

ANÁLISE DO *BIS IN IDEM* NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DO CADE: ELEMENTOS DE SUA VEDAÇÃO A PARTIR DA LEI 12.529/2011

Fernando Amorim Soares de Mello

Resumo: O presente artigo examina a vedação do *bis in idem* na jurisprudência do Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Objetivou-se promover uma investigação sobre os julgados do Tribunal nos quais houve discussão específica no tema a partir da vigência da Lei 12.529/2011. O artigo inicia apresentando as categorias dogmáticas para a configuração do *bis in idem* e, em momento posterior, passa a expor e discutir os elementos das decisões prolatadas nos nove julgados encontrados a partir do recorte proposto, esclarecendo os seus fundamentos. Concluiu-se pela ausência de consolidação da jurisprudência do Cade no tema, abrindo discussões acadêmicas e práticas sobre a aplicação do *enforcement* antitruste. Como arremate, o artigo apresenta com uma proposta de aperfeiçoamento institucional no tema.

Palavras-chave: direito concorrencial; princípio *ne bis in idem*; dupla penação; princípio da proporcionalidade; direito sancionador antitruste.

Keywords: antitrust law; *ne bis in idem*; double jeopardy; proportionality principle; competition law sanctioning

1. Introdução e contextualização

O princípio da proibição do *bis in idem* traz ricos debates acadêmicos e práticos. Especialmente no tocante ao Direito Concorrencial, essa discussão ainda é incipiente no Brasil. O presente trabalho busca preencher essa lacuna por meio de uma discussão sobre as atividades do Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) à luz das categorias dogmáticas do princípio do *ne bis in idem*.

O ordenamento jurídico concorrencial brasileiro não traçou limites claros para a aplicação do princípio do *ne bis in idem*, uma das preliminares possíveis na defesa técnica de agentes econômicos acusados de condutas anticompetitivas. É por isso que o artigo inicia apresentando as categorias do

princípio como matéria-prima para a atividade “judicante” do Tribunal do Cade no tema.

Ato contínuo, apresenta-se uma pesquisa exploratória elaborada sobre tais discussões atinentes ao tema no âmbito do Tribunal do Cade a partir da vigência da Lei nº 12.529/2011. Foram levantados e discutidos os nove processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica em que o Tribunal se debruçou sobre a aplicação (ou não) do princípio *ne bis in idem*.

Parte-se de uma hipótese singela: é dever da autoridade antitruste tomar medidas para evitar o *bis in idem* em sua análise, justificando-se essa proposta à necessidade de eficiência nas atividades da Administração Pública. Esse dever se justifica pelo fato de que a apenação dupla resultaria em esforços passíveis de anulação pelo Poder Judiciário, sendo necessário robustecer o ambiente institucional da defesa da concorrência.

O princípio de *ne bis in idem* (ou *non bis in idem*) é entendido como princípio geral do Direito, “impedindo que a a Administração Pública imponha nova sanção a quem já foi devidamente punido pelo mesmo fato”¹. Trata-se de uma garantia não expressa textualmente no ordenamento jurídico nacional, mas decorrente do valor constitucional da proporcionalidade.² Essa informação, porém, tem uma ressalva: o Brasil acolheu os princípios do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos³ e da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)⁴, de modo que se

¹ Cf. FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência – Pressupostos e Perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 304. Trata-se de princípio “intimamente ligado aos princípios de legalidade e da tipicidade [...], cujas raízes remontam ao devido processo legal anglo-saxônico” (OSORIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 272).

² Cf. MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição Brasileira de 1988. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, vol.16, p. 11-75, jul./set. 2005, p. 57-58.

³ Decreto nº 692, de 6 de julho de 1992 – Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: Artigo 14. Parágrafo 7. Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país. (grifos nossos)

⁴ Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 – Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Especialmente no tema,

pode considerar que a vedação do *bis in idem* está no ordenamento jurídico brasileiro como *status* supralegal.

Ao falar especialmente sobre o direito administrativo sancionador antitruste, também se parte do fato de que o art. 115 da Lei Antitruste assume a aplicação, de modo subsidiário, da Lei 9.784/1999 (Lei de Processo Administrativo Federal)⁵. De acordo com este diploma, a Administração Pública tem um dever de obedecer, dentre outros, aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

De modo a esclarecer base teórica, é pertinente compreender o contexto e limites das sanções administrativas. O direito administrativo sancionador está no contexto punitivo, penal⁶ – o que não significa, necessariamente, criminal. Trata-se, na verdade, de uma manifestação do *ius puniendi*⁷. Uma distinção essencial entre os campos, e que mais salta à mente, diz respeito à responsabilidade dos agentes. Na aplicação da sanção penal no caso de condutas criminosas, vigora a *responsabilidade subjetiva*, que depende da verificação de dolo. Já no direito administrativo sancionador antitruste, a regra é da *responsabilidade objetiva* para as pessoas jurídicas, bastando a culpa para convalidar a infração cometida.

