

GUIA

Dosimetria de multas de cartel



Ministério da Justiça e Segurança Pública
Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Guia Dosimetria de Multas de Cartel

Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade
SEPN 515 Conjunto D, Lote 4, Ed. Carlos Taurisano
CEP: 70770-504 – Brasília-DF

www.gov.br/cade

Institucional

Presidente da República

Luiz Inácio Lula da Silva

Ministro da Justiça e Segurança Pública

Flávio Dino

Presidente do Cade

Alexandre Cordeiro Macedo

Conselheiros do Cade

Gustavo Augusto Freitas de Lima

Lenisa Rodrigues Prado

Luis Henrique Bertolino Braidó

Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann

Sérgio Costa Ravagnani

Victor de Oliveira Fernandes

Superintendente-Geral do Cade

Alexandre Barreto de Souza

Procurador-Chefe do Cade

Juliana Oliveira Domingues

Economista-Chefe

Guilherme Mendes Resende

Ficha Técnica

Coordenação:

Alexandre Barreto de Souza
Alexandre Cordeiro Macedo
Guilherme Mendes Resende
Lílian Santos Marques Severino

Revisão:

Alexandre Cordeiro Macedo
Gustavo Augusto Freitas de Lima
Lílian Santos Marques Severino
Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann
Victor de Oliveira Fernandes

Colaboradores Internos:

Alexandre Cordeiro Macedo
Ana Luiza Lima Mahon
Diogo Thomson de Andrade
Felipe Leitão Valadares Roquete
Guilherme Mendes Resende
Gustavo Augusto Freitas de Lima
Lílian Santos Marques Severino
Lucas de Góis Barrios
Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann
Nathalie Rodrigues Frias
Patrícia A. Morita Sakowski
Rafael Rossini Parisi

Edição e Planejamento Gráfico:

Assessoria de Comunicação Social do Cade

APRESENTAÇÃO

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

Em linha com as recomendações da OCDE (2019) e com o objetivo de dar maior transparência às suas ações e decisões, nos últimos anos o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) tem publicado diversos Guias, tais como o Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal (CADE, 2016a), o Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel (CADE, 2016b) e o Guia de Remédios Antitruste (CADE, 2018). O presente Guia de Dosimetria de Multas de Cartel apresenta a metodologia que vem sendo utilizada nas condenações do Tribunal Administrativo do Cade, consolidada por meio de detalhada análise da jurisprudência das multas aplicadas pelo órgão de janeiro de 2012 a dezembro de 2022. Esta publicação possibilita que os Representados e toda a sociedade entendam melhor como são estabelecidas as sanções impostas em condenações de cartel pela autoridade antitruste brasileira.

Nesse contexto, é importante lembrar que a autoridade de defesa da concorrência deve ter como princípios a transparência e a proporcionalidade na definição de suas multas, garantindo, dessa forma, a segurança jurídica de suas decisões. Para tanto, a autoridade deve ser clara no processo de análise das condutas anticompetitivas, viabilizando o acesso a documentos públicos, sempre que possível, para a sociedade. Além disso, a transparência também deve estar presente na determinação do tipo de penalidade a ser aplicada. No caso de aplicação de multas, é importante que se tenha clareza quanto aos critérios utilizados, especialmente base de cálculo e alíquotas. Ademais, as multas devem ser proporcionais no sentido de impor ações dissuasórias necessárias, adequadas e suficientes para retirar os incentivos aos agentes econômicos, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, de participarem da conduta anticompetitiva

analisada. As autoridades devem sopesar ainda as circunstâncias agravantes e atenuantes no cálculo da penalidade, com vistas a alcançar os elementos de adequação da pena à conduta específica, respeitando o princípio da igualdade em sentido estrito. Outro quesito importante a ser considerado, nesse sentido, é a duração da conduta, a qual está diretamente relacionada com a gravidade da infração, visto que condutas com maior duração devem ser penalizadas de forma mais severa do que aquelas semelhantes, mas que tiveram menor duração.

Salienta-se que as proposições do presente Guia são compatíveis com as diretrizes do Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel (CADE, 2016b). Este Guia inclusive contribui para os procedimentos de cálculo da contribuição pecuniária em casos de TCC, visto que nos termos do artigo 85, §1º, III da Lei nº 12.529/2011 e do Regimento Interno do Cade (RICADE), a contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos deve ser estabelecida com base no valor da multa esperada, sob o qual incide uma redução percentual que varia conforme a amplitude e utilidade da colaboração do compromissário com a instrução processual e o momento da propositura do TCC, vide artigos 186 e 187 do RICADE¹.

Destaca-se que este documento não é vinculativo e que não possui caráter de norma (ou seja, não altera dispositivos do Regimento Interno do Cade, da Resolução nº 3/2012 ou da Lei 12.529/2011). As práticas e procedimentos aqui descritos podem ser alterados a juízo de conveniência e oportunidade do Cade, a depender das circunstâncias do caso concreto.

