveria culpabilidade, se o autor tivesse podido agir de acordo com a norma. Nessa análise, teria que se verificar os elementos de culpabilidade do agente, quais sejam, a imputabilidade<sup>25</sup>, a possibilidade de conhecimento da ilicitude<sup>26</sup> e a exigibilidade de conduta diversa<sup>27</sup>.

No Direito Concorrencial, o não conhecimento da ilicitude seria o elemento potencialmente mais recorrente, visto que muitas condutas dependem de uma análise econômica para verificar se os seus efeitos líquidos são ou não negativos para a sociedade, sendo que essa análise pode não ser trivial mesmo para especialistas. Além disso, trata-se de um ramo do Direito diferenciado, que muitos ignoram e que podem cometer infrações por desconhecimento.

---

<sup>23</sup> A boa-fé subjetiva estaria relacionada à convicção que o agente possuiria de estar agindo segundo os princípios de lealdade e as regras de Direito, enquanto a boa-fé objetiva seria a exigência de que as partes convencionem entre si conforme aqueles princípios e regras. O autor ainda destaca que o conceito de boa-fé, no Direito Civil, teria grande importância prática, mas implicitamente mostra a dificuldade na sua aplicação, defendendo seu uso com prudência, mas sem explicar como se daria essa prudência. NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: parte geral - vol. 1. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

<sup>24</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

<sup>25</sup> A imputabilidade seria a capacidade psíquica do agente, isto é, a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere a ele a capacidade de entender o caráter ilícito da conduta. No Direito Concorrencial, aparentemente não há discussões sobre imputabilidade.

<sup>26</sup> A possibilidade de conhecimento da ilicitude estaria relacionada à capacidade de o agente conhecer, mediante algum esforço de consciência, a antijuridicidade do ato.

<sup>27</sup> Exigibilidade de conduta diversa envolve erro sobre a ilicitude bem como se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, de forma que só seria punível o autor da coação ou da ordem. Em um ilícito concorrencial, eventualmente o subalterno poderia ser isento de pena, verificando-se a condenação apenas do dirigente e/ou da empresa.

O que se verifica é que, em geral, há uma dificuldade probatória para a diferenciação entre boa-fé e má-fé<sup>28</sup>, visto que, salvo em alguns casos, como confissão (CAPEZ, 2016)<sup>29</sup> ou disponibilidade de provas, como atas de assembleias, não é possível ainda avaliar o que se passa ou se passou na mente do indivíduo<sup>30</sup>. Defendemos, assim, que essa análise deve considerar a capacidade de o CADE aferir objetivamente a conduta e fazer uma avaliação igualmente mais objetiva do elemento legal, e não focar apenas em considerações subjetivas sobre intenção, em linha com Posner (1985)<sup>31</sup>.

Nesse sentido, entendemos que há duas formas de averiguar a boa-fé a partir do comportamento visível do agente, na ausência de outras provas: uma, pelo fato de o agente ter cometido a infração de forma pública, e outra pela colaboração no processo<sup>32</sup>. Essas duas hipóteses tendem a aumentar significativamente a probabilidade de punição, de forma que podem ser interpretadas como um forte indício de desconhecimento da ilicitude e boa-fé (LEITE, 2014)<sup>33</sup>.

Sobre esse elemento, apresentamos dois exemplos que entendemos terem sido decisões equivocadas, que são os processos referentes aos cartéis de combustíveis nas cidades de Campinas (PA n° 08012.002911/2001-33) e Goiânia (PA n° 08012.004712/2000-89). Na

---

<sup>28</sup> O elemento legal de dosimetria boa-fé não deve ser confundido com a intenção prevista no *caput* do art. 36 da lei concorrencial.

<sup>29</sup> No âmbito do processual penal, a confissão é a aceitação voluntária, feita por um imputável, a respeito de fato pessoal e próprio, desfavorável e suscetível de renúncia. Hoje, contudo, ela não mais seria considerada a “rainha das provas”. CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>30</sup> Isso provavelmente explica o fato de o tema praticamente não ser considerado em análises econômicas, as quais são baseadas essencialmente no comportamento visível das pessoas.

<sup>31</sup> POSNER, Richard A. An Economic Theory of the Criminal Law. **Columbia Law Review**, Nova Iorque, v. 85, n. 6, p. 1193–1231, 1985.

<sup>32</sup> Para casos de culpa em sentido estrito de danos à concorrência, sem intenção, e portanto, provavelmente realizadas de forma pública, pode-se considerar a Fórmula de *Hand*, que sugere que o dever de cuidado seria infringido se a probabilidade de dano vezes o seu custo for maior do que o custo da precaução, por exemplo, meio de cursos de *compliance*. A lógica dessa regra é incentivar uma pessoa, por meio da ameaça de punição, a investir mais recursos na precaução do que o custo esperado do dano. Um excesso de punição, como uma multa alta no caso de infração por desconhecimento da conduta, seria ineficiente, porque induziria custos excessivos de precaução.

<sup>33</sup> A título informativo, no Direito Penal, nos termos do art. 21 do respectivo código, o erro inevitável sobre a ilicitude do fato isenta de pena, enquanto, se evitável, implica em diminuição de um sexto a um terço. Ocorre que, mesmo no Direito Criminal, o tema ainda é bastante controvertido. LEITE, Alaor. **Dúvida e Erro sobre a Proibição no Direito Penal**: a atuação nos limites entre o permitido e o proibido. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. Ao menos, há uma discussão nesse ramo do Direito, enquanto no Direito Concorrencial ela praticamente sequer existe.

primeira, os representados não negaram o ato e aparentemente não tentaram ocultar da mídia uma reunião que viria a ocorrer, só que o Relator entendeu que poderia se tratar de uma estratégia para conferir maior adesão pelos postos, concluindo pela ocorrência de má-fé pelos condenados. Já no processo de Goiânia, os Representados também não buscaram ocultar a prática, mas o Relator argumentou que a utilização da mídia para facilitar condutas de cartéis seria conhecida como uma *facilitating practice*, concluindo que não haveria como se imputar boa-fé à conduta do sindicato.

O incentivo perverso que essas decisões criam é fazer com que os potenciais infratores busquem camuflar as condutas, dificultando a investigação e o julgamento. Já uma decisão que entendemos mais adequada refere-se ao caso do OGMO (PA n° 08700.005326/2013-70). Nela houve uma redução, ainda que pequena, no valor da multa, dado que as Representadas haviam comunicado o ato à autoridade reguladora estadual, bem como mostraram pouca resistência na defesa da conduta.

Nosso argumento, então, é no sentido de o Cade “comprar” uma maior probabilidade de punição, por meio da redução da pena, antes ou durante o processo (CONNOR, 2007)<sup>34</sup>. Isso porque, se a pena é a mesma, quem agiu de boa-fé teria um custo esperado com sanções significativamente maior, dada a maior probabilidade de punição. Considerando que a autoridade concorrencial tem interesse em conhecer os fatos, esse problema econômico poderia ser atenuado utilizando-se de incentivos econômicos.

O ajuste da sanção, por meio dessa variável, dependeria do quanto a não ocultação da conduta aumentaria a probabilidade de punição. Por exemplo, se o fato de um ilícito ser praticado de forma secreta reduz em quatro vezes a probabilidade de punição em relação a ilícitos cometidos de forma pública, em um modelo mais simples, a pena a ser aplicada no primeiro caso poderia ser quatro vezes maior, para se conseguir um mesmo nível de dissuasão.

---

<sup>34</sup> Essa remuneração não é fácil de calcular. Connor, por exemplo, apresenta críticas aos descontos concedidos pelo DOJ em função da cooperação do infrator, argumentando que eles seriam excessivos, o que estaria gerando uma dissuasão insuficiente. CONNOR, John M. A Critique of Cartel Fine Discounting by the U. S. Department of Justice. SSRN, Nova Iorque, 2007. Disponível em: <https://bit.ly/3coqvbx>. Acesso em: 15/11/16.

O problema é saber esses números, visto que, exatamente por se tratar em geral de práticas secretas, os dados para estimativa da sua frequência tendem a não serem precisos<sup>35</sup>.