Este trabalho foi dividido em duas grandes seções. No próximo ponto, a leitora ou leitor terá contato direto com as particularidades dos elementos do

assim a Convenção dispõe: Artigo 8. Garantias judiciais [...] Parágrafo 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. (grifos nossos)

⁵ Sobre o tema, cf. MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 86-90.

⁶ Cf. SILVEIRA, Paulo Burnier da. O direito administrativo sancionador e o princípio *non bis in idem* na União Europeia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência. *Revista de Defesa da Concorrência*, vol. 2, n.2, nov. 2014, p. 16-17. Nas palavras de Fábio Medida Osório, “pensar o *non bis in idem* é, acima de tudo, refletir sobre as delicadas relações entre as esferas penal e administrativa, problema que não é novidade no Brasil ou no exterior” (*Direito administrativo sancionador*. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 273).

⁷ Cf. SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.154. Em sentido semelhante, cf. TORRADO, María Lourdes Ramírez. *El non bis in idem en el ámbito administrativo sancionador*. *Revista de Derecho*, Barranquilla, n. 40, 2013, p. 05.

princípio *ne bis in idem*, especialmente no tocante às categorias analíticas para a configuração da dupla apenação. Em seguida, foram analisadas todas as decisões recentes do Cade em que o Tribunal considerou o princípio no contexto do direito sancionador antitruste. Finalmente, foram apresentadas algumas ponderações a título de considerações finais.

2. O princípio *ne bis in idem* no direito antitruste brasileiro

2.1 Categorias analíticas para a configuração do *bis in idem*

Neste tópico serão avaliados os cenários em que o *bis in idem* pode ser configurado no ordenamento jurídico antitruste no Brasil.⁸ Antes de tudo, cabe apresentar e justificar as categorias que foram consideradas para a análise. Trata-se da tríplice identidade: i) *identidade subjetiva*, ii) *conduta objetiva já sancionada* e iii) *fatos e fundamentos*.

O primeiro critério para a configuração é o *bis*, vocábulo de origem latina incorporado à língua portuguesa com o significado de repetição de ação já tomada. Como estamos falando do direito sancionador, a noção de *bis* se configura na aplicação de uma segunda sanção. Como a configuração do *bis* é incompleta por essência, vez que ainda restariam ocultos os elementos subjacentes dessa segunda sanção, entende-se que esse elemento pode ser entendido como uma espécie de moldura a ser verificada como premissa para aplicar a vedação.

O elemento *idem*, por sua vez, é a substância a ser preenchida pelos elementos pertinentes à moldura do *bis*. Isto é, a materialidade, contexto processual, temporalidade e as demais questões de fato e direito que podem impactar a configuração do *bis in idem*.

Portanto, o *bis in idem* é a configuração de um contexto que depende dos dois componentes há pouco explicados. A sua vedação, por sua vez, sempre dependerá das circunstâncias do caso concreto, considerando os dois

⁸ Para um exame da experiência europeia, cf. ROSANÒ, Alessandro. *Ne bis interpretatio in idem? The two faces of the ne bis in idem principle in the case law of the European Court of Justice*. *German Law Journal*, vol. 18 n. 01, 2017. E mais especialmente no tocante ao Direito da Concorrência europeu, cf. WILS, Wouter P.J. The principle “ne bis in idem” in EC antitrust enforcement: a legal and economic analysis. *World Competition*, vol. 26, n.2, 2003.

requisitos essenciais para a configuração do *idem*: i) a identidade e a ii) comprovação da existência de conduta já sancionada.

A componente da *identidade* é dividida entre duas dimensões: subjetiva e objetiva. A faceta objetiva diz respeito à conduta avaliada no caso concreto, isto é, há uma necessidade de que a nova sanção diga respeito à mesma prática já punida – afinal, não haveria sentido falar em *bis in idem* sem configuração de um *bis*. O âmbito subjetivo, por sua vez, trata da identidade das pessoas (físicas ou jurídicas) envolvidas pela prática analisada. Necessário, assim, verificar se a pessoa punida no segundo processo foi a *mesma*, comprovando-se a sua identidade subjetiva ao cotejar sua identidade com os fatos já sancionados.

Portanto, a análise da existência da conduta já sancionada é uma tarefa que demanda o exame da identidade de *atos e fundamentos*. Em outras palavras, para configurar a identidade (o conteúdo do *idem*) de determinada conduta, será necessário verificar, antes de tudo, a fonte da primeira sanção aplicada. É necessário saber se foi o *mesmo* agente, com os *mesmos fundamentos* e a *mesma interpretação* sobre os *atos* que levaram à sanção aplicada. Com efeito, para configurar o *idem*, é necessário comprovar que a segunda sanção foi fundamentada a partir de uma conduta que lesou o idêntico bem jurídico protegido também na primeira decisão sobre a conduta objetivamente idêntica já sancionada.⁹

Assim, conclui-se que há três fatores cuja identidade é essencial para configurar o *idem*: a) os fatos realizados, b) os resultados da conduta e c) o bem jurídico lesado¹⁰ (neste caso, não se fala, necessariamente, em identidade de vítimas). Portanto, é possível que uma pessoa seja punida em outras instâncias a partir do mesmo fato, considerando os efeitos praticados. É o que passamos a analisar.

