

ano 12 - n. 46 | abril/junho - 2014
Belo Horizonte | p. 1-254 | ISSN 1678-7102
R. de Dir. Público da Economia – RDPE

**Revista de Direito
PÚBLICO DA ECONOMIA**

RDPE

Sanções não pecuniárias por infrações contra a ordem econômica

Alexandre Ditzel Faraco

Professor da Universidade Federal do Paraná. Doutor em Direito Comercial. Livre-Docente em Direito Econômico pela USP.

Ana Paula Martinez

Responsável pela pós-graduação em Direito do Estado e Regulação e Direito Empresarial da Fundação Getúlio Vargas-Direito/RJ. Foi Diretora do Departamento de Proteção e Defesa Econômica do Ministério da Justiça de 2007 a 2010. Copresidiu o subgrupo de cartéis da Rede Internacional da Concorrência ao lado do Departamento de Justiça dos EUA. Foi associada ao escritório Cleary Gottlieb Steen & Hamilton, em Bruxelas, e assistente do Professor de Antitruste de Harvard, Einer Elhauge. Foi consultora da UNCTAD, do Banco Mundial e do Governo da Colômbia para temas de concorrência. É membro do Conselho Consultivo do Centro David Rockefeller para Estudos Latino-Americanos da Harvard University no Brasil e da Comissão Externa de Avaliação do Insper. É Mestre em Direito por Harvard e USP, e Doutora em Direito Penal Econômico pela USP.

Eric Hadmann Jasper

Mestre em Direito por Columbia University e Filosofia pela Universidade de Brasília. Foi integrante do Governo Federal de 2004 a 2009, atuando principalmente nas áreas de defesa da concorrência, anticorrupção e lavagem de dinheiro. Participou da Rede Internacional da Concorrência e do comitê de concorrência da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Resumo: O texto analisa a disciplina legal das sanções não pecuniárias por infrações contra a ordem econômica e avalia sua crescente utilização pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), em especial no contexto da repressão aos cartéis. O artigo identifica ainda os aspectos distintivos das circunstâncias fáticas que autorizam sua incidência e o procedimento para sua aplicação, tomando como referência a experiência dos Estados Unidos e da União Europeia.

Palavras-chave: Sanção. Direito Concorrencial. Cartel. Cade.

Sumário: 1 Introdução – 2 Fundamentos jurídicos para a aplicação de sanções administrativas por infrações contra a ordem econômica – 3 Jurisprudência nacional – 4 Direito comparado – 4.1 Estados Unidos – 4.2 União Europeia – 4.3 Outras jurisdições – 5 Conclusão

1 Introdução

O tratamento administrativo¹ às infrações à ordem econômica, atualmente disciplinado na Lei nº 12.529/11 (Lei de Defesa da Concorrência), prevê como principal sanção a aplicação de multas. Não obstante os significativos valores que podem alcançar essa penalidade (até 20% do valor do faturamento bruto do grupo econômico, no último exercício anterior à instauração do processo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração), a legislação prevê outro conjunto de sanções complementares cujas consequências podem ser ainda mais drásticas para o agente econômico. Trata-se de tema ainda pouco estudado no âmbito da doutrina pátria e em relação ao qual a jurisprudência administrativa oferece poucos parâmetros para qualquer tentativa de sistematização.

O presente texto analisa a disciplina legal dessas sanções e sua crescente utilização pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), em especial no contexto da repressão aos cartéis, identificando os aspectos distintivos das circunstâncias fáticas que autorizam sua incidência e o procedimento para sua aplicação. O artigo insere-se no contexto em que o Cade considera impor, pela primeira vez, sanções de desinvestimento a empresas investigadas por suposta participação em cartel de cimento.²

O artigo está dividido em cinco seções, incluindo esta introdução. A segunda seção examina os fundamentos jurídicos para a aplicação dessas sanções administrativas em casos de infrações contra a ordem econômica. A terceira descreve a jurisprudência administrativa nacional, bem como contestações judiciais das decisões administrativas. A quarta examina a experiência internacional sobre o tema. A última seção sistematiza as conclusões.

2 Fundamentos jurídicos para a aplicação de sanções administrativas por infrações contra a ordem econômica

A prática das diversas espécies de infrações contra a ordem econômica descritas no artigo 36 da Lei de Defesa da Concorrência pode sujeitar pessoas físicas e jurídicas³ a duas modalidades de sanções administrativas, além de sanções penais

¹ Outros diplomas legais preveem repressão penal para infrações à ordem econômica. O artigo 4º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, conforme alteração promovida pelo artigo 166 da Lei nº 12.529/11, prevê pena de reclusão, de 2 a 5 anos, e multa às pessoas físicas envolvidas em casos de formação de cartel. Além disso, o artigo 90 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, prevê pena de detenção para os envolvidos em fraude a licitações, incluindo cartéis, com pena de 2 a 4 anos e pagamento de multa.

² Quando da confecção deste artigo, o Cade ainda não havia proferido decisão final sobre o caso (PA nº 08012.011142/2006-79, voto do Conselheiro-Relator proferido na sessão de 22.01.2014).

³ A lei prevê, em seu artigo 33, que serão solidariamente responsáveis pelas sanções impostas por infração à ordem econômica as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica. O texto da lei é extremamente amplo ao prever

que não serão tratadas neste artigo. A primeira está disciplinada no artigo 37 da norma e prevê a aplicação de multa de 0,1 a 20% do faturamento bruto registrado pela empresa (ou grupo econômico) no ramo de atividade⁴ afetado pela conduta anticompetitiva, no ano anterior à instauração da investigação.⁵ No caso de pessoas jurídicas que não exerçam atividades empresariais (e.g., sindicatos e associações), a multa será de R\$50 mil a R\$2 bilhões. Diretores e executivos considerados responsáveis pelas condutas anticompetitivas também podem ser punidos com valores de 1 a 20% da penalidade aplicada à empresa ou entidade não empresarial, caso se comprove culpa ou dolo.

que qualquer empresa do grupo poderá ser responsabilizada por atos praticados por qualquer outra empresa do grupo. Jurisdições estrangeiras acertadamente adotam critérios mais estritos para responsabilizar uma entidade por conduta praticada por outra do mesmo grupo econômico. Em regra, a responsabilidade somente fica configurada por parte do controlador em relação aos atos de suas subsidiárias integrais — e, mesmo nesses casos, há presunção relativa de que a controladora tinha influência decisiva nos atos da controlada, presunção que pode ser afastada pelas partes. *Vide* Tribunal de Justiça da União Europeia, Case C-97/08 P, *Akzo Nobel and Others v. Commission*, Tribunal de Primeira Instância da União Europeia, Case T-112/05, *Akzo Nobel and Others v Commission* [2007], ECR II-5049. Ainda, a personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada, nos termos do artigo 34 da lei, quando houver da parte do infrator abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

⁴ A Resolução Cade nº 3/2012 estabelece, de maneira ampla, 144 ramos de atividade para fins de cálculo das multas. De acordo com o artigo 37, §2º, o Cade poderá utilizar o faturamento total da empresa quando a informação sobre o faturamento relativo ao ramo de atividade afetado pela conduta não estiver disponível.

⁵ De acordo com o artigo 37, inciso I, a multa não poderá ser inferior ao prejuízo causado pela conduta ilícita, quando o referido prejuízo for passível de estimação. Há aqui ligeira alteração na redação da nova lei se comparada com o artigo 23, I, da Lei nº 8.884/94: em vista das conhecidas dificuldades em se quantificar vantagens auferidas pelos infratores e seu escasso uso pelo Cade, a referência passou a ser à vantagem passível de “estimação” em vez de “quantificável”, que carrega em si um conceito de concretude muito maior. Em raras ocasiões sob a vigência da Lei nº 8.884/94 é que o Cade procedeu ao cálculo de estimativa da vantagem auferida, a fim de calcular a multa devida em caso de cartel. Exemplo é o processo que investigou suposto cartel na revenda de combustíveis em Lages, Santa Catarina (PA nº 08012.004036/2001-24, Conselheiro-Relator Thompson Andrade, *DJ*, 29 jul. 2003). A multa foi estabelecida em 15% (quinze por cento) do faturamento bruto das condenadas no ano anterior ao da instauração do processo. Segundo o Conselheiro-Relator: *O valor da multa leva em consideração uma estimativa da vantagem auferida por litro de gasolina comercializado, correspondente a aproximadamente R\$0,05 por litro, valor adotado como parâmetro de estimativa de lucro proporcionado pela conduta infrativa no ano de 2001. Dessa forma, a vantagem auferida como proporção do faturamento na venda de gasolina é de aproximadamente 3%.* Além disso, o voto vogal da então Presidente do Cade Elizabeth Farina no PA nº 08012.004599/1999-18, *DJ*, 11 abr. 2007, que apurou os efeitos no Brasil do cartel internacional das vitaminas, fez ensaio inconclusivo nesse sentido. Em outra ocasião, quando do julgamento do processo que investigou a prática de açambarcamento por parte de empresa no setor de gases, o Cade arriscou proceder ao cálculo da vantagem auferida, por iniciativa do então Conselheiro Thompson Almeida Andrade, no que foi seguido pelo Conselheiro Ronaldo Porto Macedo (*vide* votos de ambos os Conselheiros no PA nº 08000.022579/1997-5, Conselheiro-Relator Celso Fernandes Campilongo, *DJ*, 26 jun. 2002). O ex-Conselheiro Thompson Andrade relembra o feito como um dos mais marcantes de sua passagem no Cade (*vide* Entrevista de Thompson Andrade *In: DUTRA, Pedro. Conversando com o Cade.* São Paulo: Singular, 2009. p. 162). Por fim, no julgamento do PA nº 08000.015337/1997-48, *DJ*, 27 out. 1999, o voto do Conselheiro-Relator Ruy Santacruz indicou que *fica parcialmente prejudicado o disposto no inciso I do artigo 23 da Lei nº 8.884, uma vez que não é possível quantificar a vantagem auferida pelas empresas com a infração. Não há como se estimar qual seria o preço de mercado na ausência do acordo.* Calcular a multa com base em múltiplo da vantagem auferida ou dano causado foi critério adotado pelo legislador em diversas ocasiões. Por exemplo, prevê a Lei nº 8.429, de 02.06.1992, que indivíduos condenados à improbidade administrativa estão sujeitos, entre outras sanções, ao pagamento de multa civil de até 2 (duas) vezes o valor do dano. Com o mesmo espírito, a Lei nº 6.385, de 07.12.1976, prevê que as multas aplicadas pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) não excederão 3 (três) vezes o montante da vantagem econômica obtida ou da perda evitada em decorrência do ilícito.

