

## **CONTRIBUIÇÃO IBRAC AO GUIA DE DOSIMETRIA DE MULTAS DE CARTEL**

### **SUMÁRIO**

#### **I. OS 3 PASSOS DO GUIA**

##### **1.1. PASSO 1 - BASE DE CÁLCULO E ALÍQUOTA DE REFERÊNCIA**

I.1.1 Regra geral (p. 13-14 do guia)

I.1.2 Parametrização com relação ao ano base de faturamento (p. 14-16 do guia)

I.1.3 Parametrização com relação ao faturamento em território nacional/dimensão geográfica afetada (p. 16-18 do guia)

I.1.4 Atualização da base de cálculo (p. 18-20 do guia)

I.1.5 Alíquota de referência (p. 20-21 do guia)

##### **1.2. PASSO 2 - AJUSTES DA ALÍQUOTA COM BASE EM DURAÇÃO DA CONDUTA, AGRAVANTES E ATENUANTES**

I.2.1 Duração da conduta

I.2.2 Aplicação de agravantes e atenuantes

I.2.3 Aplicação da Reincidência

I.2.4 Agravantes e atenuantes: potencial ocorrência de bis in idem

I.2.5 Programas de Compliance

##### **1.3. PASSO 3 - COMPARAÇÃO COM OS LIMITES LEGAIS**

#### **II. PENAS ÀS PESSOAS JURÍDICAS QUE NÃO EXERCEM ATIVIDADE EMPRESARIAL E ÀS PESSOAS FÍSICAS**

11.1. ITEM 2.1.2 DO GUIA DO CÁLCULO DA MULTA PARA PESSOAS JURÍDICAS QUE NÃO EXERCEM ATIVIDADE EMPRESARIAL

11.2. ITEM 2.1.3 DO CÁLCULO DA MULTA PARA PESSOAS FÍSICAS (PFS)

#### **III. PENAS ALTERNATIVAS**

#### **IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

## I. Os 3 passos do Guia

### I.1. PASSO 1 - BASE DE CÁLCULO E ALÍQUOTA DE REFERÊNCIA

#### I.1.1 Regra geral (p. 13-14 do guia)

O Guia faz as seguintes afirmações sobre a regra geral para cálculo das multas:

“[...] a base de cálculo para as multas impostas às condutas colusivas abordadas por este Guia é o faturamento bruto do Representado no ramo de atividade, sendo que este muitas vezes necessita ser adaptado para o faturamento no mercado afetado pela conduta, no ano anterior à instauração do Processo Administrativo.”<sup>4</sup>

“A regra deve ser o uso do faturamento bruto da empresa, sendo que o faturamento do grupo ou conglomerado deve ser a exceção em casos, por exemplo, de utilização de uma empresa “laranja” com faturamento irrisório para praticar condutas que beneficie todo o grupo. Ademais, o uso do faturamento bruto do grupo já foi utilizado em casos concretos quando não se obteve o faturamento da empresa.”<sup>5</sup>

Sobre esse tópico, verificamos, por meio do levantamento jurisprudencial, a presença de diversos casos em que a alíquota ou a base de cálculo foram tratadas como uma informação de acesso restrito. A alíquota, por exemplo, foi tratada como confidencial em pelo menos 17 casos de PAs e em mais de 170 casos de TCCs. A base de cálculo, por sua vez, foi considerada como de acesso restrito em pelo menos 3 (três) casos de PAs e em mais de 24 casos de TCCs. Isso dificulta sensivelmente qualquer análise, uma vez que apenas parte das decisões torna pública todas as informações essenciais para aferir o padrão de dosimetria dos precedentes do Plenário do CADE.

Em paralelo, registra-se também que em pelo menos 32 casos de PAs não foi delimitada a base de cálculo para imposição de multa. Nos últimos 4 (quatro) anos, i.e., no período de 2016 a 2020, apenas 25 dos aproximadamente 40 casos julgados apresentaram informações hábeis a identificar o critério utilizado para definição da base de cálculo de multas. Dentre esses: (i) 13 casos consideraram faturamento, sendo que 5 expressamente consideraram no ramo de atividade, 3 expressamente consideraram o ano anterior à instauração do Processo Administrativo; (ii) em

---

<sup>4</sup> Página 13 - 14

<sup>5</sup> Página 14

3 casos, na ausência de informações sobre faturamento, foi aplicado um valor fixo em UFIR; (iii) em 2 casos, considerou-se a vantagem auferida e (iv) em 1, considerou-se a contribuição pecuniária paga em sede de Termo de Compromisso de Cessação.

Em relação às variáveis propostas no Guia, o CADE considerou, em apenas 5 (cinco) decisões, o ramo de atividade, e com relação ao faturamento do grupo ou conglomerado, este foi considerado em apenas 1 caso.<sup>6</sup>

Nos casos de TCCs, em apenas 38 casos, dos 236 analisados durante todo o período, foi encontrada confirmação da utilização do faturamento no ramo de atividade como base de cálculo. Em pelo menos 3 casos foi considerado o faturamento total, sem menção a qualquer tipo de limitação pelo ramo de atividade, e em pelo menos 1 caso de TCC verificou-se expressamente a utilização do faturamento do grupo econômico das representadas condenadas.

Em outros 81 casos de TCC, o Plenário adotou um “critério flexibilizado”. Os critérios de flexibilização são analisados no item “b” a seguir (“Parametrização com relação ao ano base de faturamento”).

Como se nota, a jurisprudência é bastante diversa, e não parece apontar que os “ramos de atividade” listados na Resolução CADE 3/2012 sejam os critérios majoritariamente adotados nas decisões do CADE sobre essa questão. Principalmente, tal conclusão não resta clara em razão do excessivo número de decisões em que as bases de cálculo e as alíquotas foram omitidas com caráter de confidencialidade, divulgando-se apenas o montante final da multa. Mas parece correto o diagnóstico de que o “ramo de atividade” não é um critério apropriado precisa, na maior parte das vezes, ser adaptado.

Sugestões:

É importante que o CADE apresente em detalhes os critérios e a motivação acerca de a regra geral ser a aplicação do “faturamento bruto referente ao ramo de atividade” ou “faturamento no mercado afetado”, conforme prevê o guia, pois esta regra não está clara, notadamente considerando os precedentes do CADE. O IBRAC entende que é de extrema importância que restem claras as definições dessas variáveis, pois os precedentes do CADE não trazem essas definições com clareza e o guia visa justamente trazer mais transparência e nortear as decisões. O IBRAC entende que a definição tradicional de mercado relevante seria um caminho viável e conhecido das autoridades concorrenciais mundo afora, podendo facilitar esse

---

<sup>6</sup> Vide PA n. 08012.004422/2012-79, voto vista.

tipo de definição; adicionalmente, sugere-se que a Resolução CADE 3/2012 também seja revisitada, de modo a formalizar de maneira clara os critérios de sancionamento em linha com as conclusões finais consolidadas no guia.

Ademais, nos termos do guia, o mercado afetado é aquele alvo da conduta, podendo ter havido impacto efetivo ou apenas potencial. Nesse sentido, o IBRAC indaga ao CADE se, em caso de impacto apenas potencial no mercado, caberia enquadrar o caso como sendo de menor potencial ofensivo, ou seja, caracterizando-se como uma circunstância atenuante. Como foi frisado pelo IBRAC nas considerações iniciais, a análise de mercado e das nuances do caso concreto é de extrema importância para fins de punição e individualização da conduta.

Sugere-se, também, que a confidencialidade da base de cálculo e da alíquota se aplique como exceção e não a regra. Conforme apontou a pesquisa jurisprudencial realizada pelo IBRAC<sup>7</sup>, casos de cartel levam cerca de 5 anos para serem julgados, situação na qual os dados de faturamento das empresas utilizados como base para o cálculo, pela sua antiguidade, podem já não ser mais passíveis de confidencialidade.<sup>8</sup> O Guia de Gun Jumping do CADE, por exemplo, delimita o período de tempo em que dados sensíveis podem se tornar públicos. Nesse sentido, ter orientações objetivas do que seria passível ou não de confidencialidade é imprescindível para que o formato da punição e sua metodologia de cálculo sejam mais claras, resultando em mais transparência e segurança jurídica. A confidencialidade pode se aplicar ao quantum da base de cálculo e/ou da multa, mas os critérios usados devem ser públicos - alíquota, acréscimos, e definição da base de cálculo.

Com vistas a sistematizar os critérios para cálculo da base de cálculo e alíquota, o Guia de TCC possui uma tabela “padrão” que estabelece todos os “passos” / critérios a serem observados no cálculo da multa, podendo servir de referência para o “Guia de Dosimetria de Multas de Cartel”. Ter esse detalhamento pode também contribuir para garantir maior difusão e transparência do racional da dosimetria.

---

<sup>7</sup> Vide PA n. 08012.004422/2012-79, voto vista.

<sup>8</sup> De acordo com a Lei n. 12.527/2011, § 1º do art. 24: “Os prazos máximos de restrição de acesso à informação, conforme a classificação prevista no **caput**, vigoram a partir da data de sua produção e são os seguintes:

I - ultrassecreta: 25 (vinte e cinco) anos;

II - secreta: 15 (quinze) anos; e

**III - reservada: 5 (cinco) anos**”. (grifado)

### *I.1.2 Parametrização com relação ao ano base de faturamento (p. 14-16 do guia)*

O CADE pode usar base de cálculo alternativa quando entender que o faturamento não é adequado, por exemplo, quando “a empresa já pode ter encerrado suas atividades no período anterior à instauração do processo ou pode ter passado por um crescimento/redução expressivo do mercado.”<sup>9</sup>

“[...] proxy proporcional ao caso concreto, em lista não exaustiva, mas apenas sugestiva:

- (i) o faturamento, no mercado afetado, nos 12 últimos meses da conduta;
- (ii) o maior faturamento anual, no mercado afetado, obtido durante a conduta;
- (iii) a média dos faturamentos, no mercado afetado, durante o período da conduta;
- (iv) o faturamento anual, no mercado afetado, obtido no último ano da conduta;
- (v) o faturamento anual, no mercado afetado, obtido no ano da licitação, em casos de cartel em licitações;
- (vi) a média ponderada dos faturamentos, no mercado afetado, durante o período da conduta (vide Exemplo E)”<sup>10</sup>

Importante destacar que a discussão de flexibilização, ou parametrização, do faturamento para cálculo da multa foi encontrada nos casos de TCCs analisados, mas não nos de PAs. Nos casos de PAs, aparentemente, o Plenário do CADE recorria à estipulação do valor da multa direto quando não havia dados de faturamento disponíveis, sem indicação de critério claro para essa estipulação. Nos casos de TCC foram encontradas algumas análises mais detalhadas neste sentido.

Sugestões:

O IBRAC entende que a eventual flexibilização deve ser motivada e equalizada com a punição a ser imposta aos demais Representados no PA. Sugere-se também que a Resolução CADE 3/2012 seja revisitada nesse ponto, de modo a formalizar de maneira clara os critérios de sancionamento em linha com as conclusões finais consolidadas no guia.

---

<sup>9</sup> Página 14 do Guia “Dosimetria de multas de cartel”.

<sup>10</sup> Página 14 – 15 do Guia “Dosimetria de multas de cartel”.

