

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

BRUNA CAIXETA DE SOUSA

**DIMENSIONAMENTO DE SANÇÕES ANTITRUSTES: LIMITAÇÃO DA ADOÇÃO
DE VANTAGEM AUFERIDA NA DOSIMETRIA DE MULTAS A CARTÉIS**

**BRASÍLIA
JUNHO 2020**

BRUNA CAIXETA DE SOUSA

**DIMENSIONAMENTO DE SANÇÕES ANTITRUSTES: LIMITAÇÃO DA ADOÇÃO
DE VANTAGEM AUFERIDA NA DOSIMETRIA DE MULTAS A CARTÉIS**

Trabalho apresentado à banca examinadora como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Escola de Direito de Brasília do Instituto Brasiliense de Direito Público – EDB/IDP.

Orientador: Prof. Me. Alexandre Cordeiro Macedo

BRASÍLIA

JULHO 2020

BRUNA CAIXETA DE SOUSA

**DIMENSIONAMENTO DE SANÇÕES ANTITRUSTES: LIMITAÇÃO DA ADOÇÃO
DE VANTAGEM AUFERIDA NA DOSIMETRIA DE MULTAS A CARTÉIS**

Trabalho apresentado à banca examinadora como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Escola de Direito de Brasília do Instituto Brasiliense de Direito Público – EDB/IDP.

Orientador: Prof. Alexandre Cordeiro Macedo

Brasília - DF, 6 de julho de 2020

Prof. Me. Alexandre Cordeiro Macedo
Professor Orientador Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Prof. Me. Victor Oliveira Fernandes
Membro da Banca Examinadora Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Prof. Me. Raquel Mazzuco Sant’Ana
Membro da Banca Examinadora Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

DIMENSIONAMENTO DE SANÇÕES ANTITRUSTES: LIMITAÇÃO DA ADOÇÃO DE VANTAGEM AUFERIDA NA DOSIMETRIA DE MULTAS A CARTÉIS

Bruna Caixeta de Sousa

SUMÁRIO: Introdução; 1. Análise de regimes de sanções a cartéis e aplicações de multas; 2. A experiência do conselho administrativo de defesa econômica (cade); 3. A problemática do cálculo de vantagem auferida no sistema brasileiro de defesa da concorrência; 4. Conclusão.

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo avaliar os regimes de sanções aplicadas a cartéis a partir de um ponto de vista econômico, ao verificar seu poder dissuasório e retributivo, além de questionar a viabilidade de cálculo e aplicação das sanções, bem como de que maneira as multas contribuem para o *enforcement*¹ público – combate às práticas anticoncorrenciais na esfera administrativa – e privado – indenização pelos prejuízos sofridos na esfera privada – e, com base em quais fatores as multas antitrustes devem ser fixadas. Posteriormente, será feita uma breve análise da experiência no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) na aplicação de sanções a cartéis e do modo que se dá o processo, a fim de verificar se o *enforcement* público cumpre seu propósito, e, a partir da controvérsia do inciso I, do art. 37, da Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011, questionar a utilização da dosimetria de pena baseada cálculo da vantagem auferida, bem como o papel do dano.

Palavras-Chave: Sanções. *Enforcement*. Cartéis. Dissuasão.

ABSTRACT

This paper aims to evaluate the sanctions regimes applied to cartels from an economic point of view, by checking their deterrence and retribution in addition to questioning the feasibility of calculating and applying sanctions, as well as how fines contribute to public enforcement – combating anti-competitive practices in the administrative sphere – and private – indemnification for losses suffered in the private sphere – and, based on which factors the antitrust fines should be fixed. Subsequently, a brief analysis of the experience of the Administrative Council for Economic Defense (Cade) in the application of sanctions to cartels and the way the process will be carried out, in order to verify whether public enforcement fulfills its purpose, and, in controversy of item I, article 37, Law 12.529, dated 30 November 2011, question the use of fine dosimetry based on the calculation of illegal gains, as well as the role of damage.

Keywords: Fines. Enforcement. Cartels. Deterrence.

¹ *Enforcement* pode ser definido como todos os procedimentos (inclusive meios coercitivos) que existem em um país que garantam a aplicação apropriada das normas e princípios.

INTRODUÇÃO

A persecução e punição de cartéis é uma tarefa fundamental da política pública antitruste brasileira, que tem respaldo expresso na Constituição Federal brasileira, uma vez que ela é fundamento de validade para todo ordenamento jurídico. Observe que o tema consta dos fundamentos, objetivos fundamentais e da ordem econômica e financeira da CRFB/88, em seus artigos 1º, 3º e 170, onde versam sobre a livre iniciativa, a garantia do desenvolvimento nacional, bem como a livre concorrência e defesa do consumidor, respectivamente.

Acordos anticoncorrenciais levam a preços excessivos, juntamente com qualidade inferior do produto. Ao mesmo tempo, a eliminação da concorrência mina o poder inovador das empresas. Assim, os cartéis prejudicam a economia como um todo e o consumidor em particular. O escopo da condenação de cartéis não é apenas detectar, cessar a conduta e sancionar cartéis, outro objetivo importante é conseguir o máximo de dissuasão possível para impedir que as empresas se envolvam em condutas anticoncorrenciais.

Estudos econômicos fornecem evidências concretas sobre a dimensão dos danos causados por cartéis e os benefícios de uma política antitruste efetiva. Um estudo científico² que analisou mais de 1.000 cartéis concluiu que, em média, os cartéis elevam os preços de mercado em 15%, ou seja, clientes e consumidores devem pagar um preço 15% maior que o preço que pagariam se a concorrência não fosse distorcida e funcionasse bem. Concluiu também que cartéis internacionais que envolvem fornecedores de vários países geralmente são mais prejudiciais que os cartéis nacionais – o aumento médio dos preços induzido por cartéis internacionais é de cerca de 18%, enquanto os cartéis nacionais levam a um aumento médio de cerca de 13%.³ Ainda que se questione a precisão e a metodologia utilizada em tais estudos, visto que diferentes relatórios trazem diferentes porcentagens de sobrepreço, é consenso que cartéis lesam de maneira gravosa a concorrência de um modo geral.

A dimensão real desses danos se torna bastante evidente com a constatação de que tais condutas contra à concorrência são bastante frequentes, dado o crescente número de casos detectados em diversos setores, nacional e internacionalmente.⁴ No entanto, há de se mencionar

² BOYER, M.; KOTCHONI, R. How much do cartels overcharge? CIRANO - **Scientific Series**. 2015. Disponível em: <<https://cirano.qc.ca/files/publications/2015s-37.pdf>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

³ Bundeskartellamt: **Erfolgreiche Kartellverfolgung**: Nutzen für Wirtschaft und Verbraucher. 2016, p. 15. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Broschueren/Informationsbroschüre%20-%20Erfolgreiche%20Kartellverfolgung.pdf?__blob=publicationFile&v=12>. Acesso em: 2 jun. 2020.

⁴ CONNOR, J. M. Effectiveness of antitrust sanctions on modern international cartels (December 1, 2006). **Journal of Industry, Competition, and Trade** 6. 2006, p. 196. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.988707>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

o grande desafio de detecção e posterior condenação de cartéis para as autoridades concorrenciais, visto que os envolvidos nos acordos geralmente são muito discretos sobre o *modus operandi* do cartel e lidam com informações que sugerem a existência de tais acordos com muito cuidado e de maneira sigilosa. Mesmo quando os acordos do cartel são comprovados e uma multa é imposta, os procedimentos da autoridade não são, necessariamente, encerrados, pois, em muitos casos, são seguidos por extensos processos judiciais.

Para um efeito eficaz de punição e dissuasão, a lógica subjacente é que a sanção aplicada ao infrator seja maior que a vantagem por ele obtida com a conduta, ou seja, o que se almeja é que infração não tenha valido a pena, para que o infrator se sinta severamente punido e não infrinja novamente. Segue, portanto, o mesmo sentido da teoria mista da pena⁵, que se divide em absoluta (caráter retributivo) e relativa (caráter preventivo). A retribuição é a pena pela pena. É o pagamento do mal injusto pelo mal justo sem, no entanto, preocupar-se com os efeitos preventivos. Já no caráter relativo há uma preocupação de prevenção geral (dirigido para a coletividade) para ilidir determinada prática anticoncorrencial pelo temor da punição estatal. Ao mesmo tempo, há a prevenção especial dirigida para o próprio infrator, que deverá, pela sanção sofrida, deixar de praticar condutas prejudiciais à economia e aos consumidores. Da análise desses aspectos é que se chega à conclusão que uma sanção branda não é suficiente para o Estado proteger os consumidores e a economia (proteção deficiente). O contrário também é pernicioso, visto que punições exacerbadas poderão gerar impedimentos e fechamentos de setores produtivos e causar semelhante mal à sociedade e ao país. Com efeito, na dosimetria da sanção deve-se levar em consideração critérios de adequação, necessidade e razoabilidade.

De acordo com Utton⁶, idealmente, o objetivo final de política antitruste deve ser a conquista de uma concorrência perfeita em um mercado, ou pelo menos, retornar o mercado a seu nível anterior ao cartel. Na prática, é difícil alcançar esse objetivo não apenas porque não está claro quantos cartéis permanecem descobertos e quantos novos são formados, mas também porque o mercado é influenciado por outros fatores, como mudanças na demanda, situação macroeconômica e política, entre outros.

Deste modo, o proposto artigo tem por objetivo (i) refletir sobre os principais elementos que devem ser levados em consideração na aplicação de sanções a cartéis, a partir de uma breve análise econômica, de modo que se encontre a sanção que tenha maior poder dissuasório e

⁵ BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. v. 1, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 88.

⁶ UTTON, M. A. **Cartels and economic collusion**: the persistence of corporate conspiracies. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2011. Available From: Elgar Online: The online content platform for Edward Elgar Publishing. Disponível em: <<https://doi.org/10.4337/9781849807715>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

retributivo na prática; (ii) analisar se a forma de aplicação de sanções pelas autoridades concorrenciais mantém o *enforcement* público, se há possibilidade de real condenação, ou se há grandes chances da questão ser contestada e anulada pelo judiciário; (iii) posteriormente, será feita uma breve análise da experiência no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) na aplicação de sanções a cartéis e do modo que se dá o processo, bem como trazer a controvérsia do art. 37, da Lei 12.529/11; e finalmente, (iv) questionar a utilização da dosimetria de penas baseada cálculo da vantagem auferida.

Quer-se descobrir, portanto, qual seria o modelo ideal de política de sanções a cartéis, na prática, e a partir deste ponto, analisar se a forma como as autoridades concorrenciais aplicam suas sanções estimula ou inibe o comportamento fraudulento, bem como se cumprem ou não seus efeitos dissuasórios e retributivos. Enquanto o efeito retributivo visa a compensar o dano resultante de uma conduta ilícita, o efeito dissuasório visa desencorajar a sociedade, em geral, e os infratores, especificamente, a não cometer novas e futuras condutas. A fim de atingir metas de dissuasão, os cartéis devem confiar na ameaça de penalidades severas, juntamente com um medo significativo de detecção.

A livre iniciativa é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e da Ordem Econômica e Financeira, constando expressamente da Constituição Federal nos artigos 1º, IV e 170, respectivamente. Desse modo, a Constituição, a qual todo ordenamento jurídico está subordinado, deixa claro que optou pela mínima interferência nas relações privadas, econômicas e financeiras. Como consequência, a perturbação dessa ordem poderá causar desequilíbrios financeiros para a economia brasileira e prejuízo para os consumidores. Importante ressaltar que livre iniciativa não significa que o Estado ficará inerte diante de exageros. Nesse sentido deverão ser coibidas práticas de concorrência desleal e repressão ao abuso de poder econômico, tipificado a primeira como crime (art. 183, da Lei 9.279/1996) e a segunda como infração contra a ordem econômica (art. 36, da 12.529/2011). No que tange à autoridade concorrential brasileira, esta tem por função proteger a livre concorrência do mercado e o faz por meio de três atribuições:⁷ (i) preventiva, ao analisar e decidir sobre as fusões, aquisições de controle, incorporações e outros atos de concentração econômica entre empresas; (ii) repressiva, ao investigar e julgar cartéis, bem como outras condutas nocivas à livre concorrência; e, (iii) educativa, na instrução do público em geral e por meio do incentivo à cultura de *compliance*.

⁷ Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/copy_of_competencias/capa-interna>. Acesso em: 2 jun. 2020.

Em sua atuação repressiva, há controvérsia sobre interpretação e aplicação do inciso I do art. 37, da Lei n. 12.529/2011, que determina que a pena para pessoas jurídicas pela prática de infrações à ordem econômica será de:

[...] 0,1% a 20% 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. (BRASIL, 2011).

A controvérsia supramencionada será trazida mais à frente neste trabalho, ao verificar variáveis de viabilidade e custo, entre outras, a fim de esclarecer a questão.