O Guia está estruturado em cinco seções. Na primeira seção (Introdução), apresentam-se de maneira resumida alguns pontos que serão detalhados ao longo deste Guia. Na segunda seção (Da sanção pecuniária - Multa), são desenvolvidas as etapas para o cálculo das multas aplicadas a Pessoas Jurídicas (PJs), com faturamento, essencialmente empresas, e sem faturamento, como associações e sindicatos, e Pessoas Físicas (PFs). Cumpre ressaltar que, ao definir

¹ REGIMENTO INTERNO DO CADE - Aprovado pela Resolução nº 22 de 19 de junho e 2019 e atualizado pela Emenda Regimental nº 01/2020 de 02 de abril de 2020. 2020.

penalidades, a autoridade deve observar os critérios legais, a individualização das condutas e uma série de outros fatores que podem afetar a dosimetria das multas. Na terceira seção tem-se as sanções não pecuniárias seguida pela seção que trata do momento de apresentação das informações de faturamento e pelas considerações finais do documento.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. DA SANÇÃO PECUNIÁRIA – MULTA.....	13
2.1. DAS PREVISÕES LEGAIS.....	13
2.1.1. <i>Do cálculo da multa para Empresas.....</i>	<i>15</i>
2.1.1.1. Base de cálculo.....	15
2.1.1.1.1. Regra geral	15
2.1.1.1.2. Parametrização para fins de proporcionalidade.....	16
2.1.1.1.2.1. Parametrização com relação ao ano base de faturamento.....	16
2.1.1.1.2.2. Parametrização com relação ao faturamento em território nacional/dimensão geográfica afetada.....	18
2.1.1.1.3. Atualização da base de cálculo	19
2.1.1.2. Alíquota de referência	22
2.1.1.3. Ajuste da alíquota com base na duração da conduta	23
2.1.1.4. Ajuste da alíquota com base em atenuantes e agravantes	23
2.1.1.5. Verificação de limites legais.....	28
2.1.1.6. Reincidência.....	28
2.1.2. <i>Do cálculo da multa para Pessoas Jurídicas que não exercem Atividade Empresarial.....</i>	<i>29</i>
2.1.3. <i>Do cálculo da multa para Pessoas Físicas (PFs).....</i>	<i>29</i>
2.1.3.1. Base de cálculo.....	29
2.1.3.2. Regra geral	29
2.1.3.3. Alíquota	30
2.1.3.3.1. Ajuste por grau de participação no cartel	30
2.1.3.4. Verificação dos limites legais.....	31
2.1.4. <i>Infrações cometidas sob a vigência da Lei 8.884/1994.....</i>	<i>31</i>
2.1.4.1. Verificação de limites legais.....	32
3. DAS SANÇÕES NÃO PECUNIÁRIAS	33
4. DA APRESENTAÇÃO DAS INFORMAÇÕES DE FATURAMENTO	35
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	37
REFERÊNCIAS	38

1. INTRODUÇÃO

Nos termos do art. 37, inciso I, da Lei nº 12.529/2011 (LDC), em se tratando de empresa, adota-se, via de regra, “multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação”.

A Resolução Cade nº 3/2012 (modificada pela Resolução nº 18/2016), fazendo referência ao referido dispositivo legal, traz o rol dos supramencionados ramos de atividades econômica a serem considerados para fins de dosimetria (art. 1º). Além disso, a teor do que dispõe seu art. 2-A, tal Resolução, possibilita ao Cade, “mediante decisão fundamentada, adaptar o ramo de atividade às especificidades da conduta quando as dimensões indicadas no art. 1º forem manifestamente desproporcionais”.

Nesse sentido, o Cade tem considerado como base de cálculo do valor da multa, primordialmente, o faturamento bruto no ramo de atividade, podendo, a depender das circunstâncias do caso concreto, caso a utilização do ramo mencionado na Resolução Cade nº 3/2012 corresponder a dimensão “manifestamente desproporcional”, adotar uma adaptação desse ramo – como, por exemplo, o “sub-ramo de atividade” ou o “mercado afetado” - em que ocorreu a infração, no ano anterior à instauração do Processo Administrativo (PA) no Cade.

Vale notar que, em alguns casos², o Cade utilizou os seguintes critérios para examinar possível desproporcionalidade da base de cálculo estabelecida como regra pelo art. 37, inciso I, da Lei nº 12.529/2011 (ramo de atividade): (i) comparação do faturamento com produtos afetados pela conduta e (a) o faturamento no ramo de atividade da Resolução Cade nº 3/2012 e (b) o faturamento total da empresa; (ii) duração da conduta; (iii) a verificação se as

² Processos Administrativos nos 08700.003390/2016-60 (cartel no mercado de tubos e conexões de PVC), 08700.003340/2017-63 e 08700.006005/2019-89 (cartel no mercado de filtros automotivos), dentre outros.

informações de faturamento foram apresentadas de forma completa, inequívoca e idônea, conforme estabelece o art. 37, § 2º da Lei nº 12.529/2011; e (iv) a verificação da eventual possibilidade ou necessidade de ajuste da alíquota, em atenção à jurisprudência do Cade, para resguardar a proporcionalidade e o caráter dissuasório da multa.