No Brasil, não encontramos dados sobre essa taxa de detecção e punição<sup>36</sup>, e no exterior encontramos apenas dois estudos<sup>37</sup>, referentes a cartel. De todo modo, de forma conservadora, os números indicam que a taxa de detecção é bastante baixa, de forma que uma conduta realizada de forma pública poderia ter uma pena multiplicada algumas vezes para se ter o mesmo nível de efeito dissuasório.

Para concluir, ante o exposto, a boa-fé poderia ser interpretada pela falta de consciência da ilicitude, o que configuraria boa-fé subjetiva. Essa questão subjetiva poderia ser averiguada, em princípio, pelo fato de a conduta ter sido realizada de forma secreta ou pública, bem como pelas ações do representado no âmbito do processo. O importante é estimar o quanto isso impactou na probabilidade de condenação, e compensar na dosimetria da pena, a fim de encontrar a sanção que gere um nível dissuasório adequado.

### 2.1.3. Vantagem Auferida ou Pretendida (inciso III)

Sobre esse elemento, um primeiro ponto a se destacar é que vantagem auferida é diferente de vantagem pretendida. Em princípio, quando implementada a conduta infrativa, é de se esperar que, na maioria das vezes, o infrator tenha auferido vantagem. Isso porque, em

---

<sup>35</sup> Outro problema apontado pela literatura da economia comportamental é a racionalidade limitada. Nesse sentido, a percepção de uma taxa de probabilidade varia entre grupos, entre integrantes de um mesmo grupo, e mesmo para a mesma pessoa ao longo do tempo. SAH, Raaj Kumar. Social Osmosis and Patterns of Crime: a dynamic economic analysis. *Journal of Political Economy*, Chicago, v. 99, n. 6, p. 1272–1295, 1991. Já Sunstein (2000, p. 45, tradução nossa) cita, por exemplo, o viés da disponibilidade. SUNSTEIN, Cass R. (ed.). *Behavioral Law & Economics*. New York: Cambridge University Press, 2000. p. 45. Outro ponto é que quando a taxa real de detecção é baixa, pequenas diferenças em pontos percentuais nas percepções subjetivas criam um excesso ou uma escassez de efeito dissuasório. BEBCHUK, Lucian Arye; KAPLOW, Louis. Optimal Sanctions when Individuals are Imperfectly Informed about the Probability of Apprehension. *Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 21, n. 2, p. 365–370, 1992.

<sup>36</sup> No Brasil, a baixa probabilidade de detecção já foi reconhecida pela Conselheira Cristiane Alkmin, no cartel do gás no Pará (PA nº 08012.002568/2005-51).

<sup>37</sup> No mercado americano, estimaram que a taxa anual de detecção de cartel foi de 13% a 17%, mas a amostra de seu estudo compreendeu o período entre 1961 e 1988, antes, portanto, do programa de leniência. BRYANT, Peter G.; ECKARD, Eedwin. Price Fixing: the probability of getting caught. *The Review of Economics and Statistics*, Cambridge, v. 73, n. 3, p. 531–536, 1991. Em relação ao mercado europeu, já se beneficiando parcialmente dos efeitos do programa de leniência, foi encontrada uma taxa anual na União Europeia entre 12,9% e 13,3%. COMBE, Emmanuel; MONNIER, Constance; LEGAL, Renault. Cartels: The Probability of Getting Caught in the European Union. *Bruges European Economic Research Papers*, Bruges, Bélgica, v. 12, 2008. Então, de forma conservadora, caso considerada uma probabilidade de punição de 20%, dever-se-ia considerar um aumento de pelo menos 5 vezes a severidade da pena, caso ela fosse calculada sobre a vantagem auferida.

certo sentido, a infração pode ser considerada como uma atividade qualquer da empresa, de modo que o agente só ingresse nela se ele vislumbra lucro. Ocorre que, como em qualquer negócio, o objetivo pode não ser alcançado e a prática pode se tornar não lucrativa.

Então, teoricamente, a vantagem é auferida quando o infrator possui sucesso no empreendimento ilícito. Por outro lado, é apenas pretendida quando esse sucesso não ocorre. É de se esperar que, quando a vantagem é auferida, a pena deveria ser maior do que quando apenas pretendida, de modo que seria relevante fazer a distinção entre ambos. Em nosso entendimento, a vantagem, quando apenas pretendida, refletiria uma tentativa, e deveria ser analisada à luz do elemento ‘consumação ou não da infração’. Desse modo, esse elemento não teria um peso na dosimetria da pena.

Então, focando na vantagem efetivamente auferida, quando o CADE concluiu que ela ocorreu, em geral ele apenas descreveu teoricamente os ganhos da conduta e/ou fez algumas considerações sobre a vantagem da infração no caso concreto, como no cartel das autoescolas de São Paulo (PA n° 08012.003873/2009-93). Ocorre que, para fins de dosimetria, é difícil encontrar uma utilidade para esse tipo de informação. Diferentemente de outros elementos, em que é possível extrair regras a partir de dados não quantificados, no caso da vantagem auferida, em princípio é necessária alguma estimativa.

Há diversas estimativas sobre a vantagem auferida no exterior (CONNOR; LANDE, 2005; BOLOTOVA, 2009)<sup>38</sup>, focadas principalmente em cartéis, mas também no Brasil (LUCINDA; SEIXAS, 2016)<sup>39</sup>. Quanto ao Cade, a partir do ano de 2016 houve intensos debates sobre a utilização do cálculo da vantagem auferida nos casos concretos<sup>40</sup>. Em síntese, o

---

<sup>38</sup> No plano internacional, estimou-se a mediana de 25% no aumento de preço, mas, se considerados apenas os cartéis bem-sucedidos, ela teria alcançado 28-29%. Além disso, houve diferenças significativas caso se tratasse de cartéis com abrangência nacional ou internacional. Já com base em ações de responsabilidade civil nos EUA, magistrados teriam estimado aumentos de preço da ordem de 21,6%, e média de 31%. CONNOR, John M.; LANDE, Robert H. How High do Cartels Raise Prices? Implications for optimal cartel fines. **Tulane Law Review**, v. 80, p. 513–539, 2005. Outro estudo encontrou uma média de 21,88% e uma mediana de 20%. BOLOTOVA, Yuliya. V. Cartel Overcharges: an empirical analysis. **Journal of Economic Behavior and Organization**, Holanda, v. 70, n. 1–2, p. 321–341, 2009.

<sup>39</sup> Já no Brasil, há estimativa de sobrepreço no caso do cartel do peróxido de hidrogênio (PA n° 08012.001029/2007-66), encontrando-se, com o fim do cartel, preços tendo sido reduzidos em percentual entre 15,5% e 22%. LUCINDA, Claudio; SEIXAS, Renato. **Documentos de Trabalho 002/2016**: Prevenção Ótima de Cartéis: o caso dos peróxidos no Brasil. Brasília: CADE, 2016.

<sup>40</sup> Em especial os casos THC2 de Salvador (PA n° 08012.003824/2002-84), cartel do perborato de sódio (PA n° 08012.001029/2007-66), cartel em licitações de alimentos especiais (PA n° 08012.009645/2008-46), cartel de memórias DRAM (PA n° 08012.005255/2010-11) e cartel de gás do Pará (PA n° 08012.002568/2005-51).

Conselho encontrava-se dividido, com dois Conselheiros querendo utilizar esse elemento como principal variável para a fixação da multa, e os demais entendendo mais adequado fazer pequenos ajustes dentro de uma faixa de 12% a 18% sobre o faturamento bruto no ramo de atividade para os casos de cartel.

As críticas colocadas ao cômputo da multa com base no ganho auferido foram expressas em alguns votos, como pelo Conselheiro Paulo Burnier no caso do cartel de gás do Pará (PA nº 08012.002568/2005-51). Além de criticar a utilização da vantagem auferida como único método para definição das multas, no que concordamos, ele ressaltou o elevado custo que seria imposto à administração fazê-lo. Dito isso, ele defendeu que esse cálculo poderia ser feito em outras circunstâncias, como para avaliação *ex post* sobre o poder dissuasório das multas ou como meio de incentivar ações privadas de indenização.

