

Guia

Dosimetria de multas de cartel

Versão preliminar



Ministério da Justiça

Conselho Administrativo de Defesa Econômica

MANUUTA

Guia Dosimetria de Multas de cartel

Conselho Administrativo de Defesa Econômica

SEPN 515 Conjunto D, Lote 4, Ed. Carlos Taurisano

Cep: 70770-504 – Brasília/DF

www.cade.gov.br

Institucional

Presidente da República

Jair Messias Bolsonaro

Ministro da Justiça e Segurança Pública

André Luiz de Almeida Mendonça

Presidente do Cade

Alexandre Barreto de Souza

Conselheiros do Cade

Lenisa Rodrigues Prado

Luis Henrique Bertolino Braidó

Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann

Mauricio Oscar Bandeira Maia

Paula Farani de Azevedo Silveira

Sérgio Costa Ravagnani

Superintendente-Geral do Cade

Alexandre Cordeiro Macedo

Procurador-Chefe do Cade

Walter de Agra Junior

Economista-Chefe

Guilherme Mendes Resende

Ficha Técnica

Coordenação:

Alexandre Barreto de Souza
Alexandre Cordeiro Macedo
Guilherme Mendes Resende

Revisão:

Guilherme Mendes Resende
Lílian Santos Marques Severino

Colaboradores Internos:

Ana Luiza Lima Mahon
Daniel Silva Boson
Diogo Thomson de Andrade
Guilherme Mendes Resende
Lílian Santos Marques Severino
Patrícia A. Morita Sakowski

Colaboradores Externos:

Luiza Kharmandayan

Edição e Planejamento Gráfico:

Assessoria de Comunicação Social do Cade

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	DA MULTA	12
2.1	Das previsões legais	12
2.1.1	Do cálculo da multa para Empresas	13
2.1.1.1	Base de cálculo	13
2.1.1.1.1	Regra geral	13
2.1.1.1.2	Parametrização para fins de proporcionalidade	14
2.1.1.1.2.1	Parametrização com relação ao ano base de faturamento	14
2.1.1.1.2.2	Parametrização com relação ao faturamento em território nacional/dimensão geográfica afetada.....	16
2.1.1.1.3	Atualização da base de cálculo.....	18
2.1.1.2	Alíquota de referência.....	20
2.1.1.3	Ajuste da alíquota com base na duração da conduta	21
2.1.1.4	Ajuste da alíquota com base em atenuantes e agravantes	21
2.1.1.5	Verificação de limites legais	25
2.1.1.6	Reincidência	26
2.1.2	Do cálculo da multa para Pessoas Jurídicas que não exercem Atividade Empresarial .	26
2.1.3	Do cálculo da multa para Pessoas Físicas (PFs).....	26
2.1.3.1	Base de cálculo	26
2.1.3.2	Regra geral	26
2.1.3.3	Alíquota	27
2.1.3.3.1	Ajuste por grau de participação no cartel.....	27
2.1.3.4	Verificação dos limites legais	28
2.1.4	Infrações cometidas sob a vigência da Lei 8.884/1994.....	28
2.1.4.1	Verificação de limites legais	29
3	DAS PENAS ALTERNATIVAS	30
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS	32
	REFERÊNCIAS	33

APRESENTAÇÃO

A Lei nº 12.529/2011 estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), estabelecendo regras para a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. Os artigos 31 a 33 da referida Lei indicam que pessoas físicas e jurídicas, de direito público ou privado, bem como associações estão sujeitas a serem responsabilizadas por infrações desse tipo.

Em linha com as recomendações da OCDE e com o objetivo de dar maior transparência às suas ações e decisões, nos últimos anos o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) tem publicado diversos Guias, tais como o Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal (CADE, 2016a), o Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel (CADE, 2016b) e o Guia de Remédios Antitruste (CADE, 2018). O presente Guia de Dosimetria de Multas de Cartel apresenta a metodologia que vem sendo utilizada nas condenações do Tribunal Administrativo do Cade, consolidada por meio de detalhada análise da jurisprudência das multas aplicadas pelo órgão de janeiro de 2012 a julho de 2019. Esta publicação possibilita que os Representados e toda a sociedade entendam melhor como são estabelecidas as sanções impostas em condenações de cartel pela autoridade antitruste brasileira.

Nesse contexto, é importante lembrar que a autoridade de defesa da concorrência deve ter como princípios a transparência e a proporcionalidade na definição de suas multas, garantindo, dessa forma, a segurança jurídica em suas decisões. Para tanto, a autoridade deve ser clara no processo de análise das condutas anticompetitivas, viabilizando o acesso a documentos públicos, sempre que possível, para a sociedade. Além disso, a transparência também deve estar presente na determinação do tipo de penalidade a ser aplicada. No caso de aplicação de multas, é importante que se tenha clareza quanto aos critérios utilizados, especialmente base de cálculo e alíquotas. Ademais, as multas devem ser proporcionais no sentido de impor ações dissuasórias necessárias, adequadas e suficientes para retirar os incentivos aos agentes econômicos, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, de participarem da conduta anticompetitiva analisada. As autoridades devem sopesar ainda as circunstâncias agravantes e atenuantes no cálculo da penalidade, com vistas a alcançar os elementos de adequação da pena à conduta específica, respeitando o princípio da igualdade em sentido estrito. Outro quesito importante a ser considerado, nesse sentido, é a duração da conduta, a

qual está diretamente relacionada com a gravidade da infração, visto que condutas com maior duração devem ser penalizadas de forma mais severa do que aquelas semelhantes, mas que tiveram menor duração.

Salienta-se que as proposições do presente Guia são compatíveis com as diretrizes do Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel (CADE, 2016b). Este Guia inclusive contribui para os procedimentos de cálculo da contribuição pecuniária em casos de TCC, visto que nos termos dos artigos 85, §1º, III da Lei nº 12.529/2011 e 224, caput, do RICade, a contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos deve ser “estabelecida com base no valor da **multa esperada**, sob o qual incide uma redução percentual que varia conforme a amplitude e utilidade da colaboração do compromissário com a instrução processual e o momento da propositura do TCC, de acordo com artigo 187, incisos I, II, III e artigo 188 do RICade” (CADE, 2016b, grifo nosso).

Destaca-se que este documento não é vinculativo e que não possui caráter de norma (ou seja, não altera dispositivos do Regimento Interno do Cade - RICade). As práticas e procedimentos aqui descritos podem ser alterados a juízo de conveniência e oportunidade do Cade, a depender das circunstâncias do caso concreto.