Quando não é possível adotar o faturamento no ramo de atividade, tampouco em mercado afetado ou sub-ramo de atividade, a autoridade busca, por meio de critérios de proporcionalidade e adequação à conduta, estabelecer outros critérios, de maneira fundamentada, para aferição da base cálculo da multa que correspondam mais proximamente ao mercado atingido pelo arranjo anticompetitivo.

Também pode ser adotado o faturamento total da empresa, nos termos do art. 37, §2º, da Lei nº 12.529/2011, quando o Cade “não dispuser do valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, definido pelo Cade, ou quando este for apresentado de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea”.

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

Por outro lado, é igualmente importante levar em consideração a duração da conduta do Representado na determinação da alíquota da multa, visto que esse quesito impacta de forma direta a gravidade da infração, bem como os efeitos negativos produzidos no mercado. O tempo de duração da conduta pode, inclusive, servir para definição da alíquota e conseqüentemente o cálculo da multa, haja vista os elementos relacionados a vantagem indevida auferida e a gravidade da conduta, conforme dispõe o art. 45 da LDC. Vale lembrar que a lei

somente considera um ano de faturamento para aferição da base de cálculo, mas, comumente, a conduta tem duração superior a este período. Assim, a combinação do valor do faturamento bruto no mercado afetado com a consideração do tempo de participação na conduta resulta em um bom método de cálculo da multa a ser aplicada, o que está alinhado às melhores práticas internacionais.

A Resolução Cade nº 3/2012 apresenta a definição de 144 ramos de atividade empresarial (CADE, 2012). O termo “ramo de atividade” trazido pela Lei nº. 12.529/2011 tem conceito jurídico indeterminado, devendo ser melhor definido pela jurisprudência e especialmente por normas infralegais. Nessa linha, quando da entrada em vigência da Lei, o Cade procurou dar concretude ao conceito, elaborando a Resolução nº 3/2012. Porém, o que se observa é que os ramos de atividade ali previstos são bastante amplos e exemplificativos, e utilizá-los como base de cálculo para multa, em alguns casos, pode resultar em penalidades desproporcionais à gravidade dos fatos e à abrangência da conduta. Não raro, ainda, determinadas condutas não se enquadrariam em nenhum dos 144 ramos ou se enquadrariam em mais de um deles. Por isso, como será discutido na próxima seção, a jurisprudência evoluiu para a inclusão do art. 2-A na referida Resolução, que permite que o ramo de atividade seja adaptado, a depender do caso concreto, de modo a refletir o sub-ramo ou mercado afetado pela conduta anticompetitiva e conferir maior proporcionalidade e precisão à multa aplicada.

Enquanto o conceito de ramo de atividade, definido por 144 ramos apresentados pela Resolução nº 3/2012, pode indicar algo mais abrangente, o de sub-ramo ou mercado afetado (que não se confunde com o de mercado relevante) é mais específico, sob a perspectiva geográfica e de produto/serviço, sendo uma adaptação dos ramos conforme o art. 2-A da mesma resolução.

Recomenda-se que a multa tenha como base o valor do faturamento bruto no sub-ramo ou mercado afetado pela conduta apenas nos casos em que o ramo de atividade for claramente desproporcional e desarrazoado.

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

Esta metodologia que adota como base de cálculo o mercado afetado é comum em jurisdições estrangeiras.

Exemplo A: Cartel clássico no mercado de revenda de combustíveis (gasolina e álcool)

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

Exemplo B: Cartel clássico no mercado de revenda e distribuição de combustíveis (gasolina C e etanol)

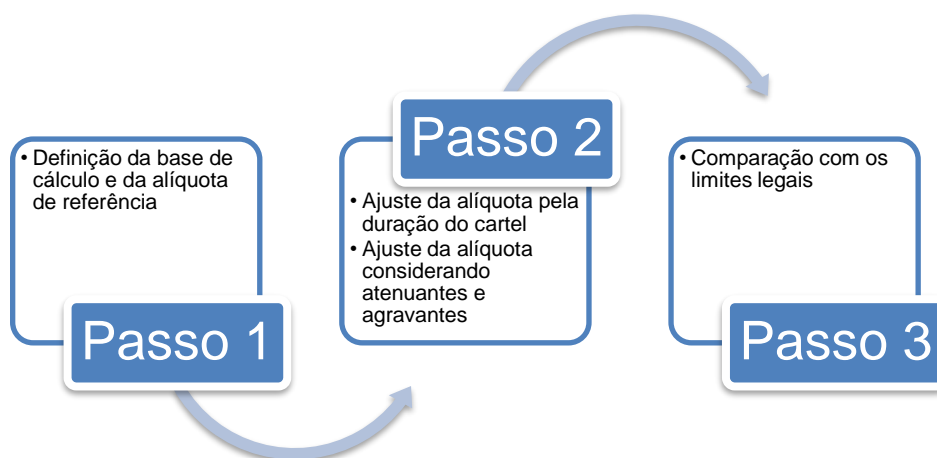
No PA nº 08700.010769/2014-64, as investigações concluíram que houve um cartel clássico no mercado de revenda e distribuição de combustíveis automotivos (gasolina C e etanol), em Belo Horizonte, Betim e Contagem no Estado de Minas Gerais.

