



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

HUGO CEZAR CARNEIRO REIS

**PRÁTICAS DE CARTEL E A VALORAÇÃO PROBATÓRIA: UMA
ANÁLISE ACERCA DA VIABILIDADE DE CONDENAÇÕES COM
BASE EM PROVAS INDIRETAS**

SALVADOR
2018

Hugo Cezar Carneiro Reis

**PRÁTICAS DE CARTEL E A VALORAÇÃO PROBATÓRIA: UMA
ANÁLISE ACERCA DA VIABILIDADE DE CONDENAÇÕES COM
BASE EM PROVAS INDIRETAS**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito da Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

SALVADOR
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

HUGO CEZAR CARNEIRO REIS

PRÁTICAS DE CARTEL E A VALORAÇÃO PROBATÓRIA: UMA ANÁLISE ACERCA DA VIABILIDADE DE CONDENAÇÕES COM BASE EM PROVAS INDIRETAS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e Instituição: _____

Nome: _____

Titulação e Instituição: _____

Nome: _____

Titulação e Instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2018

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela sustentação nos momentos difíceis e pelas oportunidades diárias de aprimoramento.

Aos meus pais, Fred e Gisela, pelo amor incondicional e pelos imensuráveis esforços empregados em minha formação.

Aos meus avós, tios e primos, por todo carinho.

Aos amigos, pelo companheirismo.

Ao professor Eduardo Jordão, por ter despertado meu interesse pelo Direito Concorrencial.

Ao professor Roberto Gomes, por toda a confiança depositada.

Ao Dr. André Batista Neves e sua equipe, com quem muito aprendi ao longo de quase dois anos no Ministério Público Federal.

Ao Esporte Clube Bahia, meu grande amor, por todas as emoções vividas.

À Faculdade Baiana de Direito, por me propiciar uma formação de excelência.

*"Ninguém acredite que o mundo se redima
sem almas redimidas."*

(Emmanuel)

RESUMO

O presente trabalho monográfico analisa a valoração das provas em julgamentos de cartéis no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), avaliando a viabilidade de que condenações se fundamentem em provas indiretas do pacto colusivo. Para tanto, inicialmente analisou-se o histórico e os fundamentos da intervenção do Estado na ordem econômica, bem como as funções e a estrutura da autoridade antitruste e a relevância da existência de um ambiente efetivamente concorrencial. Em seguida, analisou-se especificamente o cartel, seu histórico e os elementos que o caracterizam, além do exame dos impactos econômicos decorrentes da prática do mais grave ilícito anticoncorrencial, avaliando-se os fundamentos justificadores da repressão a tal conduta. Após, adentrou-se ao exame da valoração probatória no âmbito processual penal e, em seguida, especificamente no âmbito antitruste. Depreendeu-se que as provas indiretas ganham especial relevância em relação a fatos de difícil comprovação, tal como o cartel. Constatou-se que provas indiretas, se convergentes e detentoras de razoável robustez probatória, podem dar azo a uma condenação. Ao fim, concluiu-se que o CADE deve adotar um padrão de comportamento devidamente consciente da possibilidade de ocorrência de eventuais equívocos, devendo optar pelo “erro de tipo I” ou “erro de tipo II”. Com efeito, é da análise do conjunto probatório como um todo que se forma a convicção do julgador, de modo que, caso as provas indiretas forneçam razoável robustez probatória, é plenamente possível que fundamentem condenações pela prática de cartéis.

