

DA COMPROVAÇÃO DE CULPA PARA RESPONSABILIZAÇÃO DE ADMINISTRADOR POR INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA

KAREN CALDEIRA RUBACK

Mestre em Direito Econômico pela UFMG. Advogada.

ÁREA DO DIREITO: Financeiro e Econômico

RESUMO: A Lei 12.529/2011 estabelece, à semelhança da lei que revogou, que infrações à ordem econômica são puníveis independentemente de culpa (art. 36, *caput*). Contudo, inova ao dispor que a punição do administrador responsável pela infração depende da comprovação de culpa (art. 37, I). Embora haja controvérsia acerca da inconstitucionalidade do dispositivo legal que autoriza a responsabilização de pessoas jurídicas por ato cometido independentemente de culpa, o Cade tem mostrado entendimento pacífico acerca da aplicabilidade dessa previsão legal. Em relação aos administradores, em vista da novel disposição legal, o Cade reconhece a necessidade de culpa inclusive para infrações cometidas antes da vigência da nova lei – por aplicação da lei mais benéfica ao representado. Entretanto, o assunto parece não ser pacífico quando se trata de determinar o que configura a culpa do administrador, como se pode constatar por ocasião do julgamento do Processo Administrativo 08012.011027/2006-02.

PALAVRAS-CHAVE: Culpa – Dolo – Administradores – Infração à Ordem Econômica.

ABSTRACT: The Law 12.529/2011 establishes, as in the repealed law, that violations against the economic order are punished regardless of fault (main section of the art. 36). However, the law innovates by providing that punishment for the administrator responsible for the violations depends on proof of fault (art. 37, I). Despite the controversy about the unconstitutionality of the legal provision authorizing the liability of legal entity as a result of an act regardless of fault, Cade understands it should be applied that legal provision. Regarding the administrator, in view of recent legislation, Cade recognizes the necessity of fault, even for violations committed before the present Law, due to the application of the most beneficial law. Nevertheless, the issue regarding the factors that indicates the administrator's fault does not seem to be undisputed, as can be seen from the judgment of the Administrative Proceeding 08012.011027/2006-02.

KEYWORDS: Fault – Intentional misconduct – Management – Competitive infringement.

SUMARIO: A) Breve relatório do caso: 1. Síntese da Decisão do Tribunal do Cade – B) Comentários.

A) BREVE RELATÓRIO DO CASO

O Processo Administrativo¹ foi instaurado para apurar a prática de troca de informações comercialmente sensíveis e fixação conjunta de valores, datas de implementação e reajuste do adicional de combustível no período de julho de 2003 a outubro de 2005.² A conduta teria sido praticada pelas seguintes empresas que prestam serviços de transporte aéreo de cargas: Deutsche Lufthansa AG, Lufthansa Cargo AG, Swiss International Airlines, American Airlines, Inc., KLM – Companhia Real Holandesa de Aviação, Societé Air France, ABSA Aerolíneas Brasileiras S.A., Varig Logística S.A. – Varig Log, Alitalia Linee Aeree Italiane S.P.A., United Airlines Inc. Além dessas empresas, também figuram como representadas 15 pessoas físicas, executivos das empresas representadas.

As investigações tiveram início com denúncia apresentada por meio de acordo de leniência firmado entre a Secretaria de Direito Econômico – SDE (propriamente, a União) e o Grupo Lufthansa e alguns de seus executivos. Também assinaram o acordo o Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado de São Paulo. Foi destacado nos autos a existência de investigação em outras jurisdições, incluindo alguns dos representados, e acordos firmados com diversas autoridades estrangeiras em razão de semelhante conduta praticada em outros países – vide ao final do voto do Conselheiro relator uma tabela com relação das investigações, acordos, contribuições e multas referentes a cada uma das empresas do setor investigadas por semelhante conduta no mundo todo (f. dos autos).

Em 23.01.2007 foram cumpridos mandados de busca e apreensão nos escritórios das empresas Air France/KLM, American Airlines e Variglog. Os documentos apreendidos complementaram as provas apresentadas pelos beneficiários do acordo de leniência. Os principais documentos destacados pelo Cade como evidência da conduta são emails (trocados entre funcionários de uma mesma empresa ou entre concorrentes).

1. A íntegra do Procedimento Administrativo n. 08012.011027/2006-02 está disponível em: [www.cade.gov.br/temp/D_D000000763631731.pdf].