Além de sanções de natureza pecuniária, o artigo 38 da lei prevê a aplicação de penalidades consideradas acessórias quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público. Entre essas sanções estão previstas: (i) a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória; (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 seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito; (v) 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; (vi) a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade; (vii) a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos;⁶ ou (viii) qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

A dosimetria das penalidades por infrações contra a ordem econômica é realizada com base nos critérios descritos no artigo 45 da Lei de Defesa da Concorrência (*i.e.* gravidade da infração, boa-fé do infrator, vantagem auferida ou pretendida, consumação ou não da infração e efeitos econômicos negativos ao mercado ou consumidores). Como será descrito na seção III abaixo, as decisões recentes do Cade em casos de cartéis clássicos⁷ têm utilizado os critérios do artigo 45 para justificar a imposição de multas em níveis próximos do limite legal.⁸

⁶ Foi em reação à conduta de alguns condenados de constituir nova sociedade para participar de licitações e, assim, escapar indiretamente da sanção do Cade, que a nova lei introduziu a possibilidade de o Cade proibir o condenado de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos.

⁷ Cartéis clássicos foram definidos pela OCDE em recomendação a seus membros emitida em 1998 como sendo *um acordo anticompetitivo, uma prática anticompetitiva concertada ou um arranjo anticompetitivo entre concorrentes para fixar preços, fraudar licitações (propostas colusivas), estabelecer restrições na oferta ou quotas, ou dividir mercados por meio de alocação de clientes, fornecedores, área geográfica ou linhas de comércio*. Segundo a OCDE, cartéis clássicos não incluem acordos, práticas ou arranjos que sejam eficientes do ponto de vista econômico. Essa definição foi incorporada pela ICN nos relatórios produzidos pelo subgrupo de cartéis. Há aqueles que requerem um elemento de institucionalidade, de permanência ao menos pretendida, para diferenciar cartéis clássicos de difusos. Esta foi a posição adotada pelo Cade por ocasião do julgamento do caso das britas, em que cartéis clássicos foram definidos como: *acordos secretos entre competidores, com alguma forma de institucionalidade, com objetivo de fixar preços e condições de venda, dividir consumidores, definir nível de produção ou impedir a entrada de novas empresas no mercado. Esse tipo de cartel opera através de um mecanismo de operação institucionalizado, podendo ser reuniões periódicas, manuais de operação, princípios de comportamento etc. Isto é, sua ação não decorre de uma situação eventual de coordenação, mas da construção de mecanismos permanentes para alcançar seus objetivos* (p. 5).

⁸ Vide, por exemplo, parágrafo 139 e seguintes do voto do conselheiro-relator no Processo Administrativo nº 08012.011668/2007-30, julgado em 23 de outubro de 2013.

A imposição das penalidades pecuniárias previstas no artigo 37 da Lei de Defesa da Concorrência decorre da configuração do ilícito concorrencial, uma vez que o dispositivo exige apenas a *prática de infração da ordem econômica*. No caso da infração de formação de cartel, por exemplo, a aplicação de multa requer a comprovação pelo Cade de que um grupo de empresas celebrou acordo, combinou, manipulou ou ajustou diferentes variáveis concorrenciais de determinando mercado (e.g., preço, quantidade, qualidade de produtos ou serviços).⁹ Necessário também que a conduta produza, ou possa produzir, um dos efeitos descritos no artigo 36, incisos I a IV, da norma concorrencial.

As sanções não pecuniárias descritas no artigo 38 representam punição adicional ao infrator¹⁰ e são permitidas apenas *quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral*.¹¹ Necessário, portanto, que a motivação do ato administrativo¹² que determinar tais sanções seja distinta e mais grave que as razões que fundamentaram as penalidades pecuniárias descritas no artigo 37.

Ademais, parte das penalidades previstas no artigo 38 tem caráter instrumental e prospectivo — *i.e.*, visam não apenas punir os agentes, mas impor ou vedar a eles condutas futuras com o objetivo de alterar a estrutura ou a dinâmica de um mercado. É o que se verifica na previsão de imposição de cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade.

A forma aberta e indeterminada como se descreve essa sanção não permite outra conclusão. Ao contrário da multa, cujos parâmetros são delimitados de forma precisa, a hipótese acima permite ao Cade adotar diferentes soluções estruturais tendo em vista os resultados que a sanção deve instrumentalizar no caso concreto. Esse entendimento é confirmado pela hipótese residual genérica que encerra a lista do artigo 38 e permite ao Cade impor qualquer outro *ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica*.

Assim, a aplicação das penalidades do artigo 38, que têm caráter instrumental e prospectivo, deve estar diretamente vinculada à demonstração pelo Cade de sua

⁹ Vide artigo 36, §3º, da Lei nº 12.529/11: *As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública.*

¹⁰ De acordo com o artigo 38 da Lei de Defesa da Concorrência, as penalidades não pecuniárias poderão ser aplicadas *sem prejuízo das penas cominadas no artigo 37*.

¹¹ Da mesma forma dispunha o artigo 24 da Lei nº 8.884/94: *Art. 24. Sem prejuízo das penas cominadas no artigo anterior, quando assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente.*

¹² Artigo 2º, inciso VII da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, prevê obediência, entre outros, ao princípio da motivação e determina que a Administração Pública deverá *indicar os pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão*.

necessidade para obter determinado resultado em prol da ordem econômica e para além da punição do agente infrator. A definição da eventual medida específica deve, ainda, observar o princípio da proporcionalidade. Tal princípio, registrado no artigo 2º, inciso VI da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (Lei de Processo Administrativo),¹³ exige da autoridade a avaliação prévia do leque de penalidades e a imposição da alternativa menos gravosa e capaz de proteger o bem jurídico tutelado pela Lei de Defesa da Concorrência.

Em se tratando de medidas comportamentais que podem resultar na exclusão de uma empresa do mercado (e.g., proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação pública por prazo não inferior a 5 anos) ou medidas estruturais que afetarão, ou até mesmo determinarão, a estrutura futura do mercado (e.g., cisão, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade), torna-se também relevante que a atuação da autoridade administrativa respeite os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, inciso LV).

Deve ser garantido às empresas investigadas, como faz a Comissão Europeia (*vide* seção IV abaixo), ampla oportunidade de se manifestarem de forma específica antes da almejada imposição de medidas prospectivas. Essa manifestação não se confunde com a oportunidade para as empresas se defenderem da imputação do ilícito, mas se refere especificamente à sanção acessória e à extensão na qual a autoridade pretende aplicá-la.

Por fim, no sistema jurídico brasileiro, há limites à atuação que os órgãos estatais podem ter no estabelecimento e execução de políticas públicas que possam intervir e modificar a estrutura de determinados mercados. Definir qual seria a melhor estrutura de um mercado e impor isso aos particulares por meio de ordens de desinvestimento seria medida típica de planejamento econômico e dirigismo estatal que, nos termos do artigo 174 da Constituição Federal, não pode ser impositivo ao setor privado.¹⁴ Por essa razão, penalidades que pretendam interferir na estrutura de dado mercado devem ser admitidas de forma muito limitada e em situações extremas.

3 Jurisprudência nacional

A primeira condenação pelo Cade por formação de cartel ocorreu em 1999 no chamado “cartel dos aços planos”.¹⁵ Desde então, o Cade proferiu decisões condenatórias em aproximadamente 30 processos administrativos. As decisões proferidas

¹³ O artigo 2º, inciso VI, proíbe a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

¹⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, p. 207.

¹⁵ *Vide* Processo Administrativo nº 08000.015337/1997-48, Representadas: Usiminas, Cosipa e CSN.

durante a primeira metade dos anos 2000 impuseram penalidades pecuniárias próximas da base legal. A única exceção refere-se à multa aplicada aos postos distribuidores de combustíveis líquidos localizados no município de Lages (Santa Catarina), em que os representados foram punidos com multas de 15% sobre seu faturamento bruto, além de outras sanções.¹⁶

Esse primeiro período também foi marcado pela aplicação de penalidades não pecuniárias de, essencialmente, (i) publicação de extrato da decisão em jornais, (ii) encaminhamento de cópia da decisão ao Poder Judiciário e/ou ao Ministério Público; e (iii) inscrição das empresas condenadas no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor.¹⁷

Em 2005, foi inaugurada nova fase na repressão a cartéis, com a condenação das empresas fornecedoras de pedra britada no Estado de São Paulo, fase que perdura até os dias de hoje.¹⁸ A investigação recolheu, pela primeira vez, provas diretas oriundas do cumprimento de um mandado judicial de busca e apreensão pela autoridade investigativa concorrencial. Apesar de nem a Lei nº 12.529/11 nem a regulamentação do Cade¹⁹ diferenciarem prova direta de prova indireta,²⁰ é possível traçar clara diferença nos níveis de multa impostos nos casos de provas diretas — de 15 (quinze) a 25% (vinte e cinco por cento) do faturamento, na vigência da lei anterior, em comparação com os casos ancorados em provas indiretas — de 1 (um) a 7% (sete por cento) do faturamento da empresa — ainda que, de um ponto de vista

¹⁶ Vide Processo Administrativo nº 08012.004036/01-24, Representados diversos postos de combustíveis localizados na cidade de Lages (Santa Catarina), pessoas físicas e Sindipetro-SC.

¹⁷ A inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor tem limitada implicação prática, exceto potencial dano de reputação oriundo da maior publicidade da decisão condenatória. O referido cadastro (também denominado Cadastro Nacional de Reclamações Fundamentadas) é um banco de dados abastecido pelos diversos órgãos de defesa do consumidor com informações sobre empresas fornecedoras de produtos e serviços contra as quais houve reclamações fundamentadas de consumidores. Essa base de dados está prevista no artigo 44 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) e é gerenciada pela Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça (Senacon), que mantém um sistema eletrônico chamado Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor (Sindec). O Sindec reúne informações dos cadastros de diversos estados brasileiros e promove a publicação anual desses dados.