Palavras-chave: Cartel. Condenação. Provas indiretas. Valoração probatória.
Robustez probatória.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CADE	Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência
CF.	Constituição Federal
LDC	Lei de Defesa da Concorrência
OCDE	Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SDE	Secretaria de Direito Econômica
SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA	12
2.1	ESTADO MODERNO: BREVE HISTÓRICO DO INTERVENCIONISMO E SUA LEGITIMAÇÃO	12
2.2	CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: O ESTADO REGULADOR	15
2.3	AS ESCOLAS DE HARVARD E DE CHICAGO E O MOVIMENTO PÓS CHICAGO	16
2.4	A TUTELA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA CONCORRÊNCIA E A IMPORTÂNCIA DE UM AMBIENTE CONCORRENCIAL	19
2.4.1	Estrutura da autoridade antitruste brasileira	30
2.4.2	Funções da autoridade antitruste brasileira e o escopo subjetivo de aplicação do direito concorrencial	32
3	CARTEL	37
3.1	HISTÓRICO	37
3.2	CONCEITUAÇÃO E CARACTERIZAÇÃO	41
3.3	TIPOS DE CARTEL	48
3.4	CONDIÇÕES DE MERCADO QUE FACILITAM A CARTELIZAÇÃO PELOS AGENTES ECONÔMICOS	52
3.5	CARTEL COMO A MAIS GRAVE LESÃO À CONCORRÊNCIA	54
3.6	CRITÉRIOS DE SANCIONAMENTO POR INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA	59
4	VALORAÇÃO DAS PROVAS: PROVAS DIRETAS E INDIRETAS E A ROBUSTEZ PROBATÓRIA NECESSÁRIA PARA FUNDAMENTAR UMA CONDENAÇÃO	62
4.1	AS PECULIARIDADES DA PROVA NO ÂMBITO PROCESSUAL PENAL	62
4.2	A VALORAÇÃO PROBATÓRIA NA SEARA ANTITRUSTE	67

4.2.1	Regra da razão e regra <i>per se</i>: a questão do ônus da prova quanto aos efeitos da prática de cartéis	68
4.2.2	Padrão de prova da existência do cartel	74
4.2.2.1	Provas diretas	77
4.2.2.2	Provas indiretas	79
4.2.2.3	A imprescindibilidade do enfrentamento da problemática e os “erros de tipo I e II”	84
5	CONCLUSÃO	87
	REFERÊNCIAS	90

1 INTRODUÇÃO

Cartéis são acordos - expressos ou tácitos - entre agentes econômicos concorrentes, objetivando neutralizar ou diminuir a concorrência de um determinado mercado e, com isso, aumentar, conjuntamente, o lucro auferido pelos participantes do conluio.

A prática de cartel é prevista como conduta anticoncorrencial pela Lei de Defesa da Concorrência (Lei n. 12.529/11) e tipificada como crime pela Lei dos Crimes contra a Ordem Econômica (Lei n. 8.137/90). Tal conduta é tida como a mais grave lesão à concorrência, eis que, ao aumentar preços e restringir a oferta, acaba por tornar os bens e serviços mais custosos ou indisponíveis aos consumidores, além de prejudicar a inovação. Assim, afirma-se que a prática de cartéis gera incontáveis prejuízos não só em relação aos consumidores, mas, em longo prazo, em relação à economia como um todo. Por esta razão, o combate aos cartéis se tornou, desde 2003, a prioridade absoluta da atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Cartéis caracterizam-se como conluios eminentemente secretos, de modo que há grande dificuldade para prová-los e puni-los. Essa histórica dificuldade de punição contribuiu para que a cartelização ganhasse status de prática “sistemática” no Brasil.

É justamente em face das especificidades que constituem os cartéis e da excessiva dificuldade dos órgãos de defesa da concorrência obterem provas diretas do acordo que há intensa discussão quanto à utilização das provas indiretas no combate aos cartéis.

A celeuma notadamente repousa quanto à robustez probatória necessária para fundamentar uma condenação por cartel. Nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial, discute-se a viabilidade de que tais condenações se baseiem em provas indiretas do conluio, especificamente indícios de comunicação e indícios econômicos.

O tema se reveste de extrema relevância sócio-jurídica. No Brasil, o Direito da Concorrência é fenômeno recente e ainda pouco explorado, mas que, todavia, tem ganhado cada vez mais espaço no cenário jurídico hodierno.

A autoridade antitruste brasileira, além disso, tem realizado um combate efetivo na defesa da concorrência, consolidando a sua atuação não só entre os operadores do Direito, mas também na sociedade civil.

Os cartéis, em especial, nunca estiveram em tamanha evidência. Num contexto sócio-jurídico marcado por grandes operações de combate à corrupção, notadamente a Operação Lava Jato – tida como a maior investigação de corrupção da história do país, envolvendo recursos financeiros desviados na casa dos bilhões de reais -, quase que diariamente os grandes veículos de comunicação abordam os cartéis e, por conseguinte, a atuação da autoridade antitruste.