2. A controvérsia acerca da constitucionalidade de tal dispositivo legal se relaciona ao disposto no art. 173, § 4.º, da CF, o qual dispõe: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. A tese da inconstitucionalidade se fundamenta na alegação de que a expressão “que vise à” indica a necessidade de dolo, ou seja, a intenção de produzir o resultado ilícito (eliminação da concorrência ou aumento arbitrário dos lucros).

Após instrução do feito, a SDE emitiu parecer opinando pela não punição dos beneficiários do acordo de leniência e condenação de todos os demais representados.

Os autos foram então encaminhados ao Cade, em janeiro de 2010. Em 22 de janeiro do mesmo ano os Representados ABSA e três de seus executivos – Javier, Hernan e Norberto – apresentaram requerimento para celebração de Termo de Cessação de Conduta – TCC. Tanto a Procuradoria do Cade quanto o Ministério Público Federal se manifestaram pela rejeição da proposta em razão do baixo valor da contribuição pecuniária oferecida. Em 07.07.2010 o Cade julgou o requerimento, rejeitando a proposta.

Em novembro de 2012 foram propostos TCC por Air France, KLM e dois de seus executivos – Paulo, da Air France e Renata, da KLM. Por meio do TCC esses representados assumiram que efetivamente houve trocas de informações ilícitas entre concorrentes no Brasil com o objetivo de repassar determinado valor do adicional de combustível aos preços na data acordada. Eles também concordaram em efetuar contribuição pecuniária ao Fundo de Direitos Difusos no valor total de R\$ 13.806.475,18. O valor foi considerado adequado pelo Tribunal do Cade, que homologou a proposta de TCC em 20.02.2013.

A Procuradoria do Cade e o Ministério Público Federal, à semelhança da SDE, opinaram pela condenação de todos os representados (com exceção dos beneficiários do acordo de leniência, aos quais deveriam ser concedidos os benefícios decorrentes de tal acordo).

O processo foi então julgado pelo Tribunal do Cade na sessão de julgamento realizada em 28 de agosto do corrente ano de 2013. A decisão do Cade, cuja síntese é transcrita a seguir, foi unânime, nos termos do voto do Conselheiro relator Ricardo Ruiz, com exceção da decisão sobre a condenação de executivo da ABSA, o Sr. Norberto Maria Jochmann.

Em voto divergente, a Conselheira Ana Frazão votou pelo arquivamento do processo em relação a ele por entender não ter sido comprovada sua culpa – requisito indispensável para responsabilização de administradores por infração à ordem econômica. A questão ressaltada pela Conselheira Ana Frazão, que proferiu voto vogal para tratar tão somente desse assunto (embora outras questões tenham sido mencionadas durante a sessão de julgamento), merece ser destacada em vista do novo dispositivo legal que exige a comprovação de culpa ou dolo para caracterização de infração concorrencial por administradores.

Proferiu voto sobre esse assunto também o Conselheiro Alessandro Serafin Octaviani Luis, que entendeu estar configurada a culpa do representado em questão, acompanhando, portanto, o voto do relator.

Também merece destaque o critério utilizado para aplicação de multa para pessoas físicas estabelecido no voto do Conselheiro relator, em relação ao qual não houve divergência, tampouco comentários ou debates durante a sessão de julgamento.

Todos os três votos proferidos no caso serão apresentados a seguir. Considerando que o voto do Conselheiro relator é extenso (possui 205 páginas) serão transcritos apenas alguns trechos. O voto do Conselheiro Alessandro Serafin Octaviani Luis também será apresentado de forma resumida. Em ambos os casos serão selecionados os trechos relevantes para compreensão da controvérsia acerca da configuração da culpa de administradores no caso ora em comento.

