

Conselho Administrativo de Defesa Econômica
Departamento de Estudos Econômicos

Documento de Trabalho

Nº 004/2020

Benchmarking internacional sobre dosimetria de penalidades antitruste

Luiza Kharmandayan
(Consultora Pnud no Cade)

Brasília, julho de 2020



Ministério da Justiça e Segurança Pública
Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Benchmarking internacional sobre dosimetria de penalidades antitruste¹

Departamento de Estudos Econômicos – DEE
SEPN 515 Conjunto D, Lote 4, Ed. Carlos Taurisano
Cep: 70770-504 – Brasília-DF
www.cade.gov.br

¹ Agradecimentos a Max Alexandre Villela Barbosa e Guilherme Mendes Resende pelas sugestões feitas a este documento de trabalho.

Este é um trabalho do Departamento de Estudos Econômicos (DEE).

Luiza Kharmandayan

(Consultora Pnud no Cade)

As opiniões emitidas nos Documentos de Trabalho são de exclusiva e inteira responsabilidade do(s) autor(es), não exprimindo, necessariamente, o ponto de vista do Conselho Administrativo de Defesa Econômica ou do Ministério da Justiça.

Ainda que este artigo represente trabalho preliminar, citação da fonte é requerida mesmo quando reproduzido parcialmente.

Sumário Executivo

O presente Documento de Trabalho tem por objetivo realizar *benchmarking* referente à experiência internacional sobre metodologias de dosimetria de penalidades aplicadas a condutas anticompetitivas, para que – servindo como comparativo internacional ao caso brasileiro – possa auxiliar a autoridade na análise de sua experiência nessa seara e, eventualmente, na revisão de sua abordagem.

Para tanto, parte-se do entendimento de que, para apurar em que medida as experiências internacionais efetivamente contribuem para a prática do Cade, é necessário considerar não só como as autoridades antitruste procedem ao aplicar sanções, mas também o arcabouço institucional mais amplo em que estes recursos sancionatórios se inserem, buscando explorar as características que estruturam o *enforcement* da defesa da concorrência nas jurisdições selecionadas.

Além deste Sumário Executivo, o trabalho está dividido em quatro seções. Na **primeira**, a *Introdução*, é apresentado o contexto em que o estudo se insere, quais os pontos endereçados para se atingir o objetivo acima indicado e qual a abordagem adotada para endereçar esses pontos. A **segunda** seção, *Sanções por ilícitos antitruste em outras jurisdições*, desdobra em maior detalhe os pontos que guiam o exame de cada jurisdição selecionada e, na sequência, analisa cada uma dessas jurisdições. A **terceira** seção apresenta breve conclusão, a qual examina os pontos do sistema sancionador antitruste brasileiro passíveis de melhoria (identificados no início do trabalho) tanto à luz da experiência internacional, quanto à luz de como essa experiência pode efetivamente contribuir para o aprimoramento institucional visado pela autarquia brasileira. Por fim, são apresentadas as referências bibliográficas, na **quarta** e última seção.

Palavras-chave: sanções antitruste, dosimetria de pena, multas, instituições

Keywords: antitrust sanctions, fine setting, fines, institutions

Sumário

1.	Introdução	7
2.	Sanções por ilícitos antitruste em outras jurisdições	13
2.1.	Estados Unidos.....	15
2.1.1.	Aplicação de sanções: orientações gerais.....	17
2.1.2.	Aplicação de sanções a organizações	18
2.1.2.1	Multa	18
2.1.2.2.	Outras sanções.....	30
2.1.3.	Aplicação de sanções a indivíduos.....	30
2.1.3.1.	Pena de prisão.....	31
2.1.3.2.	Multa	32
2.1.4.	Aspectos relevantes para a aplicação de sanções.....	34
2.1.4.1.	Colaboração com as autoridades	34
2.1.4.2.	Ações de indenização	35
2.2.	União Europeia	40
2.2.1.	Multa.....	41
2.2.2.	Outras sanções	49
2.2.3.	Aspectos relevantes para a aplicação de sanções.....	50
2.2.3.1.	Colaboração com as autoridades	50
2.2.3.2.	Ações de indenização	51
2.3.	França	55
2.3.1.	Aplicação de sanção a entidades.....	55
2.3.1.1.	Multa	55
2.3.1.2.	Outras sanções.....	63
2.3.2.	Aplicação de sanção a indivíduos: prisão e multa	64
2.3.2.	Outros aspectos relevantes para a aplicação de sanções	65
2.3.3.1.	Colaboração com as autoridades	65
2.3.3.2.	Ações de indenização	66
2.4.	Alemanha.....	70
2.4.1.	Aplicação de sanções a entidades	70
2.4.1.1.	Multa	70
2.4.1.2.	Outras sanções.....	75
2.4.2.	Aplicação de sanções a indivíduos.....	75
2.4.2.1.	Sanções administrativas.....	76
2.4.2.2.	Sanções penais	76

2.4.3.	Aspectos relevantes para a aplicação de sanções.....	76
2.4.3.1.	Colaboração com as autoridades	76
2.4.3.2.	Ações de indenização	78
2.5.	Japão.....	82
2.5.1.	Aplicação de sanções a empresas.....	84
2.5.1.1.	Multa	84
2.5.1.2.	Outras sanções.....	92
2.5.2.	Aplicação de sanções a indivíduos: prisão, multa e outras penalidades.....	92
2.5.3.	Aspectos relevantes para a aplicação de sanções.....	92
2.5.3.1.	Colaboração com as autoridades	92
2.5.3.2.	Ações de indenização	94
2.6.	Coreia	97
2.6.1.	Aplicação de sanções a organizações	97
2.6.1.1	Multa	97
2.6.2.	Aplicação de sanções a indivíduos	102
2.6.2.1	Pena de prisão.....	102
2.6.2.2	Multa	102
2.6.3.	Aspectos relevantes para a aplicação de sanções	102
2.6.3.1	Colaboração com as autoridades	102
2.6.3.2	Ações de indenização	103
2.7.	Reino Unido	107
2.7.1.	Aplicação de sanções a organizações	108
2.7.1.1	Multa	108
2.7.1.2	Outras sanções administrativas.....	115
2.7.2.	Aplicação de sanções a indivíduos	115
2.7.2.1	Prisão e multa	115
2.7.2.2.	Desqualificação de diretores.....	118
2.7.3.	Aspectos relevantes para a aplicação de sanções	120
2.7.3.1	Colaboração com as autoridades	120
2.7.3.2	Ações de indenização	123
2.8.	Austrália	126
2.8.1.	Aplicação de sanções a organizações	126
2.8.1.1	Multa (civil)	126
2.8.2.	Aplicação de sanções a indivíduos	128
2.8.2.1	Pena de prisão.....	128
2.8.2.2	Multa.....	128

2.8.2.3 Desqualificação de diretores	128
2.8.3. Aspectos relevantes para a aplicação de sanções	129
2.8.3.1 Colaboração com as autoridades	129
2.8.3.2 Ações de indenização	129
2.9. Portugal	132
2.9.1. Aplicação de sanções a organizações	133
2.9.1.1 Multa	133
2.9.1.2 Outras sanções	135
2.9.2. Aplicação de sanções a indivíduos	136
2.9.2.1 Multa	136
2.9.3. Aspectos relevantes para a aplicação de sanções	136
2.9.3.1 Colaboração com as autoridades	136
2.9.3.2 Ações de indenização	138
2.10. Chile	142
2.10.1. Aplicação de sanções a organizações	143
2.10.1.1 Multa	143
2.10.1.2 Outras sanções	147
2.10.2. Aplicação de sanções a indivíduos	148
2.10.2.1 Pena de prisão	148
2.10.2.2 Multa	149
2.10.2.3 Desqualificação de diretores	150
2.10.3. Aspectos relevantes para a aplicação de sanções	150
2.10.3.1 Colaboração com as autoridades	150
2.10.3.2 Ações de indenização	152
3. Conclusão	156
4. Referências bibliográficas	164

1. Introdução

Desde a criação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) – com a Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962 (Brasil, 1962) –, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) passou por diversas e significativas transformações. Porém, nenhuma foi tão profunda e importante como a promovida pela edição da **Lei nº 12.529, de 11 de novembro de 2011** (Lei de Defesa da Concorrência - LDC) (Brasil, 2011). Esse marco legal realizou **reformas institucionais e de gestão voltadas a modernizar a defesa da concorrência brasileira**, permitindo avanços que ao longo dos anos anteriores vinham esbarrando nos limites da legislação concorrencial então vigente (Cade, 2013a: 141). Os ganhos de eficiência são verificáveis a partir da comparação de diversos indicadores das atividades da autarquia nos anos anteriores e posteriores à entrada em vigor da nova lei, tais como os referentes ao crescente número de condutas anticompetitivas investigadas e julgadas e à redução do tempo médio de tramitação dos atos de concentração submetidos ao SBDC².

De fato, o novo arranjo institucional delineado pela Lei nº 12.529/11 conferiu maior agilidade e segurança jurídica à análise de operações empresariais e melhorou as condições para a defesa da ordem econômica no Brasil. No entanto, não se pode deixar de reconhecer que a constante **busca da autoridade antitruste por implementar as “melhores práticas”** (comumente referidas como *best* ou *better practices*) **desempenhou papel fundamental nesse processo de aprimoramento** da defesa da concorrência no País. Notadamente, os esforços do Cade no sentido de regulamentar matérias específicas, elaborar estudos setoriais, publicar guias, aprimorar processos internos e adotar medidas voltadas ao fortalecimento institucional foram e continuam sendo determinantes para o reconhecimento nacional e internacional da autarquia pela excelência no desempenho de suas funções³.

A solidez e maturidade do trabalho desenvolvido pelo Cade culminou com seu ingresso, no início de 2019, como membro Associado do Comitê de Concorrência da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Para tanto, a organização realizou **revisão por pares (*peer review*) da legislação e da política concorrencial brasileira**, com vistas a

² Ver, nesse sentido, a evolução dos principais dados sobre a atuação do Cade (Cade, 2018).

³ Exemplos disso são o prêmio de destaque no 21º Concurso de Inovação no Setor Público, promovido pela Escola Nacional de Administração Pública (ENAP); as múltiplas premiações como Melhor Agência Antitruste das Américas, pela *Global Competition Review* (GCR); e a colocação do Cade dentre as melhores autoridades concorrenciais do mundo pelo *Rating Enforcement* da GCR, por diversos anos.

avaliar se estas se coadunam com os instrumentos de política concorrencial promovidos pela OCDE.

No relatório resultante da revisão, a organização concluiu que “o regime concorrencial no **Brasil conta com fortes competências e instrumentos de persecução concorrencial**” (OCDE, 2019: 3) e que o País “ conseguiu não apenas implementar o novo e aprimorado regime de concorrência com sucesso, mas que, ao fazê-lo, consolidou sua posição dentre as principais jurisdições antitruste ao redor do mundo” (OCDE, 2019: 17). Não obstante, a OCDE não se furtou a apresentar críticas e a identificar áreas que, de acordo com seus padrões, são passíveis de melhorias.

Dentre os **pontos problemáticos levantados pela OCDE**, recebem destaque diversos **aspectos atinentes ao sistema sancionador de condutas anticompetitivas no Brasil**. É dizer, mais do que analisar a aplicação de penas pelo Cade, a organização examinou uma série de fatores concernentes ao *enforcement* da defesa da concorrência brasileiro que, direta ou indiretamente, afetam a atividade sancionatória da autarquia. Diante da abrangência de tal análise, é evidente que diversas das recomendações apresentadas pela OCDE ultrapassam a alçada do Cade e, em alguns casos, até mesmo exigem modificações que vão bastante além da alteração da LDC. No entanto, por influir em maior ou menor medida em sua atividade, o **contexto institucional mais amplo deve ser considerado pelo Cade no desenho e aperfeiçoamento de sua atuação institucional**. É por isso que, ao abordar as fragilidades de que padecem as sanções aplicadas a condutas anticompetitivas, cabe ir além daquelas estritamente relacionadas às atividades do Cade.

Nesse sentido, ao reproduzir abaixo a totalidade dos problemas identificados pela OCDE em relação aos instrumentos sancionatórios antitruste, busca-se fornecer **um panorama mais completo da realidade institucional na seara concorrencial**, o qual permita compreender a **relação entre as variadas ferramentas de *enforcement* disponíveis nas diferentes esferas** (administrativa, penal e civil). Entende-se que tal perspectiva é essencial para que se possa determinar em que medida e de que maneira o arcabouço legal e institucional de cada uma dessas esferas pode ser aperfeiçoado de forma a contribuir para a prevenção de práticas anticompetitivas.

O relatório da OCDE elenca uma série de aspectos que devem ser aprimorados para que **a atividade sancionadora de condutas anticompetitivas no Brasil** guarde maior conformidade

com o que ela preconiza como melhores práticas. Essas recomendações, a seguir sucintamente apresentadas, podem ser organizadas de acordo com dois princípios que invariavelmente perpassam e não raro pautam o debate a respeito de dosimetria de penas: i) a transparência na determinação e aplicação da pena, conferindo maior previsibilidade a esse processo e promovendo maior segurança jurídica para os administrados; e ii) a proporcionalidade e adequação da sanção imposta à infração cometida, evitando casos tanto de subpunição, quanto de punição excessiva⁴.

No que diz respeito ao intuito de conferir maior **transparência** à determinação e à aplicação das sanções, a OCDE chamou a atenção para a necessidade de o Cade aplicar uma **metodologia de dosimetria da pena mais objetiva e com diretrizes mais explícitas**. Em consonância com essa orientação, fez as seguintes recomendações específicas para a aprimoramento do poder sancionatório na esfera administrativa:

- i) Diante da difícil aplicação prática do sistema de classificação estabelecido pela Resolução nº 3/2012 (Cade, 2012), deve-se **determinar de maneira clara no que consiste o “ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração”**, estabelecido pela LDC como referência para o cálculo da pena (artigo 37, I). A OCDE sugere que sejam utilizados como referência o mercado ou os produtos envolvidos na infração.
- ii) A metodologia de dosimetria da pena do Cade tem de adotar uma abordagem simplificada, baseada em **dados facilmente identificáveis, evitando a realização de cálculos complexos referentes à vantagem que a empresa teria auferido** com a prática anticompetitiva. Recomenda-se, inclusive, a alteração da LDC, de modo a excluir a referência à “vantagem auferida” (artigo 37, I).

⁴ Convém reiterar que a organização aqui apresentada, ordenando o debate em torno dos princípios de transparência e proporcionalidade/adequação, é uma opção metodológica que não exclui outras abordagens que podem ser igualmente válidas. Ademais, reconhece-se que a observância de cada um desses princípios influi sobre o outro e que a segmentação das externalidades positivas atreladas a cada um deles, nos moldes acima, não constitui um modelo rígido, mas se presta a sistematizar a discussão. Em outras palavras, entende-se, por exemplo, que a transparência na determinação e aplicação da pena tem impacto sobre sua efetividade, sobre a adequação da sanção como instrumento dissuasor de ilícitos. Isso porque permite aos agentes antecipar as penalidades que lhes seriam aplicadas nesses casos e – considerando também a probabilidade de detecção pela autoridade – contrapor os benefícios aos riscos relacionados à realização da conduta. Da mesma forma, não se ignora que a proporcionalidade da sanção, ao reduzir o risco de reversão da decisão pelo judiciário, também tem como consequência uma maior previsibilidade e segurança jurídica.

- iii) Deve-se **evitar a imposição de medidas estruturais como forma de sanção em casos de conduta**, bem como esclarecer as condições (excepcionais) em que seu emprego é admitido.

No que tange à observância do princípio da **proporcionalidade**, verifica-se uma preocupação da OCDE no sentido tanto de **assegurar que as sanções de práticas anticompetitivas não sejam demasiado onerosas** para os apenados, quanto no de **garantir que tais sanções gerem os devidos incentivos** para que os administrados não incorram nas práticas ilícitas em questão. Ao examinar o ordenamento jurídico brasileiro como um todo, a organização indica algumas medidas voltadas a endereçar aspectos das esferas penal e administrativa que comprometeriam a capacidade dissuasória das sanções aplicáveis a violações concorrenciais⁵.

Quanto à **esfera penal**, a OCDE entende que o Brasil deveria dar início a ações penais contra graves violações à concorrência, como no caso de cartéis *hard core*, ainda que tais práticas não envolvam o cometimento de outros tipos de crime. Ela também sugere que sejam modificadas as normas de prescrição, para que sua duração deixe de depender das penas impostas no caso específico. Segundo a organização, o **efeito dissuasório** da criminalização da violação à ordem econômica é atualmente **reduzido pela ausência de processos penais estritamente relacionados a condutas anticompetitivas, bem como pela frequente incidência da prescrição punitiva do Estado**, que impede a execução das sentenças.

Questões referentes à adequação e proporcionalidade das sanções aplicáveis na **esfera administrativa** também foram abordadas em uma série de recomendações da OCDE. Para tratar de problemas relativos tanto à justiça e razoabilidade das sanções, quanto à debilidade de alguns elementos dissuasórios, ela propôs medidas que requerem diferentes graus e espécies de alteração institucional.

- i) Deve-se desvincular o valor da multa aplicada à empresa do valor de seu faturamento no último exercício anterior à instauração do processo e **incluir a duração da conduta como um critério para a definição da sanção**. De acordo com a OCDE, tais medidas são necessárias tanto para **evitar tratamentos**

⁵ A despeito da multiplicidade de objetivos que podem ser perseguidos pela aplicação de sanções a condutas anticompetitivas, a função dissuasória da pena está presente na grande maioria das jurisdições. Ver, nesse sentido, o relatório produzido pela OCDE, sobre sanções em casos antitruste (OECD, 2016a), bem como as contribuições apresentadas à essa organização por inúmeras jurisdições, para subsidiar a discussão sobre o tema.

desiguais e injustos entre agentes que praticaram condutas anticompetitivas por períodos distintos, quanto para permitir a aplicação de multas mais altas.

- ii) O valor da **sanção aplicada ao administrador deve ser desvincilhado do da sanção aplicada à empresa**. A previsão nesse sentido atualmente vigente (artigo 37, III da LDC), além de incomum, careceria de racionalidade, dado não existir relação necessária entre o faturamento da empresa e o salário ou bens de seu administrador. Segundo a organização, as multas aplicadas às pessoas físicas deveriam guardar relação com seus respectivos salários ou patrimônios.
- iii) O procedimento de celebração de TCCs deve ser alterado, de modo a restringir seu uso e aumentar o valor da contribuição pecuniária dos signatários. A **utilização extensiva de TCCs teria potencial efeito negativo sobre a prevenção**, sobretudo quando aplicados grandes descontos ao valor das multas. De acordo com a OCDE, enquanto as exigências do Cade para a celebração desses acordos encontram-se abaixo do desejável, os descontos disponibilizados para acordos envolvendo cartel revelam-se muito altos quando comparados aos padrões internacionais.
- iv) A LDC tem de ser esclarecida ou modificada, de forma a estabelecer a **proibição do exercício da função de administrador de empresa (*director disqualification order*)** aos indivíduos envolvidos em infrações concorrenciais.
- v) O **período mínimo da proibição de participar em licitação** previsto na LDC (artigo 38, II) **deve ser substituído por um período máximo**. A retirada de um agente do mercado pode implicar preços mais altos ou menor qualidade, resultado que – sobretudo nos casos em que o período pré-estabelecido fosse excessivo em relação à infração – desincentivaria o Cade a utilizar essa sanção.

Tendo em vista tais recomendações, o presente Documento de Trabalho apresenta **benchmarking** referente à experiência de autoridades antitruste de outras jurisdições com a aplicação de sanções por ilícitos concorrenciais, para que sirva de substrato para a **compreensão e aprimoramento das práticas empregadas no Brasil** – sobretudo pelo Cade –, nessa seara.

Em linha com o apresentado anteriormente, entende-se que, para apurar em que medida as experiências internacionais efetivamente podem contribuir para a prática do Cade, é

necessário considerar não só como as autoridades antitruste procedem ao aplicar sanções, mas também o arcabouço institucional mais amplo em que esses recursos sancionatórios se inserem. Nesse sentido, é preciso averiguar como tais sanções se relacionam tanto com institutos correlatos – como são a leniência e o termo de compromisso de cessação (TCC) no caso brasileiro –, quanto com instrumentos dissuasórios de condutas anticompetitivas presentes em outras esferas jurídicas (penal e/ou civil). Afinal, dada a inevitável influência recíproca entre esses institutos, a atenção isolada à dosimetria da pena empregada por uma autoridade antitruste não permitiria a devida compreensão da totalidade do sistema sancionatório concorrencial vigente em sua respectiva jurisdição. Uma comparação nesses moldes – i.e. que não considerasse o arcabouço institucional mais amplo – implicaria ignorar as características fundamentais a cada sistema e tratar como idênticos objetos de análise desiguais. Recomendações baseadas em estudos desse tipo constituiriam, por sua vez, sugestões de transplantes institucionais com eficácia limitada e utilidade questionável⁶.

Face ao exposto, além de apresentar o **arcabouço sancionador de ilícitos concorrenciais** nas jurisdições selecionadas, dando **ênfase à metodologia de aplicação de pena utilizada por suas autoridades antitruste** (*e.g.*, se existem guias de dosimetria, como estão estruturados, etc.), pretende-se, por fim, **analisar o conteúdo do presente benchmarking vis-à-vis a realidade institucional brasileira**, com vistas a depurar em que medida e de que forma as experiências estrangeiras podem efetivamente contribuir para o aprimoramento institucional visado pela autarquia brasileira.

Destaca-se que o foco da análise em comento residirá na aplicação de sanções pecuniárias. Além de elas serem o instrumento por excelência do Cade para penalizar infrações à concorrência, esse tipo de sanção – seja ela de caráter administrativo, penal ou civil – está presente em todas as jurisdições que compõem o *benchmarking*, senão na quase totalidade dos ordenamentos que possuem controle antitruste. Sanções não pecuniárias são variadas, utilizadas em menor escala e possivelmente padecem de menos problemas metodológicos (*e.g.*, aplicação de pena de prisão ou da proibição de atuar como administrador de empresa) (ICN, 2017: 1).

⁶ Considerando as limitações dos transplantes legais, Waked, por exemplo, pondera que resta aos países que os levarem a cabo se ocupar do arcabouço normativo mais amplo que guiará estas normas, bem como determinar a maneira como implementá-las e quais objetivos privilegiar (2016).

Ademais, embora sanções pecuniárias possam ser aplicadas a infrações antitruste em diferentes esferas, este trabalho focará especialmente nos casos em que houver regulação (guias, diretrizes, etc.) referente à metodologia usada nos cálculos de multas realizados pelas autoridades estrangeiras.

2. Sanções por ilícitos antitruste em outras jurisdições

Para aprofundar a compreensão da aplicação de sanções por ilícitos antitruste em outras jurisdições, o presente tópico abordará, na medida do necessário, aspectos mais abstratos e estruturantes de seus regimes de defesa da concorrência. Além disso, serão endereçadas as seguintes questões: i) quais as **características dos diferentes tipos de sanção antitruste aplicáveis em cada esfera** (e.g., qual o período máximo e mínimo para a proibição de contratar com o setor público ou para a proibição de participar em licitações)?; e ii) quais são as **etapas da fixação da sanção pecuniária em cada esfera e como se dá a execução** de cada uma dessas etapas?

Mais especificamente, este último ponto, referente à **aplicação de sanção pecuniária**, passará pela identificação dos **limites legais** dessa pena (i.e., verificação de se há uma pena mínima e máxima); pela averiguação de como é determinada a **pena-base** (e.g., quais as bases de incidência da alíquota, etc.); pela forma como são feitos os **ajustes** à pena-base (e.g., como são aplicados os fatores agravantes e atenuantes); e pela análise de **outros aspectos** que interagem com e comumente são considerados quando da aplicação da sanção pecuniária (interação da pena com programas de colaboração e considerações sobre a responsabilização de empresas na esfera civil).

Convém também observar que a análise dos tópicos aqui listados terá como importante pano de fundo as recomendações da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que constam no *peer review* das normas e políticas concorrenciais brasileiras, recentemente feito pela Organização. Assim, tal análise será realizada com especial atenção para: i) a existência de **programas de colaboração e a concessão de descontos** sobre multas; ii) formas de **relacionar o valor da pena pecuniária à duração da infração**; iii) a **base de incidência da alíquota da multa** (ramo de atividade, mercado afetado, etc.); iv) a consideração da **vantagem auferida** no cálculo da pena pecuniária; v) a aplicação da **proibição de atuar como administrador** de empresa; e vi) a aplicação de **medidas estruturais** como forma de sanção a

práticas anticompetitivas. Para o presente trabalho, foram analisadas as seguintes jurisdições: Estados Unidos⁷; União Europeia⁸; França⁹; Alemanha¹⁰; Japão¹¹; Coreia¹²; Reino Unido¹³; Austrália¹⁴; Portugal¹⁵ e Chile¹⁶.

⁷ Além de ser um dos berços da defesa da concorrência no mundo (Oliveira *et al.*), os Estados Unidos ainda hoje servem como referência central para os demais países no que tange à temática concorrencial (Frazão, 2014). Diante disso e de seu singular arranjo institucional, detalhado no presente trabalho, entende-se que sua experiência é essencial à elaboração do *benchmarking* sobre metodologias de dosimetria de penas.

⁸ A defesa da concorrência na União Europeia (UE) tem como particularidade única, em relação às demais jurisdições selecionadas, o fato de incluir um arcabouço normativo supranacional. Em âmbito europeu, as leis concorrenciais europeias e as nacionais convivem na disciplina dos mercados. Além dessa particularidade e de contar com uma autoridade internacionalmente reconhecida pelo seu trabalho (GCR, 2018), a defesa concorrencial da UE, assim como a do Brasil, insere-se num sistema de direito civil. Em função disso, ela compartilha com o controle antitruste brasileiro uma série de elementos comuns (*e.g.* o processo de formação das normas), não verificáveis em jurisdições onde vige o direito consuetudinário (comumente referido por *common law*), como nos Estados Unidos. Por essa razão, a experiência europeia é consistentemente invocada para auxiliar na construção e compreensão de diversos institutos do direito concorrencial brasileiro. Exemplo disso pode ser verificado no voto exarado pelo Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo no PA nº 08012.006923/2002-18, em que ele trata das diferenças entre, de um lado, a teoria eminentemente norte-americana sobre ilícitos *per se* versus ilícitos pela regra da razão, e, de outro, a teoria do direito europeu sobre ilícitos pelo objeto versus ilícitos pelos efeitos. De acordo com o Conselheiro, é essa última que, pelas próprias raízes que o direito concorrencial brasileiro tem no europeu, deve ser utilizada pelo Cade na interpretação das normas sobre ilícitos antitruste (Cade, 2013b).

⁹ Essas características do arcabouço concorrencial francês, bem como o fato de a *Autorité de la Concurrence* ser internacionalmente considerada uma instituição de excelência (GCR, 2018) fazem da experiência francesa uma importante referência para o presente *benchmarking*.

¹⁰ Tendo em vista o desenho institucional de defesa da concorrência alemão, o reconhecimento do *Bundeskartellamt* como uma das melhores autoridades antitruste no mundo¹⁰ e a prévia experiência com a elaboração de um guia de dosimetria de pena, considera-se o estudo dessa jurisdição relevante para o propósito para do presente *benchmarking* (GCR, 2018).

¹¹ Embora o *enforcement* concorrencial no Japão conte com a habitual divisão entre as esferas administrativa, penal e civil, algumas de suas normas (*e.g.* responsabilização tanto administrativa quanto penal de pessoas jurídicas) fazem da experiência japonesa um caso particular. Isso, assim como o reconhecimento do JFTC como autoridade concorrencial de excelência (GCR, 2018), baseou a inclusão do Japão dentre as jurisdições estudadas.

¹² O arcabouço institucional coreano de defesa da concorrência assemelha-se ao japonês, partilhando com ele algumas peculiaridades. Por essas características e por figurar o KFTC entre as melhores autoridades concorrenciais do mundo (GCR, 2018), optou-se por incluir a análise da jurisdição em tela no *benchmarking* aqui realizado.

¹³ A defesa da concorrência no Reino Unido conta com uma divisão relativamente simples e clara das atribuições relacionadas ao *enforcement* de suas normas (*e.g.*, enquanto as sanções criminais se ocupam apenas da responsabilização da pessoa jurídica, as sanções penais estão restritas às pessoas físicas). Isso, somado à existência de guia para orientar a aplicação de penas pecuniárias embasaram a inclusão do Reino Unido no *benchmarking* internacional sobre dosimetria da pena.

¹⁴ Mais do que pelo reconhecimento internacional da autoridade australiana de defesa da concorrência, a inclusão da Austrália no *benchmarking* se dá pelo fato de ela ter sido recentemente objeto de análise versando sobre tema muito próximo ao do presente estudo. Notadamente, a OCDE publicou, em 2018, um relatório em que compara o sistema australiano de sanções pecuniárias àquele de outras jurisdições e examina sua efetividade como instrumento dissuasório de práticas anticompetitivas. Face às conclusões alcançadas, a OCDE faz à Austrália uma série de recomendações destinadas a aprimorar a imposição das penas em questão, tal como, por exemplo, a adoção de um método estruturado para calculá-las (OECD, 2018b). Assim, embora a Austrália – diferentemente da maioria das demais jurisdições selecionadas – não possua um guia de dosimetria de pena, entende-se que a recente revisão de seu sistema sancionatório antitruste tende a ser bastante útil ao estudo desenvolvido neste trabalho.

2.1. Estados Unidos

Nos Estados Unidos, as condutas anticompetitivas encontram-se divididas em duas categorias: acordos e monopolização (abuso de posição dominante). Dentro da primeira delas, porém, há uma subdivisão entre acordos horizontais e acordos verticais, os quais recebem tratamentos distintos. Enquanto acordos entre concorrentes envolvendo fixação de preço, divisão de mercado ou cartel em licitação – comumente referidos como *hard core cartels*¹⁷ – enquadram-se como tipos penais, acordos verticais, assim como condutas de monopolização¹⁸, não são processados criminalmente¹⁹. Em virtude disso, estas práticas estão sujeitas a tratamentos diferentes.

Embora na esfera federal duas autoridades atuem na defesa da concorrência sem que haja uma divisão peremptória de atribuições, apenas a Divisão de Concorrência do Departamento de Justiça norte-americano (*DOJ Antitrust Division*, doravante referido como DOJ) possui competência para processar ilícitos criminais, solicitando à justiça federal a aplicação das penas que considerar cabíveis²⁰.

¹⁵ A inclusão da jurisdição portuguesa no *benchmarking* se deve à sua prévia experiência com a elaboração de guia de metodologia de dosimetria de pena e à proximidade entre as autoridades concorrenciais brasileira e portuguesa, relacionada a motivos linguísticos e históricos.

¹⁶ O modelo de *enforcement* concorrencial chileno guarda importantes semelhanças com o brasileiro. Por isso, por sua prévia experiência com a elaboração de guia de dosimetria de pena e por se tratar de jurisdição inserida, assim como o Brasil, na realidade latino-americana, incluiu-se o Chile no escopo do *benchmarking* desenvolvido.

¹⁷ Nos termos da contribuição apresentada à OCDE, pelos Estados Unidos: “[t]he sustained law enforcement effort against cartels is the most important work of the Antitrust Division of the Department of Justice. The term ‘hard core cartel’ is not defined in U.S. law, regulations, or guidelines, but the concept is well-understood. The term is used to refer to the class of offenses likely to be prosecuted criminally by the Department of Justice” (2003a: 99).

¹⁸ Conforme explica o *Antitrust Primer for Federal Law Enforcement Personnel*, a conduta de monopolização não é, via de regra, processada criminalmente. Tal tratamento (processo criminal) apenas ocorrerá nas hipóteses em tiver havido uso de violência na realização da prática: “Section 2 of the Sherman Act (15 U.S.C. § 2) prohibits monopolization as well as attempts and conspiracies to monopolize. Violations of Section 2 are generally not prosecuted criminally. Criminal prosecution is warranted, however, in circumstances where violence is used or threatened as a means of discouraging or eliminating competition, such as cases involving organized crime” (DOJ, 2018, primer).

¹⁹ *Vertical resale price maintenance, which is an agreement on price between a manufacturer and its distributors (or a distributor and its retailers), may not be prosecuted criminally, although such agreements are “per se” unlawful, because of the difficulty of distinguishing between vertical price agreements and other vertical restraints, such as exclusive territories, that are judged under the “rule of reason”* (DOJ, 2. *Identifying Sherman Act Violations*).

²⁰ Nos Estados Unidos, as cortes são a autoridade última no que tange a questões concorrenciais (OCDE, 1998: 4). Diferentemente do que ocorre na maioria dos países em que há um sistema de defesa da concorrência, nenhuma das autoridades responsáveis pelo controle antitruste (DOJ e FTC) têm poder para aplicar, diretamente, sanções pecuniárias, mas têm de obter autorização judicial para tanto (OCDE, 1998: 17). Assim, caso o DOJ entenda que uma dada prática é anticompetitiva, ela deve dar início a um processo perante o judiciário federal, pleiteando as medidas que considerar adequadas (OCDE, 2004: 6). Por outro lado, as cortes devem exarar suas sentenças apenas após ouvir os argumentos do réu e as alegações das autoridades acusatórias (OCDE, 2016c).

Tais penas, nos casos de cartel, podem consistir em aplicação de multa, ou mesmo em pena de prisão, no caso das pessoas físicas²¹.

Os ilícitos não criminais (também chamados de ilícitos civis), por sua vez, são de competência tanto da *Federal Trade Commission* (FTC)²² quanto do DOJ, os quais dispõem de remédios variados para endereçar tais violações, incluindo a mera obrigação de cessar a conduta, até a obrigação de desinvestimento e reestruturação, nos casos de monopolização²³. No entanto, destaca-se que, nesses casos, ainda que as medidas utilizadas possam ter cunho pecuniário e as autoridades possam processar as partes para reparar os danos causados, considera-se que não há a imposição de penas *strictu sensu*, as quais restringem-se aos ilícitos criminais (OCDE, 1998: 16)²⁴. De fato, a maioria desses casos é resolvida por soluções negociadas (*consent decrees* no caso do DOJ e *consent orders* no caso do FTC)²⁵, apreciadas pelas autoridades por sua celeridade, efetividade e completude²⁶.

²¹ Nos termos do Código dos Estados Unidos: “[e]very contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court” (EUA, 15 U.S.C., § 1.).

²² O FTC é uma agência administrativa com autonomia, ligada aos poderes legislativo e executivo (OCDE, 2004: 5), que suplementa a autoridade do DOJ no *enforcement* das leis concorrenciais (GCR, 2018c).

²³ Nos termos do relatório da OCDE: “[t]he available sanctions [in monopolization cases] are substantial, reaching all the way to mandated divestiture and restructuring, to undo the monopoly structure and create competing firms in its place” (OCDE, 1998: 11).

²⁴ Mais especificamente, nos casos envolvendo práticas anticompetitivas que não sejam ilícitos penais, tanto o DOJ quanto o FTC buscam medidas voltadas a remediar a conduta, que não possuem caráter punitivo. Nos termos do relatório pelos Estados Unidos à OCDE: “DOJ files consent decrees, or civil consent judgments, in a U.S. federal district (trial) court to obtain effective relief without taking a case to trial. The FTC issues negotiated administrative consent orders under its statutory authority, to resolve violations without the need for a trial. **DOJ and FTC use consent decrees and consent orders, respectively, most often to settle merger cases, but also use them to settle alleged competition violations that include both unilateral conduct, such as exclusive dealing and monopolization, and concerted action cases, such as unlawful agreements. Consent decrees are not used to resolve allegations of hard-core horizontal conduct that DOJ prosecutes criminally, such as price-fixing, market or customer allocation, or bid rigging**” (OCDE, 2016c: 2-3, grifos nossos).

²⁵ Diz-se aqui que *a maioria* (e não a totalidade) dos casos são resolvidos por soluções negociadas, porque há hipóteses de aplicação de sanções a casos envolvendo ilícitos concorrenciais de caráter civil, conforme explicado pela contribuição norte-americana à discussão, na OCDE, sobre sanções em casos antitruste: “[c]ompanies may be **civily fined for violating the pre-merger notification statute or violating final orders issued by the Federal Trade Commission, but they are not fined when found liable in civil antitrust cases for engaging in anticompetitive conduct. Companies also may be subject to civil or criminal contempt fines for violating antitrust decrees issued in cases brought by the U.S. Department of Justice. In addition, companies may be subject to monetary remedies, such as disgorgement or restitution**”. (OCDE, 2016g: 2, grifos nossos).

²⁶ Nos termos da contribuição dos Estados Unidos à OCDE: “[t]he United States antitrust agencies – the U.S. Department of Justice Antitrust Division (“DOJ” or “Division”) and the U.S. Federal Trade Commission (“FTC”) (collectively, “the **agencies**”) – **resolve most of their civil non-merger antitrust cases with negotiated settlements – referred to as “commitments”** in this roundtable – as they do with mergers. Litigated civil non-merger cases are rare. Settlements are an important procedural tool, because they let the agencies and the target parties resolve

Ao negociar as medidas a serem aplicadas nos casos de ilícitos antitruste de caráter civil, DOJ e FTC seguem procedimentos similares (OCDE, 2016g: 2). Notadamente, ambos conduzem uma análise aprofundada da provável efetividade do compromisso a ser firmado, tendo em vista o objetivo de cessar a conduta; prevenir a reincidência do agente; e restaurar a concorrência no mercado afetado ao nível anterior à violação (2016g: 5). Por outro lado, diferentemente do que ocorre nos casos de cartéis *hard core*, ao apreciar o cumprimento destas condições, as autoridades não dispõem de instruções mais detalhadas sobre sua aplicação.

Por incidirem somente sobre ilícitos criminais, as orientações dadas no **guia** federal para a aplicação de sanções norte-americano (*Federal Sentencing Guidelines Manual- USSG*) **restringem-se aos casos de colusão entre concorrentes envolvendo fixação de preço, divisão de mercado e cartel em licitação**²⁷. Diante disso, e considerando o escopo do presente trabalho – a saber, estudar experiências que possam servir ao Cade, como referência para a aplicação de sanções (sobretudo de multas) na seara concorrencial –, o enfoque da análise do regime concorrencial norte-americano residirá nos casos de *enforcement* criminal.

2.1.1. Aplicação de sanções: orientações gerais

De acordo com o título sobre crimes e procedimentos criminais do Código dos Estados Unidos (*United States Code - U.S.C.*), ao aplicar uma sanção, a corte julgadora está sujeita a um critério de proporcionalidade, na medida em que a pena deve ser suficiente, e não mais onerosa do que o necessário para atingir os fins pretendidos. Dentre estes fins encontra-se a necessidade de que a sanção reflita a gravidade do ilícito e assegure uma punição adequada, bem como desestimule a realização de práticas criminosas, seja pelo agente infrator, seja pelo público em geral (18 U.S.C., § 3553, a).

their disputes effectively, quickly, and thoroughly. (OCDE, 2016c: 2, grifos nossos)". Ver, também nesse sentido, (OCDE, 1998: 10) e (OCDE, 2004: 3).

²⁷ A opção por restringir a aplicação do USSG aos casos de cartéis *hard core* é explicada no próprio guia: "*These guidelines apply to violations of the antitrust laws. Although they are not un-lawful in all countries, there is near universal agreement that restrictive agreements among competitors, such as horizontal price-fixing (including bid-rigging) and horizontal market-allocation, can cause serious economic harm. There is no consensus, however, about the harmfulness of other types of antitrust offenses, which furthermore are rarely prosecuted and may involve unsettled issues of law. Consequently, only one guideline, which deals with horizontal agreements in restraint of trade, has been promulgated*" (2R1.1, Background).

Não obstante estas orientações de caráter mais genérico previstas no código em questão, a aplicação de sanções a ilícitos antitruste é regulada também, e sobretudo, pelo USSG, o qual contém seção específica sobre esse tipo de violação (capítulo 2, parte R). No caso dos agentes que não sejam pessoas físicas, é a leitura combinada deste capítulo e do capítulo que trata da aplicação de sanções a organizações²⁸ pela prática de crimes em geral (capítulo 8) que orienta a aplicação de penas pecuniárias pelo crime de cartel. Já no caso dos indivíduos, além do próprio U.S.C. e da seção sobre ilícitos antitruste do USSG, há que se considerar as disposições gerais do guia relativas à imposição de prisão – distribuídas ao longo deste diploma normativo –, bem como a parte que trata da aplicação de multas a pessoas físicas (USSG, 5E1.2).

2.1.2. Aplicação de sanções a organizações

2.1.2.1 Multa

A seção do U.S.C. que versa sobre prática de cartel fixa em **US\$ 100.000.000** (cem milhões de dólares) o **limite máximo** às multas impostas às organizações nesse caso (15 U.S.C., § 1.). No entanto, o capítulo desse mesmo código que rege a aplicação de sentenças em geral, prevê que, nos casos em que o autor do ilícito derivar algum **ganho pecuniário** da prática, ou em que impor uma **perda**²⁹ **pecuniária a terceiros**, ele estará sujeito a penas que terão como **limite máximo o maior valor** dentre as seguintes hipóteses: o **dobro do ganho** bruto obtido pelo infrator ou o **dobro da perda** bruta sofrida por terceiros (18 U.S.C., § 3571., d)³⁰. Diante disso, em diversos casos de cartel, as multas impostas às empresas ultrapassaram substancialmente o valor limite especificado na seção 15 U.S.C., § 1 (OECD, 2016g)³¹.

De acordo com o capítulo 8 do USSG, no caso das organizações, o cálculo da multa se inicia com a **definição da pena-base**, que corresponde ao **maior valor dentre** as seguintes

²⁸ Segundo o USSG, “[o]rganization’ means ‘a person other than an individual.’ 18 U.S.C. § 18. The term includes corporations, partnerships, associations, joint-stock companies, unions, trusts, pension funds, unincorporated organizations, governments and political subdivisions thereof, and non-profit organizations” (§8A1.1., Application Notes,1.).

²⁹ No presente trabalho, ao tratar do sistema de defesa da concorrência norte-americano, perda e dano serão tratados como conceitos sinônimos.

³⁰ *If any person derives pecuniary gain from the offense, or if the offense results in pecuniary loss to a person other than the defendant, the defendant may be fined not more than the greater of twice the gross gain or twice the gross loss, unless imposition of a fine under this subsection would unduly complicate or prolong the sentencing process.*

³¹ Segundo a contribuição norte-americana à relatório da OCDE sobre aplicação de sanções: “[i]n many significant U.S. cartel prosecutions, corporate fines have exceeded the \$100 statutory maximum. Fines as high as \$500 million have been imposed” (2016g: 3).

hipóteses: i) o **ganho pecuniário obtido**³² pela organização com a prática ilícita; ii) o **dano pecuniário** causado³³ pela organização; ou iii) o valor da **multa correspondente ao nível da violação** (*offense level*) determinado pelo próprio USSG³⁴⁻³⁵.

Não obstante, ressalta-se que, no caso de ilícitos concorrenciais, o capítulo destinado a essa matéria especifica que, na determinação da pena-base segundo os critérios acima, ao invés de se considerar a **perda pecuniária** causada pela organização, deve-se considerar **20%** (vinte por cento) do **volume de comércio afetado** pela conduta (USSG, 2R1.1, d, 1). Este volume, por sua vez, diz respeito ao volume, em termos pecuniários, das **transações**, em bens ou serviços, **feitas pelo réu**³⁶ e **afetadas pelo cartel** durante a **duração da conduta**³⁷⁻³⁸. Por outro

³² O USSG define no que consiste o ganho pecuniário e exemplifica sua aplicação: “‘[p]ecuniary gain’ is derived from 18 U.S.C. § 3571(d) and means the additional before-tax profit to the defendant resulting from the relevant conduct of the offense. Gain can result from either additional revenue or cost savings. For example, an offense involving odometer tampering can produce additional revenue. In such a case, the pecuniary gain is the additional revenue received because the automobiles appeared to have less mileage, i.e., the difference between the price received or expected for the automobiles with the apparent mileage and the fair market value of the automobiles with the actual mileage. An offense involving defense procurement fraud related to defective product testing can produce pecuniary gain resulting from cost savings. In such a case, the pecuniary gain is the amount saved because the product was not tested in the required manner” (8A1.2, Application Notes).

³³ O USSG não define peremptoriamente no que consiste a perda ou dano pecuniário (*pecuniary loss*). Ao invés disso, faz remissão a diferentes definições de perda (*loss*) apresentadas ao longo do guia. Assim, por exemplo, remete à utilização desse termo quando da tipificação de outros ilícitos, tais como roubo, fraude e ilícitos tributários (8A1.2, Application Notes).

³⁴ Para cada ilícito imputado ao agente infrator, deve-se aplicar o capítulo 2 do USSG, que, ao estabelecer os diferentes tipos de ilícitos, atribui a cada um deles um nível de violação e indica os ajustes que devem ser feitos de acordo com as circunstâncias. No caso das condutas anticompetitivas, o capítulo 2, Parte R, estabelece que o nível básico da violação é 12 (doze). Este valor, por sua vez, é aumentado conforme as características da conduta. Assim, caso a conduta envolva a participação em acordo para fraudar uma licitação, soma-se 1 (um) ponto ao nível da violação (USSG, 2R1.1, b, 1). Ademais, caso o volume de comércio atribuído ao réu (volume, em dólares, dos bens ou serviços afetados pela conduta) seja superior a US\$ 1.000.000 (um milhão de dólares), o nível da violação deve ser gradualmente aumentado, em conformidade com o referido volume. Se, por exemplo, a prática de um determinado cartel envolver um volume de comércio superior a US\$ 10.000.000 (dez milhões de dólares), deve-se adicionar 4 pontos ao nível da violação. Por outro lado, se tal prática envolver um volume de comércio superior a US\$ 50.000.000 (cinquenta milhões de dólares), deve-se adicionar 6 pontos ao nível da violação (USSG, 2R1.1, b, 2).

³⁵ O capítulo 8 apresenta uma tabela em que constam os valores das multas aplicáveis a cada nível de violação praticada por uma empresa. Assim, por exemplo, no caso de prática de cartel enquadrar-se no nível 12 (nível básico de ofensa para esse tipo de ilícito), o valor da multa correspondente é de US\$ 70.000 (setenta mil dólares). Caso, porém, o nível da ofensa for 16 (hipótese em que, por exemplo, teriam sido adicionados 4 pontos em virtude do volume de comércio envolvido na conduta), o valor da multa correspondente passa a ser de US\$ 300.000 (trezentos mil dólares) (USSG, 8C2.4, d).

³⁶ Nos termos do USSG, “under §2R1.1(d)(1), the volume of commerce, which is used in determining a proxy for loss under §8C2.4(a)(3), is limited to the volume of commerce attributable to the defendant” (8C2.4, Application Notes).

³⁷ Nos termos do USSG, “[f]or purposes of this guideline, the volume of commerce attributable to an individual participant in a conspiracy is the volume of commerce done by him or his principal in goods or services that were affected by the violation” (2R1.1, b, 2).

³⁸ Nos termos da contribuição dos Estados Unidos para a OCDE (2016g: 3), “[t]he volume of commerce attributed to a participant in a cartel operating entirely with the United States is its sales of products subject to the cartel during the cartel’s period of operation”.

lado, em **casos de cartel em licitação**, em que a organização tiver submetido um ou mais lances complementares, o **volume de comércio** considerado deve ser o **maior valor dentre** as seguintes hipóteses: i) o **volume de comércio feito pela organização e afetado pela prática**; ou ii) o **valor do maior contrato no qual a organização tenha apresentado lance complementar**, em conexão com o cartel à licitação (USSG, 2R1.1, d, 3).

Segundo contribuição dos Estados Unidos à OCDE, ao formular o USSG, a comissão responsável (*United States Sentencing Commission*) buscou relacionar, tanto quanto possível, as multas previstas aos ganhos dos infratores ou aos danos gerados às vítimas da conduta. No entanto, diante do reconhecimento de que a **aferição dessas quantias seria complexa**³⁹ e com vistas a **economizar os recursos** que seriam dispendidos em tal tarefa, a comissão optou por estabelecer um valor aproximado (**proxy**) que serviria como referência para o cálculo dos **ganhos**⁴⁰ e **perdas** (OECD, 2016g: 3)⁴¹. Na prática, é esta *proxy* que costuma definir a pena-base aplicada (OECD, 2016g: 15).

Após a definição da pena-base, deve-se proceder à **contagem da culpabilidade** (*culpability score*) imputável à conduta. A pontuação obtida por meio dessa contagem – que, como se verá a seguir, servirá para a determinação dos limites mínimo e máximo da multa no caso concreto – parte de uma pontuação base, à qual são acrescidos ou subtraídos pontos, segundo uma ampla gama de fatores⁴².

De acordo com o guia, no processo de contagem em comento, a autoridade deve verificar os seguintes aspectos: i) o **envolvimento ou tolerância da organização** com a prática criminosa, considerando o tamanho da empresa (número de funcionários), bem como o **nível de**

³⁹ Isso é registrado no próprio do USSG: “[c]hapter Two provides special instructions for fines that include specific rules for determining the base fine in connection with **certain types of offenses in which the calculation of loss or gain is difficult, e.g., price-fixing**. For these offenses, the special instructions tailor the base fine to circumstances that occur in connection with such offenses and that generally relate to the magnitude of loss or gain resulting from such offenses” (8C2.4, *Background*, grifos nossos).

⁴⁰ Embora o USSG, 2R1.1, d, 1, ao tratar da utilização da *proxy*, faça referência apenas ao dano (*loss*), nas *Application Notes* desse mesmo capítulo, o guia estabelece que a aplicação dessa *proxy* se destina a evitar o dispêndio de recursos que haveria caso a corte tivesse de calcular o ganho ou o dano decorrente da conduta: “[t]he 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**” (USSG, 2R1.1, *Application Notes*, grifo nosso).

⁴¹ Também o guia esclarece a opção pela utilização de uma *proxy* na apuração dos ganhos e perdas: “[t]he offense levels are not based directly on the damage caused or profit made by the defendant because **damages are difficult and time consuming to establish**. The **volume of commerce is an acceptable and more readily measurable substitute**” (USSG, 2R1.1, *Background*, grifos nossos).

⁴² A autoridade parte de 5 (cinco) pontos, aos quais soma ou subtrai outros pontos, conforme as características da conduta descritas no Capítulo 8, C2.5. do USSG.

participação dos funcionários de alto escalão na conduta⁴³⁻⁴⁴; ii) a existência de prática de ilícitos similares e há quanto tempo eles foram cometidos⁴⁵ (**antecedentes do réu**); iii) se, ao realizar o cartel, a organização **violou alguma ordem judicial ou medida probatória** (*condition of probation*)⁴⁶; iv) se houve **obstrução da justiça** pela parte⁴⁷; v) a existência de um **programa**

⁴³ INVOLVEMENT IN OR TOLERANCE OF CRIMINAL ACTIVITY. If more than one applies, use the greatest:

(1) If— (A) the organization had 5,000 or more employees and (i) an individual within high-level personnel of the organization participated in, condoned, or was willfully ignorant of the offense; or (ii) tolerance of the offense by substantial authority personnel was pervasive throughout the organization; or (B) the unit of the organization within which the offense was committed had 5,000 or more employees and (i) an individual within high-level personnel of the unit participated in, condoned, or was willfully ignorant of the offense; or (ii) tolerance of the offense by substantial authority personnel was pervasive throughout such unit, add 5 points; or

(2) If— (A) the organization had 1,000 or more employees and (i) an individual within high-level personnel of the organization participated in, condoned, or was willfully ignorant of the offense; or (ii) tolerance of the offense by substantial authority personnel was pervasive throughout the organization; or (B) the unit of the organization within which the offense was committed had 1,000 or more employees and (i) an individual within high-level personnel of the unit participated in, condoned, or was willfully ignorant of the offense; or (ii) tolerance of the offense by substantial authority personnel was pervasive throughout such unit, add 4 points; or

(3) If— (A) the organization had 200 or more employees and (i) an individual within high-level personnel of the organization participated in, condoned, or was willfully ignorant of the offense; or (ii) tolerance of the offense by substantial authority personnel was pervasive throughout the organization; or (B) the unit of the organization within which the offense was committed had 200 or more employees and (i) an individual within high-level personnel of the unit participated in, condoned, or was willfully ignorant of the offense; or (ii) tolerance of the offense by substantial authority personnel was pervasive throughout such unit, add 3 points; or

(4) If the organization had 50 or more employees and an individual within substantial authority personnel participated in, condoned, or was willfully ignorant of the offense, add 2 points; or (5) If the organization had 10 or more employees and an individual within substantial authority personnel participated in, condoned, or was willfully ignorant of the offense, add 1 point (USSG, 8C2.5, b).