1 ANÁLISE DE REGIMES DE SANÇÕES A CARTÉIS E APLICAÇÕES DE MULTAS

É consenso entre as autoridades da concorrência mundialmente a necessidade de combater fortemente cartéis, dado ao extremo dano que estes causam à ordem econômica, principalmente, no caso de cartéis *hard core* – fixação de preços, manipulação de ofertas (propostas colusivas), restrições de produção e divisão de mercado (ou compartilhamento).⁸ No entanto, há divergências quanto à maneira mais eficaz de aplicação dessas sanções, seja quanto ao regime utilizado, seja quanto à forma do cálculo a ser baseada a sanção, bem como sua assertividade e eficácia.

A boa dissuasão impede que as empresas adotem condutas que, prejudicando a concorrência, reduzem o bem-estar, enquanto a má dissuasão – ou “super-dissuasão” – impede que as empresas adotem condutas que, ao aumentar a concorrência, melhoram o bem-estar social. Um regime de política de concorrência será mais eficaz quanto maior o nível de boa dissuasão e menor o nível de baixa dissuasão.⁹

De acordo com o relatório da Organização de Cooperação de Desenvolvimento Econômico (OCDE),¹⁰ a maioria das autoridades da concorrência persegue um ou mais objetivos com sua política de multas: dissuasão, punição, desprezo ou compensação. Algumas autoridades da concorrência podem enfatizar mais um objetivo do que outro. Grande parte dos países signatários da OCDE utilizam a imposição de multas, a fim de impedir que as empresas se envolvam no mesmo comportamento anticoncorrencial no futuro e dissuadir outro infrator

⁸ Original: *price fixing, bid rigging (collusive tenders), output restrictions, and market division (or sharing)*. Disponível em: <<https://www.oecd.org/competition/cartels/2752129.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

⁹ Original: *Good deterrence prevents firms from adopting conducts that, by impairing competition, reduce welfare, while bad deterrence – or over-deterrence – prevents firms from adopting conducts that, by enhancing competition, improve social welfare. A competition policy regime is more effective the higher its level of good deterrence and the lower its level of bad deterrence*. BUCCIROSSI, P. et al. Deterrence in competition law. Governance and the Efficiency of Economic Systems (GESY). **Discussion Paper n. 285**, 2009, p. 11. Disponível em: <http://www.learlab.com/pdf/285_1254407400.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

¹⁰ ORGANISATION FOR CO-OPERATION. Sanctions in antitrust cases, 2016. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2016\)6/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2016)6/en/pdf)>. Acesso em: 20 mai. 2020.

em potencial de aderir a uma conduta anticoncorrencial. Outrossim, alguns Estados Estrangeiros consideram a punição como um objetivo primordial, enquanto outras focam na recuperação dos benefícios obtidos pelos infratores na conduta anticompetitiva.¹¹

De acordo com a teoria clássica do ilícito trazida por Gary Becker¹² em 1968, onde este faz uma abordagem econômica sobre a criminalidade, com base no comportamento do criminoso, destacando os fatores que o motivariam e os que inibiriam a realizar crimes. Para o autor, o mercado de crimes, seria então um mercado de trabalho semelhante a qualquer outro – exceção feita para a questão da legalidade, claro – em que o criminoso agiria de maneira racional, respondendo a incentivos. Assim, antes de agir, um criminoso avalia os ganhos e os custos implicados em sua ação.

[...] a quantidade de ilícito cometido está diretamente relacionada com a probabilidade de detecção, o montante da pena, e outras variáveis como os *payoffs* do setor legal e do setor ilegal, a frequência das prisões e a tendência do indivíduo de cometer ilícitos. [...] Isso quer dizer que a quantidade de ilícito está intimamente ligada ao *payoff* da atividade legal. Não adianta apenas aumentar o custo da atividade ilegal. Importante também olhar para atividade legal e ver qual é o peso que ela tem na tomada de decisão. Falando de direito da concorrência em caso de cartel a opção é o preço supracompetitivo (*payoff* do ilegal) e o preço competitivo (*payoff* do legal).¹³

A maioria dos regimes antitruste maduros apela a teorias consideradas economicamente ótimas de dissuasão para justificar a dimensão das sanções monetárias impostas.¹⁴ No entanto, a relação entre a teoria das multas ótimas para dissuasão e as metodologias reais usadas para fixar multas geralmente é tênue, em parte porque as informações estatísticas necessárias para definir multas economicamente ótimas (quantidade de lucro excedente ganho, probabilidade de detecção) são muito difíceis de obter.

Apesar de inúmeras possibilidades de penalização e responsabilização pelas condutas ilícitas, nota-se que os infratores seguem cometendo delitos e que os custos com o *enforcement* das autoridades concorrenciais são altos, e tendem a aumentar à medida que os infratores

¹¹ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Setting of fines for cartels in ICN jurisdictions. **Report to the 7th Annual Conference in Kyoto**. April 2008, p. 11. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc351.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

¹² BECKER, G. S. **Crime and punishment: an economic approach**. NBER. 1974, p. 156. Disponível em: <www.nber.org/chapters/c3625>. Acesso em: 2 jun. 2020.

¹³ MACEDO, A. C.; RODRIGUES, E. F. **Dimensionamento de sanções antitruste a cartéis**. A revolução do antitruste no Brasil: a era dos cartéis. São Paulo: Singular, 2018, p. 4. Disponível em: <<https://www.iiede.com.br/wp-content/uploads/2018/10/Artigo-Dimensionamento-de-sanções-antitruste-a-cartéis-versão-definitiva.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2019.

¹⁴ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Defining hard core cartel conduct: effective institutions: effective penalties. In: ICN Working Group on Cartels. **ICN 4th Annual Conference**. Bonn, Germany, Jun. 2005. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_4th_bonn_2005/Effective_Anti-Cartel_Regimes_Building_Blocks.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2020.

desenvolvem suas técnicas de infração. Cabe, portanto, questionar a eficácia dessas políticas antitrustes atuais. É possível inferir que as políticas antitrustes não estão alcançando seus objetivos dissuasórios, devido ao fato de que, aparentemente, o *payoff* do ilegal, em comparação ao *payoff* do legal, é mais interessante? Com o intuito de aumentar o *enforcement* público, pode-se afirmar que um aumento nas sanções pecuniárias aplicadas atualmente resolveria a questão dissuasória tornando a política antitruste mais eficiente? Se pensarmos, portanto, racionalmente a partir da teoria do ilícito trazida por Gary Becker¹⁵, pode-se concluir que, um aumento na dissuasão pode ser alcançado de duas formas: aumentando a punição ou aumentando a probabilidade de ser pego.

A análise do poder dissuasório de uma autoridade concorrencial é inerentemente difícil, pois exige inferências sobre infrações e fusões que nunca ocorreram, por exemplo. Além de que, a relação entre um fato observado e o efeito dissuasório do trabalho das autoridades da concorrência não é óbvia: uma autoridade pode ter uma carga de casos relativamente baixa porque não é muito boa em detectar violações da lei ou porque violações da lei são dissuadidas de forma tão eficaz que não restam muitas a serem investigadas. Ademais, há diversos modos que as autoridades concorrenciais podem influenciar as variáveis de dissuasão. Ao estimar a dimensão da dissuasão, é comum que a literatura considere variações nos parâmetros de *input* que afetam as decisões de cartelizar e quais os custos.¹⁶

Posto isso, seguindo a análise dos regimes de sanções aplicadas de um modo geral, nota-se a necessidade de avaliar e comparar dimensões relevantes dos regimes de punições e a forma como estas se dão. Primeiramente, é imprescindível distinguir a finalidade do *enforcement* – público ou privado – de uma autoridade concorrencial, pois ele influenciará diretamente no regime de sanção a ser aplicado. Sendo assim, as punições podem se basear nos danos causados, que tomariam por base que o *enforcement* da autoridade da concorrência é maximizar o bem-estar social no sentido que o objetivo seria reparar o dano causado aos consumidores pelo aumento do preço que deveria ser o competitivo pelo cartel¹⁷ – *enforcement* privado; ou, se

¹⁵ BECKER, G. S. **Crime and punishment: an economic approach**. NBER. 1974, p. 156. Disponível em: <www.nber.org/chapters/c3625>. Acesso em: 2 jun. 2020.

¹⁶ CMA. Competition and Markets Authority. **The deterrent effect of competition authorities' work**. Literature review of methodologies to measure the deterrent effect of competition authorities' work. Published 7 September 2017. From: Competition and Markets Authority Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/642801/deterrent-effect-of-competition-authorities-work-lit-review.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2020.

¹⁷ KATSOULACOS, Y.; MOTCHENKOVA, E.; ULPH, D. Public and private antitrust enforcement for cartels: should there be a common approach to sanctioning based on the overcharge rate? **Rev. econ. contemp.**, v. 23, n. 2, e192321. Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-98482019000200200&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 19 dez. 2019.

basear em vantagem auferida pelos cartéis na conduta ilícita, sobrepreços, ou, ainda, na receita do cartel, isto é, no valor do faturamento bruto da empresa – *enforcement* público. Nestes últimos, pode-se concluir que a finalidade precípua consistiria na dissuasão da conduta.

É preciso distinguir o objetivo da agência da concorrência de compensar os danos causados às vítimas diretas de comportamento anticoncorrencial do objetivo *a priori* de restringir esse mesmo comportamento por causa de suas amplas consequências, que afetam muito além de suas vítimas diretas e prejudicam a economia, bem como o desenvolvimento econômico-social do país.¹⁸

De acordo com a corrente utilitarista do *Law & Economics*, com base em Gary Becker¹⁹, a penalidade ou a compensação devem ser definidas levando em consideração a probabilidade de detecção; a aversão ao risco do infrator; e o objetivo do pagamento, seja internalizar o dano (compensando as partes lesadas em ações civis) ou deter o comportamento (por meio de ações criminais e outras ações punitivas).²⁰

John Connor²¹ traz em seu estudo uma análise de multas antitrustes e penalidades impostas a participantes de 260 cartéis internacionais detectados entre 1990 e 2005, usando quatro indicadores de eficácia da aplicação de sanções por autoridades antitruste.

O primeiro deles é a (i) velocidade com que as agências investigam, negociam e impõem sanções, visto que os longos atrasos são considerados pontos negativos nas políticas públicas antitruste. O segundo indicador é o (ii) padrão de formação de cartéis ao longo do tempo. A noção relativa a essa medida de eficácia da aplicação da lei é que, à medida que as informações forem disponibilizadas aos eventuais infratores sobre aumentos nas multas máximas, na probabilidade de detecção ou no enrijecimento das sanções reais, os infratores aumentarão suas expectativas quanto aos custos da conduta ilícita. O terceiro indicador é o (iii) tamanho da multa aplicada a uma empresa em relação às suas vendas durante o período do cartel - alternativamente, as multas de todos os membros de um cartel podem ser comparadas às vendas afetadas do mercado total. Embora esses índices não tenham relação direta com a dissuasão econômica, eles são a medida mais citada de um processo bem-sucedido em discussões legais,

¹⁸ Original: “It is therefore necessary to distinguish the objective of compensating the damage caused to the direct victims of anti-competitive behavior from the a priori objective of curbing that very behavior because of its broad consequences, which affect far beyond their direct victims and harm the economic and social development of the country”. SEPRAC. Secretariat for Productivity and Competition Advocacy. **Estimating Cartel Damages**. Guidelines: Competition Advocacy. Secretariat for Productivity and Competition Advocacy (SEPRAC). Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/guias-e-manuais/estimating-cartel-damages>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

¹⁹ BECKER, G. S. **Crime and punishment: an economic approach**. NBER. 1974, p. 156. Disponível em: <www.nber.org/chapters/c3625>. Acesso em: 2 jun. 2020.

²⁰ SEPRAC, op. cit.

²¹ CONNOR, J. M. Effectiveness of antitrust sanctions on modern international cartels (December 1, 2006). **Journal of Industry, Competition, and Trade**. 2006, p. 195-223. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.988707>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

de acordo com Connor. O quarto indicador trazido por este autor faz referência à (iv) proporção entre sanções monetárias e sobrepreço de cartéis. Esse índice está diretamente relacionado à questão da dissuasão econômica, todavia, é o mais difícil de calcular e o mais provável de conter erros de cálculo – e que será destrinchado mais à frente neste trabalho.

Paolo Buccirossi²² elenca fatores que interferem no poder de dissuasão, sendo eles: (i) sanções e danos; (ii) os recursos financeiros e humanos; (iii) os poderes de investigação; (iv) a qualidade da lei; (v) a independência; e (vi) a separação dos poderes. A partir desses fatores, Buccirossi coloca outros três pontos que devem ser pensados por parte da legislação à respeito do *enforcement*, sendo: (i) o nível de perda que as empresas e pessoas físicas esperam sofrer caso sejam condenadas; (ii) a probabilidade percebida pelos infratores de serem descobertos e condenados; e por último, (iii) a probabilidade percebida de ser condenado indevidamente.²³

Tendo em mente os fatores supramencionados, é possível analisar o nível de dissuasão de uma autoridade antitruste em suas políticas de combate a cartéis e como tais fatores influenciam na decisão sobre a formação ou não de cartel ou de condutas anticompetitivas em geral, tendo em mente que ambas *under-deterrence* e *over-deterrence* são colocados como pontos negativos em uma política antitruste efetiva.