⁹ “Com efeito, dada a multiplicidade de interesses resguardados pelas normas que preveem a punição de infrações administrativas, é perfeitamente possível a aplicação de sanções cumulativas por autoridades diferentes para resguardas distintos bens jurídicos.” (FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência – Pressupostos e Perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 306.)

¹⁰ Cf. TORRADO, María Lourdes Ramírez. *El non bis in idem en el ámbito administrativo sancionador*. *Revista de Derecho*, Barranquilla, n. 40, 2013, p. 13.

2.1.1. *Bis in idem com conteúdo material*

A premissa essencial para uma compreensão adequada sobre a vedação do *bis in idem* no direito sancionador antitruste é que, no caso de condutas colusivas (como o cartel), a defesa da concorrência não se encerra no campo administrativo.

Do mesmo modo que o cartel é uma infração administrativa, punível por meio da Lei nº12.529/2011, a mesma prática infrativa pode ser enquadrada também como crime¹¹ – o que ultrapassa as competências da Lei 12.529/2011.

No tocante à intersecção nos âmbitos administrativo e criminal, é forçoso reconhecer que há um poder-dever de persecução balizado pelas respectivas alçadas. Parece-nos que seria inadequado considerar a hipótese de um *bis in idem* transvertido de falso conflito de competência, vez que a incomunicabilidade entre as instâncias está delimitada na lei e pacificada nos Tribunais Superiores.¹²

2.1.2. *Bis in idem com conteúdo processual*

Outra hipótese de *bis in idem* pode ser verificada no âmbito processual. Trata-se da (im)possibilidade de novamente reapreciar o mérito de uma conduta que já foi avaliada pelo Tribunal do Cade. Nesse contexto hipotético, seria possível verificar uma nova investigação a partir de um conjunto probatório distinto daquele que fundamentou a sanção aplicada no outro processo administrativo. Assim, identificando-se identidade *objetiva* e *subjéctiva* enunciada acima, prevalecerá a pena aplicada no contexto do processo administrativo já julgado – ainda que a documentação seja distinta.

¹¹ No caso, crime contra a ordem econômica, conforme art. 4º da Lei 8.137/1990.

¹² No entanto, a discussão ainda é mais complexa. Isso pode ser verificado no caso de análise de *possível* conflito de normas, como cartéis em licitações. Isso envolve condutas tipificada tanto crime contra a ordem econômica quanto o crime tipificado na Lei das Licitações (Lei 8.666/1993, art. 90), o que levaria a conclusões distintas. O debate sobre as suas consequências na seara antitruste, como a polêmica delimitação do prazo prescricional, considerando a existência de prazos distintos nas duas leis mencionadas, foge ao escopo do presente artigo. Para uma percepção possível, cf. MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal*. São Paulo: Singular, 2013, p.195-196.

Para evitá-la, é necessário analisar atentamente essas dimensões do *bis in idem* examinadas há pouco. Isso fica evidente em situações envolvendo conexão e continência¹³. A título de exemplo, é possível que eventual cartel hipotético tenha sido facilitado por atos de corrupção. Aqui, caberá ao juízo competente avaliar os requisitos de conexão (partes, pedido e causa de pedir), promovendo-se a economia processual. Como se poderá verificar pela leitura dos casos analisados da jurisprudência do Cade sobre o tema, a continência é um dos fatores considerados na avaliação do *bis in idem*.

2.1.3. *Bis in idem* com conteúdo territorial

Por fim, ressalta-se que o ordenamento jurídico antitruste acolheu a teoria dos efeitos sobre condutas anticompetitivas. Isso significa, antes de tudo, uma discussão sobre competência. Nos termos da Lei Antitruste, o Cade será autoridade competente para avaliar possíveis efeitos anticompetitivos no Brasil, ainda que os atos tenham sido realizados no exterior.¹⁴ Nessa hipótese, as empresas e pessoas físicas envolvidas na conduta poderão ser investigadas e processadas de acordo com o rito processual devido¹⁵, desde que verificada a possibilidade de efeitos no território brasileiro.

Uma situação hipotética poderia ser verificada no caso de cartéis internacionais, quando agentes econômicos praticam uma conduta cujos efeitos não são apenas percebidos no Brasil, mas também em outras jurisdições.

Em linhas gerais, entende-se que a investigação e a punição no estrangeiro não podem ser entendidas como vinculadas ao processo no Brasil,

¹³ Além dessas discussões materiais, também podem ser constatadas questões de âmbito civil, especialmente no tocante à responsabilidade civil decorrente do ato infrativo. Por exemplo, tomando-se determinada conduta como ponto de partida, ela poderá ser sancionada administrativamente e criminalmente, mas também poderá gerar deveres civis, como no caso de multas específicas. Caberá ao Ministério Público avaliar a existência de eventual lesão aos direitos difusos.

¹⁴ Nos termos da art. 2º da Lei 12.529/2011, “[a]plica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos” (grifos nossos).