¹⁸ Vide Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14, Representadas: Embu S.A Engenharia e Comércio, Sarpav Mineradora Ltda., Pedreira Sargon Ltda., Holcim S.A., Lafarge Brasil S.A., Pedreira Cachoeira S.A., Itapiserra Mineração Ltda., Basalto Pedreira e Pavimentação Ltda., Geocal Mineração Ltda., Indústria e Comércio de Extração de Areia Khouri Ltda., Iudice Mineração, Mineradora Pedrix Ltda., Pedreira Dutra Ltda., Pedreira Mariutti Ltda., Pedreira Santa Isabel Ltda., Reago Indústria e Comércio S.A., Basalto Pedreira e Pavimentação Ltda., Panorama Industrial de Granitos, Pedreiras São Matheus – Lageado S.A.

¹⁹ A então Resolução do Cade nº 20/99 previa que: *A adequada instrução do processo supõe que os autos reúnam evidências suficientes da prática em questão, que não precisam restringir-se à prova documental, inclusive evidências circunstanciais como a ausência de racionalidade econômica para a adoção de conduta que não a da prática ilícita.*

²⁰ Segundo THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998: *Direta é a prova que demonstra a existência do próprio fato narrado nos autos. Indireta, a que evidencia um outro fato, do qual, por raciocínio lógico se chega a uma conclusão a respeito dos fatos dos autos. É o que se denomina também prova indiciária ou por presunção.* Exemplos de provas diretas são interceptações telefônicas, ambientais, gravações clandestinas, atas de reuniões entre concorrentes que tratam de acordo de preços. Provas indiretas, no caso de cartéis, são geralmente análises econômicas e outras provas circunstanciais que afastam outra explicação lógica para a conduta dos agentes de mercado.

estritamente formal, os Conselheiros do Cade historicamente resistam a proceder a uma hierarquia entre provas diretas e indiretas.

Abaixo serão analisados os casos nos quais o Cade impôs sanções não pecuniárias substantivas por prática de infração contra a ordem econômica e sua eventual revisão judicial. Em nenhum dos casos foram aplicadas sanções estruturais em decorrência da infração, seja prática unilateral²¹ ou coordenada.²²

Cartel das britas

A investigação apurou a existência de cartel no mercado de pedra britada no Estado de São Paulo.²³ As empresas investigadas foram punidas com multas de 15 a 20% de seu faturamento bruto no ano anterior à instauração do processo, recorde até então. O Cade pela primeira vez recomendou a órgãos públicos que não concedessem parcelamento de tributos federais e cancelassem incentivos fiscais e subsídios públicos. Para fundamentar a aplicação da penalidade adicional o Conselheiro-Relator afirmou apenas que se tratava de setor *marcado por práticas de informalidade*. Por determinação do Cade, foram enviadas cópias dos autos ao Ministério Público do Estado de São Paulo e ao Ministério Público Federal.

Como este setor é marcado por práticas de informalidade, segundo denunciaram algumas Representadas (fls. 13.032/13.127), aplico cumulativamente a pena prevista no artigo 24, IV, alínea "b", pela qual recomendo aos órgãos públicos competentes que não seja concedido às Representadas parcelamento de tributos federais por elas devidos e que sejam cancelados no todo quaisquer incentivos fiscais ou

²¹ Com relação a práticas unilaterais, penalidades não pecuniárias como publicação de extrato da decisão condenatória e inscrição no cadastro nacional de defesa do consumidor foram aplicadas, por exemplo, no âmbito do PA nº 08012.003805/2004-10 que investigou o programa de fidelização de pontos de venda de cerveja da Ambev. Neste caso, o Cade aplicou multa recorde de aproximadamente R\$352 milhões (equivalente a 2% do faturamento bruto da empresa no ano anterior à instauração do Processo Administrativo).

²² A discussão sobre sanções de desinvestimento está sendo travada no contexto do julgamento do cartel do cimento, em que o Conselheiro-Relator votou pela alienação de ativos pelas representadas representando em média 24% da capacidade produtiva dos mercados de cimento e concreto, entre outras penalidades. Quando da confecção deste artigo, o Cade ainda não havia proferido decisão final sobre o caso (PA nº 08012.011142/2006-79, voto do Conselheiro-Relator proferido na sessão de 22.01.2014).

²³ PA nº 08012.002127/2002-14, Conselheiro-Relator Luiz Carlos Delorme Prado, *DJ*, 13 jul. 2005. A diligência foi realizada no Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo (Sindipedras). O oficial de justiça, munido de autorização judicial obtida via Advocacia-Geral da União, ingressou na sede do Sindipedras e apreendeu cinco computadores, um laptop e vinte e sete caixas de documentos, como atas e memórias de reuniões, súmulas, manuais, *flip charts*, planilhas, recibos, editais e discos rígidos de computadores. Com base no material apreendido, foi instaurado Processo Administrativo pela SDE em face do Sindicato e das empresas que atuavam no mercado de britas na região metropolitana de São Paulo. Em julho de 2005, o Cade concluiu pela existência do cartel, com a aplicação de multas então recordes, que variaram de 15 (quinze) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto das representadas, dependendo de seu envolvimento no cartel. O Ministério Público do Estado de São Paulo, com base nas provas reunidas pela SDE, denunciou dezesseis dirigentes das empresas, que procederam à suspensão condicional do processo mediante determinadas condições.

subsídios públicos das quais as Representadas se aproveitem. (voto do Conselheiro-Relator Luiz Carlos D. Prado, fls. 13.504 dos autos).

As empresas recorreram ao Poder Judiciário, buscando anular o julgamento e, conseqüentemente, as sanções impostas pelo Cade. As sentenças proferidas em relação às empresas Embu S.A.,²⁴ Pedreira Cachoeira S.A.²⁵ e Lafarge Brasil S.A.²⁶ consideraram os pedidos improcedentes e mantiveram as penalidades aplicadas pelo Cade. Em nenhuma das sentenças foi abordado o tema da penalidade não pecuniária. A Pedreira Cachoeira e a Lafarge recorreram da sentença e as apelações permanecem sob análise do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Cartel dos gases industriais e hospitalares

A investigação tratou de conduta colusiva no mercado de fornecimento de gases industriais e hospitalares em território nacional.²⁷ O Cade impôs as seguintes sanções: (i) multas de 10 a 25% (aplicada em dobro por reincidência a uma das representadas) do faturamento bruto total das empresas; (ii) encaminhamento de cópia de decisão a agentes potencialmente lesados para que analisem eventual ingresso de ações civis, e (iii) recomendação de não concessão de benefícios fiscais. De acordo com o voto do relator:

A gravidade da infração é máxima. Trata-se aqui de cartel, o pior ato ilícito possível do ponto de vista do sistema de defesa da concorrência. [...] A boa-fé do infrator é inexistente. Qualquer pessoa, por menor que seja seu nível de acesso a educação e cultura, compreende o caráter condenável associado à reunião de concorrentes em prejuízo de seus clientes. [...] No caso em tela, a inexistência de boa-fé é ainda mais evidente. Tem-se aqui empresas de grande porte dotadas de funcionários capazes. Esses agentes sabem que a prática de cartel constitui uma infração administrativa e um crime. [...] A vantagem auferida ou pretendida pelo infrator é talvez o elemento que mais salta aos olhos neste caso. Como indicado pelos documentos, a prática foi mantida por vários anos. Nesse âmbito, faço destaque para o Anexo 8, que demonstra que o cartel já operava com base em regras complexas e estruturadas desde 1998. Pode-se apenas especular o número de anos que o cartel já operava antes de chegar às regras do Anexo 8. A vantagem pretendida é ainda mais grave, uma vez que era clara a pretensão de continuar a prática indefinidamente. [...] A infração foi integralmente consumada. [...] O grau

²⁴ Vide Processo nº 2006.34.00.008084-3, perante a 17ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal.

²⁵ Vide Processo nº 2005.34.00.032881-5, perante a 17ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal.

²⁶ Vide Processo nº 2006.34.00.006851-7, perante a 17ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal.

²⁷ PA nº 08012.009888/2003-70, Conselheiro-Relator Fernando Furlan, DJ, 03 set. 2010. No acórdão, o Cade determinou o envio de cópia de decisão ao Conselho Federal de Medicina, à Confederação Nacional da Indústria, à Associação Nacional de Hospitais Privados, à Federação Brasileira de Hospitais, ao Ministério da Saúde, à Sabesp e ao Ministério das Cidades.

de lesão “à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros” e os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado são colossais. As representadas dominam integralmente o mercado, não havendo nenhum agente de porte para contestar as suas ações. O prejuízo à concorrência é, assim, pleno. [...] Merece destaque o dano à saúde pública. Os gases vendidos por estas empresas são utilizados em tratamentos médicos. As representadas conspiraram para assegurar preços elevados para produtos essenciais à saúde do país. Com isso, não só aumentaram os custos e o sofrimento percebidos por pacientes e hospitais, como também distorceram a capacidade de atendimento do sistema de saúde, apropriando-se de recursos que poderiam ser empregados no tratamento de pacientes. Pode-se apenas especular a quantidade de sofrimento humano resultante das ações das representadas. (grifos nossos)

O Cade considerou que estava diante de cartel clássico *de gravidade máxima*, de longa duração e que haveria resultado em prejuízos *colossais* à economia nacional. A autoridade também considerou que a estrutura do mercado nacional de fornecimento de gases industriais era integralmente dominada pelas empresas que formaram o referido cartel, *não havendo nenhum agente de porte para contestar suas ações*.

White Martins,²⁸ Air Liquide Brasil Ltda.,²⁹ Linde Gases Ltda.³⁰ e IBG Indústria Brasileira de Gases Ltda.³¹ recorreram ao Poder Judiciário buscando a anulação da decisão do Cade. Os processos aguardam análise e julgamento ainda na primeira instância da Justiça Federal.

Cartel das empresas de vigilância privada

A investigação apurou formação de cartel entre empresas prestadoras de serviços de vigilância privada no Rio Grande do Sul, com base em acordo de leniência firmado com a autoridade concorrencial. O Cade aplicou penalidade não pecuniária de proibição de participar de licitações por prazo de 5 anos.³² A justificativa apresentada pela autoridade encontra-se transcrita abaixo:

335. Considerando a gravidade dos fatos constatados e norteando-se pelo interesse público geral de que empresas idôneas contratem com instituições financeiras oficiais e participem de processos licitatórios,

²⁸ Vide Processo nº 0049160-62.2010.4.01.3400, perante a 9ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal.

²⁹ Vide Processo nº 0049217-80.2010.4.01.3400, perante a 7ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal.