A primeira característica abordada por Buccirossi, que tem definitivamente impacto relevante em uma empresa, é a política de sanção adotada, visto as possibilidades vão muito além de sanções administrativas aplicadas pela própria autoridade concorrencial, mas se estendem em reparação de danos às partes lesadas, bem como perdas patrimoniais e de participação de mercado, redução do valor do mercado de ações, que afetam diretamente sua capacidade de obter capital, tal e qual a perda de clientes e fornecedores, ou quaisquer outros, que não estarão dispostos a negociar com uma empresa que violou a lei.²⁴ É evidente que a análise será sempre uma junção de fatores, e dependerá de como a política de sanções ocorre na prática, além do nível máximo que podem atingir e sobre como esses critérios são aplicados.

A possibilidade de infratores efetivamente sofrerem as sanções após violar a lei depende, principalmente, da atividade de controle da autoridade antitruste, que dependerá do

²² BUCCIROSSI, P. et al. Deterrence in competition law. Governance and the Efficiency of Economic Systems (GESY). **Discussion Paper n. 285**, 2009. Disponível em: <http://www.learlab.com/pdf/285_1254407400.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.

²³ Original: “*The level of the loss that firms and individuals expect to suffer if they are convicted (rightly or wrongfully); the perceived probability of wrongdoers being detected and convicted; the perceived probability of being wrongly convicted*”. BUCCIROSSI, P. et al., loc. cit.

²⁴ BUCCIROSSI, P. et al., loc. cit.

nível e método de suas atividades, ou seja, da quantidade de recursos que esta dedica a essa atividade, tal como os poderes que possui.²⁵

Ao mesmo tempo, o nível de aplicação de uma lei antitruste é um resultado direto dos recursos financeiros e humanos que esta pode empregar, ou seja, quanto maior a quantidade de recursos, maior a probabilidade de a autoridade da concorrência tomar conhecimento de condutas lesivas a concorrência.²⁶ Óbvio é, também, a questão dos poderes de investigação detidos para agência concorrencial, que quanto mais fortes, melhores informações serão coletadas.

É necessário ressaltar que alguns aspectos da política de sanções também alteram o fator de probabilidade de detecção, por meio dos programas de leniência que concedem imunidade às empresas que revelam a existência de um cartel. Um dos efeitos de dissuasão desse programa interfere direta e precisamente na probabilidade de detecção de um cartel, uma vez que as empresas cooperam com a autoridade.²⁷

Outros fatores que influenciam diretamente na qualidade das decisões das autoridades antitruste e no cometimento ou não de erros estão diretamente ligados à qualidade da lei:

A qualidade das regras é uma questão de julgamento, o que torna extremamente difícil a definição dessa variável de política. No entanto, pode-se observar se a legislação da concorrência (e a lei que disciplina sua aplicação real, por exemplo, diretrizes) possui regras que tornam a relação entre condutas legais e ilegais mais próxima de seus efeitos no bem-estar social, de acordo com a teoria econômica predominante. Os principais fatores, por exemplo, são: se a lei da concorrência permite uma defesa da eficiência para fusões, se a agência da concorrência pode considerar objetivos não econômicos na avaliação dos efeitos de comportamentos potencialmente abusivos, se o padrão de prova se baseia em uma regra de razão ou uma proibição *per se* e se existe uma isenção geral para uma ou mais indústrias.²⁸

E a independência da agência concorrencial:

Elementos importantes para determinar o nível de independência de uma agência da concorrência é seu status institucional (isto é, se é um tribunal, um órgão independente

²⁵ BUCCIROSSI, P. et al. Deterrence in competition law. Governance and the Efficiency of Economic Systems (GESY). **Discussion Paper n. 285**, 2009. Disponível em: <http://www.learlab.com/pdf/285_1254407400.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Original: “*The quality of the rules is a matter of judgement, which makes defining this policy variable extremely difficult. However, one can observe whether the competition legislation (and the soft law that disciplines its actual application, e.g. guidelines) has rules that make the partition between legal and illegal conducts closer to their effect on social welfare, according to the prevalent economic theory. Key factors, for instance, are: whether the competition law allows an efficiency defense for mergers, whether the competition agency can consider non-economic goals in evaluating the effects of potentially abusive behaviors, whether the standard of proof is based on a rule of reason or a per se prohibition and whether there is a general exemption for one or more industries.*”; Ibid.

do setor público ou um ramo de um ministério) e se o governo tem o poder de anular uma decisão tomada pela agência da concorrência.²⁹

O último ponto trazido por este autor é o grau de separação entre os poderes – entre aquele que realiza a investigação sobre a conduta e o que toma a decisão sobre se o comportamento deve ou não ser sancionado –, quanto maior a separação entre eles, mais equilibrada será, provavelmente, a decisão.³⁰

Além dos fatores mencionados, pode-se dizer que um regime de penalidade será melhor que outro se for mais fácil de implementar, gerar menos incerteza, e tiver um impacto positivo no bem-estar social. Infelizmente, os regimes que são superiores em termos de suas propriedades de bem-estar não são superiores (e podem ser inferiores) em termos de outros critérios de avaliação. Isso dificulta a definição de resultados de diferentes regimes na prática.³¹

Nesses casos, o cálculo é baseado na obtenção de estimativas de sobrepreço e, mais importante, no volume contrafactual³² de vendas, portanto, informações sobre a estrutura da demanda. Isso implica que esse regime, tenha premissas fracas no que tange implementabilidade e transparência.³³ O cálculo não é simples, uma vez que envolve a avaliação de preço e quantidade na ausência de cartel, ou seja, autoridades enfrentam escassez de informações e, quando disponíveis, costumam ser insuficientes para aplicação dos métodos econométricos desejados. Ainda, “os indícios são que os resultados dessas estimativas

²⁹ Original: “*Important elements for determining the level of independence of a competition agency are its institutional status (i.e., whether it is a court, an independent public sector body or a branch of a ministry) and whether the government has the power to over-rule a decision taken by the competition agency.*” BUCCIROSSI, P. et al. Deterrence in competition law. Governance and the Efficiency of Economic Systems (GESY). **Discussion Paper n. 285**, 2009. Disponível em: <http://www.learlab.com/pdf/285_1254407400.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

³⁰ No CADE há forte independência entre a Superintendência-Geral – onde são investigadas as condutas –, e o Tribunal – onde tais condutas são julgadas. No entanto, as decisões deste Tribunal poderão ser contestadas pelo Poder Judiciário, devida à inafastabilidade de jurisdição, com fulcro no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal prevê que o Poder Judiciário deve apreciar qualquer lesão ou ameaça a direito, já mencionada anteriormente.

³¹ KATSOUACOS, Y.; MOTCHENKOVA, E.; ULPH, D. Public and private antitrust enforcement for cartels: should there be a common approach to sanctioning based on the overcharge rate? **Rev. econ. contemp.**, v. 23, n. 2, e192321. Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-98482019000200200&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 19 dez. 2019.

³² Nesse contexto, dois cenários se sobressaem: um em que houve atuação exitosa do cartel; e o outro sem a vitória ou sem a participação do cartel. A diferença entre os descontos nesses dois cenários possibilita estimar o dano da ilicitude no momento da infração. Essa avaliação é denominada de análise contrafactual. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEWj4spSRn4DqAhWiK7kGHeeJDFsQFjAAegQIARAB&url=https%3A%2F%2Frevista.tcu.gov.br%2Ffojs%2Findex.php%2FRTCU%2Farticle%2Fview%2F1399%2F1568&usq=AOvVaw3LAWmYAwXMtMG9EzX4UdMh>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

³³ KATSOUACOS, Y.; MOTCHENKOVA, E.; ULPH, D., op. cit.

econômicas são possivelmente ainda mais falhos do que os próprios modelos econômicos são capazes de apurar”.³⁴

Além disso, devem ser ressaltados o custo administrativo de implementabilidade deste regime de sanção, ainda pensando no número de eventuais recursos, tendo em visto a alta probabilidade de erros de estimativa, podendo estas serem contestadas, ou ainda, julgadas como discriminatórias ou arbitrárias, quando não se tem um padrão claro de metodologia.³⁵

Outro elemento importante é a transparência, isto é, o quão facilmente e com que precisão as empresas podem prever a multa que enfrentarão se forem processadas e consideradas violadoras da lei.³⁶ Quando as empresas não conseguem prever as estimativas de penalidades que a autoridade de concorrência fará, se investigar e condenar sua conduta, há uma falta de transparência ou certeza, que se julga como uma característica não desejável de um regime de penalidade.³⁷

Alguns países preveem explicitamente em seus estatutos a imposição de penalidades baseadas em vantagem auferida e dano. Apesar de ambos os termos terem relação direta, é importante ressaltar que estes conceitos não se confundem. Nos Estados Unidos as sanções são baseadas essencialmente na vantagem auferida e dano, enquanto na China a vantagem auferida constitui apenas uma penalidade adicional, que é combinada com a penalidade baseada em receita.³⁸

Dado ao alto custo, grande dificuldade de calcular o dano e a vantagem auferida, além da não viabilidade de padronização do método utilizado, os cálculos estão sujeitos a divergências constantes, o que gera insegurança jurídica e tornam as questões altamente prováveis de contestações no judiciário. Ademais, também são muito difíceis de estimar com precisão, pois exigem conhecimento do preço, volume das vendas, tal como estrutura da demanda e informações sobre custos. Assim, é provável que sua estimativa esteja sujeita a erros bastante significativos, o que implica que essas penalidades também apresentem problemas

³⁴ MACEDO, A. C.; RODRIGUES, E. F. **Dimensionamento de sanções antitruste a cartéis**. A revolução do antitruste no Brasil: a era dos cartéis. São Paulo: Singular, 2018, p. 4. Disponível em: <<https://www.iiede.com.br/wp-content/uploads/2018/10/Artigo-Dimensionamento-de-sanções-antitruste-a-cartéis-versão-definitiva.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2019.

³⁵ KATSOUACOS, Y.; MOTCHENKOVA, E.; ULPH, D. Public and private antitrust enforcement for cartels: should there be a common approach to sanctioning based on the overcharge rate? **Rev. econ. contemp.**, v. 23, n. 2, e192321. Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-98482019000200200&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 19 dez. 2019.

³⁶ Ibidem.

³⁷ Ibidem.

³⁸ Ibidem.

significativos de implementabilidade e podem criar um baixo grau de transparência.³⁹ Ainda, a morosidade da análise e de imposição efetiva da sanção pode significar prejuízos para os resultados desta política.

Mensurar danos na prática é difícil, mesmo em casos simples de cartel por causa dos requisitos de dados e da necessidade de construir um cenário convincente [...]. Os casos mais difíceis provavelmente exigirão contribuições substanciais de analistas qualificados e experientes, com conhecimento detalhado das indústrias também. [...] Os métodos mais frequentemente usados [...] geralmente requerem conjuntos de dados relativamente grandes.⁴⁰

A ideia dos países que utilizam vantagem auferida e dano como ponto principal para a quantificação da multa, segue o raciocínio de que a pena deve ser associada diretamente ao dano causado pelo infrator, no sentido que ressarcir a lesão causada, tendo, nestes casos, a autoridade antitruste uma responsabilidade relevante também com a esfera privada.

Ao formular as diretrizes, a Comissão de Penas dos Estados Unidos acreditava que as multas por crimes econômicos deveriam estar intimamente relacionadas ao ganho resultante para os autores ou à perda resultante para as vítimas. No entanto, a Comissão também apreciou que a fixação de ganhos ou perdas poderia ser difícil. Para os delitos de cartel, as diretrizes empregaram uma aproximação previamente determinada para ganhos e perdas, explicando que: “O objetivo de especificar uma porcentagem do volume de comércio é evitar o tempo e as despesas necessárias para que o tribunal determine o valor real de ganho ou perda.”⁴¹

³⁹ KATSOULACOS, Y.; MOTCHENKOVA, E.; ULPH, D. Public and private antitrust enforcement for cartels: should there be a common approach to sanctioning based on the overcharge rate? *Rev. econ. contemp.*, v. 23, n. 2, e192321. Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-98482019000200200&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 19 dez. 2019.

