

DIMENSIONAMENTO DE SANÇÕES ANTITRUSTE A CARTEIS

Alexandre Cordeiro Macedo¹

Eduardo Frade Rodrigues²

Introdução

A moderna economia mundial tem apresentado desafios cada vez mais intensos para a sociedade como um todo e, especialmente, para as agências antitruste. A evolução dos mercados e a alteração no formato das relações empresariais trazem uma preocupação adicional para a defesa da concorrência. O consumo cada vez mais globalizado, a eliminação das fronteiras comerciais em função do incremento tecnológico, a especialização dos meios de produção e a necessidade cada vez maior de diversificar as relações empresariais tem como consequência, também, o aumento do número de condutas anticompetitivas e a possibilidade de modificar formalmente o desenho das condutas concertadas praticadas por competidores de um mesmo mercado.

¹ É o atual Superintendente-Geral do Cade e Ex-Conselheiro do Cade. Possui dupla graduação em direito e em economia. É doutorando em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais, mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público, pós-graduado em Processo Administrativo Disciplinar pela Universidade de Brasília. É Visiting Scholar e International Fellow do Global Antitrust Institute da Antonin Scalia Law School - George Mason University em Washington/DC. É auditor de carreira da Controladoria-Geral da União desde 2006, onde foi assessor e chefe de gabinete do Corregedor-Geral da União. Foi secretário-executivo do Ministério das Cidades. É professor de Direito Econômico e de Análise Econômica do Direito da Escola de Direito de Brasília/IDP. É professor convidado da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, do Ibmec e da Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Organizador e autor do livro Tópicos Especiais de Direito Concorrencial, Editora Cedes. Autor de vários artigos em livros, revistas e jornais. Palestrante em diversos eventos e universidades no Brasil e no exterior, tais como Harvard Law School – Cambridge, Northwestern University - Chicago, American Bar Association - ABA, International Bar Association - IBA, International Competition Network - ICN, Global Competition Review – GCR e Concurrence.

² Foi Superintendente-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade. Teve papel protagonista na reestruturação do Cade após a entrada em vigor, em 2012, da nova Lei de Defesa da Concorrência, foi Coordenador-Geral de Outorgas da Secretaria de Política Regulatória, na Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República. Hoje é sócio de VMCA. É mestre em direito pela Universidade de Brasília (UnB), especialista em defesa da concorrência pela Fundação Getúlio Vargas e especialista em políticas públicas e gestão governamental pela Escola Nacional de Administração Pública. É graduado em direito pelo Centro Universitário de Brasília e em relações internacionais pela Universidade de Brasília. Participou de Advanced Seminar on Regulatory Policy pela George Washington University. É professor convidado do FGV Law Program (desde 2014) e visiting scholar do Global Antitrust Institute na Antonin Scalia Law School, George Mason University (2017). Participou como palestrante em dezenas de conferências e seminários, em uma dezena de países. É autor de artigos e livros nas áreas de regulação e concorrência, incluindo O direito societário e a estruturação do poder econômico (Singular, 2016).

Tal fato desperta nas autoridades antitruste certa inquietação quanto aos meios de prevenção e repressão ao abuso de poder econômico. Como consequência dessa preocupação percebe-se uma crescente intensificação dos debates, em todo mundo, sobre a adequação das sanções a cartéis por parte das autoridades de defesa da concorrência. As opiniões são das mais diversas possíveis. Há especialistas clamando que as sanções estão muito baixas (“*under-deterrence*”), outros dizendo que estão muito altas (“*over-deterrence*”), e ainda há aqueles que dizem que as sanções estão adequadas.

Por óbvio, e não podia ser diferente, essa discussão também ocorre no Brasil e, em período mais recente, ganhou força no Cade, em especial, nos debates sobre o modo de interpretação e aplicação do art. 37 da Lei n. 12.529/2011, que determina que a pena para pessoas jurídicas pela prática de infrações à ordem econômica será de “0,1% a 20% do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação”. Parte do Tribunal, sob o argumento de uma busca por sanções mais adequadas à prática de cartéis, passou a advogar a estimação, caso a caso, do dano causado pelo cartel ou da vantagem auferida pelos infratores – os dois conceitos, embora distintos, ainda parecem ser utilizados como se tivessem o mesmo sentido, nos julgados dos defensores da ideia –, como base para calcular a sanção aplicável. Tomaram forma, diante disso, debates no órgão antitruste sobre a estimação ou não estimação de danos e vantagem auferida, dosimetria de penas e, de forma subjacente, sobre a adequação das sanções anti-cartéis aplicadas pelo Cade.

Vários casos exemplificam esses debates, como, por exemplo: THC2 de Salvador - PA n° 08012.003824/2002-84 – voto dos Conselheiros Gilvandro e João Paulo; Cartel do perborato de sódio - PA n° 08012.001029/2007-66 – votos do Conselheiros Márcio e João Paulo; Cartel em licitações de alimentos especiais - PA n° 08012.009645/2008-46 – voto dos Conselheiros Alexandre, João Paulo e Gilvandro; Cartel de memórias DRAM - PA n° 08012.005255/2010-11 – voto Relator Márcio e Votos-vogal do João Paulo e do Gilvandro.

Até o momento, porém, possivelmente o precedente mais significativo que demonstra essas discussões é o caso do cartel de GLP no Pará - PA n° 08012.002568/2005-51, que permitiu a exposição de argumentos favoráveis e desfavoráveis à tese da utilização da estimação de danos ou de vantagem auferida, caso

a caso, para o cálculo das sanções, bem como propiciou tentativas de realizar essas estimativas, com as consequentes análises críticas supervenientes. Trata-se, no caso em questão, de processo administrativo que apura o suposto cartel no mercado de venda de gás liquefeito de petróleo (GLP), no estado do Pará. O arranjo abrangia a fixação conjunta de preços, a divisão de mercado mediante acordos de exclusividade e recusa concertada de venda. Segundo o voto relator, o conjunto probatório indica que as representadas se valeram da fixação de preço de revenda, sob sanção por parte do cartel de, descumprida a revenda no preço fixado, haver recusa de venda e/ou fornecimento a revendedores clandestinos de GLP, como meio de assegurar a efetividade de um cartel *hard core* no estado do Pará entre as distribuidoras de GLP Paragás, Liquigás (ex-Tropigás) e Supergasbras (ex-Minasgás).

Para o caso concreto o voto vista apontou algumas importantes divergências em relação ao voto relator. A primeira delas é a necessidade de análise qualitativa aprofundada para fins de justificar a escolha do modelo utilizado, conforme bem orientado pelo Departamento de Estudos Econômicos do Cade. Segundo o conselheiro, essa análise qualitativa não foi realizada pelo voto relator. Outra divergência foi exatamente a análise contrafactual mencionada acima. Não há como garantir que o grupo de controle utilizado pela relatora não apresentava colusão ou outro ilícito qualquer que apresente uma distorção de preço. O voto vista destaca que *“O parecer econômico apresentado pela Representada aos autos acrescentou ainda mais dúvidas para adoção ou não dos cálculos da Relatora como razão de decidir, inclusive no tocante à possibilidade de absorção das mudanças decorrentes da desregulamentação do setor de GLP, o que poderá ter inflado os resultados de diferenças de preço, e a aspectos estruturais do setor atinentes a distinções das estruturas de mercado em si, como, por exemplo, de percepção acerca da substitutibilidade do produto por consumidores do Pará e por consumidores do grupo de controle.”*

Reconhecendo a atualidade e significativa relevância desse debate – em especial a reflexão sobre a adequação das sanções a cartéis no Brasil –, este artigo buscará: (i) debater as vantagens, desvantagens e dificuldades de calcular vantagens e danos derivados de cartéis, e os impactos disso sobre as políticas de dimensionamento de penas por agências antitruste; (ii) discutir o papel do dano e da vantagem auferida na construção das sanções a cartéis pelo Cade, o que envolve indagar sobre os objetivos das sanções previstas na Lei Antitruste; (iii) buscar compreender o conceito de

vantagem auferida contido na Lei, sua abrangência e como aplicá-lo no cálculo das penas; (iv) pensar nas sanções administrativas do Cade em face da existência conjugada de outras ferramentas de enforcement público e privado aplicáveis a cartéis; e (v) refletir sobre a adequação das sanções antitruste no Brasil.

Teoria clássica do ilícito sob uma perspectiva econômica

Fórmula clássica de dimensionamento de penas, também corriqueiramente aplicável ao antitruste, determina que a punição deve ser superior aos ganhos obtidos pelo infrator, ajustada ainda para cima com base na probabilidade de detecção do ilícito. A doutrina tradicional que trata do tema é atribuída ao professor Gary Becker³ que inicia o artigo precursor⁴ da tese afirmando que a otimização do *enforcement* depende do montante de outros fatores como o custo de captura e condenação do agente, da natureza da punição, se pena pecuniária ou restritiva de liberdade, e da capacidade dos agentes mudarem em função do *enforcement*.

Becker afirma que, para os juízes que tem experiência em julgamentos, um aumento na probabilidade de condenação possui um maior efeito na diminuição dos ilícitos do que um aumento na pena. Nesse sentido ele cita Lord Shawness (1965): *“some judges preoccupy themselves with methods of punishment. This is their job. But in preventing crime it is of less significance than they like to think. Certainty of detection is far more important than severity of punishment.”*

Becker fala ainda que a quantidade de ilícito cometido está diretamente relacionada com a probabilidade de detecção, o montante da pena, e outras variáveis como os *payoffs* do setor legal e do setor ilegal, a frequência das prisões e a tendência do indivíduo de cometer ilícitos.

A função utilizada por ele é $O_j = O_j(p_j, f_j, u_j)$, sendo O_j a quantidade de ilícitos, p_j a probabilidade de condenação por ofensa, f_j a punição por ofensa, e u_j representa a junção de todas as outras variáveis. Pode-se considerar, por exemplo,

³ BECKER, Gary S. Crime and Punishment: An Economic Approach. NBER. www.nber.org/chapters/c3625. p 1-56.

⁴ Para ser mais preciso, as teorias do comportamento criminal são fundamentadas na ideia da escolha racional de Beccaria e Bentham. (1788)

como componente do *uj* o *payoff* do setor legal, um maior cumprimento da lei oriundo da educação ou até mesmo uma mudança na forma de punição deixado a multa e aplicando a restrição de liberdade por exemplo.⁵ Essas variáveis (p,f,u) podem mudar significativamente de ofensor para ofensor a depender de características como inteligência, idade, educação, reincidência, nível social, família e etc. Veja que Becker ao empreender uma abordagem geral para ofensores (não analisa individualmente cada um) é categórico em dizer que por simplicidade ele não vai considerar essas diferenças e utilizará apenas o valor médio de todas elas.⁶

Becker destaca que esta abordagem ainda revela uma informação importante. Quando a alteração é feita em *pj* ela surte mais resultado quando o sujeito é “risk taker”, já quando ela é *fj* ela apresenta melhores resultados quando o sujeito é avesso ao risco e ocorre o mesmo efeito quando o sujeito é neutro em relação ao risco.

Outra abordagem interessante trazida por Becker está relacionada aos *payoffs* do setor legal e do setor ilegal. Isso que dizer que a quantidade de ilícito está intimamente ligar ao *payoff* da atividade legal. Não adianta apenas aumentar o custo da atividade ilegal. Importante também olhar para atividade legal e ver qual é o peso que ela tem na tomada de decisão. Falando de direito da concorrência em caso de cartel a opção é o preço supracompetitivo (*payoff* do ilegal) e o preço competitivo (*payoff* do legal).

Observe que a análise estritamente quantitativa e teórica nos permite uma interessante inferência. A equação de Becker nos diz que a decisão de cometer o ilícito é uma análise dos custos do ilícito em relação dos benefícios que ele pode gerar. Ao aumentar o custo do ilícito, ou seja, pena e probabilidade de detecção, teremos consequentemente um maior efeito dissuasório ou um aumento do prêmio do ilícito. Isso quer dizer que o infrator pode optar não por abandonar o setor ilegal, mas aumentar seu prêmio o que seria um efeito indesejado. Isso demonstra que uma análise puramente objetiva pode levar a distorções.

Becker, ainda, fala de como as outras penas, chamada penas alternativas influenciam na escolha do agente. Afirma que as penas alternativas tais como prisão, pena de morte, tortura, *branding*, multas, banimentos, restrições de direitos, perda de

⁵ BECKER, Gary S. Crime and Punishment: An Economic Approach. NBER. www.nber.org/chapters/c3625. p 10.