O Guia está estruturado em quatro seções. Na primeira seção (Introdução), apresentam-se de maneira resumida alguns pontos que serão detalhados ao longo deste Guia. Na segunda seção (Da Multa), são desenvolvidas as etapas para o cálculo das multas aplicadas a Pessoas Jurídicas (PJs), com faturamento, essencialmente empresas, e sem faturamento, como associações e sindicatos, e Pessoas Físicas (PFs). Cumpre ressaltar que, ao definir penalidades, a autoridade deve observar os critérios legais, a individualização das condutas e uma série de outros fatores que podem afetar a dosimetria das multas. Na terceira seção tem-se as penas alternativas, seguida pela seção com as considerações finais do documento.

1 INTRODUÇÃO

O Cade tem considerado como base de cálculo do valor da multa, primordialmente, o faturamento bruto no ramo de atividade ou uma adaptação desse ramo (também chamado de mercado afetado ou sub-ramo de atividade) em que ocorreu a infração, no ano anterior à instauração do Processo Administrativo no Cade. Quando não é possível obter esse valor, a autoridade busca, por meio de critérios de proporcionalidade e adequação à conduta, estabelecer critérios alternativos de aferição de faturamento que correspondam mais proximamente ao mercado atingido pelo arranjo competitivo. O termo “mercado afetado” será utilizado neste guia como parâmetro para a base de cálculo, podendo corresponder ou não ao ramo de atividade, a depender das especificidades do caso concreto.

O mercado afetado é aquele alvo da conduta, podendo ter havido impacto efetivo ou apenas potencial. O mercado afetado pode ser menor do que o ramo de atividade tanto na dimensão produto quanto na dimensão geográfica. Para exemplificar, uma empresa pode ter feito cartel em apenas um mercado incluído em determinado ramo de atividade, ou pode ter empreendido a conduta em apenas uma Unidade da Federação (UF), embora tenha atuação nacional. Assim, uma multa abarcando o faturamento em mercados não relacionados à conduta na dimensão produto, ou incluindo lugares onde a empresa atua, mas que não houve conduta, poderia gerar uma penalidade desproporcional.

Por outro lado, é igualmente importante levar em consideração a duração da conduta do Representado na determinação da alíquota da multa, visto que esse quesito impacta de forma direta a gravidade da infração, bem como os efeitos negativos produzidos no mercado. 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, uma vez que a lei somente considera um ano de faturamento para aferição da base de cálculo, mas, comumente, a conduta permanece por mais do que este período. Assim, a combinação do valor do faturamento bruto no mercado afetado com a consideração do tempo de atuação na conduta resulta em um bom método de cálculo da multa a ser aplicada, o que está alinhado às melhores práticas internacionais.

Após a Lei nº 12.529/2011 ter estipulado os limites das multas aplicadas com base no valor do faturamento bruto no ramo de atividade da infração, o Cade entendeu ser pertinente

disciplinar a matéria. Isso foi feito por meio da Resolução nº 3/2012, na qual tem-se a definição de 144 ramos de atividade empresarial (CADE, 2012b). Vale ressaltar que, até a edição da Lei nº 12.529/2011 o conceito de ramo de atividade não era utilizado pela técnica mais consolidada da economia e do direito da concorrência. Assim, tal inovação legislativa pressupõe um conceito, *a priori*, indeterminado, que, portanto, deve ser conceituado por meio de interpretação. Nessa linha é que, quando da entrada em vigência da Lei, o Cade procurou dar alguma concretude ao conceito, elaborando a Resolução nº 3/2012. Porém, o que se observa é que os ramos de atividade ali previstos são bastante amplos e exemplificativos, e utilizá-los como base de cálculo para multa, em alguns casos, pode resultar em penalidades desproporcionais à gravidade dos fatos e à abrangência da conduta. Não raro, ainda, determinadas condutas não se enquadrariam em nenhum dos 144 ramos ou se enquadrariam em mais de um deles. Por isso, como será discutido na próxima seção, a jurisprudência evoluiu para a inclusão do art. 2-A na referida resolução, que permite que o ramo de atividade seja adaptado, de modo a refletir um sub-ramo ou o mercado afetado pela conduta anticompetitiva e conferir maior proporcionalidade e precisão à multa aplicada. No art. 2-A da Resolução nº 3/2012, tem-se que:

Art. 2-A. O Cade poderá, mediante decisão fundamentada, adaptar o ramo de atividade às especificidades da conduta quando as dimensões indicadas no art. 1º forem manifestamente desproporcionais. (Redação dada pela Resolução nº 18, de 23 de novembro de 2016) (CADE, 2012b).

Enquanto o conceito de ramo de atividade pode indicar algo mais abrangente, o de mercado afetado (que não se confunde com o de mercado relevante) é mais específico, sob a perspectiva geográfica e de produto/serviço. Por exemplo, segundo a Resolução nº 3/2012, o ramo 73 corresponde à “[f]abricação de peças e acessórios para veículos automotores (autopeças)”. Supondo-se que seja identificada uma infração envolvendo a fabricação da autopeça X no Estado de São Paulo, embora o ramo de atividade continue sendo o 73, o mercado afetado passa a ser apenas o faturamento bruto obtido com a peça X no Estado de São Paulo. A verdade é que, em se tratando de condutas colusivas e, principalmente, das formas clássicas de cartel, a ideia de mercado afetado é quase que inerente, dado que a conduta se perfaz por um acordo que tem um objeto, sendo este objeto o mercado afetado por ela.

Recomenda-se que a multa tenha como base o valor do faturamento bruto no mercado afetado pela conduta, nos casos em que o ramo de atividade for claramente desproporcional e desarrazoado. Desta forma, entende-se por ramo de atividade um dos 144 ramos apresentados pela Resolução nº 3/2012 e mercado afetado uma adaptação dos ramos conforme o art. 2-A da mesma resolução.

Para tornar o entendimento claro, ao final desta seção, apresentam-se alguns exemplos de casos julgados pelo Cade nos quais se utilizou como base o faturamento no mercado afetado como uma adaptação do ramo de atividade.

Esta metodologia que adota como base de cálculo o mercado afetado é comum em outras jurisdições internacionais. Por exemplo, a autoridade antitruste francesa, Autorité de la Concurrence (2011), informa em seu guia¹ de dosimetria que a base de cálculo das penalidades a serem aplicadas é o valor das vendas das empresas relacionadas aos produtos/serviços envolvidos na infração e não o valor total do faturamento da empresa.