1. SÍNTESE DA DECISÃO DO TRIBUNAL DO CADE

O Plenário, por unanimidade, determinou o arquivamento do presente processo em relação à United Airlines Inc. e a Luiz Fernando Costa. Com relação aos beneficiários da leniência, Deutsche Lufthansa AG, Lufthansa Cargo AG, Swiss International Airlines, Cleverton Holtz Vighy, Vítor de Siqueira Manhães, Eduardo Nascimento Faria, Aluísio Damião da Silva Corrêa e Fernando Amaral, determinou, por unanimidade, a aplicação de todos os benefícios previstos no acordo de leniência, e decretou a extinção da ação punitiva da Administração Pública nos termos da lei. Determinou, ainda, por unanimidade, o afastamento das preliminares suscitadas e a condenação dos representados American Airlines, Inc., ABSA Aerolíneas Brasileiras S.A., Varig Logística S.A. – Varig Log, Alitalia Linee Aeree Italiane S.P.A., Dener José de Souza, Javier Felipe Meyer de Pablo, Hernán Arturo Merino Figueroa, José Roberto da Costa, Margareth de Almeida Faria, e Marcelo Del Padre, por crime contra a ordem econômica nos termos do art. 20, I e art. 21, I e II, da Lei 8.884/1994, com a aplicação das seguintes multas: American Airlines, Inc., no valor de R\$ 25.770.589,61; ABSA Aerolíneas Brasileiras S.A. no valor de R\$ 113.774.512,19; Varig Logística S.A. – Varig Log, no valor de R\$ 144.950.064,20; Alitalia Linee Aeree Italiane S.P.A., no valor de R\$ 3.974.204,02; Dener José de Souza, no valor de R\$ 74.487,00; Javier Felipe Meyer de Pablo, no valor de R\$ 1.137.745,12; Hernán Arturo Merino Figueroa, no valor de R\$ 1.137.745,12; José Roberto da Costa, no valor de R\$ 74.487,00; Margareth de Almeida Faria, no valor de R\$ 74.487,00; Marcelo Del Padre, no valor de R\$ 74.487,00; e demais penalidades definidas no voto do Conselheiro relator. O Plenário, por maioria, afastou as preliminares e determinou a condenação de Norberto Maria Jochmann, com aplicação de multa no valor de R\$ 2.275.490,24, e demais penalidades previstas, nos termos do voto do Conselheiro relator; vencida a Conselheira Ana Frazão que votou pelo arquivamento do processo em relação a este representado. Em relação a Paulo

Jofily de Monteiro Lima, Renata de Souza Branco, KLM – Companhia Real Holandesa de Aviação e Societé Air France, determinou, por unanimidade, a não aplicação de multa pecuniária uma vez que o processo administrativo está suspenso em virtude do Termo de Compromisso de Cessação pactuado, atualmente sob acompanhamento no Cade. O Plenário do Cade fixou o prazo de 60 dias para a comprovação do cumprimento da decisão do Cade, a contar de sua publicação, nos termos do voto do Conselheiro relator.

B) COMENTÁRIOS

Os votos proferidos sobre o caso ora em comento contêm diversas questões relevantes acerca do entendimento do Cade sobre alguns pontos usualmente debatidos acerca da interpretação da legislação de concorrência. Restringiremo-nos, contudo, a comentar o debate travado a partir de questionamento da Conselheira Ana Frazão acerca da comprovação do envolvimento do diretor-presidente da ABSA, o Sr. Norberto, no cartel.

Conforme manifestado no primeiro parágrafo do voto-vogal proferido, a Conselheira Ana Frazão entendeu que não haveria nenhum indício “minimamente consistente para justificar a condenação”. Destacou que, por expressa determinação legal, a condenação de administradores de pessoas jurídicas exige a culpa para lastrear a condenação (aplicando-se a Lei 12.529/2011, por ser mais benéfica, conforme entendimento do Cade).

Do que se depreende de seu voto e do manifestado durante a sessão de julgamento, a Conselheira demonstrou não estar especialmente preocupada com a definição do que configuraria “culpa”, mas sim com a necessidade de identificação de um conjunto probatório robusto para sustentar a condenação do representado em questão. Diga-se, a previsão legal de configuração da culpa para condenação de administradores de pessoas físicas, aparentemente, estaria sendo aplicada no sentido de impor uma obrigação ao Cade de ser mais rigoroso na valoração das provas que fundamentariam a condenação de pessoa física por infração concorrencial.