⁶ BECKER, Gary S. Crime and Punishment: An Economic Approach. NBER. www.nber.org/chapters/c3625. p 11-12

cidadania foram criadas para influenciar a capacidade de escolha do ofensor e que nos EUA as condutas mais brandas são punidas com multas e se necessário complementadas com outras penas. No entanto, as ofensas mais serias são punidas com uma combinação de prisão, restrição de direitos e multas. Isso significa dizer que as penas alternativas possuem peso relevante na escolha do ofensor e, por consequência, no efeito dissuasório. Todavia, não me parece que na análise de vantagem auferida ora defendida esteja se considerando o peso ou valor da aplicação dessas penas. Becker, inclusive, ressalta que o custo das diferentes penas pode ser comparável pelo ofensor quando convertidos em valores monetários, no entanto, da mesma forma, não me parece que se tenha tentado essa abordagem, por exemplo: *“The cost of imprisonment is the discounted sum of the earnings foregone and the value placed on the restrictions in consumption and freedom.”*⁷

A escolha do Estado acerca de qual variável alterar com o objetivo de aumentar o efeito dissuasório sempre foi motivo de discussão. O aumento de pena e a punição cada vez mais severa dos infratores, em detrimento do incremento na probabilidade de detecção era uma tendência no século XVIII e XIX nos países anglo-saxões, mas ainda persiste em alguns países comunistas e subdesenvolvidos.⁸ Uma explicação para isso é que um aumento na probabilidade de detecção passa pelo aumento dos recursos públicos para capturar o ofensor que se traduz na necessidade de contratação de mais juízes, policiais e etc. Isso fazia com que fosse preferível como política pública compensar essa perda na detecção aumentando a pena. No entanto, essa análise nos conduz a identificação de dois problemas: 1) se o ofensor for um “risk taker” o efeito pode não ser o esperado; e 2) quando as penas são aplicadas em patamares muito altos existe uma tendência de não condenação pelos juízes, o que acaba acarretando exatamente no efeito inverso do pretendido que é o efeito dissuasório.⁹

Posteriormente a Gary Becker outros autores trataram do assunto valendo da mesma linha de raciocínio, a exemplo de Jones¹⁰, que para ele o modelo econômico do

⁷ BECKER, Gary S. Crime and Punishment: An Economic Approach. NBER. www.nber.org/chapters/c3625. p 13.

⁸ BECKER, Gary S. Crime and Punishment: An Economic Approach. NBER. www.nber.org/chapters/c3625. p 17.

⁹ BECKER, Gary S. Crime and Punishment: An Economic Approach. NBER. www.nber.org/chapters/c3625. p 18.

¹⁰ JONES, R. A oferta nas economias de mercado. Rio de Janeiro: ZAHAR, 1977, p 191.

crime tem origem na ideia de que suposição de que o criminoso ao praticar a conduta avalia os custos, os riscos e os benefícios associados à infração cometida.

A questão do dano, da vantagem auferida e das dificuldades de calculá-los

Destaca-se, de início, que o dano causado por um ilícito antitruste não se confunde com a vantagem obtida pelo infrator que praticou o ilícito. Nota-se, não obstante, que comumente as discussões doutrinárias sobre o apenamento de ilícitos concorrenciais trata dos dois conceitos indistintamente, assim como alguns julgados do Cade, o que é um equívoco. Fato é, contudo, que ambos os conceitos – dano e vantagem auferida – são costumeiramente elementos centrais nos debates do dimensionamento de penas. Como dito, é um corolário evidente na doutrina de sanções que a punição seja maior que a vantagem auferida pelo infrator, a fim de verdadeiramente dissuadir o ilícito. Não é incomum, por outro lado, discussões no sentido de que a punição do agente infrator deva ser, em seu conjunto, superior ao dano por ele causado com sua conduta ilícita. Este artigo debaterá, à frente, essa questão, tendo por base a lei brasileira.

Por ora, foquemo-nos na análise desse elemento que rotineiramente habita discussões sancionatórias no antitruste – o dano –, e vejamos como a doutrina e, em especial, a prática de agências antitruste ao redor do mundo tem empregado (ou deixado de empregar) esse fator na formatação de suas sanções.

Estudo da OCDE (2011), com base em contribuições de vários países, sobre “*Quantification of harm to competition by national courts and competition agencies*” tratou desse tema diretamente e algumas conclusões podem ser depreendidas.

A primeira delas é que calcular danos decorrentes de condutas anticompetitivas é uma tarefa extremamente difícil: *OCDE (2011): " Accurately measuring harm to competition is difficult even in the best of cases"*.

A segunda demonstra que calcular danos é altamente custoso para a autoridade: *"Measuring harm in practice is difficult even in straightforward cartel cases because of data requirements and the need to construct a convincing (...) scenario. The more difficult cases will likely require substantial inputs from skilled and experienced*

analysts with detailed knowledge of the industries too. (...) The most often used methods (...) typically require relatively large data sets" (OECD, 2011).

Assim também coloca Hovenkamp: *"methods have become technically quite demanding" (Hovenkamp, 2011).*

A terceira está intimamente ligada a segunda e afirma que não há rotinas simples e automáticas para esse cálculo, o que torna a sua aplicação em casos concretos, que se multiplicam nas prateleiras das agências antitruste, ainda mais custosa: *"Simple, automatised routines are, hence, not applicable". (OCDE, 2011).*

A quarta e última conclusão que pode ser extraída do referido estudo é que o resultado final do cálculo é inerentemente falho: *"Even with such experts, the results could still be considered estimates, with no guarantee of precision. (...) Economists (...) will often disagree about results (OCDE, 2011).*

No mesmo sentido afirma Hovenkamp: *"Even in the hands of a qualified expert, both (methods) suffer from severe limitations depending on the circumstances. (...) Over the years economists and statisticians have developed control techniques to deal with these problems or others, but no one believes that the methodologies provide more than a rough approximation of reality" (Hovenkamp, 2011).*

O precedente do Cade aqui analisado parece demonstrar, de forma concreta, a realidade dessas constatações. Embora se possa imaginar que a quantificação do dano ou do benefício auferido possa ser uma referência para o dimensionamento do que seja a persecução antitruste suficiente, considerando-se os fins retributivo e dissuasório, a sua aplicação prática tem esbarrado na falta de confiabilidade e precisão das estimações econômicas do dano ou benefício. Veja-se o exemplo deste caso concreto: o voto de relatoria se utilizou de dois modelos para cálculo de sobrepreço (ali chamado de sobrelucro¹¹) percebido pela representada Paragás. Enquanto em um modelo encontrou que a sobre-receita seria de R\$ 97.521.249,00 (noventa e sete milhões quinhentos e vinte e um mil e duzentos e quarenta e nove reais), no segundo modelo a indicação foi a metade, R\$ 48.186.970,00 (quarenta e oito milhões cento e oitenta e seis mil novecentos e setenta reais). Um terceiro estudo, de responsabilidade da GO Associados e

¹¹ O termo sobrepreço aqui significa incremento acima do que seria concorrencialmente verificado. Entendo por sobrelucro a receita adicional que seria percebida *acima dos custos* em razão do exercício do poder conjunto de mercado. Como não há segurança sobre os custos das distribuidoras envolvidas, emprega-se *sobrepreço*.

apresentado pela representada, indicou que o sobrepreço teria sido inexistente (SEI nº 0272709). Independentemente das pertinentes discussões sobre mérito ou demérito de tal ou qual metodologia aplicada a cada um dos modelos, a sensibilidade das estimativas às preferências dos observadores diminuem substancialmente o grau de confiança que se possa depositar nos métodos atualmente existentes de dimensionamento dos danos ou vantagem auferida. Tal aspecto da questão é reconhecido nos foros e estudos internacionais que cuidaram de métodos para liquidação de valor exato de dano ou benefício advindo de conduta anticoncorrencial.

No caso concreto, a relatora, ao tratar do dano, destaca que Connor¹² indica quatro métodos para cálculo, contudo, no entendimento da relatora é possível ampliá-los para nove¹³. A relatora optou por usar o método Método *difference in difference* (*diff-in-*

¹² Connor, John M; Lande, Robert H. *Cartel Overcharges and optimal cartel fines* in vol. 3, chapter XX, Issues in Competition Law and Policy 2203 (ABA Section of Antitrust Law, 16/out/2008)

¹³ “1. Método baseado em custo: (...) O sobrepreço, neste caso, seria a diferença entre “o preço do produto no cartel” e o “custo marginal estimado” da empresa mais eficiente do cartel, em cada momento do tempo. O sobrelucro, assim, seria a soma do sobrepreço multiplicado pela quantidade, em cada momento do tempo. 2. Método antes-e-depois: (...) O sobrepreço, neste caso, seria a diferença entre “o preço médio no período cartelizado” e o “preço médio no período sem o cartel”. O sobrelucro, então, seria o sobrepreço médio do cartel multiplicado pela quantidade total vendida em todo o período do cartel. 3. Método do produto comparado (yardstick approach 1): (...) O sobrepreço, neste caso, seria a diferença entre “o preço do produto fruto do cartel” e o “preço do produto similar não cartelizado”, em cada momento do tempo no momento do cartel. O sobrelucro, assim, seria a soma do sobrepreço multiplicado pela quantidade, em cada momento do tempo. 4. Método intermediário 1 (entre antes-e-depois e produto comparado): (...) O sobrepreço, neste caso, seria a diferença entre “o preço do produto fruto do cartel em valores nominais” e o “preço sintético deste mesmo produto”, em cada momento do tempo. O sobrelucro, assim, seria a soma do sobrepreço multiplicado pela quantidade, em cada momento do tempo. 5. Método da região comparada (yardstick approach 2): (...) O sobrepreço, neste caso, seria a diferença entre “o preço do produto do cartel” e o “preço deste mesmo produto em outra região, em que não houve o cartel”, em cada momento do tempo. (...) O sobrelucro, assim, seria a soma do sobrepreço multiplicado pela quantidade, em cada momento do tempo. 6. Método intermediário 2 (intermediário 1 e região comparada): (...) O sobrepreço final será a diferença entre o sobrepreço na região cartelizada e aquele na região não-cartelizada. Desta forma, minimizam-se problemas relativos à região e ao tempo. 7. Método de Cournot: (...) Faz-se uma regressão para o período do cartel e compara-se o preço da região cartelizada com a curva de regressão. Este será o sobrepreço, que, multiplicado pela quantidade, dará o sobrelucro em cada ano. O sobrelucro total é a soma de cada sobrelucro. 8. Métodos econométricos: (...) 8.1. Método difference in difference (diff-in-diff ou DID): é uma técnica estatística usada em pesquisas empíricas nas áreas das ciências sociais (por exemplo, avaliação de políticas públicas), biológicas e na medicina (impacto de um novo medicamento), que mede um evento/choque em um grupo de agentes econômicos comparando com um outro que não o recebeu. Em economia, muitas pesquisas são feitas analisando os chamados experimentos naturais. Nas palavras de Wooldridge (2003)[58], “os experimentos naturais ocorrem quando algum evento exógeno, como, por exemplo, uma mudança de política do governo, altera o ambiente no qual indivíduos, famílias, firmas ou cidades operam”. No presente caso, não seria uma mudança de política, mas a constituição de um cartel em um dado período e em uma certa região do Brasil. 9. Controle Sintético: Assim como no caso do *diff-in-diff*, para se analisar um experimento natural, há que se dispor de um grupo de tratamento e de um grupo de controle. Em ambos os casos, para o caso em questão, o “grupo de tratamento” seria unitário, composto unicamente

diff ou DID) chegando a seguinte conclusão: “Como é o primeiro caso no Cade a ser estimado os efeitos danosos ao mercado, imporei um acréscimo à vantagem auferida de apenas 1,20, o que quer dizer que estou implicitamente tendo como hipótese que no Brasil há uma probabilidade de detecção de 83,3%¹⁴, muito maior que nos EUA!” (...) Pelas razões ora mencionadas, acrescento 20% sobre o valor da vantagem auferida, resultando em uma estimação de dano concernente ao cartel hard core ao redor de R\$ 9,6 milhões. Portanto, o total desejado a pagar seria os descritos nas tabelas abaixo na coluna 3. No primeiro caso, este representa 13,1% do faturamento em 2004 da Paragás no Brasil corrigidos pela Selic a juros simples. No segundo, 19,8% e no terceiro, 26,5%. (...) Ainda que eu considere possível cobrar um valor pela sanção pecuniária acima dos 20%, de acordo com o artigo 37, pois aquele valor não pode ser menor do que a vantagem auferida, a qual foi devidamente estimada no item 5 deste voto, para não trazer qualquer outra discussão ao tema, já controverso, acolhi as sugestões feitas em Plenário e pelas Partes e optei neste caso em escolher um parâmetro dentro do intervalo de 0,1% até 20%, sendo este de 13,1% do faturamento da Paragás no Brasil (...).”