³⁰ Vide Processo nº 0049195-22.2010.4.01.3400, perante a 7ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal.

³¹ Vide Processo nº 0049539-03.2010.4.01.3400, perante a 7ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal.

³² Essa penalidade havia sido aplicada pela primeira vez no Processo Administrativo nº 08012.002299/2000-18 (Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis e diversos postos de combustíveis, *DJ*, 27 mar. 2002). Em seguida, a penalidade foi aplicada no Processo Administrativo nº 08012.004712/2000-89 (Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado de Goiás e seu Presidente José Batista Neto, *DJ*, 03 jul. 2002).

com base no art. 24, II da Lei nº 8.884/94 impõe-se para as empresas condenadas e respectivas pessoas físicas [...] 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, junto à Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da administração indireta, pelo prazo de cinco anos.

336. Ressalta-se que tal medida não afetará a prestação de serviços de vigilância no Rio Grande do Sul, pois existem várias outras empresas capazes de prestá-lo.

Trata-se de fundamentação genérica relacionada ao interesse das diversas esferas da Administração Pública brasileira em celebrar contratos com empresas idôneas no segmento de vigilância privada. A autoridade concorrencial também fez referência vaga à gravidade dos fatos anteriormente narrados e que já haviam servido de base para as multas aplicadas.

Com raríssimas exceções, entendemos que esse tipo de sanção (proibição de contratação com a Administração Pública) não se mostra adequado para o caso de cartéis. Na vasta maioria dos casos, o arranjo colusivo terá envolvido número expressivo de agentes econômicos com atuação no mesmo mercado. Proibi-los de continuar participando em licitações — ainda mais por um prazo mínimo tão significativo de 5 (cinco) anos — pode ter o efeito contrário ao esperado, já que, como consequência da intervenção do Cade, poderá haver redução da concorrência e o Estado ver-se-á forçado a pagar preços mais altos por produtos e serviços que precisa adquirir. A aplicação desta sanção é especialmente delicada nos casos de investigações iniciadas por intermédio de um acordo de leniência, em que o signatário do acordo, imune das sanções desde que tenha cumprido seus termos, será o único a poder continuar participando das licitações — precisamente o caso do cartel de vigilância privada.

As diversas empresas e pessoas físicas condenadas recorreram ao Poder Judiciário para buscar a anulação da decisão do Cade. Contudo, a maior parte das medidas judiciais localizada foi extinta sem julgamento de mérito por falhas processuais (e.g., mandado de segurança impetrado contra conselheiro do Cade³³ e ausência de indicação de valor da causa).³⁴

Apenas quatro medidas judiciais tiveram o mérito examinado e, desse grupo, apenas o mandado de segurança impetrado pela representada Rudder continha alegação de nulidade da imposição da penalidade não pecuniária — as demais alegações

³³ Vide Processo nº 2008.34.00.007998-3, interposto por Rudder Segurança Ltda. perante a Justiça Federal do Distrito Federal.

³⁴ Vide Processo nº 2007.34.00.044376-0, interposto por Vigilância Pedrozo Ltda. perante a Justiça Federal do Distrito Federal.

insurgiam-se contra a rejeição pelo Cade de proposta de termo de compromisso de cessação de prática e a penalidade de multa diária por não cumprimento voluntário das sanções impostas pelo Cade.³⁵

A sentença da Justiça Federal foi desfavorável à empresa Rudder em todos os pontos, com exceção da nulidade da multa diária descrita acima. Há apelação pendente de julgamento pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Sobre as penalidades administrativas, entendeu o magistrado que a decisão do Cade:

[E]xaminou adequadamente a questão, no tocante às penalidades aplicadas ao impetrante-pessoa jurídica de pagamento de multa equivalente a 15% do faturamento bruto do exercício de 2002 e da proibição de licitar pelo período de 5 (cinco) anos com a Administração Pública e ao impetrante-pessoa física, de pagamento da multa equivalente a 15% da multa aplicada à pessoa jurídica. Contudo, verifico que a referida decisão não se manifestou acerca da multa diária aplicada pela Impetrante, porém restou apropriadamente complementada pela decisão proferida às folhas 410/411, a seguir transcrita: [...]

Ecad

Em 2013, o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (Ecad) e associações que congregam usuários e titulares de direitos autorais foram condenados pelo Cade por formação de cartel para a fixação conjunta do valor dos direitos relativos à execução pública das obras musicais, lítero-musicais e fonogramas.³⁶

As multas aplicadas totalizaram R\$38,2 milhões e foram calculadas com base no artigo 23, inciso III da Lei nº 8.884/1994 (Lei Anterior de Defesa da Concorrência). Isso porque os fatos investigados no processo ocorreram antes da entrada em vigor da Lei de Defesa da Concorrência e as sanções pecuniárias da referida norma são substancialmente superiores às descritas na Lei Anterior.³⁷

Além das penalidades pecuniárias, o Cade determinou ainda (i) que o pagamento das multas seja realizado com valores oriundos de taxas de administração das associações e não repassado aos associados; (ii) a cessação da prática de fixação conjunta de valores para execução pública de obras musicais; (iii) a oferta de licenças

³⁵ Vide Processo nº 2007.34.00.042981-3, interposto por Rudder Segurança Ltda. perante a Justiça Federal do Distrito Federal.

³⁶ Vide Processo Administrativo nº 08012.003745/2010-83, Representadas: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (Ecad), Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais, Sociedade Brasileira de Autores Compositores e Escritores de Música, Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes, Associação Brasileira de Música e Artes, Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais e União Brasileira de Compositores. Julgamento em 2013.

³⁷ O artigo 23, inciso III, da Lei Anterior previa multas de 6.000 a 6 milhões de UFIRs. O dispositivo equivalente na Lei de Defesa da Concorrência prevê multa de R\$50 mil a R\$2 bilhões.

diversas, não apenas *blanket license*; (iv) que os dirigentes das representadas sejam proibidos de participar de outras direções que tenham o mesmo objetivo das associações que participam; (v) a proibição de discussão de preços em Assembleia Geral, bem como de tabela de preços do Ecad; (vi) que o Ecad e associações reformulem, no prazo de seis meses, o sistema de Gestão Coletiva; e (vii) que o Ecad retire os critérios atualmente adotados para admissão e manutenção de Associações. O voto do Conselheiro-Relator não contém quaisquer justificativas adicionais para fundamentar a aplicação das penalidades não pecuniárias, apenas lista as penalidades descritas acima.

A decisão do Cade foi objeto de contestação judicial³⁸ que resultou em sentença parcialmente favorável às pessoas jurídicas investigadas. Apesar de concluir pela licitude das conclusões do Cade sobre a configuração das infrações anticoncorrenciais já mencionadas, a juíza da 17ª Vara Federal entendeu, em primeiro lugar, que as multas impostas deveriam se limitar aos valores arrecadados pelas entidades no segmento de TV por assinatura, o que representou redução das multas em 92,06% nos seguintes termos:

Faz-se mister delimitar o âmbito de alcance da decisão do Cade impugnada judicialmente. Com efeito, o referido PA se limitou à análise da gestão coletiva dos direitos autorais na atividade de TV por assinatura, conforme constou expressamente do voto do Relator no para. 264, mais especificamente, na arrecadação desses direitos. [...] Não obstante a delimitação supratranscrita feita pelo próprio Relator, a meu ver, o aresto administrativo impugnado não se limitou à análise da gestão coletiva dos direitos autorais na atividade de TV por assinatura. De fato, o Cade examinou, de forma ampla, as condutas atribuídas às autoras e, dessarte, tratou de todos os usuários de direitos autorais [...] Ademais, ao aplicar a pena considerou o mercado em geral [...] [S]e o Cade delimitou os fatos objeto de julgamento no parágrafo 264, mas não se ateve a tais fatos, a questão aí tem muito mais a ver com a violação dos princípios do contraditório e ampla defesa. [...] Daí a nulidade de tudo o quanto extrapolou às atividades das TVs por assinatura. [...] Assim, a multa imposta deverá ser reduzida de forma proporcional à participação das TVs por assinatura na receita do Escritório Central. [...] Concluo, pois, pela redução das multas em 92,06% [...]

As sanções não pecuniárias descritas em (ii), (iii), (v) e (vi) acima também foram declaradas nulas pelo Poder Judiciário em razão da entrada em vigor da Lei nº 12.853, de 14 de agosto de 2013, que dispõe sobre a gestão coletiva de direitos autorais e regulou diversos comportamentos considerados pelo Cade como anticompetitivos.

³⁸ Vide Ações Ordinárias Anulatórias nº 27455-03.2013.4.01.3400, 28779-28.2013.4.01.3400, 28897-04.2013.4.01.3400, 28778-43.2013.4.01.3400, 27891-59.2013.4.01.3400 e 28849-45.2013.4.01.3400, protocoladas perante 17ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal.

Ainda, a determinação do Cade de que o pagamento das multas fosse realizado com valores oriundos de taxas de administração das associações também seria nula, porque, “compulsando o voto vencedor administrativo, verifico que tal restrição não foi motivada [...] [r]econheço, pois, a sua nulidade de pleno direito, com base no art. 50 da Lei nº 9.874/1999”.

Cartel de peróxidos de hidrogênio

O Processo Administrativo investigou a formação de cartel no mercado nacional de peróxido de hidrogênio (água oxigenada), a partir de acordo de leniência firmado entre a Degussa e seus executivos e a autoridade concorrencial. Em 2013, o Cade condenou a Peróxidos do Brasil Ltda. e diversas pessoas físicas pelas condutas descritas, (i) impôs multa de R\$133.644.180,67 à empresa e (ii) determinou: a) a inscrição dos infratores no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor, e b) a recomendação de não concessão ou cancelamento de benefícios e/ou incentivos fiscais ou subsídios públicos. O Conselheiro-Relator não apresentou fundamentação específica para a aplicação de penalidades não pecuniárias.

Os embargos de declaração interpostos pela empresa e pessoas físicas perante o Cade não questionaram as penalidades e abordaram aspectos da instrução processual e valoração das provas, bem como a aplicação da taxa Selic para atualização do faturamento da empresa condenada. O Conselho reformou a decisão apenas em relação a erro material na atualização de valores.