¹⁵ No tema, cf. FIGUEIREDO, Natália de Lima. Considerações sobre a aplicação do princípio do *ne bis in idem* em casos de cartéis internacionais no Brasil. *Revista do IBRAC*, vol.18, n.19, jan./jun. 2011.

de modo que eventual pena aplicada por autoridade estrangeira, ainda que diante de caso de identidade objetiva e/ou subjetiva, não surtirá efeitos sobre a decisão do Cade. Em outras palavras, o processo administrativo e eventual condenação no Brasil são soberanas, independentemente dos resultados estrangeiros¹⁶, o que afasta a hipótese de *bis in idem*.

3. Discussão da jurisprudência recente do Cade sobre o princípio *ne bis in idem*

A partir da base teórica apresentada nos pontos anteriores, o presente tópico apresenta uma discussão dos julgados do Cade no tema. Após investigação na base pública no sistema SEI, foram encontrados nove julgados decididos pelo Tribunal a partir da vigência da Lei 12.529/2011 em que houve discussão sobre a configuração do *bis in idem* até junho de 2018.

3.1. Processo Administrativo nº 08012.000778/2011-52

O Processo Administrativo nº 08012.000778/2011-52¹⁷, aberto em face de MC 3 Vídeo Produções Ltda. (“MC 3”) e outras, foi emblemático por revelar os desafios encontrados pelo Cade na caracterização do *bis in idem*.

A grande discussão decorreu da caracterização de identidade subjetiva de pessoas jurídicas distintas, mas integrantes ao mesmo grupo econômico. Isso ocorreu porque uma empresa (Box 3) do grupo econômico da MC 3 no processo em comento havia sido condenada, em 2010, pela prática de *sham litigation*.¹⁸

¹⁶ “Especially in the area of criminal liability, many states appear to have traditionally held to the view that they are best placed to protect their own interests through the application of the criminal law; in contrast, the effect of an international *ne bis in idem* principle would be to restrict the application of national criminal law (where a previous trial has taken place abroad).” (CONWAY, Gerard. *Ne Bis in Idem in International Law*. *International Criminal Law Review*, vol. 3, 2003, p.218).

¹⁷ Processo Administrativo nº 08012.000778/2011-52. Representada: MC 3 Vídeo Produções Ltda. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira. Julgado em: 08.06.2016.

¹⁸ Trata-se do Processo Administrativo nº08012.004283/2000-40, de relatoria do Conselheiro Vinicius Marques de Carvalho, julgado em 2010.

Após esta condenação, o Cade abriu novo processo para investigar a conduta das outras empresas do grupo econômico, já que, além da Box 3, as empresas do grupo entraram com outras nove ações com pedido de liminar contra concorrentes.

Em sede de preliminares, algumas Representadas alegaram que eventual condenação no presente processo se configuraria o *bis in idem* por ocasião de sentença proferida no PA nº 08012.004283/2000-40.

Em alegações finais apresentadas de forma conjunta, as Representadas aduziram que, ao sancionar a conduta da Box 3, a sanção do PA nº 08012.004283/2000-40 teria englobado todas as integrantes do grupo econômico. Isso foi explicado porque a Box 3 teve sua multa calculada com base no conjunto das nove ações – daí o valor elevado da sanção pecuniária.

Para o Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, Relator do PA nº 08012.000778/2011-52, são necessárias duas sentenças condenatórias com base nos mesmos fatos delituosos praticados pela mesma pessoa para caracterizar o *bis in idem*, conforme discutido no ponto anterior. Assim, não se poderia falar em identidade de agente no processo, vez que a sanção anterior teria atingido pessoa jurídica (no caso, a Box 3) distinta da Representada. Ademais, o Relator entendeu que escaparia à razão a tese de que o grupo econômico estaria sendo investigado pela mesma conduta. E por fim, reconheceu que, embora ambos processos tratassem da mesma prática (portando verificando a identidade material), não existiria identidade quanto ao *elemento subjetivo*, dado que o processo em discussão não contava com a Box 3 no seu polo passivo.

O voto do Conselheiro Alexandre Cordeiro apontou em sentido semelhante. Para ele, a dupla apenação se configuraria quando se condena duas vezes uma mesma pessoa pelo mesmo fato. Segundo o Conselheiro, se o Tribunal pretendesse atingir e penalizar o grupo econômico tê-lo-ia mencionado no outro processo, na pessoa das demais empresas.

Sobre a análise da conduta de *sham litigation* cometida por grupo econômico, o Conselheiro Alexandre Cordeiro afirmou que, dada a pluralidade de ações, a sanção poderia ter sido feita pela condenação do grupo econômico todo na pessoa de uma única pessoa jurídica, mas, para tanto, deveria haver igualmente a menção desta intenção, bem como o cálculo da alíquota deveria refletir esta intenção e ser fundado no faturamento de todo o grupo. O Tribunal, porém, optou por investigar cada CNPJ e aplicar multa com base no faturamento de cada empresa isoladamente.

De outro lado, o Conselheiro Paulo Burnier reiterou a tese de que, ainda que estejam presentes os *elementos objetivos*, dado que há referência ao mesmo conjunto de fatos constitutivos da prática de *sham litigation*, não havia a identidade de sujeitos.