Sem prejuízo da utilização do cálculo para outros fins, entendemos que o argumento de não o utilizar na dosimetria da pena é frontalmente contrário ao determinado pelo art. 45 da lei concorrencial. Salvo nos casos em que não seja possível fazer tal cálculo ou de fato ele se tornar excessivamente oneroso ou impreciso, o art. 45 é claro no sentido de que a vantagem auferida deve ser considerada na fixação das penas.

Por outro lado, também é válido destacar o argumento do Conselheiro João Paulo, também seguido pela Conselheira Cristiane Alkmin, bem expressado em seu voto no cartel do gás no Pará:

41. Concluo dizendo que a adoção de uma alíquota entre 10% a 20% sobre o volume de vendas dos cartelistas durante o período da conduta é uma sistemática segura, simples, compreensível, facilmente aplicável, proporcional, em linha com as melhores práticas internacionais e que confere previsibilidade aos Administrados. A principal diferença entre essa proposta e a metodologia majoritariamente aplicada hoje pelo CADE é que a proposta leva em consideração, de forma justa, tanto a duração do cartel como o mercado afetado, e não apenas o mercado afetado. Para tanto, basta entendermos, como já fizemos outrora, que ramo de atividade não coincide com produto objeto da conduta.

(PA nº 08012.002568/2005-51, voto do Conselheiro João Paulo, p. 6)

Consideramos forte esse argumento, e de fato outras autoridades, como a americana e a europeia, adotam um percentual sobre as vendas. É uma alternativa ao cálculo no caso concreto, que é um exercício complexo e frequentemente inviável. Com isso, entendemos que, por se tratar de um elemento legal, ele deve ser adotado sempre que possível, ainda que por meio de percentuais fixos.

#### 2.1.4. Situação Econômica do Infrator (inciso VII)

Quanto à situação econômica do infrator, no caso de empresas, o Tribunal já apresentou três entendimentos distintos: porte da empresa, poder de mercado e situação econômica adversa. De um ponto de vista gramatical, de fato qualquer uma dessas variáveis poderia ser adotada para caracterizar a situação econômica do infrator, mas, de um ponto de vista econômico, entendemos que esse elemento deveria se restringir a eventuais dificuldades econômicas.

No que tange à utilização do porte da empresa ou de seu poder de mercado como critérios para auferir a situação econômica da empresa, vale destacar que, em grande medida, a análise da vantagem auferida e dos efeitos econômicos negativos no mercado já considera esses fatores. Com isso, fazer a análise para esse elemento utilizando esses critérios provavelmente implicaria em uma sobreposição de efeitos na fixação das penas, em grande medida gerando em certo sentido um *bis in idem*<sup>41</sup>.

O que de fato importa é que uma mesma sanção, por exemplo, uma multa com mesmo percentual, aplicada a empresas com condições econômicas distintas, uma lucrativa e a outra deficitária, por exemplo, pode significar uma pena pouco significativa para uma, ou representar a própria falência da empresa, para outra. E isso se aplica independente do porte da organização<sup>42</sup>.

Essa questão é relevante também porque, por exemplo, nos casos em que se verifica uma situação econômica desfavorável, sanções que não prejudiquem o negócio poderiam, em tese, ser mais consideradas, como, por exemplo, obrigações de desinvestimento<sup>43</sup>. Com isso, altera-se a estrutura do mercado, dificultando a ocorrência de futuras infrações, sem colaborar para o fechamento de empresas, o que afetaria outros *stakeholders* que não colaboraram para a prática do ilícito.

---

<sup>41</sup> Outro ponto a considerar é que, se o entendimento é de que haveria uma atenuante para empresas de menor porte, seria necessário reduzir o percentual da multa, e não considerar, como aparentemente ocorreu no caso do cartel de Santa Maria (PA nº 08012.004573/2004-17), que a multa aplicada à empresa de pequeno porte seria menor porque o faturamento é menor.

<sup>42</sup> No Direito Penal, a questão da situação econômica do réu também é uma preocupação. Jesus (2014, p. 589) explica que há diferentes regras para a fixação de multa nos diferentes sistemas penais, podendo-se considerar uma alíquota do patrimônio do agente, a renda, uma metodologia de dias-multa, como no Brasil, ou uma cominação abstrata da multa, com o Legislador fixando somente os limites. JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: parte geral. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>43</sup> O presente artigo foca na dosimetria da pena, incluindo agravante e atenuantes. Essa fase não se confunde com a fase de fixação da pena, na qual o Cade pode escolher diferentes penalidades para uma dada dosimetria realizada.

Concluindo, a situação econômica do infrator é um dos elementos legais, e por isso, deve ser utilizado, bem como há razões econômicas para tanto. Contudo, entendemos que esse inciso deve ser aplicado tendo como critério dificuldades econômicas, e não o porte da empresa ou seu poder no mercado relevante analisado. Caberia ao Representado provar essa dificuldade e convencer o Tribunal da necessidade de um ajuste na pena.

#### 2.1.5. Reincidência (inciso VIII)

A reincidência é o único elemento para o qual há a definição da pena a ser aplicada, no caso, o dobro da multa que seria aplicável sem ela. A sua operacionalização no Direito Concorrencial é a que apresenta menos divergências, mas ainda assim cabem algumas considerações.

No Direito Penal<sup>44</sup>, a reincidência se verifica quando o agente comete novo crime, mas não necessariamente deve ser o mesmo tipo penal. Trata-se, pois, de reincidência genérica, e não específica, de forma que qualquer condenação anterior serve de base para o agravamento da pena. Esse entendimento também já foi adotado no Direito Antitruste, como no processo referente ao cartel dos gases (PA n° 08012.009888/2003-70) e no de *sham litigation* da Eli Lilly (PA n° 08012.011508/2007-91).

Entendemos acertado esse entendimento, em que pese haver posicionamento contrário<sup>45</sup>, porque a lei não faz essa restrição, bem como haveria motivos econômicos para, geralmente<sup>46</sup>, punir de forma mais severa quem já tem a experiência de ter cometido uma

---

<sup>44</sup> Frequentemente o Cade se utiliza de regras do Direito Penal sobre esse elemento.

<sup>45</sup> Em posição contrária, Martinez (2013, p. 157-160) entende que a reincidência deve ser específica, visto que seria inegável que há grupos específicos de condutas anticompetitivas bem delineados pela doutrina e pela jurisprudência, bem como que há outras agências, como a Comissão Europeia e a Anatel, que adotam esse tipo de interpretação. MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a Cartéis**: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal. São Paulo: Singular, 2013.

<sup>46</sup> Polinsky e Rubinfeld apresentam modelos para casos de reincidência, concluindo que não necessariamente há a necessidade de se punir mais severamente o reincidente. POLINSKY, A. Mitchell; RUBINFELD, Daniel L. A model of Optimal Fines for Repeat Offenders. **Journal of Public Economics**, Cambridge, v. 46, n. 3, p. 291-306, 1991.

infração<sup>47</sup>. Nesse sentido, Posner (2011)<sup>48</sup> apresenta três justificativas. A primeira é que o “efeito estigma” pode ser menor para o reincidente, que pode se importar menos com sua reputação. A segunda é que o risco do erro de punir um inocente seria menor no caso de reincidentes. A terceira é que o criminoso tende a aprimorar sua técnica (*learning by doing*), conseguindo reduzir sua probabilidade de ser detectado, embora também seja válido o argumento de que os reincidentes podem vir ser os menos competentes, de modo a serem mais detectados.

Outro ponto, no Direito Criminal, é que há duas exceções para sua aplicação, uma temporal e outra relacionada ao tipo penal, conforme previsto no art. 64 do Código Penal.

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos (BRASIL, 1940)<sup>49</sup>.

