

Dosimetria da pena de multa em cartéis no âmbito do Cade. Dificuldades e perspectivas comparadas aos EUA e à Comissão Europeia

Hugo Emmanuel D Gonçalves Valladares¹

RESUMO:

A celeuma da dosimetria da pena de multa no Brasil não solucionou o ponto fulcral com a promulgação da nova lei. Não há tipificação para penas-base específicas para cada tipo de conduta anticoncorrencial. A ausência de parâmetros engendra a preocupação de uma discricionariedade excessiva. O presente artigo tem por objetivo demonstrar que não há método arraigado na jurisprudência do Cade de forma a garantir um mínimo de previsibilidade para os agentes econômicos e para o próprio Tribunal. Para tanto, pormenorizar-se-ão os métodos empregados nos EUA e na União Europeia, comparando-os àqueles utilizados no Brasil. Far-se-á análise jurisprudencial dos casos de cartéis sob a lei vigente. Por fim, sugerir-se-á uma metodologia de apoio à decisão, o MCDA, eis encaixa-se perfeitamente na problemática *in casu*, que requer uma aplicação e mensuração objetivas, a partir de preferências e conceitos subjetivos. De se ressaltar que esse artigo se limita à análise de cartéis.

Palavras-Chave: *Dosimetria da multa, Cade, Direito Comparado, Discricionariedade, MCDA.*

Códigos JEL: *A10; A12; C00; C02; D70; G28; K21; K40; K41;*

ABSTRACT:

There has been no significant advance in the setting of fines in cartels in Brazil. There is no discrimination on imposing the base fine for the sentencing dosimetry between those practices. Both parameters for setting the base fine and for augmenting or diminishing the fine are inexistent, which leads to a worrisome discretionary application of that law. The object is to demonstrate that there is no set method in CADE's jurisprudence guiding economic agents and the Commissioners themselves can tread through. We shall scrutinize sentencing guidelines from both the US and European Union and compare them to instruments adopted in Brazil. Also, we will analyze the extant jurisprudence in cartel cases under the current law. We will propose the utilization of a Multi-criteria Decision Analysis, MCDA, as it fits perfectly in the *in casu* discussion, which requires objective applications of subjective preference and conceptualization. This article restricts itself to cartelization conducts.

Keywords: *Fine Dosimetry, CADE, Comparative Law, Discretionary, MCDA.*

JEL codes: *A10; A12; C00; C02; D70; G28; K21; K40; K41;*

¹Aluno de Direito da Universidade de Brasília. Estagiário do Escritório Trench, Rossi e Watanabe Advogados, filiado a Baker & McKenzie International. E-mail: hugoemmanueldv@gmail.com

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Panorama histórico de dosimetria em cartéis 3. Inovações legislativas da 112529/11 4. Breve resumo da dosimetria da multa na União Europeia 5. Breve resumo da dosimetria da multa nos Estados Unidos 6. Comparativo Brasil, Estados Unidos e União Europeia 7. Análise da jurisprudência do Cade em sede cartéis na lei 12529/2011 8. O que é MCDA 9. Conclusão e sugestão da MCDA 10. Referências bibliográficas

1. Introdução

A dosimetria da pena de multa no âmbito do direito concorrencial vem sofrendo inúmeras críticas que não são sanadas pela nova lei da concorrência, Lei 12.529/2011. Essas abrangem desde críticas à própria lei, que não discrimina e diferencia as consequências, em termos de sanções, para as diversas condutas concorrências, até ressalvas quanto à sua aplicação, tidas como algo por demais abstrato e subjetivo sem uma coerência procedimental e jurisprudencial.

De fato, o referido diploma legal não apresenta, em seu bojo, fatores, como se pode ver no Direito Penal e na tipificação dos ilícitos, que elucidem um caminho possível para fixação de multas-base diferentes para cada uma das condutas anticoncorrecionais, elencadas no art. 36. Melhor sorte também não assiste às agravantes e atenuantes previstas no art. 45. Não há quaisquer parâmetros dosimétricos, nem mesmo um norte para uma tomada de decisão.

A ausência de parâmetros engendra alguns problemas nefastos. Pode-se citar, *en passant*, arbitrariedade e abstração do processo de fixação da multa e seu próprio papel dissuasório. Este se refere a um patamar de multa, a multa ótima, que ao mesmo tempo em que se reveste de caráter punitivo e sancionatório capazes de dissuadir o cometimento de uma nova infração e reparar o dano, não o ultrapassa. Evita-se, sob esse prisma, uma perda de investimentos decorrente da insegurança e da ausência de princípios como proporcionalidade e razoabilidade do magistrado e do conselheiro.

O direito concorrencial brasileiro completou um ano sob o novo arcabouço legal. No entanto, a mudança, que talvez fosse a mais relevante e de necessidade mais premente, quanto à distinção e à tipificação dos ilícitos concorrências ficou prejudicada. Não há, sob esse prisma, uma individualização da conduta, como se pode ver no Direito Penal e no Poder Administrativo Sancionador.

De fato, houve uma tipificação das condutas a serem observadas e punidas. O que não se verifica é sua individualização. Em outras palavras, a problemática *in locu*, inclusive sendo uma das maiores dificuldades do Tribunal do Cade, reside em torno de se a multa-base seria a mesma para fixação de preços, preços predatórios, condutas unilaterais ou cartéis.

Este artigo, então, se propõe a identificar e discorrer sobre a questão dosimétrica na prática de cartéis, como ela se relaciona com a previsibilidade e se esta é realmente algo a ser almejado, além de análise jurisprudencial. Para tanto, diante da insipiente tradição e doutrina brasileira neste tema, far-se-á um comparativo com a jurisprudência e sistemas legais dos Estados Unidos e da União Europeia. Concluir-se-á, sobejamente, a nosso ver, pela aplicação do MCDA- *Multi-criteria Decision Analysis* ou Metodologia Multicritério de Apoio à Decisão.

2. Panorama histórico de dosimetria em cartéis

O Brasil não possui *guidelines* como os EUA ou a Comissão Europeia. Não há nada que auxilie ou restrinja a interpretação da lei brasileira, muito omissa, diga-se de passagem. Para a consecução do propósito deste artigo, deve-se perpassar, ainda que brevemente, pelo histórico decisional do Cade ao crivo da lei anterior.

O fato deste artigo objetivar, em seu foco principal, os cartéis condenados sob a vigência da lei atual, não afasta uma breve desconstrução dos cartéis condenados sob a lei por duas razões, tanto para absorver a evolução interpretativa, quanto para perquirir das inovações advindas da mudança do bojo legislativo cujas demandas clamam um maior balizamento legislativo.

Em decorrência da redação legislativa e da tentativa, pelo menos no início de sua vigência, de interpretação da mesma em conjunto com a constituição levou a algumas distorções. Aqui se distinguem duas formas de interpretações, apesar de muitas vezes os próprios conselheiros não assim a especificarem, a interpretação sistemática e a interpretação literal. Diferem-se na forma de se interpretar os termos empregados na construção legislativa, por demais vagos. A interpretação literal da lei tende a ser mais onerosa à empresa visto que a multa era fixada a partir do faturamento total da empresa. Já a interpretação sistemática tende a ser mais branda, pois é fixada a partir do faturamento apenas do mercado relevante. É aqui que a falta de precisão técnica do termo “faturamento”, tal como empregado na legislação,

sobressai como problemática. Tanto o é que a lei nova visou impor uma interpretação que evitasse distorções, como se verá a adiante.

Impor o pagamento sobre o faturamento das empresas em áreas alienígenas àquelas do mercado relevante pode ferir tanto o princípio constitucional da proporcionalidade como o da isonomia, no caso de cartéis onde uma empresa possui divisões em outros mercados e outra não. Ademais, o impacto da política anticoncorrencial adotada pela empresa pode afetar outros mercados ou produtos fora da área analisada.

Esse tratamento cindido, seja ele pelo faturamento total, seja pelo faturamento do mercado relevante, adquire uma conotação ainda maior na organização societária que se configura atualmente. Ao contrário de uma empresa, observa-se organizações multissocietárias com seus *proxies* pulverizados através da sua gama de atuação. Não são mais departamentos dentro de uma mesma empresa, mas varias empresas sob a mesma orientação, sob o mesmo prisma decisório.

Traz-se, então, à lume, o fato de que as empresas se beneficiam injustamente da interpretação sistemática ao pulverizar suas companhias de forma que apenas uma pequena parte do seu faturamento global responda ao crivo decisório. Foi nesse sentido que a interpretação do Cade caminhou em direção à literal. Percebeu-se que restaria desproporcional um lucro exorbitante contraposto a punições levando em conta apenas o mercado relevante sem se contar as possíveis ramificações decorrentes da atividade ilegal. Entretanto, não se pode perder vista do fato de que muitas vezes pode ser manifestamente desproporcional a aplicação de multa sobre o faturamento global da empresa.

Ilustremos essas assertivas com alguns casos. Sob a interpretação literal da lei, temos “Pinto (2010) verifica que em algumas situações o Cade fez uma interpretação literal da lei, aplicando multa com base no faturamento total das empresas, tal como ocorreu nos chamados cartéis dos aços planos, julgado em 1999, dos vergalhões de aço, em 2005, dos vigilantes, 2007, da areia, 2008, e dos gases, 2010”². Quanto aos casos referentes à interpretação sistemática da lei, temos o “cartel dos jornais do Rio de Janeiro, julgados em 2005, e das vitaminas, 2007”³.