Exemplo A: Ramo de atividade de produção, transporte e distribuição de outros combustíveis, líquidos e gases

Uma distribuidora de combustíveis foi condenada pelo Cade por influência de conduta coordenada uniforme na revenda de combustíveis (gasolina e álcool) em dois municípios paulistas, Marília e Bauru (PA 08012.011042/2005-61). Assim, o ramo de atividade considerado foi o 89 da Resolução nº 3/2012; porém, como a distribuidora em questão atuava em nível nacional, ao considerar o faturamento bruto do ramo de atividade da conduta, a multa seria superestimada. Assim, a solução encontrada foi aplicar um percentual sobre o faturamento bruto no ramo de atividade com base na representatividade desses dois municípios em relação ao mercado nacional, para obter o faturamento bruto no mercado afetado.

1 "In order to translate its appraisal of the seriousness of the facts and of the importance of the harm done to the economy into a figure, the *Autorité* defines the basic amount of the penalty as a proportion of the value of the sales, made by each undertaking or entity at stake, of the products or services to which the infringement or, where relevant, the infringements relate" (AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, 2011).

Exemplo B: Ramo de atividade de revenda de combustíveis

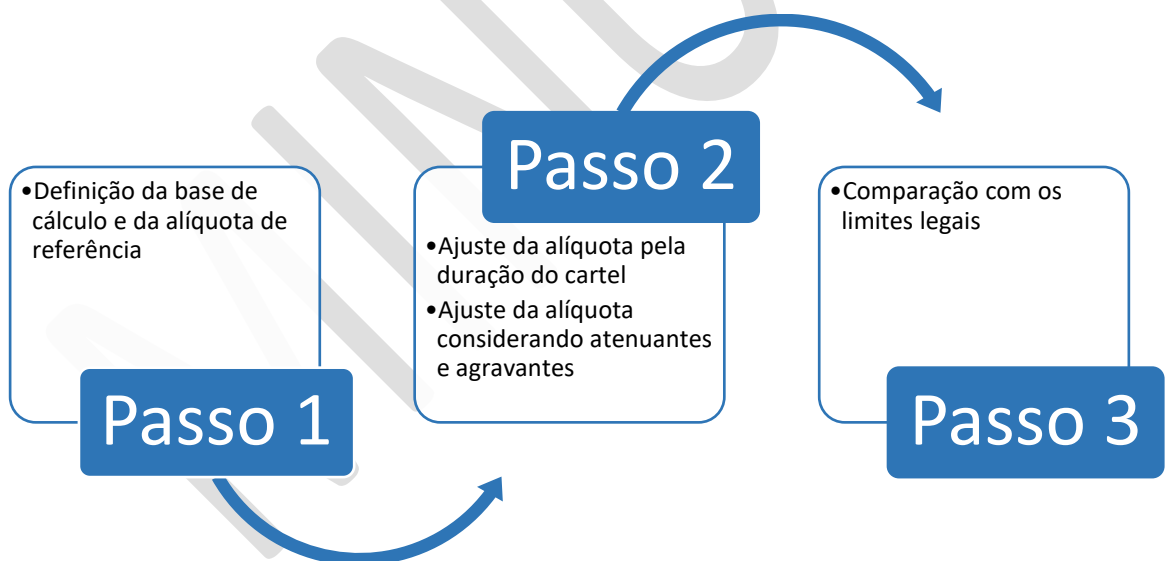
No PA 08700.010769/2014-64, as investigações concluíram que houve uma infração de Cartel clássico no mercado de revenda e distribuição de combustíveis automotivos (gasolina C e etanol), em Belo Horizonte, Betim e Contagem no Estado de Minas Gerais.

Embora o ramo de atividade, no caso concreto, seja a revenda de combustíveis, a multa aplicada considerou apenas o mercado afetado, ou seja, o faturamento com gasolina do tipo C e etanol. Dessa forma, observa-se que foi aplicado o artigo 2-A da Resolução nº 3/2012. Caso empregado o ramo de atividade, o faturamento teria de englobar outros combustíveis, como gasolina aditivada e diesel.

2 DA MULTA

Nos últimos anos, o método aplicado pelo Cade indica um claro padrão para as etapas de definição dos valores das multas a serem aplicadas pela autoridade antitruste. Buscando refletir a experiência internacional na matéria, o Cade resume seu procedimento de definição das penalidades em três etapas. A primeira etapa foca na definição do ramo de atividade ou do mercado afetado e da alíquota de referência a incidir sobre o valor do faturamento bruto no último período anterior a instauração do PA. Em seguida, são analisadas as circunstâncias específicas do caso e de cada Representado, considerando o tempo de duração da conduta, bem como a presença de situações agravantes e atenuantes na penalidade. Por fim, na terceira etapa, verifica-se se o valor estipulado pela multa respeita os limites estabelecidos pela Lei nº 12.529/2011. Estas três etapas são melhor visualizadas no modelo exposto na Figura 1.

Figura 1 – Etapas do procedimento de definição da multa



Fonte: Elaboração própria.

2.1 Das previsões legais

Quanto aos parâmetros legais estabelecidos para as penalidades às infrações contra a ordem econômica, o art. 37 da Lei nº 12.529/2011 determina que:

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;

II - no caso das **demais pessoas físicas ou jurídicas** de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, **não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais)**;

III - no caso de **administrador**, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, **multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa**, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.

§ 1º Em caso de **reincidência**, as multas cominadas serão aplicadas **em dobro** (BRASIL, 2011, grifo do autor).

Quanto à definição de ramo de atividade empresarial como descrito na Lei, a Resolução nº 3/2012 define 144 ramos de atividade e prevê, em seu art. 2º:

Art. 2º Quando o **representado não apresentar o valor do faturamento no(s) ramo(s) de atividade** empresarial em que ocorreu a infração de forma completa, inequívoca e idônea, será considerado o **faturamento total** da empresa ou grupo de empresas, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo.

Art. 2-A. O Cade poderá, mediante decisão fundamentada, **adaptar o ramo de atividade** às especificidades da conduta quando as dimensões indicadas no art. 1º forem manifestamente **desproporcionais**. (Redação dada pela Resolução nº 18, de 23 de novembro de 2016) (CADE, 2012b, grifos nossos).

A jurisprudência do Cade em relação às multas aplicadas de janeiro 2012 a julho de 2019 revela que é de praxe as decisões deste Tribunal utilizarem como **base de cálculo da multa o valor do faturamento bruto no mercado afetado pela conduta. Trata-se de uma adaptação do ramo de atividade para fins de proporcionalidade, no ano anterior à instauração do Processo Administrativo.**

Considerando essa base de cálculo, o Cade fixa uma alíquota de referência e então analisa os agravantes e atenuantes. Esse processo será apresentado nas seções seguintes.