### *I.1.3 Parametrização com relação ao faturamento em território nacional/dimensão geográfica afetada (p. 16-18 do guia)*

Em caso de empresas internacionais sem faturamento específico no Brasil ou em casos em que a atuação da empresa é mais ampla que a dimensão geográfica afetada, o Guia sugere as seguintes alternativas:

“(i) ‘faturamento virtual’ no mercado brasileiro, isto é, a projeção do faturamento com base no percentual de participação do mercado brasileiro no volume total do mercado mundial do Representado; o mesmo pode ser feito quando se tem uma dimensão geográfica menor do que a nacional - como, por exemplo, municípios específicos utilizando como base o percentual de participação do mercado local em relação ao volume total no mercado nacional; (ii) outros fatores como, por exemplo, estimativas de vendas indiretas do Representado no mercado nacional ou no mercado afetado, com base em dados de volume, preço médio ou até mesmo dados de importação/exportação disponibilizados por órgãos governamentais ou por bases de dados de confiança no mercado.”<sup>11</sup>

Novamente, essas considerações do Guia foram verificadas mais intensamente nos casos de TCCs analisados, mas não nos casos de PAs. Foram localizados apenas 3 precedentes em que houve cálculo de faturamento virtual em PAs.<sup>12</sup> Por outro lado, em pelo menos 81 casos houve algum tipo de flexibilização, fosse pelo aspecto geográfico (atuação da condenada era mais ampla geograficamente que o mercado afetado) ou de produto (empresa ofertava outros produtos não afetados pela prática).

Sugestões:

O IBRAC entende que os exemplos de flexibilização trazidos no guia são úteis para nortear e tornar mais previsível a possível punição, apenas atentamos para necessidade de que a flexibilização seja motivada e equalizada com a punição a ser imposta aos demais Representados no PA. Sugere-se também que a Resolução CADE 3/2012 seja revisitada nesse ponto, de modo a formalizar de maneira clara os critérios de sancionamento em linha com as conclusões finais consolidadas no guia.

---

<sup>11</sup> Páginas 16 e 17 do Guia “Dosimetria de multas de cartel”.

<sup>12</sup> Vide Processos Administrativos n. 08012.001029/2007-66, n. 08012.001376/2006-16 e n. 08012.005930/2009-79).

#### *I.1.4 Atualização da base de cálculo (p. 18-20 do guia)*

O Guia afirma o seguinte sobre atualização de base de cálculo:

“[...] no momento do estabelecimento da multa é necessário realizar a atualização monetária do referido valor, o que, pela jurisprudência do Cade, é feito aplicando-se a taxa Selic (taxa média ajustada dos financiamentos diários apurados no Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) para títulos federais).”<sup>13</sup>

Sobre a atualização da base de cálculo, as considerações apresentadas na minuta do Guia endereçam bem a questão com base na prática jurisprudencial já consolidada sobre esse ponto. Assim, não temos comentários sobre esse ponto.

#### *I.1.5 Alíquota de referência (p. 20-21 do guia)*

Em resumo, o Guia apresenta o seguinte racional de alíquota:

- (i) Cartel em licitação: 14 a 17%
- (ii) Cartel hardcore: 15 a 20%
- (iii) Outras condutas colusivas: 5 a 8%

De início, é importante reforçar aqui o impacto negativo para a análise de precedentes, devido à elevada quantidade de casos em que a alíquota foi considerada como informação confidencial. De fato, no tocante à análise do racional de alíquota, cumpre destacar que em pelo menos 6 dos 28 casos julgados entre 2012 e 2020 em que a conduta foi classificada, de alguma forma como sendo cartel clássico, as alíquotas aplicadas para pessoas jurídicas foram tratadas como confidenciais, representando mais de 20% dos precedentes relevantes. Tal constatação dificulta sensivelmente uma análise da consistência das conclusões do Plenário do CADE ao longo dos anos.

De acordo com os resultados da análise jurisprudencial, em pelo menos 56 casos de PAs, dos aproximadamente 132 (cento e trinta dois casos) julgados entre 2012 e 2020, o Plenário do CADE não classificou a conduta entre cartel clássico ou difuso. Em pelo menos 7 (sete) casos o Plenário do CADE considerou como sendo cartel clássico, mas sem uma análise detalhada do caso concreto para fundamentar essa classificação. Ou seja, em mais de

---

<sup>13</sup> Página 18 do Guia “Dosimetria de multas de cartel”.

30% dos casos analisados a definição da alíquota parece não ter seguido o racional sugerido pelo Guia.

No caso de TCCs, em aproximadamente 153 dos 236 casos analisados não houve classificação da conduta entre cartel clássico ou difuso. Em pelo menos 2 casos essa informação foi tratada como confidencial.

Em relação à definição das alíquotas, destaca-se que o racional sugerido pelo Guia se baseia em critérios que não são pacíficos na análise dos casos julgados.

De fato, em pelo menos 16 cartéis clássicos/hardcore a alíquota ficou abaixo do proposto pelo Guia (multas de 14% a 20%).

No que tange a cartéis em licitação, em pelo menos 8 casos analisados a alíquota variou de 5% a 17%, o que também indica que o intervalo (14% a 17%) definido pelo Guia não se encontra pacificado também no que se refere a cartéis em licitação.

Sugestões:

Como se nota, a jurisprudência não é uniforme em relação às alíquotas impostas aos cartéis clássicos ou difusos. Portanto, o IBRAC recomenda que o CADE justifique a racionalidade de escolha desses percentuais para esses tipos de condutas (por exemplo, se foi pautada em algum estudo), assim como torne a definição dessas condutas detalhadas e claras, pois em relação ao cartel difuso e à troca de informações sensíveis, por exemplo, há diferenças substantivas que devem ser apresentadas no guia.

Além disso, o IBRAC não concorda que o guia preveja uma alíquota mínima para esses tipos de cartéis, apenas a alíquota máxima.

Especificamente em relação ao cartel em licitação, igualmente, é preciso que o CADE fundamente a racionalidade de um percentual tão elevado, notadamente considerando que há estudos que apontam que o potencial sobrepreço de cartéis em licitações é menor em comparação a outros tipos convencionais de cartéis.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Cf. CONNOR, John M.; LANDE, Robert H. How High Do Cartels Raise Prices: Implications for Reform of the Antitrust Sentencing Guideline. **Tulane Law Review**, v. 80; **American Antitrust Institute Working Paper**, n.

01-04. 2005. Disponível em:

[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=787907](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=787907)>. Acesso em: 23 nov.

2013. Cf. CONNOR, John M.; BOLOTOVA, Yulija V. Cartel Overcharges: Survey and Meta-Analysis. **International Journal of Industrial Organization**, v. 24, 1 mar. 2005. Disponível em:

Ainda quanto ao cartel em licitação, o IBRAC entende que este tipo de cartel poderia ser um tipo acessório àqueles com classificação quanto à gravidade (i.e., cartel difuso ou clássico). Isto é, os cartéis quanto à gravidade poderiam ser denominados como um “tipo principal”, ao passo que os demais tipos poderiam ser tratados como “tipos acessórios” do principal. Isto porque os cartéis clássicos como um “tipo principal”, por exemplo, podem se enquadrar, cumulativamente, em outros “tipos acessórios”, i.e., podem ser: clássicos e explícitos ou tácitos; clássicos e nacionais ou internacionais; clássicos e de preços ou de alocação de mercados; clássicos e de compra ou de venda; clássicos e em licitações, etc. Nesse caso, os tipos acessórios poderiam servir como embasamento de alguma circunstância agravante ou atenuante em vez de haver uma pena base pré-definida para esse tipo de infração.

De se destacar, ainda, que vários cartéis em licitação são apurados em um só certame licitatório, isolado, sem que exista realmente um conluio entre os membros do cartel para atuação conjunta em várias licitações. E em vários casos o cartel apontado teria envolvido apenas parte dos licitantes, o que certamente reduz substancialmente sua gravidade. Necessário, portanto, que a atenuante seja reduzida em tais casos.

## *1.2. PASSO 2 - AJUSTES DA ALÍQUOTA COM BASE EM DURAÇÃO DA CONDUTA, AGRAVANTES E ATENUANTES*

### *1.2.1 Duração da conduta*

A versão preliminar do Guia de Dosimetria de Multas de Cartel estabelece que a duração da conduta deve ser levada em consideração na definição da alíquota. Nesse sentido, propõe que seja aplicado à alíquota um adicional de 0,5 pontos percentuais (p.p.) por ano adicional de conduta, considerando que na alíquota de referência já estaria computado um ano de conduta. Ainda segundo o guia, período inferior a um semestre seria equivalente a ano, ao passo que período superior a um semestre e inferior a um ano seria computado como um ano completo.

A partir dessa proposta, o IBRAC realizou uma análise dos casos julgados pelo CADE com o objetivo de verificar se o adicional de 0,5 pontos percentuais (p.p.) à alíquota por ano adicional de conduta está em consonância com a jurisprudência do Conselho. Para tanto, analisou tanto multas aplicadas

em condenação de cartéis, quanto contribuições pecuniárias negociadas no âmbito de Termos de Compromisso de Cessação homologados pelo Tribunal. A análise desses casos trouxe à tona outras questões relevantes no que diz respeito aos reflexos da duração da conduta na dosimetria da multa, as quais serão expostas a seguir.

#### Acréscimos decorrentes da duração da conduta

Em um volume expressivo de casos, os parâmetros utilizados para a definição de acréscimo decorrente do tempo de participação na conduta foram mantidos em acesso restrito (tema que será abordado mais adiante).

Considerando os casos em que tais parâmetros ficaram públicos, o IBRAC identificou que os acréscimos aplicados pelo CADE variaram ao longo dos anos. No entanto, foi possível identificar que um parâmetro tem prevalecido nos últimos 4 anos: o acréscimo à alíquota de 0,1% por ano de participação na conduta.

De fato, desde que começou a ser aplicado em meados de 2016, esse parâmetro foi utilizado em cerca de 77% dos Processos Administrativos e TCCs em que se deu publicidade ao acréscimo aplicado à multa especificamente em razão da duração da conduta. Nos outros 23% dos casos, foram aplicados, de forma isolada, outros acréscimos variados.

Ou seja, a proposta do Guia de adicionar 0,5 pontos percentuais (p.p.) à alíquota por ano adicional da conduta não parece encontrar respaldo nos precedentes do Conselho, e define adicional mais gravoso do que aquele encontrado majoritariamente na jurisprudência do Conselho. Tendo em vista o esforço de análise desempenhado pelo IBRAC e a conclusão de que, no que diz respeito à duração da conduta, a versão preliminar do Guia de Dosimetria de Multas de Cartel não corresponde à prática do CADE, sugerimos que o Guia refira-se aos percentuais estabelecidos na maioria dos precedentes, de 0,1% por ano de participação na conduta. Como se trata de variável sancionadora, não deveria haver arredondamento para cima, em prejuízo do representado: período inferior ao ano deveria ser desprezado, e o adicional computado apenas para cada ano integral de participação que for completado.

Nesse ponto, será ainda fundamental que o período de participação na conduta de cada representado esteja inquestionavelmente provado nos autos, por meio de elementos de participação concreta e individual daquele representado: o adicional não deverá ser aplicado de forma genérica, mas sim individualizada para cada representado, e somente pode ser considerada período de participação aquele em que exista evidência de intervenção específica e direta de cada representado na conduta.