⁴⁴ A relação entre o tamanho da empresa e o cargo dos agentes envolvidos na conduta com a responsabilização da empresa é explicada pelo guia: “[t]he increased culpability scores under subsection (b) are based on three interrelated principles. First, **an organization is more culpable when individuals who manage the organization or who have substantial discretion in acting for the organization participate** in, condone, or are willfully ignorant of criminal conduct. Second, **as organizations become larger and their managements become more professional, participation** in, condonation of, or willful ignorance of criminal conduct by such management **is increasingly a breach of trust or abuse of position**. Third, **as organizations increase in size, the risk of criminal conduct beyond that reflected in the instant offense also increases whenever management’s tolerance of that offense is pervasive**. Because of the continuum of sizes of organizations and professionalization of management, subsection (b) gradually increases the culpability score based upon the size of the organization and the level and extent of the substantial authority personnel involvement” (USSG, 8C2.5, Background, grifos nossos).

⁴⁵ PRIOR HISTORY. If more than one applies, use the greater:

(1) If the organization (or separately managed line of business) committed any part of the instant offense less than 10 years after (A) a criminal adjudication based on similar misconduct; or (B) civil or administrative adjudication(s) based on two or more separate instances of similar misconduct, add 1 point; or

(2) If the organization (or separately managed line of business) committed any part of the instant offense less than 5 years after (A) a criminal adjudication based on similar misconduct; or (B) civil or administrative adjudication(s) based on two or more separate instances of similar misconduct, add 2 points (8C2.5, c).

⁴⁶ VIOLATION OF AN ORDER. If more than one applies, use the greater: (1) (A) If the commission of the instant offense violated a judicial order or injunction, other than a violation of a condition of probation; or (B) if the organization (or separately managed line of business) violated a condition of probation by engaging in similar misconduct, i.e., misconduct similar to that for which it was placed on probation, add 2 points; or

(2) If the commission of the instant offense violated a condition of probation, add 1 point (USSG, 8C2.5, “d”).

⁴⁷ OBSTRUCTION OF JUSTICE. If the organization willfully obstructed or impeded, attempted to obstruct or impede, or aided, abetted, or encouraged obstruction of justice during the investigation, prosecution, or sentencing of the

de **compliance** e quão efetivo ele era⁴⁸; e vi) se a organização **reportou sua participação no cartel, colaborou com a investigação e admitiu participação** na conduta⁴⁹.

Com base na pontuação da culpabilidade resultante da contagem são, então, definidos quais multiplicadores, que, aplicados à pena-base, determinarão o **alcance da sanção** (*sentencing range*) à que se sujeita a conduta em julgamento. Mais especificamente, o guia fornece uma tabela relacionando cada faixa de pontuação de culpabilidade a um multiplicador mínimo e máximo⁵⁰. Esses **multiplicadores** – que, nos casos de cartel, não podem ser inferiores

instant offense, or, with knowledge thereof, failed to take reasonable steps to prevent such obstruction or impedance or attempted obstruction or impedance, add 3 points (USSG, 8C2.5, e).

⁴⁸EFFECTIVE COMPLIANCE AND ETHICS PROGRAM

(1) If the offense occurred even though the organization had in place at the time of the offense an effective compliance and ethics program, as provided in §8B2.1 (Effective Compliance and Ethics Program), subtract 3 points.

(2) Subsection (f)(1) shall not apply if, after becoming aware of an offense, the organization unreasonably delayed reporting the offense to appropriate governmental authorities.

(3) (A) Except as provided in subparagraphs (B) and (C), subsection (f)(1) shall not apply if an individual within high-level personnel of the organization, a person within high-level personnel of the unit of the organization within which the offense was committed where the unit had 200 or more employees, or an individual described in §8B2.1(b)(2)(B) or (C), participated in, condoned, or was willfully ignorant of the offense. (B) There is a rebuttable presumption, for purposes of subsection (f)(1), that the organization did not have an effective compliance and ethics program if an individual— (i) within high-level personnel of a small organization; or (ii) within substantial authority personnel, but not within high-level personnel, of any organization, participated in, condoned, or was willfully ignorant of, the offense. (C) Subparagraphs (A) and (B) shall not apply if— (i) the individual or individuals with operational responsibility for the compliance and ethics program (see §8B2.1(b)(2)(C)) have direct reporting obligations to the governing authority or an appropriate subgroup thereof (e.g., an audit committee of the board of directors); (ii) the compliance and ethics program detected the offense before discovery outside the organization or before such discovery was reasonably likely; (iii) the organization promptly reported the offense to appropriate governmental authorities; and (iv) no individual with operational responsibility for the compliance and ethics program participated in, condoned, or was willfully ignorant of the offense (8C2.5, f).

⁴⁹ SELF-REPORTING, COOPERATION, AND ACCEPTANCE OF RESPONSIBILITY. *If more than one applies, use the greatest:*

(1) If the organization (A) prior to an imminent threat of disclosure or government investigation; and (B) within a reasonably prompt time after becoming aware of the offense, reported the offense to appropriate governmental authorities, fully cooperated in the investigation, and clearly demonstrated recognition and affirmative acceptance of responsibility for its criminal conduct, subtract 5 points; or

(2) If the organization fully cooperated in the investigation and clearly demonstrated recognition and affirmative acceptance of responsibility for its criminal conduct, subtract 2 points; or

(3) If the organization clearly demonstrated recognition and affirmative acceptance of responsibility for its criminal conduct, subtract 1 point (USSG, 8C2.5, g).

⁵⁰ Com vistas a ilustrar o exposto, transcreve-se, abaixo, a tabela de multiplicadores que deve ser aplicada à pontuação de culpabilidade, com vistas a aferir a extensão da sanção.

CULPABILITY SCORE	MINIMUM MULTIPLIER	MAXIMUM MULTIPLIER
10 or more	2	4.00
9	1.80	3.60
8	1.60	3.20
7	1.40	2.80
6	1.20	2.40
5	1	2.00
4	0.80	1.60

a 0.75⁵¹ –, quando **aplicados à pena-base** resultam, respectivamente, **nos limites mínimo e máximo da pena** que pode ser imposta à situação em questão.

Com vistas a ilustrar o cálculo realizado para a determinação do alcance da sanção aplicável, toma-se como exemplo caso de 2006, envolvendo a Akzo Nobel Chemicals International B.V. (Akzo). Nele, a empresa assumiu ter participado de um cartel voltado à fixação de preço de peróxido de hidrogênio, cuja duração se estendeu pelo período de 1º de julho de 1998 a 1º de dezembro de 2001. O volume de comércio – isto é, as vendas desse produto feitas pela empresa aos consumidores norte-americanos nesse período – tinha sido no valor de US\$ 82.900.000 (oitenta e dois milhões e novecentos mil dólares). Assim, tomando como referência o maior valor dentre as três hipóteses de pena-base estabelecidas no guia e considerando como perda pecuniária (dano) o valor correspondente a 20% (vinte por cento) do volume de comércio da empresa durante o período⁵², a autoridade chegou à pena-base de US\$ 16.580.000 (dezesseis milhões e quinhentos e oitenta mil dólares). Em seguida, passou ao cálculo da pontuação de culpabilidade. Aos 5 (cinco) pontos iniciais estipulados pelo guia, foram somados 5 (cinco) pontos adicionais, em virtude do grande tamanho da empresa e do envolvimento de funcionários do alto-escalão na prática. Além disso, houve, por um lado, a adição de mais 2 (dois) pontos, pelo fato de a Akzo ter histórico de participação em cartel e, por outro lado, a subtração de 2 (dois) pontos, devido à colaboração da empresa com a investigação e ao reconhecimento de sua culpa. Chegando à pontuação de culpabilidade de 10 (dez) pontos, foram aplicados o multiplicador mínimo de 2.0 e o multiplicador máximo de 4.0, nos termos da tabela fornecida no USSG⁵³. Assim, chegou-se ao alcance da pena, cujo limite mínimo foi de US\$ 33.160.000 (trinta e três milhões e cento e sessenta mil dólares) e o limite máximo foi de US\$ 66.320.000 (sessenta e seis milhões e trezentos e vinte mil dólares)⁵⁴.

3	0.60	1.20
2	0.40	0.80
1	0.20	0.40
0 or less	0.05	0.20

Fonte: USSG, 8C2.7.

⁵¹ Nos termos do USSG, “[w]hen applying §8C2.6 (Minimum and Maximum Multipliers), neither the minimum nor maximum multiplier shall be less than 0.75” (USSG, 2R1.1, d, 2).

⁵² Vide parágrafo 18.

⁵³ Vide nota de rodapé 34.

⁵⁴ O exemplo do cálculo da pena aqui descrito foi retirado da contribuição norte-americana à OCDE, sobre o tema de aplicação de sanções (OECD, 2016g: 4).

Uma vez definido o alcance da sanção aplicável à conduta, deve-se proceder à **determinação da multa**. Nesse processo, o capítulo do guia referente à aplicação de pena a organizações estabelece que os seguintes aspectos devem ser considerados:

- i) **Objetivos da pena:** a sanção deve refletir a **gravidade da ofensa**, promover o respeito pela lei, assegurar **justa punição**, proporcionar adequada **dissuasão** e proteger o público de novos crimes da organização (USSG, 8C2.8, a, 1).
- ii) **O papel da organização no ilícito** (USSG, 8C2.8 a, 2): esse fator tem destacada importância nos casos de cartel. Segundo o próprio USSG, ao se calcular o alcance da sanção, o guia não leva em conta se a organização é líder ou organizadora do cartel. No entanto, uma multa mais alta é cabível nos casos em que a parte tiver um papel de liderança no cometimento do ilícito (USSG, 8C2.8, *Application Notes*).
- iii) Quaisquer **consequências colaterais da condenação:** dentre as consequências que devem ser consideradas, incluem-se obrigações **civis** decorrentes da conduta da organização (USSG, 8C2.8, a, 3), bem como eventuais sanções colaterais **punitivas**. O guia esclarece que, caso essas sanções punitivas tiverem sido ou forem ser impostas à organização, a corte pode levar em conta tal fato para aplicar uma multa mais baixa (USSG, 8C2.8, *Application Notes*).
- iv) Qualquer **dano não pecuniário**, potencial ou efetivo, causado pelo ilícito (USSG, 8C2.8 a, 4).
- v) Se a violação tiver envolvido uma **vítima vulnerável** (USSG, 8C2.8 a, 5.).
- vi) **Antecedentes criminais dos funcionários do alto-escalão da organização** envolvidos no ilícito (USSG, 8C2.8, a, 6)⁵⁵.
- vii) Qualquer **má conduta civil ou criminal anterior da organização**, com exceção daquelas que já tiverem sido consideradas na aplicação dos critérios,

⁵⁵ De acordo com o guia, indivíduos que compõem o alto-escalão de uma organização exercem considerável controle sobre ela ou têm um papel substancial na definição da política organizacional. Por essa razão, os antecedentes desses agentes devem ser levados em conta na definição da pena apropriada à empresa (USSG, 8C2.8, *Application Notes*).

estabelecidos pelo guia para a definição do alcance da sanção (USSG, 8C2.8, a, 7)⁵⁶.

- viii) **Pontuação na contagem de culpabilidade:** qualquer pontuação maior que 10 (dez) pode ensejar o aumento da pena. Do mesmo modo, pontuações inferiores a 0 (zero) dão ensejo à redução da pena (USSG, 8C2.8, a, 8).
- ix) Eventuais **fatores atenuantes ou agravantes** que, no processo de contagem da culpabilidade, tiverem sido parcialmente, mas insuficientemente, preenchidos (USSG, 8C2.8, a, 9).
- x) Fatores listados em 18 U.S.C. § 3572., a (USSG, 8C2.8, a, 10): i) a **capacidade financeira** do réu; ii) a **onerosidade da pena** sobre o réu e seus dependentes; iii) **danos pecuniários** causados pelo ilícito; iv) se houve **reparação** pelos danos; v) a necessidade de **privar o réu de ganhos ilícitos** decorrentes da violação; vi) eventuais **custos gerados ao governo** pela implementação da sanção; vii) a **capacidade do réu de transferir** a consumidores ou a terceiros os **custos da multa**; viii) eventuais **medidas** tomadas pela organização para **disciplinar funcionários** envolvidos no ilícito e para **prevenir futuras violações**⁵⁷.
- xi) A **inexistência de um programa de compliance** efetivo quando da prática do ilícito (USSG, 8C2.8, a, 11)⁵⁸.
- xii) **Qualquer fator que já tiver sido considerado no cálculo do alcance da sanção** (USSG, 8C2.8, b): de acordo com o guia, isso permitiria a diferenciação entre

⁵⁶ Conforme apresentado anteriormente, o guia considera os antecedentes da organização no processo de definição do alcance da pena em seu capítulo 8C2.5, c.

⁵⁷ Nos termos do 18 U.S.C. § 3572., a: “*Factors To Be Considered.—In determining whether to impose a fine, and the amount, time for payment, and method of payment of a fine, the court shall consider, in addition to the factors set forth in section 3553(a) — (1) the defendant’s income, earning capacity, and financial resources; (2) the burden that the fine will impose upon the defendant, any person who is financially dependent on the defendant, or any other person (including a government) that would be responsible for the welfare of any person financially dependent on the defendant, relative to the burden that alternative punishments would impose; (3) any pecuniary loss inflicted upon others as a result of the offense; (4) whether restitution is ordered or made and the amount of such restitution; (5) the need to deprive the defendant of illegally obtained gains from the offense; (6) the expected costs to the government of any imprisonment, supervised release, or probation component of the sentence; (7) whether the defendant can pass on to consumers or other persons the expense of the fine; and (8) if the defendant is an organization, the size of the organization and any measure taken by the organization to discipline any officer, director, employee, or agent of the organization responsible for the offense and to prevent a recurrence of such an offense*”.⁵⁸ Para ser considerado um programa de *compliance* efetivo, ele deve atender às condições que o guia em questão estabelece ao disciplinar esse tema (USSG, 8B2.1).

⁵⁸ Para ser considerado um programa de *compliance* efetivo, ele deve atender às condições que o guia em questão estabelece ao disciplinar esse tema (USSG, 8B2.1).

casos que, embora se enquadrem no mesmo nível de ofensa, têm graus de gravidade distintos. Da mesma forma, tal previsão permitiria que o tribunal diferenciasse entre casos que tivessem os mesmos fatores agravantes, mas com intensidades distintas⁵⁹.

Também a parte do USSG que trata especificamente de ilícitos antitruste apresenta aspectos a serem considerados na definição da pena. Segundo explica, ao determinar o percentual do volume de comércio em 20% (vinte por cento) como *proxy* para a estimação da perda ou ganho, o guia partiu dos seguintes pressupostos: i) o ganho médio obtido com o cartel corresponde, em média, a 10% (dez por cento) do preço de venda; ii) a perda gerada com essa prática geralmente excede os ganhos que seu autor dela auferi⁶⁰. Por isso, ao determinar a multa, deve-se verificar se o referido **ganho é inferior ou superior a 10% (dez por cento) do preço praticado** e considerar esse eventual fato para majorar ou diminuir a pena. Nesse momento deve-se considerar, igualmente, o fato de que o **nível médio do sobrepreço** imposto por um cartel **tende a cair, quanto maior for o volume de comércio** envolvido (USSG, 2R1.1, *Application Notes*).

⁵⁹ Nos termos do guia: “[u]nder subsection (b), the court, in determining the fine within the range, may consider any factor that it considered in determining the range. This allows for courts to differentiate between cases that have the same offense level but differ in seriousness (e.g., two fraud cases at offense level 12, one resulting in a loss of \$21,000, the other \$40,000). Similarly, this allows for courts to differentiate between two cases that have the same aggravating factors, but in which those factors vary in their intensity (e.g., two cases with upward adjustments to the culpability score under §8C2.5(c)(2) (prior criminal adjudications within 5 years of the commencement of the instant offense, one involving a single conviction, the other involving two or more convictions)” (USSG, 8C2.8, *Application Notes*).⁶⁰ Conforme explica o guia, “[t]he loss from price-fixing exceeds the gain because, among other things, injury is inflicted upon consumers who are unable or for other reasons do not buy the product at the higher prices” (USSG, 2R1.1, *Application Notes*).⁶¹ O guia ilustra essa hipótese com o seguinte exemplo: “[i]f (...) the defendant participated in an agreement not to submit a bid, or to submit an unreasonably high bid, on one occasion, in exchange for his being allowed to win a subsequent bid that he did not in fact win, his volume of commerce would be zero, although he would have contributed to harm that possibly was quite substantial” (USSG, 2R1.1, *Background*).⁶² For purposes of this section, an organization is closely held, regardless of its size, when relatively few individuals own it. In order for an organization to be closely held, ownership and management need not completely overlap (USSG, 8C3.4, *Commentary*).

⁶⁰ Conforme explica o guia, “[t]he loss from price-fixing exceeds the gain because, among other things, injury is inflicted upon consumers who are unable or for other reasons do not buy the product at the higher prices” (USSG, 2R1.1, *Application Notes*).⁶¹ O guia ilustra essa hipótese com o seguinte exemplo: “[i]f (...) the defendant participated in an agreement not to submit a bid, or to submit an unreasonably high bid, on one occasion, in exchange for his being allowed to win a subsequent bid that he did not in fact win, his volume of commerce would be zero, although he would have contributed to harm that possibly was quite substantial” (USSG, 2R1.1, *Background*).⁶² For purposes of this section, an organization is closely held, regardless of its size, when relatively few individuals own it. In order for an organization to be closely held, ownership and management need not completely overlap (USSG, 8C3.4, *Commentary*).

Ainda no que tange à definição da multa, o guia estabelece que, caso o **réu já houver sido condenado** pelo cometimento de **violações à concorrência**, a corte pode aplicar o **limite máximo da pena** (USSG, 2R1.1, *Background*).

Nos casos de **cartel em licitação**, orienta-se que a autoridade atente também para o risco de a **gravidade da conduta ser subestimada**, haja vista a possibilidade de o volume de comércio ser nulo, a depender do acordo firmado entre os concorrentes⁶¹. Em tais hipóteses, deve-se considerar a aplicação de **multa com valor próximo ao limite máximo** estabelecido na determinação do alcance da sanção (USSG, 2R1.1, *Background*).

Além destes elementos indicados como critérios para a determinação da pena, o guia ainda prevê, em seção separada, algumas hipóteses que devem ser consideradas pela corte ao **aplicar a multa** apurada, dentre as quais destacam-se as seguintes:

- i) **Sociedade de capital fechado** (*closely held organizations*⁶²): se um ou mais sócios de uma sociedade de capital fechado, detentores de pelo menos 5% (cinco por cento) de seu capital, tiverem sido condenados criminalmente pela mesma conduta pela qual a empresa está sendo penalizada, a corte pode considerar as multas impostas às pessoas físicas, compensando seu valor na aplicação da pena imposta à organização (USSG, 8C3.4)⁶³.
- ii) **Incapacidade de adimplir**: a corte pode reduzir a multa a um valor inferior ao que seria, de outro modo, aplicável, se: i) o pagamento da multa comprometer a capacidade da organização de indenizar suas vítimas (USSG, 8C3.3, a); ii) a organização não for capaz de pagar, mesmo mediante parcelamento, a pena

⁶¹ O guia ilustra essa hipótese com o seguinte exemplo: “[i]f (...) the defendant participated in an agreement not to submit a bid, or to submit an unreasonably high bid, on one occasion, in exchange for his being allowed to win a subsequent bid that he did not in fact win, his volume of commerce would be zero, although he would have contributed to harm that possibly was quite substantial” (USSG, 2R1.1, *Background*). ⁶² For purposes of this section, an organization is closely held, regardless of its size, when relatively few individuals own it. In order for an organization to be closely held, ownership and management need not completely overlap (USSG, 8C3.4, *Comentary*).

⁶² For purposes of this section, an organization is closely held, regardless of its size, when relatively few individuals own it. In order for an organization to be closely held, ownership and management need not completely overlap (USSG, 8C3.4, *Comentary*).

⁶³ O guia orienta sobre como esta compensação deve ser feita: “[a]s a general rule in such cases, appropriate punishment may be achieved by offsetting the fine imposed upon the organization by an amount that reflects the percentage ownership interest of the sentenced individuals and the magnitude of the fines imposed upon those individuals. For example, an organization is owned by five individuals, each of whom has a twenty percent interest; three of the individuals are convicted; and the combined fines imposed on those three equals \$100,000. In this example, the fine imposed upon the organization may be offset by up to 60 percent of their combined fine amounts, i.e., by \$60,000” (USSG, 8C3.4, *Comentary*).

mínima estimada (USSG, 8C3.3, b), sem que com isso comprometa a continuidade de suas atividades (USSG, 8C3.3, *Application Note*).

Por fim, destaca-se que, embora a multa a ser aplicada deva se circunscrever ao alcance da pena definido nos moldes acima, o USSG prevê circunstâncias nas quais a corte pode desconsiderar seus limites mínimos e máximos (*departures*), caso existam circunstâncias agravantes ou atenuantes não adequadamente endereçadas pelo guia, que deveriam, em seu entendimento, resultar numa sanção diferente da estabelecida na delimitação original da multa. Dentre os fatores que podem ensejar tal desconsideração estão incluídos⁶⁴:

- iii) **Auxílio substancial às autoridades:** mediante o reconhecimento, pela autoridade competente, da cooperação do réu na investigação e persecução de outro agente que cometeu algum crime, a corte pode desconsiderar o limite mínimo da pena originalmente apurado. Para tanto, deve analisar a relevância, a utilidade, a natureza, a extensão e a tempestividade do auxílio (USSG, 8C4.1).
- iv) **Risco a um mercado:** se o ilícito tiver apresentado risco à integridade ou à continuidade de um mercado, a corte pode desconsiderar o limite máximo da pena originalmente apurado (USSG, 8C4.5).
- v) **Corrupção de agente público:** se, em conexão com o ilícito antitruste, a organização subornou ou tentou subornar, gratificou ou tentou gratificar ilicitamente um agente público, a corte pode desconsiderar o limite máximo da pena originalmente apurado (USSG, 8C4.6).
- vi) **Pessoa de direito público:** se a organização infratora é órgão ou entidade de direito público, a corte pode desconsiderar o limite mínimo da pena originalmente apurado (USSG, 8C4.7).
- vii) **Reparação superiores aos ganhos ilícitos:** se a organização tiver pago ou concordado em pagar reparação (*remedial costs*) bastante superior ao ganho que obteve com o ilícito, a corte pode desconsiderar o limite mínimo da pena originalmente apurado. Para tanto, a corte deve avaliar não apenas em que

⁶⁴ O capítulo do guia referente à aplicação de penas a organizações prevê outros fatores que podem ensejar a desconsideração do alcance da pena. Além disso, tal capítulo estipula que, na medida em que for pertinente, as disposições gerais sobre as hipóteses de desconsideração do alcance da pena (USSG, 5K) podem ser aplicadas às organizações.

medida a reparação supera as perdas impostas, mas também se houve envolvimento de funcionário(s) do alto-escalão na conduta. Caso essa última hipótese se confirmar, a desconsideração em questão não deve ser aplicada (USSG, 8C4.9).

- viii) **Programas de *compliance* mandatórios:** caso a pontuação de culpabilidade da organização tiver sido reduzida com base na existência de um programa de *compliance* efetivo (USSG, 8C2.5, f) e tal programa tiver sido implementado por exigência de uma ordem judicial ou administrativa, a corte pode desconsiderar o limite máximo da pena originalmente apurado (USSG, 8C4.10).
- ix) **Culpa da organização:** se a pontuação de culpabilidade do réu for superior a 10 (dez) pontos, a corte pode desconsiderar o limite máximo da pena originalmente apurado (USSG, 8C4.11). Por outro lado, se verificar a baixa culpabilidade do réu (evidenciada, por exemplo, pela existência de programa de *compliance* efetivo quando do cometimento do ilícito ou pelo não envolvimento de funcionários do alto-escalão na conduta), a corte pode desconsiderar o limite mínimo da pena originalmente apurado (USSG, 8C4.11).
- x) **Prévia condenação por crime antitruste:** caso o réu já houver sido condenado pelo cometimento de crime contra a concorrência, mais do que aplicar a pena máxima, a corte pode desconsiderar o limite máximo da pena originalmente apurado (USSG, 2R1.1, *Application Notes*)⁶⁵.

Em suma, a aplicação de **multas a organizações** envolvidas na prática de cartel, nos Estados Unidos, passa pelos seguintes estágios. **Primeiramente**, é definida a **pena-base**, considerando o maior valor dentre três hipóteses i) o ganho pecuniário obtido pela organização com a prática ilícita; ii) o dano pecuniário causado pela organização; ou iii) o valor da multa correspondente ao nível da violação, conforme determinado pelo próprio USSG. Destaca-se, aqui, que, no caso de cartel, em lugar do dano e ganho pecuniários, deve-se considerar 20% (vinte por cento) do volume de comércio afetado pela conduta (o volume, em termos pecuniários, das transações, em bens ou serviços, feitas pelo réu e afetadas pelo cartel, durante

⁶⁵ Segundo o guia (USSG, 2R1.1, *Application Notes*), tal desconsideração deve se pautar nos dispositivos que versam sobre a extrapolação de pena baseada em sua inadequação frente à gravidade do histórico criminal do réu (*Departures Based on Inadequacy of Criminal History Category* - USSG, 4A1.3).

a duração da conduta). Em **segundo** lugar, realiza-se a **contagem da culpabilidade**, com base nas características da conduta que denotam sua gravidade. Em **terceiro** lugar, é determinado o **alcance da multa** aplicável ao caso, através da identificação dos multiplicadores mínimo e máximo que correspondem à pontuação de culpabilidade aferida no estágio anterior. Em **quarto** e último lugar, é definida a **multa a ser aplicada**, considerando uma série de fatores agravantes e atenuantes elencados no guia, as circunstâncias específicas da empresa (*e.g.*, incapacidade de adimplir) e as hipóteses de *departure*.

2.1.2.2. Outras sanções

Além de estarem sujeitas à aplicação de sanção pecuniária pelo DOJ, organizações implicadas em crimes contra a concorrência também podem ser temporariamente **proibidas de participar em licitações públicas** por outras agências de governo (*executive agencies*), pelo período de até três anos⁶⁶. Nos casos – relativamente frequentes⁶⁷ – em que isso ocorre, embora não costume fazer recomendações específicas contra a imposição desta pena, a Divisão Antitruste do DOJ por vezes solicita que a agência competente pondere uma série de fatores ao aplicar a sanção. Assim, por exemplo, a autoridade antitruste requer que seja objeto de consideração i) a forma e extensão da cooperação do infrator com a investigação e a persecução penal do ilícito; ii) o pagamento de indenização; e iii) o efeito da aplicação da proibição em tela sobre a concorrência no setor (OCDE, 2016g: 5).

2.1.3. Aplicação de sanções a indivíduos

Além das multas aplicadas às organizações, o regime de defesa da concorrência norte-americano fia-se amplamente na punição das pessoas físicas que cometem crimes antitruste. De acordo com o reportado à OCDE, entende-se que a eficiente dissuasão desse tipo de ilícito requer a penalização dos indivíduos tanto quanto das corporações, uma vez que i) as violações são, em última instância, levadas a cabo por indivíduos; ii) a ausência de penas para indivíduos faz com que seja mais difícil para as organizações assegurarem que seus funcionários ajam em

⁶⁶ Os crimes e práticas que dão ensejo à aplicação da proibição de participar de licitações públicas federais estão previstos no Código de Regulações Federais (*Code of Federal Regulations* - C.F.R.), notadamente, em 48 - C.F.R. Sec. 9.406-2 (EUA, C.F.R.).

⁶⁷ Segundo Ginsburg e Wright, “[t]he United States has experience with debarring corporations, not individuals, who have been convicted of bid-rigging from bidding again for federal government contracts. See 48 C.F.R. §§ 9.406-1 to 9.406-5 (authorizing debarment); see also, *e.g.*, *Robinson v. Cheney*, 876 F.2d 152 (D.C. Cir. 1989) (affirming debarment order)” (2010: 38).

conformidade com suas eventuais políticas de *compliance* concorrencial; e iii) penas individuais geram incentivos para que os funcionários do médio-escalão resistam às possíveis pressões do alto-escalão para que se engajem em práticas colusivas (OCDE, 2003a: 99).

A política sancionatória de indivíduos que praticam cartel, nos Estados Unidos, se baseia tanto na aplicação de multas, quanto na imposição de pena de prisão. Assim, a seguir, apresentaremos, sucintamente, os contornos gerais da aplicação da pena de prisão pelo cometimento de crimes antitruste. Num segundo momento, trataremos da aplicação de multas a pessoas físicas pela prática desse mesmo ilícito.

2.1.3.1. Pena de prisão

A pena de prisão é considerada um pilar central da defesa concorrencial norte-americana (OCDE, 2016g: 2)⁶⁸, a qual buscou, em seu guia de dosimetria (USSG), tornar sua aplicação mais comum e os períodos de reclusão mais longos em casos de ilícitos antitruste. Tal guia prevê expressamente que **na ampla maioria dos casos – e em todos os casos de cartel em licitação – a pena de prisão deve ser imposta** (USSG, 2R.1.1, *Background*) e que penas alternativas (como a pena de detenção) não devem ser utilizadas como substitutos ao encarceramento (USSG, 2R.1.1, *Application Notes*). Além disso, em reforma ocorrida em 2004 (*Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act*), não apenas os montantes das multas aplicadas a organizações e indivíduos foram aumentados⁶⁹, como a pena máxima de prisão passou de 3 (três) para 10 (dez) anos⁷⁰⁻⁷¹.

⁶⁸ Isso também é colocado em relatório da OCDE sobre regulação e concorrência nos Estados Unidos: “[t]he United States is virtually unique in its practice of prosecuting and imprisoning the individuals responsible for corporate violations” (2004: 6). Contribuição feita pelos Estados Unidos à OCDE, em 2016, apresenta dados sobre a aplicação das penas de prisão nesta jurisdição:

	2010	2011	2012	2013	2014	2015
<i>Individuals Sentenced</i>	37	39	55	39	35	15
<i>Sentences Incarceration</i>	29	21	45	28	21	12
<i>Average Days Incarceration</i>	898	502	747	750	787	402

Fonte: OCDE, 2016g: 2.

⁶⁹ Nos termos do relatório da OCDE: “[t]he 2004 Act also raised the maximum corporate fine for Sherman Act section 1 violations from USD 10 million to USD 100 million, while penalties for section 1 violations by individuals increased from USD 350 000 to USD 1 million. Under general federal sentencing guidelines, these fines may be increased to twice the gain from the illegal conduct or twice the loss to the victims” (2004: 6).

⁷⁰ Limite estabelecido em 15 U.S.C. 1 (*Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty*).

⁷¹ A determinação da pena de prisão, no sistema norte-americano, requer que se apure, anteriormente, o alcance que esta sanção pode ter (*sentencing range*). Para tanto, dois fatores devem ser considerados: a gravidade do

Segundo relatórios produzidos para a OCDE, a aplicação de **pena de prisão em conjunto com a pena de multa é a prática padrão** do DOJ em casos de crimes antitruste (OCDE, 2004: 6) e, até recentemente, penas de até 5 (cinco) já haviam sido impostas pela autoridade (2016g: 2).

2.1.3.2. Multa

Assim como ocorre com as organizações, a seção do U.S.C. que versa sobre ilícitos antitruste fixa um **limite máximo às multas impostas aos indivíduos** que praticam cartel (15 U.S.C., § 1.)⁷². No entanto, também aqui este limite – cujo valor é de **US\$ 1.000.000** (um milhão de dólares) – deve ser considerado à luz do disposto no capítulo do U.S.C. que rege a aplicação de sentenças em geral. Isto é, também nestes casos vigora a previsão de que, na hipótese de o autor do ilícito ter derivado algum **ganho pecuniário** da prática, ou de ter imposto uma **perda pecuniária** a terceiros, ele estará sujeito a penas que terão como **limite máximo o**

crime e o histórico criminal do réu. O primeiro destes fatores (gravidade do crime) se baseia no nível de violação em que se enquadra o ilícito. Para o crime de cartel, a parte do guia que rege a aplicação de sanções a ilícitos antitruste (USSG, 2R1.1) estabelece que o nível de violação básico (*base offense level*) dessa conduta é 12 (há 43 níveis de violação previstos no guia), devendo este ser aumentado em conformidade com o volume de comércio afetado pela conduta do réu e se a prática tiver envolvido cartel em licitação. Observa-se que, assim como no caso das empresas, o volume de comércio atribuível a um indivíduo envolvido da prática de cartel diz respeito ao volume, em termos pecuniários, das transações, em bens ou serviços, feitas pelo réu e afetadas pelo cartel, durante a duração da conduta (USSG, 2R1.1, b, 2). O nível da violação em que for enquadrada o ilícito concorrencial também deve ser ajustado com base na seção do guia que prevê ajustes a serem aplicados nos casos de crimes em geral e que leva em consideração os seguintes aspectos: i) características da vítima do ilícito (USSG, 3A); ii) o papel desempenhado pelo réu na prática criminosa (USSG, 3B); iii) se houve obstrução de justiça (USSG, 3C); iv) o cometimento de outros crimes (USSG, 3D); e v) o reconhecimento de culpa, pelo réu (USSG, 3E). Dentre estes aspectos, o guia destaca alguns que podem ser mais relevantes em casos de ilícitos antitruste. Isto é feito, notadamente, nas seções *3B1.1 (Aggravating Role)*; *3B1.2 (Mitigating Role)*; *3B1.3 (Abuse of Position of Trust or Use of Special Skill)*; e *3C1.1 (Obstructing or Impeding the Administration of Justice)* (USSG, 2R1.1, Application Notes). Determinado o nível da violação, deve-se proceder à análise dos antecedentes criminais do réu, a qual envolve a realização de uma contagem de pontos condizente com a gravidade de eventuais ilícitos previamente cometidos. Com base no nível da violação apurado e nos antecedentes criminais do infrator, chega-se ao alcance da pena aplicável ao caso em questão (USSG, 5A). Tendo em conta este alcance, a corte deve, então, determinar a pena aplicável ao caso concreto, considerando, assim como no caso das organizações, os elementos listados na seção sobre imposição de sanções do Código dos Estados Unidos (18 U.S.C. 3553). Por fim, destaca-se que, embora a corte deva, a princípio, definir a pena dentro do alcance apurado, há a possibilidade de ela desconsiderar os limites mínimos e máximo identificados (*departures*), com base em uma variedade de hipóteses (USSG, 5K), como, por exemplo: i) se houve substancial auxílio às autoridades (USSG, 5K1.1); ii) qual foi o dano causado (USSG, 5K2.5); iii) se houve coerção no cometimento do crime (USSG, 5K2.12); iv) se houve reconhecimento da culpa pelo réu (USSG, 5K2.16); etc. Além destas hipóteses de desconsideração previstas na parte geral do guia, sua seção sobre ilícitos antitruste prevê que, nesses casos, os ajustes relativos ao reconhecimento de culpa e, em circunstâncias excepcionais, ao papel do indivíduo na conduta podem ensejar a desconsideração do limite mínimo da pena apurado.

⁷² Vide nota de rodapé 5.

maior valor dentre as seguintes hipóteses: o **dobro do ganho bruto obtido pelo infrator** ou o **dobro da perda bruta sofrida por terceiros** (18 U.S.C. § 3571, d)⁷³.

A imposição de multa a pessoas físicas pela prática de crimes antitruste segue procedimento que compartilha algumas semelhanças com aquele utilizado para a determinação de multa às organizações. Nos mesmos moldes do descrito acima, a imposição de multa a pessoas físicas pelo cometimento dos ilícitos em questão tem, como primeiro passo, a definição da **pena-base**, a qual pressupõe, por sua vez, a **averiguação do nível de violação** (*offense level*) em que a conduta se enquadra.

Para o crime de cartel, o guia estabelece que o nível básico de violação (*base offense level*) é 12 (doze)⁷⁴, devendo este valor ser aumentado em conformidade com o volume de comércio afetado pela conduta do réu⁷⁵ e se a prática tiver envolvido cartel em licitação (USSG, 2R1.1, a, b). Registra-se que, nesses casos, igualmente, o **volume de comércio** atribuível ao réu diz respeito ao **volume, em termos pecuniários, das transações, em bens ou serviços, feitas por ele e afetadas pelo cartel, durante a conduta** (USSG, 2R1.1, b, 2).

Determinado o nível da violação, deve-se averiguar qual o **alcance da multa** (*sentencing range*) que corresponde a tal nível (USSG, 5E1.2, c)⁷⁶. Nesse processo, é necessário considerar, adicionalmente, que o escopo das multas aplicadas a indivíduos envolvidos em ilícitos antitruste conta também com a seguinte restrição: deve corresponder ao valor de 1% (um por cento) a 5% (cinco por cento) do volume de comércio, não podendo, porém, ser inferior a US\$ 20.000 (vinte mil dólares) (USSG, 2R1.1, c).

Por fim, respeitando os limites de valor colocados pelo guia, a autoridade deve passar à **determinação da multa** a ser aplicada ao caso específico. Segundo a seção geral sobre a aplicação de multas a indivíduos, os seguintes fatores têm de ser aqui considerados: i) necessidade de que a pena reflita a **gravidade do crime** praticado; ii) a **capacidade do indivíduo de pagar** a multa, tendo em vista os recursos de que dispõe; iii) a onerosidade da multa para o

⁷³Vide nota de rodapé 14

⁷⁴ Observa-se que, de acordo com o guia, existem 43 (quarenta e três) níveis de violação.

⁷⁵ Vide tabela na nota de rodapé 39.

⁷⁶ De acordo com o guia, nos casos em que as multas forem disciplinadas por regras específicas, tais regras devem se sobrepor aos dispositivos que orientam a apuração do alcance das multas nos casos em geral (USSG, 5E1.2,b). Quanto a essa previsão, cabe observar que, embora a seção do guia sobre ilícitos antitruste verse sobre a imposição de multa a indivíduos, ela não apresenta tabela equivalente, relacionando cada nível de ofensa a um limite mínimo e máximo.

réu e seus dependentes; iv) se houve alguma forma de **reparação ou indenização** pelo réu; v) a existência de **consequências colaterais** à condenação (*e.g.*, geração de obrigações na esfera civil); vi) se o réu é **reincidente**; vii) os **custos impostos ao poder público** com a aplicação da sentença; viii) a **incapacidade do réu de adimplir** a multa⁷⁷; e ix) qualquer outros aspectos pertinentes (USSG, 5E1.2).

Além disso, o guia também requer que, nos casos antitruste, ao definir a multa a ser aplicada ao indivíduo, a autoridade tenha em conta: i) a **extensão da participação** do réu no ilícito, bem como o **papel por ele desempenhado**; e ii) em que medida o **réu se beneficiou** pessoalmente com a prática do cartel (aumento salarial, recebimento de bônus, promoção profissional, etc.) (USSG 2R1.1, *Application Notes*).

2.1.4. Aspectos relevantes para a aplicação de sanções

2.1.4.1. Colaboração com as autoridades

O programa de **leniência** norte-americano aplica-se apenas às condutas anticompetitivas tipificadas como crime. Nessas circunstâncias, tanto pessoas físicas quanto organizações⁷⁸ podem – **antes ou depois do início da investigação da conduta** – celebrar acordo com o DOJ com vistas a obter proteção contra eventual condenação e aplicação das sanções penais correspondentes. Os signatários da leniência também são beneficiados no âmbito civil. Isso porque, embora fiquem **obrigados à reparação por sua conduta anticompetitiva**⁷⁹, deixam de estar sujeitos à responsabilidade solidária e à aplicação de danos punitivos (*treble damages*).

Para a celebração do acordo, é necessário que o agente que o pleiteia seja o primeiro a se qualificar como elegível, segundo as condições previstas no programa, dentre as quais

⁷⁷ Se o réu demonstrar sua incapacidade de adimplir a multa, mesmo mediante parcelamento, ou se se concluir que a aplicação da multa será demasiadamente onerosa para seus dependentes, a corte pode reduzir a multa ou deixar de aplicá-la. Nestes casos, a corte deve avaliar a pertinência de se impor uma sanção alternativa ao réu, com vistas a garantir que a pena, como um todo, tenha caráter punitivo (USSG, 5E1.2,e). Possíveis evidências da incapacidade do réu de pagar a multa são apresentadas pelo guia: “[t]he inability of a defendant to post bail bond (having otherwise been determined eligible for release) and the fact that a defendant is represented by (or was determined eligible for) assigned counsel are significant indicators of present inability to pay any fine. In conjunction with other factors, they may also indicate that the defendant is not likely to become able to pay any fine” (USSG, 5E1.2, *Application Notes*).

⁷⁸ A política de leniência aplicada às organizações (*Corporate Leniency Policy*) possibilita que, nos casos em que uma empresa propuser um acordo de leniência, todos os seus atuais diretores, funcionários e empregados que admitirem o envolvimento próprio na conduta e atenderem aos requisitos do programa possam, igualmente, aderir ao acordo.

⁷⁹ *Under the Antitrust Division’s Leniency Policy, a leniency applicant is obligated to make restitution to any person or entity injured as a result of the applicant’s participation in the cartel offense; that obligation may be satisfied through resolution of private litigation to which it is a party* (OCDE, 2015h: 5, grifo nosso).

destaca-se o dever de colaborar integral e continuamente com a autoridade. Ressalta-se que, os benefícios da leniência podem ser concedidos a apenas um agente participante de determinada conduta, não havendo a possibilidade de assinatura de acordo com um segundo leniente.

Não obstante, agentes não contemplados pela leniência podem convencionar **acordos de confissão** (*plea agreements*) com o DOJ, com o fim de receber redução de pena (GCR, 2018b). Tendo em vista que tais acordos não conferem proteção na esfera civil, ao fixar a multa nestes casos, o DOJ raramente impõe a seus signatários a obrigação de reparação pela prática do ilícito (OCDE, 2015h: 5). Para fazer jus a estes benefícios, por outro lado, além da confissão da conduta, exige-se a cooperação contínua e integral do réu com a investigação. Nota-se, ademais, que, embora a celebração destes acordos não esteja restrita a uma fase específica do processo penal, o USSG prevê que a tempestividade da colaboração aumenta a probabilidade de a redução da multa ser concedida (USSG 6B1.3, *Commentary*).

A relevância do **acordo de confissão** para o *enforcement* concorrencial norte-americano é substancial. Conforme relatado à OCDE, a **ampla maioria dos casos de cartel processados** nos Estados Unidos resulta em acordos deste tipo, levando o DOJ a recomendar à corte a **imposição de multa inferior** ao alcance da sanção (*sentencing range*) que, de outra forma, seria aplicável (OECD, 2016g: 4).

2.1.4.2. Ações de indenização

Nos Estados Unidos, ações indenizatórias são aliadas importantes no combate a violações concorrenciais. Segundo relato feito à OCDE, quase toda grande persecução de cartel pelas autoridades públicas é acompanhada por uma ou mais ações de danos privadas (OECD, 2016g: 5). Estas ações frequentemente são bem-sucedidas e, em alguns casos, implicam a recuperação, pelos consumidores, de quantias maiores do que aquelas impostas na multa aplicada no processo criminal (OCDE, 2015h: 4)⁸⁰.

Além de agentes do setor privado, também o poder público – tais como governos locais, o governo federal, e mesmo o DOJ –, quando vítima de violações concorrenciais, pode buscar

⁸⁰ *Although the government can be a plaintiff in a damages action, the vast majority of such cases in the United States involve private parties, and these cases are very common and often successful. Between 1990 and 2007, plaintiffs recovered more than \$18 billion in damages* (OECD, 2011: 172).

reparação e pleitear a aplicação de danos punitivos (*treble damages*) aos autores do ilícito (DOJ, 2018). No entanto, a maioria das ações indenizatórias tem como parte requerente agentes do setor privado (OCDE, 2011: 163), que utilizam as condenações na esfera pública como prova *prima facie* da ocorrência da prática ilícita (OCDE, 2015h: 4-5). Ademais, tais ações têm como amparo as **obrigações de restituição – sugeridas pelo DOJ e aplicadas pela corte** – a que se sujeitam os infratores no âmbito do processo penal⁸¹, inclusive quando celebrado acordo de leniência⁸².

Por outro lado, ao mesmo tempo em que as condenações criminais figuram como um importante elemento das ações privadas de indenização, também as autoridades devem levar em conta a **existência de eventual reparação ao aplicar sanções** pelo cometimento de ilícito antitruste.

Conforme exposto anteriormente, quando o réu for uma **organização**, a corte pode **desconsiderar o limite mínimo** apurado para a multa, caso ela tenha pagado ou concordado em pagar **reparação (*remedial costs*) bastante superior ao ganho** que obteve com o ilícito (USSG, 8C4.9). Da mesma forma, o USSG prevê que a corte pode **reduzir a multa** a um valor inferior ao que seria, de outro modo, aplicável, se seu **pagamento comprometer** a capacidade da organização de **indenizar suas vítimas** (USSG, 8C3.3, a).

Adicionalmente, o guia dispõe que, ao determinar o montante da multa a ser imposta à organização, a corte deve levar em conta consequências colaterais que possam decorrer da condenação, dentre as quais incluem-se eventuais obrigações civis (USSG, 8C2.8, a, 3). Quanto a este aspecto, este diploma normativo esclarece ainda que as **consequências colaterais que apenas restituam as vítimas a *seu status quo ante* não fornecem**, via de regra, base para **redução** de multa. Por outro lado, se for **improvável que sanções penais e civis reparem as vítimas**, tal fato pode servir como base para a aplicação de uma **multa mais alta** (USSG, 8C2.8, *Application Notes*).

⁸¹ O USSG prevê a imposição da tal obrigação em seção específica do guia (5E1.1. *Restitution*) e estabelece: “[i]n the case of an identifiable victim, **the court shall enter a restitution order for the full amount of the victim’s loss (...)**” (USSG 5E1.1, a,1, grifo nosso).

⁸² Vide nota de rodapé 63.

Do mesmo modo, o USSG determina que, ao **definir a multa** a ser aplicada à **pessoa física** condenada pela prática de crime concorrencial, a autoridade deve considerar se houve alguma forma de **reparação ou indenização** pelo réu.

APLICAÇÃO DE SANÇÕES POR ILÍCITOS PENAIIS ANTITRUSTE NOS ESTADOS UNIDOS

		Organizações	Indivíduos
Limites legais da multa	Pena máxima	US\$ 100.000.000 ou dobro do ganho bruto obtido pelo infrator ou o dobro da perda bruta sofrida por terceiros	US\$ 1.000.000 ou dobro do ganho bruto obtido pelo infrator ou o dobro da perda bruta sofrida por terceiros
	Pena mínima	Não há	US\$ 20.000
Cálculo da multa	Base de cálculo	Pena-base da multa é o maior valor dentre: i) o ganho pecuniário obtido pela organização com a prática ilícita; ii) o dano pecuniário causado; ou iii) o valor da multa correspondente ao nível da violação	Apuração da multa parte da verificação do seu nível de violação.
	Mercado considerado	As 3 hipóteses de pena-base levam em consideração o volume de comércio afetado, isto é, o volume, em termos pecuniários, das transações, em bens ou serviços, feitas pelo réu e afetadas pelo cartel, durante a duração da conduta	A definição do nível da violação leva em consideração o volume do comércio afetado, isto é, o volume, em termos pecuniários, das transações, em bens ou serviços, feitas pelo réu e afetadas pelo cartel, durante a conduta
	Critério temporal considerado	As 3 hipóteses de pena-base consideram o período de duração da conduta, por meio do conceito de volume de comércio afetado	A definição do nível da violação considera o período de duração da conduta, por meio do conceito de volume de comércio afetado
	Incidência de alíquota	Nas hipóteses i) e ii) o percentual de 20% do volume de comércio é utilizado para calcular a pena-base (<i>proxy</i> de ganho e dano)	O alcance da multa (<i>sentencing range</i>) deve ser de 1% a 5% do volume de comércio
	Modulação da multa	Características da conduta no caso concreto são consideradas na delimitação do alcance da sanção (pontuação de contabilidade define multiplicadores mínimo e máximo aplicados à pena-base); na determinação da pena; na aplicação da pena; e na avaliação das hipóteses de <i>departure</i>	Características da conduta no caso concreto são consideradas na determinação e aplicação da pena

Vinculação entre a pena da organização e do indivíduo		Não	
Consideração da vantagem auferida		Ganho e dano, eventualmente usados na definição da pena-base, considerados apenas indiretamente: 20% do volume de comércio afetado é usado como <i>proxy</i>	Ao determinar a multa, deve-se considerar em que medida o réu se beneficiou pessoalmente com a prática do cartel (aumento salarial, recebimento de bônus, promoção profissional, etc.)
Proibição de participar de licitação		Agências de governo (<i>executive agencies</i>) podem proibir participação em licitações públicas por até 3 anos	–
Aplicação de medidas estruturais		Não há	–
Pena de prisão		–	Aplicada à maioria dos indivíduos condenados; pode ter duração de até 10 anos
Proibição do indivíduo de atuar como administrador de empresa		–	Não há
Colaboração	Acordos de leniência	Podem ser celebrados antes ou depois do início da investigação; impõem a obrigação de reparar danos gerados pela conduta	
	Acordos de confissão	Amplamente utilizados, implicam redução de pena. Normalmente não impõem obrigação de reparação. Sua celebração deve ser tempestiva, mas não está restrita à uma fase do processo	

Fonte: elaboração da autora

2.2. União Europeia

Em âmbito europeu, o principal órgão de *enforcement* antitruste é a Comissão Europeia, sendo seu Diretório Geral de Concorrência (*Directorate General for Competition - “DG Competition”*) a autoridade responsável por aplicar as normas concorrenciais presentes no Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE)⁸³. De acordo com esse tratado, são consideradas anticompetitivas: i) as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno⁸⁴; bem como ii) a exploração, de forma abusiva, de posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste⁸⁵. Nota-se, portanto, que a competência da autoridade europeia se restringe aos casos de conduta cujo escopo seja supranacional⁸⁶.

O regime concorrencial da União Europeia (UE) tem caráter estritamente administrativo e aplica-se tão somente a empresas (*undertakings*) ou a associações de empresas. Por outro lado, ainda que não conte com a aplicação de sanções penais, nem possa processar os

⁸³ (UE, 2008).

⁸⁴ Segundo o artigo 101, 1. do TFUE, “é incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste. Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em: a) Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas; b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos” (UE, 2008).