2.1.1 Do cálculo da multa para Empresas

2.1.1.1 Base de cálculo

2.1.1.1.1 Regra geral

O Cade esclarece que, com base na sua jurisprudência, 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.

Vale esclarecer que, nos termos do art. 37, inciso I, da Lei 12.529/2011, a multa para a empresa será uma porcentagem sobre o “faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado”. 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 empresa².

Sobre o valor deste faturamento, deve incidir uma alíquota de referência que está relacionada ao tipo de prática colusiva, bem como aumentos e reduções nesta alíquota devido à presença de atenuantes e agravantes. Ressalta-se que a duração da conduta é um elemento essencial na definição da multa; por isto, este Guia apresenta uma metodologia específica para tratar desta agravante, a ser detalhada mais à frente.

2.1.1.1.2 Parametrização para fins de proporcionalidade

2.1.1.1.2.1 Parametrização com relação ao ano base de faturamento

Embora o faturamento no mercado afetado no ano anterior à instauração do PA seja, via de regra, o critério temporal utilizado para a definição da base de cálculo da sanção, ele poderá ser alterado nas hipóteses em que não for possível obter esse valor ou o valor informado não for considerado adequado para o cálculo da multa, visto que, por exemplo, 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. Dessa forma, o Cade apresenta algumas possíveis soluções para esse problema já utilizadas pelo Conselho, de forma a permitir a utilização de uma proxy proporcional ao caso concreto, em lista **não exaustiva**, mas apenas sugestiva:

- (i) o faturamento, no mercado afetado, nos 12 últimos meses da conduta;

² Processo Administrativo nº 08012.001029/2007-66. Neste, caso as informações do grupo eram públicas. Nos termos do §2º do art. 37 da Lei 12.529, na ausência do faturamento por ramo de atividade, “o CADE poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas (...) ou quando este for apresentado de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea”.

- (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).

Exemplo C: Cartel em licitação de serviço de manutenção corretiva e preventiva de frota automotiva do Rio de Janeiro

Ao definir a multa para empresas envolvidas na formação de cartel em licitação, na modalidade pregão eletrônico, segundo o critério menor preço, ocorrida em 2009, o Tribunal do Cade utilizou o faturamento das empresas no ano do pregão, pois acreditava ser esse o melhor valor para atingir os critérios de proporcionalidade, ao invés de utilizar o faturamento no ano anterior à instauração do PA (nº 08012.000030/2011-50), que seria 2011.

Exemplo D: Cartel clássico no mercado de embalagens flexíveis

O PA nº 08012.004674/2006-50 foi instaurado em 2014 para tratar da ocorrência de cartel no mercado de embalagens flexíveis, com o fim de dividir o mercado e fixar preços, entre 2001 e 2006. Na definição das multas a serem aplicadas na condenação das empresas, o Conselho utilizou como base de incidência da alíquota o faturamento das empresas no último ano da conduta, isto é, no ano de 2006.

Exemplo E: Cartel em licitações no mercado de serviços de engenharia, construção e montagem industrial “onshore” no Brasil, em licitações da Petrobras

Em 2018, o Tribunal aprovou dezesseis Termos de Compromisso de Cessação em conjunto (Requerimentos nº 08700.001880/2016-21, 08700.002014/2016-58, 08700.003677/2016-90, 08700.003679/2016-89, 08700.004337/2016-86, 08700.004341/2016-44, 08700.005045/2016-61, 08700.005078/2016-19, 08700.007077/2016-09, 08700.007078/2016-45, 08700.008066/2016-38, 08700.008074/2016-84, 08700.008158/2016-18, 08700.008159/2016-62, 08700.008223/2016-13, 08700.008245/2016-75) que tratavam de cartel em licitação. Uma característica para esse tipo de cartel é a possibilidade de uma variação grande no faturamento anual dos projetos, tendo em vista as particularidades de cada edital, como os cronogramas de execução da obra/serviço e de pagamentos.

A solução proposta pela SG/Cade, após assessoramento do DEE/Cade, foi a utilização da média ponderada do faturamento obtido no período entre o início da conduta e o ano anterior à instauração do Processo Administrativo (2000 a 2014), pois a esta metodologia elimina distorções decorrentes da utilização de um único ano, bem como da utilização da média simples. A seguir apresenta-se a fórmula da média ponderada, que é obtida pela soma dos produtos do faturamento obtido em cada ano e da proporção deste faturamento em relação ao faturamento total no mercado afetado ao longo o período considerado:

$$\text{Média ponderada} = \sum_i^n \left[\text{faturamento}_i \left(\frac{\text{faturamento}_i}{\sum_i^n \text{faturamento}} \right) \right]$$

Em que $i=1,2,\dots,n$ corresponde aos anos compreendidos entre o início da conduta e o ano anterior à instauração do PA.

2.1.1.1.2.2 Parametrização com relação ao faturamento em território nacional/dimensão geográfica afetada

Existem casos de cartel internacional em que a empresa não possui valores discriminados para seu faturamento no território nacional. Além disso, há a possibilidade de a empresa não fornecer especificamente seu faturamento no mercado afetado pela conduta – caso, por exemplo, a empresa forneça seu faturamento nacional, mas a conduta tenha

ocorrido, na realidade, apenas em dois municípios. Em casos como esses, é **possível** levar em consideração os seguintes aspectos, **dentre outros**, para fins de proporcionalidade e de razoabilidade:

(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.

Exemplo F: Cartel clássico no mercado de comercialização e manutenção de equipamentos contra incêndio no Distrito Federal

No PA nº 08012.001794/2004-33, instaurado em 2004, os representados eram empresas locais do DF, e, como não foram apresentados os respectivos faturamentos dessas empresas mesmo após a requisição dessas informações pelo Cade, o Conselheiro Relator baseou o cálculo das penalidades em um valor médio de faturamento anual para empresas no mercado de extintores de incêndio, estimativa feita por estudo elaborado pelo Sebrae-SC em 2002.

Exemplo G: Cartel internacional no mercado de unidades de discos ópticos

Na dosimetria da multa aplicada a um Representado que não apresentou seu faturamento no Brasil durante a análise do PA nº 08012.001395/2011-00, optou-se por utilizar como base de cálculo o valor das exportações do Representado com destino ao Brasil, no ramo de atividade, em 2009 – último ano da conduta investigada e para o qual havia dados disponíveis nos autos.