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

2. DA SANÇÃO PECUNIÁRIA – MULTA

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

Figura 1 – Etapas do procedimento de definição da multa



Fonte: Elaboração própria.

2.1. Das previsões legais

Inicialmente vale ressaltar que os parâmetros legais para as penalidades às infrações contra a ordem econômica estão previstos no art. 37 da Lei nº 12.529/2011 determina que:

- I no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da

empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;

- II no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais);
- III no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.

§ 1º Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

§ 2º No cálculo do valor da multa de que trata o inciso I do caput deste artigo, o Cade poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, definido pelo Cade, ou quando este for apresentado de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea. (BRASIL, 2011, grifo do autor).

Ou seja, a lei fornece ao Cade parâmetros claros para definir as penalidades a serem aplicadas. Quando se analisa o inciso I do referido artigo, as penalidades a serem aplicadas, no caso de empresa, indicam um percentual a ser aplicado sobre **“o valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que**

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

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

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

A jurisprudência do Cade, em relação às multas aplicadas de janeiro 2012 a dezembro de 2022, revela que diversas decisões deste Tribunal utilizaram como **base de cálculo da multa o valor do faturamento bruto com base na adaptação do ramo de atividade sugerida pelo art. 2-A da Resolução nº 3/2012. Trata-se de uma adaptação do ramo de atividade para fins de proporcionalidade, no ano anterior à instauração do Processo Administrativo.**

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

2.1.1. Do cálculo da multa para Empresas

2.1.1.1. Base de cálculo

2.1.1.1.1. Regra geral

O Cade esclarece que, com base na Lei 12.529/2011 e na sua jurisprudência, a base de cálculo, para as multas impostas às condutas colusivas abordadas por este Guia, é o faturamento bruto do Representado no ramo de atividade no Brasil, sendo que este muitas vezes pode ser adaptado para o

faturamento no sub-ramo ou mercado afetado pela conduta, no ano anterior à instauração do Processo Administrativo, quando as características do caso concreto indicarem a necessidade de adaptação.

Vale ressaltar que, nos termos do art. 37, inciso I, da Lei 12.529/2011, a multa para a empresa será uma porcentagem sobre o “faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo”. A regra deve ser o uso do faturamento bruto da empresa, sendo que o faturamento do grupo ou conglomerado deve ser a exceção, por exemplo, em casos de utilização de uma empresa “laranja” com faturamento irrisório para praticar condutas que beneficie todo o grupo. Ademais, o uso do faturamento bruto do grupo já foi utilizado em casos concretos quando não se obteve o faturamento da empresa³.

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

Além disso, conforme disposto no inciso II do artigo 37, “não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais)”.

2.1.1.1.2. Parametrização para fins de proporcionalidade

2.1.1.1.2.1. Parametrização com relação ao ano base de faturamento

Embora o faturamento no ramo de atividade no ano anterior à instauração do Processo Administrativo seja, via de regra (artigo 37, I), o critério temporal

³ Ver Processo Administrativo nº 08012.001029/2007-66. Neste, caso as informações do grupo eram públicas. Nos termos do §2º do art. 37 da Lei 12.529, na ausência do faturamento por ramo de atividade, “o CADE poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas (...) ou quando este for apresentado de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea”.

utilizado para a definição da base de cálculo da sanção, ele poderá ser alterado nas hipóteses (i) em que não for possível obter esse valor ou (ii) o valor informado não for considerado adequado para o cálculo da multa, visto que, por exemplo, a empresa já pode ter encerrado suas atividades no período anterior à instauração do processo. Porém, nesses casos, o Cade deve se basear no disposto no artigo 37, II.

Apresenta-se a seguir algumas possíveis soluções para esse problema, já utilizadas pelo Conselho, de forma a permitir a utilização de uma proxy proporcional ao caso concreto, em lista **não exaustiva**, mas apenas sugestiva:

- (i) o faturamento, no ramo de atividade ou no mercado afetado, nos 12 últimos meses da conduta;
- (ii) a média dos faturamentos, simples ou ponderada, no ramo de atividade ou no mercado afetado, durante o período da conduta;
- (iii) o faturamento anual, no ramo de atividade ou no mercado afetado, obtido no último ano da conduta; e
- (iv) o faturamento anual, no ramo de atividade ou no mercado afetado, obtido no ano da licitação, em casos de cartel em licitações.

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

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

Exemplo D: Cartel clássico no mercado de embalagens flexíveis

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

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

A base de cálculo para as multas impostas às condutas colusivas abordadas por este Guia é o faturamento bruto do Representado no ramo de atividade no Brasil, porém, existem casos de cartel internacional em que a empresa não possui valores discriminados para seu faturamento no território nacional. Além disso, há a possibilidade de a empresa não fornecer especificamente seu faturamento no mercado afetado pela conduta caso, por exemplo, a empresa forneça seu faturamento nacional, mas a conduta tenha ocorrido, na realidade, apenas em dois municípios. Em casos como esses, é possível levar em consideração os seguintes aspectos, dentre outros, para fins de proporcionalidade e de razoabilidade:

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

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

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

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

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

2.1.1.1.3. Atualização da base de cálculo

Conforme exposto anteriormente, o Tribunal se vale de dados de faturamento de períodos anteriores à condenação. Assim, no momento do estabelecimento da multa é necessário realizar a atualização monetária do referido valor, o que, pela jurisprudência do Cade, é feito aplicando-se a taxa Selic (taxa média ajustada dos financiamentos diários apurados no Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) para títulos federais)⁴. O período de abrangência da atualização monetária corresponde ao intervalo de meses entre o faturamento utilizado (segundo a regra geral, o faturamento no ano anterior ao da instauração do PA) e o mês anterior à decisão de condenação com a imposição de multa.