A Peróxidos do Brasil Ltda. buscou a anulação da decisão do Cade perante o Poder Judiciário. O caso permanece sob análise da 9ª Vara Federal da Justiça Federal do Distrito Federal, sem decisão de mérito.³⁹

Abuso de posição dominante no mercado de fabricação de placas

A investigação de conduta unilateral nos mercados de fabricação de placas comuns, especiais e serviços de emplacamento e lacração de placas no município de São Paulo e região metropolitana⁴⁰ resultou no único precedente referente à conduta unilateral no qual o Conselho aplicou as sanções não pecuniárias de (i) proibição de participar de licitações por prazo de 5 anos, e (ii) recomendação de não concessão de parcelamento de tributos federais e cancelamento de incentivos fiscais ou subsídios públicos.

³⁹ Vide Processo nº 0002399-65.2013.4.01.3400.

⁴⁰ PA nº 08012.001099/1999-71, Conselheiro-Relator Emmanuel Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, *DJ*, 23 maio 2012, que apurou abuso de posição dominante por parte da Comepla Indústria e Comércio no mercado de fabricação de placas de veículos.

Apesar de não ter havido fundamentação específica para a imposição das penalidades não pecuniárias, a análise do precedente indica preocupação do Conselho com o fato de que a conduta da representada Comepla (*i.e.*, prática de preços superiores e prazos mais longos para prestação de serviços de emplacamento e lacração para fabricantes concorrentes de placas especiais) tinha relação direta com contrato de exclusividade celebrado com o Departamento de Trânsito de São Paulo (Detran/SP).

Com base em informações públicas disponíveis, não há registro de contestação judicial da referida decisão do Cade.

4 Direito comparado

4.1 Estados Unidos

O ordenamento jurídico dos Estados Unidos, assim como o brasileiro, prevê sanções pecuniárias e de restrição de liberdade no caso de ocorrência de condutas colusivas. A multa máxima aplicável às empresas é de US\$100 milhões. Indivíduos envolvidos em ilícitos anticoncorrenciais podem ser multados em até US\$10 milhões e sentenciados a pena máxima de 10 anos de prisão.

De acordo com o *US Sentencing Commission Guidelines Manual* (guia norte-americano que prevê critérios para a aplicação de sentenças judiciais), as sanções pecuniárias descritas acima devem ser calculadas com base no *volume de comércio* da empresa investigada. Conforme dispõe o guia, essa expressão deve ser entendida como o volume de comércio registrado pelo infrator nos bens e serviços afetados pela prática — leia-se, no mercado relevante da infração.⁴¹

Alternativamente, as autoridades norte-americanas podem aplicar multas de até o dobro do ganho auferido pela empresa em decorrência da conduta infrativa.⁴² Mesmo aplicando a sanção alternativa, o quadro abaixo demonstra que as 10 maiores penalidades aplicadas pelas autoridades norte-americanas não ultrapassaram US\$500 milhões — à empresa F. Hoffman Laroche por sua participação no cartel de vitaminas e, mais recentemente, à empresa AU Optronics por sua participação no cartel de painéis de LCD.⁴³

⁴¹ Vide Parte R, §2R1.1, do *US Sentencing Commission Guidelines Manual*.

⁴² Vide *United States Code 18 U.S.C. §3571 (d): Alternative Fine Based on Gain or Loss.* — *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.* Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode18/usc_sec_18_00003571--000-.html>.

⁴³ Vide sítio eletrônico do Departamento de Justiça dos Estados Unidos em: <<http://www.justice.gov/atr/public/criminal/sherman10.html>>.

Empresa	Setor	Multa (US\$)
AU Optronics Corporation of Taiwan (2012)	LCD	500 milhões
F. Hoffmann-La Roche, Ltd. (1999)	Vitaminas	500 milhões
Yazaki Corporation (2012)	Peças automotivas	470 milhões
LG Display Co., Ltd. (2009)	LCD	400 milhões
Air France e Koninklijke Luchtvaart N.V. (2008)	Carga aérea	300 milhões
Korean Air Lines Co., Ltd. (2007)	Carga aérea	300 milhões
British Airways PLC (2007)	Carga aérea	300 milhões
Samsung Electronics Company, Ltd. (2006)	DRAM	300 milhões
BASF AG (1999)	Vitaminas	225 milhões
Chi Mei Corporation (2010)	LCD	220 milhões

A aplicação de penalidades superiores a US\$100 milhões depende da demonstração, pelo Departamento de Justiça norte-americano (DoJ), de que a conduta colusiva resultou, para além de qualquer dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*), em ganhos superiores ao patamar máximo de multa. No recente caso em que foi imposta sanção recorde à empresa AU Optronics, o DoJ buscou a aplicação de multa de US\$1 bilhão, contudo o juiz da Corte do Norte da Califórnia (*Northern District of California*) entendeu que *precisamos garantir que empresas que fabricam produtos úteis com serviços para oferecer à comunidade e ao mundo não sejam penalizadas até o ponto em que elas não serão capazes de fazê-lo*.⁴⁴

As pessoas físicas ou jurídicas condenadas por formação de cartéis podem ser proibidas de participar de licitações realizadas pelo governo federal norte-americano por até 3 anos, com base na Regulamentação Federal de Aquisições (*Federal Acquisition Regulation*).

A lei de defesa da concorrência norte-americana (Sherman Act), de 1890, também proíbe condutas unilaterais que *busquem adquirir ou manter, tentar adquirir ou manter, um monopólio por meios distintos do crescimento orgânico ou desenvolvimento resultante de produto superior, habilidade negocial ou fato alheio à vontade do agente*.⁴⁵ Diferentemente de casos de condutas colusivas, há precedentes de medidas estruturais estabelecidas por acordo (*consent decree*) entre a autoridade concorrencial norte-americana e empresas investigadas, sob a chancela do Poder Judiciário.

O primeiro exemplo refere-se à indústria de frigoríficos. Em 1920, o DoJ celebrou com as empresas Armour, Cudahy, Morris, Swift e Wilson acordo segundo o qual as

⁴⁴ Vide decisão *Order Denying United States' Motion for Order Regarding Fact Finding for Sentencing Under 18 USC section 3571(d) at 6, United States v AU Optronics Corp, No. C 09-00110 SI (N.D. Cal. 18 July 2011)* de 18 de julho de 2011.

⁴⁵ Vide *United States v. Microsoft Corp, United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 2001*.

empresas foram obrigadas a se retirar de diversos segmentos de distribuição de alimentos (com exceção do segmento de carne), tanto no varejo quanto no atacado. As empresas também foram proibidas de adquirir participações societárias (ou serem objeto de tais aquisições) nos mercados em questão. As condutas investigadas incluíam a chamada tentativa de monopolização de mercados de distribuição de alimentos não relacionados a carnes por meio de aquisições de concorrentes e acordos de exclusividade.⁴⁶

A empresa Broadcast Music, Inc. e a *American Society of Composers, Authors and Publishers* (ASCAP) celebraram com o DoJ acordo segundo o qual os membros da ASCAP e da BMI (detentores de direitos autorais de música) deveriam abster-se de celebrar acordos exclusivos de licenciamento de direitos autorais, mas o acordo manteve a possibilidade de a ASCAP e BMI fornecerem acordos guarda-chuva (*blanket licences*).⁴⁷

Importante precedente envolveu condutas unilaterais praticadas pela Microsoft no fim da década de 1990. A investigação realizada pelo DoJ e apresentada perante o Poder Judiciário dos Estados Unidos acusava a Microsoft de, entre outros, buscar a manutenção do seu poder de monopólio no mercado de sistemas operacionais (OS) por meio de diversas práticas exclusionárias (e.g., contratos que obrigavam fabricantes de computadores a instalar o navegador de internet da Microsoft, integração obrigatória entre o *Internet Explorer* e o sistema operacional *Windows* e contratos de exclusividade para utilização do *Internet Explorer* por provedores de acesso à internet).

A decisão da *District Court of Columbia* (primeiro grau) foi desfavorável à Microsoft e determinou diversas medidas estruturais e comportamentais, incluindo a cisão da empresa em duas novas sociedades, a Opsco (*Operating System Business*) e Apsco (*Applications Business*). Após recurso judicial à *Court of Appeals of the District of Columbia* e tentativa frustrada de buscar a modificação do julgamento perante a Suprema Corte dos Estados Unidos, a Microsoft e o DoJ celebraram acordo por meio do qual a empresa foi obrigada, pelo prazo de 5 anos, a (i) dar publicidade a código de programação de *middleware*, (ii) permitir que fabricantes de computadores substituam o *Internet Explorer* por plataformas concorrentes, e (iii) licenciamento não exclusivo de *software* para fabricantes de computadores.

4.2 União Europeia

Como nos Estados Unidos, o regulamento europeu (*2006 Guidelines on the method of setting fines*) prevê que as sanções pecuniárias devem ser calculadas

⁴⁶ Vide *United States v. Armour & Co. and Greyhound Corporation*, 298 U.S. 268, 90 Supreme Court 1723, 26 L.Ed.2d226.

⁴⁷ Vide *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.* (US Supreme Court, 1979).

com base no valor das vendas realizadas pelo infrator no mercado relevante da infração. A legislação da União Europeia — que não prevê a restrição de liberdade como elemento dissuasório adicional, como Brasil e Estados Unidos — limita a aplicação de multa por infrações contra a ordem econômica a 10% do faturamento bruto total da empresa no ano anterior ao início da investigação.⁴⁸ A tabela abaixo reúne as 10 maiores penalidades aplicadas pela autoridade comunitária:

Empresa	Setor	Multa (EUR)
Saint Gobain (2008)	Vidro automotivo	880 milhões
Philips (2012)	CRT	705,3 milhões
LG Electronics (2012)	CRT	687,5 milhões
Deutsche Bank (2013)	Taxa de juros para derivativos (EIRD)	465,8 milhões
F. Hoffmann-La Roche (2001)	Vitaminas	462 milhões
Société Générale (2013)	Taxa de juros para derivativos (EIRD)	445,8 milhões
Siemens AG (2007)	AES/GIS	396,5 milhões
Pilkington (2008)	Vidro automotivo	357 milhões
E.ON (2009)	Gás natural	320 milhões
GDF Suez (2009)	Gás natural	320 milhões

A Comissão Europeia — autoridade responsável pela aplicação de penalidades por infrações anticompetitivas — também pode determinar qualquer providência necessária para garantir que a conduta futura das empresas investigadas esteja de acordo com os princípios da livre concorrência.