2.1.1.1.3 Atualização da base de cálculo

Conforme exposto anteriormente, o Tribunal se vale de dados de faturamento de períodos anteriores à condenação. Assim, 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)³. O período de abrangência da atualização monetária corresponde ao intervalo de meses entre o faturamento utilizado (segundo a regra geral, o faturamento no ano anterior ao da instauração do PA) e o mês anterior à decisão de condenação com a imposição de multa.

Esse procedimento de correção monetária já é empregado no Cade nos cálculos de Contribuição Pecuniária em acordos de Termo de Compromisso de Cessação (TCC). Segundo o Cade (2016a), é possível fazer a atualização do valor de duas formas:

- 1) Somando-se as taxas mensais do período de atualização – nesse método, considera-se como marco inicial o primeiro mês do exercício posterior ao do faturamento utilizado e como marco final o mês anterior à condenação do Representado;
- 2) Subtraindo-se da taxa acumulada no marco final a taxa acumulada no marco inicial – nesse método, a atualização terá como marco inicial o último mês do exercício do faturamento utilizado e como marco final o mês anterior a condenação do Representado.

³ Fonte do conceito de Selic Banco Central https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/legado?url=https:%2F%2Fwww.bcb.gov.br%2Fhtms%2Fselic%2Fconceito_taxaselic.asp%3Fidpai%3DSELICTAXA. Fonte da taxa: RFB.

A título de exemplificação, suponha um Processo Administrativo instaurado no Cade em 2019, com condenação da conduta anticompetitiva em outubro de 2019, utilizando como metodologia a aplicação do percentual de 15% sobre o faturamento no mercado afetado pela conduta no ano anterior a instauração do Processo Administrativo. Considere que o valor do faturamento no mercado afetado em 2018 foi de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) e os valores da Selic apresentados pela Figuras 1 e 2.

- 1) Somando-se as taxas mensais de janeiro de 2019 a setembro de 2019 tem-se 4,56% (vide Figura 1).
- 2) Pelo método da subtração, a taxa acumulada em setembro de 2019 menos a taxa acumulada em dezembro de 2018, resulta em 4,56% (vide Figura 2).

Assim, o valor do faturamento atualizado em outubro de 2019 será de R\$ 1.045.600,00 (um milhão quarenta e cinco mil e seiscentos reais) e o valor da multa aplicada será de R\$ 156.840,00 (cento e cinquenta e seis mil e oitocentos e quarenta reais).

Figura 1 – Método de atualização com base na taxa de juros SELIC mensal

Mês/Ano	2015	2016	2017	2018	2019
Janeiro	0,94%	1,06%	1,09%	0,58%	0,54%
Fevereiro	0,82%	1,00%	0,87%	0,47%	0,49%
Março	1,04%	1,16%	1,05%	0,53%	0,47%
Abril	0,95%	1,06%	0,79%	0,52%	0,52%
Mai	0,99%	1,11%	0,93%	0,52%	0,54%
Junho	1,07%	1,16%	0,81%	0,52%	0,47%
Julho	1,18%	1,11%	0,80%	0,54%	0,57%
Agosto	1,11%	1,22%	0,80%	0,57%	0,50%
Setembro	1,11%	1,11%	0,64%	0,47%	0,46%
Outubro	1,11%	1,05%	0,64%	0,54%	
Novembro	1,06%	1,04%	0,57%	0,49%	
Dezembro	1,16%	1,12%	0,54%	0,49%	

Fonte: Receita Federal.

Figura 2 – Método de atualização com base na taxa de juros SELIC acumulada mensalmente

Mês/Ano	2015	2016	2017	2018	2019
janeiro	46,13	33,47	20,24	11,22	5,02
fevereiro	45,31	32,47	19,37	10,75	4,53
março	44,27	31,31	18,32	10,22	4,06
abril	43,32	30,25	17,53	9,70	3,54
maio	42,33	29,14	16,60	9,18	3,00
junho	41,26	27,98	15,79	8,66	2,53
julho	40,08	26,87	14,99	8,12	1,96
agosto	38,97	25,65	14,19	7,55	1,46
setembro	37,86	24,54	13,55	7,08	1,00
outubro	36,75	23,49	12,91	6,54	---
novembro	35,69	22,45	12,34	6,05	
dezembro	34,53	21,33	11,80	5,56	

Fonte: Receita Federal.

2.1.1.2 Alíquota de referência

Esta seção tem como finalidade explicar o que o Cade já vem aplicando, em termos de alíquota, para os casos de cartel. Recomenda-se a adoção das seguintes alíquotas de referência conforme o tipo de conduta:

I) 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, conforme jurisprudência do Cade;

II) Cartéis da forma clássica *hardcore* (art. 36, §3º, inciso I, alíneas “a”, “b” e “c” da Lei 12.529/2011), isto é, aqueles acordos ou trocas de informação relacionados a preços, divisão geográfica, de share ou de clientes, que tenham mecanismos de monitoramento/punição de desvio (institucionalidade) e (intenção de) perenidade: alíquota de referência de 15%, podendo ser superior a esse valor ou chegar a um mínimo de 12%, considerando os agravantes e atenuantes da conduta, conforme jurisprudência do Cade;

III) Outras formas de condutas concertadas incluindo os cartéis difusos (ex: trocas de informações esporádicas ou não sistemáticas, revelação unilateral de informações, tabelamento de preços etc.): alíquota de referência de 8%, podendo ser superior a esse valor

ou chegar a um mínimo de 5%, considerando os agravantes e atenuantes da conduta, conforme jurisprudência do Cade.

Como será detalhado mais adiante, essas alíquotas podem ser alteradas para patamares superiores ou inferiores, de acordo com a presença de atenuantes ou agravantes, além de outros fatores que levem em consideração os princípios de razoabilidade, proporcionalidade, isonomia e os critérios previstos no art. 45 da Lei nº 12.529/2011. Destaca-se a recomendação de alíquota de referência mais elevada para condutas de cartel em licitações devido à elevada lesividade dessa prática, visto que “cartéis em licitações são ainda mais nefastos, na medida em que prejudicam a prestação de serviço público e representam desvios de dinheiro público, lesando todos os contribuintes” (CADE, 2016c).