No Direito Concorrencial, a regra desse inciso II é irrelevante. Assim, passemos à análise da regra do inciso I. Sobre o tema, Mirabete e Fabbrini (2014)<sup>50</sup> explicam que haveria duas espécies de reincidência: a real, que ocorreria quando o agente já tivesse cumprido a pena correspondente a crime anterior, e a ficta, que decorreria da simples condenação anterior transitada em julgado. No Brasil, nos termos do art. 63 do Código Penal (BRASIL, 1940)<sup>51</sup>, adotou-se essa segunda regra, de forma que seria indiferente se houve ou não o cumprimento da pena.

---

<sup>47</sup> Sobre Direito Penal, Mirabete e Fabbrini destacam que a agravante da reincidência é contestada por alguns doutrinadores, que veriam na hipótese um *bis in idem* pelo fato de que ela constituiria um agravamento da pena de um crime em função de um outro anterior já reprimido. Contudo, esse agravamento seria justificável, tendo em vista que o delinquente teria demonstrado que a sanção normalmente aplicada teria se mostrado insuficiente para sua intimidação ou recuperação, bem como que haveria um índice maior de censurabilidade na sua conduta. MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

<sup>48</sup> POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 8. ed. Nova Iorque: Aspen, 2011.

<sup>49</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940.

<sup>50</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

<sup>51</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940.

Já no Direito Antitruste, no caso dos postos de Uberlândia (PA n° 08700.000649/2013-78), o Relator Gilvandro Araújo entendeu que a contagem do prazo de 5 anos decorreria do cumprimento da pena. Contudo, pelos motivos acima expostos, principalmente pelo fato de o condenado já estar ciente da ilicitude, acreditamos que o prazo de 5 anos se inicia do trânsito em julgado, também no Direito da Concorrência.

Outra questão a ser considerada que é a reincidência, para o Legislador, de fato confere à conduta uma severidade especial<sup>52</sup>. Conforme explicado pelo Conselheiro Paulo Furquim, no processo referente ao cartel da areia, a reincidência seria causa de aumento de pena, o que mudaria os limites da multa previstos no inciso I do art. 23 da Lei n° 8.884/94 para 2% a 60% (PA n° 08012.000283/2006-66), o que ocorreu no caso do cartel dos gases (PA n° 08012.009888/2003-70). Dessa forma, trata-se de uma possibilidade de a multa ultrapassar o teto legal, também na lei concorrencial em vigor.

Valladares (2013)<sup>53</sup>, por sua vez, levanta uma crítica que é o fato de a reincidência ser prevista tanto no inciso VIII do art. 45 quanto no § 1° do art. 37, ambos da Lei n° 12.529/11. Ele questiona se seria possível dobrar o valor da multa e, ao mesmo tempo, usá-la como agravante. Seu entendimento é que não, visto que seria uma hipótese de *bis in idem*. Acompanhamos esse entendimento, mas acreditamos que a regra do referido § 1°, que prevê multa em dobro, apenas define como o elemento de dosimetria previsto no inciso VIII do art. 45 deve ser valorado. Não há, pois, uma incoerência na norma. Ocorre que, ao fazer isso, preferimos chamar esse elemento de dosimetria como causa de aumento de pena, a ser aplicado depois da análise dos demais elementos legais.

Martinez (2013)<sup>54</sup> ainda levanta outra questão referente à reincidência, que é se ela seria caracterizada em caso de ilícitos por diferentes empresas de um mesmo grupo econômico. Seu entendimento é que sim, tendo em vista que a Lei n° 12.529/11 possibilita que multas atinjam

---

<sup>52</sup> O mesmo ocorre no Direito Penal. Nesse sentido, nos termos do art. 67 do respectivo código, a reincidência, juntamente com os motivos determinantes do crime e a personalidade do agente, é uma das circunstâncias preponderantes no concurso de circunstâncias agravantes.

<sup>53</sup> VALLADARES, Hugo Emmanuel D. Gonçalves. Dosimetria da pena de multa em cartéis no âmbito do Cade. Dificuldades e perspectivas comparadas aos EUA e à Comissão Europeia. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 1, n. 2, p. 45–73, 2013. p. 56.

<sup>54</sup> MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a Cartéis**: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal. São Paulo: Singular, 2013.

o faturamento de todo o grupo, bem como estabelece a responsabilidade solidária em casos de infrações por empresas do mesmo grupo. No entanto, ressalta que o Tribunal não apresenta postura coerente, apresentando decisões contraditórias, citando atos de concentração (AC n° 08012.012246/2007-81 e AC n° 08012.007111/2005-32). Analisando processos sancionadores, no caso de abuso de posição dominante por transportadora de valores em Goiás (PA n° 08012.006272/2011-57), verifica-se que o Tribunal considera sim a possibilidade de reincidência em função de condenação de empresas no mesmo grupo.

Ante o exposto, em que pese alguns pontos controversos, verificamos que a reincidência é um elemento mais consolidado, sendo que o Cade possui parâmetros mais claros para sua aplicação, inclusive se utilizando de regras baseadas no Direito Penal. Em nosso entendimento, trata-se de uma causa de aumento de pena, devendo ser aplicada após a conclusão alcançada à luz dos demais elementos de dosimetria, de forma independente.

## **2.2. Elementos Objetivos**

### **2.2.1 Consumação ou não da infração (inciso IV)**

À primeira vista, o resultado para esse elemento é binário: a infração é ou não consumada. Se consumada, houve infração e, conseqüentemente, aplica-se penalidade. Do contrário, não houve infração e, conseqüentemente, não se aplica penalidade.

Contudo, no caso, o termo é um dos elementos de dosimetria da pena, e não um elemento para definir se houve ou não a conduta. Se é assim, a não consumação, na fase de dosimetria, teoricamente deve implicar em uma pena menor do que se decidido que houve a sua consumação. Não faria sentido, no estágio de dosimetria da pena, se concluir que não houve a consumação e, portanto, não houve infração.

Dito isso, tendo em vista se tratar de uma norma legal, é necessário buscar uma coerência para ela, para que possa ser aplicável. Uma solução é considerar que a infração teria ocorrido, resultando em punição, mas que a conduta não tenha se completado, conforme o pretendido pelo agente. Em outras palavras, o infrator não teria obtido sucesso na implementação do ato desejado, sem que isso exclua sua ilicitude.

Aceita essa solução, o problema passa a ser uma conceituação operacionalizável de consumação. Essa conceituação pode vir do Direito Penal, com o instituto da tentativa, conceito

bem trabalhado nesse ramo do Direito e previsto no art. 14 do Código Penal (BRASIL, 1940)<sup>55</sup>.

Na gramática jurídica, tentativa é o

ato de se procurar atingir, sem êxito, um resultado. Como de execução de um crime, com firme determinação demonstrada por atos objetivos e que se interrompe ou não se completa, por absoluta ineficácia do meio utilizado pelo agente ou por ter ocorrido uma causa externa que obsta o ato delituoso (GUIMARÃES, 2008, p. 525)<sup>56</sup>.

Não é necessário que a regra no Direito Antitruste seja a mesma, mas pode-se pensar uma forma de redução da pena em relação à infração completada<sup>57</sup>. Por exemplo, se 15% das padarias de uma cidade pequena acordam preços, trata-se de uma infração pelo objeto, e a infração, para fins de condenação ou não, em geral seria tido como consumada. Contudo, é possível que se conclua que não houve sucesso no sentido de se conseguir um preço acima do competitivo, de modo que poderia ser mais adequada a aplicação de uma sanção mais suave, pela tentativa.

É importante que o Conselho passe uma diretriz clara para o mercado. Um caso concreto ilustra bem a necessidade dessa clareza. No caso da tabela dos fotógrafos de São Paulo (Averiguação Preliminar nº 08012.005994/2004-65), após longa discussão sobre a existência ou não de poder de mercado por parte do sindicato, o Conselho decidiu que não haveria a necessidade de aprofundar as investigações, determinando o arquivamento do processo por ausência de poder de mercado, mas sugerindo à SDE ações de advocacia da concorrência junto ao SEAFESP e a outros sindicatos e associações do setor.