Menções genéricas à duração da conduta no contexto da dosimetria da multa

Verifica-se que a versão preliminar do Guia endereça a duração da conduta em seção específica, denominada “Ajuste da alíquota com base na duração da conduta”. No entanto, o documento também faz menção ao tempo de participação na conduta como agravante relacionada à gravidade da infração, aos efeitos negativos produzidos no mercado e à vantagem auferida.

Analisando os PAs e TCCs que passaram pelo Tribunal do CADE desde 2012, verificou-se que uma quantidade considerável dos casos que endereçaram a duração da conduta no âmbito da dosimetria também a mencionam no contexto das agravantes e atenuantes do art. 45 da Lei nº 12.529/2011, inserindo-a nos mais variados incisos. No entanto, o fazem de forma genérica, sem atribuir acréscimos específicos à alíquota.<sup>15</sup>

Nesse aspecto, e considerando que o Guia propõe um acréscimo específico à alíquota em razão da duração da conduta, não está claro se a duração será numericamente considerada em mais de uma variável do cálculo da multa - o que não pode acontecer. Tal questão deve ser esclarecida no Guia, com a alocação da duração da prática em apenas um dos momentos do rito de dosimetria, sob pena de caracterização de bis in idem.

### **Atenuante de curtíssima duração da conduta**

Em seu Guia de negociação de TCC, o CADE lista algumas hipóteses de atenuantes a serem consideradas em casos de cartel. Nesse contexto, cita a atenuante de curtíssima duração da conduta. A versão preliminar do Guia de Dosimetria, no entanto, não faz qualquer menção a essa atenuante.

Para que o CADE consiga dar maior transparência às suas ações e decisões, conforme recomenda a OCDE, é necessário que, não apenas a autoridade elabore os Guias atinentes às práticas, mas que exista harmonia entre seus documentos. O cálculo da multa esperada em TCC corresponde ao montante financeiro decorrente da aplicação hipotética, ao caso em análise, do disposto no art. 37 da Lei 12.529/2011. Desse modo, é preciso que o Guia de Dosimetria reflita também a atenuante de curtíssima duração da conduta,

---

<sup>15</sup> Esse foi o caso de 51% dos Processos Administrativos e Termos de Compromisso de Cessação que passaram pelo Tribunal desde 2012 e mencionaram a duração da conduta no âmbito da dosimetria. No entanto, esse tratamento genérico foi observado de forma mais frequente no âmbito de Processos Administrativos, havendo um cuidado maior com o parâmetro do acréscimo atribuído em razão do tempo de participação na conduta em sede de Requerimentos de TCC.

tal qual exposta no Guia de TCC, para que não haja incoerência interna entre as diretrizes da autoridade.

### **Parâmetros mantidos em acesso restrito**

Uma última questão a ser considerada diz respeito ao volume significativo de casos em que se deu tratamento confidencial aos parâmetros utilizados para a definição e aplicação de acréscimo decorrente da duração da conduta.

Essa prática, inclusive, parece ter sido mais frequente nos últimos anos. Se considerarmos os últimos 4 anos, mais de 60% dos casos em que houve um acréscimo específico em razão do período de participação na conduta conferiu tratamento inteiramente confidencial ao parâmetro utilizado na definição desse acréscimo. Tal fato impede que a sociedade tenha pleno conhecimento da jurisprudência do Conselho a respeito do tema, causando insegurança jurídica.

Vale ressaltar que o IBRAC entende a preocupação do Conselho de manter confidenciais valores que possam ser utilizados para aferir o faturamento das partes envolvidas. No entanto, é completamente possível que o CADE dê publicidade ao parâmetro utilizado na definição do acréscimo (por exemplo, 0,1% por ano de duração da conduta) sem divulgar o acréscimo total aplicado ou a alíquota resultante, resguardando, assim, o sigilo de informações sensíveis. Também dados históricos de faturamento com mais de cinco anos não parecem gerar preocupações, de forma que as bases de cálculo também poderiam ser divulgadas se além desse período.

Nesse sentido, o IBRAC considera fundamental que tais parâmetros sejam disponibilizados ao público, para dar transparência à definição das multas aplicadas pelo CADE e garantir maior segurança jurídica à comunidade antitruste e à sociedade em geral.

### **Sugestões:**

Com base em todo o exposto, em relação à duração da conduta, o IBRAC respeitosamente sugere que:

- Se o Conselho entende que há necessidade de definir um acréscimo específico à multa em razão da duração da conduta, que seja adotado o acréscimo de 0,1% à alíquota por ano de participação na conduta, seguindo a jurisprudência do Conselho. Não obstante, caso decida pela aplicação do acréscimo de 0,5% por ano adicional da conduta, que apresente os fundamentos para a mudança da jurisprudência e se comprometa a não aplicar tal entendimento de forma retroativa. Em qualquer dos casos, não deve haver arredondamento para cima,

em prejuízo do representado: período inferior ao ano deveria ser desprezado, e o adicional computado apenas para cada ano integral de participação que for completado.

- Seja esclarecido no Guia que a duração da conduta (i) deve ser aferida de forma individualizada para cada investigado, com base nos elementos concretos presentes nos autos que atestem sua participação direta e concreta na conduta; e (ii) não será contabilizada em mais de um momento ou em mais de uma variável do cálculo da multa, de forma se evitar eventual bis in idem;
- Seja incluída orientação no Guia no sentido de sempre se dar publicidade ao parâmetro utilizado para ajustar a alíquota com base na duração da conduta, com o objetivo de dar transparência às decisões da autoridade; e
- Seja incluída no Guia a atenuante de curtíssima duração da conduta, para garantir harmonia entre os Guias do CADE.

### *1.2.2 Aplicação de agravantes e atenuantes*

De forma a verificar se o guia efetivamente reflete as práticas do Tribunal, o levantamento jurisprudencial realizado pelo IBRAC constatou que em 116 PAs dos 132 analisados, as circunstâncias agravantes e atenuantes foram consideradas de alguma forma nas decisões condenatórias. A análise de cada elemento específico previsto em lei foi distribuída da seguinte forma:

- (i) a gravidade da infração foi considerada 116 vezes (100% desses casos);
- (ii) a boa-fé do infrator foi considerada 114 vezes (98,3%);
- (iii) a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator foi considerada 111 vezes (95,7%);
- (iv) a consumação ou não da infração foi considerada 116 vezes (100%);
- (v) o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros foi considerada 113 vezes (97,4%);
- (vi) os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado foram considerados 112 vezes (96,6%);
- (vii) a situação econômica do infrator foi considerada 114 vezes (98,3%); (viii) reincidência foi considerada 115 vezes (99,1%).

Em outras palavras, há volume significativo de casos em que o Tribunal examinou os parâmetros previstos em lei por meio de inferências e presunções, sem que determinada agravante ou atenuante tivesse sido realmente caracterizada à luz das especificidades do caso concreto. Dito de outro modo, ao contrário das recomendações de análise pormenorizada e individualizada, as decisões limitam-se a tecer comentários gerais e abstratos. Tal uso de inferências para a caracterização dos elementos agravantes/atenuantes foi identificado em ao menos 51 (43%) dos casos analisados.

O uso de presunções sem que fossem considerados os elementos de prova produzidos nos autos parece estar particularmente relacionado a três elementos agravantes/atenuantes: efeitos econômicos da conduta<sup>16</sup>, boa-fé<sup>17</sup> e gravidade da infração<sup>18</sup>. E, para esses três elementos, as presunções parecem estar, de forma geral, relacionadas a um entendimento de que a mera comprovação de existência de um cartel seria também suficiente para a aplicação de agravantes de pena por efeitos econômicos negativos ao mercado, má-fé do agente e maior gravidade da infração.

Como destacado inicialmente, a análise do caso concreto e das características do mercado envolvido pela conduta é imprescindível para que a análise das circunstâncias agravantes e atenuantes sejam mais ordenadas.

### **Análise Individualizada dos Elementos Agravantes/Atenuantes**

O Guia reitera que, sempre que possível, devem ser evitadas análises em caráter genérico “para todos os membros do cartel”, devendo os elementos de dosimetria serem considerados de forma individualizada, visto que “em uma mesma conduta os níveis de culpabilidade dos condenados não necessariamente serão os mesmos”<sup>19</sup>. Tendo em vista a importância da individualização das condutas quando da análise dos referidos elementos, é necessária a identificação de como foram percebidos os agravantes ou atenuantes para cada Representado separadamente.

Contudo, dos 132 PAs analisados, não houve individualização no momento da aplicação de agravantes e atenuantes em aproximadamente 72% ou 95 casos. De forma contrária aos preceitos do Guia, o Tribunal também justifica uma ausência de individualização das agravantes e atenuantes por

---

<sup>16</sup> Processo administrativo n. 08700.004073/2016-61

<sup>17</sup> Processo administrativo n. 08012.001273/2010-24

<sup>18</sup> Processo administrativo n. 08012.000432/2005-14

<sup>19</sup> Página 22 da minuta preliminar do Guia de Dosimetria de Multas de Cartel.

Representado sob o argumento de que isso iria de encontro ao princípio da isonomia, visto que todos participaram da mesma conduta<sup>20</sup>. Ou seja, há casos em que se defende explicitamente a aplicação de parâmetros gerais e sem qualquer tipo de individualização. Portanto, o ideal é que haja a individualização das agravantes e atenuantes de cada Representado.

### **Efeito dos elementos de dosimetria na alíquota imposta**

A partir da pesquisa jurisprudencial realizada foi possível constatar que em raros casos é possível identificar o efeito dos elementos agravantes/atenuantes sobre a alíquota final aplicada a agentes condenados. Em 115 casos analisados (96,6%), o voto vencedor não indica, de qualquer forma, a dosagem das agravantes e/ou atenuantes, não havendo qualquer tipo de construção metodológica da autoridade sobre a questão.

Um dos únicos casos em que foi possível identificar, em alguma medida, a mensuração dos efeitos dos elementos agravante/atenuante é o PA n. 08012.011791/2010-56, no qual, ao deliberar sobre o elemento “gravidade da infração”, entendeu-se que o fato de a conduta ter sido praticada em dois mercados implicaria gravidade, tendo sido aplicado aumento da multa em 1%:

Como o caso concreto abrange dois mercados relevantes e há agentes que atuam em ambos, entendo que os agentes que combinaram preços em ambos os mercados devem ser submetidos a um aumento de 1% na multa, tendo em vista o aumento dos efeitos potenciais decorrente dessa dupla atuação<sup>21</sup>.

Isso é, em um dos poucos casos em que se tratou dos impactos de uma suposta agravante ou atenuante, o impacto sequer foi sobre a alíquota, mas sim sobre o valor da multa como um todo.

Assim sendo, é essencial que o Guia enfatize a necessidade de que as decisões do Tribunal tornem mais transparente o processo de dosimetria da pena, especialmente para que os efeitos individuais e totais de cada um dos elementos agravantes e atenuantes sobre a alíquota referência sejam expostas de forma inequívoca, a fim de preservar a individualização de pena justificada, e permitir o adequado contraditório e direito à ampla defesa de todos os representados.

---

<sup>20</sup> Vide, por exemplo, o voto do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos PA n. 08012.008821/2008-22 (julgado em 2016).

<sup>21</sup> Voto do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior.

Portanto, é essencial que haja previsão no guia sobre a dosagem das agravantes e atenuantes, visando maior transparência e objetividade no método para imposição dessas circunstâncias. A título exemplificativo, vale mencionar a metodologia utilizada para aplicação de multas previstas na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013).