O artigo 7.1 do Regulamento nº 1/2003 (*Council Regulation n. 1/2003 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty*) estabelece que a Comissão Europeia *pode impor quaisquer medidas comportamentais ou estruturais que sejam proporcionais à infração cometida e necessárias para paralisação da conduta infrativa [...] [m]edidas estruturais somente poderão ser impostas se não houver medida comportamental igualmente efetiva ou quando a medida comportamental igualmente efetiva for mais custosa para empresa que a medida estrutural* (grifos nossos).

O *Guia de melhores práticas de investigações de condutas anticompetitivas* (*Commission Notice on best Practices for the Conduct of Proceedings Concerning Articles 101 and 102 TFEU*) também determina que o documento equivalente à nota

⁴⁸ Vide artigo 23(2) do Regulamento da União Europeia nº 1/2003. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/regulations.html>>.

técnica de instauração de Processo Administrativo do Cade (denominado *Statement of Objections*) deverá conter informações *suficientemente detalhadas* sobre as medidas comportamentais ou estruturais que poderão ser aplicadas em caso de condenação para que as empresas investigadas possam apresentar argumentos relativos à necessidade e proporcionalidade das referidas medidas.

Ainda de acordo com a norma, se a Comissão Europeia entender que medidas estruturais podem ser necessárias, o documento também deverá conter as razões pelas quais a autoridade entende que não há medida comportamental igualmente eficiente ou tal medida comportamental será mais custosa para a empresa que a medida estrutural.⁴⁹

Apesar da previsão da possibilidade de medidas estruturais, não foram localizados precedentes relativos à infração de formação de cartel nos quais as medidas em questão tenham sido aplicadas. Há, contudo, jurisprudência relativa a investigações de condutas unilaterais.

Medidas “puramente” estruturais (*i.e.*, cisão de empresa ou alienação de ativos) não são aplicadas com frequência. A maior parte da jurisprudência trata de medidas denominadas “quase estruturais” (*e.g.*, acesso a insumo,⁵⁰ obrigação de transparência e licenciamento de tecnologia,⁵¹ redução de reservas de longo prazo na estrutura de gás natural da França⁵² e liberação de *slots* em aeroportos⁵³). Há dois casos de destaque no que se refere à aplicação de medidas “puramente” estruturais. O primeiro foi em 2008, quando a empresa E.ON (Alemanha) celebrou acordo com a Comissão Europeia para alienar 20% de sua capacidade de geração e transmissão de energia elétrica, como resultado de um procedimento de investigação de mercado conduzido pela autoridade.⁵⁴ Em 2010, por sua vez, as empresas RWE (Alemanha) e ENI (Itália) celebraram acordos com a Comissão Europeia para, respectivamente, alienar a totalidade da rede de transmissão de alta pressão localizada no oeste da Alemanha e gasodutos localizados na Itália.⁵⁵

⁴⁹ No original: 83. *If the Commission intends to impose remedies on the parties, in accordance with Article 7(1) of Regulation (EC) No 1/2003, the Statement of Objections will indicate the remedies envisaged that may be necessary to bring the suspected infringement to an end. The information given should be sufficiently detailed to allow the parties to defend themselves as to the necessity and proportionality of the remedies envisaged. If structural remedies are envisaged, in accordance with Article 7(1) of Regulation (EC) No 1/2003, the Statement of Objections will spell out why there is no equally effective behavioral remedy or why the Commission considers any equally effective behavioral remedy would be more burdensome for the undertaking concerned than the structural remedy.*

⁵⁰ Vide Case COMP/39.692, IBM Maintenance Services.

⁵¹ Vide Case COMP/39.530, Microsoft.

⁵² Vide Case COMP/39.316, Gaz de France

⁵³ Vide Case COMP/39.596, BA/AA/IB.

⁵⁴ Vide decisão da Comissão Europeia de 26.11.2008 no caso COMP/39.388, German Electricity. Wholesale Market, and COMP/39.389, German Electricity Balancing Market

⁵⁵ Vide decisão da Comissão Europeia de 18.03.2009 (Case COMP/39.402, RWE Gas Foreclosure) e decisão de 29.09.2010 (Case COMP/39.315, ENI).

4.3 Outras jurisdições

Sanções administrativas que não multas são pouco aplicadas por outras jurisdições. Merece destaque a experiência do Reino Unido, Turquia e Alemanha no tema.

Duas decisões recentes da comissão de concorrência do Reino Unido determinaram a venda de ativos nos mercados de cimento e concreto⁵⁶ e serviços hospitalares.⁵⁷ Ambas dizem respeito a investigações de mercado (*market investigation*), procedimento previsto na Parte 4 do *Enterprise Act* e aplicável quando a autoridade concorrencial ou agências reguladoras entendem que a estrutura de determinado mercado ou condutas comerciais de seus agentes restringem ou distorcem a concorrência de forma negativa. Não se trata de investigações de condutas anticompetitivas, mas de análises amplas sobre o funcionamento de um mercado específico que mais se assemelham ao exame realizado em atos de concentração.⁵⁸

Há também decisão da autoridade de concorrência da Turquia que condenou as empresas ArcelorMittal, Erdemir e Borçelik por práticas colusivas, incluindo troca de informações comercialmente sensíveis entre concorrentes, no mercado turco de aços planos.⁵⁹ A Erdemir concordou em alienar participações minoritárias que a empresa detinha tanto na ArcelorMittal quanto na Borçelik, além de submeter-se ao pagamento de multas.

Por fim, a lei de defesa da concorrência da Alemanha foi alterada em junho de 2013 para, entre outros, incluir poderes para que a autoridade de defesa da concorrência do país (*Bundeskartellamt*) imponha medidas estruturais (e.g., alienação do todo ou parte de empresas) em casos de infrações contra a ordem econômica. Na mesma linha do direito comunitário, a aplicação de medidas estruturais é limitada pelo princípio da proporcionalidade: tais medidas somente podem ser aplicadas quando forem mais eficientes e menos gravosas que medidas comportamentais.⁶⁰

5 Conclusão

As duas espécies de sanções administrativas por infração contra a ordem econômica descritas no presente estudo tem natureza jurídica, critérios de aplicação e finalidades distintas.

⁵⁶ Vide <<http://www.competition-commission.org.uk/our-work/directory-of-all-inquiries/aggregates-cement-ready-mix-concrete>>.

⁵⁷ Vide <<http://www.competition-commission.org.uk/media-centre/latest-news/2014/Jan/cc-sets-out-changes-for-private-healthcare>>.

⁵⁸ Vide <http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/2013/publications/cc3_revised.pdf>.

⁵⁹ Vide <<http://internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc834.pdf>>.

⁶⁰ Vide <http://www.vogel-global.com/news?field_pays_tid_selective=16&field_annee_tid_selective=All&=Apply>.

A imposição de penalidades pecuniárias decorre da configuração do ilícito concorrencial. As sanções não pecuniárias descritas no artigo 38 representam punição adicional ao infrator e são permitidas apenas *quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral*. Necessário, portanto, que a motivação do ato administrativo que determinar tais sanções seja distinta e mais grave que as razões que fundamentaram as penalidades pecuniárias descritas no artigo 37.

A dosimetria das penalidades aplicáveis em cada caso dependerá dos critérios descritos no artigo 45 da Lei de Defesa da Concorrência (*i.e.* gravidade da infração, boa-fé do infrator, vantagem auferida ou pretendida, consumação ou não da infração e efeitos econômicos negativos ao mercado ou consumidores). Como visto, há tendência de elevação constante das sanções pecuniárias em casos de formação de cartéis. Informações públicas disponíveis indicam penalidades próximas do teto normativo de 20% do faturamento bruto da empresa (ou grupo econômico) no ramo de atividade afetado pela conduta.

As penalidades não pecuniárias mais utilizadas pelo Cade são (i) publicação de decisão em jornal, (ii) inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor, e (iii) recomendação de não concessão de parcelamento de tributos federais ou cancelamento, total ou parcial, de incentivos fiscais ou subsídios públicos. Não há registro de condenação do Cade que tenha estabelecido penalidade de cisão, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade, ainda que haja discussão em curso no caso da investigação do cartel do cimento, ainda pendente de julgamento final.

As penalidades não pecuniárias mais severas aplicadas pelo Cade referem-se aos casos do cartel dos vigilantes e da distribuição de direitos autorais (Ecad). No caso do setor de vigilância privada, as empresas foram excluídas temporariamente do mercado de licitações públicas para contratação dos referidos serviços. As contestações judiciais das empresas não foram bem-sucedidas. O Ecad e associações que congregam usuários e titulares de direitos autorais sofreram multas e diversas penalidades não pecuniárias. No tocante às multas, o Poder Judiciário determinou, em juízo de primeiro grau, que as penalidades impostas deveriam se limitar aos valores arrecadados pelas entidades no segmento de TV por assinatura, o que representou redução das multas em 92,06%. A Justiça Federal também anulou diversas penalidades não pecuniárias, em razão de mudanças na legislação, e a determinação de pagamento das multas com valores oriundos de taxas de administração das associações, tendo em vista que a decisão não foi devidamente motivada, como exige o artigo 50 da Lei de Processo Administrativo.

A análise da experiência internacional não identificou precedentes europeus ou norte-americanos — jurisdições mais consolidadas em termos de política antitruste — nos quais tenha havido aplicação de penalidades estruturais em investigações de

cartéis. Há precedentes em casos de investigações de condutas unilaterais tanto nos Estados Unidos, quanto na Europa. Também houve, no Reino Unido, determinação de vendas de ativos nos mercados de cimento, concreto e serviços hospitalares no âmbito de investigações de mercado (*market investigations*). Estas têm natureza jurídica distinta das investigações de condutas anticompetitivas.

O ordenamento jurídico comunitário, a exemplo do brasileiro, também prevê a possibilidade de a Comissão Europeia determinar qualquer providência necessária para garantir que a conduta futura das empresas investigadas esteja de acordo com os princípios da livre concorrência, incluindo medidas estruturais. Contudo, as normas exigem que (i) medidas estruturais ou comportamentais sejam proporcionais à infração cometida e necessárias para pôr fim à conduta; (ii) medidas estruturais somente sejam aplicadas se não houver medida comportamental igualmente efetiva ou quando a medida comportamental igualmente efetiva for mais custosa para empresa que a medida estrutural; e (iii) informações suficientemente detalhadas sobre as medidas comportamentais ou estruturais que poderão ser aplicadas em caso de condenação sejam previamente discutidas com as empresas investigadas para garantir a possibilidade de exercício de contraditório e ampla defesa, particularmente no tocante à necessidade e proporcionalidade das referidas medidas.