⁴⁰ Original: “*Measuring harm in practice is difficult even in straightforward cartel cases because of data requirements and the need to construct a convincing [...] scenario. The more difficult cases will likely require substantial inputs from skilled and experienced analysts with detailed knowledge of the industries too. [...] The most often used methods [...] typically require relatively large data sets.*” ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Quantification of harm to competition by national courts and agencies**, 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/QuantificationofHarmtoCompetition2011.pdf>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

⁴¹ Original: “*In formulating the Guidelines, the United States Sentencing Commission believed that fines for economic crimes should be closely related to the resulting gain to the perpetrators or the resulting loss to the victims. But the Commission also appreciated that determining gain or loss could be difficult. For cartel offenses, the Guidelines employed a readily-determined proxy for gain and loss, explaining that: ‘The purpose for specifying a percent of the volume of commerce is to avoid the time and expense that would be required for the court to determine the actual gain or loss’.*” ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Global Forum on Competition**. Sanctions in Antitrust Cases. Contribution by the United States. OCDE, 2016. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwi a0smxooDqAhWkHLkGHaYnBGAQFjAAegQIAhAB&url=http%3A%2F%2Fwww.oecd.org%2Fdaf%2Fco mpetition%2Fcompetition-and-sanctions-in-antitrust-cases.htm&usg=AOvVaw2J-uwK4BvbkyiDMIVcqPqK>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

Apesar de sanções baseadas em danos raramente serem aplicadas na prática devido às dificuldades em sua estimativa e a incerteza que criam⁴², existem estudos que apresentam métodos de quantificação de referidos danos. Ashurst⁴³ foi o primeiro trabalho a compilar um estudo de quantificação de danos em cartel para a Comissão Europeia, que fornece uma visão geral muito estruturada das decisões dos tribunais no momento da análise. Oxera⁴⁴ também trouxe um estudo de quantificação de danos, que diferencia as abordagens baseadas em comparações, análise financeira e estrutura de mercado, descreve a base contrafactual de cada abordagem e categoriza as técnicas disponíveis. Apesar de fornecer uma visão geral sólida e abrangente do campo das abordagens de quantificação e adicionar vários exemplos práticos de casos de cartel em toda a União Europeia, ambos os estudos não entram em detalhes econômicos.

Dada a extrema dificuldade de calcular precisamente esses dados, alguns países decidem utilizar a vantagem auferida para aplicação de sanções de maneira arbitrária, a partir de estimativas. No entanto, há de se levar em consideração ao estipular uma multa deste modo o risco de *over-deterrence* ou *under-deterrence*, que são vistos como fatores desfavoráveis para a política de dissuasão da conduta.

No caso da Comissão Europeia, por exemplo, as diretrizes de 2006 introduzem o conceito de “*entry fee*”, uma quantia base inicial igual a 15% a 25% das vendas anuais relevantes, independentemente da duração da infração.⁴⁵ De acordo com as diretrizes, essa taxa de inscrição pode ser aplicada em casos de cartel e pode ser aplicada em outros tipos de infrações antitruste.⁴⁶ Já nos Estados Unidos:

[...] o montante básico de multas por acordos de manipulação ou fixação de preços ou alocação de mercado é geralmente fixado em 20% do volume de comércio afetado. O

⁴² KATSOULACOS, Y.; MOTCHENKOVA, E.; ULPH, D. Public and private antitrust enforcement for cartels: should there be a common approach to sanctioning based on the overcharge rate? **Rev. econ. contemp.**, v. 23, n. 2, e192321. Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-98482019000200200&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 19 dez. 2019.

⁴³ ASHURST. Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules. **Analysis of economic models for the calculation of damages**. Prepared by Emily Clark, Mat Hughes and David Wirth. Brussels, 31st July 2004. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/economic_clean_en.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2020.

⁴⁴ OXERA. **Quantifying antitrust damages** - Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission. 2009. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2020.

⁴⁵ EUROPEAN COMMISSION PRESS RELEASE. **Competition**: Commission revises guidelines for setting fines in antitrust cases, 2006. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-06-857_en.htm>. Acesso em: 2 jun. 2020.

⁴⁶ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Sanctions in antitrust cases**. 2016. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2016\)6/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2016)6/en/pdf)>. Acesso em: 20 mai. 2020.

valor de 20% foi decidido de acordo com os resultados empíricos das diretrizes de sentença no momento da sua introdução em 1987, que o sobrepreço médio obtido por conluio é estimado em 10%.⁴⁷ O valor de 20% está sujeito a novos ajustes para fatores agravantes e atenuantes. As multas financeiras totais observadas geralmente caem na faixa de 15% a 80% das vendas afetadas.⁴⁸

Os países que buscam, de alguma forma, incorporar em suas sanções um aspecto de dano ou vantagem advindo da conduta:

(i) os países que fazem isso, o fazem de forma arbitrária, e não fazendo cálculos caso a caso, dado os reconhecidos custos e dificuldades de fazê-lo: os guias de apenamento das autoridades antitruste dos EUA estimam, de forma fixa, que haja um sobrepreço de 10% no caso de cartéis punidos pela autoridade, e por razões não muito fundamentadas (aparentemente uma “margem de segurança”), inserem no cálculo da sanção uma presunção de sobrepreço de 20%; no caso na Comissão Europeia, o percentual utilizado é de 30%; (ii) tal arbitrariedade é, reconhecidamente, uma ficção: o guia americano presume um sobrepreço de 10%; o guia europeu um de 30% (3 vezes maior, portanto); estudos listados no *paper* da OCDE (2011) indicam uma média de sobrepreço entre 10% e 20%, mas os mesmos estudos mostram diversos casos com sobrepreços estimados em 5%, 10%, 40%, 60%; como diz o estudo da OCDE: “*The strong fluctuation of overcharges indicates important industry, country and cartel-specific factors influencing the level of overcharges, rendering an average approach inaccurate*” (OCDE, 2011); (iii) ao final, mesmo nos países que arbitram um sobrepreço “médio” para cartéis, a relevância da incorporação desse fator no cálculo da sanção final acaba sendo altamente relativa: primeiro, porque também são considerados no cálculo da sanção numerosos outros fatores de apenamento, atenuantes e agravantes; segundo, porque, tanto nos EUA quanto na UE, a multa está limitada a um teto, independentemente no “sobrepreço” arbitrário definido para aquele cartel.⁴⁹

A título de exemplo, o *Bundeskartellamt*⁵⁰ (autoridade alemã de defesa da concorrência) tem suas diretrizes definidas para a fixação de multas não superior a 10% do volume de faturamento total alcançado pela empresa no ano anterior. No Japão, o objetivo original do cálculo de sobrepreço é repudiar ganhos ilegais por conduta anticompetitiva. Para isso, as taxas de sobrepreço são definidas com base nas taxas de lucro médias de longo prazo em cada tamanho de empresa e tipo de negócio. A quantidade de vendas de bens ou serviços

⁴⁷ Original: “*In the US, the basic amount of fines for bid rigging, price fixing or market allocation agreements is generally set at 20% of the volume of affected commerce. The 20 % figure was decided according to the empirical results of the sentencing guidelines at the time of their introduction in 1987 that the average overcharge levied by collusion is estimated as 10 %. The figure representing the average overcharge (10%) was doubled because of accounting for losses such as customers who are priced out of the market.*” ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Sanctions in antitrust cases**. 2016. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2016\)6/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2016)6/en/pdf)>. Acesso em: 20 mai. 2020.

⁴⁸ BOYER, M.; KOTCHONI, R. How much do cartel overcharge? CIRANO - **Scientific Series**. 2015. Disponível em: <<https://cirano.qc.ca/files/publications/2015s-37.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2020.

⁴⁹ MACEDO, A. C.; RODRIGUES, E. F. **Dimensionamento de sanções antitruste a cartéis**. A revolução do antitruste no Brasil: a era dos cartéis. São Paulo: Singular, 2018, p. 13. Disponível em: <<https://www.iiede.com.br/wp-content/uploads/2018/10/Artigo-Dimensionamento-de-sanções-antitruste-a-cartéis-versão-definitiva.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2019.

⁵⁰ Bundeskartellamt: **Erfolgreiche Kartellverfolgung**: Nutzen für Wirtschaft und Verbraucher. 2016, p. 15. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Broschueren/Informationsbroschüre%20-%20Erfolgreiche%20Kartellverfolgung.pdf?__blob=publicationFile&v=12>. Acesso em: 2 jun. 2020.

relacionados a um cartel multiplicada pelas taxas de sobrepreço seria a vantagem econômica auferida por um cartel.⁵¹

Existem críticas aos modelos atuais. Alguns artigos sugeriram que as multas são muito baixas para uma dissuasão ideal. Em particular, Smuda⁵² estuda estimativas de sanções na Europa e descobre que em 67% dos casos a sanção final não superou os ganhos ilegais com a conduta ilícita. Além disso, Bosch e Eckard⁵³ realizaram um estudo de caso com 127 condenações a cartéis e relataram haver uma perda do valor do mercado de ações maior do que a multa. Argumentam que isso sugere que os acionistas estão mais preocupados com a queda futura nos lucros do que com as punições monetárias, e, portanto, que multas são muito baixas para a dissuasão ideal. De qualquer modo, ambos os estudos sugerem que os níveis de penalidade atuais têm pelo menos algum efeito sobre a dissuasão, mesmo que os níveis de penalidade sejam considerados não sejam os ideais.

Para Combe e Monnier⁵⁴, em uma análise à política antitruste da Comissão Europeia, o nível de multas em comparação com o ganho ilegal obtido pelos membros do cartel permanece baixo - na melhor das hipóteses, apenas metade das multas atingem esse valor -, de modo que, ainda que se considere uma probabilidade de detecção de 100%, estas não serão suficientes para impedir a fixação de preços se o tomador de decisões for neutro ao risco.

John Connor⁵⁵, em seu trabalho acadêmico de 2006, relatou a existência de poucos estudos que avaliavam a real eficácia da aplicação de um regime específico de *enforcement* anticartéis ou de otimização das sanções.⁵⁶ Além disso, o autor afirmou que as evidências empíricas das últimas duas décadas demonstram um grau significativo de formação contínua de cartéis e múltiplas condenações de dezenas de empresas por fixação de preços, e sugeriu que a reincidência poderia significar que sanções maiores deveriam ser aplicadas ou que uma

⁵¹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Sanctions in antitrust cases**. 2016. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2016\)6/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2016)6/en/pdf)>. Acesso em: 20 mai. 2020.

⁵² SMUDA, F. Cartel overcharges and the deterrent effect of EU competition law. **Journal of Competition Law & Economics**, v. 10, Issue 1, March 2014, p. 63-86. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/joclec/nht012>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

⁵³ BOSCH, J. C.; ECKARD, E.W. The profitability of price fixing: evidence from stock market reaction to federal indictments. **Review of Economics and Statistics**, v. 73, n. 2. 1991, p. 309-317. Disponível em: <https://econpapers.repec.org/article/tprrestat/v_3a73_3ay_3a1991_3ai_3a2_3ap_3a309-17.htm>. Acesso em: 2 jun. 2020.

⁵⁴ COMBE, E.; MONNIER, C. Fines against hard core cartels in Europe: The Myth of Over Enforcement. **The Antitrust Bulletin**, n. 56. 2009. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/228261525_Fines_Against_Hard_Core_Cartels_in_Europe_The_Myth_of_Over_Enforcement>. Acesso em: 2 jun. 2020.

⁵⁵ CONNOR, J. M. Effectiveness of antitrust sanctions on modern international cartels. **Journal of Industry, Competition, and Trade**. 2006, p. 196. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=988707>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.988707>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

⁵⁶ Ibidem.

abordagem multilateral deveria ser implementada para alcançar a dissuasão ideal.⁵⁷ De acordo com o autor: “O aumento das taxas de formação das décadas de 1980 a 1990 é particularmente impressionante e informativo. O aumento de novos cartéis é aparente para todos os tipos de cartéis internacionais, globais, europeus e norte-americanos”.⁵⁸

Em outro estudo sobre taxas de sobrepreço de cartéis nos Estados Unidos e na União Europeia, Connor e Lande⁵⁹ argumentaram que, nos Estados Unidos, os cartéis tinham um sobrepreço de 18% a 37% de suas vendas totais, a depender do conjunto de dados e da metodologia empregados na análise. Em relação aos cartéis europeus, verificou-se que o sobrepreço estava na faixa de 28% a 54%. Finalmente, os autores analisaram cartéis que tiveram efeitos apenas dentro de um único país europeu e descobriram que as sobretaxas estavam em média entre 16% e 48%. Os autores compararam esses sobrepreços com o nível de multas penais ou administrativas impostas a esses cartéis e descobriram que, em média, os sobrepreços do cartel eram significativamente maiores do que as multas aplicadas. Foi concluído que, nesses Estados Estrangeiros, as multas do cartel sequer cobriam o sobrepreço obtido, e que, os Estados Unidos e – principalmente – a União Europeia deveriam aumentar substancialmente suas penalidades pelo conluio.⁶⁰

Apesar de ser criticado por ter se baseado em estimativas, ao invés de observações verdadeiras, sujeitas a erro de modelo, erro de aproximação e viés de publicação, Connor reconhece, posteriormente, em seu estudo de 2010, a partir da análise de novas diretrizes estabelecidas pela Comissão Europeia em 2006, que

Pela primeira vez na história do antitruste, acredito que estamos observando multas que embargam regularmente os lucros de monopólio acumulados por cartelistas [...]