⁸⁵ Segundo o artigo 102 do TFUE, “é incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste. Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em: a) Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas; b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos” (UE, 2008).

⁸⁶ Face à existência de competências paralelas, a harmonização entre a atuação do *Directorate General for Competition* e as autoridades concorrenciais nacionais (*National Competition Authorities – NCA*) foi institucionalizada através do Regulamento da Comissão Europeia nº 01/2003. Segundo o Artigo 23 (2) (a) desse Regulamento, as autoridades nacionais são plenamente competentes para aplicar os artigos 101 e 102 do TFUE em todos os casos de cartéis estabelecidos a nível europeu ou nacional, da mesma maneira que o são para aplicar suas leis concorrenciais nacionais. Desse modo, caso uma autoridade nacional europeia utilize uma lei concorrencial doméstica para investigar um cartel que pode afetar o comércio entre Estados Membros, ela deve, de acordo com o artigo 3 do referido Regulamento, aplicar também o artigo 101 do TFUE.

indivíduos por trás de ilícitos concorrenciais, a Comissão dispõe de uma série de ferramentas para tratar de condutas dessa natureza.

Segundo o Regulamento da Comissão Europeia nº 1/2003 (CE/2003), infrações antitruste ensejam quatro tipos de decisão pela Comissão Europeia: i) a verificação da ocorrência do ilícito e adoção dos remédios cabíveis (artigo 7º); ii) a imposição de medidas cautelares (*interim measures*) (artigo 8º)⁸⁷; iii) a aceitação de compromisso pela empresa (*commitment decision*), endereçando os problemas concorrenciais identificados pela autoridade (artigo 9º); e iv) a conclusão, com base no interesse público comunitário, pela não aplicabilidade dos dispositivos do TFUE que tipificam as infrações à concorrência (artigo 10º).

Na presente seção, ao tratar do *enforcement* concorrencial europeu, abordaremos aspectos relativos às decisões mais comumente adotadas pela autoridade europeia, notadamente, aquelas baseadas no artigo 7º – que envolve a aplicação de multa e de remédios comportamentais e estruturais – e as baseadas no artigo 9º – que versa sobre uma das hipóteses de solução negociada.

2.2.1. Multa

Desde 1998, a Comissão Europeia conta com um guia que rege a imposição de multas por ilícitos antitruste, elaborado com o intuito de conferir maior objetividade e transparência às decisões da autoridade. Em 2006, porém, tais orientações foram revisadas, com vistas a aprimorar a política de aplicação de multas, com base na experiência adquirida pela autoridade concorrencial nos anos anteriores (CE, 2006c).

Considerando que o Regulamento CE/2003, ao disciplinar a execução das regras de concorrência do bloco, definiu que a **gravidade e a duração da infração** deveriam parametrizar o cálculo da pena aplicada nesses casos, o novo guia (**Guia/2006**) buscou tornar as **multas mais severas e proporcionais** às infrações praticadas por cada empresa.

Nesse sentido, foram três as principais mudanças realizadas: i) o estabelecimento de uma relação entre o montante da multa e a duração do ilícito⁸⁸; ii) a possibilidade de se aumentar a

⁸⁷ Quanto à aplicação dessa medida, a UE observou, em contribuição feita à OCDE em 2016: “[s]o far, the Commission has most often used the tools of the prohibition decision and the commitment decision. Indeed the Commission has not used interim measures decisions since 2002 and has never used “no infringement” decisions since they were created by Regulation (EC) No 1/2003 in 2004.” (OECD, 2016a: 2).

⁸⁸ Quanto à importância de se considerar a duração da conduta no cálculo da pena, o Guia/2006 destaca: “é adequado que a Comissão tenha em consideração, como base para a determinação das coimas, o valor das vendas

multa pela cobrança de um valor adicional dissuasório (*entry fee*)⁸⁹; e iii) o endurecimento da pena nos casos de reincidência (CE, 2006b).

O guia divide o método para a aplicação de multa em duas etapas, notadamente, a fixação do **montante de base** da multa e a aplicação de ajustes a este montante. No primeiro deles, cabe à Comissão **apurar o valor das vendas**, isto é, o valor das transações de bens ou serviços – antes da aplicação de impostos diretamente ligados às vendas – **realizadas pela empresa**⁹⁰, **relacionadas direta ou indiretamente**⁹¹ **com a infração, na área geográfica em causa** no território do Espaço Económico Europeu (EEE)⁹². Para tanto, ela deve utilizar, em princípio, as vendas realizadas pela empresa durante o **último ano completo da sua participação na infração** (CE, 2006a, ponto 13).

Quanto à apuração do valor das vendas, o guia esclarece ainda que, nas hipóteses em que o âmbito geográfico de uma **infração ultrapassar o território do EEE** – tal como ocorre no caso de cartéis mundiais, envolvendo a divisão de mercado –, as vendas em causa da empresa neste território podem não refletir adequadamente o peso de cada agente no ilícito. Para corrigir esta eventual distorção, a Comissão pode estimar o **valor total das vendas dos bens ou serviços afetados na área geográfica** em questão (mais ampla do que o EEE); determinar a **quota** das vendas de **cada empresa** que participa na infração neste mercado; e aplicar esta **percentagem às vendas agregadas** destas mesmas empresas no **EEE**. Entende-se que o resultado deste ajuste reflete ao mesmo tempo a dimensão agregada das vendas em causa no EEE e o peso relativo de cada empresa na infração (CE, 2006a, ponto 18).

Determinado o **valor das vendas**, este deve ser **adaptado** para incorporar a gravidade e a duração da infração. Segundo o guia, a **gravidade é expressa através do percentual** que será

dos bens ou serviços relacionados com a infração. A duração da infração deve igualmente desempenhar um papel significativo na determinação do montante adequado da coima. A duração da infração tem necessariamente um impacto nas consequências potenciais da infração no mercado. Por conseguinte, é considerado importante que a coima reflita igualmente o número de anos durante o qual a empresa participou na infração” (CE, 2006a, ponto 5).

⁸⁹ Quanto à *entry-fee*, o Guia/2006 esclarece: “igualmente considerado adequado incluir na coima um montante específico, independente da duração da infração, a fim de dissuadir as empresas de se envolverem em comportamentos ilícitos” (CE, 2006a, ponto 7).

⁹⁰ Sempre que o valor das vendas de empresas que participam numa infração for semelhante, mas não idêntico, a Comissão pode fixar um montante de base idêntico para cada uma dessas empresas (CE, 2006a, ponto 26).

⁹¹ De acordo com o guia, efeitos indiretos se dão, por exemplo, nos casos de “acordos horizontais de fixação de preços relativamente a um dado produto, quando o preço desse produto determina por sua vez os preços de produtos de qualidade inferior ou superior” (CE, 2006a: nota de rodapé 1).

⁹² Segundo o guia, na determinação do montante de base da multa, a Comissão utilizará valores arredondados (CE, 2006a; ponto 26).

aplicado sobre o valor das vendas. Tal percentual, por sua vez, é fixado, via de regra, numa escala que pode ir **até 30%** (trinta por cento), cabendo à Comissão analisar casuisticamente se a proporção a ser considerada deve se situar mais próxima ao nível inferior ou ao nível superior dessa escala (CE, 2006a, pontos 20, 21 e 22). Para tanto, ela deve levar em conta as circunstâncias relevantes do caso, tais como a “natureza da infração, a quota de mercado agregada de todas as partes em causa, o âmbito geográfico da infração e se a infração foi ou não posta em prática” (CE, 2006a, ponto 22)⁹³.

Dentre estes fatores, o que mais se destaca é o referente à **natureza da infração**. Os acordos horizontais de fixação de preço, de repartição de mercado e de limitação de produção são considerados os mais nocivos à economia e aos consumidores e, por conseguinte, mais graves. Por esta razão, segundo o guia, o percentual das vendas a se levar em conta nos **casos de cartel hardcore** deve se situar num **nível superior** da escala (CE, 2006a, ponto 23). Na prática, ao definir o percentual em questão, a Comissão parte do patamar de 15% (quinze por cento), por considerar – com base em estudos realizados sobre o tema – que este percentual se aproxima razoavelmente do sobrepreço médio dos cartéis em geral (OCDE, 2011: 178). Infrações de outro tipo, por outro lado, tendem a sujeitar-se a um patamar mais baixo⁹⁴.

Após a aplicação do percentual selecionado ao valor das vendas, o montante resultante deve, então, ser **multiplicado pelos anos de participação da empresa na infração**, contando os períodos inferiores a um semestre como meio ano e os períodos superiores a seis meses, mas inferiores a um ano, como um ano completo (CE, 2006a, ponto 24).

Por fim, o guia prevê a possibilidade de que 15% (quinze por cento) a 25% (vinte e cinco por cento) do valor das vendas seja ainda **somado ao montante de base**, independentemente da duração da participação da empresa na infração (CE, 2006a, ponto 25). A adição em tela (**entry fee**) tem propósito dissuasório, **devendo ser aplicada em casos de cartéis**. Essa adição

⁹³ O destaque dado a esses elementos é apresentada em contribuição da UE à OCDE: “*The underlying rationale for each of these elements is that their presence increases the effectiveness of the infringement and hence the harm caused, and the gains obtained, through the infringement*” (OCDE, 2011: 178). Mais especificamente, “[t]he higher the market share of the parties, the more effective the infringement will be and the more harm it will cause. Similarly, the wider the geographic coverage, the more effective and harmful an infringement will be which also applies if an infringement is implemented in a particularly effective manner (e.g., through monitoring systems and/or sanctioning mechanisms)” (OCDE, 2011: 178, nota de rodapé 31).

⁹⁴ No caso em que a Intel foi condenada por abuso de posição dominante, por exemplo, foi considerado 5% (cinco por cento) do valor das vendas (Decisão da Comissão em 13/05/2009, caso COMP/37990 - Intel). Não obstante, não necessariamente o percentual aplicado nesse tipo de conduta será mais próximo ao nível inferior da escala. Há que se considerar a gravidade da conduta no caso concreto (OCDE, 2011: 178).

pode, ainda, ser aplicada no caso de outras infrações. Ao decidir a *entry fee*, a Comissão tem de considerar as características específicas de cada caso, em especial aquelas utilizadas para a determinação do percentual aplicado sobre o valor das vendas⁹⁵ (CE, 2006a, ponto 25).

A segunda etapa do cálculo da pena se volta, então, a ajustar o montante de base identificado no momento anterior. Aqui, o guia apresenta uma lista não-exaustiva de circunstâncias agravantes e atenuantes que devem ser consideradas pela Comissão. Dentro da primeira categoria (**agravantes**), são apresentados os seguintes fatores (CE, 2006a, ponto 28):

- i) **Reincidência:** quando uma empresa prossegue ou reincide numa infração idêntica ou similar àquela sob julgamento na autoridade, o montante de base pode ser aumentado em até 100% (cem por cento) por infração verificada. Para tanto, a Comissão pode considerar suas próprias decisões condenatórias ou aquelas exaradas por uma autoridade nacional de concorrência, mesmo que elas ainda se encontrem em grau de recurso (OCDE, 2016e: 4)⁹⁶. Quanto à aplicação do percentual, a Comissão tem imposto um aumento de 50% (cinquenta por cento), nos casos de um ilícito prévio; 60% (sessenta por cento), nos casos de dois ilícitos prévios; e 90% (noventa por cento), nos casos de três ilícitos prévios (OCDE, 2016e: 4).
- ii) **Recusa em cooperar ou obstrução** da investigação da Comissão.
- iii) **Papel ativo na infração:** além de considerar se empresa atuou como líder ou instigador da infração, a Comissão deve se atentar para qualquer medida tomada para fazer outras empresas participarem da infração e/ou a qualquer

⁹⁵ Vide parágrafo 62 do presente trabalho.

⁹⁶ Embora não haja uma previsão explícita do prazo prescricional para se considerar tais condenações, a jurisprudência da Corte de Justiça Europeia dispôs sobre a matéria: “[t]here is no explicit time limit for taking into consideration previous infringements. However, in accordance with the case law of the ECJ in *Danone (Case C-3/06 P)* the Commission applied an **increase for recidivism if the previous infringement decision was adopted not more than 10 years before the new infringement started**. Moreover, the Commission **did not take into account decisions that are older than 25 years at the time of adoption of the new infringement decision**. For example, in the *Carglass case (COMP/39125)* the Commission took into consideration the fact that Saint-Gobain had already been the addressee of two previous infringement decisions, namely in 1984 and 1988. There was less than 10 years between the involvement of Saint-Gobain in the new infringement (March 1998, *Carglass*) and the previous decision of December 1988, and also less than 10 years between the 1988 and 1984 decisions. Moreover, less than 25 years lapsed between the July 1984 decision and the November 2008 decision in *Carglass*” (OCDE, 2016e: 4, grifos nossos).

medida de retaliação tomada contra outras empresas para fazer cumprir as práticas delitivas.

Além destes elementos agravantes, o guia prevê que, com vistas a garantir o caráter dissuasório da pena, a Comissão pode **umentar o valor da multa** nos casos em que a empresa apenada tiver um **volume de negócios particularmente elevado em vendas de bens e serviços não afetados pela infração** (CE, 2006a, ponto 30). No mesmo sentido, a multa pode ser elevada pela autoridade se ela considerar tal medida necessária para que a **sanção exceda os lucros ilícitos** obtidos com a infração, sempre que for possível calcular este montante (CE, 2006a, ponto 30).

Quanto ao referido cálculo (lucros ilícitos), importa notar que o sistema europeu, ao formular metodologia de dosimetria que refletisse a gravidade e a duração da infração, bem como o tamanho e fatia de mercado das empresas infratoras, procurou estabelecer *proxies* para os **ganhos e danos** decorrentes da violação. Embora reconheça que os ganhos obtidos pelo infrator com a prática ilícita devam, em tese, ser considerados na aplicação da pena para se garantir uma sanção efetivamente dissuasória, a autoridade considera que a **quantificação dos ganhos e danos** em questão é **excessivamente complexa e custosa**. Diante disso e do fato de que não há exigência legal de que a quantificação dos efeitos da conduta seja feita, a autoridade europeia trabalha com fatores que buscam designar esses montantes de maneira indireta. Assim, por exemplo, o volume de vendas afetado pela infração no período relevante é considerado como um possível indicador do impacto econômico da conduta, ao passo que suas características específicas seriam indicativas de sua lesividade (OCDE, 2011: 177-178)⁹⁷.

⁹⁷ Segundo contribuição feita pela UE à OCDE: *“it is difficult in practice for a competition authority to estimate in a given case the magnitude of illegal gains and the overall economic harm caused by an infringement, and – even more difficult – the (subjective) probability of detection. (...) In particular, in cases of infringements of Article 101 “by object” which make up the large majority of fines cases at EU level, the Commission is not called upon to specifically investigate the effects of the infringement. (...) Making fines dependent on the estimation of the quantum of the illicit gains from a particular antitrust infringement would require a significant change in the focus of the Commission’s investigations, would have considerable resource implications and may, in view of the mentioned evidentiary standards, in practice raise the threshold for public enforcement (with the risk of lowering the level of enforcement), especially for hardcore cartels. (...) With a view to achieving sufficient deterrence of its fines, the Commission’s fining methodology uses a number of proxies that provide an indication of the possible economic impact of the infringement. One benchmark for the economic importance of an infringement (also for infringers) and the relative weight of an undertaking in the infringement is the value of sales that was generated by the company in question during the period of the infringement with the product or service to which the infringement relates. The EU Courts have repeatedly approved the Commission’s fining methodology and, inter alia, stated that sales affected by an infringement “constitute an objective criterion which gives a proper measure of the harm which the offending conduct represents for normal competition and it is therefore a good indicator of the capacity of each undertaking to cause damage”* (OCDE, 2011: 177, grifos nossos).

Da mesma forma como elenca uma série de fatores agravantes que devem ser considerados pela Comissão na aplicação da multa, o guia apresenta, como exemplo de possíveis fatores **atenuantes**, as seguintes circunstâncias (CE, 2006a, ponto 29):

- iv) **Cessação do ilícito**: enquadram-se nessa hipótese os casos em que a empresa prove ter posto termo   infração desde as primeiras intervenções da Comissão. No entanto, tal previsão não se aplica aos acordos ou práticas de natureza secreta (em especial os cartéis).
- v) Comprovação de que a infração foi cometida por **negligência**: no processo de determinação da pena, a situação específica da empresa é considerada pela Comissão. No entanto, a mera existência de programas de *compliance*, por exemplo, não é suficiente para ensejar a redução da multa. Tampouco   circunstância atenuante a implementação de um programa de *compliance* quando do início de uma investigação antitruste. Por outro lado, o fato de existir um programa deste tipo e, ainda assim, uma infração ter sido cometida não constitui fator agravante da pena (OCDE, 2016e: 5).
- vi) **Papel reduzido na infração**: hipótese em que a empresa prova que a sua participação na infração foi substancialmente reduzida, demonstrando que, durante o período em que aderiu aos acordos ilícitos, subtraiu-se efetivamente   sua aplicação e adotou um comportamento competitivo no mercado. O guia ressalta, porém, que o simples fato de uma empresa ter participado de uma infração por um período mais curto que os demais agentes não configura circunstância atenuante, dado que esse aspecto já se encontra refletida no montante de base.
- vii) **Colaboração**: faz jus a esse atenuante a empresa que colaborar efetivamente com a Comissão, fora do âmbito de aplicação do programa de leniência (que, conforme se ver  mais adiante, pode ser total ou parcial), e para além das suas obrigações legais de cooperação.
- viii) Comportamento **anticompetitivo autorizado ou incentivado** pelas autoridades **públicas** ou pela regulação.

Ajustado o valor da pena de acordo com os critérios acima, a Comissão deve então considerar a restrição imposta pelo Regulamento CE/2003 (art. 23, 2) e reiterada pelo guia (CE, 2006a, pontos 32 e 33) no sentido de que o montante final da **multa** aplicada a cada uma das empresas ou associações de empresas que tenha participado na infração **não exceda 10 %** (dez por cento) do respectivo **volume de negócios total realizado durante o exercício precedente ao da decisão condenatória pela autoridade** (Butchova, 2013: 13).

No que diz respeito a utilização do **volume de negócios total como base para a definição do limite máximo da multa**, convém observar que – diante do entendimento da Comissão de que uma empresa pode ser responsabilizada pelos atos praticados por uma empresa de que participa (*parental liability*) –, em alguns casos, este **limite** pode ser significativamente **ampliado**. Tal ampliação será possível nas hipóteses em que a Comissão comprovar que a empresa que tem participação na entidade infratora: i) tinha a capacidade de exercer influência decisiva na política comercial desta última; e ii) de fato fez uso dessa capacidade, haja vista as relações organizacionais e econômicas existentes entre elas (OCDE, 2016e: 5).

Não obstante referidas condições, nos casos em que a infratora for completamente controlada pela outra empresa (hipótese em que uma empresa detém a totalidade ou quase a totalidade das quotas ou ações da outra), o ônus da prova da autoridade para ampliar o limite máximo da multa é mitigado. De fato, uma vez verificada a existência de uma unidade econômica entre os agentes, cabe à Comissão – respeitado o princípio da isonomia⁹⁸ – decidir como realizará a responsabilização pelo ilícito: se considerará apenas a empresa controlada, apenas a empresa controladora, ou ambas (OCDE, 2016e: 6).

Finalmente, após a aplicação do limite máximo à multa apurada para o caso concreto, a Comissão deve considerar se há **reduções** baseadas em **programas de colaboração**, seja ele o de leniência (total ou parcial) e/ou de *settlement*. Outro fator a se considerar neste momento é a **incapacidade da empresa de pagar a multa**, haja vista o contexto social e econômico específico em que opera. Não obstante esta previsão, o guia ressalta que a redução em questão não será concedida com base na mera constatação de uma situação financeira desfavorável ou

⁹⁸ A autoridade tem o dever de conferir tratamento igualitário aos agentes infratores: “[t]he Commission must however observe the principle of equal treatment in respect of the different undertakings having participated in the same infringement : for each single economic unit identified, the enforcement measure must be addressed at the same level (only the subsidiary, only the parent or both), unless objective reasons justify a different treatment for one of the undertakings identified” (OCDE, 2006e: 6).

deficitária, mas sim mediante a apresentação de provas objetivas de que a aplicação da multa, nas condições fixadas pelo guia, poria irremediavelmente em perigo a viabilidade econômica da empresa e levaria a que os seus ativos ficassem privados de qualquer valor (CE, 2006a, ponto 35)⁹⁹⁻¹⁰⁰.

Em suma, verifica-se que o processo de aplicação de multa por ilícitos concorrenciais no âmbito da UE passa por duas etapas, as quais contam, por sua vez, com diferentes estágios. A **primeira etapa** se volta à determinação do **montante-base** da multa e requer que a Comissão apure i) o valor das vendas; ii) a gravidade da infração; e iii) o período em que o agente participou da conduta. O **valor das vendas** corresponde ao valor das transações de bens ou serviços realizadas pela empresa, relacionadas com a infração, na área geográfica afetada, no último ano completo de participação do agente no ilícito. A **gravidade da infração** é expressa pelo percentual – normalmente, de até 30% – a ser aplicado sobre o valor das vendas, o qual é definido com base em algumas características do caso (*e.g.*, se se trata de cartel ou de outro tipo de ilícito). O **período em que o agente participou da conduta** é, por seu turno, quantificado em anos. Conjugados estes três elementos (*i.e.*, multiplicado o montante resultante do percentual do valor das vendas pelos anos de infração), tem-se o montante de base da multa. No caso de **carteis** – e, potencialmente, em condutas de outros tipos –, a este montante será ainda agregado um **valor adicional** (entre 15% e 25% do valor das vendas), com vistas a assegurar o caráter **dissuasório** da sanção.

Na **segunda etapa** da fixação da multa, o **montante de base passa a ser ajustado** a partir de uma série de **circunstâncias agravantes e atenuantes** que refletem, dentre outros, os antecedentes da empresa infratora, seu envolvimento com o ilícito e sua colaboração com a Comissão. Além disso, e também a título dissuasório, a Comissão deve avaliar a **necessidade de majoração da multa**, tendo em vista o **volume de negócios** da infratora em outros bens e

⁹⁹ A jurisprudência das cortes europeias já trataram da matéria, delineando melhor os contornos do que significa a incapacidade de adimplir em casos envolvendo a aplicação de multas por ilícitos antitruste: "*the Commission is not required, when determining the amount of the fine, to take into account the financial situation of an undertaking, since recognition of such an obligation would be tantamount to giving unjustified competitive advantages to undertakings least well adapted to the market conditions*" (Case C-328/05 SGL Carbon, paragraph 100). Também quanto a este tema: "*the fact that a measure adopted by a Community authority brings about the insolvency or liquidation of a given undertaking is not as such prohibited by Community law. Although the liquidation of an undertaking in its existing legal form may adversely affect the financial interests of the owners, investors or shareholders, it does not mean that the personal, tangible and intangible elements represented by the undertaking would also lose their value*" (Case T-62/02 Union Pigments, paragraph 177) (Butchova, 2013: 27).

¹⁰⁰ A incapacidade de adimplir é ainda objeto de Nota Informativa da Comissão Europeia publicada em 2010 (CE, 2010).

serviços não relacionados à infração. A seguir, passa-se à averiguação de se o valor apurado não excede 10% (dez por cento) do volume de negócios total da empresa realizado no ano anterior ao da decisão condenatória pela autoridade. Este montante constitui o **limite máximo da multa** aplicável e tem de ser observado pela autoridade. Por fim, a autoridade deve verificar se, no caso, cabe a **redução da multa** com base em **programas de colaboração**, ou na **incapacidade do infrator de adimplir** o valor da pena fixada.

Conforme observa o guia, embora as presentes orientações exponham a metodologia geral para a fixação de multas, as especificidades de um dado processo ou a necessidade de atingir um dado nível dissuasório em um caso particular podem justificar que a Comissão se afaste dessa metodologia (CE, 2006a, ponto 37). Por outro lado, cabe destacar que a Comissão não pode desconsiderar estas regras em detrimento das partes, sob pena de, assim, violar princípios jurídicos gerais, tais como o da segurança jurídica e do direito a tratamento isonômico (OCDE, 2006e: 2).

2.2.2. Outras sanções

Além da multa, a Comissão Europeia dispõe de uma série de medidas para endereçar a prática de ilícitos concorrências. De maneira geral, pode-se dizer que as **decisões condenatórias de práticas anticompetitivas na maioria** das vezes combinam a **aplicação de multas com a obrigação de cessar a conduta** ilícita identificada (OCDE, 2016e: 8). Não obstante, dentre a variedade de medidas de caráter comportamental aplicáveis pela autoridade, pode-se indicar também, por exemplo, a obrigação de fornecer produtos ou serviços a terceiros de maneira não-discriminatória; a obrigação de compartilhar com terceiros as informações necessárias para que eles desenvolvam sua atividade; a obrigação de descontinuar determinados programas de concessão de desconto, etc. (OCDE, 2006: 183).

Com as modificações normativas promovidas pelo Regulamento nº 1/2003, a Comissão passou a contar também com a possibilidade de aplicar remédios estruturais em casos de conduta. Contudo, tais remédios só podem ser impostos quando não houver qualquer remédio comportamental igualmente eficaz ou quando qualquer remédio comportamental igualmente eficaz for mais oneroso para a empresa do que a solução de caráter estrutural (CE, 2003, art.7º).

A essa preferência concedida aos remédios comportamentais, soma-se a previsão de que as medidas de carácter estrutural exigidas de uma empresa de forma a repor a estrutura que

existia antes de ser cometida a infração só serão proporcionais – e, portanto, admissíveis – quando existir um risco significativo de infração persistente ou repetida que derive da própria estrutura da empresa (CE, 2003, considerações, ponto 12).

Nota-se, portanto, que embora haja a possibilidade de a Comissão aplicar **remédios estruturais** em casos de conduta anticompetitiva, a sua **aplicação é excepcional e subsidiária** à aplicação de remédios comportamentais.

2.2.3. Aspectos relevantes para a aplicação de sanções

2.2.3.1. Colaboração com as autoridades

O programa de **leniência** da UE oferece **imunidade total** à empresa infratora que for a primeira a reportar um cartel desconhecido à Comissão e fornecer-lhe informações suficientes para que a autoridade, com o início da investigação, promova uma ação de busca e apreensão nas dependências das demais participantes do ilícito. Por outro lado, caso a Comissão já tenha conhecimento da violação e disponha das informações necessárias para realizar a busca e apreensão, a requerente do acordo deve apresentar evidências que permitam a comprovação do cartel. De todo modo, a requerente deve cooperar integralmente com a autoridade, fornecer-lhe todas as evidências que possuir a respeito da prática e cessar imediatamente sua participação no ilícito.

Empresas que não se qualificarem para receber a imunidade total, podem ainda ser contempladas pela **leniência parcial**, dada aos agentes que fornecerem **provas cujo valor incremental seja significativo** face às evidências de que a Comissão já dispõe sobre o cartel. Nestes casos, o leniente é beneficiado com a **minoração da multa**, em conformidade com faixas de desconto que refletem a **ordem em que os agentes atenderam às condições** exigidas para receber a redução: 30% (trinta por cento) a 50% (cinquenta por cento) ao primeiro signatário da leniência parcial; 20% (vinte por cento) a 30% (trinta por cento) ao segundo signatário; e até 20% (vinte por cento) aos signatários subsequentes.

Além do programa de leniência, existe ainda a possibilidade de os agentes contribuírem com a autoridade, de modo a simplificar e acelerar o processo em curso e, com base nestas eficiências processuais, receberem reduções correspondentes ao valor de 10% (dez por cento) da pena (**settlement**) (OCDE, 2008: 83). Nesses casos, a negociação para a redução de multa deve ser **anterior** à data de formulação do **comunicado de acusações** (*statement of*

objections)¹⁰¹ da Comissão e **ao prazo limite que ela tiver estabelecido para que as partes manifestassem seu interesse em colaborar** com a instrução do processo (CE, 2008, art. 1º, 1). Para se beneficiar da redução, a requerente deve cumprir uma série de exigências, dentre as quais destacam-se o reconhecimento de sua participação na infração e a indicação da multa máxima que ela prevê que lhe seria imposta pela autoridade (OCDE, 2008: 80)¹⁰².

O benefício relacionado a esta negociação (*settlement*) distingue-se do da leniência dado os objetivos diferentes destes institutos. Enquanto a leniência visa a revelar cartéis e desincumbir a Comissão do ônus da prova, a colaboração via *settlement* se presta a promover eficiências processuais e a economia de recursos da autoridade. Por essa razão, as **reduções decorrentes destes dois institutos podem ser cumuladas** pela Comissão ao calcular a multa (OCDE, 2008: 83).

Nota-se, por fim, que além dos benefícios decorrentes das hipóteses de colaboração descritas acima, nos casos não envolvendo a realização de cartel, as empresas investigadas podem, ainda, firmar **compromisso** com a Comissão, pelo qual se comprometem a tomar as medidas necessárias – comportamentais ou estruturais – para endereçar as preocupações concorrenciais identificadas pela autoridade (CE, 2003, artigo 9º). Nestes casos, porém, a Comissão não chega a reconhecer a ocorrência de uma infração, de modo que **não há a aplicação de multa** às empresas signatárias do compromisso (OCDE, 2016a: 2).

2.2.3.2. Ações de indenização

Ao mesmo tempo em que preveem o *enforcement* privado como um dos meios de assegurar a defesa da concorrência em âmbito europeu, as normas que disciplinam a matéria atribuem às cortes nacionais a competência para julgar ações indenizatórias envolvendo ilícitos antitruste (CE, 2003).

¹⁰¹ *A Statement of Objections is a formal step in Commission investigations into suspected violations of EU antitrust rules. The Commission informs the parties concerned in writing of the objections raised against them. The parties can then examine the documents in the Commission's investigation file, reply in writing and request an oral hearing to present their comments on the case before representatives of the Commission and national competition authorities* (CE, 2019).

¹⁰² *The request by the parties [to settle] should contain a number of elements: i) an acknowledgement of the parties' liability for the infringement; ii) an indication of the maximum amount of the fines the parties foresee to be imposed by the Commission; iii) the parties' confirmation that they have been informed of the Commission's objections in a satisfactory manner and that they have been given the opportunity to be heard; iv) the parties' confirmation that they will request neither access to the file nor a formal oral hearing; and v) the parties agreement to receive the SO and the final decision of the Commission in a given language of the European Community* (OCDE, 2008: 80).

Apesar de qualquer vítima de práticas anticompetitivas ter o direito de buscar reparação pelos danos sofridos, na prática, **ações indenizatórias ainda não são consideradas um instrumento proeminente** no combate a infrações antitruste na UE (OCDE, 2016e: 9). Em virtude disso, em 2014, foi publicada diretiva com vistas a promover o uso deste tipo de ação, através, por exemplo, do aumento do seu prazo prescricional, da facilitação do acesso a provas e da previsão de que as vítimas do ilícito podem utilizar as decisões condenatórias da Comissão nos processos de reparação (UE, 2014). Além disso, considerando a **quantificação de danos** um elemento essencial do *enforcement* privado do direito antitruste, a UE produziu diversos documentos sobre este assunto voltados a **orientar tanto as partes quanto as cortes nacionais**¹⁰³.

¹⁰³ Vide, nesse sentido, documentos disponíveis em <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html#2>

APLICAÇÃO DE SANÇÕES POR ILÍCITOS ANTITRUSTE NA UNIÃO EUROPEIA

		Empresas e Associações de Empresas (<i>Undertakings</i>)
Limites legais da multa	Pena máxima	10 % do volume de negócios total realizado durante o exercício precedente ao da decisão condenatória pela Comissão
	Pena mínima	Não há
Cálculo da multa	Base de cálculo	O montante de base da multa considera: i) o valor das vendas; ii) a gravidade da infração (percentual que incide sobre o valor das vendas); iii) o período em que o infrator participou do ilícito (multiplicam-se os anos de participação pelo montante correspondente ao percentual do valor das vendas); e iv) soma de montante adicional (15% a 25% do valor das vendas) a título dissuasório, nos casos de cartel (aplicação eventual a outras condutas)
	Mercado considerado	O valor das vendas corresponde ao valor das transações de bens ou serviços realizadas pela empresa, relacionadas com a infração, na área geográfica afetada, no último ano completo de participação do agente no ilícito
	Critério temporal considerado	Embora o valor das vendas se baseie no último ano completo de participação do agente no ilícito, o cálculo do montante de base considera os anos de participação do agente na conduta, através da aplicação de multiplicador
	Incidência de alíquota	Para o cálculo do montante de base, o percentual que incide sobre o valor das vendas é, via de regra, fixado num nível de até 30%, sendo que nos casos mais graves (como o de cartel) ele deve se situar num nível superior dentro desta escala. O valor adicional somado ao montante de base à título dissuasório é de 15% a 25% do valor das vendas
	Modulação da multa	Montante de base é ajustado a partir de circunstâncias agravantes e atenuantes que refletem, dentre outros, os antecedentes da empresa infratora, seu envolvimento com o ilícito e sua colaboração com a Comissão. Também pode haver a majoração da multa com base no volume de negócios da infratora em outros bens e serviços não relacionados à infração ou para que o valor da multa seja superior aos ganhos decorrentes da infração. Prevê-se a redução da multa em casos de celebração de acordos de colaboração e quando comprovada a incapacidade da empresa de adimplir

Consideração da vantagem auferida		Guia/2006 prevê que a Comissão deve considerar a necessidade de aumentar a multa a fim de exceder o montante dos lucros ilícitos realizados graças à infração, sempre que seja possível calcular este montante. Na prática, a Comissão trabalha com <i>proxies</i> que buscam refletir o impacto econômico da conduta e sua lesividade
Proibição de participar de licitação		Não há
Aplicação de medidas estruturais		Podem ser aplicadas excepcionalmente e de forma subsidiária aos remédios comportamentais
Colaboração	Acordos de leniência	Possibilidade de celebração de acordo de leniência total (não-aplicação de multa) ou parcial (montante da redução da multa se dá de acordo com ordem de qualificação dos agentes para receber benefício e com base na metodologia do Guia/2006)
	Settlements	Partes que manifestarem seu interesse em cooperar com a instrução processual antes do comunicado de acusações (<i>statement of objections</i>) ou do prazo fixado pela autoridade para que efetuem tal manifestação recebem desconto de 10% sobre o valor da multa, caso sua colaboração com a Comissão resulte em aumento da eficiência processual

Fonte: elaboração da autora

2.3. França

Na França, tanto pessoas físicas quanto entidades (*undertakings*), tais como empresas e associações, estão sujeitas à aplicação de sanções pela prática de ilícitos antitruste. Enquanto no primeiro caso, as sanções decorrem de procedimento penal, no segundo, elas são impostas pela *Autorité de la Concurrence* (ACF), autoridade de cunho administrativo, responsável por promover a defesa da concorrência no país e, por conseguinte, por investigar e processar infrações deste tipo.

Na presente seção, trataremos primeiramente das sanções aplicáveis às entidades, para, em um segundo momento apresentarmos as penalidades que podem ser impostas aos indivíduos condenados por infrações à concorrência. Por fim, abordaremos brevemente tópicos adicionais relevantes para o *enforcement* concorrencial francês e, portanto, para a aplicação de sanções na seara antitruste naquele país.

2.3.1. Aplicação de sanção a entidades

2.3.1.1. Multa

O Código Comercial francês (CCF), ao disciplinar as penalidades aplicáveis às infrações antitruste (acordos anticompetitivos e condutas de abuso de posição dominante), estabelece os parâmetros que devem ser utilizados na determinação da sanção pecuniária, bem como o valor máximo desta última. Notadamente, ao impor multas pela prática dos ilícitos em questão, a ACF deve considerar sua proporcionalidade em relação à gravidade dos fatos; à dimensão dos danos causados à economia; à situação da empresa apenada ou do grupo a que ela pertence; e à eventual existência de reincidência, pelo infrator, no cometimento de infrações concorrenciais. A autoridade também deve se ater aos seguintes limites: i) € 3.000.000 (três milhões de euros), caso a entidade não seja empresa; e ii) 10 % (dez por cento) do faturamento global mais alto, antes da incidência de tributos, durante um dos exercícios fiscais contados desde o ano anterior àquele em que o ilícito foi cometido, caso o apenado seja empresa¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Conforme explica o guia de dosimetria de pena francês, os limites das multas foram aumentados em reforma do CCF, ocorrida em 2001, com vistas a aumentar o efeito dissuasório das penas e a torná-las mais adequadas à forma de atuação e de organização das empresas: “[t]hese provisions have been last amended by Article 73 of the Law N. 2001-420 of 15 May 2001 on New Economic Regulations with the aim, recalled in the Preamble to this act, of **‘reinforcing the deterrent effect’** of financial penalties. To that effect, the Government and Parliament have, first, added reiteration to the legal criteria according to which financial penalties must be set. They have also called for financial penalties to be **‘better fitted to anticompetitive practices undertaken by group[s]’, by taking into account ‘the turnover of the group to which [the undertaking] belongs’**. They have in addition enabled the Autorité to “take

Tendo em vista a necessidade de respeitar as condições apresentadas pelo CCF e, ao mesmo tempo, buscar a convergência entre suas práticas e aquelas empregadas pelas demais autoridades concorrenciais europeias (inclusive as da própria Comissão Europeia), a ACF publicou, em 2011, guia sobre a metodologia de aplicação de multas em casos antitruste.

Com base na jurisprudência nacional sobre o tema¹⁰⁵ e nos princípios de convergência que regem as atividades das autoridades do bloco¹⁰⁶, o guia apresenta as etapas da definição da multa e os elementos considerados ao longo deste processo. Embora não pretenda ser exaustivo nem permitir que se pré-determine a quantia exata da pena a ser aplicada em cada caso, o guia busca conferir maior transparência e previsibilidade ao cálculo realizado, na medida em que determina que – a não ser em circunstâncias específicas ou por motivo de interesse geral, ambos devidamente fundamentados – a ACF se atenha às orientações estipuladas (ACF, 2011).

De acordo com o guia, o processo de aplicação de multa pela autoridade francesa se inicia com a determinação do **montante-base** da pena. Este, por sua vez, tem como ponto de partida a identificação do **valor das vendas**, isto é, o valor correspondente às transações de bens ou serviços **realizadas pela entidade¹⁰⁷ e afetadas pela infração¹⁰⁸**, na **França**, durante o **último exercício fiscal completo de sua participação no ilícito** (ACF, 2011, § 33)¹⁰⁹.

as a reference the worldwide turnover of one of the accounting years closed since the accounting year prior to that in which the practices have taken place”, and no longer the turnover achieved in France during the last accounting year, with the aim of “defeating evasion schemes” that had been witnessed in the past. Finally, they have decided that “the ceiling of the penalties [would be] increased” to 10 % of the worldwide turnover, in accordance with the law of the European Union as well as of many of its other Member States” (ACF, 2011, § 5, grifos nossos).

¹⁰⁵ Nos termos do próprio guia: “[t]he present notice explains the method followed in practice by the Autorité when setting financial penalties imposed on a case-by-case basis pursuant to Section I of Article L. 464-2 of the Code of commerce². It also synthesizes the main features of the practice developed on the merits by the Autorité under the judicial review of the Court of Appeal of Paris, which is itself subject to the judicial review of the Cour de Cassation (French Supreme Court)” (ACF, 2011, § 6).

¹⁰⁶ Exemplo dos esforços de convergência entre as autoridades concorrenciais da UE é o documento *Pecuniary sanctions imposed on undertakings for infringements of antitrust law: Principles for convergence*, produzido pela Associação Europeia de Autoridades Concorrenciais (ECA, 2008).

¹⁰⁷ Quanto à definição do valor das vendas, o guia determina que a ACF se baseie nos dados fornecidos pela entidade. No entanto, caso estes dados não sejam disponibilizados, estejam considerados incompletos ou sejam de credibilidade duvidosa, a autoridade deve se fiar nos dados de que efetivamente dispõe (tal como o faturamento total da empresa), ainda que eles tenham menor relação com o ilícito e sejam menos favoráveis à parte (ACF, 2011, § 36).

¹⁰⁸ Quanto à definição da categoria de produtos ou serviços a serem considerados na determinação do valor das vendas, o guia esclarece que a autoridade deve considerar o mercado relevante por ela própria indicado, quando da caracterização legal da infração. Nos termos do guia: “[t]he legal characterization of the infringement(s) made by the Autorité, in view of their anticompetitive object or effects, defines those categories of products or services (ACF, 2011, § 33)”; “[t]heir value [of the sales] corresponds to the turnover made by the undertaking or entity at stake with the products or services defined in accordance with point 33 above” (ACF, 2011, § 35).

¹⁰⁹ A opção por utilizar o valor das vendas, tal como indicado acima, ao invés do faturamento global da empresa, é explicada pelo guia: “[t]he value of these sales constitutes an appropriate and objective reference, insofar as it

Nota-se que, apesar do referido recorte temporal (último exercício fiscal completo de participação no ilícito), caso a ACF entenda que este período é uma referência manifestamente inadequada, ela pode tomar por base um exercício fiscal que considerar mais apropriado ou mesmo uma média dos valores correspondentes aos exercícios fiscais em que a entidade tiver participado da infração (ACF, 2011, § 37).

Ademais, segundo o guia, embora a determinação do valor das vendas deva, em geral, seguir os critérios indicados acima, o método descrito pode ser adaptado se a autoridade entender que sua adoção não refletiria apropriadamente a escala econômica da infração ou o peso relativo de cada participante na conduta. Um exemplo de quando tal situação poderia se configurar é o caso de cartel de divisão de mercado, em que a parte se compromete a não efetuar vendas na França. Nesta hipótese, a ACF poderia, então, basear o valor das vendas em transações feitas em outros mercados da Área Econômica Europeia (ACF, 2011, § 38).

Uma vez **estabelecido o valor das vendas**, a ACF deve **definir qual proporção** deste valor será considerada para determinar o montante de base. Esta proporção é **expressa através de um percentual**, o qual é estipulado **com base na gravidade** dos fatos atinentes à infração, bem como na relevância do **dano econômico** por ela causado. Como a definição desses fatores deve refletir, eminentemente, as características do ilícito, e não as de seus autores, nos casos envolvendo mais de um agente, a autoridade pode efetuar análises gerais da gravidade e do dano e aplicá-las a todos os infratores. A individualização da conduta, considerando as particularidades de cada agente, é realizada em momento posterior do processo estabelecido no guia (ACF, 2011, §§ 25 e 31).

Para avaliar a **gravidade** dos fatos, a ACF tem de levar em consideração os seguintes fatores, entre outros, dependendo de sua relevância (ACF, 2011, § 26):

- i) **Natureza da infração:** aqui a autoridade deve considerar tanto o **tipo de ilícito** em causa (*e.g.*, acordo entre concorrentes diretos fixando uma das variáveis produtivas; troca informação entre concorrentes; acordo entre agentes verticalmente relacionados; abuso de posição dominante) quanto a **variável**

*makes it possible to **proportion**, on a case-by-case basis, the **base of the financial penalty to the economic scale of the infringement(s)** at stake, on the one hand, **and to the relative weight**, on the sector(s) or market(s) concerned, **of each undertaking** or entity participating in the infringement(s), on the other hand. It is therefore used as a base by the Autorité, along with other European competition authorities, rather than the **overall turnover** of each undertaking or entity at stake, that **may not be in relation to the scale of the infringement(s) and to the relative weight of each participant** in the sector(s) or market(s) concerned” (ACF, 2011, § 23, grifos nossos).*

econômica ou o aspecto a que se refere (*e.g.*, preço, base de clientes, *output*, etc.).

- ii) **Natureza das atividades, setores ou mercados** afetados (*e.g.*, serviços públicos, contratos públicos, setores recentemente abertos à concorrência, etc.).
- iii) **Natureza dos agentes afetados** ou suscetíveis de serem afetados (*e.g.*, pequenas e médias empresas, consumidores vulneráveis, etc.).
- iv) **Características objetivas da infração** (*e.g.*, sigilo; grau de refinamento; existência de mecanismos de policiamento ou esquemas de retaliação; uso indevido de um regulamento; etc.).

No que tange ao **dano econômico** causado pela conduta, o guia esclarece, primeiramente, que este é **distinto do eventual dano sofrido** por suas vítimas, **bem como dos ganhos auferidos** pelo infrator com a conduta. O dano econômico é mais amplo e engloba todos os prejuízos que a prática pode causar à operação competitiva das atividades, setores ou mercados direta ou indiretamente afetados, bem como à economia em geral. Nesse sentido, ele incorpora não só a transferência e a perda de bem-estar que a infração pode causar aos agentes intermediários ou consumidores finais e aos cidadãos em geral, mas também o seu impacto negativo nos incentivos gerados a outros agentes do mercado (*e.g.*, em termos de inovação). Portanto, o dano econômico **não se limita a uma perda mensurável com precisão** (ACF, 2011, § 27). Diante disso e do fato de que a sanção pecuniária não tem caráter compensatório, mas sim punitivo e dissuasório, a **quantificação do dano econômico é geralmente baseada em elementos qualitativos**, ainda que possa incorporar elementos quantitativos, quando estes últimos estiverem disponíveis e desfrutarem de credibilidade (ACF, 2011, § 28)¹¹⁰.

Para avaliar a relevância do **dano causado à economia**, a ACF deve considerar os seguintes elementos, entre outros, a depender de sua relevância e de sua disponibilidade (ACF, 2011, § 32):

- xi) **Dimensão da infração** (*e.g.*, cobertura geográfica, quotas de mercado combinadas das empresas infratoras, etc.).

¹¹⁰ O guia destaca a possibilidade de as partes submeterem estudos econômicos voltados a analisar o dano econômico causado pelo ilícito e indica algumas características que devem estar presentes nestes estudos para que eles sejam devidamente considerados pela ACF (ACF, 2011, § 29).

- xii) **Características econômicas das atividades, setores ou mercados** em causa (*e.g.*, barreiras à entrada, grau de concentração, elasticidade-preço, margens, etc.).
- xiii) **Consequências a curto e a médio prazo** da infração (*e.g.*, sobrepreço estimado, obstáculos a uma diminuição previsível dos preços, impacto indireto nos setores ou mercados conexos, etc.).
- xiv) **Consequências a longo prazo** da infração (*e.g.*, criação de barreiras à entrada; efeitos de exclusividade; domesticação dos ou desincentivo aos concorrentes; declínio da qualidade ou da inovação; entraves ao progresso técnico; impacto na competitividade do setor em causa ou de outros setores; etc.).
- xv) **Impacto mais amplo** na economia; nos agentes dos mercados a montante e a jusante; e nos consumidores finais.

Além de determinar que o percentual que incidirá sobre o valor das vendas seja definido com base na gravidade da infração e no dano econômico por ela gerado, o guia também prevê que ele seja fixado numa escala que pode ir de **0 (zero) até 30%** (trinta por cento). No caso de cartéis para a fixação de preço, divisão de mercado, alocação de consumidores ou restrição da produção, porém, essa escala será fixada entre 15% a 30%, a depender do dano causado (ACF, 2011, §§ 40 e 41).

A etapa para a determinação do montante-base da multa se encerra com a **incorporação da duração da conduta ao cálculo** da pena, através da aplicação de um multiplicador cujo valor é definido pela contagem de anos de participação no ilícito (ACF, 2011, § 42). Mais especificamente, o primeiro ano completo de participação do infrator no ilícito corresponde à uma unidade do multiplicador, a qual é somada meia unidade (0,5) para cada ano de participação completo subsequente (Condomines *et al.*, 2019)¹¹¹.

Quanto à esta primeira etapa de definição da multa, deve-se observar, enfim, que, nos casos de cartel envolvendo chamadas únicas para a submissão de propostas em licitações, o método acima descrito deve ser adaptado com vistas a melhor refletir a escala econômica da prática, o peso de cada um de seus participantes e a lesividade desta conduta (ACF, 2011, § 67).

¹¹¹ Quanto ao período remanescente da conduta que não perfizer um ano completo, o guia apenas estabelece o seguinte: “[b]eyond the last full year of participation in the infringement, the remaining duration is taken into account by the month, insofar as the elements in the case-file make it possible to do so” (ACF, 2011, § 42).

Nestes casos, o valor das vendas corresponderá ao faturamento total obtido pelo infrator, na França, durante o exercício contábil no qual a infração ocorreu, ou no último exercício contábil, se houver vários. O percentual a incidir sobre este valor, por sua vez, será estabelecido tendo em conta o fato de estas práticas anticompetitivas se encontrarem, pela sua própria natureza, entre as infrações mais difíceis de serem detectadas, bem como entre as mais prejudiciais à livre concorrência (ACF, 2011, § 68).

A **segunda etapa** da definição da multa consiste na sua **individualização** para cada agente apenado. Esta se inicia com a aplicação de fatores atenuantes e agravantes, os quais se basearão em todas as circunstâncias relevantes para o caso específico (ACF, 2011, § 44). Embora não apresente uma lista exaustiva, o guia apresenta como possíveis **mitigadores de pena** as seguintes hipóteses, a serem demonstradas pelo infrator: i) ter sofrido **coação** para participar na infração; ii) ter adotado de um **comportamento competitivo**, de forma duradoura e para uma parte significativa dos produtos ou serviços em causa, a ponto de perturbar o próprio funcionamento do ilícito; e iii) a infração ter sido **autorizada ou incentivada pelas autoridades públicas** (ACF, 2011, § 45).

Por outro lado, o guia apresenta as seguintes circunstâncias como potenciais **agravantes da pena**, sem prejuízo de outras hipóteses: i) desempenho de **papel** de líder ou de instigador da infração, ou de um papel específico na concepção ou implementação da conduta; ii) adoção de qualquer medida para **forçar outros agentes** a participarem ou se manterem na infração, inclusive qualquer forma de retaliação; e iii) existência de capacidade específica de **influência ou autoridade** moral, como no caso de prestação de um serviço público (ACF, 2011, § 46).

Além das circunstâncias atenuantes e agravantes, o guia prevê que, para garantir que a sanção pecuniária seja dissuasória e proporcional, a ACF pode **diminuir ou aumentar** o montante da **multa** com base em **elementos relativos à situação da empresa** (ACF, 2011, § 47). Assim, por exemplo, a multa pode ser reduzida nos casos em que a **maioria das atividades** do infrator estiver **concentrada no setor ou mercado** em que ocorreu a infração (ACF, 2011, § 48). Em contrapartida, a autoridade pode majorar a multa se, por exemplo, considerar que: i) o **infrator**, ou o grupo a que pertence¹¹², tem uma dimensão, uma **potência econômica ou**

¹¹² Quanto a consideração do grupo, nesta hipótese, o guia esclarece: “*this factor [group’s significant power or resources] being taken into consideration, in particular, where the undertaking that controls the undertaking at stake within the group is also liable for the infringement*” (ACF, 2011, § 49).

recursos globais significativos em comparação aos demais participantes do ilícito (ACF, 2011, § 49).

De acordo com o guia, embora a **reincidência** seja uma circunstância capaz de agravar a pena, ela deve receber atenção especial e ser considerada separadamente. Afinal, a existência de condenação prévia pela prática de ilícito antitruste é considerada **particularmente alarmante**, na medida em que sinaliza que a sanção anteriormente imposta não foi suficientemente dissuasória (ACF, 2011, § 50). Deste modo, verificadas as condições necessárias para a caracterização da reincidência (*e.g.*, infração anterior deve ser idêntica ou similar àquela sob análise e a decisão de que a infração anterior ocorreu deve ser definitiva, quando do julgamento da conduta sob análise¹¹³), a autoridade pode **aumentar de 15 %** (quinze por cento) **a 50%** (a cinquenta por cento) o montante da multa apurado no processo de individualização. Para a definição deste percentual, a ACF deve levar em conta, sobretudo, o intervalo temporal existente entre as duas infrações, bem como a natureza delas (ACF, 2011, § 52).