Esse procedimento de correção monetária já é empregado pelo Cade nos cálculos de Contribuição Pecuniária em acordos de Termo de Compromisso de Cessação (TCC). Segundo o Cade (2016b), é possível fazer a atualização do valor de duas formas:

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

⁴ O conceito de Taxa Selic está disponível em: <https://www.bcb.gov.br/controleinflacao/taxaselic> . Fonte da taxa pela Receita Federal do Brasil, disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/orientacao-tributaria/pagamentos-e-parcelamentos/taxa-de-juros-selic> . Acessos realizados em agosto de 2023.

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

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

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

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

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

Fonte: Receita Federal.

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

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

Fonte: Receita Federal.

Outra possibilidade para realização do referido cálculo está no uso da Calculadora da Receita Federal (Sicalc)⁵. Esta calculadora utiliza o método com base na taxa SELIC acumulada, assim, para o exemplo anterior, no campo “Vencimento” tem-se a data de “12/2018” e no campo “Data do Pagamento” o mês anterior da condenação, logo, “09/2019”, resultado será a “Selic acumulada” (vide Figura 3).

Figura 3 – Cálculo pela Sicalc

■ Cálculo de taxa Selic

Última Selic disponível (07/2023)	1,07
* Vencimento (mês/ano)	<input type="text" value="12/2018"/>
* Data de Pagamento (mês/ano)	<input type="text" value="10/2019"/>
Selic acumulada de 12/2018 a 09/2019	4,56

Fonte: Receita Federal.

5 A calculadora está disponível no site da Receita Federal, em Cálculo de Taxa Selic. Disponível em: <https://sicalc.receita.economia.gov.br/sicalc/selic/consulta>. Acesso realizado em agosto de 2023.

2.1.1.2. Alíquota de referência

O Cade já vem aplicando alíquotas de referência para os casos de cartel. Recomenda-se a adoção das seguintes alíquotas de referência, conforme o tipo de conduta:

- (i) Cartéis em licitações (art. 36, §3º, inciso I, alínea “d”, da Lei 12.529/2011): alíquota de referência de 17%, podendo ser superior a esse valor ou chegar a um mínimo de 14%, considerando os agravantes e atenuantes da conduta, conforme jurisprudência do Cade;
- (ii) Cartéis da forma clássica hardcore (art. 36, §3º, inciso I, alíneas “a”, “b” e “c” da Lei 12.529/2011), isto é, aqueles acordos ou trocas de informação relacionados a preços, divisão geográfica, de share ou de clientes, que tenham mecanismos de monitoramento/punição de desvio (institucionalidade) e (intenção de) perenidade: alíquota de referência de 15%, podendo ser superior a esse valor ou chegar a um mínimo de 12%, considerando os agravantes e atenuantes da conduta, conforme jurisprudência do Cade;
- (iii) Outras formas de condutas concertadas incluindo os cartéis difusos (ex: trocas de informações esporádicas ou não sistemáticas, revelação unilateral de informações, tabelamento de preços etc.): alíquota de referência de 8%, podendo ser superior a esse valor ou chegar a um mínimo de 5%, considerando os agravantes e atenuantes da conduta, conforme jurisprudência do Cade.

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

2.1.1.3. Ajuste da alíquota com base na duração da conduta

Outro quesito que deve afetar diretamente a dosimetria da alíquota a ser aplicada corresponde à duração da conduta. Vale notar que consta, dentre as recomendações da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, 2019), no peer review das normas e políticas concorrenciais brasileiras, a inclusão da duração da conduta como um critério para definição da multa, o que já é feito em outras jurisdições⁶.

O Cade recomenda que sejam levadas em consideração diferenças existentes na duração da participação do Representado na conduta. Caso um Representado tenha participado por mais tempo em uma conduta, sua penalidade deve ser agravada, em relação à penalidade aplicada aos Representados com participação lateral ou esporádica.

2.1.1.4. Ajuste da alíquota com base em atenuantes e agravantes

Os ajustes da alíquota de referência ocorrerão com base em agravantes e atenuantes que estão diretamente relacionados aos elementos de dosimetria expressos no art. 45 da Lei nº 12.529/2011. Os elementos de dosimetria devem ser considerados em todos os casos, sempre que possível, de forma individualizada, visto que em uma mesma conduta os níveis de culpabilidade dos representados não necessariamente serão os mesmos.