A Lei Anticorrupção, tal como a Lei da Concorrência, prevê, em seu art. 7º fatores agravantes e atenuantes que deverão ser considerados pelas autoridades quando da aplicação de multas:

<b>Lei Anticorrupção</b>	<b>Lei da Concorrência</b>
<p>Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:</p> <p>I - a gravidade da infração;</p> <p>II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;</p> <p>III - a consumação ou não da infração;</p> <p>IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;</p> <p>V - o efeito negativo produzido pela infração;</p> <p>VI - a situação econômica do infrator;</p> <p>VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;</p> <p>VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;</p> <p>IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados;</p> <p>e</p>	<p>Art. 45. Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração:</p> <p>I - a gravidade da infração;</p> <p>II - a boa-fé do infrator;</p> <p>III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;</p> <p>IV - a consumação ou não da infração;</p> <p>V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;</p> <p>VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;</p> <p>VII - a situação econômica do infrator; e</p> <p>VIII - a reincidência.</p>

Em que pesem as semelhanças e correlação entre determinados elementos, o § único do art. 7º da Lei

Anticorrupção prevê que: “Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal”.

Essa regulamentação veio na forma do Decreto n. 8.420/2015 cujos arts. 17 e 18 estabelecem normativamente o peso de cada agravante e atenuante na definição da alíquota para a aplicação da multa, observados os valores mínimos e máximos previstos no art. 6º<sup>22</sup> (0,1% a 20%):

<b>Agravantes - art. 17</b>	<b>Atenuantes - art. 18</b>
Art. 17. O cálculo da multa se inicia com a soma dos valores correspondentes aos seguintes percentuais do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos:	Art. 18. Do resultado da soma dos fatores do art. 17 serão subtraídos os valores correspondentes aos seguintes percentuais do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos:
I - um por cento a dois e meio por cento havendo continuidade dos atos lesivos no tempo;	I - um por cento no caso de não consumação da infração;
II - um por cento a dois e meio por cento para tolerância ou ciência de pessoas do corpo diretivo ou gerencial da pessoa jurídica;	II - um e meio por cento no caso de comprovação de ressarcimento pela pessoa jurídica dos danos a que tenha dado causa;
III - um por cento a quatro por cento no caso de interrupção no fornecimento de serviço público ou na execução de obra contratada;	III - um por cento a um e meio por cento para o grau de colaboração da pessoa jurídica com a investigação ou a apuração do ato lesivo, independentemente do acordo de leniência;
IV - um por cento para a situação econômica do infrator com base na	IV - dois por cento no caso de comunicação espontânea pela pessoa

<sup>22</sup> Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções: I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;

<b>Agravantes - art. 17</b>	<b>Atenuantes - art. 18</b>
apresentação de índice de Solvência Geral - SG e de Liquidez Geral - LG superiores a um e de lucro líquido no último exercício anterior ao da ocorrência do ato lesivo;	jurídica antes da instauração do PAR acerca da ocorrência do ato lesivo; e
V - cinco por cento no caso de reincidência, assim definida a ocorrência de nova infração, idêntica ou não à anterior, tipificada como ato lesivo pelo art. 5º da Lei n. 12.846, de 2013 , em menos de cinco anos, contados da publicação do julgamento da infração anterior; e	V - um por cento a quatro por cento para comprovação de a pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo IV.
<p>VI - no caso de os contratos mantidos ou pretendidos com o órgão ou entidade lesado, serão considerados, na data da prática do ato lesivo, os seguintes percentuais:</p> <p>a) um por cento em contratos acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);</p> <p>b) dois por cento em contratos acima de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais);</p> <p>c) três por cento em contratos acima de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais);</p> <p>d) quatro por cento em contratos acima de R\$ 250.000.000,00 (duzentos e cinquenta milhões de reais); e</p> <p>e) cinco por cento em contratos acima de R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais).</p>	

### **A aplicação e definição das circunstâncias agravantes e atenuantes previstas no art. 45 da LDC**

O Guia também apresenta, em seu item 2.1.1.4, sugestões de interpretação dos diferentes elementos de dosimetria elencados no art. 45, valendo-se de ressalva a respeito da possibilidade de interpretação alternativa mais adequada aos casos concretos. O IBRAC apresenta abaixo comentários à interpretação e uso desses diferentes elementos, conforme apurado em revisão das decisões do Tribunal.

#### *Inciso I: Gravidade da Infração*

O Guia orienta a interpretação desse elemento direcionada a uma análise individualizada da participação de cada Representado na conduta (se houve papel de liderança, uso de coação, ou mesmo uma participação reduzida), podendo ser aplicado tanto como agravante quanto como atenuante.

Essa orientação proposta pelo Guia é muito importante e oportuna, uma vez que a revisão da jurisprudência realizada pelo IBRAC identificou que a vasta maioria das decisões do Tribunal relacionou a gravidade da conduta à própria prática de cartel, sem tal avaliação apropriada, com base em elementos concretos, que o Guia adequadamente propõe. Veja-se, por exemplo, os seguintes trechos de análises realizadas pelo Tribunal acerca do elemento agravante/atenuante “gravidade da infração”:

Gravidade da infração: o cartel se apresenta como a prática anticompetitiva mais grave, por corromper inteiramente a livre concorrência, bem como por criar uma simulação de competitividade, o que gera danos imensos ao mercado, exigindo tratamento rígido por parte da autoridade. (Processo administrativo n. 08700.005615/2016-12)

Considerando que as condutas horizontais são as que geram maior lesividade à concorrência nos mercados afetados, com evidentes efeitos econômicos negativos ao mercado e consumidores, não há como negar a gravidade das condutas atribuída às Representadas. (Processo administrativo n. 08012.004674/2006-50)

I. a gravidade da infração: trata-se de conduta anticoncorrencial hard core e, portanto, extremamente grave. (Processo administrativo n. 08012.002959/1998-11)

A maior reprovabilidade dos cartéis dentre as diferentes condutas anticoncorrenciais já são endereçadas pelo Tribunal ao estabelecer as alíquotas de referência em passo anterior às agravantes/atenuantes no processo de dosimetria de penas (item 2.1.1.2 do Guia). Logo, como exposto acima, o fato de que a própria natureza da conduta também esteja sendo utilizada como

elemento agravante na dosimetria de pena parece constituir *bis in idem*. A “gravidade” da infração a ser considerada na dosimetria deve ser ancorada em elementos concretos e específicos, devidamente comprovados nos autos.

### *Inciso II: Boa-fé do infrator*

Em relação ao elemento “boa-fé do infrator”, o Guia indica três possíveis dimensões a serem analisadas para determinação da boa-fé (atenuante) ou má-fé (agravante) do Representado: (i) conhecimento da ilicitude da conduta, (ii) a essencialidade do mercado afetado (infrações no setor de saúde, por exemplo, poderiam demonstrar uma má-fé do agente), (iii) a colaboração no processo e a lealdade processual (tal colaboração aumentaria a probabilidade de punição ensejando uma redução da severidade da pena imposta).

De forma semelhante ao relatado acima em relação ao elemento “gravidade da infração”, verificou-se, na revisão da jurisprudência, que um número bastante relevante de decisões do Cade apresenta o entendimento de que a participação em cartéis denotaria, por si só, a má-fé dos agentes.

Boa-fé do infrator: a própria prática de cartel pressupõe má-fé, caracterizada no presente processo pelo contato prévio entre os concorrentes, divisão de mercado e até mesmo pelo uso de estratégias para corromper o certame licitatório, como a abstenção de exercício do direito de preferência conferido às microempresas. (Processo administrativo n. 08700.005615/2016-12) (grifo nosso)

A participação em cartel clássico também afasta qualquer argumentação defendendo a “boa-fé do infrator”, por isso tal elemento não poderá ser aplicado para o benefício da empresa no presente caso. (Processo administrativo n. 08012.011980/2008-12)

Contudo, como já esclarecido, não se pode ignorar que a reprovabilidade maior atribuída à prática de cartel já é tradicionalmente endereçada pelo Tribunal ao estabelecer as alíquotas de referência em passo anterior às agravantes/atenuantes no processo de dosimetria de penas (item 2.1.1.2 do Guia “Dosimetria de multas de cartel”).

Quanto às dimensões de interpretação sugeridas pelo Guia, são necessários comentários mais detalhados em relação a duas delas.

Em relação ao item “ii” que prevê o agravamento da pena a cartéis realizados em setores essenciais, tem-se um possível erro em sua classificação dentro dos elementos do art. 45. A intenção de tornar mais gravosa a pena de

agentes que praticam cartéis que afetam ou são capazes de afetar mercado essenciais e que, portanto, teriam o potencial de prejudicar a garantia de direitos básicos dos cidadãos tem relação mais próxima a uma maior gravidade da infração (inciso I) ou mesmo ao grau de lesão à economia nacional e aos consumidores (inciso V). A forma da condução dos representados durante sua participação no cartel, se de boa ou má fé pouco parecem se relacionar ao mercado afetado.

Quanto ao item “iii” que prevê a atenuação da pena aplicada quando for constatada a colaboração e lealdade processual do representado ao longo da investigação do CADE, entende-se que tal interpretação vai justamente ao encontro da boa-fé objetiva processual. Entretanto, foram localizadas poucas decisões que indicaram alguma análise nesse sentido pelo Tribunal pelo que a orientação apresentada pelo Guia pode fomentar sua incorporação à jurisprudência.

Recomenda-se, a fim de se assegurar a melhor prática no processo de dosimetria e evitar a ocorrência de eventuais vícios nas decisões exaradas, que o Tribunal deixe de considerar a prática de cartel, por si só, como caracterização de má-fé e aplicação de agravante. Ainda, também se sugere que a análise da possibilidade de se agravar penas devido à essencialidade do mercado afetado deixe de ser realizada como relacionada a uma boa-fé ou má dos agentes, e passe a ser parte da análise das regras dos incisos I ou V.

Por fim, sugere-se que a análise da boa-fé objetiva dos representados por colaboração ou lealdade processual durante o processo conduzido pelo Cade seja mais amplamente utilizada pelo Tribunal, e esclarecidos quais os fatores que serão considerados para tanto, inclusive a fim de incentivar maior participação dos representados. Nesse sentido, por exemplo, a colaboração processual, a rigor, também deve considerar limitações legais para tanto (e.g., impossibilidade de apresentar dados devido a restrições normativas) e a própria apresentação de dados feita pelos Representados (e.g., dados requeridos e apresentados em sede de contestação). Também recomenda-se que outros elementos de boa-fé objetiva que não estritamente relacionadas ao processo sejam computados como atenuantes quando tais circunstâncias não sejam suficientes para configurar defesa absoluta no mérito, como por exemplo, a existência de programas de compliance e de esforços claros dos investigados em manterem-se dentro do que exige a lei e adotarem todos os comportamentos ao seu alcance para impedir a ocorrência da conduta.

*Inciso III: Vantagem auferida ou pretendida pelo infrator*

Quanto ao elemento de vantagem auferida ou pretendida pelo infrator, o Guia aponta que ele está diretamente relacionado ao ganho efetivo ou potencial do Representado. Uma vez que frequentemente tal cálculo não é possível ou sujeito a elevado grau de imprecisão, sua aplicação não necessariamente é possível nos casos concretos.