Para os agentes econômicos, ficou uma mensagem ambígua, pois o Cade entendeu que tabela publicada por sindicato cujos associados não possuem elevada participação de mercado conjunta é lícita, tanto é que houve o arquivamento da averiguação preliminar. Porém, optou por fazer advocacia da concorrência, recomendando que a SDE utilizasse de seus recursos escassos para informar sindicatos que não deveriam publicar tabelas de preços. Verificamos,

<sup>55</sup> Art. 14 - Diz-se o crime: [...] II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços. BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940.

<sup>56</sup> GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2008.

<sup>57</sup> Outras questões podem ser pensadas a partir do Direito Penal. O art. 17 do Código Penal prevê que não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime. No Direito Concorrencial, pode-se pensar uma hipótese de tentativa de cartel de duas padarias. Contudo, adotada essa lógica de infração impossível, seria o caso de arquivamento, e não de dosimetria, fugindo ao escopo deste trabalho.

pois, um limbo, ou, no mínimo, um incentivo fraco para que sindicatos não praticassem esse ilícito. Teria sido mais adequado considerar que houve uma tentativa, aplicando uma sanção menos severa, para que mesmo outros agentes, que estivessem nas mesmas condições, não buscassem influenciar preços por meio de tabelas.

Quando a conduta é apenas tentada, teoricamente não se verificam ganhos auferidos, mas apenas pretendidos. O cálculo de ganhos auferidos, como visto, é complexo e não muito preciso, sendo que o Conselho vem rejeitando utilizá-lo como parâmetro para a dosimetria da pena. Quando se considera então o ganho pretendido, acreditamos que dificilmente seria possível fazer o seu cálculo, tendo em vista um elevado grau de indeterminação para qualquer estimativa de ganho.

Dessa forma, se houve a consumação, entendemos que a dosimetria poderia ser feita com base nos outros elementos, visto que a consumação é o resultado esperado de uma infração. Contudo, se a conduta foi apenas tentada, caberia uma redução da sanção, por exemplo, um desconto sobre a multa aplicada. No Direito Penal, a redução é de um terço a dois terços, sendo razoáveis essas frações no Direito Concorrencial.

## 2.2.2 **Grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros (inciso V)**

No que tange a esse elemento, entendemos que se trata do que apresenta o maior grau de dificuldade em sua análise, tendo em vista o seu grau de abstração e o fato de incluir diferentes variáveis. Uma é teoricamente mais fácil de analisar, que é a diferença entre o grau de lesão ou o perigo de lesão. Perigo, na gramática jurídica, é:

Situação de fato, contingência, circunstância diante da qual pode ocorrer lesão à pessoa ou a direito seu. É atual ou iminente, quando envolve grave ameaça, real, momentânea, que se consumará se não for evitada; comum ou coletivo, quando sujeita um número variável de pessoas; presumido ou abstrato, é aquele reconhecido em virtude de texto de lei e não do exame de cada caso, distinguindo-se nisso do perigo concreto. Esse decorre de presunção *juris tantum*, admitindo prova em contrário; o abstrato decorre de presunção *juris et de juris*, que não admite prova em contrário. [...] (GUIMARÃES, 2008, p. 440)<sup>58</sup>.

Já na gramática econômica, o termo perigo não foi encontrado, mas, sim, o termo risco:

---

<sup>58</sup> GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2008.

*Interpretação e aplicação dos elementos de dosimetria [...], Daniel Boson, p.72-106 RDC, Vol. 8, nº 1. Junho 2020 ISSN 2318-2253*

Situação em que, partindo-se de determinado conjunto de ações, vários resultados são possíveis e as probabilidades de cada acontecer são conhecidas. Quando tais probabilidades são desconhecidas, a situação denomina-se incerteza. Em sentido mais concreto, é a condição de um investidor, ante as possibilidades de perder ou ganhar dinheiro (SANDRONI, 1999, p. 532)<sup>59</sup>.

Veja-se então que, na definição econômica, há uma diferenciação entre risco e incerteza, que depende, respectivamente, do conhecimento ou não das probabilidades de ocorrência dos diferentes resultados possíveis. Já a definição de perigo não traz essa diferenciação.

Do texto do inciso, há distintas interpretações possíveis. Quando a lesão ocorre, não há dúvidas de que quanto maior o grau da lesão, maior a gravidade da conduta. Já quando a lesão não ocorre, mas verifica-se a chance de ocorrer, as interpretações possíveis são: (i) quanto maior o risco, maior deve ser a pena, não se avaliando o grau da lesão potencial; (ii) o perigo decorreria da incerteza, de forma que não se saberia a probabilidade da ocorrência da lesão, e seria o grau da lesão potencial que importaria para a dosimetria da pena; ou (iii) conhecer-se-ia o risco e o grau da lesão potencial, e ambos seriam considerados na fixação da pena.

Em tese, a terceira opção seria mais adequada. O custo esperado da infração para a sociedade é uma função tanto da probabilidade do dano quanto do dano em si. O cálculo desse custo, posto de forma simples, seria a multiplicação da probabilidade pelo montante do dano. Se o objetivo é relacionar o montante da pena à lesão esperada, essa seria a forma mais correta de se interpretar a norma.

Contudo, em termos práticos, a obtenção dos dados para esse cálculo tende a ser inviável. A mensuração dos danos materiais dos ilícitos concorrenciais, por si só, já é complexa, mas o inciso sequer trata disso. Ele trata do risco de lesão para a livre concorrência, para a economia nacional, para os consumidores, ou para terceiros. Então, são muitas variáveis, além do que, se o dano não ocorreu, ainda é necessário considerar a probabilidade de sua ocorrência, tarefa igualmente complexa.

Dessa forma, pode-se considerar que tratar o perigo como risco, portanto, estimando-se a probabilidade, é operacionalmente difícil, de modo que seria mais adequado tratar o perigo como incerteza, de modo que a mera possibilidade de ocorrer o dano é o elemento a ser considerado. Dessa forma, haveria apenas três resultados possíveis: (i) não haveria

---

<sup>59</sup> SANDRONI, Paulo (org.). **Novíssimo Dicionário de Economia**. São Paulo: Best Seller, 1999.

possibilidade de dano, (ii) haveria possibilidade de dano, sem estimar a probabilidade, por se tratar de incerteza e (iii) houve o dano. É intuitivo argumentar que o primeiro seria punível menos severamente, o segundo de forma intermediária, e o terceiro mais severamente.

Analisada a questão do perigo, passa-se à parte mais abstrata do inciso, que são os elementos tutelados pela norma, quais sejam, o princípio da livre concorrência, a economia nacional, que pode ser considerado um bem, e consumidores e terceiros, que são pessoas. Vê-se, pois, que o conjunto desses elementos é diversificado.

Ressalte-se, contudo, que a lei determina averiguar a lesão ou grau de lesão de qualquer dos elementos de forma independente, visto que utiliza o conectivo alternativo “ou”. Se tivesse se utilizado o conectivo aditivo “e”, ter-se-ia que analisar a lesão ou grau de lesão para cada um dos elementos e em seguida fazer uma análise conjunta. Contudo, não sendo esse o caso, em uma interpretação literal, poderia ser feita a análise para apenas um dos elementos.

Em uma interpretação teleológica, contudo, resta claro que não se trata de se escolher um dos elementos e verificar a lesão ou grau de lesão para ele, desconsiderando os demais. Uma interpretação que parece mais adequada seria a obrigatoriedade de análise daqueles elementos passíveis de análise no caso concreto. Considerando-se que se trata de uma tarefa complexa, cabe ao Conselho, considerando os argumentos dos advogados, buscar aplicar o inciso na medida do que é viável operacionalmente.

Ressalte, por outro lado, que mesmo se tratando de elementos que seriam agrupados em categorias distintas, quais sejam, princípio, bem e pessoas, há uma forte relação entre eles. A preservação de um ambiente concorrencial saudável tende a ser benéfica para a economia nacional, que é composta, entre outros, por consumidores e demais agentes econômicos. Por outro lado, uma lesão a terceiros ou a consumidores necessariamente afeta a economia nacional, e tende a resultar em um desrespeito ao ambiente concorrencial.