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

As sugestões de interpretação dos elementos legais não prejudicam uma interpretação diversa que seja mais adequada, tendo em vista as particularidades

⁶ Ver Documento de Trabalho nº 4/2020: Benchmarking internacional sobre dosimetria de penalidades antitruste, elaborado pelo Departamento de Estudos Econômicos do Cade.

do caso concreto. Segue então uma análise de cada elemento de dosimetria listado no art. 45 da Lei nº 12.529/2011:

- (i) **Gravidade da infração:** a gravidade da infração pode estar relacionada, de forma individualizada, à participação do condenado na infração, como, por exemplo, se ele teve papel de liderança e se atuou com coação, ou se teve uma participação secundária, ou ainda uma pequena participação, correspondendo respectivamente, então, a uma agravante, a uma situação neutra, ou a uma atenuante. Além disso, a gravidade pode estar relacionada à forma de execução, com o mercado afetado e com o potencial danoso da conduta, incluindo sua duração.
- (ii) **Boa-fé do infrator:** esse elemento está relacionado à intenção do agente. A boa fé como um atenuante deve se limitar aos casos que, analogamente, seriam considerados como arrependimento posterior no direito penal, ou seja, assim que houve a consciência do ilícito se tomou atitudes objetivas para tentar minimizar seus efeitos. A colaboração no processo e a lealdade processual podem ser considerados para fins de caracterização da boa-fé. Esse elemento é relevante porque a boa-fé do infrator aumenta muito a probabilidade de punição, de forma que a severidade da pena pode ser diminuída a fim de se alcançar o grau de dissuasão pretendido. Destaca-se que a ausência de má-fé (agravante) não representa necessariamente a existência de boa-fé (atenuante) na prática da conduta.
- (iii) **Vantagem auferida ou pretendida pelo infrator:** trata-se do ganho efetivo ou potencial do infrator. Contudo, frequentemente esse cálculo não é possível ou é sujeito a elevado grau de imprecisão, de modo que esse elemento não necessariamente pode ser efetivamente aplicado para a dosimetria em casos concretos. É importante ressaltar que o art. 37, inciso I, da Lei 12.529/11 determina que a multa não será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação. Trata-se de uma regra não relacionada ao art. 45, embora regule a mesma variável. De todo modo, esse elemento pode ser considerado como uma espécie de controle de gravidade para fixação da pena dentro do critério de faturamento, prescindindo-se do cálculo da

vantagem, bastando sua apuração pelas evidências daquilo que se pretendia ganhar com a conduta para verificar a agravante ou atenuante.

- (iv) **Consumação ou não da infração:** esse elemento não se confunde com a consumação para fins de condenação. Para casos de cartéis, a teor do art. 36 da Lei 12.529 e sua interpretação pela jurisprudência do Cade, a mera coordenação das variáveis concorrenciais (ocorrência da conduta) já configura um ilícito, e a geração de efeitos deletérios à concorrência, nesse caso, é presumida, não sendo necessária a comprovação, tampouco a mensuração de tais efeitos para fins de condenação.
- (v) **Grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros:** esse elemento apresenta diferentes variáveis, mas pode ser interpretado a partir do tipo de conduta, com destaque para uma pena mais severa para cartel clássico (hardcore), que é reconhecidamente a conduta concorrencial que gera mais impactos negativos para a sociedade. Já cartel em licitação ou cartel em áreas sensíveis podem também ser considerados ainda mais graves. Já outras condutas coordenadas são consideradas menos graves do que as primeiras na jurisprudência do Cade. Destaca-se que conforme o art. 12 da Resolução Cade nº 21, de 11 de setembro de 2018, há possibilidade de redução da multa quando houver a reparação de danos.
- (vi) **Efeitos econômicos negativos produzidos no mercado:** esse inciso refere-se aos efeitos mais diretos das condutas, mas trata-se de um cálculo geralmente difícil de ser realizado.
- (vii) **Situação econômica do infrator:** esse elemento pode servir principalmente como atenuante nas situações em que o infrator se encontra, comprovadamente, em situação de dificuldade econômica.
- (viii) **Reincidência:** deve-se distinguir a reincidência como agravante, prevista no art. 45, VIII da Lei 12.529/2011, da hipótese específica prevista no art. 37, § 1º da Lei 12.529/2011. A reincidência para fins de aplicação da multa em dobro refere-se à conduta praticada após a primeira condenação

(independentemente se iniciada anteriormente à condenação, como ocorre em infrações de natureza permanente, como o cartel⁷). Já outras situações que não configurem hipótese de aplicação da multa em dobro podem ser consideradas na aplicação da agravante prevista no art. 45, VIII, quando interpretada no sentido de maus antecedentes, como a existência de condenações anteriores por infração à ordem econômica.

As Figuras 4 e 5 apresentam uma lista **exemplificativa** desses quesitos.

Figura 4 – Lista exemplificativa de agravantes da conduta

AGRAVANTES

Gravidade da infração

- Liderança ou participação relevante, sem coação
- Liderança ou participação relevante, com coação
- Longa duração da conduta

Boa-fé do infrator

- Presença de má-fé

Grau de lesão, ou perigo de lesão à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores ou a terceiros

- Essencialidade e relevância do produto/serviço objeto do cartel
- Impactos diretos negativos em políticas públicas estratégicas do país

Efeitos econômicos negativos produzidos no mercado

- Impactos econômicos elevados e negativos

Fonte: Elaboração própria.