O voto vista do conselheiro Márcio de Oliveira Júnior trouxe uma abordagem diferente destacando sete críticas à utilização da vantagem auferida como critério principal para aplicação da sanção administrativa, são elas:

1) a vantagem auferida é apenas um dos elementos que integram os critérios de dosimetria do art. 45 da Lei 12.529/11. Há um caráter multidimensional na sanção, sendo possível a aplicação de medidas acessórias que, em conjunto com a penalidade pecuniária, promovem a dissuasão da conduta.

2) Há o considerável risco de subpunição de um cartel que “falhou”. É possível que os cartelistas não tenha absorvido lucros com o cartel, mas os

pelo estado do Pará, onde ocorreu o cartel, e o “grupo de controle” [59] refere-se os estados onde não se observou o cartel. Também, em ambos os casos, a variável em tela é o preço do GLP no Pará e o objetivo é identificar o sobrelucro ocorrido no Pará no período do cartel.”

¹⁴ Segundo a relatora “A sanção deve ser equivalente a um valor igual ao efeito nocivo causado ao mercado sobre a probabilidade da detecção do cartel. Quanto menor for esta probabilidade, maior terá que ser a sanção, para que esta seja dissuasória. No caso dos EUA, esta é de 1/3, ou seja 33%. Por isso o *treble damage*!! Se a percepção fosse de que a probabilidade de detecção fosse menor, como por exemplo, 1/6, a sanção dobraria de valor.” Esse fundamento é retirado do trabalho de Gary Becker, *Crime and Punishment: An economic approach*, contudo, para o autor vários outros elementos devem ser considerado, como será explicado a seguir.

danos sociais já estarão instalados, como por exemplo troca de informações. Afirma o conselheiro que *“como a punição reflete a reprovabilidade social de um cartel, admitir que esse tipo de cartel não lesou a ordem pública porque não auferiu vantagem monetária não me parece proporcional e tampouco pertinente às melhores técnicas do direito administrativo sancionador”*. (...) *“Por isso, para que ele possa ser um conceito minimamente seguro, a fundamentação das estimativas deve demonstrar que houve essa internalização, o que requer uma análise muito mais aprofundada em relação à condição econômico-financeira da própria empresa, além das condições estruturais do mercado analisado.”*

3) as estimativas de sobrepreços assumem por derivação lógica que os cartéis analisados sejam apenas de preços. Contudo, não há como separar a estratégia de um cartel, se somente de preços ou de quantidade, afirma o conselheiro. Em licitações a dinâmica é diferente, de maneira que por diversas vezes há apenas conluio para divisão de mercado, sem indícios de combinação de preços.

4) não se pode assegurar que todo o sobrepreço é oriundo da cartelização. É possível o sobrepreço ou parte dele tenha origem na dinâmica natural do mercado.

5) há uma falsa presunção de que as vantagens do cartel sejam igualmente repartidas entre os participantes do cartel, na medida de suas participações. Para o voto vista, um exemplo claro disso é o cartel *hub and spoke*, “em que pode haver a divisão artificial da demanda, porém pode abranger também esquemas paralelos de compensação para o coordenador do cartel”. Logicamente, essa diferença de premiação do cartel influencia diretamente a vantagem auferida e, considerando a individualização da pena, o cálculo da multa a ser aplicada.

6) Dificuldade de isolamento do cartel no contexto fático do mercado e da empresa. É possível que o sobrepreço tenha origem tanto na operação do cartel quanto em outro ilícito qualquer, seja relacionado a LDC ou de corrupção como é o caso de alguns cartéis em licitação. Segundo o conselheiro, *“nas estimações, esses dois valores não aparecem de forma separada, pois não há uma análise qualitativa dos fatores que afetam o preço de equilíbrio. A relação de causalidade entre sobrepreço e cartel deve ser comprovada de*

forma mais minuciosa para que esse tipo de cálculo seja, de fato, um norteador da multa. Caso não seja possível isolar sobrepreços de diferentes fatos geradores, o CADE poderia gerar uma punição inadequada.”

7) por fim, a análise contrafactual (ou o “but-for-price”) dever ser a principal preocupação nesse tipo de análise. Deve-se inicialmente avaliar “qual seria a maximização de lucro de um dado mercado sem o cartel para, em seguida, encontrar o nível de desvio causado pelo preço do cartel em relação ao preço de equilíbrio.” O contrafactual deve apresentar um parâmetro de comparação seguro para prover confiabilidade à conclusão. Com isso, ficamos diante de uma dificuldade quase intransponível. Como garantir que determinado não possui cartel ou que o preço não é influenciado por outro tipo de ilícito. Segundo o voto vogal “estabelecer um dado mercado como contrafactual pode indiretamente dar-lhe um salvo conduto antitruste”.

Os indícios são que os resultados dessas estimativas econômicas são possivelmente ainda mais falhos do que os próprios modelos econômicos são capazes de apurar. Isso porque os modelos econômicos precisam simplificar a realidade do cartel analisado (ex: presume que durou de forma uniforme durante certo período de tempo, que havia concordância perene entre os membros do cartel, que os fatores essenciais como preços e oferta eram decididos de forma racional e economicamente precisa, e assim por diante). Entretanto o fato é que, na vida real, cartéis não são assim. Não raro há interrupções, desavenças, desvios do acordo, acordos mal definidos, parametrização de variáveis como preço e oferta altamente cambiante e, por vezes, confusa. E o arcabouço probatório disponível para fazer essa análise é, quase sempre, altamente fragmentado. Uma investigação de cartel é um álbum de fotos, não um filme contínuo que relata a vida do cartel.

Em razão da complexidade da análise e dos resultados falhos, os cálculos de danos são altamente contestáveis no Judiciário: *"Estimates may not be sufficiently precise for some courts. (...) economic theory and empirical analysis will not always result in estimates of harm that are sufficiently reliable and precise to be admitted as evidence. (...) Quantifying harm (...) to a level of precision and reliability that would satisfy a court requires a great deal of data."* (OCDE, 2011).

Há, portanto, na escolha do modelo de sanção das autoridades antitruste, um *trade-off* perverso, no momento em que se opta ou não por um modelo de dosimetria

centrado no cálculo de danos (ou vantagens): *"trade-off between accuracy and practicability"* (OCDE, 2011)

Não por outro motivo, como pode se depreender das manifestações à OCDE (2011), a maior parte das autoridades de concorrência do mundo não faz estimação de danos para definir suas sanções. Por mais atraente que tal modelo possa ser de um ponto de vista teórico, sua real aplicação, hoje, é extremamente difícil, custosa e falha.

Alguns países buscam, de alguma forma, incorporar em suas sanções um aspecto de dano ou vantagem advindo da conduta. Porém: (i) os países que fazem isso, o fazem de forma arbitrária, e não fazendo cálculos caso a caso, dado os reconhecidos custos e dificuldades de fazê-lo: os guias de apenamento das autoridades antitruste dos EUA estimam, de forma fixa, que haja um sobrepreço de 10% no caso de cartéis punidos pela autoridade, e por razões não muito fundamentadas (aparentemente uma “margem de segurança”), inserem no cálculo da sanção uma presunção de sobrepreço de 20%; no caso na Comissão Europeia, o percentual utilizado é de 30%; (ii) tal arbitrariedade é, reconhecidamente, uma ficção: o guia americano presume um sobrepreço de 10%; o guia europeu um de 30% (3 vezes maior, portanto); estudos listados no paper da OCDE (2011) indicam uma média de sobrepreço entre 10% e 20%, mas os mesmos estudos mostram diversos casos com sobrepreços estimados em 5%, 10%, 40%, 60%; como diz o estudo da OCDE: *The strong fluctuation of overcharges indicates important industry, country and cartel-specific factors influencing the level of overcharges, rendering an average approach inaccurate* (OCDE, 2011); (iii) ao final, mesmo nos países que arbitram um sobrepreço “médio” para cartéis, a relevância da incorporação desse fator no cálculo da sanção final acaba sendo altamente relativa: primeiro, porque também são considerados no cálculo da sanção numerosos outros fatores de apenamento, atenuantes e agravantes; segundo, porque, tanto nos EUA quanto na UE, a multa está limitada a um teto, independentemente no “sobrepreço” arbitrário definido para aquele cartel.¹⁵

Na consideração da vantagem auferida para fins de parametrização de sanções, vêm à tona elementos, que não são relevantes na estimativa pecuniária do dano, mas que se tornam significativos na aferição de uma “vantagem auferida”. Se ao final, para aplicar a sanção, a autoridade quer estimar os ganhos líquidos que o infrator obteve ao

¹⁵ Há discussão também no Brasil acerca da possibilidade ou não de se ultrapassar o limite de 20% do faturamento mencionado pela Lei.

final de sua conduta, não seria necessário considerar também os "custos" e "perdas" incorridas pelo infrator como resultado da conduta? Tomando por base uma função dissuasória da sanção, uma real observação de dissuasão deve considerar o conjunto de ganhos e o conjunto de custos incorridos pelo infrator pecuniário ou não.

Daí haver perguntas crescentes em debates nacionais e internacionais, que se relacionam à necessidade de consideração, no cálculo das multas, de fatores como:

- (a) "*double-counting*" de multas antitruste aplicadas por diferentes jurisdições;
- (b) custos de imagem e reputação sofridos pela empresa;
- (c) custos de outras sanções, como perda do direito de participar de licitações e de obter empréstimos;
- (d) custos das reparações de danos;
- (e) custos de sanções ou ressarcimentos aplicados por outras autoridades públicas (MP, TCU etc);
- (f) custos arcados pelos indivíduos, que para além da empresa, são pessoalmente alvo de sanções pecuniárias administrativas, e também de sanções penais na esfera criminal.

Dito isso, parece natural a afirmação de que na prática a utilização da vantagem auferida como elemento central de aplicação de pena gera insegurança jurídica. Tal fato pode ser corroborado pela inexistência de uniformidade de procedimento nos julgados proferidos recentemente pelo CADE.

Veja que os Conselheiros João Paulo de Resende e Cristiane Alkmin concordam com a utilização da vantagem auferida como elemento central do dimensionamento da multa aplicada como punição a cartéis, mas não apresentam metodologia uniforme de apuração deste conceito nos processos de defesa da concorrência.

A partir de levantamento dos votos já emitidos no período de 22 de junho de 2016 a 25 de abril de 2017 pelos membros do Plenário do CADE que se dedicaram a indicar a aplicação de multa a partir de estimativa de vantagem auferida, é possível observar o seguinte sobre procedimentos de aplicação:

- a) O Conselheiro João Paulo de Resende defende a aplicação de um percentual predeterminado, em regra de 10% (dez por cento), sobre o volume de vendas havido ao longo do cartel como presunção de sobrepreço.
- b) A Conselheira Cristiane Alkmin, por seu turno, aplica metodologia de encontrar nos dados disponíveis evidências de um ou mais preços que devam ser considerados os contrafactuais, ou seja, os preços que seriam praticados em ambiente competitivo caso o mercado em questão não estivesse submetido a um acordo colusivo. A diferença entre o preço unitário contrafactual e o preço unitário efetivamente aplicado, multiplicado pelo volume vendido ao longo da duração do cartel, é que indicaria a estimativa adequada de benefício auferido.

Enunciadas as regras que podem ser consideradas a preferência de cada um dos Conselheiros, forçoso observar que cada uma delas apresenta técnicas diferentes de estimação, que podem levar a resultados muito distintos. Tais resultados teriam impacto direto no dimensionamento da multa devida em razão de condenação em processo sancionador.

Para além da diferença entre técnicas aplicadas por cada um dos membros do Tribunal do CADE, é de ver que os votos dos próprios Conselheiros ostentam flexibilizações significativas das regras, justificadas pelas particularidades dos casos postos a julgamento.

O Conselheiro João Paulo de Resende, por exemplo, embora aponte como regra um percentual de sobrepreço predeterminado em 10% (dez por cento), já sustentou que em alguns processos este percentual deveria ser modificado para 2% (dois por cento), como no caso dos Requerimentos nº 08700.000098/2017-76 e 08700.000120/2017-88, assinados pelas empresas Agility Public Warehousing Company K.S.C.P., Geodis Wilson Management B.V. e Geodis Gerenciamento de Frete do Brasil Ltda. Entendeu-se que o percentual deveria ser 2% (dois por cento) e não 10% (dez por cento) por haverem provas de que o cartel apenas implicou em contrato ilegal para repasse uniforme de encargo público que equivalia a este percentual.