Ante o exposto, conclui-se que, para que a norma constante no inciso seja operacionalizável como elemento de dosimetria da pena, é necessário fazer uma interpretação mais simplificada da mesma, considerando os quatro elementos da pena em conjunto. Com isso, haveria três conclusões possíveis: (i) não houve lesão e nem perigo de lesão; (ii) não houve lesão, mas houve perigo de lesão; ou (iii) houve lesão. Intuitivamente, conclui-se que a pena deveria ser menor no primeiro caso, intermediária no segundo, e maior no terceiro caso.

Ocorre que ainda assim haveria problemas com essa classificação. Primeiro, se não houve lesão nem perigo de lesão, não haveria motivos para haver punição. Dessa forma, a dosimetria baseada nesse elemento só poderia prever as duas outras circunstâncias, só que elas já são previstas em outros elementos legais. A lesão, ainda que com outro nome, é analisada como efeitos econômicos negativos no mercado. Já o perigo de lesão é analisado quando da consumação ou não da infração.

Então aparentemente não haveria solução possível. Contudo, na jurisprudência do Conselho há uma variável considerada das mais relevantes, que é o tipo de infração, comumente analisada como variável explicada da gravidade da conduta. Em especial, o Tribunal considera que a prática de cartel é mais grave do que as práticas unilaterais ou outras condutas concertadas, o que aparentemente é um consenso em nível mundial (ICN, 2005)<sup>60</sup>.

Além disso, como ressaltado por Buccirossi *et al* (2009)<sup>61</sup>, em casos de cartel, seria menos provável a ocorrência de dissuasão excessiva, tendo em vista que dificilmente os administradores cometeriam erro sobre a legitimidade dessa conduta, de modo que, para esse ilícito, a dissuasão geral seria mais apropriada. Já quanto a outras condutas, sujeitas à análise pela regra da razão, é mais difícil antecipar o que seria julgado anticompetitivo pela autoridade concorrencial, de modo que é eficiente permitir alguma subdissuasão e também se apoiar na dissuasão específica. Assim, seriam justificáveis sanções maiores para a prática de cartel.

Com isso, e dado o elevado grau de abstração do elemento legal ora em análise, a forma mais adequada de interpretação, em nosso entendimento, é considerá-lo de forma simplificada, relacionando-o ao tipo de infração. No caso, cartel, que efetivamente altera a estrutura do mercado, em detrimento da livre concorrência e da sociedade como um todo, deveria ser apenado de forma mais severa, como de fato já o é. Ademais, considerando que se trata de uma norma abstrata, inviável de se fazer um cálculo, sugerimos, como será mostrado na seção 4.2, que seja aplicado um percentual fixo de multa para a prática de cartel, o que aparentemente já está parcialmente em consonância com a jurisprudência do Tribunal<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> ICN WORKING GROUP ON CARTELS. **Building Blocks for Effective Anti-Cartel Regimes**. Bonn, Alemanha: ICN, 2005. Disponível em: <https://bit.ly/2XQwe4U>. Acesso em: 10/11/2016.

<sup>61</sup> BUCCIROSSI, Paolo *et al*. **Deterrence in Competition Law**. Berlin: Social Science Research Center, 2009.

<sup>62</sup> A chamada *entry fee* é aplicada pela Comissão Europeia, correspondendo a uma majoração da multa entre 15% e 25% das vendas anuais da condenada no mercado relevante, independente da duração.

Um percentual fixo relevante pelo mero início de cartelização cria um forte incentivo para as empresas evitarem de até mesmo iniciar conversas nesse sentido. No caso brasileiro, um percentual sobre as vendas no mercado relevante ou no ramo de atividade poderia ser implementado, criando os mesmos efeitos. É uma interpretação e uma aplicação do elemento coerente com os demais, bem como com os princípios e objetivos da lei concorrencial.

### 2.2.3. Efeitos Econômicos Negativos no Mercado (inciso VI)

No que tange aos efeitos econômicos negativos no mercado, tal como ocorre com a análise da vantagem auferida, trata-se de um cálculo complexo, e sujeito a críticas, sendo que o próprio Conselho vem evitando aplicar esse cálculo na dosimetria da pena. No processo referente ao cartel do gás do Pará (PA nº 08012.002568/2005-51), por exemplo, houve divergências teóricas entre os Conselheiros Cristiane Alkmin e Alexandre Macedo sobre as sanções, bem como crítica, por parte do segundo, sobre a falta de confiabilidade e precisão das estimativas<sup>63</sup>.

De fato, esse cálculo no caso concreto é complexo e pouco realizado. Um ponto a ser ressaltado é que não se pode meramente descrever efeitos econômicos negativos para fins de dosimetria, dado que em tese isso já foi utilizado para a condenação. Isso geraria uma certa forma de *bis in idem*, visto que o condenado estaria não apenas sendo apenado pela infração, mas também teria a pena majorada por uma condição elementar do crime. O que não integra a conduta é o grau dos efeitos negativos, que pode ser mais ou menos significativo, e que preferencialmente deve ser quantificado.

Dito isso, há dois pontos a serem analisados. O que seriam esses efeitos negativos e o que seria o mercado. Sobre o primeiro ponto, a teoria econômica traz o conceito de peso morto. Quando há a elevação do preço de um produto por infração concorrencial, tende a haver uma redução na quantidade transacionada, que reduz o lucro do fornecedor e o ganho dos consumidores. Além disso, a implementação de uma conduta anticoncorrencial pode acarretar

---

<sup>63</sup> Nesse sentido, ele destacou a grande diferença nos valores encontrados no voto da própria relatora, que adotou duas metodologias distintas, bem como a estimativa de um parecer trazido por uma consultoria econômica que estimou que o sobrepreço teria sido inexistente.

diversos outros custos sociais, como efeito guarda-chuva, que é a elevação de preços pelos concorrentes que não participaram do cartel, desincentivo à inovação ou otimização de variedade ou qualidade (CONNOR; LANDE, 2005)<sup>64</sup>.

Dito isso, nesse elemento não deveriam ser considerados todos os efeitos econômicos negativos no mercado, mas sim apenas aqueles externalizados, ou seja, suportados por terceiros, porque o que se relaciona ao ganho do infrator deve ser calculado como outro elemento. Com isso, restaria a questão sobre quem seriam esses terceiros, porque o inciso refere-se aos efeitos negativos no mercado.

Poder-se-ia entender que a definição de mercado seria a de mercado relevante, que é o conceito mais utilizado na prática concorrencial. Contudo, essa interpretação não se mostra adequada. Primeiro porque se a intenção do legislador tivesse sido fazer a restrição ao mercado relevante, ele poderia ter feito essa especificação. Segundo, não há qualquer justificativa para se considerar que os danos gerados no mercado relevante de atuação do infrator seriam os únicos relevantes, ou mesmo que teriam importância maior do que os gerados em outros mercados relevantes, como no restante da cadeia.

Dito isso, é válido destacar que os efeitos negativos da infração podem ser reduzidos pelo próprio infrator, antes ou depois da instauração do processo sancionador. Sendo assim, é possível criar incentivos para a redução dos danos, partindo-se do pressuposto, que acreditamos ser consensual, de que menos danos é melhor do que mais danos. Uma possibilidade seria garantir um desconto na sanção, no caso de ressarcimento de vítimas até o julgamento, o que inclusive criaria incentivos para as vítimas colaborarem com a autoridade concorrencial ao longo do processo<sup>65</sup>.

Permanece, contudo, a dificuldade em se estimar esse dano. Sobre isso, Friederiszick e Röller (2010)<sup>66</sup> ressaltam que há um *trade-off* entre precisão e praticidade no cálculo dos danos,

---

<sup>64</sup> CONNOR, John M.; LANDE, Robert H. How High do Cartels Raise Prices? Implications for optimal cartel fines. **Tulane Law Review**, v. 80, p. 513–539, 2005.