⁵⁷ CONNOR, J. M. Effectiveness of antitrust sanctions on modern international cartels (December 1, 2006). **Journal of Industry, Competition, and Trade**. 2006, p. 196. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.988707>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

⁵⁸ Original: “*The increase in formation rates from the 1980s to the 1990s is particularly striking and informative. The acceleration in new cartels is apparent for all types of international cartels, global, European, and North America.*” Ibidem, p. 196.

⁵⁹ CONNOR, J. M.; LANDE, R. H. How high do cartels raise prices – Implications for optimal cartel fines. **Tulane Law Review**, v. 80, n. 513. 2005-2006. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.988722>> Acesso em: 2 jun. 2020.

⁶⁰ LIANOS, I. et al. An optimal and just financial penalties system for infringements of competition law: a comparative analysis. **CLES Research Paper**, n. 3/2014, p. 68. Disponível em: <<https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/11/Estudio.pdf>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

As novas Diretrizes aplicaram multas de cartel *hard-core* que eram seis vezes mais severas do que multas comparáveis impostas sob as orientações de 1998.⁶¹

Em uma outra análise à política concorrencial dos Estados Unidos, Crandall e Winston⁶² acreditam que as medidas têm sido ineficazes para aumentar o bem-estar do consumidor ou para impedir a conduta anticompetitiva: “[...] Encontramos poucas evidências empíricas de que intervenções passadas [antitruste] tenham dissuadido significativamente o comportamento anticompetitivo”. No entanto, mencionam que:

As empresas e indivíduos condenados por fixação de preços estão sujeitos a sanções penais federais e também vulneráveis a ações privadas por *treble damages* (danos triplos). Block, Nold e Sidak (1981) fornecem evidências de que essas ações privadas são a melhor dissuasão contra conluio. É possível que o Departamento de Justiça tenha conseguido impedir os casos mais graves de fixação de preços e, portanto, esteja cada vez mais processando casos marginais, mas essa suposição não foi documentada. Recentemente, a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça tentou reforçar a dissuasão, aplicando multas mais altas às empresas por fixação de preços e expandindo o uso da indulgência corporativa para empresas que divulgam seu papel em uma conspiração e cooperam com o governo.⁶³

Em contraponto à política de imposição de multas mais altas pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos, com o intuito de fortalecer a dissuasão, Gary Becker traz que:

[...] para os juízes que tem experiência em julgamentos, um aumento na probabilidade de condenação possui um maior efeito na diminuição dos ilícitos do que um aumento na pena. Nesse sentido ele cita Lord Shawness (1965): “*some judges preoccupy themselves with methods of punishment. This is their job. But in preventing crime it is*

⁶¹ Tradução livre: Pela primeira vez na história do antitruste, acredito que estamos observando multas que embargam regularmente os lucros de monopólio acumulados por cartelistas [...] As novas Diretrizes produziram multas de cartel *hard-core* que eram seis vezes mais severas do que multas comparáveis impostas sob as orientações de 1998. CONNOR, J. M. **Has the European Commission become more severe in punishing cartels?** Effects of the 2006 Guidelines. December 13, 2010. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1737885>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

⁶² Original: “[...] *we find little empirical evidence that past [antitrust] interventions have significantly deterred anticompetitive behavior.*” CRANDALL, R. W.; WINSTON, C. B. Does antitrust policy improve consumer welfare? Assessing the evidence. **Journal of Economic Perspectives**, v. 17, 2003 (Fall), p. 1-26. Disponível em: <<https://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/089533003772034871>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

⁶³ Original: “*Firms and individuals convicted of price fixing are subject to federal criminal penalties and also vulnerable to private suits for treble damages. Block, Nold and Sidak (1981) provide evidence that such class actions are the strongest deterrence against collusion. It is possible that the Department of Justice has succeeded in deterring the most serious instances of price fixing and has therefore been increasingly prosecuting marginal cases, but this surmise has not been documented. Recently, the Antitrust Division of the Department of Justice has attempted to strengthen deterrence by imposing higher fines on corporations for price fixing and expanding the use of corporate leniency for firms that disclose their role in a conspiracy and cooperate with the government.*” CRANDALL, R. W.; WINSTON, C. B. Does antitrust policy improve consumer welfare? Assessing the evidence. **Journal of Economic Perspectives**, v. 17, 2003 (Fall), p. 1-26. Disponível em: <<https://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/089533003772034871>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

*of lessen significance than they like to think. Certainty of detection is far more important than severity of punishment”.*⁶⁴

Não obstante ao que trazem os estudos, estes são limitados em suas descobertas, visto que se concentram em um aspecto particular da aplicação para testar outro aspecto da dissuasão. Para fazer comparações entre ferramentas de aplicação da lei ou tipos de dissuasão, muitas vezes é necessário consultar diferentes documentos que se envolvem em diferentes metodologias. Isso torna difícil garantir que as comparações sejam robustas, uma vez que os autores raramente fazem suposições passíveis de comparações e nem sempre enquadram as perguntas da mesma maneira. Esse é um impacto um tanto inevitável de se olhar para um tópico tão multifacetado quanto a dissuasão.

De acordo com o relatório da *International Competition Network* de 2008⁶⁵, a maioria das agências antitruste em todo o mundo tem defendido penalidades monetárias baseadas em receita⁶⁶. Esse regime de penalidade é o mais utilizado devido ao fato de terem uma pontuação alta em termos de facilidade de implementação, o que enseja em baixos custos para a autoridade concorrencial, e também em transparência.⁶⁷ Deste modo, multas baseadas em receita são claramente mais vantajosas do que as multas baseadas em sobrepreço, vantagem auferida e danos⁶⁸.

Sendo assim, é possível concluir que a apresentação de regras claras e transparentes tem efeitos positivos na dissuasão da prática colusiva, colaborando no combate a cartéis, e por meio de sanções baseadas em faturamento, é possível atingir esta finalidade almejada. Além da receita do cartel e o volume de vendas do cartel, que são observáveis e obtidas a baixo custo,

⁶⁴ Tradução livre: [...] alguns juízes se preocupam com os métodos de punição. Esse é o trabalho deles. Mas, na prevenção do crime, é menos importante do que eles gostariam de imaginar. A certeza da detecção é muito mais importante do que a severidade da punição. MACEDO, A. C.; RODRIGUES, E. F. **Dimensionamento de sanções antitruste a cartéis**. A revolução do antitruste no Brasil: a era dos cartéis. São Paulo: Singular, 2018, p. 4. Disponível em: <<https://www.iiede.com.br/wp-content/uploads/2018/10/Artigo-Dimensionamento-de-sanções-antitruste-a-cartéis-versão-definitiva.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2019.

⁶⁵ Original: “*Most CAs throughout the world have advocated simple revenue-based monetary penalties for cartels. Many countries also explicitly provide in their statutes for the imposition of penalties based on illegal gains (indeed 9 out of the 17 countries that participated in the ICN survey in 2008 including US and China). Penalties based on illegal gains can either take the place of revenue-based penalties (as in US) or they can constitute an additional penalty that is combined with the revenue-based penalty in order to reach the overall penalty figure imposed on law violators (as in China).*” INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Setting of fines for cartels in ICN jurisdictions. **Report to the 7th Annual Conference in Kyoto**. April 2008, p. 11. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc351.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

⁶⁶ KATSOUACOS, Y.; MOTCHENKOVA, E.; ULPH, D. Public and private antitrust enforcement for cartels: should there be a common approach to sanctioning based on the overcharge rate? **Rev. econ. contemp.**, v. 23, n. 2, e192321. Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-98482019000200200&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 19 dez. 2019.

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ Ibidem.

todas as outras informações necessárias para a implementação de outro regime de penalidade apenas podem ser obtidas a um custo médio a alto, e muitas vezes não estão sequer disponíveis.

2 A EXPERIÊNCIA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE)

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, que exerce, em todo o Território nacional, as atribuições dadas pela Lei nº 12.529/2011 e tem como missão zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência. O Brasil foi aceito como membro permanente do Comitê de Concorrência da entidade em 2019. O relatório resultante do processo de *peer review* foi apresentado pela delegação do Cade durante a 130ª Reunião do Comitê de Concorrência da OCDE, em Paris. A Organização reconheceu os importantes avanços alcançados pela autarquia desde a promulgação da Lei 12.529/2011 e a ampla implementação das recomendações decorrentes de *peer reviews* anteriores, conduzidos em 2005 e 2010. O relatório da OCDE também apontou o CADE “como uma das principais agências antitruste do mundo”, e considerou a autarquia um dos órgãos públicos mais eficientes do Brasil.⁶⁹

Na esfera administrativa brasileira, consoante art. 37, da Lei n. 12.529/11 as empresas condenadas pelo CADE, por prática de cartel estão sujeitas ao pagamento de multas que podem variar entre 0,1% a 20% do faturamento bruto da empresa ou conglomerado obtido no ano anterior ao da instauração do processo administrativo no ramo de atividade em que se deu a infração. Já no caso de condenação de pessoas físicas ou entidades associativas, as multas podem variar entre R\$ 50 mil e R\$ 2 bilhões.

É possível a utilização, conjuntamente, de penas acessórias a fim de aumentar o poder dissuasório. Quanto às sanções acessórias de natureza não pecuniária, a Lei n. 12.529/2011 prevê em seu artigo 38:

Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

⁶⁹ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA (Brasil). Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Brasil é aceito como membro do Comitê de Concorrência da OCDE**: Presidente do Cade, Alexandre Barreto comemorou a aprovação. “Decisão consolida mais de vinte anos de estreita colaboração com a OCDE em matéria concorrencial”. Assessoria de Comunicação Social, Brasília, 22 fev. 2019. Institucional. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/brasil-e-aceito-como-membro-do-comite-de-concorrencia-da-ocde>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

- 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).

A competência legal do CADE para julgar condutas anticoncorrenciais e aplicar sanções é restrita à esfera administrativa, sendo as sanções criminais e civis analisadas e julgadas por outras instituições. No nível criminal, o poder judiciário pode impor sanções a indivíduos devido a condutas anticoncorrenciais e, na esfera civil, por outro lado, o Judiciário pode condenar empresas e indivíduos considerados culpados pela prática de um cartel para compensar os danos causados às vítimas da infração.⁷⁰

O Tribunal Administrativo de Defesa econômica, órgão integrante do CADE é responsável por julgar condutas anticoncorrenciais depois da Superintendência Geral do CADE ter investigado e emitido uma manifestação sobre o assunto. O art. 45, da Lei 12.529/11 estabelece ao CADE diretrizes – circunstâncias favoráveis ou desfavoráveis – ao aplicar sanções. Entre elas i) a gravidade da conduta; ii) a boa-fé do infrator; iii) a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; iv) a consumação ou não da infração; v) o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros; vi) seus efeitos econômicos negativos no mercado; vii) situação econômica do infrator e, finalmente, viii) a reincidência.⁷¹

Conforme mencionado no tópico anterior, há uma necessidade de definir o objetivo da agência concorrencial antes de fazer uma análise do melhor método a ser utilizado na prática. A possibilidade de reparação civil é, também, uma importante ferramenta de caráter repressivo

⁷⁰ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Sanctions in antitrust cases.** Contribution by Brazil. 2016. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD\(2016\)5/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2016)5/en/pdf)>. Acesso em: 20 mai. 2020.

⁷¹ Ibidem.

e dissuasório da política de combate a cartéis e o CADE já tem empreendido esforços para harmonizar e incentivar um maior contingente de ações de reparação civil pela prática de cartéis⁷², sob a alegação de que, paralelamente à esfera administrativa e criminal, a instauração de ação de reparação de danos decorrentes da prática de cartel também pode surtir efeito positivo para a política de combate a cartéis.

No entanto, o papel principal do CADE está no *enforcement* público, a fim de dissuadir a conduta ilícita, visto que a Lei prevê um limite para as multas do CADE, o que não condiz com um objetivo de ressarcimento. Deste modo, a lei aponta que a sanção aplicada pelo CADE deverá, quando possível, ser superior à vantagem auferida pelo infrator com a conduta, e não ao dano causado pela conduta ilícita.

Há uma série de elementos que levam a crer que o CADE não tem por função ressarcir danos causados por conduta, dentre eles temos o fato de que no art. 37, Lei 12.529/11 são cominadas sanções, ou seja, o CADE tem o dever de aplicar multas, sendo que os danos causados são um dos fatores a serem considerados na aplicação da multa, como elemento para dosar a punição, não com o objetivo de ressarcimento. Em que pese o reforço, a lei brasileira possui um dispositivo específico⁷³ onde versa que a reparação dos danos causados por condutas anticompetitivas é feita de forma diversa, por outros entes, sejam eles privados ou representantes da coletividade.