Entretanto, no levantamento realizado pelo IBRAC, identificou-se que tal elemento foi analisado em 111 decisões condenatórias, e considerada como um agravante em grande parte dos casos.

Ainda que, como apontado pelo Guia, o efetivo cálculo dessa vantagem auferida ou pretendida não seja possível de ser realizado com frequência, observou-se que um extenso número de decisões interpretou tal elemento como se apenas exigisse que os agentes tivessem a intenção de obter vantagem ou, a partir de suposição, afirmaram que era esperada a obtenção de vantagens:

a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator: as condutas praticadas pela CDT resultaram em claros ganhos para a empresa, que se beneficiou de sobrepreços e de vantagens em licitações públicas destinadas ao fornecimento de serviços de tecnologia da informação. (Processo administrativo n. 08700.011188/2014-40)

III - Vantagem auferida ou pretendida pelo infrator: os Representados tiveram nítida pretensão de elevar os preços, ainda que de forma ilícita. Sendo assim, considero esse elemento ser um fator agravante. (Processo administrativo n. 08012.007011/2006-97)

Vantagem auferida ou pretendida pelo infrator: a vantagem pretendida pelos infratores é evidente, qual seja, a uniformização de preços de honorários médicos na região de Divinópolis, impedindo que operadoras de planos de saúde e médicos da região negociassem de forma autônoma eventuais reajustes nos honorários pagos. (Processo administrativo n. 08012.000432/2005-14)

Sobre esse ponto, o IBRAC sugere que o CADE esclareça no guia que a aplicação desse inciso como agravante ou atenuante esteja relacionado à possibilidade de se calcular a vantagem auferida da conduta ou que sua aplicação seja pautada em parâmetros objetivos e não na presunção de que cartel sempre traz prejuízos ao mercado, premissa já computada na alíquota da base de cálculo, caso contrário caracteriza-se o *bis in idem*.

*Inciso IV: Consumação ou não da infração*

Sobre esse item, o IBRAC reforça o quanto exposto nas considerações iniciais no sentido de que a aplicação de tal circunstância requer uma análise prévia do mercado envolvido pela conduta investigada. Tanto quanto em outros quesitos, para esse elemento ser considerado agravante na dosimetria deve estar ancorado em elementos concretos e específicos nos autos de que a infração foi efetivamente consumada.

*Inciso V: Grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros*

Quanto ao grau de lesão ou perigo de lesão à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores ou a terceiros, o guia apresenta sugestão de interpretação que relaciona tal elemento ao tipo de conduta, ou seja, se o cartel era hardcore, cartel em licitações ou relacionado a setores sensíveis. A revisão dessas sugestões é necessária.

De forma similar ao que já trazido em outros itens dessa análise, uma vez que os cartéis hardcore têm sua alíquota de referência elevada quando comparada à alíquota referência para outras práticas, o agravamento por meio deste elemento também poderia representar bis in idem. Essa sugestão também se aplica à sugestão de aplicação deste agravante a cartéis em licitações uma vez que sua alíquota referência também é majorada.

O IBRAC recomenda que a aplicação dessa circunstância seja embasada em uma análise empírica e aprofundada a fim de se determinar o efetivo grau ou potencial de lesão resultante do cartel. Assim, por exemplo, cartéis realizados mais à jusante na cadeia produtiva teriam um grau ou potencial maior de lesão aos consumidores finais do que aqueles mais à montante. No caso, recomenda-se que, ao analisar a aplicação dessa agravante, seja feito um efetivo cotejo entre a conduta específica e seu impacto direto aos consumidores e/ou à economia nacional.

*Inciso VI: Efeitos econômicos negativos produzidos no mercado*

A respeito dos efeitos econômicos negativos produzidos no mercado, o guia aponta que se trata de um dos efeitos mais diretos das condutas, mas cujo cálculo é bastante difícil. O guia cita ainda, em sua lista exemplificativa de agravantes, a ocorrência de impactos econômicos negativos e elevados ao mercado. A interpretação desse elemento, portanto,

orienta-se no sentido de que efeitos negativos devem ter sido produzidos, mas que eles devem também ser avaliados conforme sua profundidade.

Assim como exposto nos itens anteriores, deve-se destacar que a presunção de efeitos negativos não deve subsistir. Dessa forma, para que seja possível a aplicação dessa agravante, é absolutamente necessário que o Tribunal seja capaz, a partir do conjunto probatório, de determinar que a conduta tenha efetivamente produzido efeitos negativos.<sup>23</sup>

Recomenda-se, quanto à aplicação desse elemento em casos de cartel, que o guia apresente orientação mais clara em relação à necessidade de que o conjunto probatório fundamente a análise. Além disso, a manifestação do CADE sobre a possibilidade de se calcular a vantagem auferida ou não pode servir como embasamento para aplicação ou não desse dispositivo.

#### *Inciso VII: Situação econômica do infrator*

O IBRAC reconhece a importância de o CADE levar em conta essa circunstância quando da formulação da pena, em atenção aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade da punição.

Sugestões:

Em relação às circunstâncias agravantes e atenuantes, o IBRAC destaca que a inclusão expressa no guia sobre a necessidade de individualização dessas circunstâncias é muito positiva. Entretanto, o IBRAC sugere alguns aperfeiçoamentos em relação a:

- a imposição de agravantes e atenuantes de forma genérica, sem nenhuma correlação com as características ao caso concreto, ou seja, o CADE deve justificar a imposição dessas circunstâncias com base no conjunto probatório dos autos;
- pertinência de algum método para dosagem das circunstâncias agravantes e atenuantes de forma objetiva. Nesse sentido, de modo exemplificativo, indicou-se a metodologia disposta na Lei Anticorrupção; e
- necessidade de maior clareza em relação à definição das circunstâncias agravantes e atenuantes previstas no artigo 45 da LDC, nos termos acima expostos.

---

<sup>23</sup> Processo administrativo n.º 08012.000432/2005-14

### *1.2.3 Aplicação da Reincidência*

O guia aborda a reincidência em dois contextos:

- No Tópico 2.1.1.4: Ajuste da alíquota com base em atenuantes e agravantes, onde lista a reincidência como um dos elementos de dosimetria listados no art. 45 da Lei nº 12.529/2011 e explica que “refere-se ao cometimento de nova infração após condenação anterior por qualquer infração contra a ordem econômica, e é o único elemento cujo impacto na pena é fixado pelo Legislador, qual seja, aplicação de multa em dobro”,<sup>24</sup>
- No Tópico 2.1.1.6, dedicado exclusivamente à reincidência, onde afirma: “Considerando o art. 37, § 1º, da Lei nº 12.529/2011, em caso de reincidência, deve-se aplicar em dobro a multa, quando o Representado foi condenado anteriormente por práticas anticompetitivas pelo Tribunal Administrativo do Cade.”<sup>25</sup>

Dos trechos expostos acima, nota-se que o guia se limita a explicar o que é reincidência e indicar qual a sua consequência, sem adentrar nos parâmetros para a sua aferição. De fato, a análise dos casos julgados pelo Tribunal do CADE desde 2012 demonstra que, na grande maioria dos processos administrativos em que há análise de agravantes e atenuantes, há afirmação genérica no sentido de não haver reincidência.<sup>26</sup> Nesses casos, os Conselheiros não especificam os critérios utilizados para se chegar a tal conclusão.

#### **Lapso temporal considerado para a aferição de reincidência.**

Em cerca de 35% dos casos em que houve considerações mais detalhadas sobre a análise da reincidência, o Conselho considerou que a reincidência somente seria aplicada dentro de um prazo máximo de 5 anos.

Identificou-se que tal prazo decorre da aplicação subsidiária do Art. 64, I do Código Penal aos processos administrativos sancionadores que tramitam no CADE, a saber:

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

---

<sup>24</sup> Páginas 23 e 24 da minuta preliminar do Guia de Dosimetria de Multas de Cartel.

<sup>25</sup> Página 26 da minuta preliminar do Guia de Dosimetria de Multas de Cartel.

<sup>26</sup> Para tanto, considerou-se tanto casos de conduta coordenada como casos de conduta unilateral, uma vez que o instituto da reincidência se aplica igualmente aos dois tipos de conduta, e considerando que há precedentes relevantes sobre o tema envolvendo condutas unilaterais.

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

No entanto, os precedentes do CADE variam no que diz respeito ao termo final do prazo de 5 anos, conforme demonstrado abaixo:

<b>Termo final considerado</b>	<b>% de casos</b>
Início da conduta subsequente	72%
Data do julgamento subsequente	28%

Da análise desses casos, verificou-se que o entendimento majoritário do CADE sobre a questão converge com o texto da lei, no sentido de que o termo final a ser considerado deve ser o início da conduta subsequente. Por outro lado, foi possível identificar que em cerca de 55% dos casos analisados, a aplicação da reincidência foi justificada por condenações impostas em momento posterior ao início da conduta que se julgava naquele momento.

Tal entendimento subverte o propósito do instituto da reincidência, qual seja: apenar de forma mais rigorosa aquele que reitera a prática de ato que já sabe ser ilícito. Isso porque, nesses casos, não havia condenação anterior recaindo sobre o agente no momento em que ele iniciava a conduta tida como “posterior”. Ou seja, a aplicação da reincidência com base em condenações impostas em momento posterior ao início da conduta é uma impropriedade jurídica e deve ser rechaçada pelo CADE.

Portanto, extrai-se da legislação pertinente e da jurisprudência do CADE que (i) a reincidência só pode ser considerada dentro de um prazo máximo de 5 anos; e (ii) o termo final para a contagem desse prazo deve ser o início da infração posterior. Tais parâmetros são fundamentais para a análise da reincidência e, portanto, devem constar no guia.

#### *Necessidade de trânsito em julgado na seara administrativa*

Embora encontre previsão legal, a necessidade de trânsito em julgado da condenação anterior para a configuração de reincidência foi expressamente considerada pelo Conselho em apenas 25% dos casos em que houve considerações mais detalhadas sobre a análise da reincidência. Identificou-se que tal parâmetro decorre da aplicação subsidiária do Art. 63

do Código Penal aos processos administrativos sancionadores que tramitam no CADE. O artigo dispõe que:

Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Nos casos em que esse tema foi abordado, concluiu-se que para a configuração da reincidência no âmbito do Conselho, basta a coisa julgada administrativa.

Ademais, aproximadamente 15% dos casos avaliaram o impacto de decisões judiciais na aferição do trânsito em julgado administrativo. Em todos esses casos, apontou-se que a reincidência só seria afastada se houvesse decisão judicial transitada em julgado alterando o julgamento proferido pelo CADE.

Portanto, extrai-se da legislação pertinente e da jurisprudência do CADE que (i) para a configuração da reincidência, é necessário que a condenação anterior tenha transitado em julgado na seara administrativa; sendo que (ii) a coisa julgada administrativa para fins de aplicação da reincidência só é prejudicada se houver decisão judicial transitada em julgado alterando o julgamento do CADE. Tais parâmetros são fundamentais para a análise da reincidência e, portanto, devem constar no guia.

#### *Escopo da conduta apta a caracterizar reincidência*

O escopo da conduta apta a caracterizar a reincidência foi mencionado pelo Tribunal do CADE em cerca de 95% dos casos em que houve considerações mais detalhadas sobre a análise da reincidência.