<sup>65</sup> No Código Penal, inclusive, há dispositivo sobre o tema, referente ao arrependimento posterior, nos termos dos arts. 16 e 65, III, b, que em síntese referem-se à reparação do dano ou restituição da coisa até o recebimento da denúncia ou queixa por ato voluntário, ou ainda, logo após o crime, evitar ou minorar suas consequências.

<sup>66</sup> FRIEDERISZICK, Hans W.; RÖLLER, Lars-Hendrick. Quantification of harm in damages actions for antitrust infringements: Insights from German cartel cases. **Journal of Competition Law and Economics**, Oxford, v. 6, n. 3, p. 595–618, 2010.

sendo que eles sugerem uma metodologia. Eles ressaltam que esse dilema deve ser bem compreendido e transparente, além do que os passos a serem seguidos devem ser previamente explicados pelo tribunal.

Em nosso entendimento, fato é que esse elemento legal de dosimetria não poderia ser ignorado no cálculo da pena, por determinação legal. Não há solução perfeita, mas acreditamos também que ignorar cálculos econométricos porque o resultado não é preciso não é a solução mais adequada. Em qualquer área em que se utiliza econometria, esse problema é encontrado, e nem por isso deixa de trazer resultados mais precisos do que os obtidos intuitivamente, ainda que por especialistas no assunto. Além disso, se os cálculos não são confiáveis, outras estimativas mais genéricas, devidamente justificadas, como um percentual sobre as vendas, seria uma alternativa. De todo modo, alguma estimativa é melhor do que nenhuma.

### **3. Aplicação Coerente dos Elementos Legais de Dosimetria da Pena**

Analisamos então cada elemento de dosimetria de forma independente e sugerimos interpretações que fossem coerentes tanto com o texto legal quanto com os objetivos do Cade, e que fossem operacionalizáveis, especialmente por corresponderem a atos externos, verificáveis. De forma resumida, propomos principalmente as seguintes interpretações e aplicações:

1. Elementos Subjetivos:
  - a) Gravidade da infração (inciso I): a gravidade seria associada ao grau de participação na conduta, considerando-se uma gravidade baixa para participações pouco expressivas, gravidade média para participações medianas, e gravidade elevada para a liderança, sendo que cada categoria poderia ser associada a um multiplicador a ser aplicado sobre uma pena-base. A função desse elemento seria criar um desincentivo para a participação mais intensa dos infratores na conduta.
  - b) Boa-fé do infrator (inciso II): em vez de se ater a questões subjetivas, a boa-fé seria caracterizada, em princípio, por duas variáveis, ambas relacionadas à variação na probabilidade de punição. A primeira é a conduta não ter sido implementada de forma secreta, enquanto má-fé seria caracterizada por essa forma de implementação da conduta. A segunda variável é a cooperação do representado no âmbito do processo, especialmente quando há dúvidas sobre se a sanção constituiu ou não

*Interpretação e aplicação dos elementos de dosimetria [...], Daniel Boson, p.72-106  
RDC, Vol. 8, nº 1. Junho 2020 ISSN 2318-2253*

infração. A partir da probabilidade calculada, seria aplicado um multiplicador sobre a vantagem auferida pelo infrator. A função desse elemento seria aumentar a probabilidade de punição, mas compensando com a devida redução na pena.

- c) Vantagem auferida ou pretendida pelo infrator (inciso III): a estimativa da vantagem auferida, que pode ser mais ou menos precisa, serviria de base para o cálculo da pena-base. A função desse elemento é criar desincentivo para a continuidade da conduta, porque supostamente, quanto mais duradoura, maior a vantagem auferida e mais severas as penas.
- d) Situação econômica do infrator (inciso VII): esse elemento seria utilizado para reduzir a severidade da pena em caso de condições econômicas adversas, devidamente comprovadas. A função desse elemento é, caso a autoridade concorrencial entenda oportuno e conveniente, não inviabilizar a continuidade da empresa.
- e) Reincidência (inciso VIII): esse elemento já tem aplicação definida em lei, tratando-se de uma causa de aumento de pena, aplicado após a fixação da multa com base nos demais elementos do referido art. 45.

## 2. Elementos objetivos:

- f) Consumação ou não da infração (inciso IV): consumação deve ser contraposta à tentativa, porque, para a dosimetria da pena, o conceito de consumação não pode ser o mesmo que para a condenação. Se obtido sucesso na conduta, aplica-se a pena calculada com base nos demais elementos. Se apenas tentada, pode-se aplicar um multiplicador a fim de se reduzir a pena. A função desse elemento é desincentivar o início da conduta.
- g) Grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros (inciso V): tendo em vista o elevado grau de abstração desse elemento, bem como o fato de cartel gerar maior lesão ou perigo de lesão ao funcionamento do mercado e à sociedade do que condutas unilaterais, segundo a literatura antitruste, caberia a aplicação de um percentual fixo pelo fato de se praticar essa conduta. A função desse elemento é desincentivar o início de conversas ilícitas entre concorrentes.

h) Efeitos econômicos negativos produzidos no mercado (inciso VI): os efeitos econômicos produzidos no mercado se referem aos efeitos negativos para terceiros, que devem ser utilizados para o cômputo da sanção. Dessa forma, as medidas adotadas pelo condenado, para reduzir o dano, até o momento do julgamento, devem ser consideradas, o que incentiva a redução dos danos. Contudo, se essa redução ocorre depois de a autoridade concorrencial ter detectado a conduta, a redução da pena deve ser menor do que a redução do dano, a fim de não se perder o seu efeito dissuasório. Tal como sugerido para a vantagem auferida, a estimativa dos efeitos econômicos pode ser mais ou menos precisa, podendo, se necessário, ser baseada em estimativas genéricas para os efeitos da conduta, como cartel.

Cass (1991)<sup>67</sup>, referindo-se ao sistema penal americano, ressalta, acertadamente, que a análise de variáveis para a fixação das penas é mais fácil na teoria do que na prática. Segundo o autor, para se fazer um guia de sentenciamento que resulte em sentenças cujas sanções esperadas superem os danos da atividade criminosa, haveria três tipos de problemas a serem confrontados.

O primeiro seria identificar o dano esperado e decidir como mensurá-lo. O segundo seria decidir como os potenciais criminosos iriam perceber as sanções esperadas, de modo que se determinasse a relação geral entre sanções e conduta. O terceiro seria decidir quais fatores específicos afetariam o comportamento a ser dissuadido ou incentivado pelos diversos tipos de sanções.

Não é preciso maiores argumentos para demonstrar a dificuldade de se fazer um guia de sentenciamento. Destacando-se essa dificuldade, e ressaltando-se que o objetivo do presente trabalho não é oferecer um guia, ainda assim é válido mostrar um exemplo de como esses elementos poderiam ser operacionalizados de forma coerente entre eles e em relação aos objetivos da lei concorrencial, observados os limites legais:

- 1) Tentativa, no sentido de não ter conseguido lucrar com a medida (inciso IV): aplicação de multa de 0,1% a 2% sobre as vendas no mercado relevante e/ou sanção

---

<sup>67</sup> CASS, R. Sentencing Corporations: the Guidelines' white collar blues. **Boston University Law Review**, Boston, v. 71, p. 291–305, 1991.

correspondente, salvo justificativa tendo em vista especificidade no caso concreto. Se consumado, aplicam-se os demais incisos.