Por outro lado, ações privadas contra empresas ou indivíduos envolvidos em condutas anticompetitivas podem reduzir os incentivos desses agentes para aplicar para o Programa de Leniência, uma vez que a autoridade não pode garantir a imunidade dos requerentes acordos de leniência em relação a condutas em outros âmbitos que não as esferas criminal e administrativa. Embora o Programa de Leniência do CADE não exija que seus solicitantes indenizem os

⁷² Resolução nº 21, de 11 de setembro de 2018, que “Disciplina os procedimentos previstos nos arts. 47, 49, 85 e 86 da Lei nº 12.529, de 2011, relativos à articulação entre persecução pública e privada às infrações contra a ordem econômica no Brasil. Regulamenta os procedimentos de acesso aos documentos e às informações constantes dos Processos Administrativos para Imposição de Sanções Administrativas por Infrações à Ordem Econômica, inclusive os oriundos de Acordo de Leniência, de Termo de Compromisso de Cessação (TCC) e de ações judiciais de busca e apreensão, além de fomentar as Ações Cíveis de Reparação por Danos Concorrenciais (ACRDC)”.

⁷³ De acordo com o Art. 47, da Lei nº 12.529/11: Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

consumidores prejudicados pelo comportamento anticoncorrencial, ele não nega aos consumidores o direito de processar o mencionado candidato na esfera cível.⁷⁴

A aplicação das multas por infrações contra a ordem econômica, mais especificamente sobre ao regime a ser utilizado na aplicação da pena, é tema de controvérsia dentro do tribunal do CADE, no que tange à possibilidade do valor da multa ultrapassar os 20% do faturamento da empresa no ano anterior – e que, deste modo, o cartel receba uma punição justa, a devolver à sociedade o que dela foi retirado⁷⁵ – ou, a favor da segurança jurídica, que este valor não poderá exceder 20% de faturamento bruto. Deste modo:

[...] independentemente das pertinentes discussões sobre mérito ou demérito de tal ou qual metodologia aplicada a cada um dos modelos, a sensibilidade das estimativas às preferências dos observadores diminui substancialmente o grau de confiança que se possa depositar nos métodos atualmente existentes de dimensionamento dos danos ou vantagem auferida.⁷⁶

A discussão foi suscitada, sobretudo, pela à época Conselheira Cristiane Alkmin e pelo então Conselheiro João Paulo Resende, que defendem, cada um a seu modo, que as multas deverão ser aplicadas baseadas no cálculo da vantagem auferida. O Presidente Alexandre Barreto e o Conselheiro Maurício Maia, entre outros, se posicionam a favor da manutenção da utilização dos percentuais de faturamento do art. 37, I, da Lei n. 12.529/2011 como parâmetro para a definição da sanção.

A ex-conselheira Cristiane Alkmin trouxe o argumento da utilização da vantagem auferida como forma ótima de aplicação da pena, e que, havendo um consenso pelo uso de dito conceito, se escolha uma certa metodologia, e que, a partir daí, diante da metodologia eleita, seja elaborado um Guia de Sanções Pecuniárias⁷⁷, criando, deste modo, uma linha lógica de três etapas. Pode-se notar, portanto, que Alkmin defende que seja escolhida uma metodologia no caso concreto, enquanto Resende defende o conceito já vinculado a uma dada metodologia. Contudo, tampouco aqueles que defendem o uso do cálculo da vantagem auferida para dosimetria de sanções a cartéis conseguem convergir sobre a metodologia utilizada, dada a

⁷⁴ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Sanctions in antitrust cases.** Contribution by Brazil. 2016. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD\(2016\)5/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2016)5/en/pdf)>. Acesso em: 20 mai. 2020.

⁷⁵ ALKMIN, C. J. S. **O dia da Vantagem Marmota Auferida.** 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-cristiane-alkmin/o-dia-da-vantagem-marmota-auferida-12072018>>. Acesso em: 30 set. 2019.

⁷⁶ MACEDO, A. C.; RODRIGUES, E. F. **Dimensionamento de sanções antitruste a cartéis.** A revolução do antitruste no Brasil: a era dos cartéis. São Paulo: Singular, 2018, p. 87. Disponível em: <<https://www.iiede.com.br/wp-content/uploads/2018/10/Artigo-Dimensionamento-de-sanções-antitruste-a-cartéis-versão-definitiva.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2019.

⁷⁷ ALKMIN, C. J. S., op. cit.

existência de uma vasta quantidade de metodologias, e seus cálculos, ainda, são demasiadamente complexos.

Sobretudo, a problemática do cálculo da vantagem auferida é que “*simple, automatised routines are, hence, not applicable*”.⁷⁸ Para o cálculo da vantagem auferida, dada a ausência de dados, não se pode unificar a metodologia utilizada, o que é corroborado pela inexistência da possibilidade de uniformizar os procedimentos nos julgados, o que causa, assim, insegurança jurídica.

Vale ressaltar que todas as multas aplicadas até então estiveram estritas aos limites percentuais legalmente estabelecidos, tendo o CADE levado em consideração a vantagem auferida exclusivamente como um elemento para dosagem a pena. Para uma concreta análise, é pertinente a menção a dois julgados do CADE, onde foi possível verificar, no caso concreto, o debate tão intensamente trazido de forma teórica neste trabalho, são eles: (i) cartel do GLP⁷⁹ e (ii) cartel do sal.⁸⁰

O tribunal do CADE julgou o processo administrativo no mercado de gás liquefeito de petróleo (GLP), no Pará. De acordo com o voto relator, o conjunto probatório indica que as representadas se valeram da fixação de preço de revenda sob sanção de, descumprida a revenda no preço fixado, haver recusa de venda e/ou fornecimento a revendedores clandestinos de GLP, como meio de assegurar a efetividade de um cartel *hard core* no estado do Pará entre as distribuidoras de GLP Paragás, Liquigás (ex-Tropigás) e Supergasbras (ex-Minasgás). As empresas Liquigás e Supergasbras assinaram Termo de Compromisso de Cessação de Conduta, de modo que o processo contra estas representadas ficou suspenso.

A partir da análise deste caso concreto, é possível verificar a problemática dos cálculos a partir do dano ou vantagem auferida como ponto central para adequação de penalidades – apesar da relatora não fazer distinção entre os termos, seus conceitos não se confundem. O voto de relatoria se utilizou de dois modelos para cálculo de sobrepreço obtido pela representada Paragás. Enquanto em um modelo encontrou que a sobrereceita seria de R\$ 97.521.249, no

⁷⁸ Tradução livre: procedimentos simples e automatizados não são, portanto, aplicáveis. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Quantification of harm to competition by national courts and competition agencies.** 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/QuantificationofHarmtoCompetition2011.pdf>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

⁷⁹ Processo Administrativo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica n. 08012.002568/2005-51.

⁸⁰ Processo Administrativo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica n. 08012.005882/2008-38.

segundo modelo a indicação foi a metade, R\$ 48.186.970, já um terceiro estudo, de responsabilidade da GO Associados, indicou que o sobrepreço teria sido inexistente.⁸¹

Independentemente das pertinentes discussões sobre mérito ou demérito de tal ou qual metodologia aplicada a cada um dos modelos, a sensibilidade das estimativas às preferências dos observadores diminui substancialmente o grau de confiança que se possa depositar nos métodos atualmente existentes de dimensionamento dos danos ou vantagem auferida. Tal aspecto da questão é reconhecido nos foros e estudos internacionais que cuidaram de métodos para liquidação de valor exato de dano ou benefício advindo de conduta anticoncorrencial.⁸²

O voto vista indicou relevantes divergências no tocante à necessidade de análise quantitativa aprofundada para fins de justificar a escolha da dosimetria de penalidade aplicada, conforme orientou o Departamento de Estudos Econômicos do CADE.⁸³ Segue abaixo:

Os parâmetros que a Lei 12.529/11 traz referem-se a critérios de dosimetria, nos quais os julgadores podem avaliar que algumas conformações de cartel podem ser menos gravosas que outras, diferenciando, portanto, tão-somente as penalidades aplicadas ou aplicáveis.⁸⁴

Outra questão trazida se refere a análise contrafactual, dado que não é possível garantir que não houve qualquer outro ilícito que apresentasse uma distorção de preço.⁸⁵ Conforme explicitado pelo conselheiro Márcio de Oliveira Júnior em seu voto vista:

A segunda ressalva de fundamentação refere-se à suposta identidade entre dano e vantagem auferida que muitas vezes emerge da discussão acerca do montante da sanção. Ainda que se utilizem parâmetros quantitativos para direcionar as penalidades de multa, a Lei 12.529/11 prevê expressamente que é a vantagem auferida o eventual parâmetro diferenciador – e não o dano. Até mesmo porque o legislador não atribuiu ao CADE o papel de reparar a lesão jurídica causada a toda a sociedade (i.e., o dano), mas apenas o papel repressivo atinente à punição de práticas anticompetitivas. Fixar multas em métricas não inferiores ao dano causado – ignorando o conceito de vantagem auferida trazido em lei – seria expropriação ilícita do patrimônio do particular e ofenderia o princípio constitucional da vedação ao confisco (art. 150, inciso IV, da Constituição) que também é aplicável, a meu ver, ao direito antitruste.⁸⁶

O Tribunal do CADE condenou, em 7 de dezembro de 2016, a empresa Paragás Distribuidora Ltda. por formação de cartel no mercado de distribuição de Gás Liquefeito de

⁸¹ SEI n. 0272709. MACEDO, A. C.; RODRIGUES, E. F. **Dimensionamento de sanções antitruste a cartéis**. A Revolução do Antitruste no Brasil: a era dos cartéis. São Paulo: Singular, 2018, p. 6. Disponível em: <<https://www.jota.info/docs/voto-de-marcio-de-oliveira-junior-sobre-vantagem-auferida-11122016>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

⁸¹ **Voto-vista do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior**. 2016. Disponível em: <<https://www.jota.info/docs/voto-de-marcio-de-oliveira-junior-sobre-vantagem-auferida-11122016>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

⁸² MACEDO, A. C.; RODRIGUES, E. F., op. cit., p. 88.

⁸³ MACEDO, A. C.; RODRIGUES, E. F., op. cit., p. 3.

⁸⁴ **Voto-vista do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior**, op. cit.

⁸⁵ MACEDO, A. C.; RODRIGUES, E. F., op. cit., p. 88.

⁸⁶ **Voto-vista do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior**, op. cit.

Petróleo – GLP. A distribuidora foi condenada ao pagamento de multa no valor de aproximadamente R\$ 38,7 milhões. Em voto vogal, o então conselheiro Alexandre Cordeiro aderiu integralmente ao voto vista do conselheiro e o mesmo entendimento foi seguido pelo então conselheiro Paulo Burnier. Já o conselheiro João Paulo de Resende apresentou voto vogal no qual discorreu sobre metodologia distinta para o cálculo da multa imposta à empresa. O conselheiro, no entanto, acompanhou o valor proposto no voto da relatora.⁸⁷

A empresa Liquigás Distribuidora S/A celebrou com o CADE Termo de Compromisso de Cessação no âmbito do processo, e concordou em recolher contribuição pecuniária no valor de cerca de R\$ 17.9 milhões. Do mesmo modo, a Supergasbrás Energia Ltda. teve de recolher cerca de R\$ 10 milhões a título de contribuição pecuniária, além de admissão de culpa, cessação de conduta e *compliance*. Já no caso da Paragás Distribuidora Ltda., o CADE rejeitou proposta de celebração de TCC apresentada por ter considerado que a proposta de acordo oferecida pela requerente não era conveniente nem oportuna para o interesse público e para a Administração.⁸⁸

O segundo e mais recente caso que merece menção, trata-se do Cartel do Sal. Segundo o conselheiro relator do caso, o conjunto probatório revelou que os membros do cartel detinham, ao menos nos ramos de extração, mais de 70% do mercado, e foi demonstrada elevada capacidade do cartel de causar dano, em especial quando considerado que o sal é matéria prima para diversas indústrias.

A partir de análise do voto do relator, o suposto cartel, afetou fortemente todo o mercado nacional de sal marinho. Destaca-se que as empresas-parte do conluio atuavam individual ou cumulativamente nas três etapas da cadeia produtiva, quais sejam, a extração, a moagem e o refino do sal, e seu acordo tinha explicitamente por objeto os diversos produtos resultado de cada uma dessas etapas.⁸⁹

É interessante neste voto o explicitado pelo relator que este confirma ter deixado de lado parte da discussão, como exposto abaixo:

Já deixei de lado a discussão acerca da melhor interpretação do inciso I do art. 37 da Lei nº 12.529/2011, precisamente se é possível ou não ultrapassar os 20% do faturamento bruto no ramo de atividade no ano anterior à instauração do PA nas

⁸⁷ Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-condena-empresa-por-formacao-de-cartel-no-mercado-de-glp-do-para>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

⁸⁸ Ibidem.