O Conselheiro Alessandro Octaviani, entendendo que o cerne do questionamento da Conselheira seria, basicamente, a questão da culpa, teceu comentários sobre como a legislação poderia ser interpretada e sobre o que poderia configurar a culpa. Do que se pode verificar pelo manifestado durante a sessão de julgamento,³ o Conselheiro entendeu que se poderia identificar, em relação

3. Áudio da sessão disponível em: [www.cade.gov.br/gravacoes/audio/2013/julg-27.mp3].

ao Sr. Norberto, a *culpa in omittendo*, *culpa in eligendo* e *culpa in custodiendo*. A primeira decorreria da omissão, como administrador, em relação aos fatos praticados por funcionários posicionados hierarquicamente abaixo dele – no caso, praticado pelos diretores; a segunda decorreria da escolha de tais administradores – que praticaram o ato ilícito; e a terceira por custodiar o que estaria acontecendo “abaixo de si”.⁴

Em relação a tais ponderações, a Conselheira Ana Frazão manifestou entendimento que elas seriam restritas ao âmbito de responsabilidade civil, não sendo aplicáveis em processo administrativo sancionador. Entenderia que, aplicando tal raciocínio, haveria o risco de se condenar pessoas físicas por responsabilidade objetiva, ou seja, pelo simples fato de ser presidente ou diretor de uma empresa.

Na verdade, parece ser o cerne da questão levantada pela Conselheira Ana Frazão o fato de que o Sr. Norberto não poderia ser condenado apenas por exercer cargo de diretor-presidente e ter sido copiado em alguns emails, ou seja, ter tido participação passiva. A comprovação da culpa, que se daria pela comprovação de que ele esteve efetivamente ciente da participação dos diretores da empresa em cartel e que anuiu com tal participação e com a implementação do acordo firmado com concorrentes na empresa, seria, portanto, absolutamente necessária.

É relevante ressaltar que, da análise dos votos e, especialmente das manifestações dos Conselheiros durante a sessão de julgamento, parece-nos que a discussão não envolveu apenas a opinião acerca do que seria suficiente para configurar o cometimento de infração concorrencial. Parece-nos que a valoração das provas apresentadas nos autos foi realizada de forma um pouco diferente por alguns conselheiros. Por tal razão, entendemos necessário apresentar não apenas a opinião dos conselheiros que se manifestaram sobre a questão, mas também as razões principais que fundamentaram seus votos.

A Conselheira Ana Frazão manifesta entendimento de que não há nos autos indícios da participação no cartel em relação ao Sr. Norberto, ao contrário do que ocorreria com todas as demais pessoas físicas condenadas pelo Cade nesse caso. Entende que as razões expostas nos voto do Conselheiro relator deixariam claro que o Sr. Norberto somente teria sido copiado em emails em um momento em que as tratativas seriam lícitas por parte da ABSA. Cita trecho

4. Vide no voto-vogal proferido pelo Conselheiro Alessandro Octavini mais detalhes sobre os fundamentos considerados para condenação do Sr. Norberto – especialmente §§ 41 e ss.

do parágrafo 470 daquele voto, onde consta que “Considerando todo o email, embora seja provável que Norberto ABSA tenha tido conhecimento da ação concertada, verifica-se que após 10 dias ele não havia informado sua estratégia comercial, sendo que o próprio Fernando Fetter admitiu ter dúvidas sobre a concordância da ABSA” –⁵ o que demonstraria que, embora pudesse estar ciente de algo ilícito, não foi comprovado seu envolvimento.

Destaca também o fato de que o Sr. Norberto não foi indicado pelos próprios beneficiários do acordo de leniência como contatos do cartel na ABSA (vide parágrafo 482 do voto do Conselheiro relator).

E quanto à outra prova existente contra ele, uma anotação encontrada na agenda de secretária da VarigLog com os dizeres “Norberto da ABSA – Aplicabilidade adicional de combustível”, entende que é uma informação muito genérica, além de não ser agenda pessoal do representado, mas de terceiro (o que reduziria seu valor probatório contra o Sr. Norberto, pelo que podemos deduzir).

Mencionando ainda o voto do Conselheiro relator, a Conselheira destaca sua preocupação de que o disposto no parágrafo 481 daquele voto indicasse que o Cade estaria condenando o Sr. Norberto por *dedução* de que ele necessariamente sabia de todos os fatos. Ou seja, a decisão não se fundamentaria em *prova* de seu envolvimento, mas em suposição de envolvimento em razão do cargo que exercia.