Ajustado valor da multa de acordo com os critérios acima, a ACF deve então considerar o **limite máximo** imposto pelo CCF e reiterado pelo guia (ACF, 2011, pontos 56 e 57) que, no caso das empresas, corresponde a 10 % (dez por cento) de seu faturamento global mais alto, antes da incidência de tributos, durante um dos exercícios fiscais contados desde o ano anterior àquele em que o ilícito foi cometido. No entanto, no caso de o infrator não contestar as acusações apresentadas pela autoridade, nos termos do estabelecido no CCF¹¹⁴ (*settlement*), o limite máximo da multa é reduzido à metade (ACF, 2011, § 58)¹¹⁵.

¹¹³ Para que a reincidência reste caracterizada, quatro condições cumulativas devem ser preenchidas: “[1] a previous infringement to competition law must have been found before the termination of the practice at stake; [2] this prior finding of infringement, which may or may not have resulted in a financial penalty, cannot stem from a decision granting interim measures pursuant to Article L. 464-1 of the Code of commerce, nor from a decision making commitments legally binding pursuant to Section I of Article L. 464-2 of the Code of commerce; [3] the practice at stake must be identical or similar, in view of its object or effects, to the one that has given rise to the prior finding of infringement; this prior finding of infringement must have become definitive by the day the Autorité takes its decision on the practice at stake; [4] the period of time running from the prior finding of infringement to the starting point of the practice at stake is taken into account in order to address, in a proportionate way, the propensity of the concerned undertaking or entity to break free from competition rules; the Autorité does not intend to oppose reiteration to an undertaking or entity when this period of time exceeds 15 years” (ACF, 2011, § 49).

¹¹⁴ França, CCF, artigo L. 464-2, Seção III.

¹¹⁵ O direito concorrencial francês prevê a possibilidade de adoção de um procedimento simplificado em casos de conduta: “[t]he general rapporteur of the Competition Authority may, after notification of the complaints to the interested parties, decide that the matter shall be decided by the Authority without the prior preparation of a report. This decision shall be notified to the parties” (CCF, artigo L. 463-3). Nestes casos, o limite máximo da multa também é alterado: “[w]here the Autorité applies the simplified procedure provided for by Article L. 463-3 of the

Finalmente, após a aplicação do limite máximo à multa apurada para o caso concreto, a Comissão deve considerar se há **reduções** aplicáveis em virtude de **programas de colaboração**, seja ele o de leniência (total ou parcial) e/ou de *settlement*. Outro fator a se considerar neste momento é a **incapacidade da empresa de pagar a multa** determinada. Esta circunstância é analisada pela ACF no dia em que ela decidir sobre o caso e, para ser considerada procedente, pressupõe a comprovação de uma série de condições colocadas pela autoridade¹¹⁶.

Em síntese, nota-se que o processo de aplicação de sanções pecuniárias por ilícitos concorrenciais na França é dividido, pelo guia de multas da ACF, em quatro etapas. A **primeira** delas se volta à apuração do **montante-base** da pena e requer que a autoridade determine i) o valor das vendas; ii) o percentual a ser aplicado sobre o valor das vendas; e iii) o período de participação na conduta. O **valor das vendas** corresponde ao valor das transações de bens ou serviços realizadas pela entidade e afetadas pela infração, na França, durante o último exercício fiscal completo de sua participação no ilícito. O **percentual a ser aplicado** – que pode ser de 0 até 30% e de 15% a 30% em casos de cartel – é definido com base na gravidade e no dano econômico da conduta, elementos que se fundamentam nas características da infração (*e.g.*, natureza do ilícito, mercados afetados, etc.). Já o **período da conduta** é considerado através da aplicação de um multiplicador sobre o percentual do valor das vendas apurado. Tal multiplicador relaciona-se com os anos de participação do infrator no ilícito: o primeiro ano completo de participação corresponde à uma unidade do multiplicador, a qual é somada meia unidade (0,5) para cada ano completo de participação subsequente.

Code of commerce, the maximum amount is € 750,000, including in cases where the Autorité applies the settlement procedure referred to in the previous point” (ACF, 2011, § 59). Segundo relatório da OCDE, tal procedimento foi concebido para tratar sobretudo de controvérsias envolvendo restrições verticais (2003b: 10).

¹¹⁶ As exigências são indicadas pelo guia: “[w]here an undertaking or entity intends to claim that specific financial difficulties affect its ability to pay, this claim must be made in writing to the Autorité, that will assess the request as follows. In order to enable the Autorité to take into consideration such difficulties, the concerned undertaking or entity should, first of all, put them forward in its reply to the report provided by the second paragraph of Article L. 463-2 of the Code of commerce or, in the event that Article L. 463-3 or Section III of Article L. 464-2 of the same code is applied, at the latest one month before the hearing. In the event that such difficulties arise at a later stage, they must be put forward as soon as they arise, and in any event during the hearing provided by Article L. 463-7 of this code. Second, the concerned undertaking or entity must evidence the existence of specific financial difficulties as well as their impact on its ability to pay, by reference to the elements listed in the questionnaire available on the Autorité’s website¹⁰ and, if relevant, to other documents. A reduction of the final amount of the financial penalty can only be granted if the elements put forward provide reliable, comprehensive and objective evidence of the existence of actual and real difficulties preventing the concerned undertaking from paying, in whole or in part, the financial penalty that may be imposed on it. The situation of the undertaking or entity is assessed on the day the Autorité adjudicates the case at stake, with regard to all the relevant accounting years” (ACF, 2011, §§ 63, 64 e 65).

Na **segunda** etapa, a autoridade passa à **individualização** da multa, considerando, inicialmente, características relativas ao infrator ou ao seu comportamento que podem configurar fatores **agravantes ou atenuantes** (*e.g.*, papel desempenhado pelo agente, existência de coerção, etc.) ou que podem ensejar o ajuste da pena para torná-la adequadamente **dissuasória e proporcional** (*e.g.*, poder econômico da empresa, diversidade das suas áreas de atuação, etc.).

Caso verifique se tratar de infrator **reincidente**, a autoridade deve, num **terceiro** momento, ajustar o montante resultante da individualização, **umentando-o** em 15% a 50%, a depender da natureza dos ilícitos e do intervalo temporal entre eles.

A **quarta** e última etapa, por sua vez, exige que a ACF i) ajuste o valor individualizado da multa ao **limite máximo** legal; ii) considere eventuais reduções decorrentes de acordo de **leniência** ou de **settlement**; e iii) aplique as reduções pertinentes nos casos em que restar comprovada a **incapacidade do infrator de adimplir** a multa fixada.

2.3.1.2. Outras sanções

Em casos de conduta, além de multas – tipo de sanção mais comumente utilizado (ME, 2010: 30) –, a ACF pode impor também medidas estruturais e comportamentais (*injonctions*), com vistas a reestabelecer as condições competitivas do funcionamento do mercado afetado (OCDE, 2006: 109). Por outro lado, não obstante a previsão legal permitindo à autoridade francesa empregar **medidas estruturais** (CCF, L. 430-9), estas últimas são de aplicação **absolutamente excepcional**¹¹⁷ e sequer costumam ser apresentadas pela ACF como uma solução em casos de conduta¹¹⁸.

Quanto às medidas comportamentais, estas podem conter determinações de diferentes espécies, tais como: i) obrigação relativa a preço de cessar determinada prática¹¹⁹; ii) obrigação

¹¹⁷ Segundo contribuição da França à OCDE, em 2006, apesar de o CCF dispor sobre a possibilidade de a ACF impor medidas estruturais em casos de conduta, tal instrumento só havia sido utilizado uma única vez até aquele momento (2006) e as medidas em questão, apesar de terem sido aplicadas em 2002, não haviam sido até então colocadas em prática (2006: 110).

¹¹⁸ Vide, por exemplo, a página eletrônica da autoridade francesa, na qual são apresentadas as sanções aplicáveis em casos de acordos anticompetitivos e de abuso de posição dominante (ACF, 2016).

¹¹⁹ Segundo contribuição da França para a OCDE, são exemplos desse tipo de medida as seguintes obrigações: “[s]’abstenir d’élaborer et de diffuser des prix; [s]’abstenir d’élaborer et de diffuser des barèmes de prix; [s]’abstenir de recommander ou imposer un prix conseillé; [s]’abstenir de recommander ou imposer un prix minimum; [c]’essser d’imposer un prix; [c]’essser de pratiquer une tarification globale; [s]’abstenir de toute intervention faisant obstacle

não relativa a preço de cessar determinada prática¹²⁰; iii) obrigação de suprimir disposições contratuais¹²¹; iv) obrigação de modificar disposições contratuais¹²²; e v) obrigação de modificar determinada conduta¹²³ (OCDE, 2006: 113-114).

Com a exceção da imposição da obrigação de cessar a conduta anticompetitiva, as **medidas comportamentais** são, de uma maneira geral, consideradas instrumentos cuja **utilização é delicada**. Elas devem ser claras, precisas, desprovidas de ambiguidade e não podem exceder o **estritamente necessário para pôr fim a uma restrição** à concorrência (OCDE, 2006: 112).

2.3.2. Aplicação de sanção a indivíduos: prisão e multa

Ilícitos concorrências podem levar à responsabilização na esfera penal das pessoas físicas envolvidas na conduta, sujeitando-as a sanções pecuniárias ou mesmo a penas restritivas de liberdade. Mais especificamente, o CCF estipula que qualquer indivíduo que, por meio de práticas fraudulentas, desempenhar um papel decisivo na concepção, organização ou

à la fixation des prix par le marché et de toute concertation; [m]ettre fin à une discrimination dans les prix; [c]esser de consentir des remises sur les prix” (2006: 103).

¹²⁰ Segundo contribuição da França para a OCDE, são exemplos desse tipo de medida as seguintes obrigações: *“[s]’abstenir de toute diffusion et de tout échange d’informations sur les marchés publics; [c]esser les refus de vente; [m]ettre fin à une discrimination; [m]ettre fin à un boycott; [c]esser toute pratique limitant le libre accès des tiers à un marché ou à des produits; [c]esser de déterminer des quotas de vente; [c]esser de faire application d’une convention d’exclusivité; [c]’esser de faire application d’une convention de non-concurrence; [c]esser l’usage d’imposer un parrainage; [c]esser de procéder à un partage de marché ou de clientèle; [c]esser d’imposer une protection territoriale absolue; [c]esser d’imposer l’adhésion à un contrat d’assurance; [c]esser de déterminer des conditions de vente” (2006: 103).*

¹²¹ Segundo contribuição da França para a OCDE, são exemplos desse tipo de medida as seguintes obrigações: *“[s]upprimer ou réduire les clauses de non-concurrence; [s]upprimer les clauses de préférence; [s]upprimer les clauses de tacite reconduction; [s]upprimer les clauses d’exclusivité; [s]upprimer les clauses de remises quantitative; [s]upprimer les clauses interdisant au revendeur de rétrocéder des produits à un autre revendeur agréé; [s]upprimer les clauses permettant à un fabricant de supprimer les remises auxquelles ses revendeurs peuvent prétendre; [s]upprimer une clause de résiliation liée à la politique de prix ou de marge du revendeur; [s]’upprimer les clauses anticoncurrentielles des Conditions générales de ventes; [s]upprimer les clauses anticoncurrentielles des contrats de distribution; [s]upprimer les clauses de protection territoriales absolues; [s]upprimer les clauses de parrainage; [s]uspendre l’application de certaines clauses; [s]upprimer les clauses limitant l’autonomie des entreprises” (2006: 103-104).*

¹²² Segundo contribuição da França para a OCDE, são exemplos desse tipo de medida as seguintes obrigações: *“[m]odifier les règlements intérieurs, les statuts, les cahiers des charges; [m]odifier les contrats de distribution et de franchise; [m]odifier les conditions générales de vente; [m]odifier le texte d’une recommandation; [m]odifier les conditions générales d’un contrat d’adhésion” (2006: 104).*

¹²³ Segundo contribuição da França para a OCDE, são exemplos desse tipo de medida as seguintes obrigações: *“[o]rienter les tarifs vers les coûts; [p]réserver une tarification dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires; [m]odifier les méthodes de calcul des prestations; [m]ettre en place une tarification détaillée; [d]issocier deux types d’activité et les prix afférents; [s]e plier à une obligation d’information; [f]ournir une liste modifiée d’abonnés et proposer un service permettant la mise en conformité des fichiers; [p]ublier les catalogues de films disponibles à une fréquence correspondant au rythme de la programmation; [r]especter les engagements souscrits” (2006: 104).*

implementação de ilícitos antitruste, pode ser penalizado com **multa** de até €75.000 (setenta e cinco mil euros) e **pena de prisão** de até 4 (quatro) anos (art. L. 420-6).

Segundo a legislação francesa, não só cartéis, mas **qualquer conduta anticompetitiva constitui, igualmente, um ilícito penal** que pode ser levado à justiça criminal. Contudo, na prática, a **persecução penal de infrações a concorrência é bastante rara** e, normalmente, diz respeito a condutas realizadas junto a outros tipos de crimes, tais como fraude à licitação (Zelenko *et al*, 2019). As causas para tanto são diversas e incluem desde os desafios de coordenação entre as autoridades competentes (ME, 2010: 19), até o fato de inexistir um programa de leniência para indivíduos (Lasserre, 2009: 19)¹²⁴.

2.3.2. Outros aspectos relevantes para a aplicação de sanções

2.3.3.1. Colaboração com as autoridades

O programa de leniência francês é destinado a facilitar a descoberta de acordo horizontais, aplicando-se, portanto, a esse tipo de conduta. Assim como na UE, tal programa pode conferir imunidade total ou parcial a seu beneficiário. A obrigação de colaborar integral e permanentemente com a autoridade é, porém, comum às duas formas de leniência e implica o dever da requerente do acordo de: i) cessar sua participação no ilícito; ii) fornecer todas as informações e provas de que dispuser acerca da conduta; iii) abster-se de contestar as informações prestadas à ACF e a existência do cartel; iv) prestar os esclarecimentos solicitados pela autoridade; v) conservar as provas de que dispuser sobre a infração; e vi) resguardar a confidencialidade do pedido de acordo de leniência.

Por outro lado, para que o infrator possa se beneficiar da **imunidade total**, uma das seguintes condições deve ser preenchida: i) a ACF não dispor de informações ou evidências suficientes para dar início a um processo investigativo e o requerente ser o primeiro a apresentar tais elementos à autoridade; ii) a ACF dispor de informações insuficientes para comprovar a existência do cartel e o requerente ser o primeiro a apresentar evidências deste tipo à autoridade.

¹²⁴ A limitação decorrente da ausência de um programa de leniência para pessoas físicas é explanada na contribuição feita pela autoridade francesa à GCR: “[i]f the Authority believes that a case warrants criminal enforcement in addition to administrative enforcement, it can refer it to criminal courts. The Authority has done so in some instances concerning hardcore infringements (bid-rigging and cartels). It has, however, stated that its policy is not to refer leniency applicants to criminal courts” (GCR, 2018a).

Caso o requerente do acordo não se qualifique para receber a imunidade total, ele pode ser contemplado pela **leniência parcial**, mediante o fornecimento de **informações e provas cujo valor incremental seja significativo** face às evidências de que a ACF já dispõe sobre o cartel. Nestes casos, o leniente é beneficiado com a minoração da multa, em conformidade com **faixas de desconto que refletem a ordem em que os agentes atenderam às condições** exigidas para receber a redução: 25% (vinte e cinco por cento) a 50% (cinquenta por cento) ao primeiro signatário da leniência parcial; 15% (quinze por cento) a 40% (quarenta por cento) ao segundo signatário; e até 25% (vinte e cinco por cento) aos signatários subsequentes.

Além dos benefícios relacionados ao programa de leniência, o infrator que **não contestar o comunicado de acusação** (*statement of objections*) da ACF pode ser contemplado por um acordo (*settlement*) com o relator do caso (*rapporteur général*), pelo qual este último se compromete a propor, ao órgão colegiado deliberativo (*Collège*), a aplicação de uma **faixa de multa reduzida** no caso. No entanto, o órgão colegiado não fica vinculado à proposta do relator, podendo desconsiderá-la se entender que ela é inadequada às circunstâncias. Por esta razão, na prática, os relatores costumam se ater às multas apuradas conforme o guia metodológico para aplicação de sanções pecuniárias da ACF (Condomines *et al.*, 2019).

Por fim, com exceção dos casos em que o dano à economia causado pela infração exigir a aplicação de uma multa (prática de cartel ou de abuso de posição dominante especialmente lesiva), as partes acusadas de incorrer em ilícitos concorrenciais podem, ainda, firmar **compromisso** com a ACF (*commitment decision*). Nestas hipóteses, a autoridade não emite uma decisão sobre a ocorrência da infração, ao passo que a compromissária, em contrapartida, se compromete a tomar as medidas necessárias para endereçar as preocupações concorrenciais identificadas pela ACF (OCDE, 2016d).

2.3.3.2. Ações de indenização

Na França, as vítimas de ilícitos antitruste podem recorrer a ações indenizatórias, com vistas a reparar os danos que lhes foram causados pela conduta. Nestes casos, as decisões condenatórias da ACF podem ser utilizadas pelas partes na fundamentação de seus pleitos perante o judiciário. No entanto, conforme indicado anteriormente, o dano econômico quantificado pela autoridade antitruste é considerado distinto do dano causado aos agentes diretamente afetados pela conduta. Assim, embora as decisões da ACF possam robustecer

eventuais ações reparatórias, elas não exigem as partes de individualizar e quantificar os danos que alegam ter sofrido.

Com a publicação, em 2014, da diretiva europeia sobre ações indenizatórias, observou-se um aumento no número de ações de indenização envolvendo infrações concorrenciais na França. Não obstante, até recentemente, a quantidade destas ações ainda era relativamente baixa (OCDE, 2015d).

APLICAÇÃO DE SANÇÕES POR ILÍCITOS ANTITRUSTE NA FRANÇA

		Entidades (<i>undertakings</i>)	Indivíduos
Limites legais da multa	Pena máxima	Caso o apenado seja empresa, 10 % do faturamento global mais alto, antes da incidência de tributos, durante um dos exercícios fiscais contados desde o ano anterior àquele em que o ilícito foi cometido. Caso a entidade não seja empresa, € 3.000.000	€75.000
	Pena mínima	Não há	Não há
Cálculo da multa	Base de cálculo	O montante de base da multa considera: i) o valor das vendas; ii) o percentual a ser aplicado sobre o valor das vendas; e iii) o período em que o infrator participou do ilícito	–
	Mercado considerado	O valor das vendas corresponde ao valor das transações de bens ou serviços realizadas pela entidade e afetadas pela infração, na França, durante o último exercício fiscal completo de sua participação no ilícito	–
	Critério temporal considerado	Embora o valor das vendas se baseie no último exercício fiscal completo de participação do infrator no ilícito, o cálculo do montante de base considera os anos de participação do agente na conduta, através da aplicação de multiplicador sobre o montante que resultar da incidência do percentual sobre o valor das vendas (o primeiro ano completo de participação corresponde à uma unidade do multiplicador, a qual é somada meia unidade (0,5) para cada ano completo de participação subsequente)	–
	Incidência de alíquota	O percentual a ser aplicado sobre o valor das vendas – que pode ser de 0 até 30% e de 15% a 30% em casos de cartel – é definido com base na gravidade e no dano econômico da conduta, elementos que se fundamentam nas características da infração (<i>e.g.</i> , natureza do ilícito, mercados afetados, etc.)	–

	Modulação da multa	Montante de base é ajustado com vistas a refletir características relativas ao infrator ou ao seu comportamento, com base: na existência de fatores agravantes ou atenuantes; na necessidade de ajustar a multa para torná-la dissuasória e proporcional; na eventual existência de reincidência pelo infrator; na eventual celebração de acordos de colaboração; e na eventual comprovação da incapacidade da empresa de adimplir a multa fixada	–
Vinculação entre a pena da organização e do indivíduo		Não	
Consideração da vantagem auferida		Não. Por meio de análise eminentemente qualitativa, a ACF estima o dano econômico causado pela conduta, o qual se distingue tanto dos danos sofridos por suas vítimas, quanto dos ganhos ilícitos obtidos pelo infrator	–
Proibição de participar de licitação		Não há	–
Aplicação de medidas estruturais		Embora previstas legalmente, tais medidas são absolutamente excepcionais	–
Pena de prisão		–	Raramente aplicada; pode ser de até 4 anos
Proibição do indivíduo de atuar como administrador de empresa		–	Não há
Colaboração	Acordos de leniência	Possibilidade de celebração de acordo de leniência total (não-aplicação de multa) ou parcial (montante da redução da multa se dá de acordo com ordem de qualificação dos agentes para receber benefício)	
	Settlements	O infrator que não contestar o comunicado de acusação (<i>statement of objections</i>) da ACF pode se beneficiar com a redução da faixa de multa que lhe seria aplicável	

Fonte: elaboração da autora

2.4. Alemanha

Infrações antitruste na Alemanha estão sujeitas à persecução administrativa e criminal. No entanto, enquanto na esfera administrativa indivíduos e entidades (*undertakings*) podem ser sancionados pela prática de acordos anticompetitivos ou de abuso de posição dominante, na esfera criminal, somente indivíduos podem ser responsabilizados e apenas nos casos de cartel em licitação.

Na presente seção, trataremos primeiramente das sanções aplicáveis às entidades, para, num segundo momento apresentarmos as penalidades que podem ser impostas aos indivíduos condenados, seja administrativa, seja criminalmente, por infrações à lei de concorrência. Por fim, abordaremos brevemente tópicos adicionais relevantes para o *enforcement* concorrencial na Alemanha e, portanto, para a aplicação de sanções na seara antitruste naquele país.

2.4.1. Aplicação de sanções a entidades

2.4.1.1. Multa

Em 2013, o *Bundeskartellamt* (BKA), autoridade federal alemã responsável por promover a defesa da concorrência na esfera administrativa, publicou um novo guia para a aplicação de multas em casos de cartel (Guia/2013). As **multas** reguladas por este guia – que se prestam tanto a punir os agentes infratores quanto a buscar compensação pelos benefícios econômicos obtidos (OCDE, 2013) – estão adstritas às disposições da lei concorrencial alemã, dentre as quais destacam-se as determinações de que tais sanções: i) **não podem ser superiores a 10%** (dez por cento) **do faturamento total das entidades, no ano anterior à decisão condenatória**¹²⁵; e ii) devem **refletir a gravidade e a duração** do ilícito (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* - GWB, 81, 4).

Quanto ao **limite máximo definido**, cabe fazer duas observações iniciais. A primeira delas é que, em 2013, a Suprema Corte Federal da Alemanha decidiu que o limite estabelecido pela lei de defesa da concorrência não denota simplesmente uma proibição de que a multa imposta ultrapasse **10% do faturamento total**, nos moldes estipulados. Trata-se antes **da pena máxima** que pode ser imposta pela autoridade, de modo que o **BKA só pode aplicá-la nos casos mais**

¹²⁵ Além de dispor sobre o limite máximo geral da multa nos casos de infrações à concorrência, o guia ainda reitera o limite mínimo de € 5 (cinco euros) e estabelece que, nos casos de infrações cometidas por negligência, o limite máximo da multa aplicável é de 5% (cinco por cento) do faturamento total (BKA, 2013, II, §8).

graves e deve tê-la como referência para a determinação das multas em geral (OCDE, 2016d: 22).

Outro aspecto relativo ao limite máximo que merece atenção é o fato de que a **entidade** considerada para o **cálculo do faturamento total** não se restringe necessariamente à pessoa jurídica diretamente envolvida na conduta, mas pode ser composta por diversos **agentes** – tal como os que compõem um grupo econômico – que atuam como **unidade econômica**. De acordo com o guia, o enquadramento mais amplo é imperioso para punir adequadamente toda e qualquer empresa, uma vez que busca incorporar o tamanho do autor da infração no cálculo de multa e, dessa forma, levar em conta a sua sensibilidade à sanção (I, §3).

Considerando os parâmetros previstos pela lei, o BKA, ao definir a metodologia a ser utilizada na aplicação da pena, parte do pressuposto de que esta última, além de ser adequada às circunstâncias atinentes ao ilícito e ao seu autor, deve ter caráter dissuasório específico e geral. Entende-se, por conseguinte, que a multa não deve ser desproporcional à possibilidade de a entidade ganhar vantagens competitivas com a conduta, nem à da conduta causar prejuízos a terceiros e para a economia como um todo. Tal ideia é condensada na noção de **potencial de ganho e dano**, fator que, junto com o faturamento total da entidade (elemento do limite máximo da multa), figura como ponto de partida para a determinação do escopo da multa (*scope for setting a fine*) (I, §4).

Segundo o guia, o **potencial de ganho e dano** equivale a **10%** (dez por cento) do **faturamento obtido com o ilícito**, isto é, do **faturamento doméstico da entidade, obtido com a venda de bens ou serviços afetados pela violação antitruste, durante sua duração** (II, §10)¹²⁶. Se, porém, devido à natureza da infração – tal como ocorre em cartéis para a divisão de mercado –, ou por um motivo imprevisto – quando, por exemplo, um terceiro não participante do ilícito é vencedor em uma licitação objeto de cartel –, o faturamento esperado não tiver sido alcançado, deve-se utilizar o faturamento que a empresa provavelmente teria alcançado fossem as circunstâncias em questão diferentes (II, §11).

O BKA reconhece que, nos casos concretos, o potencial de ganho e dano de cada conduta pode ser maior ou menor do que o montante equivalente a 10% (dez por cento) do

¹²⁶ Quanto à duração de períodos inferiores a 12 meses, o guia esclarece: “*In cases in which the infringement lasted less than 12 months, the Bundeskartellamt bases its calculation on a period of 12 months irrespective of the actual duration of the infringement. The last 12 months before the infringement ceased are relevant in this respect*” (II, §12).

faturamento obtido com o ilícito. No entanto, diferentemente do guia anterior, o **novo guia não dá ênfase ao ganho excessivo proporcionado pelo cartel**, de modo que a proporcionalidade da multa à gravidade do caso não tem como fundamento principal esse valor¹²⁷. Na realidade, em virtude de um arranjo baseado no faturamento total e naquele relacionado à prática ilícita, **não é necessário que a autoridade calcule os efeitos que uma determinada infração tiver causado no mercado** (I, §6). Enquanto o faturamento total representaria, conforme mencionado acima, o tamanho e a sensibilidade do infrator à punição, o faturamento obtido com o ilícito seria um indicador adequado da importância do mercado afetado, da posição da empresa neste mercado e do ganho e dano potencialmente resultantes do volume de negócios associado à infração (I, §5). Nota-se, portanto, que o guia alemão optou por expressar o ganho e dano relacionados ao ilícito por meio de *proxies*.

Uma vez determinado o montante equivalente a 10% (dez por cento) do faturamento obtido com o ilícito, um **multiplicador é aplicado sobre ele**, de modo a refletir o tamanho da entidade infratora também nesta etapa do processo. Mais especificamente, o guia estabelece faixas de multiplicadores, cujo valores aumentam, conforme aumentar o faturamento total do autor do ilícito¹²⁸. Cabe ressaltar que o objetivo aqui não é definir o valor específico da multa, mas sim **determinar seu escopo ou, em outras palavras, um nível de pena acima do qual a multa geralmente não seria apropriada**¹²⁹.

Assim, nos casos em que o valor resultante da multiplicação for inferior ao valor correspondente a 10% do faturamento total da entidade no ano anterior à decisão condenatória (*i.e.*, limite da multa colocado pela lei concorrencial e reiterado pelo guia de

¹²⁷ Nos termos do guia: “on the basis of a framework of fines based on total turnover, investigations are no longer required on this or on the excess profit which were previously decisive for determining the range of fines and which were established by comparing the cartel prices with the hypothetical competitive price” (Explanatory notes, 2, Re: para 10, note 1).

¹²⁸

Factor	2-3	3-4	4-5	5-6	>6
Total turnover of the company pursuant to Section 81 (4) sentence 2 GWB	≤ € 100 million	€ 100 million up to € 1 billion	€ 1 billion up to € 10 billion	€ 10 billion up to € 100 billion	> € 100 billion

Fonte: *German Guidelines for setting of fines in cartel administrative offence proceedings* (II, §13).

¹²⁹ Nos termos do guia: “[t]he gain and harm potential will be multiplied by a factor that depends on the total turnover in order to assess in each individual case which range of fine would generally be inappropriate in a specific case and for a specific company, even in the worst possible constellation, or whether the statutory framework already provides for a sufficient limit in this respect” (Explanatory notes, 2, Re: para 9, note 1).

dosimetria de multa), o valor decorrente da aplicação do multiplicador passará a ser o limite superior da multa aplicável ao caso (I, § 14).

O guia oferece como exemplo de tal hipótese, o possível caso de uma empresa cujo faturamento total, no ano anterior à decisão da autoridade, tenha sido de € 10 bilhões, ao passo que o faturamento obtido com o ilícito tenha sido apurado em € 40 milhões (*e.g.*, € 10 milhões por ano, durante quatro anos). Aqui, embora o limite legal superior da multa seja de € 1 bilhão (10% do faturamento total), com a aplicação do multiplicador (fator 5, dado o valor do faturamento total) sobre o potencial de ganho e dano (10% do faturamento obtido com o ilícito, isto é, € 4 milhões), o BKA passa a entender que uma multa superior a € 20 milhões geralmente não seria apropriada no caso específico (*Explanatory notes*, 2, Re: para 14).

Por outro lado, na hipótese de a aplicação do multiplicador resultar num **valor evidentemente muito baixo face ao potencial de ganho e dano**, tal valor pode, **excepcionalmente, ser ultrapassado**, com vistas a garantir uma sanção adequada (II, § 15)¹³⁰.

Definido o escopo da multa aplicável, o BKA passa a seus **ajustes, com base nas circunstâncias específicas ao caso**. De acordo com o guia, a **gravidade e a duração** da conduta são os nortes desta análise, a qual deve fazer uma ponderação abrangente de todos os elementos que possam figurar como **agravantes ou atenuantes** do ilícito (II, § 16). Apesar de apresentar alguns critérios que podem ser utilizados nesse momento, o guia esclarece que a sua utilização efetiva, bem como a maneira e a extensão de sua utilização dependerão das particularidades de cada caso (*Explanatory notes*, Re: para 16, 1).

Como exemplifica o guia, **circunstâncias relacionadas à infração** a serem consideradas pela autoridade são: i) o tipo e a duração da infração; ii) os seus efeitos qualitativos (*e.g.*, a dimensão dos mercados geográficos afetados e a importância das empresas envolvidas na infração); iii) a importância dos mercados afetados (*e.g.*, o tipo de produto afetado pela infração); iv) o grau de organização entre as partes envolvidas; e v) se se trata de um cartel *hardcore* (cartéis de fixação de preços e de quotas, acordos territoriais e de clientes e outras

¹³⁰ Esta determinação está contida também na parte do guia que estabelece os princípios que orientarão a aplicação de multa nos casos concretos: “[i]n cases in which the turnover achieved from the infringement accounts for or exceeds a considerable part of a company's total turnover in the business year before the authority's decision, the legal framework of fines sets an upper limit for an appropriate sanction, in consideration of the gain and harm potential. In other cases in which the turnover achieved from the infringement and the resulting gain and harm potential only account for a modest share of a company's total annual turnover, this is to be taken into consideration when setting the fine to maintain the principle of adequate punishment” (I, §4).

restrições concorrenciais similares devem receber multas mais próximas ao limite superior da pena) (II, § 16).

Já como exemplo de critérios **de ajuste da multa relativos ao infrator**, o guia elenca: i) o papel da empresa no cartel; ii) a sua posição no mercado afetado; iii) especificidades relacionadas ao grau de criação de valor; iv) o grau de dolo ou negligência da parte; v) o eventual cometimento de infrações anteriores; e vi) a capacidade financeira da empresa (II, § 16). Ademais, embora o programa de leniência deva ser considerado separadamente, reduções de multa podem ser dadas ao infrator em virtude de sua colaboração com a investigação (*settlement agreement*).

Por fim, o guia prevê que, além de punir a infração, o **BKA tem o direito de retirar os benefícios econômicos obtidos pelo infrator**, seja no próprio processo de aplicação de multa, seja em processo separado.

Em suma, a determinação da multa por ilícitos concorrenciais na Alemanha é dividida em **duas etapas**. A **primeira** delas, consiste **no enquadramento da multa no limite máximo** estabelecido pela lei, pela apuração do valor correspondente a 10% do faturamento total do infrator, no ano anterior à decisão condenatória. A **segunda** etapa, por sua vez, se inicia com a **averiguação do potencial de ganho e dano** do caso, o qual a autoridade pressupõe ser equivalente a 10% do faturamento obtido com o ilícito (faturamento doméstico da entidade, obtido com a venda de bens ou serviços afetados pela violação antitruste, no decorrer de sua duração). Sobre este montante o BKA aplica um multiplicador vinculado ao faturamento da entidade, com vistas a incorporar o tamanho desta última dentre os critérios de pena. Caso o resultado desta multiplicação seja inferior a 10% do faturamento total do infrator, no ano anterior à decisão condenatória, é o resultado da multiplicação que passará a ser considerado como limite máximo da multa. Porém, caso a aplicação do multiplicador resulte num valor evidentemente baixo, face ao potencial de ganho e dano do caso, tal valor poderá excepcionalmente ser excedido. Definido o escopo da multa, a autoridade passa, finalmente, à **definição de seu valor**, por meio da ponderação de circunstâncias agravantes e atenuantes relativas tanto ao infrator (*e.g.*, se há reincidência), quanto à infração (*e.g.*, se o ilícito é um cartel *hardcore*).

2.4.1.2. Outras sanções

De acordo com a lei de defesa da concorrência alemã, além de impor multas aos agentes condenados por ilícitos antitruste, o BKA pode determinar a cessação da conduta e exigir que as partes tomem todas as medidas comportamentais ou estruturais necessárias para pôr termo à infração identificada. No entanto, as medidas estruturais têm de ser proporcionais à violação cometida e só podem ser impostas se não existir uma medida comportamental que seja igualmente eficaz ou se a solução comportamental implicar um encargo maior para as empresas em causa do que as medidas estruturais (§ 32, 1 e 2). Apesar desta previsão, a aplicação de medidas estruturais a casos de conduta mantém-se como uma possibilidade teórica, não tendo ocorrido até o momento (Apel *et al.*, 2019).

Soma-se às medidas acima descritas, a prerrogativa, estipulada na lei antitruste alemã, das autoridades públicas contratantes de excluírem agentes de seus processos licitatórios, se houver indícios suficientes de que eles participaram de acordos que tinham como propósito ou efeito evitar, restringir ou distorcer a concorrência (Alemanha, GWB, §124, 1, 4).

2.4.2. Aplicação de sanções a indivíduos

Na Alemanha, os indivíduos que cometem ilícitos concorrenciais estão sujeitos à aplicação de sanções pecuniárias na esfera administrativa e, em casos de cartéis à licitação, às penas cabíveis na esfera criminal. Apesar de historicamente o *enforcement* antitruste residir na aplicação de sanções a empresas¹³¹, a imposição de sanções aos indivíduos pelos ilícitos em questão não é incipiente no país (Koenig, 2018)¹³².

¹³¹ Vide, por exemplo, a manifestação da Alemanha em debate na OCDE, em 2003, sobre a aplicação de sanções a pessoas físicas em casos de cartel: “Germany explained that administrative fines can be imposed on individuals in cartel cases, but that those sanctions were not very effective because corporations typically would pay fines imposed on individuals” (2003a: 111)

¹³² O autor apresenta alguns números referentes à imposição de sanções a indivíduos, relacionadas a ilícitos concorrenciais, nas esferas administrativa e penal: “[t]he Bundeskartellamt claims to make widespread use of the possibility to fine individuals in addition to the responsible undertakings. Between 2008 and 2016, the authority fined managers and other representatives in 333 cases. The lowest fine imposed was EUR 500, the highest fine was EUR 800,000. The total amount of all fines imposed on individuals in the aforementioned timeframe was EUR 24.4 million. To name just one prominent example, in 2013/14, the Bundeskartellamt fined 14 individuals a total amount of approximately EUR 3.6 million for having participated in a beer breweries cartel. (...) Bid rigging is relatively infrequent compared to many other crimes, but it plays a significant role in German competition law enforcement. Crime statistics compiled by the German federal police report 77 clear-cut cases in 2016 and 94 such cases in 2015. It must, however, be noted that these numbers reflect cases as they were passed on from police authorities to public prosecutors. Thus, they should not be equated with actual convictions. Yet, a survey conducted by Florian

2.4.2.1. Sanções administrativas

O BKA também possui competência para aplicar **sanções pecuniárias a pessoas físicas** envolvidas em violações à concorrência. Estas sanções podem chegar a até € 1.000.000 (um milhão) (Alemanha, GWB, § 81,4, 1) e devem levar em conta a **remuneração auferida** pelo indivíduo (Mäger *et al.*, 2019).

A responsabilização, nestes casos, é restrita às **pessoas físicas que desempenhavam funções de representação da entidade** infratora (*e.g.*, diretores, gestores sêniores). Por outro lado, cabe ressaltar que tais indivíduos podem ser responsabilizados também nos casos em que a prática ilícita tiver sido realizada por funcionários do baixo-escalão, em razão do **descumprimento de seu dever de fiscalizar** estes últimos (Schnelle *et al.*, 2019).

2.4.2.2. Sanções penais

Embora a prática de cartel não configure, por si só, um ilícito criminal, indivíduos podem ser processados penalmente por participar de **cartel em licitação**, estando sujeitos à **pena de prisão** de até cinco anos ou à aplicação de uma **multa penal** (Alemanha, StGB, § 268). Adicionalmente, segundo a Suprema Corte alemã, a depender das características do caso concreto, cartéis em licitação podem ser enquadrados como uma **espécie de fraude** (Stöcker, 2019), ensejando a aplicação de penas ainda mais severas (de 6 a 10 anos de prisão), se o delito for considerado especialmente grave (Alemanha, StGB, § 263).

2.4.3. Aspectos relevantes para a aplicação de sanções

2.4.3.1. Colaboração com as autoridades

O programa de **leniência** alemão oferece **imunidade total** ao infrator, pessoa física ou não¹³³, que for o primeiro a reportar um cartel desconhecido ao BKA e fornecer-lhe informações suficientes para que a autoridade, com o início da investigação, promova uma ação de busca e apreensão nas dependências das demais participantes do ilícito. Por outro lado, caso o BKA já tenha conhecimento da violação e disponha das informações necessárias

Wagner-von Papp counts 297 convictions and 42 suspended prison sentences between 1998 and 2013, only referring to cases in which bid-rigging was the most serious offence” (Koenig, 2018: 6-7).

¹³³ Espera-se que as entidades, ao aderir ao programa de leniência, incentivem seus membros a cooperar com a autoridade. Pessoas físicas não estarão sujeitos à aplicação de multas individuais, caso a entidade cooperar imediata e irrestritamente com o BKA e, junto de seus funcionários, contribuir para a revelação do cartel (Stöcker, 2019).

para realizar a busca e apreensão, a requerente do acordo deve apresentar evidências que permitam a comprovação do cartel. De todo modo, a requerente deve cooperar continua e integralmente com a autoridade e fornecer-lhe todas as evidências que possuir a respeito da prática. Ademais, não podem se beneficiar da imunidade total empresas que tiverem sido líderes do cartel ou que tiverem coagido outros agentes a participar do ilícito (BKA, 2006).

Empresas que não se qualificarem para receber a imunidade total podem, ainda, ser contempladas pela **redução da multa**, dada aos agentes que, além de colaborar continua e integralmente com o BKA, fornecerem-lhe **provas cujo valor incremental seja significativo** face às evidências de que a autoridade já dispõe sobre o cartel. Nestes casos, a redução da multa pode ser de até 50% (cinquenta por cento), a depender da **importância da contribuição** feita pelo infrator e do **lugar que ele ocupar na sequência** de propostas de colaboração (BKA, 2006). A partir destes elementos a autoridade decidirá a redução cabível ao caso e a aplicará à multa apurada com base em seu guia. Observa-se que, nessas hipóteses, **o BKA também pode reconhecer a colaboração como um fator atenuante** de pena, antes mesmo de aplicar a redução relativa ao programa de leniência (Olrik, 2014: 4).

Além da imunidade total e das reduções de multa previstas no programa de leniência alemão, existe ainda a possibilidade de o valor da multa por infrações à concorrência (seja por condutas horizontais ou verticais) ser **minorado em até 10%, por meio de acordo (*settlement*)**. Para tanto, o infrator (entidade ou indivíduo) deve assumir a autoria do ilícito, aceitar o valor da multa proposto pelo BKA, renunciar ao acesso integral aos autos e reconhecer o encerramento do processo através de uma decisão simplificada da autoridade. Tal acordo pode ser **celebrado em qualquer momento após a análise do BKA das evidências** envolvendo o caso, **respeitado o prazo concedido pela autoridade** para a parte se manifestar sobre seu interesse em firmar um acordo (Olrik, 2014: 4).

Assim como no caso europeu, as **reduções** baseadas no programa de **leniência** e aquelas relativas à celebração de ***settlement*** prestam-se a objetivos diferentes (conforme se depreende das diferentes condições para que sejam concedidas), possuem caráter distinto e **podem ser cumuladas** (Schnelle *et al.*, 2019).

Por fim, as partes acusadas de incorrer em ilícitos concorrenciais podem, ainda, firmar compromisso com o BKA (***commitment decision***). Nessa hipótese, a autoridade não emite uma decisão sobre a ocorrência da infração, ao passo que a compromissária, em contrapartida, se

compromete a tomar as medidas necessárias para endereçar as preocupações concorrenciais identificadas pelo BKA (Alemanha, GWB, §32b). Embora não haja uma restrição legal acerca do tipo de conduta a que se aplicam estes compromissos, o BKA se mostra relutante a firmá-los nas situações em que considera adequada a aplicação de multa, como nos casos de cartel (Mäger *et al.*, 2019).

2.4.3.2. Ações de indenização

O *enforcement* das normas antitruste na Alemanha também conta com ações indenizatórias na esfera civil¹³⁴. Tais ações têm amparo na lei de defesa da concorrência do país, a qual prevê o direito das partes lesadas por infrações deste tipo – seja de cartel ou de abuso de posição dominante – de buscar reparação (Alemanha, GWB, §33) e estabelece que decisões condenatórias do BKA, da Comissão Europeia e de qualquer outra autoridade concorrencial de um Estado-membro da UE vinculam as cortes nacionais quanto à ocorrência do ilícito (Alemanha, GWB, §33b).

Conforme mencionado anteriormente, o dano considerado pelo BKA ao determinar a multa aplicável ao autor de uma infração concorrencial não se confunde com o dano sofrido pelo mercado afetado, tampouco com o prejuízo de eventuais agentes individualmente considerados. Por outro lado, em casos de cartel, também quanto à demonstração do dano, a lei concorrencial facilitou o recurso a ações indenizatórias, na medida em que estabeleceu uma presunção relativa de que estas práticas causam danos. Nesses casos, portanto, basta que a parte que pleiteia a indenização demonstre que foi afetada pelo ilícito e quantifique os danos sofridos, nos termos do Código Civil alemão. Para tanto, os requerentes contam ainda com a possibilidade de reivindicar dos agentes que participaram da infração – com exceção de eventuais signatários de acordos de colaboração (imunidade ou redução de pena) – as provas necessárias para fundamentar sua ação de reparação (Alemanha, GWB, §33g).

Diante destas previsões legais, ações de indenização por agentes privados têm ganhado vulto nos últimos anos. Embora muito deste aumento esteja relacionado a casos de cartel envolvendo decisão condenatória prévia por uma autoridade concorrencial, na esteira deste

¹³⁴ Nos termos do disposto no Código Civil alemão: “(1) A person who is liable in damages must restore the position that would exist if the circumstance obliging him to pay damages had not occurred. (2) Where damages are payable for injury to a person or damage to a thing, the obligee may demand the required monetary amount in lieu of restoration. When a thing is damaged, the monetary amount required under sentence 1 only includes value-added tax if and to the extent that it is actually incurred” (Alemanha, BGB, seção 249).

movimento, ações privadas referentes a abuso de posição dominante estão crescendo na Alemanha (Apel *et al.*, 2019).

APLICAÇÃO DE SANÇÕES POR ILÍCITOS ANTITRUSTE NA ALEMANHA

		Entidades (<i>undertakings</i>)	Indivíduos
Limites legais da multa	Pena máxima	10% do faturamento total da entidade, no ano anterior à decisão condenatória. Nos casos de infrações cometidas por negligência, o limite máximo da multa aplicável é de 5% do faturamento total	€ 1 milhão
	Pena mínima	€ 5 mil	€ 5 mil
Cálculo da multa	Base de cálculo	Potencial de ganho e dano do caso, o qual a autoridade pressupõe ser equivalente a 10% do faturamento obtido com o ilícito (faturamento doméstico da entidade, obtido com a venda de bens ou serviços afetados pela violação antitruste, durante sua duração)	Definição da multa deve considerar remuneração do indivíduo
	Mercado considerado	Faturamento doméstico da entidade, obtido com a venda de bens ou serviços afetados pela violação antitruste, durante sua duração	–
	Critério temporal considerado	Período durante o qual o infrator participou da conduta	–
	Incidência de alíquota	O percentual a ser aplicado sobre o faturamento obtido com o ilícito, com vistas a determinar o potencial de ganho e dano, é de 10%	–
	Modulação da multa	O montante referente ao potencial de ganho e dano pressuposto é multiplicado por fator correspondente ao tamanho da empresa (baseado no faturamento total no ano anterior à decisão). Valor resultante da multiplicação é contraposto ao limite máximo da multa (10% do faturamento total no ano anterior à decisão) e escopo da multa é eventualmente ajustado, para considerar nível acima do qual sanção não seria adequada. Determinação do valor da multa se dá dentro do escopo identificado, por meio da ponderação de circunstâncias agravantes e atenuantes relativas tanto ao infrator, quanto à infração	Definição da multa deve considerar remuneração do indivíduo

Vinculação entre a pena da organização e do indivíduo		Não	
Consideração da vantagem auferida		Não necessariamente. Por meio de <i>proxies</i> , BKA considera potencial de ganho e dano relacionado a conduta, elemento distinto tanto dos prejuízos dos agentes afetados, quanto dos lucros ilícitos decorrentes da infração. Mas BKA pode retirar do infrator benefícios econômicos relacionados ao ilícito	–
Proibição de participar de licitação		Não há	–
Aplicação de medidas estruturais		Embora previstas legalmente, não há registro de utilização destas medidas	–
Pena de prisão		–	De até 5 anos em casos de cartel em licitação. De 6 meses a 10 anos em casos de cartel configurados como fraude grave
Proibição do indivíduo de atuar como administrador de empresa		–	Não há
Colaboração	Acordos de leniência	Possibilidade de celebração de acordo de leniência total (não-aplicação de multa) ou de acordo para redução de multa (montante da redução definido com base na importância da contribuição e na ordem de qualificação dos agentes que pleiteiam o benefício)	
	<i>Settlements</i>	O infrator que assumir a autoria do ilícito, aceitar o valor da multa proposto pelo BKA, abrir mão do acesso integral aos autos e reconhecer o encerramento do processo através de uma decisão simplificada da autoridade pode receber redução de até 10% da multa	

Fonte: elaboração da autora

2.5. Japão

A lei de defesa da concorrência japonesa (*Antimonopoly Act - AMA*) define **três categorias de ilícitos concorrenciais**: i) **restrições não razoáveis ao comércio**; ii) **monopolização privada** (subdividida em monopolização para controle e monopolização exclusionária) e iii) **práticas desleais de comércio**. As primeiras são sancionáveis tanto administrativa quanto penalmente e são definidas como as práticas pelas quais qualquer empresa, por contrato, acordo ou qualquer outro meio, em conjunto com outras empresas, restringe ou conduz atividades comerciais de maneira a fixar, manter ou aumentar preços ou limitar a produção, tecnologia, produtos, ou outras variáveis competitivas, e que tenham por efeito uma restrição substancial à concorrência¹³⁵. Cartéis para a fixação de preço e divisão de mercado, inclusive cartéis a licitações, são exemplos de condutas tipificadas como restrições não razoáveis ao comércio. Da mesma forma, a monopolização privada – definida como a prática pela qual uma ou mais empresas excluem¹³⁶ ou controlam a atividade econômica de outras empresas¹³⁷, de modo a restringir a concorrência¹³⁸ – pode ser punida nas esferas administrativa e penal. Já as práticas desleais de comércio – listadas no AMA¹³⁹ – estão sujeitas apenas a sanções administrativas.

¹³⁵ Nos termos do AMA: “[t]he term ‘unreasonable restraint of trade’ as used in this Act means such business activities, by which any enterprise, by contract, agreement or any other means irrespective of its name, in concert with other enterprises, mutually restrict or conduct their business activities in such a manner as to fix, maintain or increase prices, or to limit production, technology, products, facilities or counterparties, thereby causing, contrary to the public interest, a substantial restraint of competition in any particular field of trade” (art. 2, §6).

¹³⁶ De acordo com a OCDE, práticas de monopolização exclusionária referem-se a condutas de diversos tipos que têm por efeito dificultar a atividade de outras empresas ou impor barreiras à entrada de novos agentes num dado mercado (2018: 90). O guia japonês sobre práticas de monopolização exclusionária, por sua vez, prevê quatro condutas exclusionária típicas: precificação abaixo do custo; acordos de exclusividade; venda casada e recusa de contratar ou tratamento discriminatório. Conforme reconhecido pelo próprio guia, algumas condutas exclusionárias coincidem com a descrição de certas práticas desleais de comércio estabelecidas no AMA (JFTC, 2009).

¹³⁷ De acordo com a OCDE, práticas de monopolização para controle referem-se a condutas pelas quais uma empresa retira a liberdade de outra para decidir sobre sua atividade econômica, forçando-a ou induzindo-a a obedecer a este controle exógeno (2018: 90).

¹³⁸ Nos termos do AMA: “[t]he term “private monopolization” as used in this Act means such business activities, by which any enterprise, individually or by combination, in conspiracy with other enterprises, or by any other manner, excludes or controls the business activities of other enterprises, thereby causing, contrary to the public interest, a substantial restraint of competition in any particular field of trade” (art. 2, §5).

¹³⁹ Ao invés de receber uma definição genérica, as práticas desleais de comércio são elencadas no §9, art. 2, do AMA: “[t]he term “unfair trade practices” as used in this Act means an act falling under any of the following items: (i) engaging, without justifiable grounds, in any of the following acts, in concert with a competitor: (a) refusing to supply to a certain enterprise or restricting the quantity or substance of goods or services supplied to a certain enterprise; (b) causing another enterprise to refuse to supply a certain enterprise, or to restrict the quantity or substance of goods or services supplied to a certain enterprise; (ii) unjustly and continually supplying goods or services at a price applied differentially between regions or between parties, thereby tending to cause difficulties to the business activities of other enterprise

Na esfera **administrativa**, cabe ao *Japan Fair Trade Commission* (JFTC) investigar violações à concorrência e aplicar sanções às **empresas** infratoras. Já na esfera **penal**, tanto **empresas** quanto **indivíduos** estão sujeitos à imposição de penas após a tramitação de procedimento criminal próprio, que, embora conduzido e decidido por autoridades judiciais, depende de apresentação de denúncia pelo JFTC (AMA, art. 96). O JFTC, porém, tem como política o recurso à esfera criminal apenas quando as medidas administrativas forem consideradas insuficientes para cumprir seu objetivo, como nos casos de violações graves ou de reincidência dos agentes (OCDE, 2018: 89). Em linha com essa abordagem, especialistas notam que, embora sanções criminais tenham sido continuamente impostas desde 1990, desde o caso do cartel das petroleiras, de 1984, a quantidade de ações penais concorrenciais tem sido pequena (Watanabe, 2019).