- 2) Cartel (inciso V): aplicação de multa de 5% sobre as vendas no mercado relevante e/ou outra sanção correspondente, independentemente de qualquer fator, salvo justificativa tendo em vista especificidade no caso concreto.
- 3) Efeitos econômicos negativos no mercado (inciso VI): valor estimado no caso concreto ou 10% sobre as vendas no mercado relevante ao longo da conduta.
- 4) Participação restrita, comum ou de liderança (inciso I): multiplicador sobre os efeitos econômicos negativos no mercado:
  - a. participação restrita: efeitos econômicos negativos no mercado multiplicado por 0,5;
  - b. participação comum: não se aplica multiplicador;
  - c. liderança: valor dos efeitos econômicos negativos no mercado multiplicado por 2;
- 5) Vantagem auferida (inciso III): valor estimado no caso concreto ou 10% sobre as vendas no mercado relevante.
- 6) Boa-fé do infrator, relacionado à probabilidade de punição (inciso II): multiplicador aplicado sobre a vantagem auferida:
  - a. praticado de forma secreta e sem colaboração com autoridade concorrencial: aplica-se um multiplicador entre 3 e 5 sobre o valor da vantagem auferida;
  - b. praticado de forma secreta, mas trazendo elementos úteis à autoridade concorrencial: aplica-se um multiplicador entre 2 e 3 sobre o valor da vantagem auferida;
  - c. praticado de forma pública, trazendo elementos úteis à autoridade concorrencial: não aplicação de multiplicador.
- 7) Reincidência (inciso VIII): multiplica o valor da multa por 2, após considerados os demais elementos de dosimetria.
- 8) Situação Econômica do Infrator (inciso VII): desconto variável sobre o valor calculado conforme julgado conveniente e oportuno pelo Tribunal em função de dificuldades econômicas.

Com essa metodologia, além de se aplicar todos os elementos legais de dosimetria, o que é uma determinação legal, as regras são transparentes, coerentes e baseadas em incentivos que colaborariam para uma maior eficiência do Conselho, tendo em vista seus objetivos previstos em lei. Nesse sentido, verifica-se que, pela interpretação proposta, há incentivos não apenas para o não cometimento da infração, mas também para o alcance de objetivos intermediários, que são relevantes para se alcançar o objetivo principal do Cade no que tange ao julgamento de infrações concorrenciais.

Esses objetivos intermediários são (i) o não ingresso em situações que possam resultar em infração concorrencial, (ii) a prática de condutas potencialmente infrativas de forma não secreta, (iii) a busca de participação mais restrita em condutas potencialmente infrativas, (iv) a colaboração com a autoridade se instaurado o processo administrativo, (v) a redução dos danos das condutas até o julgamento do processo, (vi) a não continuidade da infração e (vii) a não reincidência. Além disso, (viii) abre-se a possibilidade de se ajustar a sanção em função de eventuais dificuldades econômicas do infrator.

#### 4. Conclusões

O presente artigo buscou apresentar uma metodologia para a dosimetria da pena com base no art. 45 da Lei nº 12.529/11, que atendessem aos princípios e objetivos da mesma lei, previstos no art. 1º (BRASIL, 2011)<sup>68</sup>. Para tanto, utilizando-se do conhecimento do campo econômico e jurídico, este último aproveitando-se da experiência do Direito Criminal com penas, cada elemento foi definido de forma mais específica, de modo que não houvesse sobreposição de critérios entre eles, bem como que houvesse coerência na metodologia da dosimetria. Por fim, de forma exemplificativa, sugeriu-se uma metodologia para a aplicação prática do art. 45 da lei concorrencial.

Ainda que possa haver outras metodologias, o fato é que o Legislador definiu os elementos do referido artigo como aqueles a serem considerados na dosimetria da pena pelo Conselho. Em nosso entendimento, apesar da dificuldade normativa, o referido art. 45 é plenamente aplicável, conforme proposto neste trabalho. Contudo, ainda que não se concorde

---

<sup>68</sup> BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011.

com a metodologia e conclusões apresentas, caberia ao Cade e à doutrina buscarem dar o máximo de efetividade à determinação do legislador.

## Referências

BEBCHUK, Lucian Arye; KAPLOW, Louis. Optimal Sanctions when Individuals are Imperfectly Informed about the Probability of Apprehension. **Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 21, n. 2, p. 365–370, 1992.

BOLOTOVA, Yuliya. V. Cartel Overcharges: an empirical analysis. **Journal of Economic Behavior and Organization**, Holanda, v. 70, n. 1–2, p. 321–341, 2009.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Brasília: CADE, 2016

BRYANT, Peter G.; ECKARD, Eedwin. Price Fixing: the probability of getting caught. **The Review of Economics and Statistics**, Cambridge, v. 73, n. 3, p. 531–536, 1991.

BUCCIROSSI, Paolo *et al.* **Deterrence in Competition Law**. Berlim: Social Science Research Center, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CASS, R. Sentencing Corporations: the Guidelines' white collar blues. **Boston University Law Review**, Boston, v. 71, p. 291–305, 1991.

COMBE, Emmanuel; MONNIER, Constance; LEGAL, Renault. Cartels: The Probability of Getting Caught in the European Union. **Bruges European Economic Research Papers**, Bruges, Bélgica, v. 12, 2008.

CONNOR, John M. A Critique of Cartel Fine Discounting by the U. S. Department of Justice. **SSRN**, Nova Iorque, 2007. Disponível em: <https://bit.ly/3coqvbv>. Acesso em: 15/11/16.

CONNOR, John M.; LANDE, Robert H. How High do Cartels Raise Prices? Implications for optimal cartel fines. **Tulane Law Review**, v. 80, p. 513–539, 2005.

FRIEDERISZICK, Hans W.; RÖLLER, Lars-Hendrick. Quantification of harm in damages

*Interpretação e aplicação dos elementos de dosimetria [...], Daniel Boson, p.72-106 RDC, Vol. 8, nº 1. Junho 2020 ISSN 2318-2253*

actions for antitrust infringements: Insights from German cartel cases. **Journal of Competition Law and Economics**, Oxford, v. 6, n. 3, p. 595–618, 2010.

GILBERTO, André Marques. 2008. **O Processo Antitruste Sancionador**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2008.

ICN WORKING GROUP ON CARTELS. **Building Blocks for Effective Anti-Cartel Regimes**. Bonn, Alemanha: ICN, 2005. Disponível em: <https://bit.ly/2XQwe4U>. Acesso em: 10/11/2016.

JASPER, Eric Hadmann. Paradoxo tropical: a finalidade do Direito Concorrencial no Brasil. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 7, n. 2, p. 171-189, nov./2019.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: parte geral**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEITE, Alaor. **Dúvida e Erro sobre a Proibição no Direito Penal: a atuação nos limites entre o permitido e o proibido**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LUCINDA, Claudio; SEIXAS, Renato. **Documentos de Trabalho 002/2016: Prevenção Ótima de Cartéis: o caso dos peróxidos no Brasil**. Brasília: CADE, 2016.

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

MASCHLER, Michael; SOLAN, Eilon; ZAMIR, Shmuel. **Game Theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: parte geral - vol. 1**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

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

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

POLINSKY, A. Mitchell; RUBINFELD, Daniel L. A model of Optimal Fines for Repeat Offenders. **Journal of Public Economics**, Cambridge, v. 46, n. 3, p. 291-306, 1991.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 8. ed. Nova Iorque: Aspen, 2011.

*Interpretação e aplicação dos elementos de dosimetria [...], Daniel Boson, p.72-106 RDC, Vol. 8, nº 1. Junho 2020 ISSN 2318-2253*

POSNER, Richard A. An Economic Theory of the Criminal Law. **Columbia Law Review**, Nova Iorque, v. 85, n. 6, p. 1193–1231, 1985.

PRESIDENTE do Cade destaca falta de critérios para dosimetria de pena. **Migalhas**, 27 ago. 2015.

SAH, Raaj Kumar. Social Osmosis and Patterns of Crime: a dynamic economic analysis. **Journal of Political Economy**, Chivago, v. 99, n. 6, p. 1272–1295, 1991.

SANDRONI, Paulo (org.). **Novíssimo Dicionário de Economia**. São Paulo: Best Seller, 1999.

SANTOS, Flávia Chiquito dos. **Aplicação de Penas na Repressão a Cartéis**: uma análise da jurisprudência do CADE. São Paulo: Lumem Juris, 2016.

SUNSTEIN, Cass R. (ed.). **Behavioral Law & Economics**. New York: Cambridge University Press, 2000.

VALLADARES, Hugo Emmanuel D. Gonçalves. Dosimetria da pena de multa em cartéis no âmbito do Cade. Dificuldades e perspectivas comparadas aos EUA e à Comissão Europeia. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 1, n. 2, p. 45–73, 2013.