Vide o constante no mencionado parágrafo 481: “Além disso, foi apreendida a anotação, de 02.09.2005,⁶ na agenda da Secretária da Presidência e da Diretoria da VarigLog, Michele Mary J. Souza, escrito como recados: ‘Norberto da ABSA – Aplicabilidade adicional de combustível’. *A princípio, essa anotação não seria prova suficiente de um ilícito, mas dado o contexto no qual a ABSA se inseriu a partir de pelo menos agosto de 2005,*⁷ Norberto ABSA necessariamente sabia de

-
5. Não se pode esquecer que o próprio Norberto ABSA encaminhou estudo sobre o impacto do adicional do combustível para a JURCAJB e este mesmo estudo foi encaminhado às demais empresas como exemplo ou modelo a ser seguido por outros. Assim é inconcebível ponderar que Norberto ABSA, Sócio-Presidente da ABSA, estava a quem das estratégias comerciais da empresa e que não se comunicava e/ou estava ciente das ações concertadas da sua empresa com os demais concorrentes.
 6. Este foi apenas uma anotação destaca (*sic*). Penso que as várias anotações dos compromissos na referida agenda para contatar Norberto ABSA, o que demonstra, em seu conjunto, que Norberto ABSA frequentemente conversava com os seus concorrentes.
 7. Pelo que não dizer também outros períodos da conduta, conforme destacado neste voto.

todos os fatos e, como Presidente da empresa, respondia por ela. Não se tratou, pois, de ações dos diretores realizadas à revelia do presidente"⁸ (destacou-se).

A Conselheira faz ainda referência à situação da United Airlines, por entender haver alguma relação com a do Sr. Norberto. Os beneficiários do acordo de leniência indicaram que a United Airlines teria participado do cartel, mas o Conselheiro relator considerou não haver evidência de seu envolvimento porque ela somente teria recebido email de concorrentes, ou seja, participado de forma passiva. Interessante observar que em seu parecer, a SDE opinou pela condenação da empresa e de seu executivo, Luiz Fernando Costa, não por terem participado ativamente do cartel, mas pela omissão em não denunciar a conduta, já que cientes dela. Consta do parecer que "é responsável pela prática ilícita não só aquele que atua de forma comissiva, mas também o que atua de forma omissiva, contribuindo para a clandestinidade do delito. Por essa mesma razão, considera-se também demonstrada a participação da United Airlines na conduta investigada, ainda que de forma ocasional e omissiva".⁹

De toda forma, o Cade decidiu, nos termos do voto do Conselheiro relator, pelo arquivamento do processo em relação à United Airlines e Luiz Fernando Costa.

Como destacado pela Conselheira, no seu entendimento o Sr. Norberto estaria sendo considerado culpado apenas por ter sido copiado em emails (assim como a United Airlines e seu executivo), e, inclusive, copiado em emails apenas "no primeiro momento da conduta, quando o próprio relator considera que a troca de informações existente era lícita".¹⁰ De fato, a análise do voto do Conselheiro relator sobre as provas de participação das representadas parece dar suporte a tal alegação (vide parágrafos 384 a 435 e 467 a 484 do voto).

E ainda mais relevante, no caso do Sr. Norberto, nem os próprios beneficiários do acordo de leniência o indicaram como participante do cartel.

Finalmente, acerca da manifestação da Conselheira, destacamos a observação de que a situação do Sr. Norberto a teria impressionado ainda mais pelo

8. Não só a anotação citada, mas também o envio de fax sob (*sic*) o comunicado do aumento do adicional pelo DAC, o estudo comparativo dos preços formulado pela ABSA (de 02.03.2005), histórico da conduta (f. dos autos) entre outros, comprovam que de fato havia comunicação e tentativas de alinhamento entre as empresas e com envolvimento de Norberto ABSA, Hernan ABSA e Javier ABSA.

9. Trecho transcrito à f. dos autos (voto do Conselheiro relator Ricardo Ruiz).

10. Parágrafo 3.º do voto-vogal da Conselheira Ana Frazão, f. dos autos.

fato de a multa a ser aplicada a ele, segundo voto do Conselheiro relator, ser a maior entre todos os representados.¹¹

Respondendo ao questionamento da Conselheira acerca do fundamento para condenação do Sr. Norberto e da multa a ele aplicada, o Conselheiro relator, Ricardo Ruiz, destacou especialmente a estrutura e hierarquia entre os representados funcionários da ABSA.