O Conselheiro Burnier ressaltou que o então Conselheiro-Relator do primeiro Caso Box 3 havia excluído estas pessoas expressamente do escopo da condenação ao determinar à SDE investigações específicas. Portanto, o Conselheiro Burnier levou em consideração o entendimento de que não houve a intenção do Cade em aplicar penalidade para as Representadas no PA n° 08012.000778/2011-52 – e nem que pretendesse o poderia fazê-lo, já que as Representadas do segundo caso não figuravam no polo passivo do primeiro processo.

O Voto-Vista do Conselheiro Gilvandro de Araújo puxou o bloco favorável à tese da existência de *bis in idem*. Para ele, além da identidade de fatos investigados (dimensão objetiva), ambos processos administrativos (PA n.º 08012.004283/2000-40 e PA n.º 08012.000778/2011-52) apresentam a identidade de pessoa (dimensão subjetiva), configurando, assim, o *bis in idem*.

Quanto à base de cálculo utilizada, o Conselheiro Gilvandro de Araújo acrescentou que a utilização isolada do faturamento da Box 3 como base para a determinação da multa não afastaria a responsabilização material de todo o grupo econômico, dado que o art. 17 da Lei n° 8.884/94, vigente à época, já fixava a responsabilidade solidária para cobrança de multa aplicada. Assim, o Tribunal deveria se resguardar de aplicar sanção que resultasse em punição a todos os agentes econômicos envolvidos no ilícito, não apenas em termos processuais, mas também materiais. Isso teria ocorrido pela aplicação da alíquota de 5% sobre o faturamento da empresa – o que, segundo o Conselheiro, foi uma reprimenda substancial, tendo, por isso, causado prejuízo fático ao grupo econômico como um todo.

Em síntese, para o Conselheiro Gilvandro de Araújo, seguido pelos Conselheiros Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt e João Paulo de Resende, seria razoável supor que a prática de *sham litigation* por grupo econômico apresenta a identidade de fatos (elemento objetivo), mas também a identidade de pessoa (elemento subjetivo), havendo, portanto, a condenação de todo o grupo na pessoa da Box 3. Assim, o PA n° 08012.000778/2011-52 foi arquivado por maioria, contando com os votos dos Conselheiros Gilvandro Araújo, Cristiane Alkmin, João Paulo Resende e Paulo Burnier, o qual aderiu

ao pedido de arquivamento, ainda que contrário à tese de verificação de *bis in idem*.

3.2. Processo Administrativo nº 08012.011881/2007-41

No julgamento dos Embargos de Declaração no Processo Administrativo nº 08012.011881/2007-41¹⁹, o Conselheiro Relator Gilvandro de Araújo assinalou a não ocorrência de *bis in idem* em face da aplicação em dobro da pena, diante de uma aplicação estrita do art. 37, §1º²⁰, da Lei 12.529/2011, que determina que a multa seja dobrada em caso de reincidência.

No caso em tela, a White Martins argumentou que mesmo a pena de reincidência já havia sido aplicada à empresa em processo anterior, o qual tinha por objeto a investigação de um suposto cartel de gases (PA nº 08012.009888/2003-70). O Relator não afastou essa tese, acrescentou que a pena de reincidência aplicada no PA nº 08012.011881/2007-41 pretende penalizar infração de natureza continuada que teria perdurado durante os doze anos de vigência do Consórcio Gemini, que figurava no polo passivo no processo comentado.

Assim, por incluir período posterior à condenação de 2010, a infração deveria receber sanção por reincidência, que se caracteriza por apresentar novo fato e novo valor, e, por isso, não configura o *bis in idem*. Portanto, esse caso considerou especialmente a categoria processual de *bis in idem* combinada com análise dos requisitos materiais e subjetivos.

3.3. Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79

Os embargos de declaração do PA 08012.011142/2006-79²¹ envolveram empresas da indústria do cimento e foram relatados pela

¹⁹ Processo Administrativo nº 08012.011881/2007-41. Companhia de Gás de São Paulo (Comgás) x Petróleo Brasileiro S.A., White Martins Gases Industriais Ltda. e GNL Gemini Comercialização e Logística de Gás Ltda. Relator: Conselheiro-Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo. Julgado em: 08.12.2016.

²⁰ Lei 12.529/2011: art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: [...] §1º Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro”.

²¹ Embargos de Declaração no Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79. Embargantes: Associação Brasileira das Empresas de Serviços de

Conselheira Ana Frazão. O caso trouxe o tema da ocorrência *parcial de bis in idem* na aplicação de multa fundada no faturamento bruto, especialmente no caso de empresa com participação societária em outra empresa já apenada.

A embargante alegou a existência de *bis in idem* parcial, considerando que, antes do julgamento do processo administrativo em comento, uma empresa que possuía participação societária indireta nos seus quadros já havia sido sancionada pelo Cade. Assim, a pena aplicada à embargante seria uma evidência de identidade subjetiva, uma vez que a pena aplicada tendo por base o faturamento bruto da empresa mencionada com participação indireta.