No Requerimento nº 08700.006546/2016-64, de empresas do Grupo Siemens, adotou percentual de sobrepreço de 20%, por entender que o percentual de 10% deve

ser dobrado em caso de cartéis internacionais. Adotou-se medida majorada de proporcionalidade por se considerar que cartéis internacionais tendem a ter lucratividade maior, não recolherem tributos no país importador e haver maior dificuldade na sanção.

Nos Requerimentos nº 08700.004016/2016-81 e 08700.003945/2016-73 o Conselheiro tampouco trabalhou com percentual fixo de 10% para estimar vantagem auferida. Ao invés, se utilizou de cenários de sobrepreço de 10%, 15% e 20% . Como se tratava de cartel em licitações específicas, ocorridas nos anos 2006, 2008 e 2011, usou como base de cálculo o faturamento apenas com estes contratos e não os totais das requerentes nos anos ou períodos em que ocorreram as vendas supostamente viciadas.

No Processo Administrativo nº 08012.009645/2008-46 (cartel de alimentos para nutrição especial) também afastou o percentual de sobrepreço de 10%, ante a justificativa de que se tratavam de produtos essenciais para certas pessoas, com baixa elasticidade-preço na demanda.

Além disso, apesar de considerar que o percentual de sobrepreço deve incidir sobre o faturamento efetivamente apurado sob influência do cartel, o Conselheiro João Paulo em algumas ocasiões usou dado de faturamento de período diferente daquele em que efetivamente ocorreu a conduta. Assim foi, por exemplo, nos Requerimento nº 08700.008241/2013-44, 08700.010978/2015-99 (UTC), 08700.011995/2015-43 (Andrade Gutierrez), 08700.003764/2015-66 (Modine do Brasil), 08700.007074/2015-86 (JP Morgan Chase), 08700.007418/2015-57 (Citicorp), 08700.007789/2015-39 (HSBC Bank), 08700.006946/2015-99 (Barclays), 08700.007064/2015-41 (Deutsche Bank). Tal proceder, ainda que justificado na questão da indisponibilidade dos dados, aumenta a potencial controvérsia sobre a o valor adequado da multa.

Em uma terceira família de casos, sob fundamento de indisponibilidade de informações, não foi feita qualquer estimativa de vantagem auferida. Isso aconteceu, por exemplo, nos Requerimentos nº 08700.004433/2016-24 (Brampac), 08700.004554/2016-76 (Nicoll Indústria Plástica), 08700.003897/2016-13 (BR Plásticos Indústria Ltda.), 08700.002108/2016-27 (Alstom), 08700.000843/2016-04 (Grupo OW/WW). Se uma observação empírica indica que em uma quantidade significativa de casos não é possível estimar vantagem auferida, é de se pensar se realmente a multa deve ter por elemento central o valor da vantagem auferida, sob pena de se ter duas claramente duas réguas de proporcionalidade incomunicáveis por conta de

uma simples questão processual incidental: a disponibilidade ou não de dados de volume de faturamento afetado pelo cartel.

Relativamente ao Conselheiro João Paulo de Resende, a Conselheira Cristiane Alkmin tem menor volume de votos discutindo, *in casu*, vantagem auferida. Inobstante, sublinhou de modo genérico, por diversas vezes, sua insatisfação com o fato de a metodologia de dosimetria do CADE não ter como ponto central a quantificação da vantagem auferida ou mesmo do dano (ver, por exemplo, Requerimentos nº 08700.008241/2013-44 (Posto Trovão), 08700.010997/2015-15 (Hitachi), 08700.009213/2015-14 (Ec Tokin), 08700.001449/2015-02 (Rubycon Corporation), 08700.011024/2015-01 (Schaeffler Friction), 08700.001444/2015-71 (Kawasaki Kisen Kaisha)).

Em julgamento de processos administrativos foi mais detalhista. Sua linha de pensamento se distingue do Conselheiro João Paulo de Resende, basicamente, por tentar buscar dentro do caso concreto os elementos de formação do preço provável em caso de inexistência de mácula no comportamento competitivo das empresas. A sensibilidade às fontes dos dados, aos cenários e aos modelos estatísticos são mais sensíveis nesta linha de raciocínio do que na linha encaminhada pelo Conselheiro João Paulo de Resende.

No cartel do gás do Pará (PA nº 08012.002568/2005-51), estimou o dano, utilizando 2 modelos, que levaram a resultados muito distintos, um no valor de 48 milhões e outro no valor de 97 milhões, confirmando a dificuldade do cálculo. Nesse caso, diferentemente dos demais, ainda multiplicou o valor pela probabilidade de punição e ainda aplicou um aumento de 20% na multa em função de outras condutas.

Em dois casos, cartel de memória DRAM (PA nº 08012.005255/2010-11) e cartel de CRT (PA nº 08012.005930/2009-79), fez o cálculo tendo como base de cálculo as exportações para o Brasil. No primeiro, como não conseguiu calcular o dano, utilizou um percentual de 10%, enquanto que no segundo, com base no cálculo do João Paulo, aplicou 17,6%.

Na indução de conduta comercial uniforme no transporte de carga em Santos (PA nº 08012.000504/2005-15), aplicou multa em UFIR, mas fez o cálculo do sobrepreço, sendo esse caso o melhor exemplo da dificuldade de estimativa do dano. No cenário mais conservador, com sobrepreço de 50%, o dano teria sido de 847 milhões. Em um cálculo "mais realista", com sobrepreço de 67%, dano de 1,130 bilhão de reais.

No caso do sobrepreço de 83%, 1,4 bilhão de reais. No caso do sobrepreço de 117%, 2 bilhões de reais.

No cartel do leite tipo C (PA nº 08012.010744/2008-71), ela partiu de 15%, com base no Guia de TCC, na página 28, que prevê que é a base de cálculo que serve de referência inicial para acordos de TCC. Contudo, ela aplicou esse percentual sobre o mercado relevante.

A importância da discussão de vantagem auferida é evidente, sendo tema de forte interesse do plenário do CADE na atualidade. A motivação utilizada para o desenvolvimento desta discussão na instituição tem sido uma suposta arbitrariedade na eleição da base de cálculo e das alíquotas da multa. Tal leitura exige do CADE uma uniformidade de tratamento que seria danosa à própria atividade administrativa sancionadora, porque ignoraria exigências específicas dos casos concretos. Mais do que isso, a crítica ignora que sequer existe uniformidade na apuração de vantagem auferida. Os fundamentos utilizados para justificar estas variações encontram correspondência na sistemática atual de apenação da autarquia. Como ressaltado em recente voto do Conselheiro Alexandre Cordeiro *“a existência ou não de padrão não implica em fórmula única de apenação, mas apenas em segurança que permita sancionar e/ou negociar punição de modo suficiente e previsível. E esse mecanismo, que garante a propalada segurança jurídica, se encontra atualmente sistematizado no premiado Guia de termo de Compromisso de Cessação do CADE.”* (Req 08700.000120/201788).

Em resumo, cálculos de danos e de vantagem auferida para fins de construção de sanções antitruste são, conforme parte substancial da literatura e experiência: difíceis, custosos, impossíveis de simplificar e replicar em maior escala, geram resultados falhos, geram alto risco de questionamento judicial, não são adotados pela maior parte dos países e, na melhor das hipóteses, geram *"rules of thumb"* arbitrárias e fictícias, ao final grandemente engolidas por outras variáveis de construção da sanção. Esse é o cenário atual no mundo e no Brasil. As tentativas de consideração dos danos e ganhos no cálculo de sanções antitruste, teoricamente relevantes, são ainda muito difíceis de se aplicar na prática, dado seus resultados ainda muito falhos, seu elevado custo administrativo e sua probabilidade de ineficácia. Na prática as autoridades antitrustes parecem convergir no sentido de que o custo-benefício dessa aplicação ainda não vale a pena. Trata-se, porém, de um debate vivo, inclusive no Brasil, como mostra os precedentes destacados acima.

O papel do dano e da vantagem auferida na construção de sanções antitruste no Brasil

Dito isso, cabe indagar qual é o papel do dano e da vantagem auferida na construção das sanções a cartéis pelo Cade, tanto considerando a necessidade lógica, reconhecida pela doutrina, de que, para fins de dissuasão, a sanção ao infrator deve ser superior a vantagem por ele obtida com a conduta, se considerar que o texto do art. 37 da Lei Antitruste Brasileira demanda que a multa não pode ser “inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação”.

A primeira pergunta relevante, cuja falta de clareza em relação à resposta contamina alguns precedentes do Cade (especialmente os que clamam por um cálculo do dano como premissa para a fixação da sanção) é: a sanção aplicada pelo Cade tem o objetivo de ressarcir o DANO causado pela conduta?

Uma série de elementos leva a crer que não. São eles:

(a) o art. 37 comina sanções, não incluindo como competência do Cade o ressarcimento de danos.

(b) danos causados são um dos fatores a serem considerados na multa como elemento para dosar a punição (art. 45, incisos V e VI), não com objetivo de ressarcimento;

(c) a Lei Antitruste possui dispositivo diverso prevendo que a reparação dos danos causados pelas condutas serão feitas de forma separada, por outros agentes, sejam eles privados ou representantes da coletividade (art. 47)¹⁶;

(d) a Lei prevê um teto para a sanção do Cade, o que não condiz com um objetivo de ressarcimento¹⁷;

(f) A Lei diz que a multa aplicada nunca será inferior à vantagem auferida (quando possível sua estimação), e não ao "dano causado" por meio da conduta.

¹⁶ “Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.”

¹⁷ Há discussão também no Brasil acerca da possibilidade ou não de se ultrapassar o limite de 20% do faturamento mencionado pela Lei.

Novamente, este debate, relacionado à discussão sobre os objetivos da sanção administrativa prevista na lei 12.529/11 permearam o precedente do Cade aqui discutido.

Sobre a finalidade das sanções passíveis de aplicação no direito antitruste, a Conselheira Cristiane Alkimin entende que o ressarcimento configura um objetivo do direito punitivo. Nesse sentido, em voto proferido no caso GLP do Pará anotou:

*“[O] conjunto de sanções do ponto de vista antitruste, para ser efetivo tem que **punir** os cartelistas – em especial de maneira pecuniária – para cumprir dois objetivos primordiais: **promover justiça redistributiva e ter papel dissuasório**.”*

*106. Sobre a **promoção da justiça redistributiva**, a sociedade, de forma geral, e as partes prejudicadas, em particular, devem ser ressarcidas pelo dano/prejuízo causado pelo cartel. É a reparação pelo dano causado derivado do cartel, em especial ao consumidor final. No tocante à **dissuasão**, esta deve alcançar a todos: tanto aos que cometeram o delito, quanto aos que pensam na possibilidade de cometê-lo. Ou seja, a dissuasão deve ocorrer com relação a todo e qualquer empresário. Afinal, a simples observância por parte do agente econômico sobre a atuação contundente do Estado com outrem, o faz realizar que tal atuação pode ocorrer com ele próprio, o que por si só é um inibidor.”*

Quanto ao tema, observa-se que a “redistribuição” não parece ser reconhecida pela doutrina tradicional como uma das finalidades do direito sancionador. Segundo as teorias historicamente reconhecidas da pena, são duas as finalidades da sanção punitiva: (i) responder a um mal causado, (ii) dissuadir, de modo geral e especial, tal tipo de comportamento¹⁸.

A primeira finalidade consiste no Estado *retribuir* um mal causado (o ilícito penal ou administrativo) com um outro mal (a punição). Uma punição *justa* para uma

¹⁸ Frequentemente se acresce também a função “ressocializadora”, quando se fala em tríplice finalidade da pena. A função ressocializadora abrangeria as ações educativas do estado, quando da aplicação da pena, visando recondicionar o indivíduo para a vida harmônica em sociedade, a consciência do padrão mínimo de solidariedade esperada. Aqui considera-se a ressociação, uma etapa da execução penal, é uma ação de dissuasão especial e como tal está abrangida por esta finalidade.

agressão *injusta*. Este comportamento seria algo exigido pela sociedade para, simbolicamente, manter o fluxo de solidariedade que a sustenta. Como registra Luiz Régis Prado, estas concepções de pena “*têm origem no idealismo alemão, sobretudo com a teoria de retribuição ética ou moral de Kant – a aplicação da pena decorre de uma necessidade ética, de uma exigência absoluta de justiça, sendo eventuais efeitos preventivos alheios à sua essência*”¹⁹. *Punitur quia peccatum est* – pune-se porque é pecado. É a concepção destacada nos seguintes trechos por Roberto Lyra e Nelson Hungria:

“*Dizem uns que a justiça penal, não podendo desinteressar-se da falta moral, deve aplicar a todo delinquente, com capacidade para compreender as disposições da lei, uma pena aflitiva, isto é, um castigo que importe em retribuição proporcional à falta de moral. A consciência pública sente a sua necessidade e o legislador não pode deixar de levar em conta esse estado de alma coletivo*” (LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*, v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1942, p. 43)

“*(...) retribuir o mal concreto do crime com o mal concreto da pena.*” (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal* v. 1. Rio de Janeiro, Forense, 1949, p. 86)

As finalidades dissuasórias pautam-se por uma visão utilitária da pena. Pune-se porque é útil e não simplesmente porque é pecado. Ameaça-se punir e pune-se considerando as particularidades do indivíduo porque isso evita novas violações futuras. Sob o aspecto ameaça, repousa a função dissuasória geral da pena: “*a concepção preventiva geral da pena busca sua justificação na produção de efeitos inibitórios à realização de condutas delituosas, nos cidadãos em geral, de maneira que deixarão de praticar atos ilícitos em razão do temor de sofrer a aplicação de uma sanção penal.*”²⁰.