Antes, porém, de comentar os casos aludidos, devemos citar o caso paradigmático do cartel de britas⁴. Como bem ilustrou Boson, esse caso contém as duas interpretações, variando de acordo com os recursos e com as Representadas. Em um primeiro momento, pugnou-se

²PINTO *apud* BOSON, 2012: p. 45

³*idem*

⁴PA nº 08012.002127/2002-14 (Cartel das Britas), 383ª SO, 04/10/2006, Voto do Conselheiro Relator Luiz Carlos Thadeu Delome Prado

pela condenação de todas as Representadas de acordo com a interpretação literal, isto é, a partir do faturamento global da empresa. Entretanto, a Holcim e a Embu arrazoaram Recurso Administrativo solicitando a mudança da orientação da base de cálculo. O egrégio Tribunal do Cade modificou entendimento sedimentado eis que havia uma desproporcionalidade gritante ao se perceber que: “apenas uma fração do faturamento da Holcim era obtido no mercado de britas, enquanto que apenas cerca de um quarto do faturamento da Embu vinha desse mercado”⁵. Então, o plenário mudou a base de cálculo para aquela do mercado relevante para essas duas Representadas, negando provimento a recurso semelhante apresentado pela Pedrix, apesar de constituir metade de seu faturamento global.

Verifica-se que a primeira multa em cartéis se deu no cartel de aços planos⁶, em 1999, qual seja, de 1% do faturamento bruto, o mínimo legal. O cartel dos vergalhões de aço⁷, de 2004, pautou-se, de igual maneira, pela condenação no mínimo legal, entretanto, com acréscimo de um ponto percentual, (1%) para cada uma das agravantes que se fizeram presentes. Como foram seis agravantes, a multa final foi de 7%. Todavia, tal racionalidade por parte do Conselheiro foi tão falha, eis que a multa máxima seria de 9% e não dos 30% previstos em lei, que não foi mais adotada.

A penalidade imposta sobre o cartel das britas foi excessivamente discricionária, beirando perigosamente, à arbitrariedade. Fixou-se multa de 15% do faturamento para as empresas e 20% para as líderes, empresas que fizeram parte do comitê gestor. “A pena base de 15% do faturamento leva em conta, conforme o art. 27 da Lei 8.884/1994, a gravidade da infração (inciso I), a má-fé das Representadas (inciso II), a consumação da infração (inciso V), a grave lesão à concorrência advinda da formação de cartel (inciso V)”⁸. Como se percebe deste trecho extraído do voto do Conselheiro Relator da época, apesar de citar três incisos agravantes contidos na lei, não declinou como incidiram os incisos nem qual a participação na pena de multa. De maneira análoga, não expôs o raciocínio por trás do aumento de 5% para as ditas empresas líderes.

Melhor sorte não assiste nem a dosimetria do cartel dos vigilantes⁹ de 2007 nem o cartel das vitaminas¹⁰. No primeiro caso, apesar de apresentar os mesmos agravantes no

⁵BOSON, 2012: p. 45

⁶PA n° 08000.015337/1994-48 (Cartel do Aço), ^a SO, 1/11/1999, Voto do Conselheiro Relator Mercio Felsky

⁷PA n° 08012.004086/2000-21 373^a SO (Cartel dos Vergalhões de Aço), 23/09/2005, Voto do Conselheiro Relator Luiz Alberto Esteves Scaloppe

⁸PA n° 08012.002127/2002-14 (Cartel das Britas), 383^a SO, 04/10/2006, Voto do Conselheiro Relator Luiz Carlos Thadeu Delome Prado, p. 28

⁹PA n° 08012.001826/2003-10, 408^a SO (Cartel dos Vigilantes), 24/10/2007. Voto do Conselheiro Relator Abraham Benzaquem Sicsu

¹⁰PA n° 08012.006241/1997-03, SO (Cartel das Vitaminas), 07/10/2009. Voto do Conselheiro Relator Paulo

conjunto probatório acrescido pelo fator duração, 13 anos de atividade, as multas foram idênticas, 15% e 20% para as líderes. No segundo caso, igualmente, observou-se a imposição de multas da ordem de 10% e 15% para as empresas e 20% para as líderes, contudo, pela interpretação sistemática, sobre o mercado relevante.

Finalmente, acreditamos restar suficientemente clara a ausência de parâmetros contundentes na orientação do processo dosimétrico sob a lei antiga. Nos processos em que se melhor tentou aplicação, menos arbitrária quanto possível - cartel das britas, que inclusive serviu de base para o dos vigilantes e das vitaminas- deixou-se a desejar por ter sido excessivamente discricionária. Os critérios de majoração e minoração de pena, então, foram utilizados apenas *pro forma* e de maneira canhestra.

3. Inovações legislativas da Lei 12.529/2011

Devemos expor as principais mudanças legislativas com o intuito de expor a diferença entre as leis. Os casos investigados serão, em sua maioria, casos julgados sob a égide da Lei 8.884/1994. Tais mudanças não prejudicam a análise feita, considerando que os problemas já existentes foram amplificados na lei que a revogou.

A fixação da multa base girava em torno de quatro problemas. A um, a faixa, de 1-30%, era a mesma para todas as condutas anticoncorrenciais. A dois, o termo que direcionava a aplicação, “faturamento bruto”, como no art. 23, não determinava se o faturamento era do mercado relevante ou do faturamento total da empresa. A três, o termo “empresa” foi criticado como restritivo demais. A quatro, a Lei 8.884/1994 comportava o termo “quantificável” em relação à vantagem auferida.

A nova redação ensejou as seguintes mudanças: modificou a faixa básica para 0,1-20%, mas não supriu a demanda de definir a base para cada conduta anticoncorrencial. O problema, por conseguinte, persistiu. A questão do “faturamento bruto”, e a restrição a empresas propriamente ditas, foram, em tese, superadas pelo art. 37, I, pela definição de que deve ser considerado o “faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido (...) no ramo de atividade empresarial”. Entretanto, observa-se que a definição de ramo de atividade empresarial é igualmente problemática, tanto que foi baixada uma Resolução, nº 3, de 29 de maio de 2012, definindo-a. Anexou, inclusive, à referida Resolução, uma lista construída a

partir da Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE, com o propósito de evitar o problema da interpretação sistemática ao juntar determinados mercados relevantes interconexos em apenas um ramo de atividade.

Houve ainda uma quarta modificação no seguinte quesito: “nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação”. A troca do vocábulo “quantificável” por “estimação” possibilita a aplicação propriamente dita da lei pelo Cade. Como é cediço na doutrina, quase nunca se faz possível quantificar as ramificações de uma conduta anticompetitiva. Quantificar nos remete a um cálculo que resulta em uma única resposta certa, uma resposta quantificada. Já uma mera estimação se tornaria, em tese, mais factível. Cumpre ressaltar que ser mais factível não implica a consecução da estimação das ramificações econômicas das condutas anticompetitivas.

Há ainda mais uma ressalva a ser feita ao art. 23 da Lei 8.884/94. O parágrafo único determina que as penas cominadas no caso de empresa reincidente, com sentença transitada em julgado e o ter sido nos últimos 5 anos, devem ser dobradas. Salta aos olhos a má formulação do dispositivo, pois este não especificou se, caso necessário, é passível de se ultrapassar o teto imposto de 30%. Supondo que a multa fixada, antes ainda de se analisar os agravantes, para uma empresa reincidente, tenha sido de 25%. Ainda que não haja agravantes, a multa deveria ser aplicada em dobro, isto é, 50%. Como proceder nesse caso? Pode-se assumir os 50%? De acordo com a jurisprudência do Cade¹¹, caso a empresa seja reincidente¹², a gama de cominação legal da multa será de 2-60%, isto é, amplia-se o teto legal.

Resta comprovado, ante exposto, neste panorama histórico, que a dosimetria do Cade ainda é muito incipiente não possuindo um conjunto de diretrizes balizadoras contundentes. O que se verifica, na verdade, e ao revés, é a mudança contínua de entendimentos. Ora vai-se ao encontro da pena mínima, sob a interpretação literal, ora caminha-se em direção a penas maiores, com a interpretação, outrora sistemática, pautada nas novas balizas, perpetradas na nova lei. Tal lei impõe a restrição do faturamento global da empresas no faturamento bruto da área de atividade econômica, destoando, por conseguinte, tanto da interpretação literal quanto da sistemática.

Mister se faz, antes da análise dos casos julgados pela lei nova, um breve resumo da dosimetria de multa em dois grandes polos de referência do direito concorrencial mundial, os

¹¹PA 08012.009888/2003-70 (Cartel dos Gases), 475ª SO, 22/09/2010, Voto do Conselheiro Relator Fernando de Magalhães Furlan

¹²No caso do cartel dos cases, foi imputado à White Martins multa de 50% do seu faturamento bruto eis que era uma empresa reincidente, com sentença transitada em julgado nos cinco anos anteriores.

EUA e a União Europeia. Acreditamos que esse comparativo será eficaz mas trazer a lume algumas conclusões e metodologias desses dois centros com o condão de auxiliar a sugestão, como pretendemos, do MCDA, *Multi-Criteria Decision Analysis*.

4. Breve resumo da dosimetria da multa na União Europeia

Em sua atual resolução¹³, a Comissão Europeia aponta três pontos principais para o processo de dosimetria. Em primeiro lugar fixa-se uma multa-base, um percentual do faturamento no mercado relevante do ano anterior, de acordo com a gravidade da infração, podendo se estender até 30%, multiplicando-o pelo número de anos em que houve prática ilícita. Em segundo lugar, estipula-se a imposição de multa no valor de 15-25% do das vendas no mercado relevante, que deverão ser somadas à porcentagem calculada pela multa base, pela simples adesão de uma empresa a um cartel já existente. Esse mecanismo, conhecido como “*entry fee*”¹⁴, é voltado para dissuadir empresas a darem início à modalidade anticoncorrencial mais lesiva. O terceiro ponto inovador na nova resolução refere-se à reincidência. Não é mais considerada como um mero agravante, mas sim um fator de aumento de até 100% da multa final. Cumpre salientar, entretanto, a impossibilidade da multa final alcançar mais do que 10% do faturamento global da empresa.