Embora a Lei de Defesa da Concorrência não contenha igual nível de detalhamento, os princípios que norteiam o Processo Administrativo sancionador — em especial o da proporcionalidade e da ampla defesa —, além da vedação constitucional ao planejamento estatal coercitivo, impõem ao Cade a necessidade de atuar sob parâmetros similares para aplicar sanções acessórias de maior gravidade. Não basta a referência genérica à gravidade da infração ou ao interesse público para fundamentar a decisão de aplicar sanções acessórias, em especial quando se tratar de sanções estruturais.

É indispensável demonstrar sua necessidade e a inexistência de opções menos gravosas. Isso exigirá análise econômica detalhada das atuais condições do mercado no qual ocorreu a sanção, de modo a evidenciar que a opção do Cade no caso concreto atende tais exigências. Trata-se de análise que se aproxima daquela que o órgão faz no âmbito da avaliação dos atos de concentração.

Nesse contexto, o respeito à ampla defesa também impõe que as partes afetadas possam se manifestar sobre as medidas cogitadas pelo Cade — e isso em relação a opções concretas que o órgão avalie adotar e não apenas no contexto da apresentação de sua defesa na fase de instrução do Processo Administrativo, no qual a discussão sobre penalidades ocorre em regra apenas de forma abstrata.

ANEXO

Sanções impostas pelo Cade por prática de cartel

Nº do Processo Administrativo	Caso	Início da Investigação - Julgamento	Empresa	Multa (R\$)	%	Outras Penalidades
08012.004365/2010-66	Cartel das Farmácias <i>Faturamento Total</i>	2010-2014	Farmácias do município de Curitiba/SC	De 26.000,00 a 368.000,00 (total de 1.5 milhões)	N/A	Remessa da decisão ao MP/SC.
08012.003745/2010-83	Cartel – Ecad <i>Multa em UFR</i>	2010-2013	Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (Ecad)	6.4 milhões	N/A	(i) valor das multas oriundo de taxas de administração e não repassado aos seus associados; (ii) cessação da prática de fixação conjunta de valores para execução pública de obras musicais; (iii) oferta de licenças diversas, não apenas <i>blanket license</i> ; (iv) dirigentes das representadas sejam proibidos de participar de outras direções que tenham o mesmo objetivo das associações que participam; (v) proibição de discussão de preços em Assembleia Geral, bem como de tabela de preços do Ecad; (vi) Ecad e associações reformulem, no prazo de 6 meses, o sistema de Gestão Coletiva; e (vii) Ecad retire os critérios atualmente adotados para admissão e manutenção de Associações.
			Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais	5.3 milhões		
			Sociedade Brasileira de Autores Compositores e Escritores de Música	5.3 milhões		
			Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes	5.3 milhões		
			Associação Brasileira de Música e Artes	5.3 milhões		
			Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais	5.3 milhões		
			União Brasileira de Compositores	5.3 milhões		
08012.004039/2001-68	Cartel das Padarias <i>Multa em UFR</i>	2001-2013	Diversas panificadoras de Sobradinho – DF	10.000 a 30.000 UFR	N/A	N/A

Nº do Processo Administrativo	Caso	Início da Investigação - Julgamento	Empresa	Multa (R\$)	%	Outras Penalidades
08012.012420/1999-61	Livrarias Jurídicas (Cade entendeu que não houve cartel, mas "boicote coletivo") <i>Multa em UFIR</i>	2000-2013	Diversas livrarias jurídicas do DF	De 3.000 a 5.000 UFIRs	N/A	N/A
08012.011027/2006-02	Cartel de Carga Aérea <i>Multas baseadas no faturamento de carga aérea</i>	2006-2013	ABSA	114.133.919	N/A	N/A
			Variglog	147.496.151		
			American Airlines	25.770.589		
			Alitalia	3.974.203		
08012.011668/2007-30	Cartel de Postos de Gasolina (Paraná) <i>Multas baseadas no faturamento obtido no setor de atividade</i>	2007-2013	Auto Posto Paiguás Ltda.	487.133	13%	N/A
			AVN Comércio de Combustíveis Ltda.	610.315	15%	
08012.007149/2009-39	Cartel de Postos de Gasolina (Rio Grande do Sul) <i>Multas baseadas no faturamento obtido no setor de atividade</i>	2004-2013	Miotti e Lima Ltda.	533.729	15%	Remessa da decisão ao MP/RS e ao TJ/RS.
			Padre Réus Comércio de Combustíveis	1.073.237		
			Dutra Auto Posto	3.947.744		
			Sta. Lúcia Comércio e Pavimentações	6.730.530		
08012.004472/2000-12	Cartel de Postos de Gasolina (Bauru) <i>Multas baseadas no faturamento obtido no setor de atividade</i>	2000-2013	Posto Sebastião Homero Gomes Bauru	N/A	15%	Recomendação de não concessão de parcelamento de tributos federais ou que sejam cancelados, no todo ou em parte, benefícios fiscais e subsídios públicos.
			Auto Posto Mary Dota			
			Auto Posto Nunes de Assis			
			Auto Posto Vila São Paulo			
			Auto Posto Bauru 2000			
			Lopes & Lombardi			
08012.001003/2000-41	Cartel de Postos de Gasolina (Londrina) <i>Multas baseadas no faturamento obtido no setor de atividade</i>	2000-2013	Derivados de Petróleo Três Marcos	N/A	15%	Recomendação de não concessão de parcelamento de tributos federais ou que sejam cancelados, no todo ou em parte, benefícios fiscais e subsídios públicos.

Nº do Processo Administrativo	Caso	Início da Investigação - Julgamento	Empresa	Multa (R\$)	%	Outras Penalidades
08012.010215/ 2007-96	Cartel de Postos de Gasolina (Caxias do Sul) <i>Multas baseadas no faturamento obtido no setor de atividade</i>	2007-2013	Auto Posto Comboio	2.964.106	15%	(i) Publicação da decisão e (ii) recomendação de não concessão de parcelamento de tributos federais ou que sejam cancelados, no todo ou em parte, benefícios fiscais e subsídios públicos.
			Cooperativa de Condutores Autônomos de Caxias do Sul	5.324.675		
			Auto Posto Rodeio	6.916.356	17%	
			Auto Posto Petrolino	3.156.468	15%	
			Posto de Serviços Onzi	4.861.593		
			Andebraz Mega Postos	2.150.564		
			Auto Posto Tonolli	1.300.022		
			Posto Deltha Comercio de Comb. e Deriv.	2.038.406		
Ditrento Postos e Logística	28.649.276	17%				
08012.004702/ 2004-77	Peróxido de Hidrogênio <i>Faturamento Total</i>	2004-2012	Peróxidos do Brasil Ltda.	133.644.180	N/A	(i) Publicação da decisão; (ii) inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; (iii) remessa de cópia da decisão e autos ao MPF e MP/SP; e (iv) recomendação de não concessão de parcelamento de tributos federais / cancelados benefícios fiscais.
08012.005495/ 2002-14	Cartel de Postos de Gasolina (Guaporé) <i>Multas baseadas no faturamento obtido no setor de atividade</i>	2002-2011	Bresolin Auto Serviço Ltda. (matriz e filial)	2.316.596	17%	(i) Publicação da decisão; (ii) inscrição dos Representados no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; (iii) remessa de cópia da decisão e dos autos ao MP/RS; e (iv) recomendação de não concessão de parcelamento de tributos federais ou que sejam cancelados, no todo ou em parte, benefícios fiscais e subsídios públicos.
			JJ – Abastecimento, Lavagens e Lubrificação Ltda.	2.316.367	17%	
			Posto Zanini Ltda.	629.997	15%	
			Auto Abastecedora Visentin Ltda.	931.381	15%	
08012.009888/ 2003-70	Gases industriais <i>Faturamento Total</i>	2003-2010	White Martins Gases Industriais	1.758.545.326	25% (50%) ⁶¹	Recomendação de não concessão de parcelamento de tributos federais ou que sejam cancelados, no todo ou em parte, benefícios fiscais e subsídios públicos.
			Air Liquide Brasil	197.561.635	25%	
			Air Products Brasil	179.202.512		
			Linde Gases	188.391.885		
	Indústria Brasileira de Gases	6.708.629	10%			
08012.009922/ 2006-59	Cartel das autoescolas localizadas em Culabá e Várzea Grande	2006-2010	Sindicato dos Centros de Formação de Condutores – MT	120.000	N/A	(i) Inscrição do Representado no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; (ii) determinação para que a SDE instaure PA em face dos administradores do Sindicato e (iii) envio da decisão ao DETRAN-MT.

⁶¹ White Martins foi multada em dobro por reincidência.

Nº do Processo Administrativo	Caso	Início da Investigação - Julgamento	Empresa	Multa (R\$)	%	Outras Penalidades
08012.006241/1997-03	Drogarias do DF <i>Faturamento Total</i>	1997-2009	26 Drogarias	N/A	1% a 1,5%	(i) Obrigação de se abster de produzir listas de preços que não tenham finalidade meramente promocional e (ii) publicar a decisão.
08012.000283/2006-66	Extratores de Areia <i>Faturamento Total</i>	2006-2008	SMARJA – Sociedade dos Mineradores do Rio Jacuí	1.342.910	20%	Obrigação de enviar o extrato da decisão a todos os clientes.
			SOMAR – Sociedade Mineradora Arroio dos Ratos	1.041.545	17,5%	
			ARO – Aro Mineração Ltda.	539.984	22,5%	
08012.001826/2003-10	Cartel dos Vigilantes <i>Faturamento Total</i>	2003-2007	Ondrepsb Serviços de Guarda e Vigilância Ltda.	N/A	15%	(i) 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, junto à Administração Pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da Administração Pública indireta, pelo prazo de 5 anos. A pena inclui também a proibição da participação em processos que envolvam hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, incluindo qualquer forma de contratação emergencial bem como a proibição de prorrogação do contrato e (ii) publicação da decisão.
			Rudder Segurança Ltda.	7.990.045		
			Empresa Brasileira de Vigilância	2.331.231		
			Empresa Porto-alegrense de Vigilância Ltda.	2.301.395	20%	
			Mobra Serviços de Segurança Ltda.	2.107.654	15%	
			Segurança e Transporte de Valores Panambi Ltda.	2.252.378		
			Protevale Vigilância e Segurança Ltda.	451.792		
			Reação Segurança e Vigilância Ltda.	727.442	20%	
			Rota Sul Empresa de Vigilância Ltda.	1.788.096		
			Seltec Vigilância Especializada Ltda.	1.061.167	15%	
			Vigilância Pedrozo Ltda.	9.171.684		
			Protege Serviços de Vigilância Ltda.	2.481.983	20%	
			Secure Sistemas de Segurança Ltda.	N/A	15%	
			Sênior Segurança Ltda.	166.032		
MD Serviço de Segurança Ltda.	1.142.307					
Delta Serviços de Vigilância Ltda.	709.430					
08012.004599/1999-18	Vitaminas <i>Faturamento obtido na exportação de vitaminas</i>	1999-2007	Hoffman-La Roche	12.112.558	20%	N/A
			Basf Aktiengesellschaft	4.726.362	15%	
			Aventis Animal Nutrition	847.125	10%	