A prevenção especial objetiva expor o condenado a medidas juridicamente aceitas que evitem que ele volte a repetir o ilícito em que incorreu. Nas palavras didáticas de PRADO: “*A prevenção especial, a seu turno, consiste na atuação sobre a*

¹⁹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro* v. 1. 7 ed. São Paulo: RT, 2007, p. 539.

²⁰ *Idem*, p. 541.

*peessoa do delinquente, para evitar que volte a delinquir no futuro. Assim, enquanto a prevenção geral se dirige indistintamente à totalidade dos indivíduos integrantes da sociedade, a ideia de prevenção especial refere-se ao delinquente em si, concretamente considerado. Manifesta-se como advertência ou intimidação individual, correção ou emenda do delinquente, reinserção social ou separação, quando incorrigível ou de difícil correção. (...) Sua ideia essencial é a de que a **pena justa é a pena necessária**”²¹ (grifei).*

A reparação do dano causado pelo ilícito, especialmente o dano ao patrimônio particular, apontado no voto proferido pela conselheira relatora do processo em questão como *realização de justiça redistributiva*, **não é uma finalidade consagrada da atividade punitiva do estado** – a cargo do direito penal e do direito administrativo sancionador -, mas da legislação atinente à relação entre os particulares – tutelada pela jurisdição civil. Segundo lição de José de Aguiar Dias:

“A reparação civil reintegra, realmente, o prejudicado na situação patrimonial anterior (pelo menos tanto quanto possível, dada a falibilidade da avaliação); a sanção penal não oferece nenhuma possibilidade de recuperação ao prejudicado.”²²

Vê-se, portanto, que a tarefa de recompor patrimônio ao estágio anterior à violação não é uma finalidade precípua do direito sancionador, ocupado de punir como meio de restaurar a confiança e integridade social. A indenização, atividade que consiste na conversão do dano em pecúnia detalhadamente calculada, e que é aplicável quando a reparação não puder ser feita de modo específico, é uma técnica típica do direito civil. *Para apenar um ilícito é despiciendo encontrar o valor substantivo do dano, o importante é dimensionar, a luz do princípio da legalidade, o tamanho da pena para de maneira que seus objetivos, retributivo e preventivo, sejam efetivamente alcançados.* Reaver o montante do dano sempre fica sujeito a interesse do particular lesado e a razão é simples: se ele não quiser, não será esta uma providência necessária para que se alcance a paz social, finalidade maior da ordem jurídica.

²¹ Idem, p. 541.

²² DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 13.

No sentido do quanto aqui defendido, veja-se que o Código de Processo Penal até admite a possibilidade da ação civil *ex-delicto*, mas condiciona-a a execução e liquidação definitiva em juízo próprio:

“Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso iv do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).”

O direito administrativo sancionador se justifica na necessidade de controle social de ações que lesam bens jurídicos de modo insuficiente para que se constituam crimes. Como a evolução do direito penal indicou que ele deve ser a *ultima ratio*, absolutamente seletivo em relação ao universo de condutas passíveis de controle estatal, abriu-se espaço para o direito administrativo sancionador, instância em que ordinariamente não se admite pena privativa de liberdade, mas em que há abrangência mais ampla. Sendo esta a gênese do direito administrativo sancionador, os princípios que o orientam estão muito mais ligados ao direito penal que ao direito privado. Por esta razão, entendo que um cálculo minudente do dano provocado pela conduta anticoncorrencial, bem como do benefício auferido por infrator é papel do direito civil especialmente na reparação de danos, ao passo que sua importância para o direito administrativo deve ser minimizada. Já para esse, cabe dimensionar sanção que se mostre suficiente, tendo em conta as finalidades dissuasória e retributiva. Tal dicotomia é respaldada pela prática comparada, valendo citar trecho de relatório de recente mesa redonda ocorrida em fórum da OCDE²³:

“A concretização pública das leis antitruste é levada a cabo por autoridades de defesa da concorrência e objetiva razões de

²³ Apresentaram contribuição 23 jurisdições nesta: Austrália, Áustria, Brasil, Bulgária, Canadá, Chile, União Europeia, Finlândia, França, Alemanha, Indonésia, Israel, Itália, Japão, Coréia do Sul, Lituânia, Portugal, Eslováquia, Suécia, Romênia, Rússia, Reino Unido, Estados Unidos.

interesse público. As iniciativas privadas de efetivação são baseadas em ações de reparação de danos propostas por entidades privadas que buscam indenização decorrente de ilícitos anticoncorrenciais. Ambos tipos de iniciativa colaboram para uma legislação de defesa da concorrência efetiva”²⁴

Por todas essas razões, não é à toa que o art. 37 da Lei usa o termo “vantagem auferida”, e não “dano”, para parametrizar o cálculo da sanção. Dano e vantagem auferida não são a mesma coisa, e o objetivo da sanção do Cade não é indenizatório, e sim punitivo e dissuasório. Para efeitos de punição e dissuasão, a lógica subjacente é que a sanção aplicada ao infrator seja maior que a "vantagem" por ele obtida com a conduta. O que se quer ao final, é que a infração não tenha valido a pena, de maneira que o infrator deva se sentir severamente punido e que não infrinja novamente. O foco, portanto, é na definição de sanção versus vantagem obtida pelo infrator, e não sanção versus dano causado à coletividade ou a particulares. Para tanto, como previsto na própria Lei, existem as ações de reparação de danos (inclusive passíveis de serem movidas pelo Ministério Público, em prol da coletividade).

Vale destacar novamente, que isso também tende a ser a prática na maior parte dos países, senão vejamos o que diz a OCDE sobre o assunto:

"delegates (...) argued that (...) fines do not have to reflect the actual harm to society from the conduct in question but need only to deter the conduct in the future. (...).

(...) stated that they are neither equipped nor required to quantify harm to competition and that this is true a fortiori in civil cases. (...)

The general consensus among delegates was that it is neither necessary nor desirable for fines to be aligned directly with the harm to competition. Delegates also generally agreed that the level of fines should include elements of punishment for the detected misconduct and deterrence for future misconduct." (OCDE, 2011)

²⁴ Tradução livre do original “Public enforcement of antitrust laws is carried out by competition authorities and aims to serve the public interest. Private enforcement is based on claims for damages brought by private entities that have suffered harm from antitrust infringements and aims at compensation. Both public and private enforcement support effective compliance with antitrust laws.” (Executive Summary of the Roundtable on the Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement, 2015, disponível em <http://www.oecd.org/daf/competition/antitrust-enforcement-in-competition.htm>, acesso em 6.12.2016).

Compreensão da “vantagem auferida” no desenho das sanções pelo Cade

Feita essa importante separação, volta à tona, não obstante, a pergunta: como compreender a “vantagem auferida” prevista no art. 37, que, conforme previsto pelo legislador, deve ser menor que a sanção aplicada?

De um ponto de vista estritamente “matemático” e “pecuniário”, ressurgem a necessidade de debates sobre o potencial sobrepreço gerado pelo cartel, juntamente com inúmeros outros cálculos relacionados a margens, custos, oferta, demanda e diversos outros fatores, a fim de se estimar qual teria sido o ganho *pecuniário* do infrator com o cartel. Os estudos e tentativas de modelos econômicos para essa estimativa são vários. O que importa para este artigo, no momento, é que, mais uma vez, ganham relevo todas as dificuldades, falhas e custos inerentes a essas tentativas de estimativa, que, assim como no caso do cálculo de danos, permeiam a tentativa de cálculo da vantagem auferida pelo infrator com a conduta.

A rigor, a conclusão é que o cálculo de vantagem auferida é difícil, custoso, falho, suscetível a reversões no Judiciário e pouco empregado por autoridades antitruste, sendo, portanto, de baixo valor de custo-benefício.

De qualquer forma, permanece a questão lógica para fins dissuasórios, que gera a necessidade da sanção ser maior que a vantagem auferida pelo infrator (mais um aumento relacionado à probabilidade de detecção do cartel), e a questão legal, relacionada ao fato de o art. 37 da lei efetivamente prever a vantagem auferida como um parâmetro de apenamento. Como, então, compreender a vantagem auferida no desenho das sanções pelo Cade? É letra morta?

A resposta parece ser negativa. Primeiramente porque o próprio legislador reconheceu todas essas dificuldades inerentes à consideração da vantagem auferida, a ponto de, expressamente, consignar que esta deve servir como parâmetro apenas “quando for possível sua estimativa”. O legislador reconhece, assim, as dificuldades e falhas nesse cálculo, e confere ao Cade uma necessária discricionariedade para fazer uma avaliação de custo-benefício da consideração de um cálculo de vantagem auferida. O cálculo da vantagem auferida não é sempre e necessariamente o elemento principal da definição da sanção. Pelo contrário, ele parece ser aplicável quando assim for efetivamente possível.

As teses que insistem na necessidade de se tentar fazer um cálculo da vantagem auferida em todo e qualquer caso parecem ignorar, equivocadamente, esse comando do legislador, que determina o cálculo apenas “quando for possível sua estimação”, e por vezes insistem em tentativas de estimação variadas, falhas e não consensuais, como as que normalmente são feitas, conforme aqui já mencionado.

Há, por outro lado, situações concretas em que se poderá dizer que a sanção estará claramente desproporcional à vantagem auferida, mesmo sem ter sua dimensão exata. Exemplos disso são: **(a)** cartéis com licitações afetadas bem mapeadas, **(b)** variações extremas no faturamento da empresa no momento da sanção em relação ao faturamento à época do cartel, **(c)** situações eventuais em que seja possível realmente calculá-la.

Comumente, porém, isso não ocorre. Como, então, na maioria das vezes, compreender a integração da noção de vantagem auferida no cálculo das sanções?

Independentemente de seu exato cálculo pecuniário, a vantagem auferida é um guia qualitativo de extrema importância e parâmetro geral para adequação do nível de sanções (não necessariamente caso a caso). A noção de vantagem auferida é companheira constante no cálculo da sanção, o que não significa que seja o elemento central ou sempre necessário. Para além disso, e ainda mais importante, vale destacar que há um erro na interpretação da “vantagem auferida” como um parâmetro matemático, exclusivamente pecuniário.

O objeto da divergência acerca do termo "vantagem auferida" disposto na norma é, provavelmente, fruto da equivocada interpretação literal do art. 37, I, da LDC. Para se extrair o melhor significado do referido texto vale uma pequena explicação acerca de como se interpretar cientificamente uma norma jurídica, valendo-se dos instrumentos e metodologias já consagradas.

Quando se fala em ciência podemos classificá-la de diversas formas a depender da concepção filosófica do autor. Para efeitos desse trabalho utilizaremos como parâmetro o posicionamento clássico de COMTE²⁵ que divide a ciência e dois grandes grupos: formais, que são aquelas fruto da criação humana, como matemática, lógica, a filosofia, que se vale da racionalidade e de um método de conhecimento por dedução, não precisando de experimentação; e as fáticas ou empíricas, que se ocupam das coisas

²⁵ COMTE, Augusto. Discurso sobre el espíritu positivo, tr. J. Marias, Madrid, Alianza, 1988.

da realidade tangível, podendo ser divididas, segundo Enrique Herrera²⁶, em ciências naturais e sociais. As ciências naturais são aquelas de se preocupam com o conhecimento dos corpos materiais e as ciências sociais estudam o comportamento humano na sociedade. Diz-se tudo isso para ressaltar que segundo a maioria dos autores o direito se encontra dentro com campo científico das ciências sociais, ao lado da política, da sociologia, da linguística e da economia. A característica dessa ciência é que ela se modifica em função do tempo e do lugar e, por questões óbvias, sua investigação tem uma grande carga de subjetividade²⁷, contudo não a tira a natureza científica.