Existem três agravantes¹⁵ “(i) recusa em cooperar ou obstrução das investigações; (ii) papel de líder ou atos de coerção e medidas de retaliação contra outras empresas; e (iii) reincidência, para a qual especificamente é prevista elevação da multa em até 100%”. São cinco as atenuantes¹⁶:

(i) término da conduta imediatamente após a intervenção da Comissão, mas não se aplicando a cartéis; (ii) infração resultante de negligência; (iii) envolvimento¹⁷ na infração substancialmente limitado; (iv) cooperação com a Comissão fora do escopo da nota de leniência para a qual não havia obrigação de fazê-la; (v) autorização ou incentivo legal ou de autoridades públicas para o cometimento da infração¹⁸.

¹³Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1998:009:0003:0005:EN:PDF> . Acesso em: 20 de Fevereiro de 2013

¹⁴1, Item B. *Determination of the basic amount of the fine*. Ponto 25 da Resolução 2006/C 210/02 da União Europeia

¹⁵2, Item A. *Agravating Circumstances*. Ponto 28 da Resolução 2006/C 210/02 da União Europeia

¹⁶2, Item B. *Mitigating Circumstances*. Ponto 29 da Resolução 2006/C 210/02 da União Europeia

¹⁷A mera participação por tempo inferior não influencia nessa atenuante, pois já se considerou essa hipótese na fixação da pena base.

¹⁸Boson, 2012: p. 26.

Não descreve a referida resolução o montante que deve ser acrescido ou decrescido na presença das mesmas.

Importante perceber que muitas vezes a comissão pode majorar ou minorar a multa final almejando certas consequências. Por um lado, pode a autoridade aumentar a multa final¹⁹ caso observe a necessidade de deter futuras condutas sob a óptica de que a multa resultante seja inferior aos insumos auferidos pela empresa a fim de evitar a reincidência. Visa, também, por óbvio, uma pena que exceda o lucro obtido com a conduta. Por outro lado, as multas decorrentes desse processo de dosimetria podem fugir da capacidade da empresa²⁰. Nesses casos específicos, pode a autoridade reduzi-la a uma quantia substancialmente inferior. Isso eis que a manutenção da empresa em sua área econômica, isto é, impedir uma declaração de falência, por vezes tem maior valor econômico.

Deve-se reprisar, nesta celeuma dosimétrica, porém, que o referido aumento não pode ultrapassar 10% do faturamento global²¹ da empresa²². De forma análoga, caso sejam cometidas diversas infrações por diferentes membros da mesma associação, conserva-se o limite de 10% do faturamento global aqui tomado como a soma das parcelas de cada membro atuante ou afetado pela atividade anticoncorrencial.

5. Breve resumo da dosimetria da multa nos Estados Unidos

O processo de dosimetria da multa leva em consideração a fixação de uma multa-base sobre a qual recaem atenuantes e agravantes, além do Processo de Leniência e da discricionariedade de reduzir-se ou aumentar-se a pena final de acordo com a casuística específica. Em primeiro lugar, o júri decide se a empresa é ou não culpada. Em segundo lugar cabe ao juiz ou ao colegiado calcular o montante para a cominação da pena. O arcabouço legal da dosimetria de cartéis e da prática antitruste norte americana revolve sobre três diplomas legais: *Federal Sentencing Guidelines*, *Sherman Act* e *Clayton Act*.

Fixa-se, para tanto, uma faixa possível de punição, ou seja, uma gama punitiva sobre a qual recairá, ao final, a pena resultante. Aquela é calculada a partir do produto entre a multa-base e dois multiplicadores, o máximo e o mínimo, ensejando a referida faixa máxima e

¹⁹2, Item C. *Specific increase for deterrence*. Pontos 30 e 31 da Resolução 2006/C 210/02 da União Europeia

²⁰2, Item F. *Ability to Pay*. Ponto 35 da Resolução 2006/C 210/02 da União Europeia

²¹Note-se aqui que o faturamento aqui é o total e não o do mercado relevante como o é na fixação da multa-base.

²²2, Item D. *Legal Maximum*. Pontos 32 e 33 da Resolução 2006/C 210/02 da União Europeia

mínima, respectivamente. Os multiplicadores²³ são obtidos levando-se em consideração a culpabilidade da empresa. A multa base é calculada²⁴, de acordo com a *guideline*, tomando-se o maior valor dentro de três alternativas: o valor correspondente à tabela do nível da ofensa²⁵; o ganho pecuniário obtido através da ofensa; a perda pecuniária decorrente da ofensa seja ela intencionalmente, seja devido à negligência, isto é, dimana da ciência a responsabilidade para com a ofensa.

Essa culpabilidade é quantificada através do chamado “*Culpability Score*”²⁶. Este vai de 0 a 10+, quanto mais alto o número mais culpável é a empresa, sendo quatro o mínimo para cartéis. Para cada score, atribui-se um espectro de multiplicadores. Começa-se o processo com a culpabilidade de cinco aumentando-se ou subtraindo-se pontos²⁷ a partir de seis itens²⁸: “(i) tamanho da unidade da empresa envolvida no cartel, considerando-se o número de funcionários; (ii) histórico da organização; (iii) violação de ordem judicial ou de *probation*; (iv) obstrução de justiça; (v) Programa de ética e ter um *compliance* eficiente; (vi) auto-denúncia, cooperação com autoridade e aceitação de responsabilidade”²⁹.

Assim como na comissão europeia, os julgadores americanos podem optar por aumentar ou reduzir a pena não apenas de acordo com as capacidades da empresa, mas também o poder econômico e influência que detém. Há, também, um teto legal limitante do montante final da dosimetria qual seja de US\$ 100 milhões³⁰, ou duas vezes o ganho ilícito ou o dano causado às vítimas.

O *Guideline Manual* possuía um poder vinculante ao julgador, isto é, dever-se-ia aplica-lo sem quaisquer modificações e sem extrapolar os limites por ele impostos. Essa vinculação mandatória advinda da decisão *Blakely V. Washington*. Entretanto, o caso da *United States V. Booker*³¹ quebrou esse precedente mudando a orientação da aplicação do *guideline*³². Não só não é mais obrigatório, mas também confere ao juiz a prerrogativa de

²³§8C2.6 pg 514 do *Guideline Manual*

²⁴§8C2.4 pg. 505 do *Guideline Manual*

²⁵*Offense level*

²⁶Começa na página 507 do *Federal Sentencing Guidelines Manual*.

²⁷Cabe lembrar que diferentemente do que ocorre no Brasil, cada item e subitem possui um valor determinado de subtração ou adição.

²⁸§8C2.5 páginas 507 a 510 do referido *Guideline Manual*

²⁹Boson, 2012: p. 33

³⁰*Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* of 2004, § 215(a)

³¹<http://www.law.cornell.edu/supct/html/04-104.ZS.html>

³²DOERR, Matt T. **NOT GUILTY? GO TO JAIL. THE UNCONSTITUTIONALITY OF ACQUITTED-CONDUCT SENTENCING.** Columbia Human Rights Law Review: Fall, 2009. Disponível em: <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=41+Colum.+Human+Rights+L.+Rev.+235&srctype=smi&srcid=3B15&key=1314100b4986e1e326f33aa88614226f>> Acesso em: 20 fev. 2013

augmentar as sentenças criminais desconsiderando-se a Sexta Emenda³³ da Constituição Americana. Contudo, cumpre salientar que essa desconsideração não é a bel prazer do juiz. Só é passível nos casos em que a punição máxima prevista não seja suficiente para atingir um patamar dissuasório e reparativo da multa. É agora apenas um guia pelo qual as decisões devem ser pautadas³⁴ permitindo eventuais extrapolações dos limites impostos³⁵. Dessa forma, se demandar a casuística, poderá o juiz ultrapassar o referido teto legal.

6. Comparativo Brasil, Estados Unidos e União Europeia

Admitiu-se aqui, para efeitos comparativos, apenas as legislações americanas e europeias tendo em vista sua posição dominante no ranking de atuação no combate de atividades anticoncorrenciais. Pretende-se interpretar a nova lei a partir dos mecanismos dos dois centros supracitados.

O ponto nevrálgico, o resultado final, o objetivo que se almeja com a pena de multa é a pena ótima. Uma pena que é onerosa no ponto exato para que a conduta não se repita e para que sirva de exemplo às outras empresas deixarem de considerar a formação do cartel e os outros atos anticoncorrenciais, além, é claro, da reparação. Por conseguinte, a multa ótima tem o poder dissuasório e punitivo. No entanto, apesar da busca da pena ótima ser o foco, manifesta é a impossibilidade de chegar-se à mesma. A previsão do dano infligido no mercado, quantificando-se no preço, nas consequências reais e naquelas que existiriam sem os atos anticoncorrenciais, é por demais fluida para se precisar. A análise de mercado é limitada à previsão do *quantum* em que foi afetado o mercado.

A aplicação da nova lei concorrencial brasileira, Lei 12.529/2011, apesar de ainda insipiente³⁶, já que completou um ano de vigência recentemente, impõe, graças a sua própria legislação, uma diferença gritante: a fixação da multa-base. Como se verá, grande geradora de problemas, perante outros sistemas pelo mundo, primordialmente aos dois supracitados.

Apesar de muito criticada na antiga redação, a ausência de parâmetros definidores para uma diferenciação das variadas atividades anticompetitivas se manteve. O sistema penal brasileiro define o raio de fixação da pena base, para a primeira fase da dosimetria, para cada

³³Direito à Processual Judicial por Júri (*Right to Trial by jury*)

³⁴O guia e sua importância continuam. Apenas no caso concreto que, requerido por evidências *beyond reasonable doubt*, pode o juiz extrapolá-lo.

³⁵Contudo, premente ressaltar o direito de apelação de que se resguardam as partes.