Nos moldes do apresentado nas seções anteriores, abordaremos, primeiramente, as sanções aplicáveis às pessoas jurídicas e, na sequência, trataremos das penalidades a que se sujeitam as pessoas físicas que cometerem ilícitos concorrenciais. Por fim, apresentaremos outros aspectos do *enforcement* concorrencial japonês relevantes para a compreensão de seu sistema sancionatório antitruste.

(iii) without justifiable grounds, continuously supplying goods or services at a price far below the cost incurred to supply them, thereby tending to cause difficulties to the business activities of other enterprises

(iv) supplying goods to another party who purchases the relevant goods from oneself while imposing, without justifiable grounds, one of the restrictive terms listed below: (a) causing the party to maintain the selling price of the goods that one has determined, or otherwise restricting the party's free decision on selling price of the goods; (b) having the party cause an enterprise that purchases the goods from the party maintain the selling price of the goods that one has determined, or otherwise causing the party to restrict the relevant enterprise's free decision on the selling price of the goods.

(v) engaging in any act specified in one of the following by making use of one's superior bargaining position over the counterparty unjustly, in light of normal business practices: (a) causing the counterparty in continuous transactions (including a party with whom one newly intends to engage in continuous transactions; the same applies in (b) below) to purchase goods or services other than those to which the relevant transactions pertain; (b) causing the counterparty in continuous transactions to provide money, services or other economic benefits; (c) refusing to receive goods in transactions with the counterparty, causing the counterparty to take back such goods after receiving them from the counterparty, delaying payment to the counterparty or reducing the amount of payment, or otherwise establishing or changing trade terms or executing transactions in a way disadvantageous to the counterparty

(vi) any act falling under any of the following items, which tends to impede fair competition and which is designated by the Fair Trade Commission, other than the acts listed in the preceding items: (a) unjustly treating other enterprise in a discriminatory manner; (b) engaging in transactions at an unjust price; (c) unjustly inducing or coercing the customers of a competitor to deal with one; (d) dealing with another party on such conditions that will unjustly restrict the business activities of the counterparty; (e) dealing with the counterparty by making use of one's superior bargaining position unjustly; (f) unjustly interfering with a transaction between an enterprise in competition with one in Japan or a corporation of which one is a shareholder or an officer and another transaction counterparty; or, if such enterprise is a corporation, unjustly inducing, instigating or coercing a shareholder or officer of such corporation to act against the corporation's interests".

2.5.1. Aplicação de sanções a empresas

Conforme observado, as empresas que infringem as normas concorrenciais japonesas podem ser punidas administrativa e penalmente. No primeiro caso, a depender do tipo de ilícito praticado, o JFTC pode aplicar i) sanções de cunho pecuniário (*surcharge payment orders*); ii) ordens de cessação da conduta (*cease and desist orders*); e iii) ordens para a adoção de qualquer medida que seja considerada necessária para eliminar a violação concorrencial verificada (OCDE, 2016f). Na esfera penal, por sua vez, as empresas estão sujeitas à imposição de multas penais.

A seguir, trataremos das sanções pecuniárias nas searas administrativa e penal, para, num segundo momento, endereçarmos as demais formas de sanção aplicáveis às empresas.

2.5.1.1. Multa

2.5.1.1.1. Multa administrativa

O cálculo das sanções de cunho pecuniário (*surcharge payment orders*) impostas pelo JFTC baseia-se nas determinações constantes na lei de defesa de concorrência japonesa (*Antimonopoly Act - AMA*), não tendo sido elaborado um guia para esse propósito. Não obstante, as previsões da norma em questão são bastante específicas, excluindo sobremaneira a discricionariedade da autoridade quanto às hipóteses em que estas penalidades devem ser aplicadas, à forma de calculá-las e à quantia que deve ser cobrada (OCDE, 2016f: 3).

O AMA estipula um processo de aplicação de **multa administrativa** que pode ser dividido em **quatro etapas**. A **primeira** consiste na **definição da base de cálculo** da sanção, tendo em conta o volume, em termos pecuniários, das **transações de bens ou serviços da empresa, afetadas pela prática, durante a participação** do agente na violação¹⁴⁰. O **período máximo**

¹⁴⁰ Quanto ao mercado utilizado na base de cálculo, embora possa-se dizer, de maneira geral, que o JFTC deve levar em conta as vendas de bens e serviços afetados pela conduta anticompetitiva, nota-se que o AMA faz algumas distinções sobre como este mercado deve ser considerado em cada tipo de ilícito. Assim, se nos **casos de restrições não razoáveis ao comércio** a norma restringe-se a determinar que os **“bens e serviços relevantes”** sejam considerados (art. 7-2, § 1), ao tratar de **práticas monopolísticas de controle**, o AMA estipula que os **bens e serviços relevantes são aqueles que a empresa infratora tiver fornecido para a empresa controlada** (art. 7-2, § 2). No caso de **práticas monopolísticas exclusionárias**, a lei concorrencial prevê que sejam levados em conta as **vendas de bens e serviços, pela infratora, a empresas a ela horizontal ou verticalmente relacionadas, num dado mercado, por meio da conduta ilícita** (art. 7-2, § 4). De forma semelhante, na ampla maioria das condutas enquadradas como **práticas desleais a concorrência** (recusa ou restrição de fornecimento; discriminação injusta de preços; fornecimento de bens e serviços abaixo do custo em detrimento de terceiros; e restrições verticais de preço), o AMA determina que se considere os **bens e serviços que tiverem sido fornecidos pela infratora no âmbito do ilícito** (artigos 20-2 a 20-5). Apenas nos casos de **prática desleal envolvendo abuso de poder de barganha**, a linguagem

considerado é de três anos, de modo que, se a participação na infração for superior a este limite, o JFTC se baseará no volume de transações da empresa nos três anos anteriores à data em que tal participação for interrompida. Também cabe destacar que, caso o valor das transações em questão seja inferior à JP¥ 1 milhão (um milhão de ienes), a autoridade pode não proceder à imposição de multa (AMA, art. 7-2, §§ 1 e 4 e arts. 20-2 a 20-6). Da mesma forma, se o agente já tiver sido condenado ao pagamento de multa pelo mesmo caso, o JFTC pode deixar de aplicar a sanção pecuniária multa (AMA, art. 7-2, §§ 20 e 21 e arts. 20-2 a 20-6).

A **segunda etapa** da aplicação de multa envolve a **definição da taxa-base** que deve, a princípio, incidir sobre a base de cálculo anteriormente apurada. Tal taxa-base é determinada de acordo com o **tipo da conduta** praticada e o **ramo de negócio** da empresa infratora. Assim, para cada tipo de ilícito concorrencial (restrições não razoáveis ao comércio; monopolização para controle; monopolização exclusivista; e práticas desleais de comércio), o AMA prevê uma taxa-base aplicável aos casos em geral, uma taxa-base para as empresas que atuem como varejistas e uma para as empresas que atuem como atacadistas (art. 7-2, §§ 1 e 4 e arts. 20-2 a 20-6).

Nos casos de **restrições não razoáveis ao comércio**, porém, aplica-se como critério adicional a **escala das operações** das empresas, de forma que as taxas-bases podem ainda ser redefinidas e fixadas em um percentual mais baixo, se a infratora se enquadrar como empresa de médio ou pequeno porte (OCDE, 2016f: 3). Para tanto, devem ser atendidas certas condições referentes ao capital social, ao número de empregados e ao mercado de atuação da infratora (AMA, art. 7-2, § 5). Essa taxa-base reduzida contempla, por exemplo¹⁴¹,

- i) Qualquer agente que não tiver capital social superior a JP¥ 300 milhões (trezentos milhões de ienes) e qualquer agente cujo número de empregados

empregada pela legislação japonesa muda, indicando que sejam levados em conta os **bens serviços vendidos à contraparte da transação** (art. 20-6).

¹⁴¹ De acordo com o AMA, também fazem jus à taxa-base reduzida os seguintes agentes: i) “any company whose amount of stated capital or total amount of contribution is not more than the amount provided by Cabinet Order for each of its business types and any company or individual whose number of regular employees is not more than the number provided by Cabinet Order for each of its business types, which operates as its principal business, business belonging to any of the business types provided by Cabinet Order” (art. 7-2, § 5, v); e ii) “cooperative partnerships and other partnerships established pursuant to special Acts with the principal purpose of company in business (including federation of partnerships), any partnership which has a scale comparable to the scale provided in each of the preceding items for the individual business type in the preceding items as provided by Cabinet Order” (art. 7-2, § 5, vi).

regulares não for superior a trezentos, se sua atividade principal for de manufatura, construção, transporte ou outros negócios (excluídos os tipos de negócios listados nos itens a seguir) (AMA, art. 7-2, § 5, i).

- ii) Qualquer agente que não tiver capital social superior a JP¥ 100 milhões (cem milhões de ienes) e qualquer agente cujo número de empregados regulares não for superior a cem, se, em seu principal negócio, atuar como atacadista (AMA, art. 7-2, § 5, ii).
- iii) Qualquer agente que não tiver capital social superior a JP¥ 50 milhões (cinquenta milhões de ienes) e qualquer agente cujo número de empregados regulares não for superior a cem, se seu principal negócio for no mercado de serviços (AMA, art. 7-2, § 5, iii).
- iv) Qualquer agente que não tiver capital social superior JP¥ 50 milhões (cinquenta milhões de ienes) e qualquer agente cujo número de empregados regulares não for superior a cinquenta, se, em seu principal negócio, atuar como varejista (AMA, art. 7-2, § 5, iv).

Uma vez definida a taxa-base, o JFTC deve proceder a seu ajuste, o qual é realizado de acordo com o tipo do ilícito cometido. Destaca-se que essa **terceira etapa de ajuste da taxa** que incidirá sobre a base de cálculo destina-se apenas aos casos de restrições não razoáveis ao comércio e aos de monopolização privada. O AMA não prevê a majoração ou redução das taxas bases aplicadas às práticas desleais de comércio. De fato, tais condutas sequer estão, a princípio, sujeitas a sanções pecuniárias, cabendo ao JFTC aplicá-las apenas nos casos em que se constatar que a infratora é reincidente (OCDE, 2016f: 3). Nesse sentido, pode-se dizer que, em casos de práticas desleais de comércio, a própria aplicação de sanção pecuniária constitui uma forma de agravar a penalidade imposta ao agente, em virtude de circunstâncias específicas ao caso concreto (reincidência).

As **condutas de monopolização privada**, sejam elas de controle ou exclusionárias, estão sujeitas à aplicação de **circunstância agravante**. Notadamente, suas taxas bases podem ser majoradas se a empresa já tiver sido **condenada por outra infração** à concorrência, nos dez anos que antecederam à decisão condenatória em questão (AMA, art. 7-2, § 7).

A prática de **restrição não razoável ao comércio**, por sua vez, é a conduta cuja taxa-base está sujeita a um maior número de modificações decorrentes das características do caso concreto. Primeiramente, a lei prevê que tal taxa pode ser **minorada** se o agente tiver **cessado a conduta**, contanto que sua **participação** no ilícito tiver sido **inferior a dois anos** e **nenhuma hipótese agravante** restar configurada¹⁴² (AMA, art. 7-2, § 6). Por outro lado, assim como nos casos de monopolização privada, a taxa-base aplicada às restrições não razoáveis ao comércio pode ser **umentada** se verificada a **reincidência** da empresa infratora (AMA, art. 7-2, § 7). Também são circunstâncias agravantes o fato de o agente ter desempenhado um **papel central no ilícito** (e.g., empresa tiver sido líder, organizadora ou instigadora de um cartel), bem como o fato de o agente ter, individualmente ou em conluio com outros, continuamente **fixado o preço, o volume ou o mercado** de atuação de outras empresas (AMA, art. 7-2, § 8)¹⁴³. Ademais, caso verificada uma destas duas últimas hipóteses e a reincidência do agente, a taxa aplicada à base de cálculo deve ser dobrada pelo JFTC (AMA, art. 7-2, § 9).

Quanto à definição da taxa que deve ser empregada na aplicação de sanção pecuniária de cunho administrativo, deve-se destacar, ainda, que, diferentemente do que ocorre em muitas jurisdições, a lei concorrencial japonesa não trabalha com escalas dentro das quais caberia à autoridade antitruste decidir o percentual que se ajustaria ao caso concreto. Ao estabelecer as taxas bases conforme os critérios acima indicados e ao prever seus ajustes de acordo com a circunstância atenuante ou os fatores agravantes elencados, o AMA estipula percentuais fixos para cada hipótese, como demonstra a tabela a seguir.

¹⁴² As circunstâncias agravantes são aquelas descritas nos §§ 7, 8 e 9 do art. 7-2 do AMA.

¹⁴³ Nos termos do AMA, estão sujeitos à majoração da sanção, os seguintes agentes: “(i) a person that planned to engage in a violation and required, requested or instigated another enterprise to engage in, or not to discontinue, a violation, either individually or in concert with others, thereby causing the other enterprise to engage in, or not to discontinue, a violation; (ii) a person that has, at the request of another enterprise, designated a price, supply volume, purchase volume, market share or transaction counterparty in relation to the goods or services involved in the violation, continuously to other enterprise, either individually or in concert with others; (iii) a person that has committed any of the following acts to materially facilitate the relevant violation, either individually or in concert with others, in addition to the person listed in the preceding two items: (a) requiring, requesting or instigating another enterprise to perform, or not to discontinue, the relevant violation; (b) designating price, supply volume, purchase volume, market share or a transaction counterparty to another enterprise in connection with the goods or services involved in the violation, or about business activities constituting the violation (excluding designations exclusively about one's own transactions)” (AMA, art. 7-2, § 8).

TAXAS APLICADAS PELO JFTC SOBRE A BASE DE CÁLCULO DA SANÇÃO PECUNIÁRIA

RESTRIÇÃO NÃO RAZOÁVEL AO COMÉRCIO (AMA, art. 7-2)				
	Taxa-base - §1	Taxa reduzida por § 6 (cessação da conduta)	Taxa aumentada por §7 (reincidência) ou por §8 (papel no ilícito e/ou teor da restrição)	Taxa aumentada por § 9 (cumulação de §§ 7 e 8)
Geral	10%	8%	15%	20%
Varejo	3%	2,4%	4,5%	6%
Atacado	2%	1,6%	2%	4%
PME Geral	4%	3%	6%	8%
PME Varejo	1,2%	1%	1,8%	2,4%
PME Atacado	1%	0,8%	1,5%	2%
MONOPOLIZAÇÃO PRIVADA PARA CONTROLE (AMA, art. 7-2)				
	Taxa-base - §2		Taxa aumentada por §7 (reincidência)	
Geral	10%		15%	
Varejo	3%		4,5%	
Atacado	2%		2%	
MONOPOLIZAÇÃO PRIVADA EXCLUSIVIDADE (AMA, art. 7-2)				
	Taxa-base - §4		Taxa aumentada por §7 (reincidência)	
Geral	6%		9%	
Varejo	2%		3%	
Atacado	1%		1,5%	
PRÁTICAS DESLEAIS DE COMÉRCIO EM GERAL (AMA, arts. 20-2 a 20-5)				
	Taxa única			
Geral	3 %			
Varejo	2 %			
Atacado	1 %			
PRÁTICA DESLEAL DE COMÉRCIO POR ABUSO DO PODER DE BARGANHA (AMA, arts. 20-6)				
	Taxa única de 1%			

Fonte: elaboração da autora

A **quarta e última etapa** da metodologia empregada, pelo JFTC, para estimar a sanção pecuniária se presta à **determinação de seu montante**, através da **aplicação, à base de cálculo, da taxa** cabível ao caso. Nas hipóteses de restrições não razoáveis ao comércio e de práticas de monopolização privada há, ainda, a necessidade de se considerar um aspecto adicional. Tendo em vista que tais condutas também estão sujeitas à imposição de **sanção pecuniária na esfera criminal**, o AMA prevê que, se uma multa tiver sido ou vier a ser aplicada ao mesmo caso em julgamento no JFTC, a **autoridade concorrencial deve subtrair da sanção que apurar** o valor correspondente à metade da referida multa (AMA, art. 7-2, § 19 e art. 63 § 2).

Em suma, a determinação da sanção pecuniária aplicável por ilícitos concorrenciais no Japão pode ser dividida em quatro etapas. A **primeira** se volta à **definição da base de cálculo** da sanção, tendo em conta o volume, em termos pecuniários, das **transações de bens ou serviços da empresa, afetadas pela prática, durante a participação** do agente na violação, considerado o **limite máximo de três anos**.

A **segunda** etapa consiste na **definição da taxa-base** que deve, a princípio, incidir sobre a base de cálculo apurada. Tal taxa-base é determinada de acordo com o **tipo de conduta praticada** e o **ramo de negócio** da empresa infratora (se ela é varejista ou atacadista). No caso de **restrições não razoáveis ao comércio**, a taxa-base deve considerar, ainda, a **escala das operações** da infratora, isto é, se ela se enquadra como empresa de pequeno ou médio porte.

A **terceira** etapa, de **ajuste da taxa** que incidirá sobre a base de cálculo, se presta a averiguar se estão presentes certas circunstâncias no caso concreto que possam atenuar (hipótese prevista para os casos de restrições não razoáveis ao comércio) ou agravar (hipóteses previstas tanto para os casos de restrições não razoáveis ao comércio, quanto para os de monopolização privada) a sanção.

Por fim, a **quarta etapa** consiste na **determinação do montante da sanção pecuniária**, através da **aplicação, à base de cálculo, da taxa** identificada como cabível ao caso. Ademais, nas hipóteses de restrição não razoável ao comércio, deve-se proceder à **redução da sanção pecuniária** administrativa apurada, quando, na esfera penal, uma multa tiver sido ou vier a ser aplicada ao mesmo caso sob julgamento no JFTC.

Apresentada a metodologia de determinação da sanção pecuniária pela autoridade concorrencial japonesa, cabe destacar que tal **procedimento se encontra em vias de alteração**. Em junho de 2019, a câmara alta do parlamento japonês (*House of Councillors*) aprovou uma

emenda ao AMA, com vistas a, dentre outras coisas, tornar as sanções pecuniárias mais apropriadas à natureza e à extensão das violações (JFTC, 2019a). Segundo relatado pelo JFTC, embora confira alto grau de imparcialidade às suas decisões, o sistema sancionatório existente é **demasiadamente rígido**, não permitindo que sejam considerados aspectos relevantes de uma realidade cada vez mais complexa (JFTC, 2019b). Ademais, de acordo com especialistas, a falta de discricionariedade do JFTC para modular as sanções pecuniárias para cada caso¹⁴⁴ aumenta o risco de contestação das decisões condenatórias da autoridade, sendo uma das possíveis razões pelas quais – desde quando se implementou a aplicação deste tipo de sanção a casos de monopolização privada, em 2006, até o momento atual – ainda não foram impostas sanções pecuniárias para ilícitos antitruste que não se enquadrassem como restrições não razoáveis à concorrência (Yamada *et al.*, 2019)¹⁴⁵.

Diante deste quadro, na revisão do sistema que rege a aplicação de sanções pecuniárias pelo JFTC, serão realizadas as seguintes alterações em relação à determinação da base de cálculo: i) **estender** de três para dez anos o **limite máximo do período de participação** no ilícito a ser considerado pela autoridade; ii) **estender o prazo prescricional** de cinco para sete anos; iii) introduzir dispositivos sobre a **estimativa da base de cálculo nos casos em que não houver dados** sobre o volume de transações; iv) incluir na base de cálculo **elementos referentes aos lucros ilícitos** relacionados à infração, tais como os ganhos financeiros decorrentes do não fornecimento de bens ou serviços afetados por cartéis; e v) **ampliar a possibilidade de impor sanções às empresas que sucederem** os agentes infratores, passando a considerar também as sucessões ocorridas antes da investigação pelo JFTC (atualmente, apenas as sucessões que ocorrem após o início da investigação dão ensejo à responsabilização da empresa sucessora) (JFTC, 2019b).

Além dessas alterações, a emenda ao AMA estabelece uma série de modificações referentes à taxa incidente sobre a base de cálculo. Notadamente, a revisão das normas prevê: i) **limitar** as hipóteses de aplicação da **taxa-base reduzida** de que desfrutavam pequenas e médias empresas, restringindo tal benefício aos agentes que puderem ser substancialmente assim considerados; ii) **abolir a diferenciação** das taxas bases **por ramo de negócio**; iii) **abolir a**

¹⁴⁴ De acordo com relato do próprio JFTC à discussão, na OCDE, sobre imposição de sanções a ilícitos antitruste, “*there are some cases in which the current surcharge system sometimes makes it difficult for the JFTC to properly deal with the business activities and corporate structures that are getting globalized, diversified and complicated*” (OCDE, 2016f: 8).

¹⁴⁵ A publicação em questão data de abril de 2019.

redução da taxa em virtude de **cessação** da conduta; iv) incluir o ato de **exigir que outras empresas obstruam** as **investigações** como espécie de circunstância **agravante** relacionada ao papel desempenhado pelo agente no ilícito; e v) **reformular a aplicação da reincidência** como fator **agravante**, reduzindo seu escopo em alguns casos¹⁴⁶ e ampliando-o em outros¹⁴⁷ (JFTC, 2019b).

2.5.1.1.2. Multa penal

Na esfera criminal, as empresas que realizarem restrição não razoável ao comércio ou prática de monopolização privada estão sujeitas à imposição de multas penais de até JP¥ 500 milhões (quinhentos milhões de ienes). No entanto, relatórios recentes indicam que não há precedente de persecução criminal em casos de monopolização privada, sendo improvável a penalização criminal por este tipo de conduta.

Diferentemente do que ocorre na aplicação de sanções pecuniárias na esfera administrativa, as multas penais não contam com um arcabouço detalhado sobre a metodologia a ser usada em seu cálculo, cabendo ao judiciário determinar, dentro dos limites legais, a extensão da sanção a ser aplicada no caso concreto (OCDE, 2018: 89).

Percebe-se no sistema de *enforcement* concorrencial japonês certo esforço no sentido de conciliar a aplicação das sanções pecuniárias administrativas e penais. Em primeiro lugar porque, conforme observado acima, o JFTC tem como política a apresentação de acusação, ao judiciário, por ilícitos antitruste, apenas nos casos em que as sanções administrativas forem consideradas insuficientes. Ademais, e também nos moldes do apresentado anteriormente, nos casos em que a empresa for apenada criminalmente por uma dada conduta anticompetitiva, o JFTC deve abater uma parte do valor da multa penal imposta da sanção pecuniária que aplicar (AMA, art. 7-2, § 19 e art. 63 § 2).

¹⁴⁶ *The increased calculation rate shall not be applied to the case that enterprises had committed two infringements and had ceased one before they were imposed the surcharge payment order on in relation to the other* (JFTC, 2019b: 2).

¹⁴⁷ *Application the increased calculation rate to the infringements by the enterprises whose subsidiaries have been imposed the surcharge payment order on within the past 10 years and by the enterprises which have succeeded to the business of the enterprises that violate the law within the past 10 years* (JFTC, 2019b: 2).

2.5.1.2. Outras sanções

Além das sanções pecuniárias, o JFTC pode ordenar aos infratores que cessem a conduta ou que adotem as medidas necessárias para eliminar o ilícito, tais como, por exemplo, que a empresa condenada transfira parte de seus negócios ou que divulgue as providências tomadas para pôr fim à infração.

Destaca-se que, além de serem bastante comuns em casos envolvendo restrições não razoáveis à concorrência, as **ordens de cessação da infração com obrigações acessórias de conduta** são o instrumento supremo para endereçar ilícitos de monopolização privada e práticas desleais de comércio. De fato, nestes últimos casos, conforme observado anteriormente, cabe ao JFTC empregar medidas desse tipo para remediar a violação concorrencial e seus efeitos, devendo aplicar sanções pecuniárias apenas nas hipóteses em que a empresa for reincidente (OCDE, 2016f: 3).

2.5.2. Aplicação de sanções a indivíduos: prisão, multa e outras penalidades

As pessoas físicas implicadas em restrições não razoáveis ao comércio ou em práticas de monopolização privada estão sujeitas a multas penais de até JP¥ 5.000.000 (cinco milhões de ienes) e/ou à pena de prisão por até cinco anos (AMA, art. 89). Ademais, **caso condenado à pena de prisão, o indivíduo é, ainda, de acordo com a lei societária japonesa, desqualificado para o exercício da função de administrador de empresa** (Kaeriyama *et al.*, 2019). Ainda quanto à pena de prisão, nota-se que, apesar haver condenações neste sentido, a imposição desta pena é, na prática, normalmente suspensa (Watanabe *et al.*, 2019)¹⁴⁸.

2.5.3. Aspectos relevantes para a aplicação de sanções

2.5.3.1. Colaboração com as autoridades

Conforme observado, na rígida metodologia japonesa para cálculo de sanção pecuniária, a cooperação com o JFTC não é considerada circunstância atenuante de pena. Diferentemente de grande parte das autoridades concorrenciais, o **JFTC não pode reduzir a multa aplicada às infratoras com base em sua colaboração, fora do escopo de seu programa de leniência**. Este último, assim como a metodologia de aplicação da sanção pecuniária, é regulado pelo AMA.

¹⁴⁸ Mais especificamente, Watanabe *et al.* afirmam o seguinte: “*To our knowledge, the judicial court, regarding individuals, has decided on suspended sentences where decisions involved imprisonment*” (2019).

No Japão, o acordo de leniência pode conferir imunidade total ou parcial à empresa. A **imunidade total** é dada ao infrator que, antes de iniciadas as investigações sobre a conduta em questão, tiver cessado sua participação na conduta e for o primeiro a apresentar à autoridade evidências do ilícito (AMA, art. 10). Soma-se a esse benefício o fato de o JFTC adotar a política de não apresentar acusações na esfera criminal contra o primeiro signatário de um acordo de leniência ou contra seus funcionários (OCDE, 2016f: 5).

A **leniência parcial**, por sua vez, resulta na **redução da sanção administrativa**, por meio da concessão de descontos, cujos valores são definidos **de acordo com o momento da investigação e com a ordem de qualificação dos requerentes**. Além disso, as empresas que não se qualificarem como primeiras signatárias do acordo estão sujeitas, assim como seus funcionários, à persecução penal, a qual é iniciada a critério do JFTC, a depender do grau de cooperação do agente (OCDE, 2016f: 5).

Caso a investigação do caso ainda não esteja em curso, os requerentes do acordo de leniência podem se beneficiar com reduções da sanção pecuniária, da seguinte forma, contanto que tenham cessado a prática ilícita: i) 50% (cinquenta por cento), para o segundo signatário; e ii) 30% (trinta por cento), para o terceiro, quarto e quinto signatário. Por outro lado, enquanto, para se qualificarem como segundo ou terceiro signatário, basta que as requerentes apresentem evidências da infração, para se qualificarem como quarto ou quinto beneficiário do acordo, as empresas têm de apresentar evidências referentes a fatos do ilícito que ainda não tenham sido comprovados pelo JFTC (AMA, art. 11).

Caso o ilícito já estiver sendo investigado pelo JFTC, porém, os requerentes do acordo de leniência podem receber uma redução de 30% (trinta por cento) da sanção pecuniária, se apresentarem evidências referentes a fatos do ilícito que ainda não tenham sido comprovados pelo JFTC e contanto que tenham cessado a prática ilícita desde a apresentação desse material (AMA, art. 12).

Quanto ao programa de leniência atualmente vigente, registra-se, ainda, que ele é limitado a cinco beneficiários no total, sendo que apenas três agentes podem celebrar esse acordo após o início das investigações.

Por fim, cabe ressaltar que, assim como a metodologia para cálculo das sanções pecuniárias, o **programa de leniência japonês está em vias de alteração**, com vistas a aumentar os incentivos das empresas para colaborarem com a autoridade (JFTC, 2019a). Para tanto, a

revisão deste programa prevê: i) **modificar a concessão de desconto, de modo a refletir o grau e a qualidade da colaboração** pela parte; ii) **eliminar o limite quanto ao número de signatários do acordo**, permitindo que o JFTC conceda descontos a todos que efetiva e substancialmente cooperarem com a investigação (JFTC, 2019b).

2.5.3.2. Ações de indenização

As vítimas de ilícitos concorrências podem buscar reparação através de duas vias, no Japão: i) ações indenizatórias baseadas no artigo 25 do AMA; e ii) ações indenizatórias baseadas nos preceitos do direito civil em geral (artigo 709 do Código Civil Japonês) (OCDE, 2018: 87). Tais ações, além de terem juízos competentes distintos, requerem o preenchimento de condições também diferentes. Notadamente, as ações indenizatórias baseadas no AMA pressupõem uma decisão condenatória do JFTC que seja final e vinculante, mas não exigem, por outro lado, que a parte requerente comprove a culpa do agente acusado (AMA, art. 26), aplicando-se a responsabilização objetiva. As ações baseadas nos dispositivos do Código Civil, por sua vez, são independentes de qualquer outra decisão prévia. No entanto, nestes casos, vigora a responsabilização subjetiva, cabendo à requerente provar o dolo ou a culpa do réu ao cometer o ilícito (OCDE, 2018: 87).

Embora no Japão o *enforcement* privado não possa ser considerado um pilar central da defesa da concorrência (como é nos Estados Unidos, por exemplo) (Watanabe *et al.*, 2019), até 2018 o JFTC contabilizou que mais de 90 (noventa) ações indenizatórias baseadas no art. 25 do AMA haviam sido ajuizadas no País (OCDE, 2018).

APLICAÇÃO DE SANÇÕES POR ILÍCITOS ANTITRUSTE NO JAPÃO

		Empresas	Indivíduos
Limites legais da multa	Pena máxima	Não há previsão de sanção pecuniária máxima na esfera administrativa. Já a multa penal pode ser de até JP¥ 500 milhões	JP¥ 500 milhões
	Pena mínima	Não há	Não há
Cálculo da multa administrativa (não há metodologia definida para a multa penal)	Base de cálculo	Na esfera administrativa, trata-se do volume, em termos pecuniários, das transações de bens ou serviços da empresa, afetadas pela prática, durante a participação do agente na violação, considerado o limite máximo de três anos	-
	Mercado considerado	Na esfera administrativa, são as transações de bens ou serviços da empresa, afetadas pela prática, durante a participação do agente na violação	-
	Critério temporal considerado	Na esfera administrativa, considera-se o período durante o qual o infrator participou da conduta, tendo em vista o limite máximo de três anos	-
	Incidência de alíquota	Na esfera administrativa, as taxas bases são definidas de acordo com o tipo da conduta praticada e o ramo de negócio da empresa infratora. Nos casos de restrições não razoáveis ao comércio, considera-se também a escala de operações da empresa. Estas taxas podem ser reduzidas (nos casos de restrições não razoáveis ao comércio) ou agravadas (nos casos de restrições não razoáveis ao comércio e de monopolização privada), conforme as circunstâncias do caso concreto	-
	Modulação da multa	Nas hipóteses de restrições não razoáveis ao comércio, as taxas incidentes sobre a base de cálculo podem ser reduzidas, caso verificada a cessão da conduta, a participação na infração for inferior a dois anos e não houver qualquer fator agravante. Tais taxas podem ser agravadas se	-

		o agente for reincidente, tiver desempenhado papel central na infração e tiver continuamente fixado o preço, o volume ou o mercado de atuação de outras empresas. Nas hipóteses de monopolização privada, as taxas incidentes sobre a base de cálculo podem ser agravadas se verificada a reincidência do agente	
Vinculação entre a pena da organização e do indivíduo	Não		
Consideração da vantagem auferida	Não		–
Proibição de participar de licitação	Não há		–
Aplicação de medidas estruturais	Embora previstas legalmente, não há registro de utilização destas medidas		–
Pena de prisão	–		Até 5 anos
Proibição do indivíduo de atuar como administrador de empresa	–		O indivíduo condenado à pena de prisão é desqualificado para o exercício da função de administrador de empresa (lei societária japonesa)
Colaboração	Acordos de leniência	Possibilidade de celebração de acordo de leniência total (não-aplicação de multa) ou de acordo para redução de multa (montante da redução definido com base no momento do processo administrativo – <i>i.e.</i> , se antes ou depois do início da investigação – e na ordem de qualificação dos agentes que pleiteiam o benefício)	
	<i>Settlements</i>	Não há	

Fonte: elaboração da autora

2.6. Coreia

Na República da Coreia, a defesa da concorrência é atribuição da *Korea Fair Trade Commission* – *KFTC*, órgão administrativo com poderes de aplicação do *Monopoly Regulation and Fair Trade Act* – *MRFTA* (última emenda em 2016), a lei de concorrência sul-coreana.

O MRFTA (Coreia, 2016a) prevê como proibições, cuja prática é considerada violação anticoncorrencial: i) abuso de posição dominante no mercado (cap. II); ii) atos colaborativos desleais (cap. IV), *i.e.*, acordos anticoncorrenciais, incluindo a prática de cartel; iii) práticas comerciais desleais (cap. V), *i.e.*, práticas de exclusão de concorrentes, imposição de condições desleais para comércio etc.

As condutas proibidas pelo MRFTA são passíveis de punição com sanções administrativas – remédios comportamentais/estruturais (*corrective orders*) e multa – e, também, com sanções criminais – prisão e multa, abrangendo organizações e indivíduos (OECD, 2016).

A seguir, serão apresentados os processos de dosimetria de sanções administrativas e criminais por violações anticoncorrenciais a organizações e a indivíduos na República da Coreia. Em seguida, serão apresentados aspectos relevantes para a aplicação de sanções na jurisdição sul-coreana, nomeadamente, colaboração com autoridades e ações de indenização por danos antitruste. Na Coreia, **não há previsão de sanção de desqualificação de indivíduos para exercer cargo de diretor, razão pela qual a seção correspondente será omitida neste capítulo.**

2.6.1. Aplicação de sanções a organizações

2.6.1.1 Multa

Na Coreia, as multas administrativas por violações à lei de concorrência podem ter, em linhas gerais, caráter tanto de sanções administrativas quanto de recuperação de lucros indevidos (OECD, 2016). As multas aplicáveis estão previstas no MRFTA e sua metodologia de cálculo estão estabelecidas na *Public notice of detailed guidelines for imposing administrative monetary penalties*, em conformidade com as emendas realizadas até 2017 (Coreia, 2017).

O processo de determinação de multas administrativas pela KFTC é dividido em **três etapas**: i) definição do critério de cálculo por tipo de violação e cálculo da multa-base; ii) 1º e 2º ajustes, respectivamente, pela duração da violação e por fatores agravantes e atenuantes; iii) definição do montante final da multa, com possível redução da multa para adequação da sanção (OECD, 2016, §5).

Na **primeira etapa**, a KFTC **define o critério de cálculo** da multa **por tipo de violação**, devendo avaliar aspectos como o conteúdo e a extensão da violação, e a situação do mercado. Alguns fatores que ensejam, por princípio, imposição de sanções pecuniárias são: i) grande prejuízo à livre e justa concorrência; ii) grande influência sobre os consumidores; iii) geração de lucros indevidos (OECD, 2016). As violações podem ser divididas em **três graus de gravidade**: i) violações menos severas; ii) violações severas; iii) violações muito severas. **O tipo de violação e sua gravidade indicarão a taxa-base (alíquota) a ser aplicada para cálculo da multa-base**, de acordo com tabelas previstas para cada tipo de conduta (Coreia, 2017, II,1; IV,1).

Uma vez definido o critério de cálculo, **ainda na primeira etapa**, procede-se ao cálculo da **multa-base**, a qual corresponde à **multiplicação do faturamento relevante pela taxa-base aplicável** (Coreia, 2017, IV,1). O faturamento relevante (*related turnover*) é definido como o valor das vendas totais, líquido de impostos sobre valor adicionado e de retornos de vendas, de produtos ou serviços relevantes no setor econômico particular feitas pelo infrator durante o período da violação ou, nos casos de colusão em licitações, o valor do contrato (Coreia, 2016b, art. 9,1; OECD, 2016, §7). Na situações em que não seja possível determinar o faturamento relevante, a multa-base deverá ser determinada por meio de faixas de montante a depender do grau de severidade da violação, de acordo com tabelas previstas para cada tipo de conduta (Coreia, 2017, IV,1).

Tabelas de referência para **abuso de posição dominante** no mercado (*apud* Coreia, 2017, IV, 1A).

Grau de severidade da violação	Taxa-base
Muito severa	Pelo menos 2,3%, mas não mais que 3,0%
Severa	Pelo menos 1,5%, mas menos que 2,3%
Pouco severa	Pelo menos 0,3%, mas menos que 1,5%

Grau de severidade da violação	Montante-base (quando não for possível determinar o faturamento relevante)
Muito severa	Pelo menos KRW 800 milhões, mas não mais que KRW 1 bilhão
Severa	Pelo menos KRW 400 milhões, mas menos que KRW 800 milhões
Pouco severa	Pelo menos KRW 50 milhões, mas menos que KRW 400 milhões

Tabelas de referência para **acordos colaborativos desleais** (*apud* Coreia, 2017, IV, 1C).

Grau de severidade da violação	Taxa-base
Muito severa	Pelo menos 8,0%, mas não mais que 10,0%
	Pelo menos 7,0%, mas menos que 8,0%
Severa	Pelo menos 5,0%, mas menos que 7,0%
	Pelo menos 3,0%, mas menos que 5,0%
Pouco severa	Pelo menos 0,5%, mas menos que 3,0%

Grau de severidade da violação	Montante-base (quando não for possível determinar o faturamento relevante)
Muito severa	Pelo menos KRW 1,7 bilhão, mas menos que KRW 2,0 bilhões
	Pelo menos KRW 1,5 bilhão, mas menos que KRW 1,7 bilhão
Severa	Pelo menos KRW 1,2 bilhão, mas menos que KRW 1,5 bilhão
	Pelo menos KRW 800 milhões, mas menos que KRW 1,2 bilhão
Pouco severa	Pelo menos KRW 10 milhões, mas menos que KRW 800 milhões

Tabelas de referência para **práticas comerciais desleais** (*apud* Coreia, 2017, IV, 1D).

Grau de severidade da violação	Taxa-base
Muito severa	Pelo menos 1,6%, mas não mais que 2,0%
Severa	Pelo menos 0,8%, mas menos que 1,6%
Pouco severa	Pelo menos 0,1%, mas menos que 0,8%

Grau de severidade da violação	Montante-base (quando não for possível determinar o faturamento relevante)
Muito severa	Pelo menos KRW 400 milhões, mas menos que KRW 500 milhões
Severa	Pelo menos KRW 200 milhões, mas menos que KRW 400 milhões
Pouco severa	Pelo menos KRW 5 milhões, mas menos que KRW 200 milhões

Na **segunda etapa**, são feitos ajustes em dois momentos. No **1º Ajuste (primary adjustments)**, aumenta-se a multa-base pela duração e frequência da violação. Quanto ao ajuste **por duração**, aplicam-se os seguintes critérios: i) se a violação tiver sido de curto prazo

(menos de um ano de duração), mantém-se a multa-base calculada na primeira etapa; ii) se a violação tiver sido de médio prazo, aumenta-se a multa-base de 10 a 20% (de um a dois anos de duração) ou de 20 a 50% (de dois a três anos de duração); iii) se a violação tiver sido de longo prazo, aumenta-se a multa-base de 50 a 80% se a violação tiver durado mais de três anos (Coreia, 2017, IV, 2A).

O ajuste **por frequência**, ainda no âmbito do 1º Ajuste, deverá ser feito caso a organização tenha sido sujeitada a medidas corretivas (advertência, recomendação de correção, ordem corretiva, sanções pecuniárias, ou indiciamento) **nos últimos cinco anos**, e sua pontuação¹⁴⁹ com base no valor ponderado for de pelo menos 2,0 pontos, de acordo com os seguintes critérios: i) de 2,0 a 3,0 pontos: aumento de 10 a 20%; ii) de 3,0 a 5,0 pontos: aumento de 20 a 40%; iii) de 5,0 a 7,0 pontos: aumento de 40 a 60%; iv) 7,0 pontos ou mais: aumento de 60 a 80% (Coreia, 2017, IV, 2B).

No **2º Ajuste (secondary adjustments)**, poderá haver aumento ou redução em até 50% do montante obtido após o 1º Ajuste, com base em fatores agravantes e atenuantes, respectivamente (Coreia, 2017, IV, 3). O Guia de Imposição de Sanções Pecuniárias (Coreia, 2017) apresenta uma única hipótese de aumento de multa, a saber, em caso de retaliações promovidas pela organização violadora contra outras organizações, hipótese na qual o montante obtido na etapa anterior deverá ser aumentado em pelo menos 10%, mas em não mais que 30% (Coreia, 2017, IV, 3, B). Quanto aos fatores atenuantes, o referido Guia apresenta as seguintes hipóteses: i) não implementação ou execução de acordos ou atos colaborativos proibidos (redução de até 50%); ii) cooperação nas investigações (até 20% se a organização admite a violação durante a fase de investigação e fornece materiais úteis para determinar a violação; até 10% se a admissão da violação ocorrer depois da fase de investigação e antes da audiência da KFT; iii) correção voluntária da violações pela organização, removendo seus impactos de maneira compreensiva (de 20 a 30% se o impacto for substancialmente removido por redução de preço equivalente ao acréscimo decorrente da violação ou por recuperação de perdas; de 10 a 20% se o impacto for consideravelmente removido por redução de preço

¹⁴⁹ Valor ponderado com base na frequência de violações por tipo de medida corretiva (Coreia, 2017, II, 13).

Tipo de medida	Advertência	Recomendação de correção	Ordem corretiva	Sanções administrativas pecuniárias	Indiciamento
Pontuação	0,5	1,0	2,0	2,5	3,0

correspondente a pelo menos 50% do acréscimo decorrente da violação; até 10% se a organização envidou esforços para remover o impacto da violação, mas não obteve sucesso por razões que não podem ser a ela atribuídas (Coreia, 2017, VI, 3, C).

Finalmente, **na terceira etapa**, passa-se à definição do montante final da multa com possível redução de, no máximo, 50% sobre o montante obtido ao final do 2º Ajuste, quando este montante for considerado excessivo pela KFTC por não refletir adequadamente, por exemplo: i) a capacidade de pagamento do infrator; ii) os efeitos da violação no mercado; iii) outras condições econômicas ou de mercado; iv) a escala de lucros auferidos com a violação (OECD, 2016, §10; Coreia, 2017, IV, 4).

2.6.1.2 Outras sanções

Na jurisdição sul-coreana, há a possibilidade de imposição de **ordens corretivas** (*corrective orders*), as quais são **sanções administrativas** que geram ao infrator obrigações de fazer ou de não fazer, como, por exemplo, cessar determinada conduta, dispor de estoque, reduzir preços, bem como publicar uma ordem corretiva (OECD, 2016, §1; Coreia, 2016a).

Essas ordens corretivas estão previstas nos arts. 5, 21 e 24 do MRFTA. Nos casos de abuso de posição dominante no mercado, estão previstas, como medidas corretivas, entre outras: i) redução de preço; ii) cessação da violação; iii) publicação da ordem corretiva (Coreia, 2016a, art. 5). O art. 21 acrescenta a possibilidade de exigência de publicação de ordem de corrigir contratos, nas situações de atos colaborativos desleais, incluindo a prática de cartel (Coreia, 2016a, art. 21). Ademais, o art. 24 estabelece, adicionalmente, a possibilidade de que a KFT ordene a supressão de cláusulas de contratos que impliquem violação à proibição de práticas desleais de comércio (Coreia, 2016a, art. 24).

Em casos de **cartéis em licitações**, também é possível impor a uma empresa infratora **proibição temporária de participar de processos licitatórios públicos**, quando a referida empresa tiver cometido uma violação da lei de concorrência por participar de cartel em licitação (OECD, 2016, §22).

2.6.2. Aplicação de sanções a indivíduos

2.6.2.1 Pena de prisão

Na República da Coreia, indivíduos podem ser processados **criminalmente** por diversas condutas anticoncorrenciais proibidas, e não apenas por prática de cartel, como estabelecido nos arts. 66 e 67 do MRFTA. As práticas de abuso de posição dominante e de atos colaborativos desleais (incluindo prática de cartel) são sujeitas a pena de prisão por até três anos ou multa (Coreia, 2016a, art. 66). As práticas desleais de comércio são puníveis com até dois anos de prisão ou multa (Coreia, 2016a, art. 67).

2.6.2.2 Multa

Na jurisdição coreana, indivíduos podem ser **multados criminalmente** por violações da lei de concorrência. Condutas proibidas de abuso de posição dominante e de atos colaborativos desleais (inclusive prática de cartel) ensejam multa de até KRW 200 milhões (Coreia, 2016a, art. 66). Práticas desleais de comércio, por sua vez, admitem pena de multa de até KRW 150 milhões (Coreia, 2016a, art. 67).

2.6.3. Aspectos relevantes para a aplicação de sanções

2.6.3.1 Colaboração com as autoridades

A KFTC mantém programa de leniência que concede benefícios de imunidade total e de redução de sanções a empresas que forneçam informações e provas de prática de cartel nas quais estejam envolvidas ou prestem auxílio às investigações da autoridade. O fundamento legal para o programa de leniência sul-coreano é o art. 22-2 do MRFTA. Os critérios para concessão de benefício de imunidade ou redução estão estabelecidos no art. 35 do *Enforcement Decree* do MRFTA.

Nesse sentido, a autoridade poderá conceder **imunidade total** com relação a multas e outras sanções administrativas: i) à primeira pessoa a prover voluntariamente informações e provas de uma prática de cartel da qual a KFTC não tenha conhecimento prévio (antes de uma investigação); ou ii) à primeira pessoa que coopere durante uma investigação de cartel nos casos em que a autoridade ainda não tenha logrado obter elementos suficientes de prova sobre a conduta. Em ambas as hipóteses, o beneficiário deverá: i) colaborar totalmente com as

investigações e ii) cessar imediatamente sua participação no cartel (Coreia, 2016b, art. 35, 1-2).

A segunda empresa postulante que forneça informações adicionais sobre a prática de cartel depois de iniciadas as investigações da KFTC, poderá beneficiar-se de **redução de 50%** da multa aplicável e mitigação de outras sanções administrativas, devendo, igualmente: i) colaborar totalmente com as investigações e ii) cessar imediatamente sua participação no cartel (Coreia, 2016b, art. 35, 3).

Segundo o *Enforcement Decree*, pessoas condenadas a pagamento de multa ou outras sanções administrativas por ato colaborativo desleal, e que se enquadrem nos critérios de concessão de imunidade ou redução de sanção com relação a outro ato colaborativo desleal do qual participem, poderão receber os benefícios com relação a essa segunda violação (Coreia, 2016b, 4). Ainda de acordo com o *Enforcement Decree*, nenhuma imunidade ou redução poderão ser concedidas a violadores que tenham coagido outras pessoas a participarem de atos colaborativos desleais, bem como a violadores que tenham incorrido repetidamente em atos colaborativos desleais, posto que preencham todos os demais critérios para concessão dos benefícios (Coreia, 2016b, 5).

2.6.3.2 Ações de indenização

O MRFTA prevê a responsabilidade de empresas infratoras pelo pagamento de danos causados a terceiros por violações à lei de concorrência, exceto se tiverem agido de maneira indeliberada ou sem negligência (Coreia, 2016a, art. 56). O ordenamento jurídico sul-coreano permite, com relação a violações da lei de concorrência, apenas danos compensatórios; no entanto, de modo a fortalecer o emprego de ações civis de danos, ainda considerado muito baixo no país, tem havido discussões no sentido de estabelecer mecanismos de ações coletivas e de danos punitivos (OECD, 2016, §21).

Uma parte que tenha alegadamente sofrido danos por condutas anticoncorrenciais poderá iniciar ação civil por danos, independentemente de decisão prévia da KFTC acerca da conduta (OECD, 2016, §20). Uma vez ajuizada a ação sob o amparo do art. 56 do MRFTA, o judiciário poderá requisitar o envio de todos os autos referentes a determinada violação de que a KFTC disponha (Coreia, 2016a, art. 56-2).

O MRFTA ainda estabelece que, na hipótese de difícil mensuração do dano causado por uma violação, o judiciário poderá determinar um montante adequado com base nas características da violação, nos argumentos levantados no processo, e no conteúdo probatório existente (Coreia, 2016a, art. 57).

APLICAÇÃO DE SANÇÕES POR ILÍCITOS PENAIIS ANTITRUSTE NA COREIA

		Organizações	Indivíduos
Limites legais da multa	Pena máxima	-	KRW 200 milhões (abuso de posição dominante e atos colaborativos desleais, incluindo prática de cartel); KRW 150 milhões para práticas comerciais desleais.
	Pena mínima	-	-
Cálculo da multa	Base de cálculo	Faturamento relevante, o qual corresponde às vendas totais de produtos ou serviços relevantes no setor econômico particular feitas pelo infrator durante o período da violação.	-
	Mercado considerado	Mercado relevante de produto.	-
	Critério temporal considerado	1º Ajuste (por duração da violação): i) se a violação tiver sido de curto prazo (menos de um ano de duração), mantém-se a multa-base calculada na primeira etapa; ii) se a violação tiver sido de médio prazo, aumenta-se a multa-base de 10 a 20% (de um a dois anos de duração) ou de 20 a 50% (de dois a três anos de duração); iii) se a violação tiver sido de longo prazo, aumenta-se a multa-base de 50 a 80% se a violação tiver durado mais de três anos.	-
	Incidência de alíquota	Até 2% do faturamento relevante para práticas comerciais desleais; 3% do faturamento relevante para abuso de posição dominante; até 10% do faturamento relevante para atos colaborativos desleais (incluindo prática de cartel).	-
	Modulação da multa	1º Ajuste: até 50% de aumento sobre a multa-base, pela duração e frequência da violação. 2º Ajuste: até 50% de aumento/redução sobre o montante obtido após o 1º Ajuste, com base em fatores agravantes e atenuantes.	

		Redução de até 50% sobre o montante obtido após o 2º Ajuste, quando este montante não refletir adequadamente as circunstâncias do caso.
Vinculação entre a pena da organização e a do indivíduo		-
Consideração da vantagem auferida	Consideração indireta, já que as multas podem ter o elemento de recuperação de lucros indevidos.	
Proibição de participar de licitação	Proibição temporária de participar de processos licitatórios públicos, quando a empresa tiver cometido uma violação da lei de concorrência por participar de cartel em licitação.	-
Medidas estruturais como sanção	Ordens corretivas (<i>corrective orders</i>), as quais são sanções administrativas que geram ao infrator obrigações de fazer ou de não fazer, como, por exemplo, cessar determinada conduta, dispor de estoque, reduzir preços, bem como publicar uma ordem corretiva	-
Pena de prisão	-	Até 3 anos abuso de posição dominante e atos colaborativos desleais, incluindo prática de cartel; até 2 anos para práticas comerciais desleais
Proibição do indivíduo de atuar como administrador de empresa	-	-
Colaboração	<p>1ª empresa: provas de uma prática de cartel da qual a KFTC não tenha conhecimento prévio; colaborar totalmente com as investigações; cessar imediatamente sua participação no cartel; imunidade total com relação a multas e outras sanções administrativas, bem como à persecução criminal da conduta.</p> <p>2ª empresa: informações adicionais sobre a prática de cartel; cumpridas as demais condições; redução de 50% da multa aplicável.</p>	

Fonte: elaboração da autora

2.7. Reino Unido

No Reino Unido, a defesa da concorrência é atribuição da *Competition and Markets Authority* (CMA), autoridade administrativa, a qual atua com fundamento no *UK Competition Act 1998*¹⁵⁰ (CA98), tendo recebido poderes de *enforcement* em 2014, anteriormente exercidos pelo *Office of Fair Trade* (OFT).