Em tese, poder-se-ia argumentar que a empresa com participação societária da embargante teria apresentado de modo autônomo em todos os momentos do processo, em termos de defesa e de distinção de práticas empresariais. Porém, considerando que a premissa de individualização e autonomia não foi contestada pelas Representadas durante o curso do processo, considerou-se que não seria cabido levantá-la em sede de embargos declaratórios.

Com isso, aderindo às manifestações da ProCade quanto à multa de empresas com participações societárias e a determinação do faturamento bruto como base para a penalidade – conforme exige a lei –, a Conselheira Relatora Ana Frazão descartou a ocorrência de *bis in idem* na aplicação da multa, uma vez que não restou comprovado o comprometimento da autonomia jurídica da Representada para efeito das punições aplicadas pela participação societária da outra empresa.

3.4. Processo Administrativo nº 08012.010208/2005-22

No Processo Administrativo nº 08012.010208/2005-22²², também de relatoria da Conselheira Ana Frazão, ficou evidente a conclusão pela não existência de *bis in idem* quando da ocorrência de processos com objetos diversos.

Concretagem e outros. Relatora para os embargos: Conselheira Ana Frazão. Julgado em: 08/08/2015.

²² Processo Administrativo nº 08012.010208/2005-22. Empresa de Cimentos Liz S.A x Intercement Brasil S/A. Relator: Conselheira Ana Frazão. Julgado em: 24.06.2015.

A Relatora reiterou que, desde que as condutas imputadas já tenham sido julgadas pelo Cade, nada justificaria a dupla penalidade, sob pena de afronta ao princípio do *non bis in idem*. Ela acrescentou que, dada a natureza complexa da infração antitruste – passível mesmo de descobrimento de novos tipos infracionais no curso de um processo em andamento –, é corriqueiro definir apenas no julgamento do processo se as condutas já foram objeto de análise. Nos termos do Voto,

[a] alegação de que os processos, em princípio, tratam de objetos diversos – cartel e conduta unilateral – não pode justificar a aplicação de dupla penalidade à representada, quando se verifica que as condutas imputadas já foram julgadas pelo Cade, sob pena de afronta à vedação ao *bis in idem*.

Portanto, a conclusão foi de que os fatos descritos no nº 08012.010208/2005-22, embora claramente anticompetitivos, já haviam sido objeto de exame pelo Tribunal no Processo Administrativo nº 08012.0011142/2006-79 (vide análise supra). Assim, a condenação da representada representaria uma afronta ao princípio *ne bis in idem*.

3.5. Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51

Outro debate que acompanha a caracterização do *bis in idem* refere-se à instrumentalidade ou autonomia de práticas verticais – como fixação de preços de revenda, exigência de assinatura de acordos de exclusividade, criação de barreiras artificiais à entrada e à recusa de venda a outros distribuidores – em relação à prática de cartel.

No julgamento do Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51²³, o Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior defendeu, em voto-vista, que tais condutas citadas no processo foram estratégias para instrumentalizar a prática de cartel. Nas palavras do Conselheiro,

No que se refere à fixação de preços de revenda [...], concordo [...] com a necessidade de punição adequada no caso concreto. Minha divergência reside na separação dessas condutas do contexto do

²³ Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51. Representadas: SEAE x Liquigás Distribuidora S/A e outras. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Julgado em: 07/12/2016.

cartel, uma vez que entendo que tais práticas foram sim ilegais, são altamente reprováveis, mas não foram condutas autônomas. Na verdade, foram estratégias para instrumentalizar o cartel e com ele estabelecem uma relação de continência. Nesses casos, apenar separadamente essas práticas em um mesmo processo pode configurar *bis in idem*.

Desta forma, apenar isoladamente tais práticas em um mesmo processo poderia configurar *bis in idem*, dada a evidente relação de continência com a prática de cartel, tese já apresentada pelo Conselheiro no julgamento do Processo Administrativo nº 08012.010208/2005-22.

3.6. Processo Administrativo nº 08012.005255/2010-11

No Processo Administrativo nº 08012.005255/2010-11²⁴, de relatoria do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, as Representadas alegam que a investigação brasileira comandada pela extinta SDE ou pela Superintendência-Geral, foi mera “cópia das investigações em curso nos Estados Unidos e na Europa”. Assim, a não apresentação de documentos novos e relevantes dados indicando de forma substantiva o potencial ou real efeito da alegada colusão no Brasil, violaria o princípio do *non bis in idem*. Conforme discutido no ponto anterior, trataria da categoria do *bis in idem* com conteúdo territorial.

O Relator pontuou que a investigação brasileira contou com a colaboração de pessoas jurídicas e naturais assumindo participação na conduta investigada, bem como fornecendo novos documentos e elucidando de fatos importantes para a formação da convicção do Cade. Além disso, foi firmado Acordo de Leniência Parcial, o qual contou com intensa colaboração dos seus Beneficiários e esforço de esclarecimento de fatos e efeitos no Brasil.