Em 45% dos casos, a análise da reincidência foi atrelada à existência de condenação anterior “pela mesma conduta”, “pela mesma prática” ou “pelo mesmo ilícito”. No entanto, na maioria dos casos não fica claro se os votos mencionam a existência de condenação anterior pela mesma conduta para especificar o critério utilizado na análise da reincidência ou apenas para ressaltar que a reincidência foi específica.

Em 35% dos casos, verificou-se que as condenações anteriores que ensejaram a aplicação da reincidência também tinham sido impostas pela prática da mesma conduta anticompetitiva, embora essa informação não tenha constado expressamente dos votos. Novamente, não está claro se essa convergência é intencional ou se é apenas uma coincidência.

Nos outros 15% dos casos, a reincidência foi aplicada em razão de condenação anterior por conduta distinta da que estava sendo julgada.

Da análise da pesquisa jurisprudencial do IBRAC, concluiu-se que não há consistência nas decisões do CADE sobre a aplicação desse critério na análise da reincidência, o que causa insegurança jurídica para os representados. Nesse sentido, é importante que o guia disponha sobre esse critério, e o faça no sentido de que a reincidência deve ser específica para funcionar como agravante, isto é, seja aplicada apenas quando haja condenação anterior “pela mesma conduta”, “pela mesma prática” ou “pelo mesmo ilícito”. Isso é fundamental porque o conceito de infração da ordem econômica é muito amplo, e abarca práticas de naturezas totalmente distintas, como condutas unilaterais exclusionárias; condutas unilaterais predatórias; cartel em suas diversas formas; trocas de informações ou práticas tendentes a harmonização; etc.

#### *Pessoa jurídica sobre a qual recaiu a condenação anterior*

Por fim, foi possível identificar que em 10% dos casos em que houve considerações mais detalhadas sobre a análise da reincidência, o Conselho avaliou a aplicação do instituto frente à existência de condenação anterior de pessoa jurídica distinta, mas pertencente ao mesmo grupo econômico da que seria condenada.

Em metade dos casos, concluiu-se que a reincidência seria configurada mesmo se a condenação anterior tivesse recaído sobre pessoa jurídica distinta. Na outra metade dos casos, o Tribunal afastou expressamente a aplicação da reincidência porque a condenação anterior identificada não havia recaído sobre a pessoa jurídica que estava sob investigação.

Da análise da pesquisa jurisprudencial do IBRAC, concluiu-se que não há consistência nas decisões do CADE sobre a aplicação desse critério na análise da reincidência, o que causa insegurança jurídica para os representados. Nesse sentido, é importante que o guia disponha sobre esse critério, e o faça no sentido de que a reincidência deve ser pertinente ao mesmo agente específico que está sob investigação, pessoa física ou jurídica.

Sugestões:

O IBRAC sugere que:

- Sejam incluídos no Guia de Dosimetria os critérios que necessariamente devem ser levados em conta na aferição da reincidência, a saber:

- Lapso temporal decorrido: a reincidência só pode ser considerada dentro de um prazo máximo de 5 anos e o termo final para a contagem desse prazo deve ser o início da infração posterior, nos termos do art. 64, I do Código Penal e da jurisprudência do CADE sobre o tema;
  - Necessidade de coisa julgada administrativa: para a configuração da reincidência, é necessário que a condenação anterior tenha transitado em julgado na seara administrativa, sendo que a coisa julgada administrativa para esses fins só é afastada se houver decisão judicial transitada em julgado alterando o julgamento do CADE.
- Sejam esclarecidos outros critérios essenciais a serem utilizados pelo CADE na análise da reincidência, em particular no sentido de que ela deve ser específica para funcionar como agravante (aplicada apenas quando haja condenação anterior pela mesma conduta) e deve ser pertinente ao mesmo agente específico (mesma pessoa física ou jurídica investigada e condenada).

#### *1.2.4 Agravantes e atenuantes: potencial ocorrência de bis in idem*

A redação da versão preliminar do Guia de Dosimetria enseja dúvidas quanto à potencial ocorrência de bis in idem quando da valoração de duas circunstâncias: (i) cartel em licitação; e (ii) duração da conduta. Tal entendimento decorre do fato de que essas circunstâncias são mencionadas mais de uma vez em contextos distintos, sendo que o Guia não faz contém orientação no sentido de que cada circunstância só deve ser valorada uma vez no cálculo da multa.

O fato de um cartel acontecer no âmbito de uma ou mais licitações, por exemplo, é mencionado em dois contextos:

- No Tópico 2.1.1.2 Alíquota de referência: "Recomenda-se a adoção das seguintes alíquotas de referência conforme o tipo de conduta) Cartéis em licitações (art. 36, §3º, inciso I, alínea "d", da Lei 12.529/2011): alíquota de referência de 17%, podendo ser superior a esse valor ou chegar a um mínimo de 14%, considerando os agravantes e atenuantes da conduta"; e
- No 2.1.1.4 Ajuste da alíquota com base em atenuantes e agravantes: na análise dos elementos de dosimetria listados no art. 45 da Lei nº 12.529/2011, na descrição das agravantes de grau de lesão e impactos econômicos elevados e negativos no mercado.

Do mesmo modo, a duração da conduta é tratada no âmbito dos seguintes tópicos:

- Na Introdução, para afirmar que tal quesito tem impacto tanto na gravidade da infração, quanto nos efeitos negativos produzidos no mercado. Além disso, consta também que “o tempo de duração da conduta pode, inclusive, servir de proxy para se incluir, no cálculo da multa, elementos relacionados diretamente a vantagem indevidamente auferida”; e
- No 2.1.1.3 Ajuste da alíquota com base na duração da conduta, tópico dedicado exclusivamente ao tempo de participação na conduta, no qual é proposto acréscimo de 0,5 pontos percentuais (p.p.) à alíquota por ano adicional da conduta.

Dos trechos expostos acima, não fica claro se tais circunstâncias (cartel em licitação e duração da conduta) serão numericamente consideradas em mais de uma variável para o cálculo da multa - no entanto, é certo que tal prática não pode ocorrer, sob pena de incorrer em hipótese ilegal de bis in idem.

Ou seja, se uma circunstância é utilizada para majorar a alíquota (seja por meio da adoção de uma alíquota de referência em patamar mais alto, seja por meio da aplicação de outros acréscimos sobre a alíquota), a mesma circunstância não pode gerar um novo acréscimo no contexto das agravantes do art. 45 da Lei nº 12.529/2011.

Sugestões:

A fim de evitar o bis in idem e aprimorar o Guia de Dosimetria, no que diz respeito à sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, o IBRAC sugere que:

- O Guia de Dosimetria indique expressamente que a duração da conduta esteja contemplada apenas na majoração da alíquota por meio de acréscimos aplicados sobre a alíquota de referência e não como agravante do art. 45 da Lei nº 12.529/2011.
- O Guia de Dosimetria indique expressamente que a caracterização de cartel em licitação seja contemplada no âmbito das circunstâncias agravantes e atenuantes do art. 45 da Lei nº 12.529/2011 e não na alíquota de referência, uma vez que o cartel em licitação é um tipo acessório, ao passo que o tipo principal (cartel hardcore ou difuso) seria a referência para definição da alíquota de referência da pena base.

Dessa forma, se consideradas tais alíquotas, tais circunstância não poderão gerar novos acréscimos no cálculo da multa, tendo em vista a garantia do ne bis in idem.

### *1.2.5 Programas de Compliance*

Em seu Guia para Programas de Compliance, o CADE destina um espaço considerável para tratar do impacto favorável de um programa de compliance na definição das penalidades a serem aplicadas pela autoridade, seja pelo afastamento de certas proibições ou pela redução do valor da multa aplicável. De acordo com o documento, a adoção de um programa de compliance robusto, como descrito naquele Guia, pode ser considerada evidência da boa-fé da representada e da redução dos efeitos econômicos negativos da prática ilícita no mercado. Nesse sentido, o Guia determina que a adoção de programa de compliance seja considerada como atenuante no cálculo da multa.

No entanto, não há qualquer menção a essa atenuante na versão preliminar do Guia de Dosimetria disponibilizado para consulta pública.

Sugestões:

A fim de compatibilizar os Guias do CADE, harmonizar suas diretrizes à sociedade e garantir maior segurança jurídica, o IBRAC sugere que:

- O Guia de Dosimetria inclua ao menos como atenuante a adoção de programa de compliance, nos termos do Guia para Programas de Compliance do CADE, quando tal programa não seja suficiente para configurar defesa absolutória no mérito.

### *1.3. PASSO 3 - COMPARAÇÃO COM OS LIMITES LEGAIS*

A LDC prevê, em seu artigo 37, que:

“Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;”

Portanto, a lei é expressa ao afirmar que a pena não deve ser inferior à vantagem auferida quando esta for passível de estimação.

Nesse sentido, o IBRAC, por meio de pesquisa jurisprudencial, investigou os seguintes tópicos:

a) O CADE tentou calcular a vantagem auferida?

b) O CADE justificou por que não calculou a vantagem auferida?

Em caso positivo, em quantos processos?

Assim, considerando a necessidade de o CADE motivar a não aplicação da vantagem auferida, uma vez que esta hipótese está prevista expressamente na lei, apresentamos a seguir os resultados encontrados sobre esses questionamentos:

*O CADE tentou calcular a vantagem auferida? Em caso positivo, em quantos processos?*

De acordo com o levantamento realizado, foram identificados 13 Processos Administrativos<sup>27</sup> em que o CADE tentou calcular a vantagem auferida. Porém, dentre estes casos, o CADE efetivamente aplicou a estimativa de vantagem auferida em apenas 2 casos (0,5% do conjunto de decisões analisadas), a saber: (i) 08012.009611/2008-51 e (ii) 08012.001029/2007-66. Em ambos os casos, foram feitas estimativas para o cálculo da vantagem auferida.

Assim, na grande maioria dos Processos Administrativos, a tentativa de cálculo da vantagem auferida ocorreu em votos vencidos, ou seja, não foi aplicada.

O Conselheiro João Paulo de Resende sugeriu a estimação da vantagem auferida por meio de dados disponíveis em apenas três casos. Em outros oito casos, o Conselheiro partiu da hipótese baseada na literatura econômica, que utiliza 10% de sobrepreço para cartéis nacionais e 20% para cartéis internacionais para calcular a vantagem auferida. A Conselheira Cristiane Alkmin, por sua vez, estimou o parâmetro de sobrepreço com base nos dados disponíveis em apenas três casos. Destes, em apenas um caso a conselheira divergiu do Conselheiro João Paulo de Resende.

No PA n. 08012.001029/2007-66, o Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo solicitou ao DEE uma estimativa de sobrepreço para calcular a vantagem auferida.

A tabela a seguir resume os resultados encontrados:

---

<sup>27</sup> 08012.001029/2007-66, 08012.009611/2008-51, 08012.010470/2005-77, 08012.000504/2005-15, 08012.010744/2008-71, 08012.007155/2008-13, 08012.005882/2008-38, 08012.002812/2010-42, 08012.001395/2011-00, 08012.001377/2006-52, 08012.011980/2008-12, 08700.010769/2014-64, 08700.004617/2013-41

<b>Processos Administrativos</b>	<b>Metodologia de estimação para vantagem auferida</b>
08012.001029/2007-66	Estimativa
08012.009611/2008-51	Estimativa
08012.010470/2005-77	Estimativa
08012.000504/2005-15	Estimativa
08012.010744/2008-71	Literatura
08012.007155/2008-13	Estimativa
08012.005882/2008-38	Literatura
08012.002812/2010-42	Ambos
08012.001395/2011-00	Literatura
08012.001377/2006-52	Literatura
08012.011980/2008-12	Literatura
08700.010769/2014-64	Estimativa
08700.004617/2013-41	Literatura

Com relação à Termos de Compromisso de Cessação, não foram encontrados registros de aplicação da vantagem auferida. Porém, o cálculo esteve presente em votos vencidos (74 casos).