2.1.1.3 Ajuste da alíquota com base na duração da conduta

Outro quesito que deve afetar diretamente a dosimetria da alíquota a ser aplicada corresponde à duração da conduta. Isto é, o Cade recomenda que sejam levadas em consideração diferenças existentes no tempo de participação do Representado na conduta. Caso um Representado tenha participado por mais tempo em uma conduta, sua penalidade deve ser agravada, em relação à penalidade aplicada aos Representados com participação lateral ou esporádica.

Este Guia propõe que sejam **adicionados 0,5 pontos percentuais (p.p.) à alíquota** por ano **adicional** da conduta. É importante notar que na alíquota de referência já está computado um ano de conduta. Para a soma dos anos adicionais, período inferior a um semestre será considerado como $\frac{1}{2}$ ano e período superior a seis meses, mas inferior a um ano, será contado como um ano completo. Dessa forma, caso a conduta tenha como tempo de duração 9 anos e 4 meses, serão computados 8 anos e 4 meses (visto que, o primeiro ano já foi computado na alíquota de referência) e, portanto, serão adicionados 4,25 p.p. ($0,5 \times 8,5=4,25$) à sua alíquota.

2.1.1.4 Ajuste da alíquota com base em atenuantes e agravantes

Os ajustes da alíquota de referência ocorrerão com base em agravantes e atenuantes que estão diretamente relacionados com os elementos de dosimetria expressos no art. 45 da Lei nº 12.529/2011. Os elementos de dosimetria devem ser considerados em todos os casos,

sempre que possível, de forma individualizada, visto que em uma mesma conduta os níveis de culpabilidade dos condenados não necessariamente serão os mesmos.

Alguns desses elementos legais apresentam algum grau de abstração, o que implica uma delegação do Legislador para que o Tribunal, de modo justificado, interprete e pese a importância de cada um dos elementos tendo em vista as particularidades do caso concreto. A fim de aumentar a uniformidade na interpretação desses elementos legais, bem como buscar uma coerência entre eles, este guia traz sugestões de interpretação, de modo que as principais variáveis que importam para a dosimetria da pena estejam relacionadas aos elementos legais.

As sugestões de interpretação dos elementos legais não prejudicam uma interpretação alternativa que seja mais adequada tendo em vista as particularidades do caso concreto. Segue então uma análise de cada elemento de dosimetria listados no art. 45 da Lei nº 12.529/2011:

- (i) **Gravidade da Infração:** a gravidade da infração pode estar relacionada, de forma individualizada, à participação do condenado na infração, como, por exemplo, se ele teve papel de liderança e se atuou com coação, ou se teve uma participação ordinária, ou ainda uma pequena participação, correspondendo respectivamente, então, a uma agravante, a uma situação neutra, ou a uma atenuante.
- (ii) **Boa-fé do infrator:** esse elemento está relacionado à intenção do agente. Se ele comete uma conduta sabendo que se trata de um ilícito, o que pode ser averiguado, por exemplo, se a conduta ocorreu de forma secreta, há um agravante em relação a condutas praticadas com desconhecimento da ilicitude. Outra variável que pode ser considerada é a essencialidade do mercado afetado, como, por exemplo, infrações no setor de saúde podem explicitar uma má-fé do agente. Por fim, a colaboração no processo e a lealdade processual pode ser considerado para fins de caracterização da boa-fé. Esse elemento é relevante porque a boa-fé do infrator aumenta muito a probabilidade de punição, de forma que a severidade da pena pode ser diminuída a fim de se alcançar o grau de dissuasão pretendido.
- (iii) **Vantagem auferida ou pretendida pelo infrator:** trata-se do ganho efetivo ou potencial do condenado. Contudo, frequentemente esse cálculo não é possível ou é sujeito a elevado grau de imprecisão, de modo que não necessariamente esse

elemento é possível de ser efetivamente aplicado para a dosimetria no caso concreto. É importante ressaltar que o art. 37, inciso I, da Lei 12.529/11 determina que a multa não será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação. Trata-se de uma regra não relacionada ao art. 45, embora regule a mesma variável. De todo modo, em cada caso concreto o Tribunal deverá julgar se essa estimação é razoavelmente precisa ou não.

- (iv) Consumação ou não da infração: esse elemento não se confunde com a consumação para fins de condenação. No caso de conduta coordenada, a mera coordenação já configura um ilícito, contudo, pode ocorrer de os concorrentes não terem conseguido implementar o acordo, o que configuraria uma tentativa, para fins de dosimetria. Trata-se, então, da ocorrência da infração, mas cuja implementação foi apenas tentada, sem gerar efeitos no mercado. Em caso de os efeitos não terem se concretizado, isso pode ser interpretado como uma atenuante.
- (v) Grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros: esse elemento apresenta diferentes variáveis, mas pode ser interpretado a partir do tipo de conduta, com destaque para uma pena mais severa para cartel *hardcore*, que é reconhecidamente a conduta concorrencial que gera mais impactos negativos para a sociedade. Já cartel em licitação ou cartel em áreas sensíveis podem também ser considerados ainda mais graves. Já outras condutas coordenadas são consideradas menos graves do que as primeiras na jurisprudência do Cade.
- (vi) Efeitos econômicos negativos produzidos no mercado: esse inciso refere-se aos efeitos mais diretos das condutas, mas trata-se de um cálculo geralmente difícil de ser realizado. Contudo, medidas tomadas para a redução dos danos, como o ressarcimento das vítimas antes do julgamento, podem ser consideradas como fator para a redução do valor da multa.
- (vii) Situação econômica do infrator: esse elemento pode servir principalmente como atenuante nas situações em que o condenado se encontra, comprovadamente, em situação de dificuldade econômica.
- (viii) Reincidência: esse elemento 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.

As Figuras 2 e 3 apresentam uma lista **exemplificativa** desses quesitos.

Figura 2 – Lista exemplificativa de agravantes da conduta

AGRAVANTES
<u>Gravidade da infração</u> <ul style="list-style-type: none">• Liderança sem coação• Liderança com coação
<u>Boa-fé do infrator</u> <ul style="list-style-type: none">• Presença de má-fé
<u>Grau de lesão, ou perigo de lesão à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores ou a terceiros</u> <ul style="list-style-type: none">• Essencialidade e relevância do produto/serviço objeto do cartel• Impactos diretos negativos em políticas públicas estratégicas do país
<u>Efeitos econômicos negativos produzidos no mercado</u> <ul style="list-style-type: none">• Impactos econômicos elevados e negativos

Fonte: Elaboração própria.