Tendo em vista que os cartéis encontram-se em destaque, é certo que há clara tendência de que discussões quanto a robustez probatória necessária para fundamentar uma condenação sejam cada vez mais intensas. Neste contexto, pode-se afirmar que o tema em ebulição no âmbito do Direito Concorrencial diz respeito à utilização das provas indiretas no combate ao mais grave ilícito concorrencial, bem como quanto à robustez probatória de que se revestem tais provas e, conseqüentemente, se são suficientes para comprovar a ocorrência do conluio e, com isso, dar azo a uma condenação.

O objetivo do presente trabalho é, desta forma, analisar a especial importância da utilização das provas indiretas no combate aos cartéis, assim como detidamente avaliar a viabilidade de que a comprovação e a condenação de cartéis ocorram sem que haja prova direta da ocorrência do conluio.

Outrossim, o presente trabalho foi dividido em três capítulos.

O primeiro capítulo abordou, genericamente, a intervenção do Estado na ordem econômica, o histórico de tal intervenção e os fundamentos sócio-jurídicos que a legitimam. Em seguida, analisou-se, mais especificamente, a intervenção estatal na ordem econômica no âmbito da Constituição Federal de 1988. Nesse ponto, foram examinados os fundamentos e valores constitucionais da ordem econômica, as formas de que detém o Estado para intervir na economia e o que constitui o chamado “Estado Regulador”. Posteriormente, foram abordadas as escolas econômicas de Harvard e Chicago e o Movimento Pós-Chicago, que fundamentaram – e ainda fundamentam – o direito antitruste nos Estados Unidos e ao redor de todo o mundo, incluindo o Brasil. Após, analisou-se a tutela jurídico-constitucional da

concorrência – notadamente os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência - e a extrema relevância e os benefícios gerados pela existência de um ambiente concorrencial. Por fim, discorre-se sobre a estrutura e as funções da autoridade antitruste brasileira.

Por sua vez, o segundo capítulo foi dedicado a explorar as particularidades dos cartéis. Inicialmente, foi feita uma análise do histórico do cartel, sendo examinados em seguida os conceitos e os elementos que caracterizam a referida prática colusiva. Conjuntamente, foram abordados os diversos tipos de cartéis, as condições mercadológicas que propiciam a sua ocorrência e, ao final, os impactos econômicos e concorrenciais decorrentes de sua prática.

O terceiro capítulo, por fim, representa o cerne do presente trabalho. Nele, foram abordadas a valoração das provas e a robustez probatória necessária para fundamentar uma condenação. Num primeiro momento, foi analisada a valoração probatória no âmbito processual penal, com o exame das posições doutrinárias e jurisprudências no tocante ao valor probatório das provas indiretas. Em seguida, foi abordada a valoração probatória especificamente no âmbito antitruste, com as peculiaridades inerentes a esse campo. Nesse ponto, inicialmente foram examinadas a regra da razão e a regra *per se* e, em seguida, o padrão de prova da existência do cartel, as provas diretas e indiretas, e a robustez dos indícios econômicos e de comunicação no âmbito antitruste. Por fim, foi discutida a imprescindibilidade de que a autoridade antitruste enfrente a problemática da robustez probatória das provas indiretas do conluio, bem como se estas são, ou não, aptas a dar azo a uma condenação.

2 A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA

O objetivo deste tópico é abordar, de forma maneira geral, a intervenção do Estado na ordem econômica, o histórico de tal intervenção e o que a legitima. Também serão abordadas a tutela jurídico-constitucional da concorrência, a importância da existência de um ambiente concorrencial e a estrutura e funções da autoridade antitruste.

O conhecimento de tais temas faz-se necessário para a devida compreensão do contexto no qual a política de defesa da concorrência – aí incluso o combate aos cartéis – está inserida.

2.1 ESTADO MODERNO: BREVE HISTÓRICO DO INTERVENCIONISMO E SUA LEGITIMAÇÃO

As Revoluções Liberais dos séculos XVIII e XIX desencadearam profundas transformações nos cenários sócio-políticos da época. O pensamento liberal-burguês, notadamente através da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, em 1776, e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, resultou no reconhecimento dos direitos fundamentais de primeira dimensão, caracterizados como direitos do indivíduo frente ao Estado¹, então detentor de poderes ilimitados. Com forte inspiração jusnaturalista, tais direitos – à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança e à igualdade perante a lei – foram reconhecidos com o escopo de tutelar as liberdades públicas, porquanto a preocupação, naquele contexto histórico, era proteger as pessoas do poder opressivo do Estado, cuja função precípua seria garantir o exercício dos direitos individuais. Desta forma, a concepção liberal afastava o Estado, ao menos em tese, do exercício de funções de ordem econômica², partindo da premissa de que seria a maior liberdade individual de agir e

¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 475.