⁷ Conforme Processo Administrativo n.º 08700.003067/2009-67 e Embargos de Declaração no Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91.

Figura 5 – Lista exemplificativa de atenuantes da conduta

ATENUANTES

Gravidade da infração


- Participação lateral ou esporádica
- Baixa duração da conduta
- Ter sido coagido a participar da conduta

Boa-fé do infrator

- Presença de boa-fé

Situação econômica do infrator

- Capacidade financeira comprometida e comprovada do Representado



Fonte: Elaboração própria.

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

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

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

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

2.1.1.5. Verificação de limites legais

Após os ajustes da alíquota de referência pela presença de atenuantes e agravantes, inclusive da agravante relacionada à duração da conduta, deve-se verificar se a multa está dentro dos limites estipulados pela Lei nº 12.529/2011, os quais, para PJs, correspondem ao mínimo de **0,1% (um décimo por cento)** e máximo de **20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto** da empresa, grupo ou conglomerado obtido, **no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração (artigo 37, I)**, caso não seja possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto (**artigo 37, II**), os limites da multa são **R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais)**.

2.1.1.6. Reincidência

Conforme explicado acima, a configuração da reincidência, para fins de aplicação da multa em dobro (art. 37, § 1º da Lei 12.529/2011) abrange as situações em que o representado pratica nova infração à ordem econômica após condenado pelo Cade, mesmo que a conduta tenha iniciado anteriormente à primeira condenação.

Entende-se que a previsão de caráter geral constante no art. 45, VIII da Lei 12.529/2011, que considera reincidência para fins de majorante da pena,

deve ser interpretada como a existência de maus antecedentes, nas situações não abrangidas pelo art. 37, § 1º da Lei, quando o representado já foi condenado anteriormente pelo Cade, a ser verificado conforme o caso.

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

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

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

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

2.1.3. Do cálculo da multa para Pessoas Físicas (PFs)

2.1.3.1. Base de cálculo

2.1.3.2. Regra geral

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

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

Ademais, vale ressaltar que, em regra, a multa para pessoas físicas deve ser maior do que a contribuição pecuniária aplicada às pessoas físicas que fizeram TCC e que possuem grau de participação semelhante na conduta. A ideia é sempre preservar a regra de ouro das colaborações, ou seja, aquele que colaborou não pode ficar em situação pior do que aquele que não colaborou.

2.1.3.3. Alíquota

2.1.3.3.1. Ajuste por grau de participação no cartel

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

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

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

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

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

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

2.1.3.4. Verificação dos limites legais

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

2.1.4. Infrações cometidas sob a vigência da Lei 8.884/1994

Ainda hoje é possível que o Cade julgue casos de infrações à ordem econômica que ocorreram durante a vigência da lei anterior, Lei nº 8.884/1994. Para esses casos, o Cade deve analisar qual a Lei deve ser aplicada, considerando qual delas é mais favorável ao Representado. De forma geral, o Cade tem seguido as seguintes orientações⁸:

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

- (i) os parâmetros estabelecidos na Lei 12.529/11 para condenação de empresas são mais benéficos que os anteriormente previstos na Lei 8.884 e, por isso, devem ser aplicados;
- (ii) os parâmetros estabelecidos na Lei 12.529/11 para condenação de administradores responsáveis por infrações à ordem econômica são mais benéficos que os anteriormente

⁸ Posicionamento do Cade no PA 08012.009834/2006-57, comumente citado em diferentes outros casos seguintes.

previstos na Lei 8.884 e, por isso, devem ser aplicados;

- (iii) os parâmetros estabelecidos na Lei 12.529/11 para condenação de associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito que não exerçam atividade empresarial não são mais benéficos anteriormente previstos na Lei 8.884 e, por isso, não há que se cogitar da sua aplicação (CADE, 2013).

Assim, apesar do entendimento de que para pessoas jurídicas que não exercem atividade empresarial e Pessoas Físicas (não administradores) que estiveram envolvidas em condutas colusivas durante a vigência da Lei nº 8.884/1994 ser mais benéfico aplicar multas considerando a legislação anterior, também é possível a aplicação dessa lei para outros tipos de Representados que comprovarem que aquela é mais benéfica para o seu caso. Ressalta-se que esta Lei não apresentava parâmetros de alíquota a serem aplicados, apresentando apenas limites mínimo e máximo dos valores das multas para estes tipos de Representados.

2.1.4.1. Verificação de limites legais

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

3. DAS SANÇÕES NÃO PECUNIÁRIAS

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

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

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

Com isso, feita a dosimetria da pena que será aplicada ao condenado, o Tribunal deve aplicar a sanção ou conjunto de sanções que atendam de forma mais eficiente aos objetivos das punições, em especial a criação de efeito dissuasório contra o cometimento de novas infrações. Em que pese o forte poder dissuasório da multa, considerando o caso concreto, o Tribunal pode considerar adicionalmente medidas ou restrições relacionadas à conduta.