A CMA pode investigar e aplicar sanções pecuniárias e outras sanções administrativas a organizações (*undertakings*)¹⁵¹ pela prática de acordos anticompetitivos (*agreements*)¹⁵² e de abuso de posição dominante¹⁵³, bem como pode iniciar ação penal contra indivíduos pela prática de crime de cartel, pelo qual indivíduos estão sujeitos às penas de prisão e/ou multa¹⁵⁴⁻
155.

¹⁵⁰ Reino Unido, 1998, CA98.

¹⁵¹O *Companies Act*, de 2006, em sua seção 1161, define “*undertakings*” nos seguintes termos: “(1) *In the Companies Acts “undertaking” means—(a) a body corporate or partnership, or (b) an unincorporated association carrying on a trade or business, with or without a view to profit*”. Neste diploma, os termos “*undertakings*”, “organizações” e “empresas” são empregados de maneira intercambiável.

¹⁵² Os acordos anticompetitivos compreendem acordos entre empresas e associações de empresas que afetem o comércio ou restrinjam a concorrência no Reino Unido, que impeçam, restrinjam ou distorçam a concorrência, a saber: i) fixando, direta ou indiretamente, preços de compra ou venda; ou qualquer outra condição de mercado; ii) limitando ou controlando produção, mercados, desenvolvimento técnico ou investimento; iii) dividindo mercados ou fontes de oferta; iv) aplicando condições diferentes a transações equivalentes com outros parceiros comerciais, colocando-os em condição de desvantagem competitiva; v) concluindo contratos sujeitos à aceitação de obrigações suplementares pelas demais partes, as quais, por sua natureza ou uso comercial, não tenha conexão com o assunto de tais acordos (CA98, Capítulo I, Seção 2, itens 1 e 2).

¹⁵³ As condutas consideradas como abuso de posição dominante pela lei antitruste britânica são aquelas praticadas por uma ou mais organizações que afetem o comércio no Reino Unido, quais sejam: i) impor, direta ou indiretamente, preços desleais de compra ou venda, ou outras condições desleais de comércio; ii) limitar produção, mercados ou desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; iii) aplicar condições diferentes a transações equivalentes com outros parceiros comerciais, colocando-os em posição de desvantagem competitiva; iv) concluir contratos sujeitos à aceitação de obrigações suplementares pelas demais partes, as quais, por sua natureza ou uso comercial, não tenha conexão com o assunto de tais acordos (CA98, Capítulo II, seção 18, itens 1 e 2).

¹⁵⁴ Assim, como as demais jurisdições que compõem a UE, o Reino Unido tem competência para investigar e julgar condutas anticompetitivas nos termos dos artigos 101 e 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). No entanto, a aplicação de regras de concorrência da União Europeia (UE) por autoridades nacionais do Reino Unido poderá sofrer alterações com a saída do Reino Unido da UE.

¹⁵⁵ São previstas **imunidades limitadas**, as quais podem ser retiradas a critério da CMA, para sanções pecuniárias relativas a pequenos acordos e a condutas de menor significância, **exceto** para violações dos artigos do TFUE e para acordos de fixação de preços (CMA73, 1.13). Conforme a *Competition Act 1998 (Small Agreements and Conduct of Minor Significance) Regulations 2000*, pequenos acordos compreendem aqueles nos quais “*the combined applicable turnover of which for the business year ending in the calendar year preceding one during which the infringement occurred does not exceed £20 million*” e condutas de menor significância são aquelas nas quais “*the applicable turnover of which for the business year ending in the calendar year preceding one during which the infringement occurred does not exceed £50 million*”.

Em mercados regulados – comunicações e matérias postais, saúde (na Inglaterra), gás, eletricidade, água e esgoto, e serviços ferroviários e de tráfego aéreo – **a competência da CMA é concorrente com a das agências reguladoras daqueles mercados.**¹⁵⁶

Na primeira subseção, abordaremos a aplicação de sanções administrativas a organizações por violações antitruste (multas e outras sanções administrativas). Na segunda subseção, trataremos da imposição de penas criminais a indivíduos por crime de prática de cartel (prisão e multa). Finalmente, consideraremos aspectos relevantes para a aplicação de sanções no Reino Unido (possibilidades de colaboração com as autoridades e ações civis de danos).

2.7.1. Aplicação de sanções a organizações

2.7.1.1 Multa

O cálculo de sanções pecuniárias para violações sob jurisdição da CMA é feito com base no “*CMA’s Guidance as to the appropriate amount of a penalty*” (CMA73), revisão mais recente, publicada em 2018, do primeiro guia sobre o tema (OFT423), de 2004. Esse cálculo está fundamentado em **dois objetivos de política pública de defesa da concorrência**, a serem perseguidos pela CMA, a saber: **i) as sanções devem refletir a gravidade da violação;** e **ii) as sanções devem dissuadir** as organizações de incorrer em novas condutas anticoncorrenciais (dissuasão específica), bem como dissuadir os não infratores de ações contrárias às proibições previstas no CA98 (dissuasão geral)¹⁵⁷.

¹⁵⁶ OECD (2016x), p.2. Essa competência concorrente é disciplinada na seção 54 e no *Schedule 10* do CA98, prevendo que o Secretário de Estado deverá propor regulações com o objetivo de coordenar a atuação dos reguladores com a CMA nesses casos. Segundo o *Regulated Industries: Guidance on concurrent application of competition law to regulated industries – CMA10*, de 2014, “*the Regulators have all the powers of the CMA to apply and enforce Article 101 and Article 102 TFEU and the CA98 in order to deal with anti-competitive agreements or abuses of a dominant position which relate to activities in relation to their respective sectors [...]*” (CMA10, 2.2), incluindo, dentre outras competências, receber denúncias, conduzir investigações (de acordo com Guia da CMA), impor sanções pecuniárias (de acordo com Guia da CMA), adotar compromissos e negociar *settlements* (CMA10, 2.3). Diante de um caso que enseje competência concorrente, a CMA e o Regulador do mercado relevante iniciarão discussões para decidir qual autoridade está mais indicada para conduzir as investigações. Para isso, deverão levar em consideração os critérios previstos nas *Competition Act 1998 (Concurrency) Regulations 2014* (CMA10, 3.25). A CMA e o Regulador poderão manter cooperação ampla, como, por exemplo, com trocas de informações e compartilhamento de pessoal técnico. A CMA poderá assumir o controle de uma investigação se isso representar aprofundamento da promoção da concorrência ou benefício para os consumidores (*e.g.* a CMA tem precedentes parecidos; os casos semelhantes em outros setores ao mesmo tempo; o Regulador não tem os recursos necessários) (CMA10, 3.26).

¹⁵⁷ Ver também CA98, seção 36, item 7A.

A decisão da CMA quanto à imposição de sanções pecuniárias a organizações e ao seu grau de severidade, **é discricionária**¹⁵⁸, devendo levar em conta, de um lado, a necessidade de punir as **violações consideradas mais sérias** – acordos de fixação de preços ou de divisão de mercados, outras práticas de cartel e abusos graves de posição dominante – e, de outro, a relevância de **observar a proporcionalidade das sanções** impostas aos infratores (CMA73, 1.3-1.7). A CMA também levará em consideração, no processo de dosimetria de sanções pecuniárias, a **colaboração de partes em denúncias de práticas de cartel** em que estejam envolvidas, no âmbito do programa de leniência.

Em regra, uma sanção pecuniária **não poderá exceder o montante de 10% do faturamento mundial do infrator** (*worldwide turnover*) (CMA73, 1.1)¹⁵⁹. Ademais, aplica-se o princípio do *non bis in idem* para violações simultâneas de proibições previstas na lei nacional do Reino Unido e nos tratados da União Europeia, não sendo o infrator punido pela mesmos efeitos de uma conduta mais de uma vez (CMA73, 1.16).

O Guia CMA73 prevê um processo de **seis passos** para o cálculo de multas, o qual pode ser sumarizado, de modo geral, em **duas grandes fases**. **A primeira fase**, que coincide com o primeiro passo, consiste no **cálculo de um “ponto de partida” (*starting point*)**, isto é, o montante-base da multa, calculado a partir de uma porcentagem que deve ser aplicada ao faturamento relevante do infrator. **A segunda fase** compreende os demais cinco passos, os quais representam **uma série de “ajustes” (*adjustments*)** no montante-base relativos a: i) duração da violação; ii) fatores agravantes e atenuantes; iii) dissuasão específica e proporcionalidade; iv) casos em que a multa máxima excede 10% do faturamento mundial do infrator; e v) leniência, descontos para *settlements* ou para programas de pagamentos voluntários de indenizações.

Na primeira fase, que corresponde ao **1º passo** previsto pelo CMA73, determina-se o “ponto de partida” da multa, isto é, seu montante-base. Para tanto, a autoridade define um

¹⁵⁸ CMA73, 1.3: “The CMA has a **discretion** to impose financial penalties [...]”, and 1.7: “It is therefore for the CMA to determine in a given case **whether or not** a financial penalty should be imposed”.

¹⁵⁹ Limite do montante final da multa, após todos os ajustes pertinentes, conforme CA98, seção 36, item 8: “No penalty fixed by the CMA under this section may exceed 10% of the turnover of the undertaking (determined in accordance with such provisions as may be specified in an order made by the Secretary of State)”. A order referida na CA98 é a *Competition Act 1998 (Determination of Turnover for Penalties) (Amendment) Order 2004*, cujas Notas Explicativas esclarecem que: “the Turnover Order, as amended by this Order, provides that where an undertaking infringes the prohibition [...] the OFT [...] may impose on an undertaking a maximum penalty of up to 10 per cent of its worldwide turnover”.

percentual de **até 30%** a ser aplicado sobre o **faturamento relevante** (*relevant turnover*) do infrator, o qual consiste no faturamento por ele obtido no **mercado do produto** e no **mercado geográfico** em conexão com a **violação**. Ademais, o faturamento considerado deve ser aquele do “último ano comercial” (*last business year*), entendido como o **ano imediatamente anterior ao da data em que a participação do agente na violação tiver cessado**.¹⁶⁰ A definição de mercado no Reino Unido segue o guia de *Market Definition* (OFT403),¹⁶¹ mas a Corte de Apelação tem jurisprudência no sentido de que **não é necessária análise formal de definição de mercado**, bastando que a autoridade de concorrência determine, de maneira razoável e ponderada, o mercado afetado pela violação (CMA73, 2.11).¹⁶²

O faturamento relevante¹⁶³ deve ser obtido, em regra, com base nas contas auditadas do infrator. Porém, a CMA pode, excepcionalmente, fazer uso de outros números que considere mais adequados para refletir a escala das atividades do infrator no mercado relevante, ou ainda levar em conta outros fatores pertinentes nos casos em que a remuneração do infrator por serviços prestados seja feita com base em comissões por venda¹⁶⁴.

A definição do **percentual** a ser aplicado sobre o faturamento relevante deve refletir a **gravidade** da infração em questão (e, em última análise, a **extensão e a possibilidade de dano real ou potencial à concorrência e aos consumidores** da conduta¹⁶⁵) e a necessidade de se

¹⁶⁰ Nos termos do CMA73: “*The relevant turnover is the turnover of the undertaking in the relevant product market and relevant geographic market affected by the infringement in the undertaking's last business year. In this context, an undertaking's last business year is the financial year preceding the date when the infringement ended*” (CMA73, 2.11).

¹⁶¹ Reino Unido, 2004, OFT403.

¹⁶² Ver recursos à Corte de Apelação no caso *Toys and Kits*.

¹⁶³ Nos casos de violação aos artigos 101 e 102 do TFUE, isto é, nos casos em que as violações tiverem efeito sobre o mercado único europeu, a CMA poderá considerar os efeitos da violação em outros Estados-membros, incluindo o faturamento nesses Estados, se o mercado geográfico relevante se estender para além do Reino Unido, e com o consentimento do Estado-membro relevante ou de sua autoridade nacional de concorrência (CMA73, 2.14).

¹⁶⁴ Nos termos do CMA73: “[t]he CMA recognises that such an exceptional approach may be appropriate where, in particular, the remuneration for services supplied is based on commission fees. When deciding whether it is appropriate to depart from its general rule of using turnover from audited accounts in this way, the CMA will consider a number of factors, in particular: (i) whether the remuneration for the services in question is decided by the seller of the services or the client, and (ii) whether the undertaking is purchasing inputs in order to supply a fresh product incorporating those inputs to its client.²⁷ Other factors such as whether a person is taking ownership of goods or services and whether the person bears risks resulting from the operation of the business in question may also be relevant. In addition, the CMA notes that specific situations for the calculation of 'turnover' may arise in the areas of credit, financial services and insurance, as is recognised in the statutory instrument which relates to the determination of the maximum penalty that the CMA may impose” (CMA73, 2.13).

¹⁶⁵ Como não há, na CMA73, menção expressa a critérios para quantificação de aspectos como o potencial de dano de uma conduta, infere-se que a consideração desse aspecto se dá, na prática, de forma indireta, no exame de gravidade da infração utilizado para a definição do percentual de “ponto de partida”.

promover uma efetiva **dissuasão geral** (CMA73, 2.4). De acordo com o guia, a determinação desse percentual passa por três estágios.

No **primeiro estágio**, a autoridade deve avaliar a possibilidade de a violação, **por sua natureza**, causar **dano à concorrência** (CMA73, 2.5). Embora não haja percentuais mandatórios definidos de acordo com o tipo de conduta, a CMA deve ter como referência os seguintes **princípios gerais**: i) percentual do ponto de partida de **21% a 30%** do faturamento relevante para as condutas consideradas mais graves, tais como práticas de cartel ou condutas unilaterais com grande efeito de exclusão de concorrentes ou de exploração de consumidores; e ii) percentual do ponto de partida entre **10% e 20%** do faturamento relevante para violações menos graves, menos danosas à concorrência ou violações por efeito (CMA73, 2.6-2.7).

Apesar de os princípios gerais acima descritos não serem impeditivos para a aplicação de percentual inferior a 10%, isso deve ocorrer, via de regra, como resultado do ajuste realizado no **segundo estágio** da definição do percentual que incidirá sobre o faturamento relevante. Nele, a CMA avaliará a pertinência de **umentar ou diminuir o percentual** aferido no estágio anterior, de acordo com as **circunstâncias do caso concreto** que sejam relevantes para a devida apuração tanto da extensão quanto da probabilidade de **dano à concorrência e aos consumidores**. O guia fornece alguns exemplos de circunstâncias que merecem consideração: i) natureza do produto e tamanho da demanda; ii) estrutura de mercado (*e.g.*, nível de concentração, existência de barreiras à entrada e fatia de mercado detida pelo infrator); iii) extensão do mercado coberta pela violação; iv) efeito real ou potencial sobre concorrentes e terceiros; e v) dano real ou potencial, direto ou indireto, aos consumidores (CMA73, 2.8).

O **terceiro e último estágio** da definição do percentual incidente sobre o faturamento relevante envolve também um eventual **ajuste do percentual** até então apurado. No entanto, diferentemente dos estágios anteriores, que giram em torno da gravidade da conduta, nesse ponto, o foco da CMA é análise de se percentual escolhido é adequado para obter efetiva **dissuasão geral**, desincentivando outros agentes a engajar-se em condutas ilícitas idênticas ou semelhantes (CMA73, 2.8-2.9).

A CMA73 ainda estabelece que, em casos com mais de um infrator, o **percentual aplicado na apuração do ponto de partida será o mesmo** para todos eles, devendo as particularidades de cada infrator ser consideradas nos passos seguintes de ajuste (CMA73, 2.10). De todo modo,

o percentual incidente sobre o faturamento relevante não poderá, em qualquer hipótese, ser superior a 30% (CMA73, 2.15).

Já na **segunda fase** do cálculo da multa, a CMA passa a promover uma série de ajustes no “ponto de partida” (montante-base), a começar por sua multiplicação pelo **número de anos de duração da violação** para as condutas que tiverem durado mais de um ano (**2º passo**)¹⁶⁶. Para condutas com menos de um ano, a CMA considerará a duração como sendo de um ano para fins de cálculo de multa. Excepcionalmente, o montante-base poderá ser reduzido (pela aplicação de um multiplicador menor que 1) em caso de violações com duração inferior a um ano (CMA73, 2.16).

Após a multiplicação do montante-base pelo número de anos de duração da conduta, a CMA considerará fatores agravantes e atenuantes (**3º passo**). Nos casos em que houver mais de um infrator, essa análise será feita separadamente para cada infrator, tendo em conta as circunstâncias pertinentes (CMA73, 2.17).

Exemplos de **fatores agravantes** constantes da CMA73 são: i) comportamento que atrase o *enforcement* pela CMA; ii) papel de liderança ou de instigação da violação pelo infrator em questão; iii) envolvimento de diretores ou administradores seniores; iv) coerção ou retaliação contra outros infratores para garantir a continuidade da violação; v) continuidade da violação depois do início das investigações; vi) reincidência do infrator ou grupo de infratores; vii) violações cometidas com intenção (ao contrário de violações cometidas por negligência); viii) retaliações do infrator contra participante de programa de leniência; ix) não cumprimento de aviso emitido pela CMA com relação à mesma conduta ou conduta similar (CMA73, 2.18)¹⁶⁷.

Exemplos de **fatores atenuantes** são: i) cometimento do ilícito sob grave coação ou pressão; ii) incerteza do infrator quanto à ilegalidade do acordo ou da conduta; iii) adoção de medidas adequadas para garantir a conformidade com as leis de concorrência; iv) imediata cessação da violação quando da intervenção da CMA; v) cooperação do infrator para a efetividade e a celeridade do sancionamento (CMA73, 2.19)¹⁶⁸.

¹⁶⁶ A CMA poderá arredondar frações de ano tanto para o quarto de ano mais próximo quanto para um ano completo.

¹⁶⁷ A lista apresentada pelo guia não é exaustiva.

¹⁶⁸ Idem.

O **4º passo** inclui o ajuste para garantir a **dissuasão específica**, isto é, evitar que o agente reincida em descumprimento das proibições, bem como para garantir a **proporcionalidade** da sanção, sempre considerando cada infrator separadamente. Para tanto, a CMA pode tanto elevar quanto reduzir a multa até então apurada. Ao realizar esta avaliação, cabe à autoridade levar em conta o porte e a posição financeira da empresa, a natureza da infração, o papel da empresa na infração e o impacto da empresa infração à concorrência (CMA73, 2.24).

Quanto ao **porte** e à **situação financeira** do infrator, o guia prevê, de maneira mais específica, que a CMA deve analisar esses fatores (no momento da violação e no momento da imposição da sanção) à luz das circunstâncias relevantes do caso e de indicadores como: i) faturamento total; ii) lucratividade¹⁶⁹ (*profitability*); iii) ativos e dividendos líquidos; iv) margens de liquidez e de setor (CMA73, 2.20). Além disso, segundo o guia, o montante obtido ao final do 3º passo ser aumentado nos casos em que o infrator tiver grande **proporção de seu faturamento fora do mercado** relevante ou quando a CMA dispor de evidências de que o **benefício auferido** com a violação será maior que o montante calculado até então. Inclusive, quando entender relevante, a CMA pode até mesmo considerar ganhos do infrator relativos a outros mercados de produto ou geográfico¹⁷⁰⁻¹⁷¹ (CMA73, 2.20-2.21).

Nos casos excepcionais em que o **faturamento relevante** de um infrator for **muito baixo** ou próximo de zero, ou **não refletir com precisão** a escala de seu envolvimento no ilícito ou o potencial de dano à concorrência da conduta (como, por exemplo, em casos de cartel em licitação em que o faturamento no ano anterior ao término da violação tiver sido

¹⁶⁹ De modo geral, para os propósitos dessa análise, a CMA considerará a média de três anos para a consideração de faturamento e de lucros.

¹⁷⁰ Nos termos do guia: “[t]he penalty figure reached after steps 1 to 3 may be increased to ensure that the penalty to be imposed on the undertaking will deter it from breaching competition law in the future, given its specific size and financial position and any other relevant circumstances of the case. Such an increase will generally be limited to situations in which an undertaking has a significant proportion of its turnover outside the relevant market or where the CMA has evidence that the infringing undertaking has made or is likely to make an **economic or financial benefit from the infringement that is above the level of penalty reached** at the end of step 3. Where relevant, the CMA’s estimate would account for **any gain which might accrue to the undertaking in other product or geographic markets** as well as the ‘relevant’ market under consideration. The assessment of the need to adjust the penalty will be made on a case-by-case basis for each individual infringing undertaking” (CMA73, 2.21, grifo nosso).

¹⁷¹ O Guia exemplifica nos seguintes termos: “For example, in a predation case the relevant market may be very small. However, the act of predation might provide an undertaking with a reputation for aggressive behaviour which it could use to its advantage in many other markets. In cases concerning infringements of Articles 101 and/or 102 of the TFEU, the gain in another member state may be taken into account, provided the express consent of the relevant member state or NCA, as appropriate, is given in each particular case” (CMA73, 2.21, nota de rodapé nº 36).

excepcionalmente baixo), a CMA também poderá fazer os ajustes necessários no montante obtido ao final do 3º passo (CMA73, 2.22).

No **5º passo** previsto na CMA73, a autoridade deverá fazer o ajuste do **montante calculado até o momento**, caso ele tiver excedido a sanção máxima (*i.e.*, 10% do faturamento mundial do infrator no ano anterior à decisão final da CMA¹⁷²)¹⁷³ e também para evitar a dupla sanção, nas hipóteses em que uma sanção pecuniária tiver sido imposta pela Comissão Europeia ou por autoridades nacionais de outro Estado-membro pelo mesmo acordo ou conduta. Em outras palavras, o infrator não poderá ser punido novamente no Reino Unido **pelos mesmos efeitos** anticompetitivos da conduta já considerados por outras autoridades europeias (CMA73, 2.25; 2.28)¹⁷⁴⁻¹⁷⁵.

No **6º e último passo**, são feitos ajustes de redução para programa de leniência (desde que o requerente cumpra os requisitos e condições do programa), *settlements* (acordos entre a CMA e o infrator, incluindo reconhecimento de participação na violação) e programas de pagamento voluntário de indenizações (também devidamente aprovados com base no Guia pertinente, o CMA40). Essas reduções partirão do montante calculado até então e **serão aplicadas consecutiva e cumulativamente** (quando existirem), isto é, primeiro será aplicada a redução por leniência (quando aplicável) sobre o montante obtido ao final do 5º passo; em seguida, será aplicada a redução por *settlements*, se houver, sobre o montante obtido após o primeiro desconto (leniência); finalmente, aplicar-se-á a redução por programa de pagamento voluntário de indenizações (caso aplicável) sobre o montante calculado após o segundo desconto (*settlements*) (CMA73, 2.29-2.32).

¹⁷² Caso o faturamento mundial do infrator no ano anterior à decisão final da CMA não estiver disponível, o ano imediatamente a ele precedente deve ser considerado (CMA73, 2.25).

¹⁷³ Quando o infrator for uma associação de organizações, e a violação for relacionada às atividades de seus membros, a sanção não deverá ser maior que 10% do somatório do faturamento mundial de cada um dos membros da associação que operem no mercado relevante afetado pela violação (CMA73, 2.27).

¹⁷⁴ Essa previsão permite inferir que, ainda que o infrator já tenha sido punido pela mesma conduta pela Comissão Europeia ou outras autoridades nacionais de Estados-membros da UE, a CMA levará em conta os efeitos da conduta que já foram sancionados, podendo punir outros efeitos não considerados por outras jurisdições, por exemplo.

¹⁷⁵ Convém observar que o guia prevê espécie de regra de transição para condutas encerradas antes da emenda à lei concorrencial britânica, em 2004 (Order 2004 - SI 2004/1259), a qual modificou as regras referentes ao limite máximo da sanção de multa aplicável a infrações concorrenciais no Reino Unido. Assim, para violações que cessaram antes de 1º de maio de 2004, deverá ser considerado o limite de sanção pecuniária em vigor anteriormente àquela data: 10% do faturamento do infrator no Reino Unido no ano anterior à data em que a violação cessou, multiplicado *pro rata* pelo tempo de duração da violação que exceder um ano, até o limite de três anos. Essa provisão aplica-se apenas com relação a violações dos capítulos I e II da CA98, não incluindo violações aos artigos 101 e 102 do TFEU (CMA73, 2.26).

Nos casos excepcionais em que uma organização, em razão de sua situação financeira, não for capaz de adimplir a pena aplicável, a CMA poderá reduzi-la. Essa possibilidade, contudo, dependerá de juízo discricionário da autoridade, não configurando expectativa de redução (CMA73, 2.33).¹⁷⁶

2.7.1.2 Outras sanções administrativas

Nos casos em que o CMA determinar, após as investigações, ter havido violação à lei de concorrência, a autoridade emitirá, por escrito, diretrizes (“*directions*”) às organizações envolvidas, de modo a pôr fim à violação. No caso de acordo ilícito entre estes agentes, essas diretrizes poderão incluir requerimento às partes para modificar ou cancelar o acordo em questão¹⁷⁷. Do mesmo modo, no caso de abuso de posição dominante, as diretrizes poderão requerer que seu destinatário modifique ou cesse a conduta praticada.¹⁷⁸

Na hipótese de não cumprimento injustificado de uma diretriz emitida pela CMA, a agência poderá requerer ordem judicial que fixe prazo para cumprimento da diretriz e determine quem deverá fazê-lo, caso inclua ações no âmbito do gerenciamento ou da administração de uma organização.¹⁷⁹

2.7.2. Aplicação de sanções a indivíduos

2.7.2.1 Prisão e multa

No Reino Unido¹⁸⁰, indivíduos podem ser responsabilizados criminalmente pelas seguintes práticas, ainda que não implementadas: fixação de preços, limitação de oferta ou

¹⁷⁶ Exemplos práticos no processo de cálculo de multas a empresas pela CMA podem ser vistos nas decisões não confidenciais nos casos investigados pela CMA, disponíveis no sítio da autoridade na internet (<https://www.gov.uk/cma-cases>). A título de exemplo, ver *Non-confidential Decisions* dos casos: *Design, construction and fit-out services* (https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5cf10117e5274a5eb3eed038/Case_50481_-_Decision_-_non-confidential_version.pdf); *Supply of galvanised steel tanks for water storage: civil investigation* (<https://assets.publishing.service.gov.uk/media/58db91e440f0b606e3000046/ce-9691-12-main-cartel-decision.pdf>); e *Conduct in the transport sector (facilities at airports)* (https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5bf7c977e5274a3b2d4c837c/medway_full_text_decision.pdf).

¹⁷⁷ CA98, seção 32, itens 1 e 3.

¹⁷⁸ CA98, seção 33, item 1.

¹⁷⁹ CA98, seção 34, item 1.

¹⁸⁰ Na Inglaterra, em Gales e na Irlanda do Norte, a ação deve ser intentada pela CMA ou pelo *Serious Fraud Office* – SFO, ou com o consentimento da CMA. Na Escócia, a competência é do *Crown Office and Procurator Fiscal Service* (COPFS). A CMA e o COPFS celebraram, em 2014, Memorando de Entendimento sobre a cooperação entre as agências na investigação e persecução criminal de cartéis na Escócia. Em casos que envolvam todas as jurisdições, a decisão sobre qual delas promoverá a ação penal será objeto de discussão entre a CMA, o SFO e o COPFS (CMA9, 1.4-1.6).

produção, divisão de mercados e colusões em licitações no Reino Unido (CMA9, 4.5), **restritas a acordos horizontais**.¹⁸¹⁻¹⁸²

O documento que orienta a persecução criminal de cartéis pela CMA é o *Cartel Offence Prosecution Guidance* – CMA9, de 2014. O Guia prevê um processo de **duas fases**, a saber, fase probatória¹⁸³ e fase de interesse público, (CMA9, 3.1-3.2)¹⁸⁴, sendo que, nesta última, cabe à autoridade responsável sopesar os fatores de interesse público contra e a favor de eventual persecução criminal, a fim de decidir sobre a ação. Neste processo, a CMA deve dar ênfase aos casos em que fique evidente a natureza danosa na conduta individual para a concorrência e para os consumidores.¹⁸⁵ O CMA9 lista alguns aspectos que poderão orientar a avaliação da CMA: i) a gravidade da violação cometida; ii) o nível de culpabilidade do suspeito; iii) o impacto da violação na comunidade; e iv) a proporcionalidade da persecução criminal. Ressalta-se, porém, que a decisão da CMA de não levar adiante uma ação penal por crime de cartel, **não prejudica** sua prerrogativa de impor sanções administrativas pecuniárias contra as organizações que tenham praticado tais violações.

Os indivíduos condenados pelo crime de cartel estão sujeitos às penas de prisão e multa¹⁸⁶, as quais podem ser aplicadas individualmente, ou de maneira combinada (EA02, 190)¹⁸⁷.

¹⁸¹ Ressalte-se a necessidade de que os indivíduos tenham *acordado* entre si para que se caracterize o tipo penal; condutas diversas de *acordos*, como troca de informações sensíveis entre concorrentes, não são suficientes, *per se*, para caracterizar o crime de prática de cartel (CMA9, 4.3-4.4; 4.6).

¹⁸² Observa-se que a definição do tipo penal “cartel” é **feita separadamente** da definição da prática de acordo (*agreement*) como violação administrativa, compreendida como proibição do Capítulo I da CA98 e do artigo 101 do TFUE, como abordado anteriormente.

¹⁸³ Na **fase probatória**, a CMA deverá considerar as provas existentes que apontem para a participação de um suspeito em prática de cartel, para determinar se tais provas são suficientes para uma condenação. Segundo o Guia CMA9 e o Código de Promotores da Coroa, as provas deverão ser admissíveis, confiáveis e críveis. Ademais, caso se verifique quaisquer das hipóteses excludentes previstas no EA02, não se configurará crime de prática de cartel (CMA9, 4.1-4.2). Na Escócia, a prerrogativa de persecução criminal é do *Procurator Fiscal*, subordinado ao *Lord Advocate*, a ser conduzida de acordo com as regras do COPFS (CMA9, 3.5-3.6).

¹⁸⁴ Persecução deve ser realizada conforme o *Code for Crown Prosecutors* (CPS, 2018).

¹⁸⁵ Não há referência expressa no CM9 a respeito de possível quantificação do potencial de dano aos consumidores, ao mercado e à sociedade em geral. O Guia apresenta algumas perguntas a serem levadas em conta na avaliação da autoridade. Pode-se inferir, por conseguinte, que tal avaliação é indireta e qualitativa, a critério da autoridade no caso concreto.

¹⁸⁶ O *Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders*, de 2012, indivíduos podem ser sentenciados a pagamento multa pelo cometimento de crimes, o que inclui, portanto, o crime pela prática de cartel.

¹⁸⁷ Nos termos do EA02, 190:

“Cartel offence: penalty and prosecution

(1) A person guilty of an offence under section 188 is liable (a) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding five years or to a fine, or to both; (b) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding six months or to a fine not exceeding the statutory maximum, or to both”.

A pena de prisão pode chegar a cinco anos, conforme previsto no EA02. A CMA não apresenta arrazoado a respeito da efetividade desse tipo de sanção desde sua previsão legal em 2002. Não obstante, levantamento feito por Richard Sallybanks, em 2018, mostra que essa possibilidade de sancionamento não tem sido significativamente empregada. Segundo Sallybanks, em mais de 15 anos, indivíduos implicados em quatro casos de cartel foram objeto de perseguição criminal (Sallybanks, 2018).¹⁸⁸

No que tange à aplicação da multa, até 12 de março de 2015, o direito britânico estabelecia um limite máximo de 5.000,00 libras esterlinas para multas fixadas por um magistrado em casos de crimes graves (nível 5). Com a entrada em vigor, em 12 de março de 2015, de Regulamento relativo à lei supramencionada, para os crimes graves cometidos depois daquela data, não mais vigora esse limite, de modo que as multas aplicáveis por magistrados em casos de condenação por crimes graves (nível 5) é, atualmente, e para crimes cometidos depois da entrada em vigor a lei, ilimitada (Reino Unido, 2015^{aaa}).

Segundo a CMA¹⁸⁹, práticas consideradas como crime de cartel estão sujeitas à nova disposição legal destacada acima. Essa mudança na legislação, por meio da Regulação de 2015, afetou de modo amplo o direito penal britânico, não tendo sido direcionada especificamente à seara da concorrência. De todo modo, o objetivo central foi o de permitir que magistrados possam impor multas mais severas, de acordo com a especificidade de cada caso, tanto para punir adequadamente os crimes quanto para obter maior efeito dissuasório (Reino Unido, 2015^{aaa}).

Ainda quanto à aplicação de sanção pecuniária na esfera penal pela prática de cartel, o *Criminal Justice Act* do Reino Unido, de 2003, em sua seção 164, determina que, ao proceder à fixação de multa a indivíduo condenado por crime, uma corte deverá levar em conta três

¹⁸⁸ Nas palavras do autor: “[...] notwithstanding that the cartel offence has been on the statute book for over 15 years, the number of successful prosecutions can still be counted on one hand. In the *Marine Hose* case in 2008 three British businessmen pleaded guilty to the section 188 offence as part of an agreement with the Antitrust Division of the US Department of Justice (having also entered guilty pleas in the US where they had been arrested) which enabled them to return to England and serve prison sentences here. Subsequent cases, involving the galvanised steel tank industry (2015) and the precast concrete industry (2016), have seen two defendants enter guilty pleas, but in the galvanised steel tank case two defendants who contested the charges were acquitted at trial, and in the precast concrete case no other people were charged. The only other prosecution of the section 188 offence was the ill-fated case against British Airways executives which collapsed in 2010” (Sallybanks, 2018).

¹⁸⁹ Segundo texto publicado no sítio eletrônico da CMA, “the fines that could be imposed on summary conviction for certain criminal offences referred to in this document were, at that time, subject to specific caps of £5,000 or above. With effect from 12 March 2015, these caps have been removed and those specific offences are now punishable by a fine of any amount” (Reino Unido, 2014c).

aspectos: i) a situação financeira do indivíduo; ii) a gravidade do crime; e iii) as circunstâncias do caso; podendo aumentar o reduzir a pena a ser aplicada.

2.7.2.2. Desqualificação de diretores

Com fundamento legal no *Company Directors Disqualification Act – CDDA*,¹⁹⁰ de 1986, a CMA tem a prerrogativa de **pedir** a desqualificação **de indivíduos, privando-os** do direito de exercer cargos de direção **por até 15 anos**, por meio de uma *Competition Disqualification Order* (CDO) **emitida por uma corte**. As regras e os procedimentos a respeito do tema estão previstos no *Guidance on Competition Disqualification Orders – CMA112*), de 2019.

Caberá à CMA decidir se investigará a conduta de um diretor – ou ex-diretor, diretor *de facto* e ou mesmo *shadow director* (CMA112, 2.3) – **e se pedirá ou não uma CDO**, devendo considerar se a empresa da qual o indivíduo é diretor cometeu uma violação da lei de concorrência e, entre outros fatores: i) a natureza e a gravidade da violação; ii) a duração da violação; iii) o impacto real ou potencial da violação sobre os consumidores; iv) a conduta da empresa durante a investigação da CMA; v) quaisquer violações concorrenciais anteriormente cometidas pela empresa; vi) a natureza e a extensão da responsabilidade do diretor pela violação ou seu envolvimento, direto ou indireto, na violação; vii) envolvimento do diretor em violações concorrenciais anteriores; viii) cooperação do diretor nas investigações; ix) efeito dissuasório de uma CDO para o mercado relevante (CMA112, 4.3-4.9).

Segundo o CMA112, há **duas hipóteses mandatórias** para a emissão de uma CDO, isto é, hipóteses que, **se verificadas em conjunto, vinculam a corte a emití-la** quando requerida —pela CMA: i) uma **empresa** da qual o indivíduo é diretor tiver cometido uma violação da lei de concorrência;¹⁹¹ e ii) a conduta desse indivíduo como diretor da empresa, no entendimento da corte, torna-o inapto para dirigir uma empresa (CMA112, 2.1).

No que concerne à segunda condição, o Guia CMA112 estabelece que a corte **deverá** considerar, **obrigatoriamente**: i) se a conduta do diretor tiver contribuído para a violação; ii) se a conduta do diretor não tiver contribuído para a violação, mas o diretor tiver tido razões

¹⁹⁰ O CDDA é válida na Inglaterra, no País de Gales e na Escócia; na Irlanda do Norte, a prerrogativa desqualificação pela CMA está prevista na *Company Directors Disqualification (Northern Ireland) Order 2002*.

¹⁹¹ Ademais, as violações passíveis de CDO **cobrem as proibições dos capítulos I e II do CA98 e dos artigos 101 e 102 do TFEU**, isto é, as mesmas proibições passíveis de sancionamento administrativo pela CMA, como descrito no início deste capítulo (CMA112, 2.5-2.9).

suficientes para suspeitar que a prática da empresa constituía violação à lei de concorrência e não tiver tomado providências para impedi-la; iii) se o diretor não sabia que se tratava de violação, mas deveria sabê-lo. A corte também **poderá** considerar a conduta do indivíduo como diretor de uma empresa que esteja relacionada a qualquer outra violação à lei de concorrência (CMA112, 2.10).

Quanto aos **efeitos** de uma CDO, durante período de sua vigência, exceto com autorização judicial, configura **crime**: i) que o indivíduo atue como diretor de uma empresa; ii) atue como o recebedor da propriedade de uma empresa; iii) atue de qualquer modo, direta ou indiretamente, na promoção, formação ou gerenciamento de uma empresa. O indivíduo ao qual se dirige uma CDO também fica proibido de atuar como administrador judicial (CMA112, 2.11-2.12).

Um **indivíduo** pode, a qualquer momento, **oferecer** uma *Competition Disqualification Undertaking* (CDU). Trata-se, no caso de uma CDU, de uma **aceitação voluntária**, pelo indivíduo, de desqualificação para exercer a função de diretor. Nesse caso, o indivíduo pode tanto evitar que a CMA busque judicialmente a emissão de uma CDO, quanto substituir uma CDO em vigor (substituindo, portanto, uma ordem judicial por uma aceitação voluntária da sanção) (CMA112, 3.1). A decisão de aceitar a CDU é discricionária da CMA. De todo modo, a CDU terá **os mesmos efeitos, proibições e consequências de violação** para o indivíduo, listados no parágrafo anterior (CMA112, 3.2-3.3). Por outro lado, caso a CMA decida aceitar uma CDU, a agência poderá decidir **não requerer ressarcimento dos custos processuais** pelo indivíduo, bem como poderá considerar uma **redução do período de desqualificação**, a depender da fase em que esteja o processo (CMA112, 3.5-3.7).

Caso o indivíduo seja beneficiário de programa de leniência, a CMA não buscará emissão de CDO contra o referido indivíduo, em relação à violação contemplada com tratamento leniente (CMA112, 4.11).

2.7.3. Aspectos relevantes para a aplicação de sanções

2.7.3.1 Colaboração com as autoridades

O programa de leniência em investigações antitruste do Reino Unido oferece três tipos de tratamento leniente.¹⁹² A leniência¹⁹³ **Tipo A** é aplicável ao **primeiro infrator (empresa ou indivíduo)** que apresentar à CMA informações de **práticas de cartel sobre as quais ainda não haja investigação em curso**. Concedido esse tipo de tratamento leniente, a CMA **garantirá**: i) imunidade total da empresa contra sanções pecuniárias; ii) imunidade a todo e qualquer empregado ou administrador (atual ou antigo) contra persecução criminal¹⁹⁴ (imunidade “cobertor”¹⁹⁵); e iii) proteção a indivíduos contra desqualificação de diretores (OFT1495, 2.9-2.14).

A leniência **Tipo B** é aplicável ao **primeiro infrator (empresa ou indivíduo)** a apresentar-se à CMA **depois que uma investigação de prática de cartel tenha tido início, mas antes da publicação de um *statement of objections***. Nesse caso, a CMA **poderá conceder, discricionariamente**: i) imunidade à empresa contra o pagamento de sanções pecuniárias, ou redução da sanção aplicável em até 100%; ii) imunidade a empregados e administradores (atuais e antigos) contra persecução criminal, a qual pode ser “cobertor”, ou apenas para alguns indivíduos; e iii) proteção a indivíduos contra desqualificação de diretores caso a empresa tenha obtido imunidade ou redução de multa (OFT1495, 2.15-2.23).

A leniência **Tipo C** é aplicável a **infratores (empresas ou indivíduos) que não sejam os primeiros a se apresentarem (segundo, terceiro etc) ou que tenham coagido outras empresas a participar da conduta**, que se apresentem antes que a CMA tenha emitido um ***statement of***

¹⁹² Há também a possibilidade de *leniency plus* para o infrator que esteja cooperando com a CMA em um caso de cartel e que decida prover informações, documentos e provas sobre **outra prática de cartel, totalmente separada da primeira**, em que esteja envolvido, **em mercado distinto**. Nessa hipótese, se o infrator houver recebido pelo menos uma redução de até 100% da sanção aplicável pela segunda violação, poderá beneficiar-se de redução adicional da sanção imposta pela primeira violação.

¹⁹³ O *applicant* deverá cumprir os seguintes requisitos: i) reconhecer sua participação no cartel; ii) prover informações, documentos e provas da conduta; iii) cooperar contínua e completamente com a investigação até a conclusão de qualquer ação; iv) cessar qualquer participação na prática de cartel denunciada; v) não haver feito uso de qualquer medida de coerção para que outro *undertaking* participe do cartel.

¹⁹⁴ Imunidade individual, em caso de o *applicant* ser indivíduo – nesse caso, a empresa não recebe imunidade automaticamente, mas é candidata a leniência Tipo B.

¹⁹⁵ Segundo o Guia OFT1495, “[...] where an undertaking benefits from Type A immunity, it can be assumed with certainty that any current or former employee or director of the undertaking, wherever they are in the world and whatever their precise role in the cartel activity, will receive a no-action letter if they would otherwise be at risk of prosecution for the cartel offence or an individual comfort letter if appropriate. Furthermore, the same principle applies to blanket immunity that the OFT has granted in Type B cases” (OFT1495, 2.38).

objections e que ofereçam informações sobre práticas de cartel que adicionem valor significativo à investigação. Nessa situação, a CMA **poderá conceder, discricionariamente**: i) redução de até 50% da sanção aplicável; ii) imunidade a indivíduos específicos contra persecução criminal; e iii) proteção a indivíduos contra desqualificação de diretores caso a empresa tenha obtido redução de multa (OFT1495, 2.24-2.32).

Na jurisdição do Reino Unido, também há a previsão da possibilidade de **settlements** em casos de investigações antitruste com base no CA98 (acordos e abuso de posição dominante).¹⁹⁶ Nesse caso, uma empresa infratora admite a violação à lei de concorrência e aceita um processo administrativo sumário para o restante da investigação. Como recompensa, a CMA impõe uma pena reduzida à empresa. O objetivo dos *settlements*, segundo a CMA, é obter eficiências processuais e economia de recursos pela redução do tempo para investigação e decisão, não sendo incompatível com o programa de leniência – *i.e.*, uma empresa pode obter ambos os benefícios (leniência e *settlements*) simultaneamente (CMA8, 14.1-14.3).

A fim de definir se determinado caso é passível de *settlements*, a CMA considerará, em primeiro lugar e como condição *sine qua non*, se a investigação já atingiu o **padrão probatório necessário** para que a autoridade publique uma decisão de violação. A CMA também considerará o potencial de ganho de **eficiências processuais** no caso e a possibilidade de concluir um *settlement* em prazo razoável (CMA8, 14.4-14.6).

Empresas que desejem concluir *settlement* deverão cumprir os seguintes requisitos mínimos: i) admitir, clara e inequivocamente, sua responsabilidade com relação à natureza, escopo e duração da violação; ii) cessar a violação imediatamente a partir da data em que tiver iniciado negociações com a CMA e abster-se de praticar a mesma conduta ou condutas similares; iii) aceitar pagar uma multa máxima, correspondente à multa que seria aplicável caso o *settlement* não fosse concluído subtraída de um desconto a ser definido pela CMA (essa multa será válida se a empresa continuar a cumprir os requisitos do *settlement*) (CMA8, 14.7). As empresas também deverão aceitar: i) a realização de um processo administrativo sumário; ii) a emissão de uma decisão de violação final contra si (se uma empresa decidir apelar da decisão,

¹⁹⁶ O *settlement* pode se iniciar **antes ou depois** da publicação de um *statement of objections*. Isso pode dar-se por iniciativa de uma empresa que procure a CMA, ou por iniciativa de um *case team* da CMA que, autorizado por mandato do *CMA's Case and Policy Committee*, convida **todas** as empresas participantes de uma investigação a avaliar a possibilidade de concluir *settlements* (o CMA poderá concluí-los apenas com as empresas que anuírem a esse acordo e que cumprirem com os requisitos legais) (CMA8, 14.10-14.13).

o desconto pelo *settlement* não mais se aplica, mas a CMA poderá usar a admissão de culpa da empresa para seguir com as investigações); iii) outros requisitos, como disponibilizar os funcionários para entrevistas e para testemunharem (CMA8, 14.8).

O desconto aplicável por *settlement* **antes** de um *statement of objections* é de, no **máximo, 20%**; para *settlement* concluído **após** um *statement of objections*, o desconto **máximo** é de **10%**. Em qualquer dos casos, o percentual final aplicável ao caso será decidido pela CMA a depender das eficiências e economias de recursos logradas no caso concreto, dado o estágio da investigação (CMA8, 14.30).

Outra possibilidade de colaboração com a autoridade no Reino Unido é aquela na qual uma empresa que tenha cometido violação à lei de concorrência submeta à CMA um **programa de pagamento voluntário de indenizações** a pessoas prejudicadas pela violação, seja durante uma investigação, seja depois da publicação de uma decisão de violação. A CMA poderá considerar discricionariamente a concessão de redução de sanção pecuniária aplicável à empresa que tiver seu programa aprovado, até o máximo de 20%, a ser aplicado no 6º passo do cálculo de sanção pecuniária (podendo ser aplicado cumulativamente com descontos para leniência e *settlement*) (CMA40, 3.25-3.32).¹⁹⁷

Finalmente, a seção 31A do CA 98 permite que a CMA aceite **compromissos** legalmente vinculantes das partes com relação a investigações em curso por violações antitruste, caso a autoridade considere que tais compromissos atendam as preocupações concorrenciais da CMA (CMA8, 10.15).¹⁹⁸ Caso a CMA decida aceitar compromissos de uma parte, a autoridade não poderá continuar a investigação, nem emitir uma decisão, de modo que não há a aplicação de sanções nestes casos. Tampouco pode a CMA emitir uma diretriz com relação ao acordo ou conduta objeto da investigação na qual compromissos foram aceitos.¹⁹⁹ O Guia CMA8

¹⁹⁷ Uma proposta programa deverá, **dentre outros fatores previstos na CMA40**: i) especificar o acordo ou a conduta e os aspectos da investigação com relação aos quais o programa é oferecido; ii) as pessoas habilitadas para requerer indenização no âmbito do programa; iii) o escopo da compensação a ser oferecida; iv) processo de requisição de indenização; v) tipos de provas a serem submetidas por potenciais beneficiários para requisitar compensação; vi) como o programa será anunciado aos potenciais beneficiários; vii) custo esperado do programa para a empresa proponente e meios de financiamento do programa (CMA40, 1.20).

¹⁹⁸ Além disso, a CMA levará em conta: i) a gravidade das violações alegadas; ii) o estágio em que se encontram as investigações; iii) a capacidade de resolver o caso rapidamente; iv) se a aceitação dos compromissos prejudicará a dissuasão a outras práticas; v) se as preocupações concorrenciais são facilmente identificáveis e sanadas pelos compromissos oferecidos; vi) se os compromissos são passíveis de implementação rápida e efetiva (OECD, 2015x; CMA8, 10.18).

¹⁹⁹ CA98, seção 31B.

estabelece que os compromissos podem ser estruturais ou comportamentais, ou uma combinação de ambos, a exemplo de: cessação ou modificação de acordo ou conduta, licenciamento de ativos; desinvestimentos de parte de negócios (CMA8, 10.16).

2.7.3.2 Ações de indenização

Há, de modo geral, **duas modalidades** de ações privadas por danos antitruste no Reino Unido, previstas pela *Claims in respect of Loss or Damage arising from Competition Infringements Regulations 2017*, as quais poderão ser iniciadas tanto perante a *High Court* quanto perante o *Competition Appeal Tribunal (CAT)*.

A primeira modalidade é a *stand alone*, na qual a violação alegada pela parte reclamante ainda precisa ser provada. A segunda modalidade é a *follow-on*, na qual a violação que enseja o pedido de indenização já foi provada, podendo a parte requerente fazer uso de documentos e decisões da autoridade da concorrência (CMA, Reguladores, Comissão Europeia, ou decisão do CAT em sede de apelação) para embasar seu pedido²⁰⁰. Em ambas modalidades, a prática de cartel é presumida, a menos que contrariamente provado, como causadora de dano ou perda.²⁰¹

Por outro lado, em qualquer caso, a parte reclamante deverá provar o nexo causal entre a violação e o dano alegado pelo reclamante. A parte requerida, por sua vez, poderá provar que a parte requerente, repassou no todo ou em parte, o sobrepreço ou subpreço alegado (*passing-on defense*).

Quanto ao dano considerado na esfera civil, destaca-se que no Reino Unido não é permitida a imposição de danos punitivos (*exemplary damages*¹¹¹¹¹).²⁰² No que tange à quantificação do dano nesta esfera, Bernardine Adkins and Samuel Beighton observam que “a análise de dano pode variar de provas econométricas complexas aduzidas por economistas, até provas baseadas nas narrativas trazidas por testemunhas (...), ou até mesmo em uma combinação de ambas” (Adkins & Beighton, 2019, tradução livre).²⁰³

²⁰⁰ Adkins & Beighton, 2019.

²⁰¹ Regulations 2017, parte 4, item 13.

²⁰² Regulations 2017, parte 8, item 36.

²⁰³ Na versão original e integral do trecho: “[t]he assessment of damages can vary from complex econometric evidence adduced by expert economists, to narrative evidence put forward by witnesses of fact (for example, addressing issues such as how the claimant set prices and “passed-on” any actual or alleged overcharge), to a combination of both” (Adkins & Beighton, 2019).