² *Ibidem*, p. 476.

empreender quem conduziria ao bem-estar social, satisfazendo os interesses da coletividade³.

Neste período, a intervenção econômica estatal era vista como uma exceção ao sistema capitalista, de modo a se enxergar uma oposição direta entre intervencionismo e capitalismo. Por isso, acreditava-se, de forma errônea, ter havido um período de abstenção estatal na economia. A visualização do intervencionismo como característica do capitalismo conduziu a novas explicações: sempre houve intervenção estatal na economia, eis que a organização do mercado, com a proteção da propriedade e dos contratos, era feita pelo Direito e pelo Estado. Interpretava-se tal intervenção, contudo, de forma natural, como algo inerente “à natureza das coisas”⁴. Deste modo, não se enxergava como regulação econômica o estabelecimento da economia capitalista pelo direito, implícita nas tutelas da propriedade privada e do contrato, de modo que a intervenção verificada sequer era considerada como tal⁵. Foi o aumento da regulação estatal quem possibilitou a percepção da existência de um conjunto de normas que veiculam políticas econômicas – o Direito Econômico -, que, contudo, preexistia a tal fato. Em determinado período, a regulação do Direito Civil e do Direito Comercial foi a base jurídica do sistema de mercado, coincidindo, de certo modo, com o Direito Econômico, o que dificultou a sua visualização. Pode-se afirmar, assim, que o Direito Econômico do Liberalismo figurou como a garantia estatal à propriedade privada, ao contrato e à livre empresa⁶.

Figurava-se o mercado como uma instituição jurídica constituída pelo Direito posto pelo Estado, deixando de significar tão somente o local onde eram praticadas relações de troca para expressar um projeto político, enquanto um verdadeiro princípio de organização social⁷. O Estado regulava a economia, desta forma, para assegurar o *laissez-faire* e prover a proteção social, visando à preservação do próprio sistema⁸.

³ AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 10.

⁴ Ibidem, p. 11-12.

⁵ Ibidem, p. 13.

⁶ Ibidem, p.14.

⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. Salvador: Malheiros Editores, 2015, p. 35.

⁸ Ibidem, p. 31.

A livre concorrência precisa da generalidade da lei e do Direito por ser ela a mais alta forma de racionalidade. Necessita também da absoluta subordinação do juiz ao Direito, e daí a separação dos Poderes. [...] A tarefa primordial do Estado é criar um Estado legal que garanta a execução dos contratos, pois uma parte indispensável para o sucesso empresarial é saber com certo grau de certeza que os contratos serão respeitados⁹.

Foi somente a partir de 1930 que a função estatal de manipulação do mercado ganhou destaque, sobretudo com o surgimento de técnicas econômicas de controle dos fluxos econômicos, notadamente com John Maynard Keynes¹⁰. Daí não ser possível se afirmar, todavia, ser este o marco da penetração do Estado na esfera econômica, porquanto medidas interventivas já se manifestavam na instituição do monopólio estatal da emissão de moeda, na consagração do poder de polícia e nas codificações¹¹.

Hodiernamente, é possível analisar com maior clareza as diversas oscilações do papel do Estado na ordem econômica, de modo a aferir-se que a atuação do Estado no modo de produção capitalista oscila tal como um pêndulo, variando entre uma atividade mais intensa e sua retração, privilegiando ora o intervencionismo, ora a liberdade de iniciativa¹². O *Welfare State*, no final do século XX, marcando o ápice do intervencionismo estatal, foi posto em xeque pelas crises fiscais e pela insuficiência de recursos públicos, de modo a ter o pêndulo retornado em direção ao ponto de partida do capitalismo liberal. O avanço do intervencionismo não se deu de forma linear e irreversível, mas de forma cíclica, podendo-se afirmar que a intervenção estatal é uma variável influenciada por diversos fatores, indubitavelmente respondendo aos anseios de sustentação do próprio regime de mercado¹³.

⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. Salvador: Malheiros Editores, 2015, p. 35.

¹⁰ AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 15.

¹¹ GRAU, op. cit., p. 25.

¹² AGUILLAR, op. cit., p. 5.

¹³ *Ibidem*, p. 6.

2.2 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: O ESTADO REGULADOR

A Constituição Federal (CF) de 1988, em seu artigo 170¹⁴, define como seu modelo econômico a economia de mercado, de natureza capitalista. A ordem econômica, muito embora fundada na livre iniciativa, tem como finalidade precípua assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social. Percebe-se, desta forma, que a livre iniciativa não tem caráter absoluto, sendo o processo econômico limitado e condicionado a diversos princípios que buscam direcioná-lo ao bem-estar social ou à melhoria da qualidade de vida¹⁵. É dizer, a livre iniciativa é apenas um dos elementos estruturais da economia, coexistindo, se equiparando e devendo se compatibilizar a diversos outros valores entendimentos como fundamentais pelo legislador constituinte¹⁶. Neste sentido, o ordenamento jurídico-constitucional não nega o sistema capitalista como meio mais eficiente de criação de riquezas, mas tão só busca alinhar o desenvolvimento econômico com outros valores que tutelam o bem-estar coletivo¹⁷.

Com intuito de garantir a efetividade dos princípios que regem a atividade econômica, a Constituição consagrou um modelo de Estado intervencionista, apto a intervir na economia sempre que necessário à concretização daqueles valores. São três tipos de intervenção do Estado na economia, quais sejam: 1) intervenção direta; 2) intervenção indireta; 3) a intervenção mediante monopólios. Na intervenção direta, o Estado se transforma em agente econômico ou empresarial. Fundamenta-se no artigo 173 da Constituição, que preceitua que “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”¹⁸. Tal intervenção se dá notadamente por meio das empresas estatais, aí compreendidas a empresa pública e a sociedade de economia mista, que se

¹⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292 p. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/cf1988>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

¹⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p 1002.

¹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: direito da empresa**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 257.

¹⁷ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 76.

¹⁸ BRASIL. Constituição (1988), op. cit.

submetem aos mesmos regimes jurídicos das empresas privadas atuantes na área e que não podem gozar de privilégios fiscais que não se estendam às do setor privado. Tem, pois, caráter excepcional¹⁹.

A intervenção mediante monopólios ocorre quando a Constituição reserva, com exclusividade, determinada atividade econômica à exploração estatal. A intervenção indireta, por sua vez, figura como a regra no modelo de Estado intervencionista. Com fundamento no artigo 174 da Constituição, o Estado atua como um agente normativo e regulador da atividade econômica, não mais como um agente econômico propriamente dito. Sua atuação passa, assim, de jogador para árbitro, cabendo-lhe as funções de fiscalização, incentivo e planejamento²⁰.

O legislador constituinte, reconhecendo a ineficiência estatal no provimento dos serviços públicos, delega aos particulares tal função. O Estado passa, assim, de agente executor a agente regulador. Surgem, neste contexto, as agências reguladoras, caracterizadas como instrumentos de controle estatal de atividades econômicas que o Estado julga importante regular. Algumas das suas principais funções são: a) promover a regulação normativa de setores econômicos; b) fiscalizar o cumprimento de regras e contratos sob sua competência; c) sancionar os infratores²¹. As agências reguladoras surgem como forma de expansão das ideias liberais, representando uma consequência da redução do papel do Estado enquanto executor de serviços públicos.

2.3 AS ESCOLAS DE HARVARD E DE CHICAGO E O MOVIMENTO PÓS CHICAGO

As escolas econômicas de Harvard e de Chicago fundamentaram, durante grande período, o direito antitruste nos Estados Unidos, tendo reflexos na defesa da concorrência também em outros países, a exemplo do Brasil. Essas escolas

¹⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p 1002.

²⁰ CUNHA JÚNIOR, op. cit., p.1003.

²¹ AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 235.

possuíam, em determinadas situações, pressupostos diametralmente opostos, e as suas limitações deram origem a um movimento teórico chamado de Pós Chicago²².