Importante ressaltar que a sanção aplicada não deve gerar mais efeitos negativos do que positivos. Nessa linha, por exemplo, deve-se evitar que as punições restrinjam de forma significativa a concorrência, em especial no tocante a licitações públicas. Quando um grupo com elevado percentual de participação de mercado é condenado por cartel, pode ser mais adequada a restrição de não contratação com o Estado apenas aos que tiveram um maior nível de responsabilidade pela conduta, por exemplo, os líderes.

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

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

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

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

4. DA APRESENTAÇÃO DAS INFORMAÇÕES DE FATURAMENTO

O Tribunal do Cade já se manifestou em precedentes⁹ no sentido de que **o momento mais adequado** para a apresentação de informações de faturamento, por empresas representadas em processos administrativos, **é preferencialmente** no momento de apresentação da defesa, visto que, quando da notificação perante a Superintendência-Geral, os representados são expressamente requeridos a disponibilizarem informações acerca do faturamento no ramo de atividade afetado pela conduta anticompetitiva no ano anterior à instauração do processo administrativo, como determina a Lei 12.529/2011, art. 37, I.

Caso queiram, os representados podem, adicionalmente, além de prestar informações sobre o faturamento bruto no ramo de atividade, apresentar informações adicionais acerca do faturamento no sub-ramo ou no mercado afetado (seja abrangendo o ano anterior à instauração do processo administrativo e/ou o faturamento durante a conduta), a fim de demonstrar a existência de manifesta desproporcionalidade e pleitear perante o Tribunal eventual adaptação da base de cálculo da multa, conforme faculta o art. 2-A da Resolução nº 3/2012 do Cade.

Em qualquer hipótese (para faturamento no ramo, sub-ramo ou mercado afetado), os representados deverão apresentar **informações completas, que permitam identificar de forma inequívoca e idônea o faturamento obtido**, sob pena de aplicação do disposto no art. 37, § 2º da Lei 12.529/2011, que permite à autoridade concorrencial a consideração do faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser de informações seguras, na forma mencionada, para fundamentar a decisão.

Usualmente as informações são consideradas adequadas quando assinadas, preferencialmente, por empresa de consultoria contábil independente, por contador regularmente habilitado ou diretor financeiro da empresa, ou em sua ausência, pelo sócio-administrador da empresa, o qual se responsabiliza pela veracidade das informações. De outro lado, de acordo com a jurisprudência,

⁹ Nesse sentido, por exemplo, Embargos de Declaração no Processo Administrativo nº 08700.006005/2019-89 e Embargos de Declaração no Processo Administrativo nº 08700.003718/2015-67.

documentos apócrifos são rejeitados pelo do Cade, porquanto são insuficientes para atender ao critério legal de inequívoca idoneidade.

A jurisprudência do Tribunal também aponta haver objeções à apreciação de informações de faturamento apresentadas pelas partes extemporaneamente, isto é, durante ou após o julgamento dos processos (por exemplo, em sede de embargos de declaração), uma vez que essas informações, via de regra, não constituem fato novo e, portanto, devem ser apresentadas de forma diligente com antecedência pelas partes.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

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

REFERÊNCIAS

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Documento de trabalho nº 4/2020**: Benchmarking internacional sobre dosimetria de penalidades antitruste. 2020. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n04-2020-benchmarking-internacional-sobre-dosimetria-de-penalidades-antitruste.pdf>.

Acesso realizado em agosto de 2023.

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Regimento interno do Cade** (Aprovado pela Resolução nº 22 de 19 de junho e 2019 e atualizado pela Emenda Regimental nº 01/2020 de 02 de abril de 2020. 2020). Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/regimento-interno/Regimento-interno-Cade-versao-05-2021.pdf>.

Acesso realizado em agosto de 2023.

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia de Remédios Antitruste**. 2018. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-remedios.pdf>.

Acesso realizado em agosto de 2023.

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Resolução nº 21**, de 11 de setembro de 2018. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei//controlador_externo.php?acao=documento_conferir&codigo_verificador=0523083&codigo_crc=A2E13386&hash_download=9b3f71e8039de2ec1d9ac70868783b2d9a79cd1154c42349a295051bedd35a0a5172548281582b4fcbea05029db9139017f0aee5af7b44c84f9743a4d43c8b4a&visualizacao=1&id_orgao_acesso_externo=0.

Acesso realizado em agosto de 2023.

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia para análise de atos de concentração horizontal**. 2016a. Disponível em:

<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>.

Acesso realizado em agosto de 2023.

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel**. 2016b.

<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17.pdf>.

Acesso realizado em agosto de 2023.

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Resolução nº 3**, de 29 de maio de 2012 (Alterada pela Resolução nº 18, de 23 de novembro de 2016).

2012. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/normas-e-legislacao/resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o%203_2012%20-%20Ramos%20Atividade%20%28modificada%20pela%2018-2016%29.pdf.

Acesso realizado em agosto de 2023.

OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico.

Revisões por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência: Brasil. 2019. Disponível em:

<https://www.oecd.org/daf/competition/revisoes-por-pares-da-ocde-sobre-legislacao-e-politica-de-concorrenca-brasil-2019-web.pdf>.

Acesso realizado em agosto de 2023.