³⁶Não houve, ainda, decisão do Cade sob a nova lei.

conduta ilícita. Há parâmetros para homicídio, para latrocínio, para todas as condutas tipificadas. Na nova lei da concorrência faltou seguir este modelo. Enquanto a antiga lei possuía um parâmetro de 1-30% do faturamento global da empresa, ou 2-60% no caso de reincidência, em relação às condutas possíveis, a nova lei modificou toda essa porcentagem. Agora, tem-se 0,1-20% do faturamento bruto, além de introduzir-se uma mudança importante em sua redação: a inclusão dos vocábulos “grupo” e “conglomerado”, restringindo à interpretação sistemática da mesma. De antemão, já se prevê como seriam, e efetivamente o são, as inconsistências na aplicação de lei tão omissa.

Traçando-se um paralelo com a dosimetria no Direito Penal, percebe-se, além da referida falta, outra, qual seja, a ausência de parâmetros do *quantum* do aumento das agravantes ou redução pelas atenuantes. Um caso ilustrativo, como já dito, o cartel dos Vergalhões de Aço de 2005, demonstra claramente o problema. Fixou-se na pena mínima de 1% acrescentando-a em outro 1% para cada agravante. No entanto, observa o absurdo: são oito agravantes previstas; a empresa se enquadrou em seis dos oito; a pena final foi fixada em 7%. Ao se debruçar na analisar desses fatores, percebe-se que todas as agravantes, caso presentes, e dentro dessa lógica, consistiriam em apenas 8%.

O art. 45 da nova lei discrimina as oito possíveis agravantes e atenuantes: a gravidade da infração; a boa-fé do infrator; a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; a consumação ou não da infração; o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros; os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; a situação econômica do infrator; e a reincidência. O art. 37, §1º, entretanto, prevê a cominação em dobro da multa no caso de reincidência. Uma primeira crítica pode ser feita a esse artigo. Será que se pode dobrar a multa pela reincidência e, ao mesmo tempo, usá-la como agravante? No nosso entendimento, essa hipótese incorre em *bis in idem*, não devendo, pois, ser aplicada.

A principal crítica, talvez, que possa ser feita ao art. 45, surge ao analisarmos a jurisprudência do Tribunal do Cade. Por não haver parâmetros, fica nas mãos dos Conselheiros para, discricionariamente, escolherem um valor a ser imputado a cada uma dessas agravantes e atenuantes. A uma, pergunta-se se é interessante uma previsibilidade muito alta da multa imputada a uma determinada conduta. Evidentemente, caso se manifeste essa hipótese, e seja feita uma avaliação pelas partes e elas percebam que, mesmo que sejam pegadas e punidas, o lucro auferido compensa, a multa perde todo seu caráter dissuasório e reparatório e, por conseguinte, seu fim. A duas, um processo de fixação da multa completamente arbitrário, sem padrões ancorados em jurisprudência é igualmente nocivo.

Há outra diferença que é interessante de se pensar que foi desconsiderada tanto pela legislação europeia quanto pela brasileira. Ao se analisar relações entre empresas ou entre as empresas e a sociedade muitas vezes se negligencia o tamanho delas. Os Estados Unidos trouxeram como inovação a consideração do número de funcionários como critério agravante³⁷. Por mais que se analise o faturamento bruto para a imposição da multa, voltar-se às dimensões da empresa e quantificá-las como parte de algum critério na dosimetria se torna premente ao munir-se da Constituição como fator adicional na discussão da problemática. Aplicar-se-ia, de fato, o princípio da isonomia com maior tranquilidade no sentido de que empresas com dimensões diferentes seriam punidas de acordo com suas capacidades. Tratar os desiguais desigualmente é a máxima interpretativa numa sociedade democrática de Direito que leva em consideração a Constituição como Lei Maior. Não se vê isonomia em punir uma grande rede de supermercados e uma mercearia, por exemplo, da mesma forma. Caso se fixasse uma multa de 20% para as empresas integrantes de algum cartel específico, e se levasse em consideração as diferentes dimensões da empresa, ter-se-ia uma multa mais elevada para aquela empresa de maiores magnitudes e capacidades.

A duração de um cartel é logicamente fundamental para se entender o impacto que o mesmo teve na sociedade. Tanto o sistema americano e o europeu consideram-na no processo dosimétrico. O primeiro considera a duração total das condutas ilícitas do cartel para fixação da multa, logo, leva em conta a duração. O segundo utiliza o tempo como um dos fatores do produto da equação geradora da multa-base. O sistema brasileiro, infelizmente, descarta o tempo como qualquer fator, seja na dosimetria da multa-base, seja como agravante ou atenuante. De fato, muitas vezes é impossível obter-se todos os dados da duração do cartel. No entanto, poder-se-ia ter incluído na legislação atual algum mecanismo que a aplicasse caso houvesse provas. Talvez na fixação da multa-base, eivado de legitimidade estaria o Conselheiro que se reputasse à manifestamente longa, ou curta, duração do cartel para imposição no teto legal, por exemplo.

Todos os três sistemas impuseram um limite a essa dosimetria. Há um teto legal. A mais rígida, em teoria, é a dos americanos. Eles possuem um limite dividido em três hipóteses: nenhuma multa superior a \$100 milhões de dólares, duas vezes o ganho ilícito ou o dano causado às vítimas. No entanto, de acordo com a jurisprudência assentada em *United States V. Booker*, pode o juiz extrapolar quaisquer limites impostos pelo *guideline*, desde que suficientemente motivado. De fato, na prática, o caso em tela apresenta tal necessidade, não

³⁷Inseridos no Culpability Score

há limite legal para multa. A comissão europeia fixou-a em até 10% do faturamento global da empresa. Já a legislação brasileira, optou por até 20% do faturamento no ramo de atividade. A depender da pulverização dos *proxies* da empresa e do tamanho da mesma, o teto pode ser maior ou menor ao se comparar os últimos dois sistemas.

Por fim, há de se ressaltar última distinção relevante. A pessoa física infratora ou instigadora ou organizadora da conduta ilícita pode ser responsabilizada sem prejuízo de o ser a empresa. A legislação americana impõe um limite de até \$1 milhão de dólares. Já a brasileira define um parâmetro de 1-20%³⁸ da multa incidente na empresa.

Ao que nos parece, a legislação americana é a que define melhor os parâmetros e os guias referentes ao processo dosimétrico oferecendo, de fato, a maior previsibilidade na aplicação de multas referentes a condutas ilícitas. Não obstante, ao que se demonstrou aqui, é o sistema mais rígido em punições. Não é por acaso que não há casos de reincidência em cartéis desde 1999.

Como se pôde ver nessa análise, a previsibilidade de uma conduta, isso é, o *trade-off* que um agente econômico racional pode efetuar ao considerar adentrar em condutas ilícitas anticoncorrenciais, é muitas vezes superior no sistema americano. A dosimetria é *straightforward*³⁹, ainda que a multa-base tenha critérios tanto quanto abstratos, a incidência de agravantes é tipificada e precisamente dosada numa gama de multiplicadores.

Será, no entanto, que se deve prezar pela previsibilidade? Por um lado, as decisões da autoridade antitruste serão muito mais consistentes e previsíveis. Isso é um objetivo a ser respeitado. Contudo, essa previsibilidade só se reveste de eficiência se a pena resultante for suficiente para dissuadir potenciais empresas a considerarem essas condutas. Caso contrário, aquela empresa informada poderá adotar práticas de anticompetição sabendo que, ainda que seja pega, auferirá uma boa margem de lucro.

Acreditamos que o exemplo norte americano é o mais correto. Obviamente todo sistema tem falhas, mas, talvez, em seu arcabouço legal, há certas soluções para as críticas a ele apontadas. Em primeiro lugar, poder-se-ia dizer que ele é o sistema mais previsível já que todas as hipóteses estão previstas, as agravantes e atenuantes são aumentadas de acordo com os critérios fixados. Entretanto, a parte rígida resultante dessa dosimetria é um espectro, uma gama de aplicação da multa. Dessa forma, há certa discricionariedade sem deixa-la

³⁸ Art. 37, III, Lei 12529/2011

³⁹ Ainda considerados aspectos de difícil apuração prática, a ordem e a organização dos pontos a serem considerados são muito bem definidos. A nosso ver, apenas apurar a duração do cartel e quantificar os critérios da multa-base seriam mais difíceis de serem obtidos precisamente. Estes são: valor correspondente à tabela do nível da ofensa; o ganho pecuniário obtido através da ofensa; a perda pecuniária decorrente da ofensa seja intencionalmente, seja devido à negligência, seja apenas com a ciência de que o fato será prejudicial.

completamente aberta para interpretação. Em segundo lugar, caso uma empresa faça uma estimativa dos lucros que possam ser auferidos através de uma conduta anticompetitiva, e estes sejam maiores do que a faixa máxima resultante dos multiplicadores, estaria aquela propensa dar início ao referido comportamento. Aqui se insere a beleza do mecanismo engendrado em *United States V. Booker*. Os limites legais e, analogamente, os multiplicadores máximos da faixa de punição, podem ser extrapolados se a casuística demandar.

Por óbvio, não se implica que os Estados Unidos têm o sistema perfeito ou que seu sistema sempre aplica a multa ótima. São vários os elementos, alguns subjetivos outros de difícil mensuração, a serem analisados. Uma empresa pode se beneficiar de uma conduta anticompetitiva ainda que punida. O ponto que se almeja nessa discussão, é demonstrar que o direito antitruste no Brasil possui muitas falhas, que podem ser supridas por vias outras do que emendas à lei pelo legislativo, através, também, de uma comparação com os EUA.

Antes da análise jurisprudencial, deve-se explicar o porquê de se adotar os Estados Unidos como exemplo em detrimento do europeu. O sistema dosimétrico europeu, como exposto no início desse artigo, possui diferenças muito maiores daquele brasileiro. Em primeiro lugar, não há previsão de pena de multa privativa de liberdade, como neste país e nos EUA. Em segundo lugar, a duração do cartel é inerente à fixação da multa-base. No Brasil não há tempo como fator na dosimetria, apesar de poder o Conselheiro, a nosso ver, inserir alguma das agravantes. Nos EUA, apesar da previsão de tempo como fator, esse não é fundamental para a fixação da pena-base, apenas como fator agravante. Em terceiro lugar, as atenuantes e agravantes previstas pela Comissão Europeia não encontram respaldo na lei brasileira. Algumas hipóteses previstas pelos EUA assemelham-se mais às do Brasil. Por fim, a Comissão Europeia prevê, como já citado, uma “*entry fee*” altíssima, instituto que não apresenta paralelo nem no Brasil nem nos EUA.