Essa simples explicação serve apenas para demonstrar que o direito se situa, sob o ponto de vista científico, ao lado da economia e, que assim como esta, tem ferramentas e métodos de investigação para se extrair o verdadeiro significado de uma norma considerando as características de uma ciência social.

O direito é legitimado porque segue uma ordem (no sentido de ordenamento), cujos verdadeiros sentidos e significados dos seus mandamentos devem ser extraídos a partir de bases metodológicas de investigação e interpretação da norma. Nesse ponto de vista, o direito não pode basear-se tão somente em uma análise normativa positiva como propõe a escola exegética, sem se perguntar a respeito do elemento que materialmente lhe confere validade: a justiça.

Com efeito, diante do exposto trago para discussão as práticas metodológicas da investigação jurídica no intuito de contribuir para uma melhor compreensão do ordenamento jurídico e, especificamente, para a extração do verdadeiro significado do termo vantagem auferida previsto inciso I do artigo 37 da Lei n. 12.529 de 2011.

Conhecer e interpretar uma norma significa extrair dela seu sentido, conteúdo e alcance²⁸. Trata-se, segundo HERRERA²⁹, de um “*trabalho técnico-científico que se*

²⁶ HERRERA, H. *Práctica Metodológica de La investigación jurídica*. Buenos Aires: Altea, 1998.

²⁷ Além da subjetividade, é inafastável das ciências sociais, mais especificamente do direito, a característica axiológica defendida pela escola jusnaturalista, que volta a ganhar força após a segunda guerra mundial com o movimento do realismo jurídico a partir da incapacidade do positivismo em responder de maneira satisfatória os problemas sociais que se avolumaram com o tempo. Diante da indissociável carga de valores morais do direito natural é que se verifica sua obrigatoriedade e não da ordem emanada por agente competente e muito menos por parte do seu poder sancionatório. Essa inferência tem como fundamento o artigo Introdução ao Direito e Economia, escrito por Ivo Gico JR e publicado no livro *Direito e Economia no Brasil*, organizado por Luciano Timm e, também, teve como inspiração a obra de HERRERA, H. *Práctica Metodológica de La investigación jurídica*.

²⁸ HERRERA, H. *Práctica Metodológica de La investigación jurídica*. Buenos Aires: Altea, 1998.

²⁹ HERRERA, H. *Práctica Metodológica de La investigación jurídica*. Buenos Aires: Altea, 1998.

realiza sobre princípio e normas que se extraem de diversas fontes do conhecimento jurídico, com o propósito específico de estreitar seu significado, com a finalidade de aportar uma solução a uma questão jurídica.”

Os principais métodos de investigação jurídica desenvolvidos ao longo da história são: exegético, dogmático e histórico-sociológico.

A escola exegética³⁰ se funda na ideia de que o Direito é manifestado pelas leis, sendo um sistema totalmente fechado, restrito a códigos e sem falhas, omissões e hiatos. O próprio nome sugere que “ela se limitava a uma interpretação passiva e mecânica do código”³¹. Com efeito, o operador do direito deve granjear dentro da norma positivada as soluções para os fatos do mundo real. Interessante é fazer uma análise do art. 4º do Código de Napoleão e perceber que mesmo que o texto legal lá previsto autorize uma interpretação valorativa subsidiária do direito, a escola exegética altera a interpretação do dispositivo, afirmando que com base nele o juiz deve se fundar unicamente na lei para resolver quaisquer controvérsias.³²

Essa é exatamente a concepção de uma dogmática conceitual, que obriga o intérprete a restringir sua análise a literalidade da norma sem buscar soluções alternativas a ela³³. Nessa concepção, dá-se, portanto, mais importância às definições, aos pressupostos jurídicos da lei, do que a própria função social a que a norma se destina. O dever do aplicador da norma seria, portanto, o de alcançar o exato sentido da lei quanto da sua análise sintática, por se tratar de uma realidade morfológica e gramatical, retirando qualquer liberdade do intérprete³⁴.

Bobbio³⁵, ao citar Bonnacase aponta cinco características fundamentais da escola exegética: 1) inversão das relações tradicionais entre direito natural e direito positivo; 2) a rígida concepção estatal do direito; 3) a interpretação da lei fundada na intenção do legislador; 4) oculto ao texto da lei; e 5) respeito ao princípio da autoridade. Para a Escola Exegética o método de interpretativo gramatical era o mais adequado. Contudo, tal preferência não impedia, ao menos teoricamente, a referida escola de

³⁰ Os maiores expoentes da escola são: Alexandre Duranton, autor da obra Curso de direito francês segundo o Código Civil; Charles Aubry e Frédéric Chales Rau, autores da obra Curso de direito civil francês; Jean Ch. F. Demolombe, cuja obra é *Cours de Code Napoléon*; e Troplong autor da obra O direito civil explicado segundo a ordem do artigo do Código.

³¹ BOBBIO, N. O positivismo Jurídico- Lições de filosofia do direito. Ícone. 2006

³² BOBBIO, N. O positivismo Jurídico- Lições de filosofia do direito. Ícone. 2006

³³ REALE, M. Filosofia do direito. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

³⁴ REALE, M. Filosofia do direito. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

³⁵ BOBBIO, N. O positivismo Jurídico- Lições de filosofia do direito. Ícone. 2006

considerar a utilização de outros procedimentos interpretativos como a interpretação lógica e teleológica. A primeira permite ao operador do direito se socorrer de elementos extrínsecos à lei tais como: doutrina, jurisprudência, direito comparado, exposições de motivos, dentre outros. A última, portanto, busca investigar a finalidade a que se prestou a lei. Busca a *ratio legis* para definir a vontade do legislador.³⁶

O método dogmático, também conhecido como normativismo jurídico, é desenvolvido principalmente por Kelsen e a Escola de Viena. É interpretado em função de um sistema fechado, unitário, autossuficiente e coerente. Está fundado em uma norma superior que dá suporte a todas as demais. Não aceita interferência de matérias extrajurídicas tais como política, ética e até mesmo a moral. Para Bobbio³⁷, "*por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito. (...) O positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo*".

Conforme afirma Mário G. Losano³⁸, Bobbio define o positivismo jurídico dividindo os conceitos com base em 7 aspectos: 1) *do ponto de vista da aproximação do direito, o positivismo jurídico leva em conta o direito como fato, e não como valor; assim, o direito é válido não porque é considerado bom, mas porque é produzido de modo formalmente correto (teoria formalista do direito); 2) do ponto de vista da definição do direito, o positivismo individua o direito através do elemento da coerção, porque uma norma sem sanção seria ineficaz (teoria da coatividade do direito); 3) do ponto de vista das fontes do direito, o positivismo considera a legislação como fonte principal do direito, reduzindo ao mínimo a relevância do costume (teoria do normativismo legislativo); 4) do ponto de vista da teoria da norma jurídica, o positivismo concebe o direito como comando, que pode ser dirigido aos consorciados ou aos juízes (teoria imperativa do direito); 5) do ponto de vista da teoria do ordenamento jurídico, o positivismo concebe o direito como um sistema completo e coerente, isto é sem contradições e lacunas (teoria sistemática do direito); 6) do ponto de vista do método científico jurídico, o positivismo limita a atividade do jurista a pura interpretação declarativa ou mecânica da norma, excluindo a função criativa do juiz,*

³⁶ HERRERA, H. *Práctica Metodológica de La investigación jurídica*. Buenos Aires: Altea, 1998.

³⁷ BOBBIO, N. *O positivismo Jurídico- Lições de filosofia do direito*. Ícone. 2006. p. 26

³⁸ Mário G. Losano no prefácio à edição brasileira do Livro da Estrutura a Função – Novos Estudos da Teoria do Direito de Norberto Bobbio.

ou seja, o “judge made law” ou Richterrecht (teoria da interpretação não-criativa); 7) do ponto de vista da sujeição ou vínculo à lei, o positivismo prescreve a obediência estrita, ou até mesmo absoluta, à lei (teoria da obediência incondicionada).

Bobbio apresenta o exemplo da escravidão como um caso interessante para ilustrar suas definições. Afirma que a escravidão será considerada um instituto como qualquer outro, mesmo que dela se possa dar uma valoração negativa. Essa é exatamente a diferença do juspositivismo para o jusnaturalismo, ou seja, a inserção do valor no estudo do direito.

Para o método histórico-sociológico o conhecimento jurídico se alcança mediante a comparação entre o direito anterior que conforma um sistema fechado e a nova norma, afim de determinar como a lei que produzirá essa mudança em função dos anseios sociais deve agir. A maior contribuição desse modelo é que as soluções encontradas devem considerar as consequências sociais em cada momento histórico e a necessidade de interpretar a norma jurídica como parte de um todo coerente e inseparável.³⁹

Veja, portanto, que o exercício de subsunção de um fato concreto à norma não é a simples leitura do texto legal e sua aplicação gramatical. Há a necessidade de se extrair da lei seu sentido, conteúdo e alcance e, para isso, o instrumento adequado é a hermenêutica com todos os seus complexos métodos de investigação, conforme demonstrado acima. Observe que até mesmo a escola exegética reconhece a limitação das análises literais e aceita a possibilidade derivações de interpretação para se alcançar o melhor resultado interpretativo em face do caso concreto, muitas vezes não encontrado formalmente no preceito legal positivado. Um exemplo disso é a conhecida história da placa "não pise na grama". Isso quer dizer que é permitido rolar, rastejar, andar com as mão ("plantar bananeira") e etc? Parece que não. O sentido normativo insculpido em uma simples placa não pode ser extraído de uma leitura gramática. A placa busca proteger a grama de qualquer forma que seja, pisando, pulando, rolando, rastejando, andando de bicicleta e etc.

Com efeito, ao interpretar o dispositivo que trata de vantagem auferida no inciso I do artigo 37, verifica-se que qualquer que seja a tendência interpretativa, não é razoável ficar amarrado ao método de interpretação gramatical da escola exegética ou

³⁹ HERRERA, H. *Práctica Metodológica de La investigación jurídica*. Buenos Aires: Altea, 1998.

da normatividade jurídica, superada há séculos pela comunidade jurídica. O sentido, o conteúdo e alcance do dispositivo em questão podem ser melhor extraídos com a utilização do método histórico-sociológico ou jurídico-social descrito por HERRERA. Assim, tem-se uma visão mais holística dos efeitos e consequências da interpretação, considerando o direito como parte de um todo e inserido em um contexto de Estado Democrático de Direito, com todos os seus fundamentos, ditames e princípios.

É nesse contexto que se deve interpretar a previsão legal do termo “nunca inferior a vantagem auferida” como parte de um todo indivisível do ordenamento jurídico sancionador, que tem o significado de um elemento complementar e que encorpa o preceito proibitivo “não cometa o ilícito concorrencial”. Contudo, sua aplicabilidade é subsidiária ao parâmetro de 0,1% a 20% e às penas previstas no artigo 38. Caso se entenda que a aplicação dos parâmetros tradicionais de 0,1% e 20%, cominados com as sanções previstas no artigo 38 da mesma lei não sejam suficientes para cumprir com o caráter dissuasório e retributivo da pena, aí sim poderá cogitar aplicação deste elemento subsidiário.

Ademais, afora toda essa análise estritamente jurídica sobre interpretação de normas, acredita-se que o direito deve, ainda, se socorrer de outras áreas do conhecimento humano, a exemplo da economia, para melhor extrair o espírito das suas leis. Vários instrumentos econômicos são de extrema relevância para uma melhor interpretação jurídica, principalmente quando se trata de entender as consequências das decisões na sociedade. Outra vantagem de se utilizar a economia como ferramenta de interpretação é a possibilidade de se fazer análise de prognose.

Para citar um exemplo claro da utilização da economia como ferramenta de interpretação do ordenamento jurídico, cito a contribuição que essa ciência dá ao direito sancionador conforme dito acima ao citar Gary Becker.

Com efeito, sob o ponto de vista econômico parece racional que quanto mais se aumenta a pena maior é o efeito dissuasório. A premissa é verdadeira, mas não necessariamente eficiente. Toda pena tem um custo e, também, como vimos, um benefício. Uma das coisas que se pretende com o direito sancionador é a dissuasão da conduta ilícita. Considerando que a decisão de cometer um ilícito é igual ao benefício desse ilícito, menos a probabilidade de detecção multiplicado pela pena, sob o ponto de vista econômico, parece racional a citação feita acima de que quanto mais se aumenta a pena maior é efeito dissuasório. No entanto, pena eficiente é aquela em que o custo

marginal é igual ao benefício marginal. Isso é o que os economistas chamam de ponto ótimo ou de equilíbrio e o que os juristas chamam de justiça como reflexo da razoabilidade e da proporcionalidade.