APLICAÇÃO DE SANÇÕES POR ILÍCITOS PENAIS ANTITRUSTE NO REINO UNIDO

		Organizações	Indivíduos
Limites legais da multa	Pena máxima	10% do faturamento mundial no ano anterior à data da decisão da CMA.	Para crimes de cartel cometidos após 12/03/2015, multa criminal ilimitada. Para crimes de cartel cometidos anteriormente àquela data, multa criminal máxima de £5.000
	Pena mínima	-	-
Cálculo da multa	Base de cálculo	Até 30% do faturamento relevante do ano anterior à data de cessação da violação.	-
	Mercado considerado	Mercado relevante de produto e geográfico em conexão com a violação.	-
	Critério temporal considerado	O faturamento mundial é considerado como sendo o do ano anterior à data da decisão da CMA. O faturamento relevante é considerado como sendo o do ano anterior à data de cessação da violação. A duração da violação é critério multiplicador para ajuste da multa no 2º passo.	-
	Incidência de alíquota	“Ponto de partida” de 21% a 30% do faturamento relevante para as condutas consideradas mais graves: práticas de cartel, fixação de preços e divisão de mercado; e práticas com grande efeito de exclusão de concorrentes e de exploração de consumidores. “Ponto de partida” entre 10% e 20% do faturamento relevante para violações menos graves, menos danosas à concorrência ou violações por efeito.	-
	Modulação da multa	Cinco passos de “ajustes” (adjustments) relativos a: i) duração da violação; ii) fatores agravantes e atenuantes; iii) dissuasão específica e proporcionalidade; iv) casos em que a multa máxima excede 10% do faturamento mundial do infrator e para evitar dupla penalização; v)	Ao proceder à fixação de multa a indivíduo condenado por crime de cartel, uma corte deverá levar em conta três aspectos: i) a situação financeira do indivíduo; ii) a gravidade do crime; e iii) as circunstâncias do caso; podendo aumentar ou reduzir a pena a ser aplicada.

		leniência, descontos para <i>settlements</i> ou para programas de pagamentos voluntários de indenizações.	
Vinculação entre a pena da organização e do indivíduo		Não há vinculação, exceto, indiretamente, quando: i) o indivíduo se beneficia de imunidade “cobertor” contra persecução penal e/ou contra desqualificação, em razão de benefício de leniência concedido à organização; ii) a empresa se qualifica para leniência Tipo B em razão de leniência individual tipo A concedida a indivíduo.	
Consideração da vantagem auferida		É considerado o dano real ou potencial ao consumidor, ao mercado e à comunidade como um todo, presumivelmente, de maneira indireta e qualitativa , na avaliação da CMA.	-
Proibição de participar de licitação		-	-
Medidas estruturais como sanção			-
Pena de prisão		-	Até 5 anos de prisão, podendo ser combinada com aplicação de multa criminal.
Proibição do indivíduo de atuar como administrador de empresa		-	Pode ser buscada judicialmente pela CMA, exceto quando garantida imunidade “cobertor” em razão de benefício de leniência concedido à organização.
Colaboração	Acordos de leniência	Três tipos, aberto a empresas e indivíduos . Tipo A: primeiro a apresentar-se; informações sobre práticas de cartel sobre as quais ainda não haja investigação; imunidade total garantida à empresa e aos indivíduos . Tipo B: primeiro a apresentar-se; informações sobre práticas de cartel sobre as quais haja investigação em curso; antes de <i>statement of objections</i> ; informações devem adicionar valor à investigação; imunidade ou redução significativa à empresa; imunidades totais ou parciais a indivíduos; a critério da CMA. Tipo C: demais infratores a apresentar-se antes de <i>statement of objections</i> ; informações devem adicionar valor à investigação; reduções parciais de até 50% às empresas; imunidades parciais a indivíduos; a critério da CMA.	
	Acordos de confissão	Settlements requerem a confissão da violação e o reconhecimento de responsabilidade. Programas de pagamento voluntário de indenizações envolvem, indiretamente, reconhecimento da violação, já que a empresa se compromete a pagar indenizações por uma violação antitruste.	

Fonte: elaboração da autora

2.8. Austrália

Na Austrália, a defesa da concorrência é competência da *Australian Competition and Consumer Commission* (ACCC), agência independente que cuida da aplicação do *Competition and Consumer Act 2010* (CCA), lei que prevê as condutas consideradas anticoncorrenciais e as respectivas sanções aplicáveis (Australia, 2017).

No âmbito concorrencial, o CCA prevê como proibições: i) provisões de cartel – fixação de preços, restrição de produção ou oferta, alocação consumidores, fornecedores ou territórios, e colusão em licitações (CCA, 44ZZRA); ii) troca de preços e outras informações com propósitos anticoncorrenciais (CCA, 1A); iii) contratos, acordos ou entendimentos que restringem negociações ou afetam a concorrência (CCA, 45); iv) boicotes secundários com o propósito de diminuir substancialmente a concorrência (CCA, 45DA); v) abuso de poder de mercado (CCA, 46); vi) negociações exclusivas (CCA, 47); vii) manutenção de preço de revenda (CCA, 48).

As sanções aplicáveis poderão ser de natureza civil, às quais estão sujeitas todas as condutas proibidas, ou de natureza criminal, aplicáveis apenas ao crime de cartel. Os tipos de sanções civis, aplicáveis a organizações e a indivíduos são: i) sanções pecuniárias; ii) medidas liminares (*injunctions*); iii) desqualificação de indivíduos para gerenciar corporações. As sanções criminais, por sua vez, a que estão sujeitos tanto organizações quanto indivíduos, por crime de cartel são: i) sanções pecuniárias; ii) pena de prisão (CCA, parte IV).

A seguir, serão abordados o funcionamento da aplicação de sanções pecuniárias e outras sanções a organizações, o processo de sancionamento de indivíduos e aspectos relevantes para a aplicação de sanções por violações antitruste na jurisdição australiana.

2.8.1. Aplicação de sanções a organizações

2.8.1.1 Multa

No sistema de defesa da concorrência australiano, **a ACCC não possui poderes sancionatórios, de modo que toda imposição de multa civil e criminal, é atribuição do poder judiciário.** A ACCC investiga casos de violações à lei de concorrência e, quando entende procedente, inicia ações civis perante a Corte Federal da Austrália, podendo sugerir a multa a ser aplicada, mas a decisão final cabe à corte (OECD, 2016).

Na jurisdição australiana, o CCA prevê a aplicação de **multa civil** para organizações por violações antitruste. Para acordos anticoncorrenciais, cartel (civil) e abuso de poder de mercado **o limite máximo da multa é o maior dos seguintes valores**: AUD 10 milhões, **ou** 3 vezes o ganho auferido, **ou** 10% do faturamento total da empresa (CCA, 44ZZRF; CCA, 76, 1A; OECD, 2016, §8). O faturamento total, nesse caso, é aquele correspondente às operações da organização nos 12 meses que terminem no final do mês em que a violação tenha ocorrido (CCA, 76, 1A).

Em **casos de crime de cartel**, pode haver imposição de **multa de caráter criminal**, aplicando-se **o maior dos seguintes valores**: AUD 10 milhões, **ou** 3 vezes o ganho auferido, **ou** 10% do faturamento total (OECD, 2016, §15).

As cortes australianas empregam previsões legais e jurisprudência na determinação das multas, em uma ponderação geral de diversos fatores identificados no caso concreto, uma “síntese intuitiva” feita pelo magistrado responsável por julgar o caso (OECD, 2016, §10; OECD, 2018).

Não obstante, não há uma metodologia clara para a determinação de multas na Austrália. O CCA prevê, em sua seção 76(1), lista não exaustiva a ser considerada no processo de determinação da multa aplicável em casos de violações antitruste: i) natureza e extensão da violação; ii) quaisquer perdas ou danos sofridos em decorrência da violação; iii) circunstâncias da violação; iv) condenação por violação similar (OECD, 2018, p. 22).

A jurisprudência apresenta aspectos adicionais que podem ser objeto de consideração pelo magistrado. Os conhecidos “fatores French” foram propostos como lista não exaustiva pelo juiz French, em 1996, no caso *TPC v CSR Ltd*: i) natureza e extensão da violação; ii) perda ou dano causado; iii) circunstâncias em que ocorreu a violação; iv) porte da empresa infratora; v) poder de mercado; vi) caráter deliberado da violação e o período ao longo do qual ela se estendeu; vii) participação de administradores seniores; viii) cultura de *compliance* da empresa; ix) cooperação com as autoridades (OECD, 2016, §55; OECD, 2018, p.24-25). No caso *ACCC v NW Frozen Foods Pty Ltd*, o juiz Heerey apontou dois fatores adicionais: i) situação financeira da empresa; ii) efeito dissuasório da sanção (OECD, 2016, §56).

2.8.2. Aplicação de sanções a indivíduos

2.8.2.1 Pena de prisão

Na Austrália, indivíduos podem ser sentenciados criminalmente a pena de **até 10 anos de prisão por crime de cartel** (OECD, 2016, §16).

2.8.2.2 Multa

Na jurisdição australiana, indivíduos estão sujeitos a pena de multa por violações antitruste, cuja determinação final, assim como no caso das organizações, cabe ao magistrado responsável por julgar o caso concreto. O **limite máximo da multa civil para indivíduos** por acordos anticoncorrenciais, cartel (civil) e abuso de poder de mercado é de AUD 500.000; no caso de **multa criminal por cartel**, o limite máximo é de AUD 360.000 por violação (OECD, 2016, §9 e §16).

Do mesmo modo, não há metodologia clara para cálculo de multas para indivíduos, devendo o magistrado levar em consideração diversos fatores do caso concreto, aspectos legais e jurisprudenciais, no processo supramencionado de “síntese intuitiva”, para definição da multa final a ser aplicada. Assim, valem os mesmos fatores considerados no caso das organizações: i) fatores previstos na seção 76(1) do CCA e os fatores “French” e “Herrey” mencionados na seção anterior, sem prejuízo de outros fatores que a corte entenda pertinentes em determinado caso (OECD, 2016).

2.8.2.3 Desqualificação de diretores

O ACC permite a imposição de ordem de desqualificação de indivíduos para exercer cargos na área de gerenciamento de empresas. A decisão pela imposição da ordem de desqualificação **cabe à corte**, a qual deverá verificar se houve violação, tentativa de violação ou envolvimento em violação do CCA pelo indivíduo, e analisar se a proibição se justifica quanto ao interesse público. **Não há limitação para o período de desqualificação, o qual deverá ser determinado pela corte** (OECD, 2016, §23). Segundo a ACCC em contribuição para a OCDE, em casos extremos, a corte poderá determinar desqualificação vitalícia (OECD, 2016, nota de rodapé nº 22).

2.8.3. Aspectos relevantes para a aplicação de sanções

2.8.3.1 Colaboração com as autoridades

Na Austrália há programas de cooperação para cartel e para condutas anticoncorrenciais em geral. **Nos casos de cartel**, o programa está aberto tanto para organizações quanto para indivíduos, garantindo benefício de **imunidade total ao primeiro postulante** que apresente provas e informações sobre uma prática de cartel. **Aos demais postulantes** que cooperem com as investigações **poderão ser concedidos descontos nas multas**, sempre **a critério do magistrado** responsável pelo julgamento do cargo (OECD, 2016, §62-65).

Nos demais casos de condutas anticoncorrenciais, a ACCC pode conceder a organizações ou a indivíduos postulantes: i) imunidade total ou parcial; ii) pedidos de redução de pena perante a corte; iii) acordos administrativos, não havendo início de ação judicial (OECD, 2016, §67-68).

2.8.3.2 Ações de indenização

A seção 82 do CCA prevê a possibilidade de ações de indenização por danos causados por violações da lei de concorrência. As ações deverão ser ajuizadas perante a Corte Federal da Austrália, respeitado o prazo prescricional de 6 anos. Ressalta-se que as ações de danos deverão fundamentar-se em conclusões acerca dos fatos tomadas pela corte, não podendo basear-se provas presentes nos autos de investigações da ACCC (OECD, 2016, §81 e §84).

O ônus da prova recai sobre o requerente, o qual deverá provar a existência de uma violação à lei de concorrência, o dano sofrido e o nexo causal entre a violação e o dano. Ademais, apenas danos compensatórios por perda econômica e por perda indireta (*consequential loss*) são permitidos, não havendo previsão de indenizações de caráter punitivo (OECD, 2015, §12).

APLICAÇÃO DE SANÇÕES POR ILÍCITOS PENAIS ANTITRUSTE NA AUSTRÁLIA

		Organizações	Indivíduos
Limites legais da multa	Pena máxima	Para acordos anticoncorrenciais, cartel (civil e criminal) e abuso de poder de mercado, o maior dentre os seguintes valores: i) AUD 10 milhões; ou ii) 3 vezes o ganho auferido; ou iii) 10% do faturamento total.	Para acordos anticoncorrenciais, cartel (civil) e abuso de poder de mercado, AUD 500.000. Para cartel (criminal), AUD 360.000.
	Pena mínima	-	-
Cálculo da multa	Base de cálculo	-	-
	Mercado considerado	-	-
	Critério temporal considerado	-	-
	Incidência de alíquota	-	-
	Modulação da multa	Previsão legal e jurisprudencial de fatores a serem considerados, a juízo da corte: Seção 76(1) do CCA: i) natureza e extensão da violação; ii) quaisquer perdas ou danos sofridos em decorrência da violação; iii) circunstâncias da violação; iv) condenação por violação similar. Fatores “French”: i) natureza e extensão da violação; ii) perda ou dano causado; iii) circunstâncias em que ocorreu a violação; iv) porte da empresa infratora; v) poder de mercado; vi) caráter deliberado da violação e o período ao longo do qual ela se estendeu; vii) participação de administradores seniores; viii) cultura de compliance da empresa; ix) cooperação com as autoridades. Fatores “Heerey”: i) situação financeira da empresa; ii) efeito dissuasório da sanção.	
Vinculação entre a pena da organização e a do indivíduo	-		
Consideração da vantagem auferida	É uma das possibilidades de limite máximo para imposição de multa e também fator a ser considerado na determinação do montante da multa pela corte.		

Proibição de participar de licitação	-	-
Medidas estruturais como sanção	-	-
Pena de prisão	-	Até 10 anos, pela prática de cartel
Proibição do indivíduo de atuar como administrador de empresa	-	Período determinado pela corte; em casos extremos, pode ser vitalícia.
Colaboração	<p>Casos de cartel: indivíduos e organizações; concedida imunidade total ao primeiro postulante; descontos poderão ser concedidos aos demais postulantes, a critério da corte.</p> <p>Demais condutas anticoncorrenciais: indivíduos e organizações; poderão ser concedidos: i) imunidade total ou parcial; ii) pedidos de redução de pena perante a corte; iii) acordos administrativos, não havendo início de ação judicial.</p>	

2.9. Portugal

Em Portugal, a defesa da concorrência é competência da *Autoridade da Concorrência* (AdC), órgão administrativo que “dispõe dos poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação” previstos na Lei nº 19/2012, a qual institui o regime jurídico da concorrência naquele país, prevendo as condutas consideradas anticoncorrenciais e as respectivas sanções aplicáveis (Portugal, 2012a, art. 5º).

A referida lei prevê como práticas restritivas da concorrência e, portanto, passíveis de sanção, as seguintes condutas: i) acordos e práticas concertadas – fixação, direta ou indireta, de preços de compra ou venda; limitação ou controle de produção, desenvolvimento técnico ou investimentos; repartição de mercados; imposição de condições desiguais a parceiros comerciais (Portugal, 2012a, art. 9º); ii) abuso de posição dominante (Portugal, 2012a, art. 11); iii) abuso de dependência econômica de empresa fornecedora ou cliente (Portugal, 2012, art. 12º). São, também, passíveis de sanção, as violações aos arts. 101 e 102 do TFUE, os quais proibem, respectivamente, práticas concertadas e abuso de posição dominante (Portugal, 2012a, art. 13, 2).

As sanções aplicáveis são de natureza administrativa, impostas pela AdC, às quais estão sujeitas todas as condutas proibidas. Tanto organizações infratoras quanto indivíduos relacionados a infrações à lei de concorrência podem ser sancionados com pena de multa (Portugal, 2012a, art. 68). Adicionalmente, organizações podem ser condenadas a publicar decisão condenatória em jornais de grande circulação, bem como ser privadas de contratar com o Estado por até dois anos contados a partir da decisão condenatória, após o trânsito em julgado (Portugal, 2012a, art. 71)

A seguir, serão abordados o funcionamento da aplicação de sanções pecuniárias e outras sanções a organizações, o processo de sancionamento de indivíduos e aspectos relevantes para a aplicação de sanções por violações antitruste na jurisdição portuguesa. Ressalte-se que, ao contrário das outras jurisdições analisadas no âmbito deste estudo, em Portugal, a prática de cartel não é considerada ilícito criminal, razão pela qual não há previsão de pena de prisão para indivíduos por envolvimento em cartéis. Tampouco há, na jurisdição portuguesa, previsão de sanção de desqualificação de indivíduos para exercer cargo de diretor. Assim, **a única sanção aplicável a indivíduos por ilícitos antitruste é a sanção pecuniária (multa). Desse modo, as**

seções correspondentes às penalidades de prisão e desqualificação de diretores serão omitidas neste capítulo.

2.9.1. Aplicação de sanções a organizações

2.9.1.1 Multa

Segundo a Lei nº 19/2012, a AdC deverá considerar os seguintes aspectos para a determinação do montante das multas: i) a gravidade da infração; ii) a natureza e a dimensão do mercado afetado; iii) a duração da infração; iv) o grau de participação do infrator; v) o benefício auferidos com a violação, se identificável; vi) o comportamento do infrator na cessação da violação e na reparação dos prejuízos causados; vii) a situação econômica do infrator; viii) os antecedentes do infrator quanto a violações concorrenciais; ix) a colaboração do infrator com as investigações (Portugal, 2012a, art. 69, 1).

A multa máxima aplicável a organizações é de 10% do volume de negócios no ano imediatamente anterior à decisão final condenatória (Portugal, 2012a, art. 69, 2). Caso o benefício econômico auferido com a violação possa ser calculado, e em ultrapassando este o limite máximo da multa aplicável (*i.e.*, 10% do volume total de negócios no ano anterior à decisão condenatória), a multa poderá ser aumentada até o limite máximo de 13,33% do volume total de negócios (Portugal, 2012b, 13).

Para a determinação das multas aplicáveis às violações antitruste, a AdC pauta-se pelas *Linhas de Orientação sobre a Metodologia a Utilizar na Aplicação de Coimas* (doravante, *Linhas de Orientação*), com o propósito de garantir a transparência, a objetividade e a segurança jurídica (Portugal, 2012b, 2).

Segundo as *Linhas de Orientação*, a metodologia de determinação das multas pode ser dividida em **três etapas**: i) determinação do montante-base; ii) ajuste do montante-base com base em circunstâncias agravantes e atenuantes; iii) ajuste do montante obtido na segunda etapa com base nas vantagens auferidas pelo infrator com a violação, se identificáveis, e para garantir a dissuasão geral e específica no caso concreto (Portugal, 2012b, 16).

Na **primeira etapa**, o montante-base corresponde a uma percentagem do volume de negócios do infrator relacionado²⁰⁴ com a violação (o percentual será definido com base na

²⁰⁴ Nesse caso, segundo as *Linhas de Orientação*, “considera-se a média atualizada das vendas de bens e serviços, direta ou indiretamente relacionados com a violação, realizadas em território português, antes da aplicação do

gravidade e na duração da conduta), multiplicada pelo número de anos de duração da conduta (Portugal, 2012b, 17). Na impossibilidade de mensurar o volume de negócios relacionado com a infração, ou quando esse volume for desproporcional ao impacto econômico da violação, ao volume total de negócios da organização ou ao peso desta no setor, utilizar-se-á percentagem do volume total de negócios da organização (Portugal, 2012b, 21-22).

O percentual a ser aplicado sobre o volume de negócios relacionado com a violação será de, **no máximo, 30%**, definido com base na gravidade da infração – quando o percentual for aplicado ao volume total de negócios, **nos casos elencados no parágrafo anterior**, o limite **máximo será de 10%** –, a ser determinado com base na gravidade e na duração da violação. A determinação do percentual a ser aplicado é feita no caso concreto, considerando-se, de modo geral, os seguintes aspectos: i) a natureza da violação; ii) o grau de sofisticação da conduta; iii) os efeitos econômicos da violação; iv) o mercado afetado e a dimensão do setor econômico relacionado; v) o comportamento dos agentes econômicos envolvidos e sua participação na violação (Portugal, 2012b, 24-26). Nas condutas consideradas muito graves – cartéis e práticas unilaterais de exclusão ou de criação de barreiras à entrada – a AdC poderá somar ao montante-base uma **fração adicional** de 15% a 25% do volume de negócios relacionado à infração, com o propósito de garantir efeito dissuasório eficaz contra as referidas violações (Portugal, 2012b, 30).

O valor obtido pela aplicação do percentual ao volume de negócios será, então, **multiplicado pelo número de anos da violação**, considerando-se os períodos inferiores a seis meses como meio ano, e os superiores a seis meses e inferiores a 12 meses como um ano completo, **obtendo-se, assim, o montante-base da multa** (Portugal, 2012b, 29).

Na **segunda etapa**, são feitos ajustes do montante-base para considerar fatores agravantes e atenuantes, de acordo com as circunstâncias do caso concreto. São consideradas **agravantes**: i) insensibilidade do infrator quanto aos valores protegidos pela lei de concorrência; ii) reincidência; iii) recusa de colaboração ou tentativa de obstrução da

IVA e outros impostos diretamente ligados às vendas, nos anos da infração” (Portugal, 2012b, 20). Ainda segundo as Linhas de Orientação, essa metodologia “permite aproximar o montante-base das eventuais ou potenciais vantagens obtidas [...] bem como o impacto econômico da infração e do peso relativo de cada visado no setor afetado”. À luz dessas considerações, é possível inferir, portanto, que a consideração do benefício auferido e do dano causado pela violação é feita de maneira indireta pela AdC (Portugal, 2012b, nota de rodapé nº 5).

investigação; iv) instigação de violações; v) liderança do infrator em práticas colusivas; vi) retaliação contra outros agentes econômicos; vi) ocultação da conduta (Portugal, 2012b, 32).

São consideradas **atenuantes**: i) conduta anticoncorrencial autorizada ou incentivada por regulamentações públicas; ii) colaboração com a autoridade; iii) atuação do infrator para cessar a violação ou a reparar os prejuízos causados; iv) participação reduzida do infrator na conduta (Portugal, 2012b, 33).

Na **terceira etapa**, a AdC fará os ajustes necessários no montante obtido ao final da segunda etapa, a fim de garantir o efeito dissuasório e a proporcionalidade da multa. Nesse sentido, a AdC **poderá aumentar** o montante em até 100%, a depender: i) do volume de negócios relacionado com a violação; ii) do porte, do poder econômico e da capacidade financeira da organização; iii) da relevância da organização no setor em questão; iv) da necessidade de impor multa superior aos lucros ilícitos obtidos com a violação. Em contrapartida, o montante **poderá ser reduzido**, caso: i) o infrator tenha a maior parte de sua atividade no mercado afetado pela violação (de modo a garantir a proporcionalidade da sanção); ii) a multa coloque em risco a viabilidade econômica da organização (Portugal, 2012b, 34-42).

2.9.1.2 Outras sanções

A Lei nº 19/2012 prevê, em seu art. 71, que, em face da gravidade da violação e da culpa verificada na investigação, as organizações envolvidas em violações antitruste poderão receber penalidades acessórias, de maneira **concomitante com a imposição de multa**.

São duas as **sanções acessórias** previstas no art. 71: i) obrigação de publicação da decisão de condenação da organização no Diário da República e em outro jornal de grande circulação (nacional, regional ou local, a depender da extensão geográfica da violação); ii) proibição de participar, **por até 2 anos**, de procedimento de contratação pública de obras, concessão de serviços públicos, locação ou aquisição de bens e serviços, e atribuição de licenças ou alvarás, **quando a violação tiver ocorrido durante ou por causa do procedimento em questão**, isto é, em casos de cartel em licitações (Portugal, 2012a, art. 71-72).

2.9.2. Aplicação de sanções a indivíduos

2.9.2.1 Multa

A metodologia de cálculo da multa a ser aplicada contra indivíduos é a mesma empregada no caso de organizações, de acordo com as Linhas de Orientação, apresentada na seção 2.9.1.1. O processo de determinação da multa ocorre em três etapas: i) cálculo do montante-base; ii) ajuste para aumento ou diminuição do montante-base com base em agravantes e atenuantes; e iii) ajuste para dissuasão e proporcionalidade (Portugal, 2012b, 16).

Contudo, as Linhas de Orientação estabelecem algumas particularidades quanto à multa aplicável à pessoa física: i) limite máximo de 10% da remuneração anual do infrator no último ano completo da violação (Portugal, 2012b, 12); ii) O montante-base da multa aplicável ao indivíduo infrator, será calculado pela multiplicação da remuneração anual do infrator pela proporção entre o montante-base da multa aplicada à organização a que está vinculado o indivíduo e o volume de negócios total da organização²⁰⁵ (Portugal, 2012b, 28).

2.9.3. Aspectos relevantes para a aplicação de sanções

2.9.3.1 Colaboração com as autoridades

Na jurisdição portuguesa, há possibilidade de obtenção de dispensa ou isenção de multa em casos de cartel, mediante colaboração com a AdC (correspondente aos programas de leniência de outras jurisdições).

Essa possibilidade está prevista no Cap. VIII da Lei nº 19/2012, aplicável apenas a casos de cartel, e aberto a organizações e a indivíduos (neste último caso, restrito aos titulares do órgão de administração, e aos responsáveis pela direção ou fiscalização das áreas da organização em que se verifique violação) (Portugal, 2012a, art. 75-76).

A dispensa da multa (equivalente a imunidade total) pode ser concedida pela AdC à primeira empresa que forneça à Autoridade informações e provas que permitam fundamentar pedido de busca e apreensão ainda não reunidas pela Autoridade e que permitam comprovar a existência de uma violação de cartel ainda não comprovada pela AdC (Portugal, 2012a, art. 77,1). As condições para o benefício são: i) cooperação plena e contínua com a AdC (provimento de todas as informações de que dispõe, resposta a todos os pedidos de

²⁰⁵ Isto é, trata-se de aplicar à remuneração recebida pelo indivíduo a mesma proporção que o montante-base aplicado à organização representa de seu faturamento total.

informação da Autoridade, proibição de qualquer tentativa de obstrução da investigação, manutenção do sigilo quanto ao pedido de dispensa); ii) cessação imediata da violação; iii) ausência de coação para que outras empresas tenham participado da violação (Portugal, 2012a, art. 77,2).

A **redução da multa** (equivalente a **imunidade parcial**) poderá ser concedida às empresas que forneçam à AdC informações adicionais àquelas oferecidas pelo beneficiário de dispensa, que aporem “valor adicional significativo” às investigações, devendo as empresas cooperar plena e continuamente com a Autoridade e cessar imediatamente a violação. Nessa hipótese, o grau de redução da multa obedecerá a **ordem** de apresentação das empresas e o **valor adicional** que aporem à investigação: i) de 30% a 50% para a primeira empresa; ii) de 20% a 30% para a segunda empresa; e iii) de até 20% para as demais empresas (Portugal, 2012a, art. 78, 1-3). Se o pedido de redução for apresentado depois da emissão de uma *nota de ilicitude* pela AdC, prevista no art. 24 da Lei nº 19/2012 (semelhante ao *statement of objections* do âmbito da Comissão Europeia), os graus supramencionados são reduzidos pela metade (Portugal, 2012a, art. 78,4).

Os indivíduos qualificados como titulares do órgão de administração, e como responsáveis pela direção ou fiscalização das áreas da organização em que se verifique violação, podem beneficiar-se da dispensa ou redução de multa obtida pela empresa a que estão vinculados, **independentemente de requerimento pessoal**, bastando que mantenham cooperação plena e contínua com a AdC. Os indivíduos que submeterem pedidos de dispensa ou redução de multa a título pessoal poderão obter os mesmos benefícios concedidos às organizações, com as devidas adaptações (Portugal, 2012a, art. 79).

Outra possibilidade de cooperação com a AdC se dá por meio de *procedimento de transação*, correspondente aos *settlements* de outras jurisdições, previsto nos arts. 22 (transação durante a fase de inquérito) e 27 (transação na fase de instrução) da Lei nº 19/2012.

Na hipótese do art. 22, uma pessoa ou organização investigada pela AdC poderá ser convidada ou manifestar interesse em participar de conversações para eventual apresentação de proposta de transação durante o curso do inquérito. A proposta de transação apresentada pelo acusado deverá tomar por base as conversações entabuladas e reconhecer a responsabilidade pela violação objeto do inquérito. Já no âmbito do art. 27, a proposta de transação é apresentada durante a fase instrutória, *i.e.*, com processo já instaurado. Os

requisitos para transação, nesse último caso, são: i) confissão dos fatos; e ii) reconhecimento de responsabilidade pela violação. Em qualquer das hipóteses, uma vez aceita, a proposta de transação converte-se em decisão condenatória, prevendo as sanções aplicáveis e a percentagem de redução da multa. A redução concedida com base em *procedimento de transação* é cumulativa com eventual benefício de redução de multa concedido pela AdC (Portugal, 2012a, arts. 22 e 27).

Outra possibilidade de cooperação com a AdC ocorre por meio de compromissos voluntários assumidos pelo violador, os quais sejam considerados suficientes para eliminar os efeitos anticoncorrenciais observados pela Autoridade. Caso aceitos, os compromissos voluntários tornar-se-ão obrigatórios e poderão ensejar o arquivamento do inquérito pela AdC, sem que a decisão de arquivamento implique reconhecimento de violação à lei de concorrência (Portugal, 2012a, art. 23, 1-9).

2.9.3.2 Ações de indenização

Não há previsão expressa de ações de indenização por danos antitruste na Lei nº 19/2012. Não obstante, na jurisdição portuguesa, **é possível ajuizar ações civis de danos com base em regras gerais de responsabilidade civil** previstas no Código Civil português. O ônus da prova cabe ao reclamante, que deverá evidenciar **a existência da conduta alegada, o dano causado e o nexo causal entre a conduta e o dano** (OECD, 2015, §7-11).

Não há possibilidade de imposição de “danos punitivos”, mas **apenas de “danos compensatórios”**, isto é, equivalentes a perdas reais e lucros perdidos (OECD, 2015, §10). O prazo prescricional para ajuizamento da ação é de três anos a partir do momento em que o reclamante toma conhecimento do direito de indenização, respeitado o limite absoluto de 20 anos a partir da data de ocorrência do dano (OECD, 2015, §13).

Ademais, a Lei nº 19/2012 prevê a **declaração de nulidade de acordos entre empresas e de declarações de associações de empresas por violação à lei de concorrência** (Portugal, 2012a, art. 9º, 2). O pedido de declaração de nulidade referido também encontra respaldo no Código Civil Português (OECD, 2015, §14).

Na sequência da publicação de diretiva da União Europeia sobre ações de danos antitruste, a AdC enviou proposta de lei a fim de incorporar as regras da referida diretiva no ordenamento jurídico nacional português, incluindo emenda à Lei nº 19/2012, para incluir o

pagamento de indenizações por danos causados por violações à lei de concorrência como critério a ser considerado no processo de determinação de multas, especificamente como circunstância atenuante (OECD, 2016, §35-37).

APLICAÇÃO DE SANÇÕES POR ILÍCITOS PENAIS ANTITRUSTE EM PORTUGAL

		Organizações	Indivíduos
Limites legais da multa	Pena máxima	10% do volume de negócios total realizado no ano imediatamente anterior à decisão condenatória da AdC. Pode chegar a 13,33% quando o benefício econômico auferido com a violação puder ser mensurado e for superior ao limite máximo de 10% do volume total de negócios.	10% da remuneração anual auferida pelo exercício de suas funções na empresa infratora, no último ano completo de ocorrência da violação.
	Pena mínima	-	-
Cálculo da multa	Base de cálculo	Em regra, volume de negócios relacionado com a violação realizado no ano imediatamente anterior à decisão condenatória da AdC. Pode ser utilizado o volume de negócios total caso não seja possível determinar o volume relacionado com a violação, ou quando houver desproporção significativa entre o volume de negócios relacionado com a violação e o impacto econômico da violação.	Remuneração anual auferida pelo exercício de suas funções na empresa infratora, no último ano completo de ocorrência da violação.
	Mercado considerado	Mercado relacionado com a violação.	-
	Critério temporal considerado	Ano imediatamente anterior à decisão condenatória da AdC.	Último ano completo de ocorrência da violação.
	Incidência de alíquota	Até 30% volume de negócios relacionado com a violação. Pode-se somar fração adicional de 15% a 25% em casos muito graves (cartel e condutas unilaterais de exclusão ou criação de barreiras à entrada).	Montante-base corresponde à multiplicação da remuneração anual do infrator pela proporção entre o montante-base da multa aplicada à organização a que está vinculado o indivíduo e o volume de negócios total da organização.
	Modulação da multa	i) ajuste do montante-base com base em circunstâncias agravantes e atenuantes; e ii) ajuste do montante obtido na segunda etapa com base nas vantagens auferidas pelo infrator com a violação, se identificáveis, e para garantir a dissuasão geral e específica no caso concreto	i) ajuste do montante-base com base em circunstâncias agravantes e atenuantes; e ii) ajuste do montante obtido na segunda etapa com base nas vantagens auferidas pelo infrator com a violação, se identificáveis, e para garantir a dissuasão geral e específica no caso concreto.
Vinculação entre a pena da organização e a do indivíduo		O montante-base da multa aplicável ao indivíduo corresponde à multiplicação da remuneração anual do infrator pela proporção entre o montante-base da multa aplicada à organização a que está vinculado o indivíduo e o volume de negócios total da organização, de modo que há vinculação entre pena da organização e a do indivíduo.	

Consideração da vantagem auferida	Se for possível determinar o benefício econômico auferido com a violação, a multa deverá ser superior a esse valor, de modo a garantir seu caráter dissuasório.	-
Proibição de participar de licitação	Proibição de participar, por até 2 anos , de procedimento licitatório, quando a violação tiver ocorrido durante ou por causa do procedimento em questão , isto é, em casos de cartel em licitações.	-
Medidas estruturais como sanção	-	-
Pena de prisão	-	Não há
Proibição do indivíduo de atuar como administrador de empresa	-	Não há
Colaboração	Acordos de leniência	2 modalidades, abertas a organizações e a indivíduos: Dispensa de multa: primeiro a apresentar-se; informações sobre práticas de cartel que permitam à AdC fundamentar pedido de busca e apreensão e a comprovar uma violação de cartel ainda não comprovada; dispensa de multa garantida à empresa e aos indivíduos (nesse último caso, apenas os indivíduos qualificados como titulares do órgão de administração, e como responsáveis pela direção ou fiscalização das áreas da organização em que se verifique violação). Redução de multa: postulantes seguintes; informações adicionais àquelas oferecidas pelo beneficiário de dispensa, que aporem “valor adicional significativo” às investigações; o grau de redução da multa obedecerá a ordem de apresentação das empresas e o valor adicional que aporem à investigação: i) de 30% a 50% para a primeira empresa; ii) de 20% a 30% para a segunda empresa; e iii) de até 20% para as demais empresas; se o pedido de redução for apresentado depois da emissão de uma <i>nota de ilicitude</i> pela AdC, os graus supramencionados são reduzidos pela metade; redução de multa garantida à empresa e aos indivíduos (nesse último caso, apenas os indivíduos qualificados como titulares do órgão de administração, e como responsáveis pela direção ou fiscalização das áreas da organização em que se verifique violação).
	Acordos de confissão	<i>Procedimento de transação</i> , com: i) confissão dos fatos; e ii) reconhecimento de responsabilidade pela violação. Uma vez aceita, a proposta de transação converte-se em decisão condenatória, prevendo as sanções aplicáveis e a porcentagem de redução da multa. A redução concedida com base em <i>procedimento de transação</i> é cumulativa com eventual benefício de redução de multa concedido pela AdC.

Fonte: elaboração da autora

2.10. Chile

No Chile, a defesa da concorrência é atribuição da *Fiscalía Nacional Económica* (FNE), órgão administrativo independente, e do *Tribunal de Defensa de la Libre Competencia* (TDLC), órgão jurisdicional especial e independente, no marco do *Decreto Ley Nº 211* (DL 211).²⁰⁶⁻²⁰⁷

As **prática anticoncorrenciais proibidas** pelo DL 211 são aquelas previstas no art. 3º do referido diploma legal, a saber: i) **acordos e práticas concertadas** entre concorrentes para fixar preços de compra ou venda, limitar a produção, dividir mercados, afetar o resultado de licitações, determinar condições de comercialização ou excluir concorrentes; ii) **abuso de posição dominante** para fixar preços de compra ou venda, consignar a venda de um produto à compra de outro produto, dividir mercados e outras práticas assemelhadas; iii) **práticas predatórias ou de concorrência desleal**, com o propósito de alcançar, manter ou fortalecer a posição dominante; iv) **participação simultânea de um indivíduo** em cargos executivos relevantes ou em cargos de diretor **em duas ou mais empresas concorrentes** entre si (*interlocking*), em determinadas circunstâncias²⁰⁸ (DL 211, art.3, a-d).

As proibições constantes do art. 3º do DL 211 são **passíveis de sancionamento** com as **sanções civis** previstas no art. 26 do mesmo decreto-lei, quais sejam: i) modificação ou terminação de acordos (remédios comportamentais); ii) modificação ou dissolução de pessoas jurídicas (remédios estruturais); iii) multas a organizações e a indivíduos (sanções pecuniárias);

²⁰⁶ Em 2016, a Lei Nº 20.945 promoveu modificações substanciais ao DL 211, com o propósito de aperfeiçoar o sistema de defesa da concorrência chileno, sobretudo a fim de permitir sanções mais adequadas e com maior potencial dissuasório. Neste estudo, todas as menções ao DL 211 referem-se à versão consolidada do DL 211, com as modificações introduzidas pela Lei Nº 20.945.

²⁰⁷ Contribuição escrita do Chile para o Comitê de Concorrência da OCDE indica, em linhas gerais, as principais mudanças introduzidas pela Lei Nº 20.945: “i) *increases the applicable fines and introduces new administrative sanctions against cartels*; ii) *considers hard-core cartels as a criminal offence, as well as it incorporates a per se illegality rule regarding them*; iii) *establishes a mandatory merger control regime*; iv) *empowers the FNE to request information to private undertakings for the execution of market studies*; v) *introduces the concept of interlocking as a breach of competition law*; vi) *requires to notify the FNE of any minority interests*; vii) *strengthens the leniency policy*; viii) *empowers the Competition Tribunal to determine compensation of damages arising from anti-competitive infringements (private enforcement)*; and, ix) *imposes administrative sanctions for infringements to the duty of collaboration with the FNE during its investigations*” (OECD, 2016, nota 1).

²⁰⁸ A alínea (d) do art. 3º do DL 211 estabelece circunstâncias relativas ao *threshold* de faturamento das empresas envolvidas, bem como limites temporais, para a caracterização da prática de *interlocking*. Nos termos do referido dispositivo legal: “*La participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí, siempre que el grupo empresarial al que pertenezca cada una de las referidas empresas tenga ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que excedan las cien mil unidades de fomento en el último año calendario. Con todo, sólo se materializará esta infracción si transcurridos noventa días corridos, contados desde el término del año calendario en que fue superado el referido umbral, se mantuviere la participación simultánea en tales cargos*”.

iv) proibição a empresas de contratar com a administração pública (*debarment*). São também aplicáveis as **sanções penais** previstas no art. 62 do DL 211 (para crime de prática de cartel²⁰⁹): i) pena de prisão; ii) desqualificação de indivíduos para exercer os cargos de diretor ou de gerente.

Na jurisdição chilena, o **poder sancionatório é titularizado pelo TDLC** (e pela *Corte Suprema*, em sede de recurso), de modo que a determinação final das sanções a serem impostas em determinado caso é competência exclusiva do TDLC, o qual constitui, como já mencionado, órgão jurisdicional especial (FNE, 2019, p. 2-4 ; DL 211, art. 5º). Assim, no processo sancionatório, **cabe à FNE investigar** alegadas violações à concorrência e **iniciar ações jurisdicionais** (civis ou penais) **perante o TDLC**, submetendo expressamente suas **pretensões sancionatórias** à consideração do *Tribunal* (FNE, 2019, p. 2 ; DL 211, art. 34).

A seguir, serão apresentados os processos de dosimetria de sanções civis e penais por violações antitruste a organizações e a indivíduos no Chile. Em seguida, serão apresentados aspectos relevantes para a aplicação de sanções na jurisdição chilena, com destaque para as hipóteses de colaboração com a autoridade e para as ações de indenização por danos antitruste.

2.10.1. Aplicação de sanções a organizações

2.10.1.1 Multa

A aplicação de multa pelo TDLC está prevista no art. 26, c, do DL 211, sujeita aos **limites máximos**: i) de **30% das vendas** do violador correspondentes à **linha de produtos ou serviços** associada à violação, durante o **período da violação**; ou ii) do **dobro do benefício econômico** auferido com a violação; ou iii) de **60.000 unidades tributárias anuais** (UTA²¹⁰), quando **não for**

²⁰⁹ Nos termos do art. 62: “El que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice un **acuerdo** que involucre a dos o más competidores entre sí, **para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones** realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo. Asimismo, será castigado con **inhabilitación absoluta temporal, en su grado máximo, para ejercer el cargo de director o gerente** de una sociedad anónima abierta o sujeta a normas especiales, el cargo de director o gerente de empresas del Estado o en las que éste tenga participación, y el cargo de director o gerente de una asociación gremial o profesional”.

²¹⁰ A *Unidad Tributaria Anual* (UTA) é equivalente a doze vezes a *Unidad Tributaria Mensual*. Ambos os índices são publicados mensalmente pelo *Servicio de Impuestos Internos* (SII) do Chile com seus valores correspondentes em pesos chilenos (CLP\$). Segundo dados do SII, o valor da UTA referente a outubro de 2019 é de CLP\$ 590.748,00. Os dados estão disponíveis no sítio do SII na internet: <http://www.sii.cl/valores_y_fechas/utm/utm2019.htm>.

possível determinar nem as vendas, nem o benefício econômico do violador. As multas são aplicáveis a organizações (pessoas jurídicas) e a indivíduos (diretores, administradores). Às multas impostas a organizações, **respondem solidariamente** por seu pagamento seus diretores, administradores, e as pessoas que se beneficiaram da violação, tendo participado dela (DL 211, art. 26, c).

Segundo o DL 211, o cálculo das multas deverá levar em consideração os seguintes aspectos: i) o benefício econômico auferido com a violação, se houver; ii) a gravidade da conduta; iii) o efeito dissuasório; iv) a condição de reincidente²¹¹ do violador; v) a capacidade econômica do violador; e vi) a colaboração com a FNE antes ou durante a investigação.

Em 2019, a FNE publicou a *Guía Interna para Solicitudes de Multa de la Fiscalía Nacional Económica* (doravante, “Guia de Multas”)²¹², as quais seguem, em linhas gerais, os mesmos critérios da DL 211 mencionados no parágrafo anterior. Tais diretrizes **não são vinculantes** para o TDLC e para a *Corte Suprema*; não obstante, a FNE considera que a publicação dos passos seguidos para cálculo de pretensões de multas contribui para a **transparência, a objetividade e previsibilidade** dos processos conduzidos pela *Fiscalía* (FNE, 2019, p. 3-4). O Guia de Multas estabelece método de **duas etapas** para cálculo de multas: i) determinação do **montante-base**; e ii) **ajustes** para aumento ou diminuição do montante-base.

Na **1ª etapa**, o montante-base é calculado com base em uma das três possibilidades de base de determinação da multa, previstas no art. 26: i) vendas do violador correspondentes à linha de produtos ou serviços associada à violação; ou ii) benefício econômico auferido com a violação; ou iii) multa de até 60.000 UTA (FNE, 2019, §10).

No **primeiro caso**, a FNE buscará determinar o valor das vendas com base nos melhores dados disponíveis, inclusive por meio de projeções e aproximações com base em dados parciais, caso necessário. O **montante-base** será fixado em, **no máximo 20% do total das vendas**

²¹¹ Será considerado reincidente o violador que tenha sido condenado por violações antitruste nos últimos dez anos, por sentença transitada em julgado.

²¹² O Guia de Multas foi publicado em agosto de 2019, devendo orientar o processo de determinação de pretensão de multas pela FNE nos procedimentos contenciosos apresentados ao TDLC após aquela data. Até o momento da elaboração deste estudo, não houve requerimento de aplicação de multa formulado pela FNE perante o TDLC após a publicação do referido guia, razão pela qual não foi possível verificar a aplicação da metodologia no caso concreto, a fim de suprir as lacunas do Guia de Multas quanto à consideração, na prática, dos aspectos a serem considerados pela FNE.

correspondentes à linha de produtos ou serviços em conexão com a violação **durante todo o período de duração** da violação (FNE, 2019, §11-12).

No **segundo caso**, a FNE fará uso dos melhores dados disponíveis para calcular o benefício auferido com a violação, inclusive por meio de projeções e aproximações com base em dados parciais, caso necessário. A FNE poderá ainda empregar a **metodologia que considere mais adequada**²¹³, inclusive por meio de **assessoria externa** de especialistas. O montante-base, nessa situação, será fixado em, **no máximo, o valor** equivalente ao **benefício econômico auferido aumentado em 35%** (FNE, 2019, §13-14).

No **terceiro caso**, referido pela FNE de **critério subsidiário**, o montante-base será fixado no **valor máximo de 40.000 UTA**, considerando-se a duração da violação e seus efeitos. Essa forma de determinação do montante-base está **restrita às seguintes hipóteses**: i) o violador é pessoa ou entidade que não realiza vendas, nem não auferir benefícios econômico (e.g. organismos estatais, associações gremiais); ii) o violador só realiza venda de produtos ou serviços não relacionados com a violação; iii) o violador é pessoa física que não atua como agente econômico autônomo no mercado; iv) a natureza da violação não tem relação com as vendas do violador, nem lhe conferiu benefício econômico direto (FNE, 2019, §15-16).

²¹³ Não há, no Guia de Multas, informações mais precisas acerca de metodologias aplicáveis para cálculo de benefício econômico auferido com a violação. Na sentença Nº 160/2017 do TDLC, prolatada no caso do *Requerimiento FNE contra Tissue S.A y Otra*, o Tribunal levou em consideração informe elaborado por economistas da FNE para estimativa do benefício no caso de cartel. Na sentença, o TDLC especifica as metodologias empregadas:

*“Ducentésimo duodécimo: [...] la FNE acompañó el informe de la economista de dicho servicio, Sofía Garcés. En éste se estima estadísticamente el nivel de influencia que tuvieron las Requeridas en la definición de precios de venta a público entre los años 2006 y 2012. Se concluye que las tasas de traspaso del precio acordado al precio sugerido a supermercados fueron de 93,1% para CMPC y de 82% para SCA. Por otro lado, las tasas de traspaso del precio sugerido a los precios cobrados a consumidores, fueron de un 90% para CMPC y un 96,2% para SCA; Ducentésimo decimotercero: [...] utilizando los resultados del informe descrito en el considerando anterior, los economistas Ana María Montoya y Marcelo Olivares [...] estiman los sobrepagos cobrados por las Requeridas producto del acuerdo colusivo. En su estimación asumen una tasa de traspaso del 100% entre los precios acordados por las Requeridas a los efectivamente cobrados a los consumidores. En particular, **utilizan dos metodologías econométricas diferentes: (i) un modelo en forma reducida en precios para compararlos durante y después del acuerdo (modelo before-and-after)** (el que en el cuerpo de su informe estiman con data para el período 2006 a 2015, pero que en el anexo entregan estimaciones con data de 1998 a 2015); **y (ii) un modelo estructural que simula los precios en ausencia de acuerdo**, lo que por la calidad de la data sólo la usan desde 2006 a 2015. De los tres informes que estiman sobrepagos producto de la colusión, el informe de Montoya y Olivares es el único que lo hace teniendo como contrafactuales períodos diferentes al de 2000-2005, por lo que sus resultados se acercan más a la realidad constatada en esta sentencia de que el acuerdo entre CMPC y SCA fue desde 2000 a al menos el año 2011”* (TDLC, 2017, consideranda 212 e 213)

Em qualquer dos três casos, a determinação do montante-base terá em conta, especialmente: i) a natureza da violação antitruste; e ii) o efeito dissuasório da multa. No **primeiro aspecto**, consideram-se as colusões as violações mais graves à lei de concorrência, sendo o cartel *hardcore* (fixação de preços, restrição de produção, divisão de mercados e cartéis em licitações) considerado a violação mais grave dentre as práticas colusivas. No **segundo aspecto**, busca-se no mínimo eliminar todo o benefício econômico auferido com a violação e desincentivar violações futuras. A dissuasão será o critério preponderante na fixação do montante-base a partir das vendas ou do critério subsidiário (FNE, 2019, §17-19).

Na **2ª etapa**, serão realizados **ajustes** do montante-base levando em consideração, por meio de **análise global da conduta**: i) circunstâncias de aumento do montante-base; e ii) circunstâncias de redução daquele montante (FNE, 2019, §22).

As **circunstâncias de aumento**²¹⁴ do montante-base elencadas no Guia de Multas são: i) **condição de reincidente**²¹⁵ do violador; ii) **situações agravantes** da conduta: a) o violador liderou ou instigou a violação, ou ainda coagiu os demais agentes econômicos a participar da conduta; b) poder de mercado do violador; c) a violação envolveu bens ou serviços importantes para a população, de consumo de massa, de primeira necessidade ou com baixa possibilidade de substituição; d) a violação foi coordenada por uma associação de concorrentes; e) participação de diretores, administradores ou de altos executivos da organização; f) atuação clandestina do violador, buscando ocultar sua conduta das autoridades; g) conhecimento ou dever de conhecimento do violador acerca da ilegalidade da conduta; h) tentativa de ocultação ou adulteração de provas; i) a violação restringe a inovação em mercados nos quais o bem-estar do consumidor depende de inovação; j) obstrução ou tentativa de obstrução da investigação da FNE (FNE, 2019, §23-24).

As **circunstâncias de redução**²¹⁶ do montante-base, segundo o Guia de Multas são: i) colaboração do violador antes da investigação (em período de admissibilidade de uma denúncia); ii) colaboração do violador durante a investigação (de boa-fé e de forma não oportunista, com informações que adicionem valor às investigações); iii) existência de programas de conformidade com a lei de concorrência anteriores à violação; iv) capacidade

²¹⁴ Trata-se de rol exaustivo das circunstâncias a serem consideradas pela FNE.

²¹⁵ A respeito da do critério para consideração de reincidência, ver nota de rodapé nº 6.

²¹⁶ Trata-se de rol exaustivo das circunstâncias a serem consideradas pela FNE.

econômica do violador, sobretudo se indivíduo, e nas situações em que a multa ameace a viabilidade econômica da organização (redução **após todos os ajustes** ao montante-base); v) **situações atenuantes** da conduta: a) papel secundário do violador; b) efeitos sobre o mercado da conduta não foram significativos; c) conduta autorizada expressamente por autoridade pública ou por regulamentos administrativos; d) conduta foi levada ao conhecimento público antes da abertura de uma investigação pela FNE (FNE, 2019, §25-29).

A **multa final**, determinada ao final da 2ª etapa, não poderá exceder os valores máximos previstos no art. 26 do DL 211, a saber, **a depender da base de cálculo** escolhida: i) 30% das vendas do violador correspondentes à linha de produtos ou serviços associada à violação, durante o período da violação; ou ii) o dobro do benefício econômico auferido com a violação; ou iii) 60.000 UTA. Quando adotado o critério do benefício econômico auferido com a violação, a multa final não poderá ser inferior ao valor correspondente àquele benefício, salvo nos casos de redução por risco de inviabilidade econômica do violador (FNE, 2019, §30-31).