Desse modo, concluímos pela utilização do sistema antitruste norte americano como parâmetro e como exemplo a ser seguido. Cumpre salientar que as razões, ante expostas, são suficientes para rejeitar o movimento majoritário de tomar emprestado definições, mecanismos e decisões da União Europeia, e não dos Estados Unidos.

7. Análise da jurisprudência do Cade em sede cartéis na Lei 12529/2011

Passamos agora para a exegese em si de casos *benchmark* a partir dos quais tentaremos extrair, ou melhor, provaremos ser impossível identificar, uma linha pela qual os

Conselheiros se baseiam no processo dosimétrico. O processo dosimétrico americano e europeu foram determinantes para a identificação de alguns dos problemas que foram apontados na seção acima. A perspectiva dada no comparativo possibilitou-se, assim, finalmente analisar-se a questão nevrálgica desta celeuma sob uma óptica contextualizada: a jurisprudência dos casos de cartéis sob a lei nova.

Não obstante ser quase impossível retirar um entendimento bem sedimentado, muitas vezes o Conselheiro simplesmente não se explica. Não declina o porquê de determinada multa base e o porquê de majorar ou minorar a porcentagem determinada. Perquirir acerca de casos *benchmark*, isto é, casos famosos que servem ou serviram de exemplo, e não sobre casos aleatórios, faz-se imperativo considerando que o ponto ao qual se quer chegar. O que se demonstra é justamente que, na jurisprudência do Tribunal, não há qualquer direção fixada e, portanto, não faria sentido selecionar casos randomicamente. Cumpre salientar que o foco deste artigo gira em torno da lei nova, do tratamento dado às pessoas jurídicas. Os problemas que se observa hoje na dosimetria do Cade foram primeiro identificados na lei antiga. Os casos que foram julgados apesar de o terem sido sob a égide da Lei 8.884/1994, por conseguinte, não estão aqui prejudicados por análise em lei revogada. As inovações trazidas pela nova lei, na parte do cálculo da dosimetria, servem apenas para enaltecer o problema.

Dessa forma, ressaltamos a dissertação de Daniel Boson que brilhantemente demonstra⁴⁰ a ausência de critérios bem estabelecidos “no que tange à base de cálculo quanto ao percentual do faturamento considerado. Isso demonstrou a falta de capacidade do Conselho de justificar suas decisões no que tange à dosimetria das penas, o que pode resultar em reversão das mesmas no âmbito do Poder Judiciário”⁴¹.

Sob a sombra da lei nova, foram julgados onze processos administrativos referentes a controles de conduta. No entanto, apenas três casos de cartéis foram julgados e condenados sob a égide da lei nova. O cartel do Ecad, dos postos de combustíveis de Teresina/PI e o cartel paranaense dos produtores de cal foram todos condenados pela Lei 8.884/1994. Coincidentemente, todos os quatro cartéis que se encaixam no crivo adotado, são de uma mesma Conselheira, quais sejam, cartel dos postos de Bauru, cartel dos postos de Londrina, cartel dos postos de Caxias do Sul. Analisaremos, também, o cartel do Pão eis que fora feito nos mesmos moldes dos outros 3 processos e que, se não fosse pela ausência de faturamento no mercado relevante, o teria sido feito sob a Lei 12.529/2011.

⁴⁰Boson fez um paralelo a Gabriel Pinto, resalta e expande seus argumentos dando corpo à tese de que a dosimetria do Cade não segue parâmetros bem definidos, por vezes sem fundamentação, pelo menos aos olhos do Judiciário, como se viu.

⁴¹Boson, 2012: p.75

Deve-se, com intuito de ilustrar, ainda que brevemente, tecer certas considerações acerca da retroatividade da lei no âmbito do Direito Administrativo. A jurisprudência assentada⁴² vincula o tratamento dado ao Direito Administrativo Sancionador com o Direito Penal. O ilícito consumado à época de lei revogada será por ela julgado caso a lei nova seja mais nociva, isto é, seja pior para o réu ou o condenado. Dessa forma, só se permite a *reformatio in melius* retirando-se o caráter, da lei posterior, de *reformatio in pejus*.

O Cartel dos Postos de Bauru⁴³ foi emblemático. Trouxe à tona algo pouco comum na jurisprudência do Cade, analisou cada um dos elementos contidos no art. 45. Transcrevemos a conclusão em referência a essa pormenorização:

Dessa forma, considerando (i) a inegável gravidade da infração cometida no mercado de revenda de combustíveis em Bauru, (ii) a ausência de boa-fé dos infratores, (iii) as vantagens pretendidas e aferidas com a conduta, (iv) a consumação do cartel orquestrado pelos Representados, (v) o perigo à livre concorrência oriundo da conduta, (vi) o forte grau de lesão à economia, (vii) a situação econômica dos Representados enquanto empresas de pequeno porte e (viii) a inexistência de reincidência, fixo multa de 15% (quinze por cento) do valor do faturamento bruto obtido no ano anterior à instauração do presente processo administrativo no ramo de transporte e distribuição de combustíveis⁴⁴

A douta Conselheira não declinou a razão que ensejou a fixação de pena em 15%. A pena prevista na nova lei tem amplitude de 0,1% até 20%. Consideramos seguro o entendimento de que os 20%, isto é, o máximo legal, deveriam somente ser aplicados aos casos em que os danos gerados fossem gravíssimos de sobremaneira ou que fossem graves e comportassem todos os agravantes.

Acreditamos, igualmente, que a razão por trás dos 15%, além de ser a margem comum de aplicação na lei antiga, pode ser oriunda do porte econômico das Representadas. De fato, o

⁴²MS 15.095/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/08/2012, DJe 17/09/2012

REsp 1216473/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 09/05/2011

MS 13.523/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 04/06/2009

AgRg no HC 254.523/PE, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 23/10/2012, DJe 30/10/2012

AgRg no Ag 1251541/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 21/09/2010, DJe 11/10/2010.

RMS 23.587/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/10/2008, DJe 03/11/2008.

REsp 337.447/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, julgado em 04.12.2003, DJ 19.12.2003

⁴³PA nº 08012.004472/2000-16 (Cartel de Combustíveis Bauru), 17ª SO, 12/03/2013, Voto da Conselheira Relatora Ana Frazão

⁴⁴Página 50 do PA nº 08012.004472/2000-16 (Cartel de Combustíveis Bauru), 17ª SO, 12/03/2013, Voto da Conselheira Relatora Ana Frazão

cartel é a atividade econômica mais dolosa. Suas repercussões geram ineficiências gravíssimas, lucros injustificados, repartição do dano ao consumidor e, *in casu*, elevação de preços e perdas econômicas devido à própria área à qual está adstrita o cartel. Em outras palavras, a zona de Bauru é uma zona extremamente industrializada e dependente do fator transporte, logo, uma conduta concertada para o aumento do preço do combustível tem consequências ainda mais graves.

Ante o exposto, conclui-se que tudo o mais prejudicial dessa conduta anticompetitiva está presente, inclusive com a presença de escutas telefônicas que demonstram tanto a consciência da ilicitude como a vontade e expectativa de impunidade. Portanto, resta-nos o entendimento que os 5% restantes para o teto legal, apesar de não ser assim descrito no voto, corresponderiam ao pequeno porte econômico das empresas. Não se deve, a nosso ver, confundir os argumentos concludentes da casuística, da potencialidade lesiva inerente ao cartel que prescindira de uma análise maior de mercado como fator determinante no cálculo da multa. Ressalte-se que análise mais completa do mercado compõe análise do mercado relevante, barreiras à entrada e concentração de mercado. A presunção lesiva nesse caso foi oriunda da própria materialidade da conduta. De fato, caso fossem empresas maiores, em um caso tão bem descrito e determinado, com tantas agravantes, dificilmente poderia sequer cogitar-se a uma multa inferior ao teto legal.

O cartel dos Postos de Londrina⁴⁵ foi um caso mais complicado eis que algumas das pessoas jurídicas não preencheram os requisitos necessários para a aplicação da Lei 12.529/2011. Isso seu deu, ratificando-se, pois no âmbito do direito administrativo sancionador, aplicar-se-á, conforme jurisprudência arraigada tanto nas instâncias administrativas quanto judiciais, lei posterior somente se for mais benéfica. A aplicação da Lei 12.529/2011 é presumidamente mais benéfica exceto o art. 37, inciso II, que versa sobre as associações de entidades e pessoas constituídas de fato ou de direito que não exerçam atividade empresarial. Nesses casos, aplicar-se-á o art. 23, inciso III, da Lei 8.884/1994.

Por serem casos semelhantes os desses dois postos, e a mesma Conselheira Relatora, o tratamento foi semelhante. A multa imposta foi de 15% do faturamento bruto no ramo de transporte e distribuição de combustíveis. Transcrevo o trecho concludente:

Assim, nos termos do art. 37, inc. I e do art. 45 da Lei 12.529/2011, considerando (i) a inegável gravidade da infração cometida no mercado de revenda de combustíveis em Londrina, (ii) a ausência de boa-fé dos infratores, (iii) as vantagens pretendidas e aferidas com a conduta, (iv) a consumação do cartel orquestrado pelos

⁴⁵PA nº 08012.001003/2000-41 (Cartel de Combustíveis Londrina), 17ª SO, 12/03/2013, Voto da Conselheira Relatora Ana Frazão

Representados, (vi) a situação econômica dos Representados enquanto empresas de pequeno porte e (vii) a inexistência de reincidência, **fixo multa de 15% (quinze por cento) do valor do faturamento bruto obtido em 2000 no ramo de transporte e distribuição de combustíveis³ pela empresa Derivados de Petróleo Três Marcos Ltda.** (grifo no original)⁴⁶

Os casos são extremamente semelhantes, as repercussões e vantagens auferidas são parecidas, a materialidade da conduta da mesma forma e racionalidade econômica por detrás da conduta e a consciência dos ilícitos são muito próximos entre esses dois casos.