Figura 3 – Lista exemplificativa de atenuantes da conduta

ATENUANTES
<u>Gravidade da infração</u> <ul style="list-style-type: none">• Participação lateral ou esporádica• Ter sido coagido a participar da conduta
<u>Situação econômica do infrator</u> <ul style="list-style-type: none">• Capacidade financeira comprometida e comprovada do Representado

Fonte: Elaboração própria.

Quanto à gravidade da infração, é comum que o Cade considere agravante da penalidade o fato de o Representado ter sido líder na conduta, mesmo que essa liderança não tenha sido exercida com coação. Pessoas Jurídicas são consideradas como líderes quando exercem papel significativo na organização da infração, por exemplo, agendando encontros, sendo responsáveis por emitir documentos orientadores sobre a conduta para os outros envolvidos, a exemplo de tabelas de preços. Já Pessoas Físicas, normalmente são consideradas como líderes quando são sócios, administradores ou pessoas com cargo de relevância nas empresas. Da mesma forma, quando se têm indícios de que o Representado foi forçado a participar da conduta, pode-se aplicar um atenuante na pena.

Quando se observa boa-fé do infrator, a penalidade pode ser atenuada e o inverso ocorre quando se tem presença de má-fé. Um fator comum na análise da jurisprudência é a consideração da essencialidade do produto/serviço a título de agravante da pena a ser aplicada; por exemplo, segundo Cade (2014), condutas anticompetitivas no mercado de saúde suplementar devem ser agravadas, já que serviços de saúde constituem “direito fundamental, expressamente assegurado na Constituição, em que a vulnerabilidade dos consumidores é evidente”.

Sobre os impactos econômicos elevados e negativos no mercado, podem-se citar casos de cartel em licitações, visto que “com a menor disponibilidade de recursos do Estado em razão dos ganhos do cartel, menor a possibilidade financeira de implementar políticas públicas que proporcionem melhorias à vida do cidadão. Logo, o cartel em licitação afronta diretamente o interesse público e prejudica a efetividade e a eficiência na prestação de serviços públicos” (CADE, 2015).

No tocante à capacidade de pagamento do Representado, tem-se a aplicação de atenuantes na pena ao ser constatado o efetivo comprometimento da capacidade financeira, podendo esta ser comprovada por pedidos de falência ou de recuperação judicial da empresa.

2.1.1.5 Verificação de limites legais

Após os ajustes da alíquota de referência pela presença de atenuantes e agravantes, inclusive da agravante relacionada à duração da conduta, deve-se verificar se a multa está dentro dos limites estipulados pela Lei nº 12.529/2011, os quais, para PJs, correspondem ao mínimo de **0,1% (um décimo por cento)** e máximo de **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.

2.1.1.6 Reincidência

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.

2.1.2 Do cálculo da multa para Pessoas Jurídicas que não exercem Atividade Empresarial

As multas aplicadas a pessoas jurídicas que não exercem atividade empresarial, em especial associações e sindicatos, tem como limites legais, conforme vem sendo consolidado na jurisprudência do Cade, aqueles previstos no inciso II do art. 37 da lei concorrencial:

II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer **associações de entidades** ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, **que não exerçam atividade empresarial**, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais) (BRASIL, 2011, grifo nosso).

Assim como ocorre com as sanções aplicadas às empresas, o Tribunal busca uma proporcionalidade na fixação das penas, podendo considerar diferentes variáveis. Importante ressaltar que em alguns casos é possível que a renda eventualmente apresentada especialmente pelas entidades de classe pode ser muito baixa, apesar de estas instituições possuírem grande relevância, seja no mercado, seja na participação na conduta. Assim, é necessário avaliar, por meio de diferentes variáveis, a penalidade a ser aplicada.

2.1.3 Do cálculo da multa para Pessoas Físicas (PFs)

2.1.3.1 Base de cálculo

2.1.3.2 Regra geral

A jurisprudência indica que as multas imputadas a PFs pelo Cade possuem como base de cálculo a multa imposta à empresa a que essa pessoa esteve vinculada durante a conduta.

Os critérios de atualização de cálculo e reincidência explicados anteriormente também se aplicam a essa classe de Representados, conforme tipo de PF.

Ademais, vale ressaltar que, em regra, a multa para pessoas físicas deve ser maior do que a contribuição pecuniária aplicada às pessoas físicas que fizeram TCC e que possuem grau de participação semelhante na conduta.

2.1.3.3 Alíquota

2.1.3.3.1 Ajuste por grau de participação no cartel

Muitas vezes, durante a análise do PA, é possível identificar pessoas que tiveram participação relevante no cartel. O Cade orienta que a atuação destas pessoas, bem como dos administradores das empresas envolvidas na conduta anticompetitiva deve ser tratada como um agravante, visto que estas pessoas possuem poder de liderança e funções estratégicas dentro das empresas e conseqüente, no cartel.

Assim, utilizando a metodologia de aplicação de alíquota sobre a multa das empresas às quais estas PFs estejam ou tenham sido vinculadas à época da conduta, as alíquotas aplicadas devem respeitar o grau de participação no cartel. Quanto mais relevante for a participação da PF, maior deve ser a alíquota aplicada. O grau de participação deve ser considerado caso a caso, porém, pode-se citar, em lista **não exaustiva**, mas apenas sugestiva, algumas atitudes já utilizadas para caracterizar a liderança na conduta pelo Tribunal, como:

- (i) Presidente, sócios, administradores de direito ou de fato e ou diretores no rol de Representados; e
- (ii) Protagonismo nas tratativas envolvendo as reuniões/encontros.

A jurisprudência do Cade os considera com agravante de liderança em relação aos demais Representados com cargos de menor relevância na decisão da empresa, por exemplo, funcionários. Ressalta-se que a alíquota definida deve respeitar o limite dado pela Lei nº 12.529/2011, de 1% a 20% sobre a multa aplicada à empresa vinculada.

Exemplo H: Cartel no mercado de concorrências privadas destinadas à contratação de serviços de operação e exploração comercial de estacionamentos na cidade de São Paulo/SP

Na definição da dosimetria da multa do PA nº 08012.004422/2012-79 foi considerado como agravante de liderança de PF o fato de um Representado ter compartilhado “informações sensíveis e a tentativa de balizamento de proposta a ser apresentada na licitação”.

2.1.3.4 Verificação dos limites legais

Segundo a Lei nº 12.529/2011, os limites legais indicam valores percentuais de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) sobre a multa imposta à empresa para os administradores e para as demais pessoas físicas, não sendo possível a utilização o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais).