⁸⁹ **Voto do relator Joao Paulo Rezende.** 2018. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMfBPDx1J3SItY6B35CketdpOy1GpZKMj3qbVmaQSW7KPq8OyintbW2r2VYAZt3Wbc2v5q6PnGPw0ik8JSwsXt2>. Acesso em: 20 mai. 2020.

hipóteses em que é possível estimar a vantagem auferida. Em outras palavras, aceito tal limite, ainda que entenda, no mínimo, pela dubiedade do dispositivo.⁹⁰

No entanto, este não abandona o argumento que:

[...] a penalidade de multa por infrações previstas na Lei 12.529/2011, especialmente por cartéis, guarde proporcionalidade com a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator, conforme demanda tanto o art. 37 quanto o art. 45 da Lei nº 12.529/2011. A lógica é muito simples: a infração de cartel é essencialmente uma infração econômica. Trata-se de uma conduta em que agentes econômicos em um ambiente de concorrência tentam simular uma situação de monopólio para capturar ilegalmente renda de outros agentes econômicos (inclusive consumidores) e, nesse processo, criam, ainda, ineficiências econômicas. Há, portanto, um benefício econômico para os agentes que participaram do ilícito, e um dano para parte da sociedade.⁹¹

Nesse sentido, o voto do relator sugeriu a aplicação de multas que totalizariam R\$ 358 milhões. Para este cálculo o Conselheiro Relator afirmou ter considerado o tempo de duração da conduta, com aplicação de sobrepreço pré-determinado de 10% sobre cada ano de participação, para que, então, fosse calculada a vantagem auferida pelas partes do cartel. Exceto a então Conselheira Alckmin, todos os outros conselheiros, acompanharam o voto do Conselheiro Relator quanto ao mérito, no entanto, divergiram quanto às multas a serem aplicadas e, nesse sentido, votaram aplicar uma multa de R\$ 289,5 milhões. Em seu voto vogal, o então Conselheiro Paulo Burnier⁹² discordou da aplicação da tese da vantagem auferida, visto que esta não pode ser considerada como elemento único ou mesmo preponderante para definição da multa, devendo ser considerados todos os atenuantes e agravantes previstos na lei, apontou, também, os elevados custos para a administração pública e eventual insegurança jurídica.

O Tribunal do CADE, em sessão de julgamento realizada em 23 de maio de 2018, condenou 18 empresas, 39 pessoas físicas e três entidades sindicais por formação de cartel no mercado nacional de sal marinho. As multas aplicadas somam R\$ 289,5 milhões. Ademais, a empresa Salina Diamante Branco e um funcionário da empresa assinaram Termo de Compromisso de Cessação com o CADE e se comprometeram a recolher o valor total de R\$ 5,5 milhões ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, a título de contribuição pecuniária.

⁹⁰ **Voto do relator Joao Paulo Rezende.** 2018. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMfBPDx1J3SItY6B35CketdpOylGpZKMj3qbVmaQSW7KPq8OyintbW2r2VYAZt3Wbc2v5q6PnGPw0ik8JSwsXt2>. Acesso em: 20 mai. 2020.

⁹¹ **Voto do relator Joao Paulo Rezende.** Ibidem.

⁹² **Voto vogal do Conselheiro Paulo Burnier Silveira.** 2018. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOkD0Bdwg95zEqoBhfw1mAUOVfdBN8Crl7EnJcCRapehm34D9QxguRGa84RV9-5djse6j8N0jgSTUQ9xhbt0_t>. Acesso em: 20 mai. 2020.

3 A PROBLEMÁTICA DO CÁLCULO DE VANTAGEM AUFERIDA NO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

No que tange à problemática do cálculo da vantagem auferida, a grande dificuldade de seu cálculo, bem como os altos custos para o cálculo, neste momento, pretende-se aprofundar nesta questão e trazer outros argumentos que comprovem a tese de que sanções baseadas em receita já seriam, do modo como são aplicadas atualmente, eficazes para o *enforcement* público.

De acordo com Cordeiro Macedo e Frade Rodrigues⁹³, onde relatam críticas feitas à utilização da vantagem auferida como critério principal para a aplicação de sanção administrativa, a partir do voto vista do Conselheiro Márcio de Oliveira Jr., no processo administrativo n. 08012.002568/2005-51, pode-se trazer que (i) a vantagem auferida é apenas um dos elementos que integram os critérios de dosimetria do art. 45 da Lei 12.529/2011, visto que ainda existem outras possibilidades para aumentar o poder dissuasório da sanção por meio de penas acessórias ainda no âmbito do direito administrativo.

Além disso, há a possibilidade de (ii) subpunição de um cartel que não obteve sua vantagem esperada, no entanto, já cometeu ilícitos concorrenciais, quando, por exemplo, compartilhou informações sensíveis. Nas palavras do Conselheiro Oliveira Júnior:

[...] como a punição reflete a reprovabilidade social de um cartel, admitir que esse tipo de cartel não lesou a ordem pública porque não auferiu vantagem monetária não me parece proporcional e tampouco pertinente às melhores técnicas do direito administrativo sancionador.⁹⁴

Ainda, a análise de uma punição estritamente pela vantagem auferida tende a (iii) presumir que o único objeto de um cartel está no aumento de preços, e excluem outros ilícitos concorrenciais, como por exemplo, divisão de mercado; além de que não se pode (iv) afirmar com segurança que todo aumento de preço deriva-se de conluio, podendo ter sua origem simplesmente na dinâmica natural do mercado.

Outra questão toca à (v) divisão das vantagens do cartel, onde há uma falsa presunção de que estas seriam divididas igualmente entre os participantes – a vantagem auferida é diretamente influenciada pela premiação que cada empresa recebeu do referido conluio. Ademais, é necessário (vi) levar em consideração a:

⁹³ MACEDO, A. C.; RODRIGUES, E. F. **Dimensionamento de sanções antitruste a cartéis**. A Revolução do Antitruste no Brasil: a era dos cartéis. São Paulo: Singular, 2018, p. 87. Disponível em: <<https://www.iiede.com.br/wp-content/uploads/2018/10/Artigo-Dimensionamento-de-sanções-antitruste-a-cartéis-versão-definitiva.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2019.

⁹⁴ **Voto do conselheiro Oliveira Jr.** 2016. Disponível em: <<https://www.jota.info/docs/voto-de-marcio-de-oliveira-junior-sobre-vantagem-auferida-11122016>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

[...] dificuldade de isolamento do cartel no contexto fático do mercado e da empresa, visto que é possível que o sobrepreço tenha origem na operação do cartel quanto em outro ilícito qualquer, seja relacionado a Lei de Defesa da Concorrência ou de corrupção, como é o caso de alguns cartéis em licitação.⁹⁵

Por fim, além das problemáticas mencionadas acima, a (vii) análise contrafactual é a principal questão nesse momento, dado que é extremamente necessária à precisão dos cálculos de uma máxima de lucro de um determinado mercado sem o cartel, para que, a partir desse dado, chegar a um dado seguro que promova confiabilidade à conclusão.

Quando se trata do tempo de duração de um cartel, por exemplo, imagina-se que este teve um tempo de duração exato e sem interrupções, no entanto, como bem ressaltam Macedo e Rodrigues⁹⁶, cartéis não são assim – não duram de maneira uniforme durante certo período de tempo, não há concordância perene entre os membros, os fatores essenciais como preço e oferta não são decididos de maneira racional e economicamente precisa, etc.

Ainda nesse sentido, Alexandre Cordeiro realizou estudos empíricos⁹⁷ onde conclui atualmente o CADE segue um padrão para aplicação de sanções em atos colusivos em 90% dos casos, o que, por consequência, fornece a segurança jurídica que o mercado espera, e por si só já é um fator de grande poder dissuasório em uma política antitruste. Em sentido contrário, não se pode afirmar o mesmo em relação a casos já julgados pelo CADE que tem como fundamento central da aplicação de pena a vantagem auferida – o que se observa é uma divergência metodológica entre os próprios conselheiros que defendem sua aplicação no Tribunal, o que afasta a segurança jurídica.

Além das questões controversas acima referente à consideração de vantagem auferida como embasamento principal para apenação, outros pontos também devem ser levados em conta para fins de parâmetro de sanções, que não estão, agora, ligados diretamente ao dano, no entanto, referem-se às perdas líquidas incorridas pelo infrator como resultado da conduta.⁹⁸

Deste modo, caso a autoridade queira aplicar realmente os ganhos líquidos que o infrator obteve com aquela conduta ilícita, deveria, então, analisar outros fatores de perda, que foram mencionados no primeiro tópico deste trabalho, sobre o que o infrator analisa como possíveis perdas quando este decide pela conduta. Entre eles o *double-counting* de multas antitruste

⁹⁵ MACEDO, A. C.; RODRIGUES, E. F. **Dimensionamento de sanções antitruste a cartéis**. A Revolução do Antitruste no Brasil: a era dos cartéis. São Paulo: Singular, 2018, p. 11. Disponível em: <<https://www.iiede.com.br/wp-content/uploads/2018/10/Artigo-Dimensionamento-de-sanções-antitruste-a-cartéis-versão-definitiva.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2019.

⁹⁶ Ibid., p. 12.

⁹⁷ CORDEIRO, A. **Multa esperada, TCC e segurança jurídica**. O Cade tem um padrão para se calcular a multa nos casos de cartéis? 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/multa-esperada-tcc-e-seguranca-juridica-27062017>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

⁹⁸ Ibid., p. 100.

aplicadas por diferentes jurisdições; custos de imagem e reputação sofridos pela empresa; custo de outras sanções acessórias administrativas; custo da impossibilidade de conseguir empréstimos; custos de ações de reparação de danos; bem como custos com outras sanções aplicadas por outras autoridades públicas.⁹⁹

Destarte, há que se considerar esta complementariedade das ferramentas de *enforcement* público e privado, visto que há um clamor crescente pela complementariedade entre sanções aplicadas por diferentes autoridades que investigam o mesmo arcabouço de fatores, como o CADE, Ministério Público, Tribunal de Contas da União e Advocacia Geral da União. Caso o CADE ignore todos esses conjuntos externos de fatores que envolvem o cálculo é possível cair em uma estimativa errônea de sanção, punição e dissuasão.¹⁰⁰

Isto posto, é possível inferir que o legislador, ao mencionar o eventual cálculo da vantagem auferida no inciso I, do art. 37, da Lei 12.529/11 tinha por intenção que a multa tivesse um poder altamente dissuasório, o que vem sendo feito pela autoridade concorrencial brasileira na aplicação de suas sanções, visto que as multas aplicadas baseadas na receita já tem um percentual elevado.

Como visto, há controvérsias acerca do nível de dissuasão ideal para imposição de sanção contra os cartéis, ou seja, há estudos favoráveis à aplicação de penas elevadas, já que os infratores reagem ao aumento do valor das penas, e, por outro lado, há estudos contrários à elevação das penas de multa, no sentido dos desafios em fazê-lo precisamente, bem como os altos custos para a autoridade da concorrência.

4 CONCLUSÃO

Apesar do aumento das sanções antitruste e de outros desenvolvimentos recentes na aplicação da lei antitruste, parece haver um aumento mundial nas infrações por cartéis de fixação de preços, compartilhamento de mercado e manipulação de ofertas.

Faz-se necessário, no entanto, ter em mente que toda pena terá um custo e também um benefício, deste modo, para obtermos uma pena que seja considerada eficiente, há de se ter um custo marginal igual ao benefício marginal, sendo isto o que os economistas chamam de ponto

⁹⁹ ORGANISATION FOR CO-OPERATION. **Sanctions in antitrust cases**. 2016. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2016\)6/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2016)6/en/pdf)>. Acesso em: 20 mai. 2020.

¹⁰⁰ MACEDO, A. C.; RODRIGUES, E. F. **Dimensionamento de sanções antitruste a cartéis**. A Revolução do Antitruste no Brasil: a era dos cartéis. São Paulo: Singular, 2018, p. 100. Disponível em: <<https://www.iiede.com.br/wp-content/uploads/2018/10/Artigo-Dimensionamento-de-sanções-antitruste-a-cartéis-versão-definitiva.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2019.

ótimo ou ponto de equilíbrio, e que para os juristas seria a justiça, a partir do ponto de vista da razoabilidade e proporcionalidade.¹⁰¹

Logo, é possível concluir que, ainda que a vantagem auferida não seja colocada como ponto central no cálculo de sanções, devido a sua alta complexidade de cálculo e seus altos custos e duvidosos resultados, o dever da autoridade de punir e dissuadir ainda pode ser realizado de maneira eficaz, a partir de outros fatores que influenciam para o *enforcement*, e não apenas por meio de sanções pecuniárias. Outros fatores como publicidade das multas aplicadas, valores absolutos de multa elevados, notícias de prisões, danos de imagem a indivíduos condenados, notícias de leniências e buscas e apreensões também têm seu peso significativo nessa política, além das medidas acessórias estabelecidas na lei 12.529/11, de modo que, para algumas empresas, a proibição de contratar com o poder público, por exemplo, é uma limitação fatal para setores da economia que dependem de projetos do governo para manter altas receitas.