#### O CADE justificou por que não calculou a vantagem auferida?

Com relação a esta pergunta, por meio do levantamento realizado pelo IBRAC, foram identificados 11 PAs em que o CADE justificou de modo evidente porque não calculou a vantagem auferida<sup>28</sup>.

Com base nas justificativas identificadas, foi possível perceber grande incidência da justificativa de difícil mensuração e de críticas à metodologia adotada para a estimativa ou cálculo da vantagem auferida.

Com relação às justificativas para não aplicar a vantagem auferida no que diz respeito à Requerimentos de Termos de Compromisso de Cessação,

<sup>28</sup> 08012.000758/2003-71, 08012.000820/2009-11, 08012.001127/2010-07, 08012.001273/2010-24, 08012.003321/2004-71, 08012.005882/2008-38, 08012.007155/2008-13, 08012.008821/2008-22, 08012.010744/2008-71, 08700.002821/2014-09 e 08700.010769/2014-64.

dos 236 casos analisados, o CADE justificou a não aplicação do cálculo da vantagem auferida em apenas 29 casos.

Sugestões:

Ainda que o CADE entenda em seus precedentes, majoritariamente, que não é necessário calcular ou estimar a vantagem auferida, o IBRAC sugere que o CADE motive essas decisões de forma expressa. Isto porque, o inciso I do artigo 37 da LDC é claro ao determinar que a pena “nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação”.

Portanto, a impossibilidade de aplicação da vantagem auferida deve ser justificada pela autoridade concorrencial, inclusive como forma de se resguardar sobre eventuais alegações de o CADE ser competente para realizar esse cálculo.

Por outro lado, em vários casos, fica evidente que a multa aplicada é desarrazoada em relação à vantagem auferida, ainda que potencial. Especialmente nos casos de cartéis de curtíssima duração essa realidade se coloca. Assim, a vantagem auferida pode servir como um balizador quanto a proporcionalidade da multa aplicada.

## **II. Penas às pessoas jurídicas que não exercem atividade empresarial e às pessoas físicas**

### *II.1. ITEM 2.1.2 DO GUIA DO CÁLCULO DA MULTA PARA PESSOAS JURÍDICAS QUE NÃO EXERCEM ATIVIDADE EMPRESARIAL*

De acordo com o art. 37, inciso II da Lei n. 12.529/2011, multas aplicáveis a pessoas jurídicas que não exerçam atividade empresarial podem entre R\$ 5.000,00 a R\$ 2 bilhões. O Guia, por sua vez indica genericamente que o Tribunal pode considerar diferentes variáveis sem esclarecer quais seriam tais variáveis.

De acordo com o levantamento de decisões condenatórias em processos administrativo após a vigência da LDC, não há parâmetros claros utilizados para definição do valor da multa aplicável a tais pessoas jurídicas. Em regra, o Tribunal do CADE é silente quanto aos critérios utilizados na definição da multa (e se algum fator impactou positiva ou negativamente na

sua determinação)<sup>29</sup>. Em alguns casos, o Tribunal optou por adotar o critério do “porte da associação”<sup>30</sup>, sem, contudo, detalhar qual seria a métrica adotada para tanto (e.g. número de associados, representatividade dos associados, etc.), e, em limitados casos, o Tribunal do CADE adotou um critério comparativo com outros processos<sup>31</sup>.

Entende-se que o guia poderia contribuir de forma bem mais efetiva para maior previsibilidade no cálculo da multa aplicável às pessoas jurídicas que não exercem atividade empresarial (e, portanto, não tem faturamento para ser utilizado como base de cálculo) se propusesse elementos de dosimetria mais detalhados. Isso permitiria debate público amplo sobre os critérios apropriados para as penalidades estabelecidas segundo esse dispositivo, antes que eles fossem formalizados no guia. A ausência de detalhamento sobre o que seria considerado uma variável válida (no contexto das “diferentes variáveis”) e como quantificá-la poderá privar o guia das suas principais finalidades, quais sejam: sinalizar aos jurisdicionados os critérios de dosimetria de forma clara, reduzir a insegurança jurídica e garantir maior isonomia ao longo do tempo.

#### Sugestões:

Assim, dada a existência de diversas entidades que se enquadram neste conceito e a elevada variação entre a multa mínima e máxima prevista no art. 37, II da Lei 12.529/11, a recomendação do IBRAC é que o CADE descreva melhor e submeta a debate público os seguintes pontos: (a) quais circunstâncias levam à inaplicabilidade do critério de faturamento e atrairiam a incidência da faixa fixa do art. 37, inciso II da Lei n. 12.529/2011, e (b) na ausência de atividade empresarial e/ou de faturamento, quais seriam: (i) as métricas alternativas o CADE poderia utilizar como base de cálculo de multa para essa classe de entidades (como proxy de faturamento a fim de localizar o valor pertinente à sanção dentro da faixa fixa); e (ii) quais variáveis poderiam ser consideradas relevantes para o exercício de proporcionalidade indicado no Guia quando não haja parâmetro apropriado relativo à receita operacional.

---

<sup>29</sup> Vide Processos Administrativos n. 08012.005524/2010-40 e 08012.010576/2009-02, 08700.008213/2015-99, 08700.009977/2014-10, 08700.009974/2014-87, 08700.009973/2014-32, 08700.007946/2014-25,

<sup>30</sup> Vide Processos Administrativos n. 08700.006777/2015-97; 08700.002867/2015-17, 08700.009949/2014-01, 08700.010000/2014-46,

<sup>31</sup> Vide, por exemplo, processo administrativo n. 08012.003422/2004-41.

## *II.2. ITEM 2.1.3 DO CÁLCULO DA MULTA PARA PESSOAS FÍSICAS (PFS)*

O guia apenas indica que, como resultado de uma construção jurisprudencial, a sanção normalmente utilizada seria um percentual (variável de 1 a 20%) da multa aplicada à empresa a que essa pessoa esteve vinculada durante a conduta. O art. 37, III da Lei n. 12.529/11 igualmente prevê a aplicação de multas nessa faixa no caso de pessoas físicas que ocupem o cargo de “administrador, direta ou indiretamente, responsável pela infração cometida”.

Em pelo menos 24 casos julgados no período de 2012 a 2020 foram aplicadas multas às pessoas físicas, dos quais em pelo menos 18 foi considerada a multa imposta à empresa como base de cálculo. Cumpre ressaltar que, mesmo nesses casos, o Plenário do CADE também aplicou, para alguns dos indivíduos, multa em valor definido. Em particular, parece também faltar sistematicidade no critério adotado para definir uma pessoa física como “administrador” nos casos da jurisprudência.

Especificamente em relação à alíquota aplicável, o guia propõe um ajuste segundo o grau de participação. De acordo com o documento, a relevância da participação da pessoa física dependeria de critérios como: (i) o cargo ocupado pela pessoa física em questão (e.g. presidente, sócios, administradores de direito ou de fato e ou diretores no rol de Representados); e (ii) o protagonismo nas tratativas/encontros.

A primeira questão a ser equacionada é quais circunstâncias devem estar presentes para que se configure a titularidade de cargo de “administrador”. É de se notar que a lei indica o critério de “administrador” para fins de vinculação da base de cálculo da multa da pessoa física à multa aplicada à empresa, mas o Guia não aborda esse tema central: o enquadramento como administrador para fins de determinação da metodologia a ser aplicada na definição da multa aplicável à pessoa física (se o percentual da multa da empresa, caso enquadrado como administrador, ou a faixa fixa prevista em lei para os demais indivíduos).

Em relação à base de cálculo para “não administradores”, não há parâmetros a serem adotados pelo CADE na determinação de multa a tais pessoas físicas para além da comparação daquilo que foi aplicado a pessoas físicas representadas no mesmo processo. Aplicam-se aqui as mesmas considerações sobre o emprego da faixa fixa para entidades jurídicas: o guia poderia contribuir de forma bem mais efetiva se propusesse elementos de dosimetria mais detalhados. Isso permitiria debate público amplo sobre os

critérios apropriados para as penalidades estabelecidas segundo esse dispositivo, antes que eles fossem formalizados no guia. A ausência de maiores detalhamentos privará o guia de suas finalidades mais significativas: sinalizar aos jurisdicionados os critérios de dosimetria de forma clara, reduzir a insegurança jurídica e garantir maior isonomia ao longo do tempo.

As jurisdições levantadas pelo DEE, conforme documento já referido “Benchmarking internacional sobre dosimetria de penalidades antitruste”, apontam para adoção de bases de cálculo diversas daquelas consideradas pelo CADE. As abordagens alternativas propõem como base de cálculo da multa aplicável às pessoas físicas: (i) a remuneração anual do infrator pessoa física como base de cálculo (Portugal e Alemanha); (ii) critérios discricionários baseados na capacidade econômica do infrator, mas não vinculados à multa da empresa (Reino Unido); (iii) ou mesmo vinculação ao volume de negócios afetados (com aplicação de alíquotas menores 1-5%) e ponderações com o grau de envolvimento da pessoa física (Estados Unidos). Essas poderiam talvez servir de proxies, desde que não violem seja a faixa fixa definida na Lei 12.529/2011 nem os critérios de isonomia com os demais investigados.

Por fim, não foi possível encontrar nos precedentes do CADE julgados após a vigência da Lei 12.529/11, uma relação direta entre a relevância de participação do indivíduo na conduta e a alíquota aplicada, da forma como sugerida pelo guia, com exceção de um único caso em que esse racional foi aplicado para uma única representada (08012.004280/2012-40). Os casos analisados apontam para a importância do cargo exercido durante a conduta para definição de alíquota, que variava de 2% a 20% da multa aplicável à empresa, nos casos de administradores. Vale notar que, em alguns casos analisados, a Lei 12.529/11 retroagiu para trazer uma alíquota mais benéfica à pessoa física sancionada. Portanto, seria importante que o guia esclarecesse quais seriam os critérios a serem considerados na variação da alíquota, no caso de multa aplicáveis ao “administrador” pessoa física.

Cumprido ressaltar ainda que em pelo menos 2 casos em que o Plenário do CADE considerou o tempo de participação dos indivíduos na conduta, especificamente: (i) 08012.005882/2008-38; e (ii) 08012.001377/2006-52.

Sugestões:

Assim, o IBRAC sugere que o guia defina quais elementos precisariam estar presentes para fins desse enquadramento na figura de “administrador”, para fins da aplicação do art. 37, III da Lei 12.529. Uma possibilidade, que parece a mais consistente com a dicção legal, seria

considerar como tais aqueles indivíduos que titulem cargos que a lei societária considera de administração (i.e., cargos estatutários de representação e de gestão da pessoa jurídica).