2.1.4 Infrações cometidas sob a vigência da Lei 8.884/1994

Ainda hoje é possível que o Cade julgue casos de infrações à ordem econômica que ocorreram durante a vigência da lei anterior, Lei nº 8.884/1994. Para esses casos, o Cade deve analisar qual a Lei deve ser aplicada, considerando qual delas é mais favorável ao Representado. De forma geral, o Cade tem seguido as seguintes orientações⁴:

No que toca à fixação das penas das infrações cometidas durante a vigência da Lei 8.884/94 e ainda pendentes de julgamento pelo CADE, é possível se presumir com elevada dose de segurança que:

- i) os parâmetros estabelecidos na Lei 12.529/11 para condenação de empresas são mais benéficos que os anteriormente previstos na Lei 8.884 e, por isso, devem ser aplicados;
- ii) os parâmetros estabelecidos na Lei 12.529/11 para condenação de administradores responsáveis por infrações à ordem econômica são mais benéficos que os anteriormente previstos na Lei 8.884 e, por isso, devem ser aplicados;
- iii) os parâmetros estabelecidos na Lei 12.529/11 para condenação de associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito que não exerçam atividade empresarial não são mais benéficos anteriormente previstos na Lei 8.884 e, por isso, não há que se cogitar da sua aplicação (CADE, 2013).

Assim, apesar do entendimento de que para pessoas jurídicas que não exercem atividade empresarial e Pessoas Físicas (não administradores) que estiveram envolvidas em

⁴ Posicionamento do CADE no PA 08012.009834/2006-57.

condutas colusivas durante a vigência da Lei nº 8.884/1994 ser mais benéfico aplicar multas considerando a legislação anterior, também é possível a aplicação dessa lei para outros tipos de Representados que comprovarem que aquela é mais benéfica para o seu caso. Ressalta-se que esta Lei não apresentava parâmetros de alíquota a serem aplicados, apresentando apenas limites mínimo e máximo dos valores das multas para estes tipos de Representados.

2.1.4.1 Verificação de limites legais

Os limites legais estabelecidos para multas cujas infrações à ordem econômica tenham sido cometidas durante a vigência da Lei nº 8.884/94 são: **mínimo de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente.**

MANUTENÇÃO

3 DAS PENAS ALTERNATIVAS

A principal penalidade aplicada pelo Cade é a multa, mas o art. 38 da Lei nº 12.529/2011 prevê diversas outras punições, que podem ser impostas isolada ou cumulativamente à multa, são elas:

- I - a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas;
- II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos;
- III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;
- IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:
 - a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito;
 - b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;
- V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade;
- VI - a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e
- VII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica (BRASIL, 2011).

Ressalta-se que o inciso VII deste artigo estabelece ainda que poderá ser adotado qualquer outro ato ou providência necessária para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

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.

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. Quando um grupo com elevado percentual de participação de mercado é condenado por cartel, pode ser mais

adequada a restrição de não contratação com o Estado apenas aos que tiveram um maior nível de responsabilidade pela conduta, por exemplo, os líderes.

Exemplo I: Cartel em licitações públicas relativas a projetos de metrô e/ou trens e sistemas auxiliares

O voto vencedor da dosimetria do PA nº 08700.004617/2013-41 determinou que fossem aplicadas duas sanções acessórias a empresa considerada líder do cartel, sendo elas:

- i. pena de proibição de participar, direta ou indiretamente, de licitações tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, envolvendo a aquisição e manutenção de material rodante, sistemas auxiliares e suas partes integrantes, junto à Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades de administração indireta, por cinco anos, a contar da publicação da decisão do Tribunal do Cade, nos termos do inciso II do art. 38 da lei 12529/11; e
- ii. a recomendação aos órgãos públicos competentes para que não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos nos termos da alínea b do inciso IV do artigo 38 da Lei 12.529/11, por cinco anos.

Já para as empresas que tiveram participação representativa, chamadas de núcleo duro do cartel, foram aplicadas apenas a sanção ii.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente Guia expôs a metodologia geral para a definição dos valores das multas a serem aplicadas pelo Cade nas condenações de empresas e outras PJs que não exercem atividade empresarial, bem como de PFs, envolvidos em condutas anticompetitivas de cartel. Além disso, foram apresentadas possíveis penas alternativas. Vale ressaltar, contudo, que as especificidades dos processos, desde que devidamente justificadas, possibilitam que o Tribunal se afaste da metodologia apresentada neste Guia.

MANUATA

REFERÊNCIAS

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. Notice of 16 May 2011 on the Method Relating to the Setting of Financial Penalties. 2011.

CADE. *Guia de Remédios Antitruste*. . [S.l: s.n.]. , 2018

CADE. *GUIA PARA ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL*. . [S.l: s.n.]. , 2016a

CADE. *Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel*. . [S.l: s.n.]. , 2016b

CADE. Processo Administrativo Nº 08012.009834/2006-57. 2013.

CADE. REGIMENTO INTERNO DO CADE - RESOLUÇÃO nº 22, de 19 de junho de 2019. p. 1–62, 2019.

CADE. *Resolução Nº 3, de 29 de maio de 2012 (Alterada pela Resolução Nº 18, de 23 de novembro de 2016)*. . [S.l: s.n.]. , 2012b

CADE. Voto do Gab 3 - Processo Administrativo Nº 08012.002381/2004-76 - Versão pública. 2014.

CADE. *Voto do Gab 3 - Processo Administrativo Nº 08012.001273/2010-24 - Versão pública*. . [S.l: s.n.]. , 2015

CADE. Voto do Gab 4 - Processo Administrativo Nº 08012.003321/2004-71 - Versão pública. p. 1–23, 2016c.

CADE. *Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel*. . [S.l: s.n.]. , 2016a

CADE. Processo Administrativo Nº 08012.009834/2006-57. 2013.

CADE. *Regimento Interno do Cade - Resolução nº 22, de 19 de junho de 2019*. p. 1–62, 2019.

CADE. *Resolução Nº 3, de 29 de maio de 2012 (Alterada pela Resolução Nº 18, de 23 de novembro de 2016)*. . [S.l: s.n.]. , 2012b

CADE. *Voto do Gab 3 - Processo Administrativo Nº 08012.002381/2004-76 - Versão pública*. 2014.

CADE. *Voto do Gab 3 - Processo Administrativo Nº 08012.001273/2010-24 - Versão pública*. . [S.l: s.n.]. , 2015

CADE. *Voto do Gab 4 - Processo Administrativo Nº 08012.003321/2004-71 - Versão pública*. p. 1–23, 2016b.