A escola de Harvard, até o início da década de 1970, teve ampla predominância na defesa da concorrência, de modo a influenciar de forma decisiva a política governamental norte-americana. Partia da premissa de que a concentração de mercado teria fortes impactos negativos, tendo como proposta subliminar a proteção dos pequenos negócios contra os grandes grupos econômicos. Desenvolveu, sob essa premissa, o paradigma Estrutura-Condução-Desempenho, que compreendia que a estrutura de um mercado (mais ou menos concentrado) determinaria a sua condução (os preços praticados no mercado) e o seu desempenho (lucratividade). Seria necessário, desta forma, o controle também das estruturas, não apenas das condutas anticompetitivas. Assim, os atos de concentração seriam resolvidos pelos órgãos reguladores (aprovando, reprovando ou impondo restrições) através da definição do mercado afetado pela operação (mercado relevante), eis que a análise partia do pressuposto de que altas concentrações eram *per se* ruins para o ambiente concorrencial. A análise metodológica, influenciada pela escola de Harvard, era, então, fortemente baseada em estrutura e em regras *per se* para condutas anticompetitivas, sendo desnecessária a comprovação dos efeitos anticompetitivos para que derivasse a ilicitude²³.

A partir da década de 1970, a escola de Chicago consolidou um movimento por ela chamado de “revolução antitruste”, que, partindo de pressupostos e orientações distintos, sugeriu alterações na visão até então majoritária da escola de Harvard. Partindo da premissa de que a defesa da concorrência deveria ter como propósito explícito a eficiência econômica (com ênfase no formato das eficiências alocativa e produtiva), negou completamente a proteção aos pequenos negócios implícita na escola de *Harvard*, justificando que os mercados concentrados não seriam necessariamente ineficientes, eis que um monopólio poderia gerar eficiências produtivas que compensassem uma eventual ineficiência alocativa. Sua premissa básica é, pois, que a legislação antitruste deve ter como objetivo assegurar a eficiência econômica. Valorizando as eficiências que derivam das economias de

²² RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. A Regulação da Concorrência. In: Sérgio Guerra (Org.). **Regulação no Brasil**: uma visão multidisciplinar. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p. 134-139.

²³ RAGAZZO, op. cit., p. 140-142.

escala, forneceu ao direito da concorrência uma visão mais liberal para operações que gerassem concentração de mercado, fortalecendo a necessidade de um exame mais minucioso destas operações, entendendo que a análise do *market share* é apenas o início não determinante desta análise. Ainda, essa escola enxergava as práticas e operações verticais como praticamente lícitas *per se* (a exceção para situações em que poderia reforçar a possibilidade de colusão no mercado), eis que majoritariamente pró-competitivas. Esse pensamento influenciou fortemente a análise dos casos de preços predatórios, partindo do pressuposto de que estes só se caracterizam se houver possibilidade de recuperação do prejuízo (após a primeira etapa em que é cobrado um preço abaixo do custo), mediante preços supra-competitivos no contexto pós predação. Este pensamento classifica o preço predatório como uma medida economicamente irracional e, na prática, conduziu a praticamente nenhuma condenação por tal ato, aí estando incluso o Brasil²⁴.

Com o passar do tempo, percebeu-se que as escolas de Harvard e de Chicago tinham falhas, de modo que não podiam se excluir mutuamente. Enquanto a escola de Harvard produzia uma política antitruste que desestimulava operações e práticas que poderiam ser pró-competitivas, a escola de Chicago, partindo de premissas simplistas acerca de comportamentos de mercado, acabou por fornecer argumentos teóricos para a formação e ampliação de poder de mercado, levando à manutenção de condutas nocivas ao consumidor. Assim, foi das limitações de ambas as escolas que surgiu um movimento teórico chamado de Pós Chicago, mais focado em explorar as limitações da escola de Chicago, notadamente aquelas relacionadas à premissa de que o livre mercado por si só seria o suficiente para impedir a formação e o abuso de poder de mercado. Esse movimento defendia que o modelo de racionalidade da escola de Chicago se limitaria a um parâmetro de longo prazo, de modo que diversas condutas de curto prazo poderiam representar um forte impacto sobre o desenvolvimento do *business plan* e, por conseguinte, sobre a concorrência de um determinado mercado. O movimento Pós Chicago criticou, ainda, a eficiência econômica como objetivo último da política de defesa da concorrência, influenciando várias legislações a terem como objetivo explícito a proteção dos consumidores. Isso conduziu a uma idéia de que a defesa da concorrência existe como legislação

²⁴ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. A Regulação da Concorrência. In: Sérgio Guerra (Org.). **Regulação no Brasil**: uma visão multidisciplinar. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p. 145-146.

protetiva dos consumidores contra transferência de renda decorrentes do abuso de poder econômico. Atualmente, na prática, a política de defesa da concorrência utiliza elementos das escolas de Harvard e de Chicago, além das contribuições do movimento Pós Chicago²⁵.