O critério para aplicação da multa às pessoas naturais é um item relevante que também merece destaque. Estiveram envolvidos no cartel funcionários que ocupavam três diferentes níveis na hierarquia da empresa: cargo de gerência, cargo de diretor, e cargo de Presidente, ou diretor-presidente. Entendeu o Conselheiro relator que seria necessário diferenciar os funcionários que exerciam cargos de administradores, aos quais seria aplicada multa no valor de 1% a 20% daquela aplicada à empresa (art. 37, III, da Lei 12.529/2011), dos funcionários que não exerciam cargo de administrador, aos quais seria aplicada multa no valor de 6.000 a 6.000.000 de UFIRs (art. 23 da Lei 8.884/1994, por ser mais benéfica).

Para distinguir as pessoas físicas que deveriam ser enquadradas como administrador seria avaliado o tipo de cargo ocupado. No caso de ter cunho estratégico e decisório na empresa a pessoa deveria ser enquadrada como administrador. Se, ao contrário, o cargo estiver vinculado à limitada capacidade decisória, tanto no cartel quanto internamente em cada empresa envolvida, seria enquadrada como não administrador. Considerou-se estarem enquadrados no primeiro caso os presidentes e cargos de diretoria e no segundo os cargos de gerentes.

É relevante ressaltar que tal enquadramento foi feito de forma abstrata, ou seja, sem considerar especificamente a função exercida por cada representado pessoa física na empresa e no cartel. Não foi ponderado que, em determinada situação, uma pessoa poderia ocupar cargo de diretor e ter limitada capacidade decisória. Ou ocupar o cargo de gerente, mas ter significativa capacidade decisória.

Destaca-se o fato de que em todas as empresas condenadas, com exceção da ABSA, as pessoas físicas envolvidas exerciam o cargo de gerência. Nessas outras empresas a diretoria estaria localizada no exterior e, embora os gerentes localizados no Brasil é quem tivessem se articulado com concorrentes e implementado a política, considerou-se que o poder decisório, que a articulação da

11. Em relação ao critério de aplicação de multa, vide §§ 525 a 529 do voto do Conselheiro relator Ricardo Ruiz.

estratégia, ocorria no exterior. De toda forma, nenhum dos diretores das empresas que não a ABSA foram incluídos como representados no processo. Não houve nem mesmo a identificação de quem seriam tais diretores.

O fato de a ABSA ter sua estrutura no Brasil, ter o centro decisório no país – diga-se, os diretores e o diretor-presidente estarem próximos – parece ter sido uma das razões pelas quais o Conselheiro relator considerou ter havido de fato o envolvimento, ou ao menos o conhecimento e anuência do Sr. Norberto, diretor-presidente da ABSA, da participação da empresa no cartel.

Considerou o Conselheiro relator que o Sr. Norberto tinha poder decisório e poderia ter falado “não” para aquele tipo de participação na conduta ilícita, mas não teria dito o “não”. Ou seja, não haveria provas nos autos (ao contrário do que seria o caso da United Airlines, no seu entender) de que o Sr. Norberto tenha se oposto à participação dos diretores da ABSA no cartel. Obviamente esse entendimento parte do pressuposto de que o Sr. Norberto, necessariamente, tinha ciência da participação de tais diretores no cartel e, portanto, já em princípio diverge do entendimento da Conselheira Ana Frazão.

E com base no cargo ocupado pelos representados funcionários da ABSA todos foram considerados administradores para o fim de estabelecimento de multa. Aos dois funcionários que exerciam o cargo de diretores foi estabelecida a multa mínima, de 1% do valor aplicado à empresa (o que representou o valor de R\$ 1.141.339,18), e ao diretor-presidente, o Sr. Norberto, multa de 2% do valor aplicado à empresa (o que representou o valor de R\$ 2.282.678,37). Ressalta-se que a multa foi estabelecida como de responsabilidade pessoal e exclusiva dos representados, tendo em vista a posição de diretor-presidente e sócio da empresa, para o Sr. Norberto, e a posição de diretor da empresa (administrador) para os representados diretores da ABSA.

Segundo explicação apresentada durante a sessão de julgamento, a multa do diretor-presidente foi superior tão somente por uma questão hierárquica. Ou seja, por ocupar cargo hierarquicamente superior, a multa foi superior aos que ocupavam o cargo de diretores. As demais pessoas físicas foram condenadas com multa segundo critério aplicável a pessoas físicas não administradores (no valor de R\$ 70.000,00).