2.10.1.2 Outras sanções

Medidas **comportamentais e estruturais** estão previstas pelo art. 26 do DL 211 como aplicáveis nos casos de condutas anticoncorrenciais, podendo o TDLC: i) determinar a modificação ou o cancelamento de atos, contratos, convênio, sistemas ou acordos que tenham sido considerados contrários à lei de concorrência; ii) determinar a modificação ou a dissolução de sociedades, corporações e demais pessoas jurídicas de direito privado que tenham participado de acordos anticoncorrenciais (DL 211, art. 26, a-b).

O TDLC também poderá sancionar organizações com medida **de proibição de contratação com o Estado** chileno, incluindo a administração pública centralizada e descentralizada, órgãos autônomos, empresas que recebam recursos estatais, o Congresso Nacional e o Poder Judiciário, e **proibição de adjudicação**, pela organização, **de qualquer concessão** outorgada pelo Estado, pelo **prazo máximo de cinco anos** a contar do trânsito em julgado da sentença definitiva (DL 211, art. 26, d).

2.10.2. Aplicação de sanções a indivíduos

2.10.2.1 Pena de prisão

De acordo com o art. 62 do DL 211, os indivíduos condenados por prática de acordo entre concorrentes para fixar preços de compra ou venda, restringir produção ou oferta; dividir mercados; ou afetar o resultado de licitações públicas são suscetíveis a pena de prisão, o que permite afirmar que a referida pena de desqualificação é **aplicável aos indivíduos condenados por prática de cartel**. O início da ação penal é de competência privativa da FNE e somente poderá ser iniciada após reconhecimento de que o acordo proibido de fato existiu, por meio de sentença definitiva do TDLC transitada em julgado (DL 211, art. 64).

A pena de prisão será fixada pelo TDLC entre a pena de *presidio menor* em grau máximo e a pena de *presidio mayor* em grau mínimo. Desse modo, segundo o *Código Penal* do Chile, a **pena mínima** será o grau máximo de *presidio menor* (**de 3 anos e 1 dia a 5 anos**) e a **pena máxima**, o grau mínimo de *presidio mayor* (**de 5 anos e 1 dia a 10 anos**) (Chile, 2019, art. 56-57).²¹⁷

O art. 62 do DL 211 estabelece as regras²¹⁸ a serem observadas pelo TDLC para a fixação da pena de prisão, a saber: i) inexistindo agravantes ou atenuantes, o Tribunal poderá fixar a pena ao longo de toda a extensão permitida; ii) havendo um ou mais atenuantes e nenhum agravante, o Tribunal aplica a pena no grau inferior (*i.e.*, de 3 anos e 1 dia a 5 anos); iii) havendo um ou mais agravantes e nenhum atenuante, a pena será fixada no grau superior (*i.e.*, de 5 anos e 1 dia a 10 anos); iv) havendo agravantes e atenuantes simultaneamente, deverá o Tribunal sopesá-las racionalmente a fim de determinar a pena aplicável, considerando também a extensão da lesão causada pela violação (DL 211, art. 62, 1-4).

O art. 39 do DL 211 também prevê pena de prisão (*presidio menor*) de grau mínimo a médio, *i.e.*, de 61 dias a 3 anos (Chile, 2019, art. 56-57) para aqueles que ocultem informação que tenha sido requerida pela FNE ou prestem informação falsa, com o objetivo de obstruir o

²¹⁷ No âmbito da persecução penal de crime de cartel, o DL 211 prevê a aplicação da Lei Nº 18.216, que estabelece penas substitutivas àquelas privativas de liberdade, permitindo que o indivíduo cumpra a pena em liberdade vigiada, com a particularidade de que a substitutiva ficará em suspenso por 1 ano, período no qual o indivíduo deverá cumprir efetivamente a pena privativa de liberdade.

²¹⁸ Como determinado expressamente no DL 211, o TDLC não deverá aplicar as regras constantes dos arts. 67-69 do *Código Penal*, devendo aplicar, em seu lugar, as regras do art. 62 do DL 211.

trabalho da FNE. Nessa situação, a FNE deverá comunicar a situação ao Ministério Público, o qual será responsável pela persecução criminal dos indivíduos envolvidos (DL 211, art. 39, h).

Outra hipótese de aplicação de pena de prisão a indivíduos está prevista no art. 39 *bis* do DL 211. Nesse caso, indivíduos que se valham dos benefícios do programa de *Delación Compensada* (programa de leniência chileno, apresentado na seção 2.10.3.1) para empreender falsa denúncia de prática de cartel, ou denúncia baseada em informações fraudulentas, com o objetivo de prejudicar outros agentes econômicos, estarão sujeitos a pena de prisão (*presidio menor*) em grau máximo (3 anos e 1 dia a 5 anos) (DL 211, art. 39 *bis* ; Chile, 2019, art. 56-57).

2.10.2.2 Multa

O art. 26, c, do DL 211 estabelece que as multas por violações às proibições do referido decreto-lei são aplicáveis aos diretores e administradores de pessoas jurídicas violadoras, bem como a toda pessoa, inclusive indivíduo, que tenha participado da conduta anticoncorrencial. Indivíduos **também responderão solidariamente** pelo pagamento de multas impostas a organizações das quais sejam diretores, administradores, ou de cuja violação se tenham beneficiado, tendo participado da violação (DL 211, art. 26, c).

A **metodologia de cálculo** da multa a ser aplicada contra indivíduos **é a mesma empregada no caso de organizações**, de acordo com o Guia de Multas, apresentada na seção 2.10.1.1. O processo de determinação da multa ocorre em duas etapas: i) cálculo do montante-base; e ii) ajustes para aumento ou diminuição do montante-base; sujeitando-se aos mesmos limites máximos estabelecidos (FNE, 2019, §9-31).

O DL 211 e o Guia de Multas preveem algumas **particularidades** quanto à multa aplicável a pessoa física: i) **não** poderão ser pagas pela pessoa jurídica (ou por acionistas ou sócios dela) na qual o indivíduo exerceu funções, tampouco por qualquer entidade do mesmo grupo empresarial (ou por acionistas ou sócios dele) (DL 211, art. 26, c); ii) aplicação do **critério subsidiário** para determinação do montante-base quando se tratar de pessoa física que não atue como agente econômico autônomo no mercado (FNE, 2019, §15, c) consideração **especial** quanto à capacidade econômica do violador, como critério para redução do montante-base (FNE, 2019, §27).

O art. 39 do DL 211 também prevê imposição de **multa por atraso injustificado** em responder **solicitação de informações** formulada pela FNE, **ou resposta parcial** ao quanto

solicitado. A multa aplicável é de **até duas UTA por dia** de atraso e deverá ser imposta pelo TDLC (DL 211, art.39, h).

2.10.2.3 Desqualificação de diretores

A pena de inabilitação absoluta temporal de indivíduos para exercer cargo de diretor ou de gerente é considerada como **sanção penal** prevista pelo art. 62 do DL 211. A pena é aplicável aos casos de prática de acordo entre concorrentes para fixar preços de compra ou venda, restringir produção ou oferta; dividir mercados; ou afetar o resultado de licitações públicas, o que permite afirmar que a referida pena de desqualificação é, assim como a pena de prisão, **aplicável aos indivíduos condenados por prática de cartel**. A inabilitação valerá para exercício em: i) sociedades anônimas abertas ou sujeitas a normas especiais; ii) empresas estatais ou aquelas nas quais Estado detenha participação; iii) associações gremiais ou profissionais (DL 211, art. 62).

A pena de **inabilitação absoluta temporal** é aplicável em seu **grau máximo (de 7 anos e 1 dia a 10 anos)** (Chile, 2019, art. 56-57) e sua dosimetria seguirá os critérios estabelecidos pelo art. 62 do DL 211: i) inexistindo agravantes ou atenuantes, o Tribunal poderá fixar a pena ao longo de toda a extensão permitida; ii) havendo um ou mais atenuantes e nenhum agravante, o Tribunal aplica a pena no grau inferior (de 7 anos e 1 dia a 8,5 anos) ; iii) havendo um ou mais agravantes e nenhum atenuante, a pena será fixada no grau superior (de 8,5 anos e 1 dia a 10 anos); iv) havendo agravantes e atenuantes simultaneamente, deverá o Tribunal sopesá-las racionalmente a fim de determinar a pena aplicável, considerando também a extensão da lesão causada pela violação (DL 211, art. 62).

2.10.3. Aspectos relevantes para a aplicação de sanções

2.10.3.1 Colaboração com as autoridades

Na jurisdição chilena, a colaboração com as autoridades em investigações de prática de cartel pode ocorrer por meio do que a FNE denomina *Delación Compensada*, prevista nos arts. 39 *bis* e 63 do DL 211 e regulado pelo documento *Guía Interna sobre Delación Compensada em Casos de Colusión* (FNE,2017). O programa é aberto a qualquer pessoa, física ou jurídica, que possa ser responsabilizada por violações previstas no art. 3, a, do DL 211, *i.e.*, por prática de cartel (FNE, 2017, §14).

Caso o postulante seja pessoa jurídica, as demais pessoas jurídicas pertencentes ao mesmo grupo, bem como todos os funcionários atuais e antigos são cobertos pelos benefícios do programa (FNE, 2017, §15). Em contrapartida, quando o postulante for pessoa física dependente, *i.e.*, que trabalha para uma pessoa jurídica, não haverá extensão dos benefícios a qualquer outra pessoa física ou jurídica, ressalvado o caso de postulação conjunta de mais de uma pessoa física envolvida na mesma conduta (FNE, 2017, §16). Outra hipótese é aquela na qual o postulante é pessoa natural que atua como agente econômico independente, situação em que o postulante poderá incluir outros indivíduos como beneficiários (FNE, 2017, §17).

Há **duas modalidades**²¹⁹ principais de *Delación Compensada*, a saber: i) benefício de isenção; e ii) benefício de redução.

No **primeiro caso**, concede-se ao **primeiro postulante** que apresente provas sobre prática de cartel **isenção** (correspondente a imunidade total) de: i) sanção de dissolução da pessoa jurídica; ii) multa; e iii) responsabilidade penal por crime de cartel (FNE, 2017, §2). As **condições** para o benefício de isenção são: i) aporte de informações que constituam elemento probatório suficiente para embasar um requerimento de condenação; ii) abstenção de divulgação da solicitação do benefício pelo postulante; e iii) cessar a participação na conduta tão logo apresente sua postulação (FNE, 2017, §3).

No **segundo caso**, concede-se ao **segundo postulante** que apresente provas sobre prática de cartel **redução** (correspondente a imunidade parcial) de: i) até 50% da multa aplicável; ii) um grau na pena por crime de cartel, com dispensa o cumprimento de um ano de efetiva privação de liberdade, cumpridas algumas condições²²⁰ (FNE, 2017, §4). As **condições** para o benefício de redução são as mesmas exigidas para o de isenção, com a particularidade de que as informações apresentadas pelo beneficiário de redução deverão ser adicionais àquelas

²¹⁹ O Guia também prevê possibilidade de *Delación compensada aumentada (Leniency Plus)*. Essa modalidade está disponível para postulantes que não se qualifiquem para o benefício de isenção por uma violação (1ª violação), mas estejam aptos a receber benefício de redução para essa violação. Nesse caso, o postulante poderá optar por confessar FNE uma 2ª violação como primeiro postulante, recebendo o benefício de redução máximo pela 1ª violação e o benefício de isenção pela 2ª violação (FNE, 2017, §7).

²²⁰ Nos termos do Guia: “[...] no deberá cumplir el año de privación efectiva de libertad que contempla el inciso cuarto del artículo 62, si el requerimiento de la FNE involucra a más de dos competidores y el beneficiario cumple los requisitos establecidos en la Ley N° 18.216 para sustituir la ejecución de penas privativas o restrictivas de libertad [...]” (FNE, 2017, §4).

apresentadas pelo beneficiário de isenção, constituindo aporte efetivo para a investigação (FNE, 2017, §5).

A redução da multa, no âmbito do benefício de redução acima descrito, levará em conta o valor probatório das informações adicionais providas pelo beneficiário, aplicando-se um percentual de redução de: i) 40 a 50% para antecedentes adicionais suficientes, *per se*, para embasar um requerimento; ii) 20 a 40% para antecedentes adicionais que complementem significativamente aqueles apresentados pelo beneficiário de isenção; iii) até 20% para antecedentes adicionais que complementem, em menor grau, aqueles apresentados pelo beneficiário de isenção (FNE, 2017, §6).

A FNE fará constar do requerimento ao TDLC, de maneira individualizada, cada um dos postulantes que tenham cumprido os requisitos para obtenção de quaisquer dos benefícios supramencionados. Em reconhecendo a existência da conduta, o TDLC não poderá aplicar multa ao beneficiário de isenção, nem a aplicar acima do valor solicitado pela FNE ao beneficiário de redução, exceto se o TDLC comprovar que o postulante agiu como organizador do cartel, tendo coagido os demais agentes econômicos a participar da conduta (DL 211, art. 39 *bis*).

Finalmente, o DL 211 prevê que FNE poderá celebrar acordos extrajudiciais, sujeitos a aprovação do TDLC, com agentes econômicos envolvidos em violações da lei de concorrência chilena, de modo a proteger a livre concorrência (DL 211, art. 39).

2.10.3.2 Ações de indenização

O art. 30 do DL 211 prevê a possibilidade de ação de indenização por danos causados por violações à lei de concorrência chilena. A ação tramitará no TDLC, devendo-se basear em sentença definitiva do TDLC transitada em julgado, a qual reconheça a existência de prática anticoncorrencial (DL211, art. 30).

O TDLC considerará como antecedentes os elementos de fato reconhecidos na sentença definitiva supramencionada, aplicando as regras da “crítica sã” (*sana crítica*) na análise do conteúdo probatório, seguindo as regras de procedimento sumário do Código de Procedimento Civil. A definição de possível indenização levará em conta todos os danos causados durante toda a extensão temporal da conduta (DL 211, art. 30).

As ações de indenização por danos antitruste no Chile não são obstadas por quaisquer benefícios que determinado agente econômico tenha recebido no âmbito do programa de *Delación Compensada* (DL 211, art. 39 *bis*).

APLICAÇÃO DE SANÇÕES POR ILÍCITOS PENAI ANTITRUSTE NO CHILE

		Organizações	Indivíduos
Limites legais da multa	Pena máxima	i) de 30% das vendas do violador correspondentes à linha de produtos ou serviços associada à violação, durante o período da violação ; ou ii) do dobro do benefício econômico auferido com a violação; ou iii) de 60.000 unidades tributárias anuais (UTA) , quando não for possível determinar nem as vendas, nem o benefício econômico do violador.	60.000 unidades tributárias anuais (UTA) , pela aplicação do critério subsidiário quanto se tratar de pessoa física que não atue como agente econômico autônomo no mercado.
	Pena mínima	-	-
Cálculo da multa	Base de cálculo	i) Vendas do violador correspondentes à linha de produtos ou serviços associada à violação; ou ii) benefício econômico auferido com a violação; ou iii) critério subsidiário.	-
	Mercado considerado	No primeiro caso, mercado de produtos e serviços associado à violação.	-
	Critério temporal considerado	-	-
	Incidência de alíquota	A depender da base de cálculo utilizada para cálculo da multa: i) no máximo 20% do total das vendas correspondentes à linha de produtos ou serviços em conexão com a violação durante todo o período de duração da violação; ou ii) no máximo o valor equivalente ao benefício econômico auferido aumentado em 35%; ou iii) no máximo 40.000 UTA.	No máximo 40.000 UTA, pelo critério subsidiário.
	Modulação da multa	Ajustes do montante-base levando em consideração, por meio de análise global da conduta : i) circunstâncias de aumento do montante-base; e ii) circunstâncias de redução daquele montante Ajustes do montante-base levando em consideração, por meio de análise global da conduta : i) circunstâncias de aumento do montante-base; e ii) circunstâncias de redução daquele montante	
Vinculação entre a pena da organização e a do indivíduo		-	

Consideração da vantagem auferida	Caso seja possível mensurá-la e se adote como base de cálculo o benefício econômico auferido com a violação.	-
Proibição de participar de licitação	Proibição de contratação com o Estado chileno, e proibição de adjudicação, pela organização, de qualquer concessão outorgada pelo Estado, pelo prazo máximo de cinco anos.	-
Medidas estruturais como sanção	O TDLC pode determinar a modificação ou a dissolução de sociedades, corporações e demais pessoas jurídicas de direito privado que tenham participado de acordos anticoncorrenciais.	-
Pena de prisão	-	De 3 anos 1 dia a 10 anos, pela prática de cartel.
Proibição do indivíduo de atuar como administrador de empresa	-	É considerada sanção penal pela prática de cartel, podendo variar de 7 anos e 1 dia a 10 anos.
Colaboração	Acordos de leniência	Aberto a pessoas físicas e jurídicas, nos casos de prática de cartel: Benefício de isenção: primeiro postulante; informações devem constituir elemento probatório suficiente para embasar um requerimento de condenação; imunidade total (abrangendo os indivíduos relacionados caso o postulante seja empresa) de: i) sanção de dissolução da pessoa jurídica; ii) multa; e iii) responsabilidade penal por crime de cartel. Benefício de redução: segundo postulante; informações adicionais àquelas apresentadas pelo beneficiário de isenção, constituindo aporte efetivo para a investigação; imunidade parcial, com redução de: i) até 50% da multa aplicável; ii) um grau na pena por crime de cartel, com dispensa o cumprimento de um ano de efetiva privação de liberdade, cumpridas algumas condições. Percentuais de redução de: percentual de redução de: i) 40 a 50% para antecedentes adicionais suficientes, <i>per se</i> , para embasar um requerimento; ii) 20 a 40% para antecedentes adicionais que complementem significativamente aqueles apresentados pelo beneficiário de isenção; iii) até 20% para antecedentes adicionais que complementem, em menor grau, aqueles apresentados pelo beneficiário de isenção.
	Acordos de confissão	-

Fonte: elaboração da autora

3. Conclusão

O presente Documento de Trabalho teve por objetivo realizar *benchmarking* referente à experiência internacional sobre metodologias de dosimetria de penalidades aplicadas a condutas anticompetitivas. Após apontar tanto avanços quanto aspectos passíveis de melhoria no que tange à defesa da concorrência no Brasil, com base no *peer review* recentemente elaborado pela OCDE, foram analisadas as jurisdições selecionadas para compor o *benchmarking*, servindo como comparativo internacional ao caso brasileiro.

Este trabalho partiu do entendimento de que, para apurar em que medida as experiências internacionais efetivamente contribuem para a prática do Cade, é necessário considerar não só como as autoridades antitruste procedem ao aplicar sanções, mas também o arcabouço institucional mais amplo em que estes recursos sancionatórios se inserem. Nesse sentido, buscou explorar as **características** que estruturam o ***enforcement* da defesa da concorrência** nestas jurisdições, abordando os seguintes aspectos: i) quais são as **diferentes esferas de *enforcement*** concorrencial nas jurisdições analisadas; ii) quais são os **instrumentos utilizados** para tanto; iii) quem são as **autoridades** responsáveis por aplicar estes instrumentos; iv) como é feita a **divisão de competências** entre tais autoridades; e v) que tipo de **agentes estão sujeitos a estas medidas**. Estes pontos encontram-se resumidos no quadro abaixo.

ENFORCEMENT CONCORRENCIAL EM OUTRAS JURISDIÇÕES: CARACTERÍSTICAS GERAIS

		Esfera	Condutas	Agentes sancionados	Tipos de sanção
1.	Estados Unidos	Administrativo	<i>DoJ Antitrust Division (DOJ)</i> e <i>Federal Trade Commission (FTC)</i> responsáveis por casos de condutas anticompetitivas que não configurem crimes	Pessoas físicas e organizações	Medidas comportamentais e estruturais (obrigação de cessar a conduta, restituir os ganhos ilícitos, realizar desinvestimento, promover reestruturação, fazer “contribuição pecuniária”, etc.) *Medidas aplicadas pelas autoridades antitruste pela prática de ilícitos não criminais, ainda que de cunho pecuniário, não são consideradas como penalidades
		Penal	DOJ promove persecução penal em casos de cartel <i>hard core</i>	Pessoas físicas e organizações	Pena de prisão (pessoa física) e sanção pecuniária (pessoas físicas e organizações)
		Civil	Ações indenizatórias	–	Danos punitivos (<i>treble damages</i>)
2.	União Europeia	Administrativo	<i>Directorate General for Competition</i> investiga e julga casos de cartel e de condutas anticompetitivas em geral	Empresas e associações de empresas (<i>undertakings</i>)	Sanção pecuniária, medidas comportamentais e estruturais
		Penal	Não há	–	–
		Civil	Embora a União Europeia busque estimular a reparação de danos no âmbito privado, o julgamento de ações indenizatórias é de competência das cortes nacionais	–	–

3.	França	Administrativo	<i>Autorité de la Concurrence</i> processa e julga casos de cartel e de conduta unilateral	Entidades (<i>undertakings</i>)	Sanção pecuniária, medidas comportamentais e estruturais
		Penal	Poder judiciário processa e julga casos de cartel e de conduta unilateral	Pessoas físicas	Pena de prisão e sanção pecuniária
		Civil	Ações indenizatórias	–	Reparação do dano
4.	Alemanha	Administrativo	<i>Bundeskartellamt</i> processa e julga casos de cartel e de condutas anticompetitivas em geral	Pessoas físicas e jurídicas	Sanção pecuniária, medidas comportamentais e estruturais
		Penal	Casos de cartel em licitação	Pessoas físicas	Pena de prisão e multa penal
		Civil	Ações indenizatórias	–	Reparação do dano
5.	Japão	Administrativo	<i>Japan Fair Trade Commision (JFTC)</i> investiga e impõe sanções a casos de cartel e de conduta unilateral	Empresas	Sanção pecuniária, ordem de cessação ou qualquer medida que for considerada necessária para eliminar a violação concorrencial
		Penal	JFTC apresenta denúncia e judiciário julga práticas monopolísticas ou que causarem indevidas restrições à concorrência	Empresas e pessoas físicas	Pena de prisão (pessoa física) e sanção pecuniária (pessoas físicas e empresas)
		Civil	Ações indenizatórias	–	–
6.	Coreia	Administrativo	<i>Korean Fair Trade Commision (KFTC)</i>	Pessoas físicas e jurídicas	Sanção pecuniária e medidas comportamentais

		Penal	Casos de cartel e outras práticas anticompetitivas em geral são processados judicialmente como crime	Pessoas físicas e jurídicas	Empresas estão sujeitas a sanções pecuniárias. Pessoas físicas podem sofrer sanções pecuniárias e de prisão.
		Civil	Ações indenizatórias	–	–
7.	Reino Unido	Administrativo	<i>Competition and Markets Authority (CMA)</i> investiga e impõe sanções a práticas anticompetitivas em geral	Pessoas jurídicas	Sanção pecuniária
		Penal	CMA instaura persecução penal em casos de cartel	Pessoas físicas	Pena de prisão, sanção pecuniária e proibição do exercício da função de administrador de empresa
		Civil	Ações indenizatórias	–	–
8.	Austrália	Administrativo	–	–	–
		Penal	Procuradoria federal promove persecução penal, no judiciário, de casos de cartel	Pessoas físicas e jurídicas	Empresas estão sujeitas a sanções pecuniárias. Pessoas físicas podem sofrer sanções pecuniárias e de prisão.
		Civil	<i>Australian Competition and Consumer Commission (ACCC)</i> processa e julga casos de condutas anticompetitivas que não sejam cartéis. Ações indenizatórias também são possíveis.	Pessoas físicas e jurídicas	Sanção pecuniária, proibição do exercício da função de administrador de empresa, remédios comportamentais.
9.	Portugal	Administrativo	<i>Autoridade da Concorrência (ADC)</i> investiga e pune violações antitruste em geral	Pessoas físicas e jurídicas	Sanção pecuniária remédios comportamentais (publicação de sentença condenatória e proibição de participar em licitações).
		Penal	–	–	–
		Civil	Ações indenizatórias	–	–

10.	Chile	Administrativo	<i>Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC)</i> a autoridade aplica sanções em casos de cartel e de práticas anticompetitivas em geral	Pessoas físicas e jurídicas	Imposição de multas e remédios estruturais e/ou comportamentais e, no caso de condutas colusivas, a proibição de contratar com a Administração Pública e de participar de licitações públicas.
		Penal	Sanções criminais no judiciário	Pessoas físicas	Pena de prisão e proibição do exercício da função de administrador de empresa.
		Civil	Ações indenizatórias	–	–

Fonte: elaboração da autora

Por outro lado, não se pode ignorar que o objetivo final deste trabalho é, especificamente, que a experiência de outras autoridades antitruste com a aplicação de sanções por ilícitos concorrenciais sirva como comparativo para a definição de uma metodologia de dosimetria de pena, fornecendo ao Cade insumos para analisar sua experiência e, no que couber e for possível, revisá-la. O foco do estudo residiu, portanto, no instrumento de sanção mais amplamente utilizado por essas autoridades, notadamente, a aplicação de multa.

Verificou-se que a maioria das jurisdições analisadas conta com um guia de dosimetria para a aplicação de sanção pecuniária pelo cometimento de ilícitos concorrenciais, sendo que na Austrália – jurisdição que, junto com o Japão, figura dentre as exceções – já há sinalização da autoridade concorrencial de que um guia será elaborado, com vistas a conferir maior segurança jurídica aos administrados.

Quanto aos guias de dosimetria, observa-se que estes são, geralmente, documentos sucintos, que buscam conferir um tratamento simples e direto ao processo de aplicação de multa. Isto é, tais guias contêm orientações gerais da metodologia que deve ser utilizada pela autoridade competente, e não uma fórmula rígida, que permitiria a predeterminação precisa da sanção aplicável a cada tipo de conduta. Com exceção do Japão, cuja metodologia de aplicação de multa é extremamente rígida e retira da autoridade qualquer margem de discricionariedade, nota-se que a adoção de uma orientação mais genérica, que permita à autoridade considerar as especificidades do caso concreto, é uma opção expressa, tendo em vista os objetivos de promover a dissuasão e garantir a proporcionalidade das penas.

Destaca-se também que a metodologia da maioria das jurisdições conta com estrutura semelhante, a qual considera:

- i) A definição do montante-base da multa, tendo em vista o faturamento do réu no mercado (sob o ponto de vista do produto e geográfico) afetado pela conduta. Já a duração da conduta é incorporada, normalmente, pela multiplicação desse faturamento num ano-base arbitrado (e.g., último ano de participação do réu no ilícito) por um multiplicador representativo do número de anos que durou a conduta.

- ii) A aplicação de uma alíquota sobre o montante-base, tendo em vistas as características da conduta, sendo que carteis são considerados como o tipo mais grave de ilícito.
- iii) A aplicação de fatores agravante e atenuantes ao montante apurado no item anterior. Tais fatores dizem respeito a características específicas da conduta ou do réu e, de maneira geral, se assemelham entre si e com o previsto na LDC brasileira.
- iv) A realização de ajustes adicionais, caso verificada a necessidade de adequar a pena aos objetivos de proporcionalidade de dissuasão.
- v) O contraste do montante calculado nas etapas anteriores com o limite máximo da pena, o qual comumente tem como referência o faturamento total do agente econômico apenado.
- vi) A capacidade de adimplir do réu, tendo em vista o objetivo de não comprometer a continuidade de suas atividades.

Além dessa estrutura, também cabe ressaltar que:

- vii) Embora as autoridades normalmente façam menção ao dano causado pela conduta ilícita ou aos ganhos ilícitos obtidos pelo réu, ressalvam que esses elementos devem ser considerados no cálculo de multa quando puderem ser estimados ou quando estiverem disponíveis. Ademais, não raro enfatizam que, em virtude da dificuldade (complexidade técnica e altos custos) de se apurar tais elementos em cada caso a caso, eles adentram a apuração da sanção pecuniária pela utilização de *proxies*, tais como percentuais que buscam refletir o sobrepreço médio relacionado ao ilícito.
- viii) Assim como no Brasil, o *enforcement* concorrencial na maioria das jurisdições se baseia ainda na atuação da autoridade administrativa. Ainda que se verifique, em alguns casos, esforços para desenvolver o *enforcement* penal e civil, estes permanecem sendo secundários.
- ix) Embora em muitas jurisdições haja a previsão de que remédios estruturais podem ser impostos como sanções a condutas anticompetitivas, o recurso efetivo a essas medidas é praticamente inexistente.

- x) As sanções pecuniárias aplicadas às pessoas físicas costumam ser dissociadas das sanções pecuniárias aplicadas às entidades (empresas ou associações) às quais estes indivíduos estão vinculados. No entanto, os guias de dosimetria analisados, via de regra, não orientam a aplicação de multas às pessoas físicas, restringindo-se à metodologia de penalização das pessoas jurídicas.
- xi) Muitas jurisdições contam com programas de colaboração semelhantes aos programas de leniência e de celebração de termo de compromisso (TCC) brasileiros. Apesar da estrutura semelhante, há casos em que a possibilidade de celebração desses acordos é dificultada, tendo em vista o estabelecimento de prazos limites para pleiteá-los.

4. Referências bibliográficas

Adkins, B. and Beighton, S. (2019), *Private antitrust litigation in the UK (England and Wales): overview*, Thomson Reuters Practical Law, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-633-1531?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-633-1531?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1)

Alemanha, *Bürgerliches Gesetzbuch* - BGB (Código Civil), https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/

_____, *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* - GWB (Lei de defesa da concorrência), http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html#p0902

_____, *Strafgesetzbuch* - StGB (Código Penal), https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_268.html

Apel, Katarina; Rump, Tobias (2019), *Dominance - Germany*, Getting the Deal Through, <https://gettingthedealthrough.com/area/10/jurisdiction/11/dominance-2018-germany/>

Association of European Competition Authorities - ECA (2008), *Pecuniary sanctions imposed on undertakings for infringements of antitrust law: Principles for convergence*, http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/eca_principles_uk.pdf

Australia (2017), *Competition and Consumer Act 2010 – CCA*, 3 vol., <https://www.legislation.gov.au/Details/C2017C00369>

Australia Competition and Consumer Commission - ACCC (2002), *ACCC cooperation policy for enforcement matters*, <https://www.accc.gov.au/system/files/ACCC%20cooperation%20policy%20July%202002.pdf>

_____, (2019), *ACCC immunity and cooperation policy for cartel conduct: a policy document – October 2019*, https://www.accc.gov.au/system/files/1579_ACCC%20immunity%20%26%20cooperation%20policy%20for%20cartel%20conduct%20-%20October%202019_FA.pdf

Autorité de la Concurrence - ACF (2011), *Notice of 16 May 2011 on the Method Relating to the Setting of Financial Penalties*, http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/notice_antitrust_penalties_16may2011_en.pdf

_____, (2016), *Tools available in case of infringement of competition rules, Sanctions for Agreements & Abuses of a dominant position - Control of anticompetitive practices*, http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/standard.php?lang=en&id_rub=510&id_article=2856

Brasil (1962), Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4137.htm

_____ (2011), *Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011 - Lei de Defesa da Concorrência (LDC)*, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm

Buchtova, Katerina. (2013), *Fines Setting by the EU Commission for Antitrust Infringements*, <http://www.oecd.org/competition/latinamerica/SI-Buchtova-EU-EN.pdf>

Bundeskartellamt - BKA (2006), *Notice no. 9/2006 of the Bundeskartellamt on the immunity from and reduction of fines in cartel cases - Leniency Programme*, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitlinien/Notice%20-%20Leniency%20Guidelines.pdf?__blob=publicationFile&v=5

Conselho Administrativo de defesa Econômica – Cade (2012), *Resolução nº 3, de 29 de maio de 2012*, [file:///C:/Users/Dell/Downloads/Resolu%C3%A7%C3%A3o%203_2012%20-%20Ramos%20Atividade%20\(modificada%20pela%2018-2016\).pdf](file:///C:/Users/Dell/Downloads/Resolu%C3%A7%C3%A3o%203_2012%20-%20Ramos%20Atividade%20(modificada%20pela%2018-2016).pdf)

_____ (2013), *Guidelines for the setting of fines in cartel administrative offence proceedings*, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitlinien/Guidelines%20for%20the%20setting%20of%20fines.pdf?__blob=publicationFile&v=3

_____ (2013a), *Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos*. Brasília. http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cade_-_defesa_da_concorrncia_no_brasil_50_anos.pdf/view

_____ (2013b), *Voto-vista do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo no Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-18*, https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSjHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM-IPH5asncAigN9vW42kqd9IheMLFYEhiCUG5Mpx3oFyvsMsNechFgorOGpk4dncdNdHwz0HW43PFCWa7v_bwT

_____ (2018), *Balancos e Apresentações*, <http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes>

Chile (2016), *Decreto Ley N°211 que fija normas para la defensa de la libre competencia – DL 211*, versão consolidada, com as modificações introduzidas pela Lei N° 20.945, https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2010/12/DL_211_refundido_2016.pdf

_____ (2019), *Código Penal*, última versão de 26 de julho de 2019 [promulgado originalmente em 12/11/1874], <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984&idVersion=2019-07-26>

Comissão Europeia - CE (2003), *Regulamento (CE) N.º 1/2003 do Conselho de 16 de Dezembro de 2002 relativo à Execução das Regras de Concorrência estabelecidas nos Artigos 81.o e 82.o do Tratado*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&from=en>

_____ (2004), *Regulamento (CE) N.º 773/2004 da Comissão de 7 de Abril de 2004 relativo à Instrução de Processos pela Comissão para Efeitos dos Artigos 81.o e 82.o do Tratado CE*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0773&from=EN>

_____ (2006a), *Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.o 2, alínea a), do artigo 23.o do Regulamento (CE) n.o 1/2003 (2006/C 210/02)*, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:210:0002:0005:PT:PDF>

_____ (2006b), *Competition: Commission revises Guidelines for setting Fines in Antitrust Cases*, IP/06/857, https://europa.eu/rapid/press-release_IP-06-857_en.htm?locale=en

_____ (2006c), *Competition: revised Commission Guidelines for setting Fines in Antitrust Cases – Frequently asked Questions*, MEMO/06/256, https://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-06-256_en.htm?locale=en

_____ (2008), *Regulamento (CE) N.o 622/2008 da Comissão de 30 de Junho de 2008 que altera o Regulamento (CE) n.o 773/2004, no que se refere à Condução de Procedimentos de Transação nos Processos de Cartéis*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0622&from=EN>

_____ (2010) *Absence de Capacite Contributive au Titre du Paragraphe 35 des Lignes Directrices du 1/09/2006 Concernant le Calcul des Amendes Infligees en Application du Reglement (CE) N° 1/2003 Relatif a la Mise en Œuvre des Regles de Concurrence*, <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/2/2010/EN/2-2010-737-EN-2-0.Pdf>

_____ (2019), *Antitrust: Commission sends Statement of Objections in European Government Bonds Cartel*, https://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-804_en.htm

Condomines, Aurélien; Galmiche, Pierre (2019), *France: Cartels & Leniency*, The International Comparative Legal Guide – ICLG, <https://iclg.com/practice-areas/cartels-and-lenieny-laws-and-regulations/france>

Coreia (2016a), *Monopoly Regulation and Fair Trade Act – MRFTA*, http://www.ftc.go.kr/solution/skin/doc.html?fn=abe6ebfcffcd366c32a8cb91035bdbbee5ad625cdf007b29f88891153490137d1&rs=/fileupload/data/result/BBSMSTR_000000002411/

_____ (2016b), *Enforcement Decree of the Monopoly Regulation and Fair Trade Act*, http://www.ftc.go.kr/solution/skin/doc.html?fn=ef53eb4ac8648c796804d427e0fe8155a51630d00a0fe7edbf599d6b939f362c&rs=/fileupload/data/result/BBSMSTR_000000002411/#

_____ (2017), *Public notice of detailed guidelines for imposing administrative monetary penalties*, http://www.ftc.go.kr/solution/skin/doc.html?fn=bf22cf1049b0c867b5481532ad7ff84aa21c7664e38b563cdfc98308d42866f9&rs=/fileupload/data/result/BBSMSTR_000000002406/

Department of Justice of the United States of Americas - DOJ (2018) *An Antitrust Primer for Federal Law Enforcement Personnel*, <https://www.justice.gov/atr/page/file/1091651/download>

_____, *Identifying Sherman Act Violations*, <https://www.justice.gov/jm/antitrust-resource-manual-2-antitrust-division-field-offices>

Estados Unidos da América – EUA, *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004*, <https://www.govinfo.gov/app/details/STATUTE-118/STATUTE-118-Pg661>

_____, *Code of Federal Regulations - C.F.R.*, <https://gov.ecfr.io/cgi-bin/ECFR?page=browse>

Estados Unidos da América - EUA, *United States Code - U.S.C.*, <https://uscode.house.gov/>

European Competition Authorities Association - ECA (2008), *Pecuniary sanctions imposed on undertakings for infringements of antitrust law: Principles for convergence*, http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/eca_principles_uk.pdf

Federal Trade Commission – FTC (2019), *A Brief Overview of the Federal Trade Commission's Investigative, Law Enforcement, and Rulemaking Authority*, <https://www.ftc.gov/about-ftc/what-we-do/enforcement-authority>

_____, *The Enforcers*, <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/enforcers>

Fiscalía Nacional Económica - FNE (2017), *Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión*, https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia_Delacion_Compensada-3.pdf

_____, (2019), *Guía Interna para Solicitudes de Multa de la Fiscalía Nacional Económica*, <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/08/Gu%C3%ADa-de-multas.pdf>

França, *Code Commercial Français - CCF (Código Comercial Francês)*, file:///C:/Users/luka1_000/Downloads/code_commerce_part_L_EN_20130701.pdf

FRAZÃO, A. de O (2014), *A necessária constitucionalização do Direito da Concorrência*. Direitos fundamentais e jurisdição constitucional. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 1, p. 139-158.

Ginsburg, Douglas H.; Wright, Joshua D. (2010), *Antitrust Sanctions*, *Competition Policy International*, Vol. 6, No. 2, pp. 3-39, Autumn, https://cpip.gmu.edu/wp-content/uploads/sites/27/2016/10/Session-7_Antitrust-Sactions.pdf

Global Competition Review - GCR (2018). *Rating Enforcement*, <https://globalcompetitionreview.com/edition/1001254/rating-enforcement-2018>

_____, (2018a), *France*, *The Handbook of Competition Enforcement Agencies*, <https://globalcompetitionreview.com/insight/the-handbook-of-competition-enforcement-agencies-2018/1168330/france>

_____, (2018b), *United States Department of Justice*, *The Handbook of Competition Enforcement Agencies*, https://globalcompetitionreview.com/digital-assets/c4a4fffa-52f6-4c0e-a687-90e33c544d38/USA---DoJ_QA_GCR_HCEA_2018.pdf

_____, (2018c), *United States Federal Trade Commission*, *The Handbook of Competition Enforcement Agencies*, <https://globalcompetitionreview.com/insight/the-handbook-of-competition-enforcement-agencies-2018/1168461/united-states-federal-trade-commission>

International Competition Network - ICN (2017), *Setting of Fines for Cartels in ICN Jurisdictions*, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1127.pdf>

Hattori, Kaoru; Kaeriyama, Yusuke (2019), *Japan: Vertical Agreements and Dominant Firms 2019*, The International Comparative Legal Guide - ICLG, <https://iclg.com/practice-areas/vertical-agreements-and-dominant-firms-laws-and-regulations/japan>

Japan Fair Trade Commission - JFTC (2009), *The Guidelines for Exclusionary Private Monopolization under the Antimonopoly Act*, https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines_files/guidelines_exclusionary.pdf

_____ (2019a), *Enactment of the Act to Amend the Antimonopoly Act*, <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2019/June/19061907.pdf>

_____ (2019b), *The Outline of the Antimonopoly Act Amendment - the direction of the revision of the surcharge system*, <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2019/June/19061907.pdf>

Japão (1947), *Act No. 54 of April 14, 1947 on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade (Antimonopoly Act- AMA)*, https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/amended_ama09/index.html

Kaeriyama, Yusuke; Nakata, Takayuki (2019), *Japan: Cartels & Leniency 2019*, The International Comparative Legal Guide - ICLG, <https://iclg.com/practice-areas/cartels-and-lenieny-laws-and-regulations/japan>

Koenig, Karsten (2018), *National Report - Germany*, Rapports Nationaux du Congrès de Budapest 2018, International League of Competition Law, <http://www.ligue.org/index.php?page=rapport-resolutions>

Lasserre, B. (2009), *The New French Competition Law Enforcement Regime*, http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/competition_law_international_october_2009.pdf

Mäger, Thorsten; Schreitter, Florian Von (2019), *Cartel Regulation - Germany*, Getting the Deal Through, <https://gettingthedealthrough.com/area/5/jurisdiction/11/cartel-regulation-2018-germany>

Ministère de l'Économie - ME (2010), *Report on Assessing Penalties for Infringements of Competition Law*, <https://www.economie.gouv.fr/files/finances/services/rap10/100920rep-competition.pdf>

Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE (1998), *Country Studies - The Role of Competition Policy in Regulatory Reform*, United States, <https://www.oecd.org/regreform/sectors/2497266.pdf>

_____ (2003a), *Cartel Sanctions against Individuals*, Contribution by the United States, <https://www.oecd.org/competition/cartels/34306028.pdf>

_____ (2003b), *Country Studies - The Role of Competition Policy in Regulatory Reform*, France, <https://www.oecd.org/france/31415943.pdf>

_____ (2004), *Country Studies - The Role of Competition Policy in Regulatory Reform*, United States – Update Report, <https://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/34427452.pdf>

_____ (2006), *Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases*, <https://www.oecd.org/competition/abuse/38623413.pdf>

_____ (2008), *Experience with Direct Settlements in Cartel Cases*, <https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/44178372.pdf>

_____ (2011), *Quantification of Harm to Competition*, <https://www.oecd.org/competition/cartels/34306028.pdf>

_____ (2012), *Annual Report on Competition Policy Developments in Germany – 2012*, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/AR\(2013\)44&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/AR(2013)44&docLanguage=En)

_____ (2013), *Criteria for Setting Fines for Competition Law Infringements*, Background Note by the OECD Secretariat, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF\(2013\)4/REV1&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2013)4/REV1&docLanguage=En)

_____ (2015a), *Relationship between Public and Private Antitrust Enforcement*, Contribution by Australia, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)17&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)17&docLanguage=En)

_____ (2015b), *Relationship between Public and Private Antitrust Enforcement*, Contribution by Chile, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)14&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)14&docLanguage=En)

_____ (2015c), *Relationship between Public and Private Antitrust Enforcement*, Contribution by the European Union, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)2&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)2&docLanguage=En)

_____ (2015d), *Relationship between Public and Private Antitrust Enforcement*, Contribution by France, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)1&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)1&docLanguage=En)

_____ (2015e), *Relationship between Public and Private Antitrust Enforcement*, Contribution by Korea, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)22&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)22&docLanguage=En)

_____ (2015f), *Relationship between Public and Private Antitrust Enforcement*, Contribution by Portugal,
[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)15&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)15&docLanguage=En)

_____ (2015g), *Relationship between Public and Private Antitrust Enforcement*, Contribution by the _____ United _____ Kingdom,
[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)8&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)8&docLanguage=En)

_____ (2015h), *Relationship between Public and Private Antitrust Enforcement*, Contribution by the _____ United _____ States,
[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)11&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)11&docLanguage=En)

_____ (2016a), *Commitment Decisions in Antitrust Cases*, Note by the European Union,
[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2016\)22&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2016)22&doclanguage=en)

_____ (2016b), *Commitment Decisions in Antitrust Cases*, Note by France,
[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2016\)22&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2016)22&doclanguage=en)

_____, (2016c), *Commitment decisions in antitrust cases*. Contribution by the United Kingdom,
[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2016\)27&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2016)27&doclanguage=en)

_____ (2016d), *Commitment Decisions in Antitrust Cases*, Note by the United States,
[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2016\)23&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2016)23&doclanguage=en)

_____ (2016e), *Sanctions in Antitrust Cases*, Background Paper,
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2016\)6/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2016)6/en/pdf).

_____ (2016f), *Sanctions in antitrust cases*. Contribution by Australia,
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD\(2016\)3/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2016)3/en/pdf)

_____ (2016g), *Sanctions in antitrust cases*. Contribution by Chile,
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD\(2016\)11/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2016)11/en/pdf)

_____ (2016h), *Sanctions in Antitrust Cases*, Contribution by the European Union,
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD\(2016\)17/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2016)17/en/pdf)

_____ (2016i), *Sanctions in Antitrust Cases*, Contribution by Japan,
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD\(2016\)24/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2016)24/en/pdf)

_____ (2016j), *Sanctions in antitrust cases*. Contribution by Korea,
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD\(2016\)57/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2016)57/en/pdf)

_____ (2016k), *Sanctions in antitrust cases*. Contribution from Portugal, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD\(2016\)36/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2016)36/en/pdf)

_____ (2016l), *Sanctions on Antitrust Cases*. Contribution by the United Kingdom, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD\(2016\)70/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2016)70/en/pdf)

_____ (2016m), *Sanctions in Antitrust Cases*, Contribution by the United States, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD\(2016\)72/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2016)72/en/pdf)

_____ (2018a), *Competition Law in Asia-Pacific- Guidelines to selected Jurisdictions*, <https://www.oecd.org/daf/competition/Competition-Law-in-Asia-Pacific-Guide-2018.pdf>

_____ (2018b), *Pecuniary Penalties for Competition Law Infringements in Australia*, <https://www.oecd.org/daf/competition/Australia-Pecuniary-Penalties-OECD-Report-2018.pdf>

_____ (2019), *Revisões por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência: Brasil 2019*, <http://www.oecd.org/daf/competition/revisoes-por-pares-da-ocde-sobre-legislacao-e-politica-de-concorrencia-brasil-2019.htm>

Office of Fair Trading - OFT (2012), OFT423, *Guidance as to the Appropriate Amount of a Penalty*, <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/555de4cded915d7ae2000171/oft423.pdf>

Olrik, Jens (2014), *Immunity, Sanctions & Settlements - Germany*, GCR Immunity, Sanctions & Settlements Know-how, Global Competition Review, <https://www.gibsondunn.com/immunity-sanctions-settlements-germany/>

Oliveira, G.; Rodas, J. G. (2013), *Direito e Economia da Concorrência*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA.

Portugal (2012a), *Lei nº 19/2012*, http://www.concorrencia.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Nacional/Lei_19_2012-Lei_da_Concorrencia.pdf

Portugal (2012b), *Linhas de Orientação sobre a Metodologia a Utilizar na Aplicação de Coimas*, http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrencia/Documents/Linhas_de_Orienta%C3%A7%C3%A3o_Coimas_DEZ2012.pdf

Reino Unido (1986), *Company Directors Disqualification Act - CDDA*, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/46/contents>

_____ (1998), *UK Competition Act 1998 - CA98*, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/41/contents>

_____ (2002), *Enterprise Act – EA02*, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/40/contents>

_____ (2003), *Criminal Justice Act*, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/contents>

_____ (2004), *Market definition: Understanding competition Law – OFT403*, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284423/oft403.pdf

_____ (2013a), *Application for leniency and no-action in cartel cases: OFT's detailed guidance on the principles and process – OFT1495*, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284417/OFT1495.pdf

_____ (2013b), *Enterprise and Regulatory Reform Act 2013 – ERRA13*, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/24/section/48>

_____ (2014a), *Administrative penalties: Statement of Policy on the CMA's approach – CMA4*, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/270245/CMA4 - Admin Penalties Statement of Policy.pdf

_____ (2014b), *Cartel Offence Prosecution Guidance – CMA09*, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/288648/CMA9_Cartel_Offence_Prosecution_Guidance.pdf

_____, Competition and Markets Authority (2014c), *Cartel offence prosecution: CMA9*, publicação em sítio eletrônico, <https://www.gov.uk/government/publications/cartel-offence-prosecution-guidance>

_____ (2014d), *Regulated Industries: Guidance on concurrent application of competition law to regulated industries – CMA10*, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/704663/CMA10.pdf

_____ (2014e), *Regulations 2014 of the Competition Act 1998 (Concurrency)*, http://www.legislation.gov.uk/uksi/2014/536/pdfs/uksi_20140536_en.pdf

_____, Ministry of Justice (2015a), *News story: Unlimited fines for serious offences*, <https://www.gov.uk/government/news/unlimited-fines-for-serious-offences>

_____ (2015b), *Guidance on the approval of voluntary redress schemes for infringements of competition law – CMA40*, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/453925/Voluntary redress schemes guidance.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/453925/Voluntary_redress_schemes_guidance.pdf)

_____ (2015c), *Fines on Summary Conviction Regulations 2015*, <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2015/664/note/made>

_____ (2017), *Claims in respect of Loss or Damage arising from Competition Infringements Regulations 2017*, <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2017/385/contents/made>

_____ (2018), *CMA's Guidance as to the appropriate amount of a penalty – CMA73*, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/700576/final_guidance_penalties.pdf

_____ (2019a), *Guidance on the CMA's investigation procedures in Competition Act 1998 cases – CMA8*, (updates and supersedes the 2014's version), https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/771970/CMA8_CA98_guidance.pdf

_____ (2019b), *Guidance on Competition Disqualification Orders – CMA112*, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/776913/CMA102_Guidance_on_Competition_Disqualification_Orders_FINAL_PDF_A_v2.pdf

Sallybanks, R. (2018). *The cartel offence – has a lack of enforcement contributed to a lack of awareness?* BLC Solicitors LLP, <https://www.bcl.com/the-cartel-offence-has-a-lack-of-enforcement-contributed-to-a-lack-of-awareness/>

Schnelle, Ulrich; Soyez, Volker (2019), *Cartels 2019 - Germany*, Global Legal Insights - GLI, <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/cartels-laws-and-regulations/germany#chaptercontent9>

Slaughter and May (2018), *The EU competition rules on cartels – a guide to the enforcement of the rules applicable to cartels in Europe*, <http://www.slaughterandmay.com/media/64584/eu-competition-rules-on-cartels.pdf>

Stöcker, Mathias (2019), *Germany: Cartels & Leniency 2019*, The International Comparative Legal Guide - ICLG, <https://iclg.com/practice-areas/cartels-and-lenieny-laws-and-regulations/germany>

TDLC (2017), *Sentencia Nº 160/2017*, https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/03/Sentencia_160_2017.pdf

The Crown Prosecution Service – CPS (2018), *The Code for Crown Prosecutors*, <https://www.cps.gov.uk/sites/default/files/documents/publications/Code-for-Crown-Prosecutors-October-2018.pdf>

União Europeia - UE (2006), *Diretiva OJ C 210/2006*, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:210:0002:0005:PT:PDF>

_____ (2008), *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia - TFUE (2008/C 115/01)*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2008:115:FULL&from=PT>

_____, (2014), *Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de novembro de 2014 relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados -Membros e da União Europeia*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0104&from=EN>

United States Sentencing Commission - USSC (2011), *Federal Sentencing Guidelines Manual - USSG*, <https://www.ussc.gov/guidelines/archive/2011-federal-sentencing-guidelines-manual>

Waked, D. (2016), *Adoption Of Antitrust Laws In Developing Countries: Reasons And Challenges*. Journal of Law, Economics and Policy, Vol. 12, No. 2.

Watanabe, Eriko; Yanagisawa, Koki (2019), *Cartel Regulation*, Getting the Deal Through, <https://gettingthedealthrough.com/area/5/jurisdiction/36/cartel-regulation-japan/>

Yamada, Atsushi; Usuki, Yoshiharu. (2019), *Dominance*, Getting the Deal Through, <https://gettingthedealthrough.com/area/10/jurisdiction/36/dominance-japan/#top>

Zelenko, P.; Marthan, J. (2019), *Cartels 2019 – France*, Global Legal Insights, <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/cartels-laws-and-regulations/france#chaptercontent11>