Da análise desses movimentos teóricos, percebe-se que, muito embora diametralmente opostos em determinados aspectos, todos convergem no sentido de reconhecer a necessidade de o Estado intervir na ordem econômica para reprimir condutas colusivas. É dizer, até mesmo a escola de Chicago, abertamente defensora do livre mercado e de uma menor intervenção do Estado na economia, entende que este, com o intuito de garantir um ambiente concorrencial sadio, não só pode como deve intervir no sentido de reprimir a cartelização. Esta convergência entre intervencionistas e capitalistas tem o condão de claramente demonstrar como práticas de cartéis são indubitavelmente indesejadas num ambiente concorrencial.

2.4 A TUTELA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA CONCORRÊNCIA E A IMPORTÂNCIA DE UM AMBIENTE CONCORRENCIAL

A Constituição Federal expressamente prevê a política de defesa da concorrência, eis que estabelece, em seu artigo (art.) 173, parágrafo 4, que “a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”²⁶. Neste sentido, reafirma-se a opção pelo desenvolvimento de uma economia de mercado, tendo o Estado um papel essencial na preservação do ambiente concorrencial²⁷.

O Estado tutela o funcionamento do mercado no sistema capitalista mediante normas jurídicas que podem ser divididas em dois grandes grupos: a) normas estruturais: normas que estabelecem a estrutura de base do mercado, tais como aquelas que prescrevem a primazia da iniciativa privada em face do Estado

²⁵ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. A Regulação da Concorrência. *In*: Sérgio Guerra (Org.). **Regulação no Brasil**: uma visão multidisciplinar. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p. 148.

²⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292 p. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/cf1988>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

²⁷ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 25. (Direito econômico)

empresário (artigo 173 da Constituição Federal) e aquelas que consagram o princípio da liberdade de iniciativa (arts. 1º, IV e 170), ambas previstas na Constituição Federal²⁸; b) normas de ajuste: normas que, com o intuito de que determinados resultados sejam alcançados, intervêm sobre o funcionamento do mercado instituído, restringindo alguns direitos empresariais²⁹.

A Lei de Defesa da Concorrência busca implementar a diretriz constitucional, estabelecendo os contornos da atividade de defesa da concorrência e a estrutura institucional responsável por sua implementação. O artigo primeiro da referida Lei é claro ao definir seu objeto, invocando, para tanto, diversos princípios estabelecidos na Constituição Federal no desenho da ordem econômica. Assim dispõe:

Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de *liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico*³⁰.

Para a correta compreensão desses princípios, é imperioso salientar que a Constituição Federal de 1988³¹ estabeleceu uma premissa fundamental da ordem econômica, qual seja a de que uma economia de mercado, com decisões descentralizadas pelos agentes econômicos, é a forma escolhida para a organização da economia brasileira, sendo que esta só pode funcionar de forma minimamente apropriada se respeitar duas condições: i) organizações e indivíduos devem poder desenvolver atividades econômicas com liberdade para escolher e alterar a forma de estruturação de recursos de que dispõem; e ii) tais agentes econômicos devem rivalizar entre si em seus esforços para disponibilizar e adquirir bens e serviços no

²⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292 p. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/cf1988>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

²⁹ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 89.

³⁰ BRASIL. Lei Ordinária nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 dez. 2011. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2012.529-2011?OpenDocument>. Acesso em: 15 mai. 2017.

³¹ BRASIL. Constituição (1988), op. cit.

mercado³². É justamente com o intuito de resguardar esses dois requisitos para o ideal funcionamento de uma economia de mercado que a Constituição estabeleceu dois princípios estreitamente relacionados: o da livre-iniciativa e da livre concorrência³³.