Assim, o Relator concluiu que, mesmo que fosse plausível a tese de *bis in idem*, caberia aos Representados apresentar os dados sobre o ramo de atividade, base cálculo legal para cálculo de penalidades, conforme art. 37, inciso I, da Lei 12.529/11, necessários para a verificação *in concreto*, pelo Cade, de penalidades aplicadas por outras autoridades, essencial para a

²⁴ Processo Administrativo nº 08012.005255/2010-11. Representadas: Mitsubishi, Elpida e Srs. Kiyotaka Shiromoto, Hiroyuki Ito e Yuji Anzai. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Julgado em: 23/11/2016.

verificação do *bis in idem*. Assim, ele não, acatou os argumentos elencados e afastou a preliminar que advogava pela ocorrência de dupla condenação.

3.7. Processo Administrativo nº 08012.008855/2003-11

No Processo Administrativo nº 08012.008855/2003-11²⁵, que teve como relator o Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, discutiu-se a caracterização do *bis in idem* em razão de condenação por conduta mais abrangente.

As oito representadas já haviam sido condenadas em outro processo, chamado “cartel do cimento”, sendo que este abarcava a mesma conduta (tipo normativo, mercado, período e condutas anticompetitivas instrumentais). Assim, dada a continência apresentada, o Conselheiro Paulo Burnier da Silveira acolheu o teor do parecer do Ministério Público Federal, no sentido de caracterização de *bis in idem*, dada a presença de aspectos subjetivos (identidade de agente) e objetivos (identidade de fatos).

3.8. Requerimento de TCC nº 08700.004917/2017-54

No Requerimento de TCC nº 08700.004917/2017-54²⁶, de relatoria do Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia, e voto-vista do Conselheiro João Paulo de Resende, discutiu-se o tema do *bis in idem* em sede de acordo administrativo.

O TCC foi apresentado pela Compromissária no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.011980/2008-12, instaurado em 08.12.2009 com o objetivo de investigar a ocorrência de cartel internacional no mercado de painéis de cristal líquido para transistores de película fina - TFT-LCD.

O Requerimento foi homologado em 20 de setembro de 2017 pelo Tribunal do Cade, e o Conselheiro João Paulo Resende apresentou um entendimento divergente da maioria. Para ele, pelo fato de se englobar três produtos que foram objeto de cartéis diferentes sob investigação, não há que

²⁵ Processo Administrativo nº 08012.008855/2003-11. Representadas: Intercement Brasil S.A. e outras. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Julgado em: 07/12/2016.

²⁶ Requerimento de TCC nº 08700.004917/2017-54 no Processo Administrativo nº 08012.011980/2008-12. Voto-Vista: Conselheiro João Paulo Resende. Voto de 20.09.2017.

se falar em flexibilização do ramo de atividade. Segundo o Conselheiro, o limite disposto no inciso I do art. 37 da Lei 12.529/2011 é por infração à ordem econômica, e não um limite para uma ou diversas infrações cometidas pela empresa que tenham o mesmo ano de instauração do processo administrativo.

Assim, não haveria que se falar também em *bis in idem*, pois este princípio impede que alguém seja punido mais de uma vez pelo mesmo fato, ou seja, exige a dimensão objetiva (identidade de fato) e a dimensão subjetiva (identidade de agente).

3.9. Processo Administrativo nº 08012.001376/2006-16

Por fim, em 08 de agosto de 2018 o Tribunal do Cade julgou o Processo Administrativo nº 08012.001376/2006-16²⁷, referente a um caso de cartel internacional de aparelhos eletroeletrônicos de direcionamento de fluxo de energia elétrica com isolamento a gás (*gas-insulated switchgear*, ou “GIS”), com relatoria da Conselheira Polyanna Vilanova.

A Conselheira Relatora propôs uma discussão de *bis in idem* a partir da provocação de parte das Representadas a título de preliminar. O argumento central das Representadas era que eventual punição imposta pelo Cade “pelos mesmos fatos” já punidos em diversas jurisdições incorreria em *bis in idem*. Trata-se, portanto, de alegação de *bis in idem* com conteúdo territorial. A Conselheira Polyanna afastou a preliminar, ressaltando que:

Esta tese levantada não pode prosperar por uma razão muito simples. A configuração do *bis in idem* deve analisar os fatores *subjetivos* e *objetivos*. A tese apresentada somente considerou o suporte subjetivo para a análise do *bis in idem*, ignorando a necessária análise objetiva sobre o contexto da conduta e os fundamentos do sancionamento.

O fato de a empresa já ter sido punida por um determinado suporte fático não afasta a possibilidade da análise por outras jurisdições. Por exemplo, a análise promovida pela Comissão Europeia não teve como escopo, como não poderia (por ausência de competência sobre o território brasileiro), um juízo da probabilidade de efeitos sobre a conduta investigada pelo Cade. Não se poderia falar em uma suposta

²⁷ Processo Administrativo nº 08012.001376/2006-16. Relatora: Conselheira Polyanna Ferreira Silva Vilanova. Julgado em: 08/08/2018.

“prevenção” internacional que afaste a competência do Cade sobre condutas praticadas no estrangeiro.