Nº do Processo Administrativo	Caso	Início da Investigação - Julgamento	Empresa	Multa (R\$)	%	Outras Penalidades
08012.004086/ 2000-21	Vergalhões Faturamento Total	1996-2005	Gerdau	N/A	7%	(I) Abstenção da prática de divisão de mercado, por meio da fixação de preços de revenda aos seus distribuidores e compradores diretos; (II) abstenção de qualquer ação retaliatória aos distribuidores que optarem pelo abastecimento alternativo de seus estoques no mercado internacional; (iii) publicação do presente extrato condenatório em meia página de jornal de grande circulação nacional, por dois dias consecutivos e em duas semanas consecutivas.
			Belgo Mineira			
			Barra Mansa			

Nº do Processo Administrativo	Caso	Início da Investigação - Julgamento	Empresa	Multa (R\$)	%	Outras Penalidades
08012.002127/ 2002-14	Pedras Britadas Faturamento Total	2002-2005	Embu S.A Engenharia e Comércio	N/A	20%	(i) Publicação de extrato da decisão em meia página de um dos dois jornais de maior circulação no estado de São Paulo por dois dias seguidos em duas semanas consecutivas, às expensas do Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo, assim como (ii) recomendação aos órgãos públicos que não realizem o parcelamento de tributos federais e que sejam cancelados incentivos fiscais ou subsídios públicos concedidos às Representadas.
			Sarpav Mineradora Ltda.			
			Pedreira Sargon Ltda.			
			Holcim S.A.			
			Lafarge Brasil S.A.			
			Pedreira Cachoeira S.A.		15%	
			Itapiserra Mineração Ltda.			
			Basalto Pedreira e Pavimentação Ltda.			
			Geocal Mineração Ltda.			
			Indústria e Comércio de Extração de Areia Khouri Ltda.			
			Iudice Mineração			
			Mineradora Pedrix Ltda.			
			Pedreira Dutra Ltda.			
			Pedreira Mariutti Ltda.			
			Pedreira Santa Isabel Ltda.			
Reago Indústria e Comércio S.A.						
Basalto Pedreira e Pavimentação Ltda.						
Panorama Industrial de Granitos, Pedreiras São Matheus – Lageado S.A.						
08012.009088/ 99-48	Laboratórios de Referência (Genéricos) Faturamento Total	1999-2005	Janssen-Cilag	N/A	2% (Líder)	(i) Publicação de extrato da decisão em jornal, (ii) Recomendação de adoção de um programa de <i>compliance</i> .
			Abbott, Akzo Nobel, Bayer, Aventis Pharma, Astra-Zeneca, Boeringher Ingelheim, Bristol-Myers Squibb, BYK Química, Centeon, Eli Lilly, Eurofarma, Glaxo Wellcome, Hoeschst Marion Roussel, Schering Plough, Biosintética, Whyeth-Whitehall, Monsanto, Merck Sharp & Dohme, Roché, Sanofi Winthrop, Schering do Brasil.		1%	

Nº do Processo Administrativo	Caso	Início da Investigação - Julgamento	Empresa	Multa (R\$)	%	Outras Penalidades
08012.002097/99-81	Cartel dos Jornais RJ Faturamento Total	1999-2005	Infoglobo	N/A	1%	(i) Publicação de extrato da decisão em jornal.
			O Dia			
			Jornal do Brasil			
			Sindicato			
08012.000677/99-70	Cartel da Ponte Aérea Faturamento no Mercado Relevante	2000-2004	SNEA (Sindicato)	N/A	1%	(i) Publicação de extrato da decisão em jornal; (ii) Obrigação de não fazer (fixar/divulgar alterações de preços).
			VASP			
			Transbrasil			
			TAM			
			Varig			
08012.004036/01-24	Combustíveis – Lages Faturamento Total	2001-2003	Postos de combustíveis diversos, SindiPetro/SC e pessoas físicas	55.000,00 (SindiPetro)	15% (Postos) 15% da multa dos Postos (pessoas físicas)	(i) Publicação de extrato da decisão em jornal; e (ii) Inscrição das condenadas no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor.
08012.004712/2000-89	Combustíveis – Goiás Faturamento Total	2000-2002	Sindiposto/GO e seu presidente	190.000,00 (Sindiposto) 95.000,00 (Presidente)	N/A	Sindicato: (i) Determinação de inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; (ii) Recomendação aos órgãos competentes que não seja concedido parcelamento de tributos federais por ele devidos e sejam cancelados ou não concedidos incentivos fiscais ou subsídios públicos; (iii) Determinação de abster-se de recomendar, sob qualquer forma, preços ou margens de revenda, bem como datas ou percentuais para futuros reajustes de preços de comercialização de combustíveis automotivos no município de Goiânia – GO; e (iv) Determinação de publicação, em meia página e às expensas dos Representados, no jornal diário de maior circulação na cidade de Goiânia (GO), por um período de dois dias consecutivos, por três semanas consecutivas, no prazo de 15 (quinze) dias a partir da data de publicação do acórdão, de extrato descritivo da decisão condenatória. (continua)

Nº do Processo Administrativo	Caso	Início da Investigação Julgamento	Empresa	Multa (R\$)	%	Outras Penalidades
08012.004712/ 2000-89						(conclusão) Pessoa física: (i) Determinação de proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitações tendo por objetivo a aquisição, alienação, realização de obras e serviços públicos, sobretudo, concessão de serviços públicos junto à Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, bem como junto a entidades da Administração indireta ligadas ao mercado de comércio varejista de derivados de petróleo e combustíveis, no prazo de cinco anos, a contar da publicação do acórdão; (ii) Determinação da inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; (iii) Determinação da imediata cessação da prática infrativa (<i>idem</i> punição ao Sindicato).
08012.002299/ 2000-18	Combustíveis – Florianópolis Faturamento Total	2000-2002	Postos de combustíveis diversos, Sindicato e pessoas físicas.	400.000,00 (Sindicato)	10% (Postos) 10-15% da multa dos Postos (pessoas físicas)	Sindicato: (i) Inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; (ii) Determinação de não concessão ao representado de parcelamento de tributos federais e sejam cancelados ou não concedidos incentivos fiscais ou subsídios públicos; (iii) Determinação para que seja incluída cláusula no Estatuto Social do representado determinando expressamente não ser finalidade ou atividade legítima do referido sindicato a promoção, a realização ou a participação em acordos ou decisões dos filiados que modifiquem, uniformizem ou condicionem o modo de comercialização de seus associados, as margens de lucro ou os preços praticados pelos mesmos, no prazo de trinta dias a contar da publicação deste acórdão. (continua)

Nº do Processo Administrativo	Caso	Início da Investigação - Julgamento	Empresa	Multas (R\$)	%	Outras Penalidades
08012.002299/ 2000-18						<p>(conclusão)</p> <p>Postos: (I) Proibição de contratação de créditos e financiamentos com instituições financeiras oficiais e participação em licitações tendo por objetivo a aquisição, alienação, realização de obras e serviços públicos, sobretudo, concessão de serviços públicos junto à Administração Pública federal, estadual e municipal, bem como entidades de Administração indireta, no prazo de cinco anos, a contar da publicação do acórdão; (II) Inscrição no Cadastro Nacional de Defesa da Concorrência; e (III) Determinar que não seja concedido aos representados parcelamento de tributos federais por eles devidos, e, que sejam cancelados ou não concedidos incentivos fiscais e subsídios públicos.</p> <p>Pessoas Físicas: (I) Proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitações tendo por objetivo a aquisição, alienação, realização de obras e serviços públicos, sobretudo, concessão de serviços públicos junto à Administração Pública federal, estadual e municipal, bem como entidades de Administração indireta, ligados ao mercado de comércio varejista de derivados de petróleo e combustíveis, no prazo de cinco anos a contar da publicação do acórdão; e (II) Determinar a inscrição no Cadastro Nacional de Defesa da Concorrência.</p>

Nº do Processo Administrativo	Caso	Início da Investigação - Julgamento	Empresa	Multa (R\$)	%	Outras Penalidades
08000.015337/1997-48	Aços planos Faturamento Total	1996-1999	Usiminas	16.180.000	1%	(i) Condenação da Usiminas e da Cosipa por descumprimento do artigo 26 da Lei nº 8.884/94 (enganosidade); (ii) publicação do extrato da decisão condenatória por cada Representada no jornal de maior circulação do Estado em que estiver sediada, em meia página, por dois dias seguidos, por três semanas consecutivas, no primeiro caderno do jornal; (iii) remeter a decisão ao MPF, para, se cabível, requisitar a instauração de inquérito policial ou promover a competente ação penal contra os representantes legais das representadas.
			Cosipa	13.150.000		
			CSN	22.180.000		

Non-Monetary Sanctions for Anticompetitive Behavior

Abstract: The paper discusses the legal framework for non-monetary sanctions for anticompetitive behavior and assesses its increased use by Brazil's antitrust agency (Cade), especially in the context of cartel prosecution. The paper identifies the distinctive features of the circumstances that authorize the imposition of such penalties and related procedural aspects, taking into account the experience of the United States and the European Union.

Key words: Sanctions. Competition Law. Cartel. Cade.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FARACO, Alexandre Ditzel; MARTINEZ, Ana Paula; JASPER, Eric Hadmann. Sanções não pecuniárias por infrações contra a ordem econômica. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 9-40, abr./jun. 2014.

Recebido em: 02.05.2014
Aprovado em: 15.05.2014