Concluimos, portanto, que não haveria de ser diferente o tratamento conferido a esse cartel em face caso dos Postos de Bauru eis que apresentam as mesmas condições, consequências, um marco temporal próxima e condições de investigação parecidas. A dosimetria, então, seguiu, fielmente, como se percebe do trecho destacado, o entendimento sedimentado no primeiro caso.

O posto de Caxias do Sul foi tratado de maneira idêntica. A Conselheira Relatora é a mesma, o mercado relevante no qual a conduta se adstringe é o mesmo, ainda que em outra região geográfica, os elementos constitutivos do ilícito concorrencial são idênticos. A pena de multa imposta, como se pode observar no voto, não apenas é dos mesmos 15%, como também com estrutura gramatical e semântica idêntica, como se fosse tão somente uma adaptação dos julgados dos outros dois postos.

Atente-se que não se faz aqui uma crítica, pelo contrário, ainda que não consideremos que o potencial dosimétrico da lei foi atingido, não se esperava que o fosse. Não foram definidos, nem ao menos se arriscou fazê-lo, os parâmetros de majoração da multa para esses três cartéis de postos de gasolina.

A Conselheira, portanto, ao revés, estabeleceu ao menos um *benchmark* ao analisar cada uma das hipóteses previstas no art. 45 da nova lei. A discussão de competência de um Conselheiro de “legislar” ao definir parâmetros específicos para cada inciso dá voltas e é infrutífera. Não cabe tão somente a um dos Conselheiros outorgar-se uma competência a qual não lhe foi conferida. Em vistas disso, reconhecemos que o caminho por ela tomado foi a saída, digamos, por *faute de mieux* para um problema sem solução aparente. Ela levou em consideração a gravidade das condutas e suas repercussões uma a uma para a fixação da multa. Em nenhum momento fixou-se uma pena-base, caso o contrário obrigatoriamente teriam de ser definidos parâmetros, o que se fixou foi uma pena final, uma pena que contemplasse todo um processo de instrução e saneamento do processo para uma resultante quantificada em 15%.

⁴⁶Páginas 32 e 33

O quarto e último cartel inserido nos moldes na nova legislação, o cartel do Pão, teve uma repercussão na mídia interessante, sendo inclusive capa do portal G1 na internet⁴⁷. Foi um Processo Administrativo referente à manipulação do preço do pão, por meio de condutas concertadas, inclusive através de coerção, visando tão somente o lucro. Sob a mesma óptica, foi relatado pela mesma Conselheira dos cartéis dos postos de gasolina.

De maneira análoga aos cartéis supracitados, a aferição da materialidade da conduta supriu a necessidade de uma análise de mercado mais aprofundada, a presunção da potencialidade lesiva da conduta restou facilmente verificada. Entretanto, munindo-se do fato de que as Representadas eram micro e pequenas empresas, cuja balança econômica é inerentemente delicada, como é cediço na doutrina, a Conselheira tomou posição interessante. Afirmou, *in litteris*, “a dosimetria da pena deve ser realizada levando-se em consideração a particular situação econômica dos Representados (Lei 12.529/2011, art. 45, inc. VII), que se mostra bastante distante daquela normalmente encontrada nos processos administrativos analisados por este Conselho”⁴⁸.

A pena de multa para as Representadas foi, entretanto, aplicada sob a luz da lei antiga. Como já vimos, no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, assim como no Direito Penal, não se admite a *reformatio in pejus*. Como bem demonstrado no voto, “a precariedade organizacional das empresas representadas revela-se na dificuldade de apresentar dados confiáveis com relação ao faturamento obtido no ramo de atividade em que ocorreu a infração no ano anterior à instauração do processo”⁴⁹.

Na ausência de faturamento bruto no ramo de atividade empresarial no ano anterior à instauração do Processo Administrativo, requisito do art. 37, inciso I, aplica-se subsidiariamente, às pessoas jurídicas, o art. 37, inciso II. Esse inciso confere discricionariedade na definição do valor da multa limitadas por dois extremos, R\$ 50.000,00 e R\$ 2.000.000,00, isto é, entre cinquenta mil e dois milhões de reais. Este artifício é remanescente da Lei 8.884/1994. Seu art. 23, inciso III, determina a fixação da multa em dois extremos. Conquanto o teto seja superior, UFIR 6.000.000,00⁵⁰, o piso é substancialmente

⁴⁷<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2013/05/cade-multa-padarias-do-df-em-r-650-mil-por-formacao-de-cartel.html>, acessado em: 22 de Maio de 2013

⁴⁸Páginas 36 e 37, PA nº 08012.004039/2001-68 (Cartel do Pão), 22ª SO, 28/05/2013, Voto da Conselheira Relatora Ana Frazão.

⁴⁹Páginas 36, PA nº 08012.004039/2001-68 (Cartel do Pão), 22ª SO, 28/05/2013, Voto da Conselheira Relatora Ana Frazão.

⁵⁰Aproximadamente R\$ 14.400.000,00, quatorze milhões e quatrocentos mil reais.

inferior, UFIR 6.000,00⁵¹, seis milhões e seis mil de Unidades Fiscais da de Referência⁵², respectivamente.

Na instrução do processo, e como já foi dito aqui, aduz-se ao tamanho das empresas, e de sua condição econômica, para fixar-se a pena a um patamar abaixo daquele da lei nova ferindo, por conseguinte, a garantia de só aplicar-se o *reformatio in melius*. Em vistas disso, fixou-se a pena em UFIR 30.000,00⁵³.

Conquanto a lei aplicada tenha sido a lei antiga, para pessoas jurídicas, o voto aludido nos é importante por duas razões: a referência expressa aos casos dos cartéis dos postos de gasolina como jurisprudência tal qual fora nossa conclusão, e levar em consideração o porte econômica das empresas. A referência à jurisprudência, entre outros fatores não pertinentes para a discussão aqui elucubrada, também é percebida no fato de que todas as agravantes e atenuantes foram pormenorizadas uma a uma. Até porque, a utilização da lei anterior se dá justamente pelo inciso VII, do art. 45 da Lei nova que é menos benéfica que a lei da época da consumação dos fatos.

O cartel em questão, com tantos elementos negativos e agravantes, inclusive com coerção, escutas telefônicas, repercussões claras tanto para os consumidores, quanto para outras empresas dependentes de combustíveis para sua atividade, apresenta materialidade da conduta exposta e óbvia, além da consciência da ilicitude. Argumenta-se que a punição ter sido de 15%, e não do máximo legal, 20%, devem ser em decorrência justamente dos portes das empresas. De fato, os postos de gasolina analisados possuem lucros maiores do que meras panificadoras em cidades satélites, ainda mais no caso de Bauru que os postos abasteciam a demanda da indústria. O reconhecimento do porte das panificadoras ensejou uma punição pouco acima do piso legal, correspondentes a 0,5% do teto legal. Concluimos, assim, que os 15% devem ser oriundos do porte dos postos de gasolina que, apesar de não serem tão delicados quanto as panificadoras, não são grandes conglomerados econômicos.

O ponto nevrálgico dessa problemática pode ser destrinchado com uma simples hipótese: no caso de um cartel semelhante aos quatro supracitados, como proceder na dosimetria da pena se um dos fatores agravantes que está presente em todos os cartéis estiver ausente? Fixar-se-á em 10%? 12%? 13%? Não se vislumbra resposta. É nesse sentido que argumentamos que, conquanto as decisões da Conselheira já tenham dado um passo adiante,

⁵¹Aproximadamente R\$ 14.400,00, quatorze mil e quatrocentos reais.

⁵²UFIR foi fixado, em 2013, a R\$ 2,40

⁵³Aproximadamente R\$ 72.000,00, setenta e dois mil reais.

ainda são um tanto quanto discricionárias a ponto de não se estabelecer um método, um procedimento, nem ao menos uma orientação que aponte um caminho viável de dosimetria.

Resta salientar que a inovação proposta pela Conselheira destes processos já surtira efeito em pelo menos dois outros casos de conduta analisados. Não apenas fora levada em consideração a análise, quase que *ipsis litteris*, da não *reformatio in pejus*, mas também ao açambarcar o modelo de exegese, daquela Conselheira, no que se refere a individualização *in locu* do disposto no art. 45 da nova lei. Refiro-me do cartel de postos de combustíveis de Teresina/PI⁵⁴, sob poder do Ex-Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, e do cartel paranaense dos produtores de cal, sob *manus* do Conselheiro Ricardo Ruiz. Ambas as dosimetrias foram realizadas sob lei antiga em decorrência da impossibilidade de aplicação da *reformatio in pejus*. Não obstante, ambos os Conselheiros usaram⁵⁵ o “modelo” da Conselheiras dos casos analisados, *supra*.

Por fim, consideramos louváveis os esforços envidados para esse movimento de pormenorização dos incisos do art. 45 da nova lei, talvez podendo até ser considerado *avant-garde*⁵⁶. Porém, ainda que louváveis, o ponto fulcral do problema ainda está intrinsecamente conectado à forma a que deu preferência o legislador. A não fixação de parâmetros límpidos necessários para majoração e minoração da pena-base engendra a aplicação, longe de cristalina, como no Direito Penal, da punição do ilícito.