Concluindo a resposta ao questionamento apresentado pela Conselheira Ana Frazão, o Conselheiro relator Ricardo Ruiz confirma que as provas existentes contra o Sr. Norberto seriam emails nos quais foi copiado (mencionados pela Conselheira Ana Frazão como relativos a um período em que se teria reconhecido o não envolvimento da ABSA no cartel, tal como referido pelo próprio Conselheiro relator em seu voto, nos parágrafos 470) e a anotação na

agenda de secretária da VarigLog. E ainda, informa que sua decisão incorpora entendimento de que, como diretor-presidente, ele negociava com o diretor da empresa, que era quem participava ativamente do cartel.¹²

Ao final dos debates havidos durante a sessão de julgamento a Conselheira Ana Frazão votou pelo arquivamento em relação ao Sr. Norberto.

Antes de proferir o seu voto e concluir o julgamento, o Conselheiro Presidente Vinicius Marques de Carvalho manifestou opinião de que a situação do Sr. Norberto seria diferente da United Airlines. Expressou que, conforme informado pelo Conselheiro relator Ricardo Ruiz, haveria prova de que a United Airlines não teria participado do cartel (emails de concorrentes mencionando esforços para incluí-la no cartel) embora fosse copiada em emails enviados por integrantes do cartel. Já em relação ao Sr. Norberto não teria provas de que ele não participou do cartel.

A manifestação do Conselheiro Presidente deixa clara que sua compreensão dos fatos, em vista do exposto pelo Conselheiro relator, era a de que o Sr. Norberto recebia emails constantemente de seus diretores, emails esses que falavam de uma conduta ilícita. Esclarece, pois, que o Sr. Norberto estava sendo condenado por ter participado do cartel, porque como Presidente da empresa ele era copiado em alguns emails que discutiam questões relacionadas ao cartel. Afirma então que “se isso for verdade” ele se sentiria confortável para condenar.

Parece-nos que o Conselheiro Presidente quis deixar claro que o Sr. Norberto não estava sendo condenado por presunção de que, por ocupar o cargo de diretor-presidente, ele estava ciente da participação dos diretores da empresa no cartel. Mas sim por haver provas materiais de seu conhecimento sobre as ações praticadas pelos diretores diretamente envolvidos no cartel.

Embora nenhum Conselheiro tenha se manifestado acerca das observações apresentadas pelo Conselheiro Presidente, parece-nos que pode ter havido mal entendido em relação a em quais emails o Sr. Norberto foi copiado. Segundo consta nos autos, ele teria sido copiado em dois emails, enviados por concorrentes (ocasião em que não ficou comprovado o envolvimento da ABSA no cartel – ao contrário, há indícios de que o Sr. Norberto não se envolveu com concorrentes naquela ocasião). Mas não há nos autos indicação de que o Sr. Norberto teria sido copiado em emails de seus diretores, emails nos quais houvesse referência à participação no cartel.

12. No voto proferido pelo Conselheiro relator há indicação de alguns outros fatos considerados como evidência do envolvimento do Sr. Norberto, embora com menor destaque – constam em notas de rodapé, por exemplo (vide notas de rodapé n. 130 e 134).

Ao concluir os comentários sobre a decisão destacada, deixamos claro que nossa intenção não é emitir juízo de valor sobre a culpabilidade do Sr. Norberto. Pretendemos tão somente trazer à baila a relevante discussão acerca da necessidade de comprovação da culpa de administradores para condenação por infração à ordem econômica e também acerca do que configura a participação em ilícito concorrencial.

Independente de como se defina ou caracterize a “culpa” indicada no art. 37, III, da Lei 12.529/2011, parece-nos adequado considerar, conforme manifestado pela Conselheira Ana Frazão, que o Cade deve, em vista da novidade incluída na lei, ter um cuidado maior em relação à condenação das pessoas físicas. Um conjunto probatório robusto, que comprove efetivamente a participação, envolvimento ou anuência da pessoa física na infração concorrencial, ao contrário da responsabilização objetiva ou da presunção de envolvimento em ato ilícito, em razão de cargo exercido, por exemplo, deve ser o mandamento para condenação de pessoas físicas.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A responsabilidade da Lei de Prevenção e Repressão às Infrações contra a Ordem Econômica, de Luiz Fabião Guasque – *RT* 717/506; e
- Repressão às infrações contra a ordem econômica, de Celso Ribeiro Bastos – *RDCI* 16/20.