Portanto, o Tribunal do Cade afastou, expressamente, a hipótese de “prevenção” no caso de cartéis internacionais, em sintonia com a teoria dos efeitos preconizada pela lei antitruste brasileira. Em outras palavras, ficou expressamente consolidado que eventuais punições no contexto internacional de condutas anticompetitivas não impedem investigações (e eventual sanção) por parte do Cade.

4. Conclusões

Neste trabalho, ressaltou-se a tríplice identidade que fundamenta os requisitos para a verificação do *bis in idem*: i) subjetiva, ii) conduta objetiva já sancionada e iii) fatos e fundamentos. No último, cabe avaliar os bens jurídicos que podem ter sido lesada na conduta, para além da materialidade do fato.

Após a análise e discussão dos nove julgados, concluiu-se que a jurisprudência do Tribunal do Cade ainda padece de elementos suficientes para eventual consolidação institucional no *enforcement* antitruste no tema. Isso pode ser explicado por se tratar de uma discussão ainda incipiente nos casos brasileiros.

Uma proposta possível seria um desenho institucional que permita identificar a existência de *bis in idem* por meio de uma análise *ex ante*, preferencialmente ainda na fase inquisitorial do processo administrativo. Entende-se que, remeter ao Tribunal como questão prejudicial, isto é, sem valoração das provas, eliminaria o risco de uma instrução inútil diante de um arquivamento pela verificação de *bis in idem* na fase de julgamento do processo administrativo. Considerando os recursos escassos da autoridade antitruste brasileira, seria uma forma de garantir maior eficiência nas atividades da Administração Pública.

Ademais, salienta-se a necessidade de articulação e cooperação entre os órgãos persecução de condutas plurifacetada (como o cartel com indícios de corrupção ou improbidade administrativa), isto é, práticas cuja tipicidade tem fronteiras para além do antitruste – atraindo, assim, a competência de outros órgãos de persecução. Essa necessidade se justifica pela avaliação pela preferência do órgão mais adequado para restaurar os bens jurídicos lesados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Processo Administrativo nº 08012.000778/2011-52. Representada: MC 3 Vídeo Produções Ltda. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira. Julgado em: 08/06/2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Processo Administrativo nº 08012.011881/2007-41. Companhia de Gás de São Paulo (Comgás) x Petróleo Brasileiro S.A., White Martins Gases Industriais Ltda. e GNL Gemini Comercialização e Logística de Gás Ltda. Relator: Conselheiro-Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo. Julgado em: 08/12/2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Embargos de Declaração no Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79. Embargantes: Associação Brasileira das Empresas de Serviços de Concretagem e outros. Relatora para os embargos: Conselheira Ana Frazão. Julgado em: 08/08/2015.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Processo Administrativo nº 08012.010208/2005-22. Empresa de Cimentos Liz S.A x Intercement Brasil S/A. Relator: Conselheira Ana Frazão. Julgado em: 24/06/2015.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51. Representadas: SEAE x Liquigás Distribuidora S/A e outras. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Julgado em: 07/12/2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Processo Administrativo nº 08012.005255/2010-11. Representadas: Mitsubishi, Elpida e Srs. Kiyotaka Shiromoto, Hiroyuki Ito e Yuji Anzai. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Julgado em: 23/11/2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Processo Administrativo nº 08012.008855/2003-11. Representadas: Intercement Brasil S.A. e outras. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Julgado em: 07/12/2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Requerimento de TCC nº 08700.004917/2017-54 no Processo Administrativo nº 08012.011980/2008-12. Voto-Vista: Conselheiro João Paulo Resende. Voto de 20/09/2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Processo Administrativo nº 08012.001376/2006-16. Relatora: Conselheira Polyanna Ferreira Silva Vilanova. Julgado em: 08/08/2018.

CONWAY, Gerard. *Ne Bis in Idem* in International Law. *International Criminal Law Review*, vol. 3, p.217-233, 2003.

FIGUEIREDO, Natália de Lima. Considerações sobre a aplicação do princípio do *ne bis in idem* em casos de cartéis internacionais no Brasil. *Revista do IBRAC*, vol.18, n.19, jan./jun. 2011.

FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência – Pressupostos e Perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição Brasileira de 1988. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, vol.16, p. 11-75, jul./set. 2005.

MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2015.

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

OSORIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ROSANÒ, Alessandro. *Ne bis interpretatio in idem? The two faces of the ne bis in idem principle in the case law of the European Court of Justice*. *German Law Journal*, vol. 18 n. 01, 2017.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. O direito administrativo sancionador e o princípio *non bis in idem* na União Europeia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência. *Revista de Defesa da Concorrência (RDC)*, vol. 2, n.2, nov. 2014.

TORRADO, María Lourdes Ramírez. El *non bis in idem* en el ámbito administrativo sancionador. *Revista de Derecho*, Barranquilla, n. 40, 2013.

WILS, Wouter P.J. The principle “ne bis in idem” in EC antitrust enforcement: a legal and economic analysis. *World Competition*, vol. 26, n.2, 2003.