8. O que é MCDA

O MCDA, Metodologia de Apoio à Decisão, é uma evolução da Pesquisa Operacional (PO) e uma tentativa de organização de uma comunidade antes dispersa, fixada na gênese de fórmulas matemáticas estáticas preocupando-se, como na Economia, apenas em maximizar os lucros e minimizar as perdas. A MCDA quebra com essa objetividade e racionalidade

⁵⁴PA nº 08012.007301/2000-38 17ª SO (Cartel de Combustíveis de Teresina), 06/03/2013, Voto do Conselheiro Relator Marcos Paulo Veríssimo E
PA nº 08700.000547/2008-95 17ª SO (Cartel de Combustíveis de Teresina), 06/03/2013, Voto do Conselheiro Relator Marcos Paulo Veríssimo

⁵⁵O Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo faz, inclusive, referência expressa ao julgado: “conforme entendimento já manifestado perante esse tribunal pela Conselheira Ana Frazão em voto-vogal no PA n. 08012.009834/2006-57”

⁵⁶Talvez não seja a mais correta das expressões eis que alguns Conselheiros, no passado, já perpassaram por esses fatores, na lei antiga, em seus julgados. No entanto, não havia um consenso, eram casos isolados. Tal expressão foi por nós conferida haja vista a pressão pela qual devia ela estar submetida a definir um modelo, ou ao menos uma direção, a ser seguido na punição de cartéis da lei nova. Acreditamos ter sido uma tentativa feita de forma a iluminar aquele caminho notório por ser rochoso e tortuoso.

econômica rígida voltando sua atenção aos problemas sociais e vem em auxílio dos tomadores de decisão. A partir dessa metodologia, logram em moldarem e validarem seus próprios conceitos e valores entendendo seu problema com mais profundidade e a partir de um processo mais interativo e construtivo.

O objetivo desta metodologia é encontrar um conjunto de soluções que, de acordo com suas convicções, possibilite a tomada de uma decisão mais adequada. Cumpre salientar que não é uma decisão fixa e rígida. Há um vasto número possível de decisões. Serve, assim, como um auxílio objetivo para uma racionalidade subjetiva.

A metodologia MCDA consiste em três princípios ou convicções básicas no processo decisório. Em primeiro lugar a subjetividade e objetividade estão interligadas e são inseparáveis, a primeira relaciona-se a um juízo de valor dos atores e a segunda às ações na tomada de decisão em si. Em segundo lugar, na participação nesse processo interativo, os atores têm uma aprendizagem em interpretar melhor seu juízo de valor. Por fim, a visão construtivista é imperativa na edificação de um modelo que espelhe as preferências dos atores no entendimento do problema e na geração do conhecimento.

Possui, ainda nesse mister, três paradigmas básicos. A construção de um modelo personalizado que represente de forma autêntica os valores e preferências dos gestores envolvidos. O reconhecimento de que, ainda que haja convivência diária, os Conselheiros podem não deter determinados juízos de valor de forma límpida e objetiva e que esse processo reconheça tais limitações e venha em auxílio para construir um maior entendimento e adequá-los à elaboração do modelo. Finalmente, os objetivos da MCDA levam em conta não só preferências e convicções dos Conselheiros, mas também a influência *in locu*.

Não há espaço aqui, nesse artigo, para maior caracterização e uma consequente aplicação prática da MCDA, no caso de dosimetria da pena de multa no direito concorrencial brasileiro. O artigo se propôs tão somente a demonstrar como a jurisprudência do Cade é por demais variável e excessivamente discricionária. Acreditamos que esse propósito foi alcançado. No entanto, apontamos a MCDA como uma possível solução após seus resultados em outras áreas e outras problemáticas, tais como sociologia e ciência política. Cumpre salientar que a aplicação da MCDA revolve-se em torno de questionários respondidos por luminares e doutrinadores na área em questão, a partir de seus conhecimentos e preferências. A partir daí, formar-se-á um modelo de mensuração objetiva que resulta em alguma resposta.

Ilustremos esse pleito a partir de duas monografias de conclusão de curso da Ciência Política, ainda não publicadas, que obtiveram êxito nos campos de sociologia, gestão de políticas públicas e saúde. Referimo-nos das monografias: “Metodologia Multicritério de

Apoio à Decisão (MCDA) como critério de avaliação de projetos para a seleção de financiamento da Gerência DST/AIDS – DF” da autora Fabiany Maria Made e Vellasco e “Modelo de Avaliação para o Programa Escola Aberta – UNESCO utilizando a Metodologia de Multicritério de Apoio a Decisão – MCDA” do autor Fellipe Padovan Bontempo.

A primeira endereçou a demanda de avaliação de projetos para a seleção de financiamento da Gerência DST/AIDS. “A seleção de projetos de Organizações da Sociedade Civil com ações voltadas para DST e AIDS exige que diversos critérios sejam considerados no processo avaliativo”⁵⁷ levando em conta “a subjetividade dos decisores no momento da tomada de decisão”⁵⁸. A metodologia da monografia em pauta constituiu em avaliar:

os Projetos Vivendo com a AIDS, da Arco-Íris, e Oficinas da Transforme, da Transforme-DF. A avaliação permitiu a constatação do desempenho desses Projetos em cada ação potencial analisada, além de possibilitar a comparação entre os impactos local, parcial e global que cada um dos Projetos obteve. Assim, foi possível analisar quais os pontos satisfatórios ou não de cada Projeto apresentou. A Análise de Sensibilidade realizada comprovou a robustez do modelo construído. E ao final, comprovou-se que o modelo gerou conhecimento sobre o Programa e criou ferramentas capazes de subsidiar a tomada de decisão dos gestores da Gerência DST/AIDS – DF⁵⁹.

A segunda respondeu à necessidade de construção de “modelo de avaliação de desempenho do Programa Escola Aberta [UNESCO], sob a óptica construtivista, que auxilia os gestores a tomarem decisões utilizando como base as percepções e juízo de valor dos próprios decisores”⁶⁰. Concluiu o autor, com êxito em sua área:

que o método proposto tanto considerou os aspectos objetivos quanto os subjetivos no processo de monitoramento deste programa de políticas públicas voltado para a área educacional e de inclusão social. Como resultado, o método permite que os gestores do Programa agregassem maior conhecimento sobre o próprio Programa, tornando-os mais seguros para tomada de decisões⁶¹.

9. Conclusão e sugestão da MCDA

Ante o exposto, percebemos que por mais que a previsibilidade absoluta não seja possível, nem almejada, o fato permanece de que a dosimetria da pena de multa no Brasil é demasiadamente discricionária. Não há melhores padrões fixados como nos EUA e na União

⁵⁷“Resumo” em Vellasco, 2013: Resumo.

⁵⁸idem

⁵⁹idem

⁶⁰“Resumo” em Bontempo, 2013: Resumo

⁶¹idem

Europeia. E isso acaba levando, muitas vezes, a pena de multas menores do que aquelas que seriam mais próximas à pena ótima. Ou, ainda, a penas muito maiores levando à perda do caráter dissuasório da pena. Não obstante, a discricionariedade, como vimos, levou a uma total imprevisão jurisprudencial tanto da multa-base quanto do *quantum* de majoração ou minoração da mesma pelas atenuantes e agravantes. Ademais, aduziu-se, na pesquisa de Pinto e Boson, ao número elevado de julgados que não apenas não fundamentavam o critério de aplicação da multa, como também foram posteriormente revertidos no âmbito poder judiciário justamente pela falta de fundamentação.

De fato, o ponto nevrálgico que se critica na jurisprudência do Cade, ainda que considerados o movimento *avant-garde* da Conselheira Ana Frazão, é a ausência de parâmetros para a fixação de multa-base e do *quantum* de majoração e minoração da pena. Ao mesmo tempo, dificilmente alguém advogaria, e caso o fizesse estaria errado, que todos os incisos têm o mesmo peso. A ausência de boa-fé não é tão gravosa quanto a gravidade da infração, ou como vimos, talvez, o porte econômico da empresa.

Não nos propomos, como já argumentado, a rejeitar completamente a discricionariedade, pelo contrário, reconhecemos a importância da mesma, não só de acordo com as convicções do Conselheiro, mas também para conferir flexibilidade para análise do caso *in locu*. Ademais, não possuir um sistema rígido que confira apenas uma opção correta e inflexível é benéfico para a defesa da livre concorrência e da livre iniciativa.

A proposta centraliza-se no reconhecimento da necessidade de certa discricionariedade, mas também reconhece que há a importância fulcral de certos balizamentos que possam conferir um norte a ser seguido pelos aplicadores da Lei. Desse modo, acreditamos haver três tipos de mudanças, duas legislativas e outra metodológica.

A primeira seria uma mudança na própria lei, seja por emenda seja por nova lei, que confira ou imponha certas balizas determinantes que expusessem um norte. No entanto, não acreditamos que essa solução, apesar de factível, mostre-se viável. O problema da dosimetria já era algo exposto e corrente nas críticas à lei antiga e o legislador nada fez. Ademais, a lei atual completou um ano de vigência recentemente, portanto, não é provável a criação de nova lei.

A segunda mudança, mais factível, seria uma emenda no Regimento Interno do Cade - Ridade prevendo máximos e mínimos, balizas, ou qualquer tipo de emenda que tivesse o condão de balizar a aplicação da pena de multa. Acreditamos, do mesmo modo, que a probabilidade é muito baixa. O histórico de aplicação discricionária deixou muito ampliada a noção e a definição dos tipos concorrenciais. *Prima facie*, tem-se que o cartel é a conduta

mais nociva. Mas quanto mais nociva? Quais das agravantes e atenuantes são mais importantes ou deveriam ter prioridade na aplicação? Esses tipos de questionamentos tornam problemática uma definição do *quantum* de pena base ou de aumento e redução de pena.

A terceira solução seria a MCDA. De fato, a necessidade é que se imponham balizas à aplicação e não um entrave que determine uma única solução rígida retirando a discricionariedade.