Quanto ao princípio da proporcionalidade cita-se o professor Carlos Roberto Siqueira Castro que ao se referir a Karl Larenz sustenta que *“a ideia de justa medida tem uma relação estreita com a ideia de justiça, tanto no exercício dos direitos como na importância de deveres e ônus, de equilíbrio de interesses reciprocamente contrapostos na linha do menor prejuízo possível.”* Ainda o mesmo professor afirma: *“Proporcionalidade encerra, assim, a orientação deontológica de se buscar o meio mais idôneo, mais equitativo e menos excessivo nas variadas formulações do Direito (...).”*

Veja que deve-se analisar o custo da punição em comparação com o custo da tolerância do ilícito, para que a pena não se torne ineficiente e nem desproporcional. Um exemplo real do que se está dizendo são os abolidos crimes de adultério e o de sedução. Não tenha dúvida que as penas desses crimes eram superiores aos custos de tolerância. As penas desses crimes se tornaram desproporcionais ao resultado da conduta, caindo, conseqüentemente, em desuso. É, portanto, preferível a aplicação de penas que gerem os mesmos resultados positivos com menores custos, ou seja, penas mais eficientes. O incremento de custo (pena) desproporcional ao benefício da dissuasão é injusto, porque não há nada mais injusto que o desperdício, e ineficiência é desperdício.⁴⁰

Conclusão

Ao final, alguns pontos observados ao logo desse texto merecem maior destaque e provavelmente a conclusão a seguir apresenta mais questionamentos do que propriamente soluções para o problema, dado se tratar de um debate nacional e mundial em franco andamento, com argumentos relevantes de diferentes lados.

Primeiramente, pode-se perceber um clamor crescente pela aplicabilidade mais efetiva das ferramentas de *enforcement* público e privado (OCDE, 2016), bem como pela complementariedade entre as sanções aplicadas por diferentes autoridades que investigam o mesmo arcabouço de fatores relacionados (Cade, MP, CGU, TCU, AGU).

⁴⁰ SHIKIDA, P.F.A. AMARAL, T.B. Análise Econômica do Crime. Direito e Economia do Brasil. Ed. Atlas. São Paulo. 2012. p 306.

Evidentemente que tais sanções estão relacionadas as questões criminais, danos a imagem, indenizações, ressarcimento ao erário, improbidade administrativas, multas administrativas, obrigação de fazer e de não fazer, declaração de inidoneidade, etc., sem falar em ações posteriores de reparação de danos. Mais simples seria que a autoridade antitruste proferisse seus julgados ignorando tais fatores externos de sanção, mas isso leva, necessariamente, a uma estimativa errônea de sanção, punição e dissuasão. Se o Cade quer, verdadeiramente, fazer um cálculo adequado da capacidade dissuasória e punitiva do Estado em relação a uma conduta, não é perigoso fechar os olhos ao conjunto de fatores que envolve esse cálculo?

Em suma, não está se defendendo o abandono da parametrização das sanções pela consideração da vantagem auferida. Pelo contrário. Repisa-se que esse é um elemento central para o dimensionamento das sanções, e que o aprofundamento de estudos para aperfeiçoar cálculos de vantagem é salutar e necessário.

É preciso reconhecer, porém, duas premissas. Primeiramente, a de que nem sempre a estimativa pecuniária dessa vantagem será possível de modo relativamente seguro, e de que portanto não é necessário nem aconselhável – dadas as falhas e os elevados custos envolvidos na tentativa de cálculo – buscar esse parâmetro pecuniário em todo caso, ou tê-lo como elemento principal da sanção. Segundo, a de que o conceito de “vantagem auferida” não pode ser reduzido a uma visão unilateral que toma esse cálculo como uma mera estimação pecuniária de um sobrepreço. A discussão sobre as vantagens que são auferidas por uma conduta anticompetitiva, e dos custos que serão arcados pelo infrator com a aplicação das diferentes sanções e outros custos incidentes (não apenas da autoridade antitruste), é eivada de vários fatores de consideração, tanto quantitativos quanto qualitativos. Ignorar esse conjunto de fatores, para reduzir a significância da vantagem auferida a um cálculo pecuniário matemático, é ignorar o fim maior da norma, qual seja: o de aplicar uma punição e um fator de dissuasão reais e proporcionais, com todos os elementos que envolvem essa avaliação.

Cumpra ainda responder a seguinte questão: ao eventualmente não se adotar um modelo que coloque o cálculo de vantagem auferida como elemento central e corriqueiro do dimensionamento das sanções, estão as autoridades antitruste necessariamente falhando em sua tarefa de punição e dissuasão? A verdade é que não se tem qualquer informação confiável ou dados empíricos que demonstrem isso. Pelo contrário, os dados mais recentes, no caso do Brasil, com o aumento significativo das

multas aplicadas, dos acordos de leniência e TCCs indicam que a autoridade antitruste cresceu consideravelmente nas suas competências institucionais de defesa da concorrência, isso sem falar no crescimento expressivo das punições por parte de outras autoridades administrativas e criminais. Basta dizer que em 2011, antes da entrada em vigor na nova LDC, a arrecadação do Cade com multas e acordos era de aproximadamente R\$ 30 milhões de reais, valor esse que cresceu ao longo dos últimos anos para alcançar, em 2016, um patamar superior a R\$ 700 milhões.⁴¹ A parte absolutamente majoritária dessa cifra se deve à implementação da política de TCCs pelo órgão antitruste, que claramente representou um resultado de mais *enforcement*, e não de menos *enforcement*.

Outra importante ilação que se faz a partir do que foi dito no decorrer deste texto é que, sob uma perspectiva econômica, a assunção de que o empresário como *homo economicus* tomaria a decisão de maneira racional a fim de maximizar sua utilidade quando considerando os benefícios da conduta ilícita e seus custos. No entanto, sabemos dos limites dessa premissa econômica, principalmente quando se insere na análise falhas de mercado como assimetrias de informação e racionalidade limitada. Diante disso, indaga-se: é possível afirmar com segurança que, ao decidir se engajar em um cartel, os agentes econômicos estão simplesmente fazendo esse cálculo matemático de vantagens pecuniárias versus custos pecuniários no caso de detecção? Ainda que estejam, é razoável presumir que eles ignorem outros fatores de sanção (pecuniária e não pecuniária) – ações de reparação, sanções de outras autoridades, custos de imagem, sanções criminais e etc.? Quanto vale e qual é o peso que cada um desses fatores representa na tomada de decisão do infrator?

Para além dos problemas do cálculo do dano, ganhos e etc., há ainda um fator mais difícil de calcular: a probabilidade de detecção do cartel. Percentual de cartéis descobertos em relação ao total não descoberto? De fato, a autoridade antitruste não tem essa informação, o que torna difícil chegar em um resultado objetivo do efeito dissuasório. Deve-se, não obstante, considerar o seguinte: tampouco o infrator detém essa informação, o que significa que ele também não é capaz de precisar o risco de detecção no caso de engajamento em uma conduta anticompetitiva. Nesse sentido, fatores qualitativos, que indiquem ações de persecução e punição por parte das

⁴¹ CADE. *Balanço 2016*. Disponível em: www.cade.gov.br.

autoridades, muitas vezes podem ter valor ainda maior, para fins de dissuasão, do que um cálculo pecuniário matemático da vantagem auferida com as infrações.

Indubitavelmente é necessário que se continuem estudos para aprimorar cálculos de vantagem auferida como elemento na avaliação de sanções antitruste. A avaliação da adequação e suficiência das sanções é uma necessidade real. Porém, parece: (i) ser inadequado concluir que uma política centrada em cálculos pecuniários de vantagem auferida é a solução para a questão da dissuasão; (ii) os estudos e o dimensionamento das sanções devem incluir, crescentemente, novos elementos, qualitativos e quantitativos, e as diferentes fontes de sanções e custos, afastando análises simplistas e unidimensionais; (iii) a forma de implementação como avaliação geral da adequação das punições ou cálculo em todos os casos deve ser considerado.

Hoje, ainda parece que a política de sanções centralizada em um cálculo de vantagem auferida caso a caso ainda seria muito falha, custosa e com consequências potencialmente sérias em termos de questionamentos judiciais, além de distanciar o Brasil das melhores práticas internacionais. Há que se considerar, outrossim, que os recursos administrativos são escassos, e uma opção de se realizar o cálculo de vantagem auferida caso a caso pode ter um alto custo de oportunidade, considerando ainda que não se tem a certeza de que cálculos mais precisos de vantagem, ainda que gerem multas com valores mais elevados, teriam um meio efeito dissuasório maior do que a política atual com foco na detecção de cartéis, tramitação mais célere dos processos e aplicação de sanções de forma mais rápida e em volume significativamente mais alto que no passado.

Por outro lado, parece claro que a política antitruste tem espaço para investir em meios adicionais de dissuasão, sem gastos significativos de recursos públicos, por exemplo com: (i) o incentivo a (boas) ações de reparação de danos; (ii) incentivo à punição criminal de indivíduos infratores; e (iii) a maior utilização de penas alternativas como medidas estruturais, proibição de contratar, e recomendação para não receber benefícios fiscais e econômicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECKER, Gary S. Crime and Punishment: An Economic Approach. NBER. www.nber.org/chapters/c3625.

BOBBIO, N. *O positivismo Jurídico- Lições de filosofia do direito*. Ícone. 2006

BOBBIO, N. *Da Estrutura à Função – Novos Estudos da Teoria do Direito*. Ícone. 2006

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.003824/2002-84. Relator: ARAUJO, Gilvandro Vasconcelos Coelho de. Publicado no DOU nº 28 de 12-02-2016, p. 47-48. Disponível em http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?ucVafioZQN2qhkt4zkl_NVCNxy1PhddIqEXHkDeAKKP13WT3bEzfvba9jz9VLMD1sZGd4_GvxR4x2EM2Qt4hpA. Acessado em 20-06-2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.001029/2007-66. Relator: RESENDE, João Paulo de. Publicado no DOU nº 40 de 01-03-2016, p. 36-37. Disponível em http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?g7EYJdiFMpmtPWb0j5lFcetAxxHZWIn_4M5tt6PZGTpma6Q094aUqlEI9TZuCPQV0YKRmQHPrHmRIEi28yfNPw. Acessado em 20-06-2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.009645/2008-46. Relator: MACEDO, Alexandre Cordeiro. Publicado no DOU nº 27 de 07-02-2017, p. 22-23. Disponível em http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?PUS2k7HapzGb2-8RVlndxJBVc_Ueo5kO76UxtYEnk77CZX_WkueLq14W5a_Raq-KCgp4pjwTaxiZb5ECaMESw. Acessado em 20-06-2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.005255/2010-11. Relator: ARAUJO, Gilvandro Vasconcelos Coelho de. Publicado no DOU nº 87 de 09-05-2017, p. 24-25. Disponível em http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?j4eITBPXKan_KaaoU2WUCu2tTjxyufRIT38cDGmsykbYQBQFLWUcYUiqgEE8okS_vQonpMtwlffdy_NdVsCdYw. Acessado em 20-06-2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51. Relator: SCHMIDT, Cristiane Alkmin Junqueira. Publicado no DOU nº 243 de 20-12-2016, p. 32-33. Disponível em http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?e1ZPK7YAbBdcECQJdfvYKF8_WTqkzA5n1I14Wfd2NNXXf3p7cVIO7Eo86knOM1nVgtHU0wWeiEJg4sYyyM-SyQ. Acessado em 20-06-2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Requerimento nº 08700.000098/2017-76. Relator: SCHMIDT, Cristiane Alkmin Junqueira. Publicado no DOU nº 78 de 25-04-2017, p. 27-28. Disponível em http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?ue4AOc6fVY4Aa0qV1mfRtXr6i_otyx3bdvYSL06YLS1aNxLsLY8rW9Ph67azVV1T6MQ3ePtBZvqOLVTgAvMYw. Acessado em 20-06-2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Requerimento nº 08700.000120/2017-88. Relator: SCHMIDT, Cristiane Alkmin Junqueira. Publicado no DOU nº 78 de 25-04-2017, p. 27-28. Disponível em