De qualquer modo, as multas do CADE não têm sido consideradas multas baixas pelos infratores e, vem aumentando significativamente nos últimos anos.¹⁰² Outro sinal empírico da força dissuasória do CADE, pode ser notado pelo crescente interesse de empresas nos programas de leniência e de Termos de Compromisso de Cessação nos últimos anos.¹⁰³ Além disso, devido à eficácia da política de combate a cartéis do CADE, o risco de detecção é, atualmente, significativamente maior do que há alguns anos atrás.

A partir desta base e na evolução constante da autoridade antitruste brasileira, é possível avançar em ações conjuntas com outros órgãos de controle, que, ao agir concomitantemente com o Tribunal de Contas, por exemplo, por meio de compartilhamento de informações e documentos, é possível que os cofres públicos sejam ressarcidos pelos danos provocados por cartéis. À medida em que o CADE age de maneira coordenada com outros órgãos, é possível vislumbrar a superação de limitações de recursos que órgãos de controle possuam, de modo que teremos vários agentes estatais investigando e tratando o mesmo arcabouço.

Em virtude das argumentações trazidas neste trabalho, a utilização de multas para inibir condutas ilícitas tem diversas implicações, sendo que as multas não precisam ser elevadas para

¹⁰¹ MACEDO, A. C.; RODRIGUES, E. F. **Dimensionamento de sanções antitruste a cartéis**. A Revolução do Antitruste no Brasil: a era dos cartéis. São Paulo: Singular, 2018, p. 100. Disponível em: <<https://www.iiede.com.br/wp-content/uploads/2018/10/Artigo-Dimensionamento-de-sanções-antitruste-a-cartéis-versão-definitiva.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2019.

¹⁰² Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

¹⁰³ CADE em números. 2020. Disponível em: <<http://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opensdoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20Número.s.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

que condutas de cartel deixem de ser praticadas pelos agentes de mercado, isto é, o fato de a conduta ainda ser recorrente não deve significar que as multas aplicadas no passado foram insuficientes para dissuadir os agentes de mercado quanto à prática do ilícito, além disso confirma a importância das autoridades darem a máxima publicidade nos casos em que a descoberta e punição for bem sucedida, principalmente em casos envolvendo as mais altas multas, e também que multas aplicadas isoladamente nunca serão capazes de alcançar a completa dissuasão.

Além da vigilância no controle de fusões, as políticas públicas podem fazer pouco para alterar as características estruturais dos mercados que tornam os cartéis lucrativos, como demanda inelástica, grande número de compradores, custos irrecuperáveis de entrada, homogeneidade do produto e assim por diante.

À luz da eficácia das sanções mencionadas acima, o principal papel do antitruste é o desenvolvimento de regras, leis e procedimentos de investigação que tornem as deserções mais prováveis, a detecção mais segura e as punições mais severas.

REFERÊNCIAS

- ALEMANHA. Bundeskartellamt: **Erfolgreiche Kartellverfolgung**: Nutzen für Wirtschaft und Verbraucher. 2016, p. 15. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Broschueren/Informationsbrochure%20-%20Erfolgreiche%20Kartellverfolgung.pdf?__blob=publicationFile&v=12>. Acesso em: 2 jun. 2020.
- ALKMIN, C. J. S. **O dia da Vantagem Marmota Auferida**. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-cristiane-alkmin/o-dia-da-vantagem-marmota-auferida-12072018>>. Acesso em: 30 set. 2019.
- ASHURST, L. L. P. **Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules** – Analysis of economic models for the calculation of damages. Prepared by Emily Clark, Mat Hughes and David Wirth. Brussels, 31st July 2004. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/economic_clean_en.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2020.
- BECKER, G. S. **Crime and punishment**: an economic approach. NBER. 1974, p 156. Disponível em: <www.nber.org/chapters/c3625>. Acesso em: 2 jun. 2020.
- BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral, v. 1, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 88.
- BOSCH, J. C.; ECKARD, E. W. The profitability of price fixing: evidence from stock market reaction to federal indictments. **Review of Economics and Statistics**, v. 73, n. 2, 1991, p. 309-317. Disponível em: <https://econpapers.repec.org/article/tprrestat/v_3a73_3ay_3a1991_3ai_3a2_3ap_3a309-17.htm>. Acesso em: 2 jun. 2020.
- BOYER, M.; KOTCHONI, R. How much do cartels overcharge? CIRANO. **Scientific Series**. 2015. Disponível em: <<https://cirano.qc.ca/files/publications/2015s-37.pdf>>. Acesso em: 2 jun. 2020.
- BRASIL. **Processo Administrativo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica n. 08012.002568/2005-51**. 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-condena-empresa-por-formacao-de-cartel-no-mercado-de-glp-do-para>>. Acesso em: 20 mai. 2020.
- BRASIL. **Processo Administrativo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica n. 08012.005882/2008-38**. Brasília, 2016.
- BRASIL. Resolução n. 21, de 11 de setembro de 2018. Disciplina os procedimentos previstos nos arts. 47, 49, 85 e 86 da Lei nº 12.529, de 2011, relativos à articulação entre persecução pública e privada às infrações contra a ordem econômica no Brasil. Regulamenta os procedimentos de acesso aos documentos e às informações constantes dos Processos Administrativos para Imposição de Sanções Administrativas por Infrações à Ordem Econômica, inclusive os oriundos de Acordo de Leniência, de Termo de Compromisso de Cessação (TCC) e de ações judiciais de busca e apreensão, além de fomentar as Ações Cíveis de Reparação por Danos Concorrenciais (ACRDC). Brasília: **Diário Oficial da União**, Publicado em: 19/09/2018.

BRASIL. **Voto do conselheiro Oliveira Jr.** 2016. Disponível em: Disponível em <<https://www.jota.info/docs/voto-de-marcio-de-oliveira-junior-sobre-vantagem-auferida-11122016>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

BRASIL. **Voto do relator Joao Paulo Rezende.** 2018. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMfBPDx1J3SItY6B35CketdpOylGpZKMj3qbVmaQSW7KPq8OyintbW2r2VYAZt3Wbc2v5q6PnGPw0ik8JSwsXt2>. Acesso em: 20 mai. 2020.

BRASIL. **Voto vogal do Conselheiro Paulo Burnier Silveira.** 2018. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOkD0Bdwg95zEqoBhfw1mAUOVfdBN8Cr17EnJcCRapehm34D9QxguRGa84RV9-5djse6j8N0jjgSTUQ9xhbt0_t>. Acesso em: 20 mai. 2020.

BRASIL. **Voto-vista do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior.** 2016. Disponível em <<https://www.jota.info/docs/voto-de-marcio-de-oliveira-junior-sobre-vantagem-auferida-11122016>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

BUCCIROSSI, P. et al. Deterrence in competition law. Governance and the Efficiency of Economic Systems (GESY). **Discussion Paper n. 285.** 2009, p. 11. Disponível em: <http://www.learlab.com/pdf/285_1254407400.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

CMA. Competition and Markets Authority. **Deterrent effect of competition authorities' work.** Literature review of methodologies to measure the deterrent effect of competition authorities' work. Published 7 September 2017. From: Competition and Markets Authority. Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/642801/deterrent-effect-of-competition-authorities-work-lit-review.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2020.

COMBE, E.; MONNIER, C. Fines against hard core cartels in Europe: the myth of over enforcement. **The Antitrust Bulletin**, v. 56, 2009. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/228261525_Fines_Against_Hard_Core_Cartels_in_Europe_The_Myth_of_Over_Enforcement>. Acesso em: 2 jun. 2020.

CONNOR, J. M. Effectiveness of antitrust sanctions on modern international cartels. **Journal of Industry, Competition, and Trade.** 2006, p. 196. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=988707>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.988707>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

CONNOR, J. M. **Has the European Commission become more severe in punishing cartels?** Effects of the 2006 Guidelines. December 13, 2010. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1737885>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

CONNOR, J. M.; LANDE, R. H. How high do cartels raise prices – Implications for optimal cartel fines. **Tulane Law Review**, v. 80, n. 513, 2005-2006. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.988722>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

CORDEIRO, A. **Multa esperada, TCC e segurança jurídica.** O Cade tem um padrão para se calcular a multa nos casos de cartéis? 2017. Disponível em:

<<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/multa-esperada-tcc-e-seguranca-juridica-27062017>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

CRANDALL, R. W.; WINSTON, C. B. Does antitrust policy improve consumer welfare? Assessing the evidence. **Journal of Economic Perspectives**, v. 17, 2003 (Fall), p. 1-26. Disponível em: <<https://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/089533003772034871>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

DANTAS, I. **Nova maioria do Cade afasta vantagem auferida**. 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/concorrenca/nova-maioria-do-cade-afasta-vantagem-auferida-17082017>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

EUROPEAN COMMISSION PRESS RELEASE. **Competition**: Commission revises Guidelines for setting fines in antitrust cases. 2006. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-06-857_en.htm>. Acesso em: 2 jun. 2020.

HOVENKAMP, H. **Quantification of harm in private antitrust actions in the United States**. 2011. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1758751>. Acesso em: 2 jun. 2020.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Defining hard core cartel conduct: effective institutions: effective penalties. In: ICN WORKING GROUP ON CARTELS. **ICN 4th Annual Conference**. Bonn, Germany, Jun. 2005. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_4th_bonn_2005/Effective_Anti-Cartel_Regimes_Building_Blocks.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2020.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Setting of fines for cartels in ICN jurisdictions. **Report to the 7th Annual Conference in Kyoto**, April 2008, p. 11. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc351.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

KATSOULACOS, Y.; MOTCHENKOVA, E.; ULPH, D. Public and private antitrust enforcement for cartels: should there be a common approach to sanctioning based on the overcharge rate? **Rev. econ. contemp.**, v. 23, n. 2, e192321. Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-98482019000200200&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 19 dez. 2019.

LIANOS, I. et al. An optimal and just financial penalties system for infringements of competition law: a comparative analysis. **CLES Research Paper**, n. 3/2014, p. 68. Disponível em: <<https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/11/Estudio.pdf>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

MACEDO, A. C.; RODRIGUES, E. F. **Dimensionamento de sanções antitruste a cartéis**. A Revolução do Antitruste no Brasil: a era dos cartéis. São Paulo: Singular, 2018, p. 4-12-13. Disponível em: <<https://www.iiede.com.br/wp-content/uploads/2018/10/Artigo-Dimensionamento-de-sanções-antitruste-a-cartéis-versão-definitiva.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2019.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA (Brasil). Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Brasil é aceito como membro do Comitê de Concorrência da OCDE**: Presidente do Cade, Alexandre Barreto comemorou a aprovação. “Decisão consolida mais de vinte anos de estreita

colaboração com a OCDE em matéria concorrencial”. Assessoria de Comunicação Social , Brasília, 22 fev. 2019. Institucional. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/brasil-e-aceito-como-membro-do-comite-de-concorrencia-da-ocde>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Global Forum on Competition**. Sanctions in antitrust cases. Contribution by the United States. OCDE. 2016. Disponível em:

<<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwia0smxooDqAhWkHLkGHaYnBGAQFjAAegQIAhAB&url=http%3A%2F%2Fwww.oecd.org%2Fdaf%2Fcompetition%2Fcompetition-and-sanctions-in-antitrust-cases.htm&usq=AOvVaw2J-uwK4BvbkyiDMIVcqPqK>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Quantification of harm to competition by national courts and competition agencies**. 2011. Disponível em:

<<http://www.oecd.org/daf/competition/QuantificationofHarmtoCompetition2011.pdf>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Sanctions in antitrust cases**. 2016. Disponível em:

<[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2016\)6/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2016)6/en/pdf)>. Acesso em: 20 mai. 2020.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Sanctions in antitrust cases**. Contribution by Brazil. 2016. Disponível em:

<[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD\(2016\)5/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2016)5/en/pdf)>. Acesso em: 20 mai. 2020.

OXERA, L. L. P. **Quantifying antitrust damages** - Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission. 2009. Disponível em:

<https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2020.

SEPRAC. Secretariat for Productivity and Competition Advocacy. **Estimating cartel damages**. Guidelines: Competition Advocacy. 2018. Disponível em:

<<http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/guias-e-manuais/estimating-cartel-damages>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

SMUDA, F. Cartel overcharges and the deterrent effect of eu competition law. **Journal of Competition Law & Economics**, v. 10, Issue 1, March 2014, p. 63-86. Disponível em:

<<https://doi.org/10.1093/joclec/nht012>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

UTTON, M. A. **Cartels and Economic collusion: the persistence of corporate conspiracies**. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2011. Available From: Elgar Online: The online content platform for Edward Elgar Publishing. Disponível em:

<<https://doi.org/10.4337/9781849807715>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

WILS, W. P. J. Optimal antitrust fines: theory and practice. **World Competition**, v. 29, n. 2, June 2006. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=883102>>. Acesso em: 2 jun. 2020.