Das três soluções propugnadas, acreditamos útil descartar a superveniência de nova lei. A estruturação de um “resultado” ou da utilização de um modelo de MCDA pré-pronto *in caso*, por determinação do Ricade, não fere a competência legislativa da Câmara e do Senado porque não impõe um valor fixo, condições que o legislador, ainda que pudesse ter determinado, não estipulou. O questionário, então, ou modelo, seria voltado a balizar ou nortear o direcionamento da dosimetria. Apesar de matemático, como já discutido, é extremamente subjetivo, varia com as preferências e conceitos arraigados no arcabouço de cada luminar da área. A proposta, resumidamente, seria de juntar as respostas do maior número de Conselheiros, Ex-Conselheiros, doutrinadores e luminares da área de Direito da Concorrência, Direito Econômico e Economia, além de quaisquer áreas subjacentes, quanto possíveis. O resultante dessa colheita conceitual seria um modelo no qual seriam inseridas as informações relevantes de cada caso. O modelo em si é objetivo, afinal, é um modelo matemático, porém, o *input* e o *output* de informações são completamente subjetivos e específicos para cada caso, não constitui o modelo em apenas uma única resposta correta.

Os anseios do direito concorrencial acerca da dosimetria da pena de multa revolvem-se em torno de um equilíbrio entre uma aplicação discricionária, sem, no entanto, confundir-se com arbitrariedade, e casuístas dos processos em pauta e a previsibilidade e segurança jurídica. Estes parâmetros são aqueles os quais fundamentalmente deve se revestir qualquer sistema que imponha penas e julgue condutas. Da mesma forma, diante da possibilidade de revisão judicial das decisões administrativas do Cade, uma fundamentação cristalina e hígida de máculas preserva a competência deste Tribunal de julgar com propriedade livre da possibilidade de reversão por ausência de fundamentação. Com vistas a preservar a aplicação discricionária, sem, no entanto, esperar mudanças legislativas, estas improváveis e por demais morosas, expomos a possibilidade de utilização de uma metodologia que se disponha tão somente a orientar e balizar os conhecimentos, preferências e convicções subjetivas em um processo de mensuração objetivo.

10. Referências bibliográficas

Doutrina

BANA E COSTA, Carlos (1992). *Structuration, Construction et Exploitation d' un Modèle Multicritère d'Aide à la Decision*, Universidade Técnica de Lisboa, Tese de doutorado.

BANA E COSTA, Carlos/Vansnick, Jean-Claude (1997). "A Theoretical Framework for Measuring Attractiveness by Categorical Based Evaluation Technique". In: João Climes (Ed.). *Multicriteria Analysis*. Berlin: Springer-Verlag, pp. 15-24.

BANA E COSTA, Carlos (1993). "Três Convicções Fundamentais na Prática do Apoio à Decisão". *Pesquisa Operacional*, volume 13, número 1 (Sociedade Brasileira de Pesquisa Operacional), p. 9-20.

BONTEMPO, Fellipe P. (2013). *Modelo de Avaliação para o Programa Escola Aberta – UNESCO utilizando a Metodologia de Multicritério de Apoio a Decisão – MCDA*. Universidade de Brasília, Monografia de Conclusão de Curso em Ciência Política.

BOSON, Daniel (2012). *Sanções Por Formação De Cartel No Brasil*. Universidade Católica de Brasília, Dissertação de Mestrado em Direito

DOERR, Mark (2009). Not Guilty? Go To Jail. The Unconstitutionality Of Acquitted-Conduct Sentencing. *Columbia Human Rights Law Review*: Fall, 2009, 41, 235. Disponível em: <https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=41+Colum.+Human+Rights+L.+Rev.+235&srctype=smi&srcid=3B15&key=1314100b4986e1e326f33aa88614226f> Acesso em: 20 fev. 2013.

ENSSLIN, Leonardo/Montibeller, Gilberto/Noronha, Sandro (2001). *Apoio à Decisão: metodologias para estruturação de problemas e avaliação multicritério de alternativas*. Florianópolis: Insular.

GOMES, Carlos; GOMES, Luis (2002). *Tomada De Decisão Gerencial: Enfoque Multicritério*. São Paulo: Atlas.

HOVENKAMP, Herbert. (2005). *Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice*. St. Paul, Estados Unidos: Thomson West

KEENEY, Ralph (1996). *Value-Focused Thinking: A Path to Creative Decision making*. Cambridge: Harvard University Press.

PINTO, Gabriel M. (2010). *A dosimetria das multas impostas em resposta às infrações contra a ordem econômica: uma análise da lei de defesa da concorrência e de sua aplicação pelo Cade*. **PRÊMIO SEAE 5**, 2010, p. 81. Disponível em: http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/IVSEAE2009/Premio_2010/Est.1_Lugar_Tema_1-Gabriel_Moreira_Pinto_022EG.pdf. Acesso em: 20 fev. 2013.

QUIRINO, Marcelo (2002). *Incorporação das Relações de Subordinação na Matriz de Ordenação – Roberts em MCDA quando os Axiomas de Assimetria e Transitividade Negativa são Violados*. Universidade Federal de Santa Catarina, Tese de Doutorado em Engenharia de Produção.

ROBERTS, Fred (1984). "Three Representation Problems: Ordinal, Extensive, and Difference Measurement". In: ROTA, Gian-Rota. *Encyclopedia of Mathematics and Its Applications. Measurement Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, volume 7, pp. 101-147.

ROY, Bernard. *About some Requirements to found a Selection of Alternatives on Pairwise Comparisons*. Communication presented at EURO IX – TMS XXVIII conference, July 6 – 8, Paris.

VELLASCO, Fabiany (2013). *Metodologia Multicritério de Apoio à Decisão (MCDA) como critério de avaliação de projetos para a seleção de financiamento da Gerência DST/AIDS – DF*. Universidade de Brasília, Monografia de Conclusão de Curso em Ciência Política.

Documentos Oficiais

BRASIL. **Lei 8884/1994**. Presidência da República. Promulgada em 30 de Novembro de 2012.

BRASIL. **Lei 12529/2011**. Presidência da República. Promulgada em 30 de Novembro de 2012.

DEPARTMENT OF JUSTICE (2011). Recidivism eliminated: cartel enforcement in the United States since 1999. *Georgetown Global Antitrust Enforcement Symposium*. Washington, EUA: 2011. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/275388.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

EUROPEAN COMMISSION (2008). *White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008DC0165:EN:NOT>. Acesso em: 20 fev. 2013.

EUROPEAN COMMISSION (1998). Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 15 (2) of Regulation n° 17 and Article 65 (5) of the ECSC Treaty. *Official Journal of the European Union*, C 9/3, 14 jan. 1998. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1998:009:0003:0005:EN:PDF>>. Acesso em 08 abr. 2012.

EUROPEAN COMMISSION (2006). Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation. *Official Journal of the European Union*, C 210/2, 01 set. 2006. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:210:0002:0005:EN:PDF>>. Acesso em: 08 abr. 2012

UNITED STATES SENTENCING COMMISSION (2011). *2011 Federal Sentencing Guidelines Manual*. Estados Unidos. Disponível em: <http://www.ussc.gov/guidelines/2011_Guidelines/index.cfm>. Acesso em: 30 fev. 2013.

_____. (2012). *2012 Federal Sentencing Guidelines Manual*. Estados Unidos. Disponível em: http://ilc.fd.org/General Documents/2012_Guidelines_Manual_Full.pdf. Acesso em: 20 fev. 2013.

_____. *An Overview of the United States Sentencing Commission*, [s.d.]. Disponível em: <http://www.ussc.gov/About the Commission/Overview of the USSC/USSC Overview.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2013

Decisões

CADE, *Conselho Administrativo de Defesa Econômica*. PA n° 08000.015337/1994-48 (Cartel do Aço), ^a SO, 1/11/1999, Voto do Conselheiro Relator Mercio Felsky

_____. PA n° 08012.002127/2002-14 (Cartel das Britas), 383^a SO, 04/10/2006, Voto do Conselheiro Relator Luiz Carlos Thadeu Delome Prado

_____. PA n° 08012.004472/2000-16 (Cartel de Combustíveis Bauru), 17^a SO, 12/03/2013, Voto da Conselheira Relatora Ana Frazão

_____. PA n° 08012.001003/2000-41 (Cartel de Combustíveis Londrina), 17^a SO, 12/03/2013, Voto da Conselheira Relatora Ana Frazão

_____. PA n° 08700.000547/2008-95 17^a SO (Cartel de Combustíveis de Teresina), 06/03/2013, Voto do Conselheiro Relator Marcos Paulo Veríssimo E PA n° 08012.007301/2000-38 17^a SO (Cartel de Combustíveis de Teresina), 06/03/2013, Voto do Conselheiro Relator Marcos Paulo Veríssimo

_____. PA 08012.009888/2003-70 (Cartel dos Gases), 475^a SO, 22/09/2010, Voto do Conselheiro Relator Fernando de Magalhães Furlan

_____. PA n° 08012.004039/2001-68 (Cartel do Pão), 22^a SO, 28/05/2013, Voto da Conselheira Relatora Ana Frazão.

_____. PA n° 08012.004086/2000-21 373ª SO (Cartel dos Vergalhões de Aço), 23/09/2005, Voto do Conselheiro Relator Luiz Alberto Esteves Scaloppe

_____. PA n° 08012.001826/2003-10, 408ª SO (Cartel dos Vigilantes), 24/10/2007. Voto do Conselheiro Relator Abraham Benzaquem Sicsu

_____. PA n° 08012.006241/1997-03, SO (Cartel das Vitaminas), 07/10/2009. Voto do Conselheiro Relator Paulo Furquim de Azevedo

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES (2004). *Blakely V. Washington: Certiorari to the Court of Appeals Washington (Syllabus)*. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/02-1632>. Acesso em: 1 out. 2013.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES (2005). *United States V. Booker: Certiorari to the United States Court of Appeals for the Seventh Circuit (Syllabus)*. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/search/display.html?terms=sentencing&url=/supct/html/04-104.ZS.html>. Acesso em: 20 fev. 2013.