http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?WHLxqCCzmV1c8kaJwBNdy0yQFtKx6voV0z4U028Ir_GcHWuLFLcX6eP8znxKHt5OQt5E68fSRDsX030nmNpX_A. Acessado em 20-06-2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Requerimento n° 08700.006546/2016-64. Relator: MACEDO, Alexandre Cordeiro. Publicado no DOU n° 97 de 23-05-2017, p.110-111. Disponível em http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?Bqh3o1r2gfJOYx8ZMNztjXOIzo3L24iICRAAwUOXquEPT0J8cgy81OurPdv7Y5XISvRycCF3WSMAye9Lgz6ElQ. Acessado em 20-06-2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Requerimento n° 08700.004016/2016-81. Relator: RESENDE, João Paulo de. Publicado no DOU n° 238 de 13-12-2016, p. 37-38. Disponível em http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?Et2X6UnmybBK-UyVx10agY3Y5m-D4IK-bBILbIEtcnL1uGaVoBBi-53PDn_APd0zpzvN2VLml1VytnJmrnYhMw. Acessado em 20-06-2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Requerimento n° 08700.003945/2016-73. Relator: RESENDE, João Paulo de. Publicado no DOU n° 238 de 13-12-2016, p. 37-38. Disponível em http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?RsZxox8cuox6tJKH6_iqkMLkL2UBA9oxHzYN6N5Ghu9zHjQ1SAMrJ_8Bv5jNHymkgS4Vwdm2Aa1gzkKlmlouQ. Acessado em 20-06-2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n° 08012.009645/2008-46. Relator: MACEDO, Alexandre Cordeiro. Publicado no DOU n° 27 de 07-02-2017, p. 22-23. Disponível em http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?PUS2k7HapzGb2-8RVlndxJBVc_Ueo5kO76UxtYEnk77CZX_WkuebLq14W5a_Raq-KCgp4pjwTaxiZb5ECaMESw. Acessado em 20-06-2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Requerimento n° 08700.008241/2013-44. Publicado no DOU n° 112 de 13-06-2017, p. 22-23. Disponível em http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?NinjzBfusHb6A7_xqtH7doTEUR9A4PzCfqxvFtS3LrT9nR6Afo7d-BFGIU9PmHW6Lc4QUPK7J0GkEuuJDOAXAg. Acessado em 20-06-2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Requerimento n° 08700.010978/2015-99. Publicado no DOU n° 18 de 25-01-2017, p. 29-30. Disponível em http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?jvUrmjVg68-o2Jvl85VYt4l0g3mz5tJ4klvxa2OdwBrzEu0RnEqtOvSUd5tlup2Dyt0dVyAydRULj8TzuSh6Rw. Acessado em 20-06-2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Requerimento n° 08700.011995/2015-43. Publicado no DOU n° 18 de 25-01-2017, p. 29-30. Disponível em

http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?ucVafioZQN2qhkt4zkl_NVCNxy1PhddIqEXHkDeAKKP13WT3bEzfvba9jz9VLMD1sZGd4_GvxR4x2EM2Qt4hpA. Acessado em 20-06-2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Requerimento n° 08700.003764/2015-66. Publicado no DOU n° 60 de 28-03-2017, p. 65-66. Disponível em

http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?zJiup5HRPGYmLRALABMJPOCuLBebgSuUSYw7E_dbRiOpiA6tXfErcjVbzH2rOI0kYNxQYpS_rK-MewC7qEi3Tg. Acessado em 20-06-2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Requerimento n° 08700.007074/2015-86. Publicado no DOU n° 238 de 13-12-2016, p. 37-38. Disponível em

http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?nAYeAFa9SbbH7PPzCbvZ0OkqCnGPzc2IrLcgZuB2wfvNwWqhN_vuhKFLYqZzKzCv-kFQLfpELu7MeblKKiV0eg. Acessado em 20-06-2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Requerimento n° 08700.007418/2015-57. Publicado no DOU n° 238 de 13-12-2016, p. 37-38. Disponível em

http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?56VW6pQahRMVlIC04kePVNVp2-fZ465fapd_92HbfQp8i0a4LbIYYpisiZ3o4vVEGNALIMzUbf9144uVnPIf2Q. Acessado em 20-06-2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Requerimento n° 08700.007789/2015-39. Publicado no DOU n° 238 de 13-12-2016, p. 37-38. Disponível em

http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?-ETIONXqovXpqATwnLz7ymkxnbNfny-QipR96h_VA97FUVQLeyC98_IK90vfeaQGW7dB5J69NZpwthDsrrpQFFA. Acessado em 20-06-2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Requerimento n° 08700.006946/2015-99. Publicado no DOU n° 238 de 13-12-2016, p. 37-38. Disponível em

http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?7xeT5L-uQ98DbgEHZ5lsch5ljs8CIMM_ZOFOEAm--EastGICxCipQNp_UkW--TJEFz0cAgdKUncTU0iXDM9GA. Acessado em 20-06-2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Requerimento n° 08700.007064/2015-41. Publicado no DOU n° 238 de 13-12-2016, p. 37-38. Disponível em

http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?30xmehXOB3Y3B5kpb1pKjZ-_HSwPORMXC4NzU4xoZrqchs9WqYdLmUYLcSySMU0RsF67urLuAvJbXHpKV1401Q. Acessado em 20-06-2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Requerimento n° 08700.004433/2016-24. Publicado no DOU n° 40 de 24-02-2017, p. 62-63. Disponível em

http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?ZjebhJlZ2t8AD4eSHCJycZTD4vFa34u4KWIKmtz2nv3SJwAxGboc0n24noZ7veUjPgeTIgfo d4zwJo3WlUR-Mg. Acessado em 20-06-2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Requerimento n° 08700.004554/2016-76. Publicado no DOU n° 40 de 24-02-2017, p. 62-63. Disponível em

http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?pIWSLstCj8ZCb5GgPiuSWOVK4Nui2gwjaMAlkTc4SFpdAiOJkHMNMbicFPZzKefxmkPRYpVV0T-tvzKpl6XOdg. Acessado em 20-06-2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Requerimento n° 08700.003897/2016-13. Publicado no DOU n° 60 de 28-03-2017, p. 65-66. Disponível em

http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?c6HQ2sjYTVNXAda3oRTI3fAfcw-aLYTUpGj15y7RZOR80cuXjA27LfwUP2b_X5-nbOsu8L01BHs8sddAhGAMw. Acessado em 20-06-2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Requerimento n° 08700.002108/2016-27. Publicado no DOU n° 40 de 24-02-2017, p. 62-63. Disponível em

http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?KD0BzaZM6ol6nR3nZnHirePsAZvZzJcML1ev9RoeLMz34GvkcpKvmTrMIYmwYgMkqrdmPqBZxdt_j9TTD78Hjg. Acessado em 20-06-2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Requerimento n° 08700.000843/2016-04. Publicado no DOU n° 228 de 29-11-2016, p. 19-20. Disponível em

http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?IUVPZi6uX2ffNJ65Aq7Hdh4S70VHBbRwKSZVE6bSWwLt4XIS4JvMXIUgtJ5ujcIRy3nyThHQaOte5_8ZEy5pIw. Acessado em 20-06-2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Requerimento n° 08700.008241/2013-44. Publicado no DOU n° 112 de 13-06-2017, p. 22-23. Disponível em

http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?NinjzBfusHb6A7_xqtH7doTEUR9A4PzCfqxvFtS3LrT9nR6Afo7d-BFGIU9PmHW6Lc4QUPK7J0GkEuuJDOAXAg. Acessado em 20-06-2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Requerimento n° 08700.010997/2015-15. Publicado no DOU n° 147 de 02-08-2016, p. 19-20. Disponível em

http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?fq9GAYjRhIC5BHxwI1t_AXh2rtAvciiHdPWewrLYWoSa44HkxJrlQ_1nQqx35ue6GqDztMIZCVb-W7hX9aAVmw. Acessado em 20-06-2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Requerimento n° 08700.009213/2015-14. Publicado no DOU n° 40 de 24-02-2017, p. 62-63. Disponível em

http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?6Mpa aFZKbBfyt8b9OXgYtxnN_6-rKWRXtfczqPmqgxBTTOA-81AHht--ad67U7i6abb_ssNm4oDI1LjJCEin7g. Acessado em 20-06-2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Requerimento n° 08700.001449/2015-02. Publicado no DOU n° 238 de 13-12-2016, p. 37-38. Disponível em

http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?Jwa WVXeipNii4KNwmp_j5LObdfTX0Q4Ji3VSMxMyW_7iEmJmw_D7-qQas_5RlrZ3vFqPPtlrySQ-xUTd6TZGw. Acessado em 20-06-2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Requerimento n° 08700.011024/2015-01. Publicado no DOU n° 40 de 24-02-2017, p. 62-63. Disponível em

http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?z5vm YnWUDhe6yMMh0IPtnIQyH5Q88Q-NyGXosY_p5Zek0AeRFrxErC74cKbveR3sulTf23C_kf2yoGYqGB6jlg. Acessado em 20-06-2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Requerimento n° 08700.001444/2015-71. Publicado no DOU n° 147 de 02-08-2016, p. 33-34. Disponível em

http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?Vtmo mLGaiW4JWFPRgkfKhlioEf2vaCdAGpYWnoU41U4lu_t3K1aMJSVJ54eoSTPnE-nX0YoLRECPj1hMpfECg. Acessado em 20-06-2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n° 08012.002568/2005-51. Relator: SCHMIDT, Cristiane Alkmin Junqueira. Publicado no DOU n° 243 de 20-12-2016, p. 32-33. Disponível em

http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?e1ZPK7YAbBdcECQJDFvYKF8_WTqkzA5n1I14Wfd2NNXXf3p7cVIO7Eo86knOM1nVgtHU0wWeiEJg4sYyyM-SyQ. Acessado em 20-06-2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n° 08012.005255/2010-11. Relator: JUNIOR, Márcio de Oliveira. Publicado no DOU n° 87 de 09-05-2017, p. 24-25. Disponível em

http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?j4eITBPXKan_KaaoU2WUCu2tTjxyufR1T38cDGmsykbYQBQFLWUcYUiqgEE8okS_vQ onpMtwlffdy_NdVsCdYw. Acessado em 20-06-2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n° 08012.005930/2009-79. Relator: ARAUJO, Gilvandro Vasconcelos Coelho de. Publicado no DOU n° 70 de 11-04-2017, p. 51-52. Disponível em

http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?qSPL9u6Pt0QqOKl3MFyzVbq3Dy1ZzW9VcUKxiPY4xqzbm5LkEAU0qAF96x1dLg6hKy2nn_mYb1Wo_6F_85_uZA. Acessado em 20-06-2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.000504/2005-15. Relator: SCHMIDT, Cristiane Alkmin Junqueira. Publicado no DOU nº 40 de 24-02-2017, p. 62-63. Disponível em http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?401YOkfY0zOQxZ1weDjkkFKUJfz4JQZl1-52x1JmWTRPT5svmzuU0hsPfn1ldKaBQskzkzoBKkbG0GOo6BtFQ. Acessado em 20-06-2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.010744/2008-71. Relator: SCHMIDT, Cristiane Alkmin Junqueira. Publicado no DOU nº 112 de 13-06-2017, p. 22-23. Disponível em http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?cDFL6Zkiev0SNIB-Z5tzIPKt7FTC-NpiIPpEofPhwjyjiX4uaF3DEg7ONgE8Hrc0W50FPCcPWDymGz5sIM-tQ. Acessado em 20-06-2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Requerimento nº 08700.000120/201788. Publicado no DOU nº 112 de 13-06-2017, p. 22-23. Disponível em http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?Kb_KJ8FrPcqk-Nzrd52BU3xSO58VW2NV-Tx_ZwZJjqVMS82PWUoo6WRsKAB3FQ40ZuBNUTGVaP8rOhgeR1Ujyg. Acessado em 20-06-2017.

COMTE, Augusto. *Discurso sobre el espiritu positivo* – tradução por J. MARIAS. Madrid: Alianza, 1988.

CONNOR, John M; LANDE, Robert H. *Cartel Overcharges and optimal cartel fines in Issues in Competition Law and Policy 2203* (ABA Section of Antitrust Law, 16 de outubro de 2008).

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Executive Summary of the Roundtable on the Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement, 2015, disponível em <http://www.oecd.org/daf/competition/antitrust-enforcement-in-competition.htm>, acesso em 6/12/2016.

JONES, R. *A oferta nas economias de mercado*. Rio de Janeiro: ZAHAR, 1977.

HERRERA, H. *Práctica Metodológica de La investigación jurídica*. Buenos Aires: Altea, 1998.

HOVENKAMP, Herbert. *Quantification of Harm in Private antitrust actions in the United States, Apud OCDE, 2011*.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal v. I*. Rio de Janeiro, Forense, 1949.

LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal, v. II*. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro v. 1*. 7 ed. São Paulo: RT, 2007.

Quantification of Harm to Competition by National Courts and Competition Agencies – OCDE, 2011, disponível em <http://www.oecd.org/daf/competition/QuantificationofHarmtoCompetition2011.pdf>.

REALE, M. *Filosofia do direito*. 20º ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SHIKIDA, P.F.A. AMARAL, T.B. *Análise Econômica do Crime*. Direito e Economia do Brasil. Ed. Atlas. São Paulo. 2012.