Especificamente em relação à alíquota da multa aplicável aos administradores, nossa sugestão é de um maior detalhamento do que seria considerado o “protagonismo”. Dado que o standard de prova adotado nos precedentes como evidência de participação em determinados atos relacionadas à conduta pode variar caso-a-caso a existência de termos indefinidos como “protagonismo” gera incerteza em relação à aplicação da Lei. Nesse sentido, nossa sugestão é que o CADE traga ao menos alguns exemplos e elementos do que configuraria o “protagonismo” suscitado.

Por fim, em relação às multas aplicada às demais pessoas físicas (não administradores), é sugerido que o guia esclareça quais parâmetros devem ser considerados em suas estimativas e que eles sejam compatíveis com a capacidade financeira do Réu pessoa física. Uma sugestão é que, dentro dos limites mínimos e máximos previsto em lei, o valor da multa não superasse 20% remuneração anual do infrator pessoa física no ano anterior à instauração do processo.

### **III. Penas alternativas**

A minuta do Guia de Dosimetria de Multas de Cartel explicita que a principal forma de punição é a multa, mas que diversas outras formas podem ser impostas de forma isolada ou cumulativa com a pena de multa, com fundamento no art. 38 da Lei n. 12.529/2011 - inclusive qualquer ato ou providência necessário para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica (inc. VII do mesmo dispositivo).

Explica também que, ao considerar a aplicação de tais medidas, o Tribunal do CADE deve

aplicar a sanção ou conjunto de sanções que atendam de forma mais eficiente aos objetivos das punições, em especial a criação de efeito dissuasório contra o cometimento de novas infrações. [...]

Importante ressaltar que a sanção aplicada não deve gerar mais efeitos negativos do que positivos. Nessa linha, por exemplo, deve-se evitar

que as punições restrinjam de forma significativa a concorrência, em especial no tocante a licitações públicas.<sup>32</sup>

Em outras palavras, a minuta recomenda: (i) que as penas alternativas sejam consideradas em conjunto, tanto entre si quanto ao lado da própria pena de multa principal; (ii) que esse conjunto seja avaliado, pelo menos em parte, quanto ao seu efeito dissuasório; mas (iii) que não sejam gerados, com isso, efeitos negativos à concorrência.

Quanto ao primeiro elemento, não há reparos a fazer, visto que o Guia reconhece algo consolidado e adequado.

Quanto ao segundo, o levantamento de jurisprudência feito pelo IBRAC identificou que, dentre 76 casos em que alguma penalidade alternativa foi aplicada (de um universo de 368 casos de cartel sondados), o CADE somente aludiu ao caráter dissuasório em 4 casos (i.e. cerca de 5% dos casos com penalidades alternativas).

Em tal cenário, a redação do Guia pode levar a alguma incerteza quanto às diretrizes de aplicação de penas alternativas para fins de efeito dissuasório, visto que os precedentes neste sentido ainda não são numerosos o suficiente para formar um corpo mais seguro e previsível de jurisprudência.

A necessidade de levar isso em consideração se torna mais evidente quando se discute o terceiro elemento mencionado na minuta de Guia. Neste ponto, a minuta traz como principal exemplo o caso da

penalidade de proibição de contratação com a Administração Pública, que pode ser prejudicial ao próprio mercado (e ao Erário) ao retirar competidores das licitações públicas.

De fato, sabe-se que este tipo de penalidade pode se mostrar particularmente oneroso, sobretudo quando a empresa em questão obtém boa parte de sua receita a partir do segmento de compras governamentais. A depender do caso, tal sanção pode levar até mesmo à recuperação judicial ou falência da empresa, sendo muito mais impactante que a pena de multa principal ou que praticamente qualquer outra modalidade alternativa.

Porém, o levantamento jurisprudencial do IBRAC encontrou que, nos casos em que o CADE discutiu o caráter dissuasório da pena principal de multa e isso foi quantificado (23 casos), gerou-se ou uma elevação de 5% a 20% da alíquota, ou uma alíquota mínima (geralmente de 12%). Assim, fica claro que, quando o CADE procede a uma complementação da pena para lhe

---

<sup>32</sup> Vide página 30 do Guia “Dosimetria de Multas de Cartel”.

conferir efeito dissuasório pela via da majoração da alíquota, não é a sua intenção incorrer em punições desproporcionais. Se isso é válido para a pena de multa - e se as penas alternativas devem ser analisadas em conjunto com tal multa, como preconiza acertadamente o primeiro elemento aludido acima -, então também o uso do efeito dissuasório nas penas alternativas deve ser ponderado e comedido, para manter a proporcionalidade do conjunto das penalidades adotadas.

A minuta de guia faz um esforço louvável neste sentido ao tentar conter os efeitos excessivos e desproporcionais que penas alternativas dessa natureza podem acarretar, mencionando como exemplo a possibilidade de limitá-las exclusivamente a empresas com elevada culpabilidade e líderes de um esquema de cartel. Não obstante, ao introduzir um elemento ainda não consolidado pela jurisprudência (efeito dissuasório), é aconselhável que o guia apresente delimitações mais contundentes no sentido de manter a proporcionalidade do conjunto das penalidades e a coerência com a jurisprudência de multa (apenas 5%-20% de majoração), aprofundando a diretriz de prudência na adoção das modalidades mais severas de penas acessórias.

A dissuasão é mais diretamente abordada no Tópico “3. Das Penas Alternativas” do Guia, em que são arroladas de forma não exaustiva as demais punições não pecuniárias que podem ser impostas isolada ou cumulativamente à multa, previstas no art. 38 da Lei nº 12.529/2011.

O efeito dissuasório é um dos objetivos da aplicação das sanções, que devem ser aplicadas individual ou conjuntamente para que funcione como um desencorajamento da conduta anticompetitiva. As penas alternativas devem ser pensadas pelo Tribunal como imposições adicionais que reforcem o caráter dissuasório da pena, quando a cominação de multa pecuniária por si não é suficiente para alcançar o objetivo desejado da punição pela autoridade de defesa da concorrência.

A análise jurisprudencial do CADE, entretanto, demonstrou que são raras as vezes em que o órgão discute o caráter dissuasório da pena no contexto da aplicação ou não de penas alternativas, seja para determinar a aplicação de penas alternativas para contribuir com o elemento dissuasório da pena, seja para descartar a aplicação de tais penas alternativas por entender que a sanção pecuniária seria suficientemente dissuasória. Foram identificados apenas 04 julgados em que sanção não pecuniária é aplicada com a justificativa expressa de proporcionar o caráter dissuasório necessário ao combate a carteis, sendo que em três oportunidades foi aplicada a pena alternativa disposta no art. 38, II da Lei nº 12.529/2011, e em uma ocasião foi aplicada a pena alternativa

disposta no art. 38, VI da Lei nº 12.529/2011. Por outro lado, em apenas 02 julgados analisados a aplicação de sanções não pecuniárias foi expressamente descartada em razão da sanção pecuniária já cumprir o papel dissuasório da sanção. No caso de TCCs celebrados em decorrência de condutas horizontais, assumindo que a implementação de programas de compliance concorrencial e integridade tenham como principal finalidade a dissuasão de práticas ilícitas futuras, somam-se aos casos acima 10 acordos que estipularam obrigações relacionadas à implementação ou ao ajuste desse tipo de programa - embora não necessariamente trouxessem menção expressa ao caráter dissuasório desejado com tais medidas.

O calibre da função dissuasória da pena certamente não é a única razão pela qual se aplica a sanção alternativa. Nos termos do art. 38 da Lei nº 12.529/2011, sanções não pecuniárias podem ser aplicadas, isolada ou cumulativamente, “quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral”. No entanto, quaisquer que sejam as razões para aplicação de determinada sanção não pecuniária, estas devem ser apontadas de forma clara e expressa nas decisões do Tribunal do CADE. Assim como a sanção pecuniária, também a pena alternativa deve ser justificada na razão de decidir do órgão antitruste. Nesse sentido, ao versar sobre o caráter dissuasório da pena no contexto da aplicação de sanções não pecuniárias, o Guia deve recomendar que, sendo a dissuasão a razão essencial para aplicação da sanção não pecuniária, tal justificativa deve constar expressamente na decisão do CADE, inclusive esclarecendo a razão da adoção de determinada sanção não pecuniária em detrimento de outras.

Por fim, note-se que o arsenal de sanções não pecuniárias à disposição do CADE ao punir infrações à ordem econômica é necessariamente aberto e não exaustivo em sua previsão legal. Nos termos do art. 38, VII da Lei nº 12.529/2011, o órgão pode, inclusive, lançar mão de “qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica”. Dessa forma, é interessante que o Guia aponte quais as sanções não pecuniárias devem preferencialmente ser utilizadas pela autoridade quando a sanção pecuniária não se mostrar suficientemente dissuasória.

Nesse sentido, a redação atual do Guia sobre o tema limita-se a expor que: “Com isso, feita a dosimetria da pena que será aplicada ao condenado, o Tribunal deve aplicar a sanção ou conjunto de sanções que atendam de forma mais eficiente aos objetivos das punições, em especial a criação de efeito dissuasório contra o cometimento de novas infrações. Em que pese o forte poder dissuasório da multa, considerando o caso concreto, o Tribunal pode considerar adicionalmente medidas ou restrições relacionadas à conduta.”

## Sugestões:

Embora seja louvável que o guia apresente a sanção alternativa como ferramenta capaz de contribuir com o caráter dissuasório da sanção aplicada a infrações à ordem econômica, o IBRAC recomenda que os pontos abaixo também sejam explorados na redação do guia, de modo a trazer maior clareza sobre a influência da dissuasão na aplicação da multa:

- Se a aplicação de sanção não pecuniária decorrer da necessidade de dissuasão que deve ser característica à sanção antitruste, a decisão antitruste deve mencionar expressamente:

(i) a noção de que a aplicação de tal sanção decorre da necessidade de dissuasão;

(ii) em que medida tal sanção alternativa contribuirá para o caráter dissuasório da sanção e porque a sanção pecuniária não será capaz de fazê-lo, se aplicável; e

(iii) a razão da escolha por determinada sanção não pecuniária em específico, em detrimento de outra.

- Nesse sentido, o Guia deve trazer orientações claras sobre as situações em que a sanção pecuniária não será suficientemente dissuasória em razão do limite legal ou determinadas peculiaridades do caso concreto em análise. Pode ser este o caso de condutas praticadas durante um longo período de tempo, por exemplo. Ademais, seria positivo indicar quais sanções capazes de gerar o efeito dissuasório, visto que o guia não indica essa questão explicitamente.

## IV. Considerações finais

O IBRAC reitera que a iniciativa do CADE em elaborar um “Guia de Dosimetria de Multas de Cartel” e submetê-lo ao processo de debate e consulta pública é extremamente oportuna, com vistas a consolidar e organizar o entendimento do órgão sobre a formato da punição.

O IBRAC vislumbrou que alguns passos do guia podem ser aperfeiçoados, principalmente, com base no resultado da análise realizado dos precedentes do CADE sobre o tema.

Nesses termos, o IBRAC apresenta as contribuições contidas neste documento e está à inteira disposição das autoridades para dialogar sobre as questões que sejam mais controversas, de tal sorte que o objetivo comum

almejado seja o desenvolvimento de uma política de punição sólida, transparente e que atenda os princípios fundamentais dos jurisdicionados, assim como atinja o caráter dissuasório da pena.

Por fim, a planilha contendo todo o mapeamento de decisões do CADE, que deram suporte a essa análise e contribuições, está disponível no sítio eletrônico do IBRAC.