Muito embora haja certa semelhança entre ambos, eles não se confundem. O princípio da livre-iniciativa determina que indivíduos e pessoas jurídicas podem desenvolver qualquer atividade econômica, desde que atendidos, quando existentes, determinados requisitos legais específicos, conforme dispõe o art. 170, parágrafo único da Constituição Federal³⁴. Esses requisitos legais, contudo, não podem ser desarrazoados, a ponto de subtrair completamente a liberdade de iniciativa e tornar inócua a garantia constitucional³⁵. Percebe-se que tal princípio figura como elemento essencial do modelo capitalista, de sorte que um ambiente econômico que a assegure é indispensável ao funcionamento eficiente de tal sistema. Pode-se afirmar, inclusive, que a restrição demasiada desta liberdade econômica, em prol de medidas protecionistas, produziu resultados desastrosos a longo prazo³⁶.

O princípio da livre concorrência, por seu turno, visa a resguardar a disputa entre agentes econômicos no mercado, disputa esta que só pode ocorrer se não for indevidamente impedida: i) pelo Estado (por meio de regras injustificadamente restritivas); ou ii) pelos próprios *players* do mercado, seja por meio de acordos anticompetitivos entre si (notadamente os cartéis), por práticas abusivas dos detentores do poder econômico, ou por operações de concentração econômica³⁷.

Desta forma, pode-se afirmar que o princípio possui um duplo teor: i) de garantia, eis que limita a ação estatal em relação aos administrados. Esta primeira faceta do princípio obriga o Estado a garantir um espaço para o desenvolvimento da livre concorrência, sendo ao Estado, assim, defeso impor regras à iniciativa privada que injustificadamente restrinja sua liberdade de concorrer no mercado; e ii) de diretriz,

³² PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 26. (Direito econômico)

³³ *Ibidem*, loc. cit.

³⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292 p. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/cf1988>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

³⁵ PEREIRA NETO; CASAGRANDE, loc. cit.

³⁶ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 89.

³⁷ PEREIRA NETO; CASAGRANDE, op. cit., 27.

que figura como uma determinação para prestação positiva do Estado no sentido de implementar regras que impeçam a restrição da livre concorrência por agentes privados, garantindo um ambiente concorrencial sadio³⁸.

Em outras palavras, a liberdade de iniciativa compõe-se de dois vetores: antepõe um freio à intervenção do Estado na economia, de um lado, e coíbe práticas empresariais indesejadas, de outro³⁹. Assim, a Constituição, ao assegurar a liberdade de iniciativa, atribui a todo brasileiro ou residente no país o direito de se estabelecer como empresário. Conseqüentemente, impõe ao Estado a obrigação de não interferir na economia de modo a dificultar ou impedir a formação e o desenvolvimento de empresas privadas, e impõe aos demais empresários a obrigação de concorrerem de forma lícita⁴⁰. Se a liberdade de iniciativa nada mais é do que o resguardo jurídico do agente econômico de empreender o que desejar sem interferência do Estado, o abuso deste direito justifica a intervenção estatal⁴¹. É daí que surge a liberdade de concorrência, que é o contraponto do princípio da liberdade de iniciativa. Desta forma, o agente econômico é livre para empreender o que bem entenda, contanto que não prejudique a liberdade de concorrer de outros agentes econômicos. É dizer, a liberdade de iniciativa é um direito do agente econômico em face do Estado, de modo a demandar sua abstenção, enquanto o princípio da liberdade de concorrência é um direito do agente econômico em face de outro agente econômico, demandando uma interferência estatal efetiva para que seja garantido⁴². Em síntese, a liberdade de concorrência é uma prerrogativa de exigir que o Estado atue para reprimir o abuso no exercício da livre iniciativa.

Como apontado, o poder econômico, que é fenômeno intrínseco das sociedades capitalistas com algum grau de industrialização, deve se sujeitar a determinados controles estatais, sob pena de inviabilizar o próprio funcionamento regular dos mercados. Contudo, a repressão estatal é dirigida tão somente ao abuso do poder econômico, e não à sua própria essência. Neste sentido, a legislação deve estabelecer as condições em que os *players* do mercado devem ser punidos

³⁸ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 27. (Direito econômico)

³⁹ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 92-93.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 93.

⁴¹ *Ibidem*, p. 93-94.

⁴² *Ibidem*, p. 93.

somente nas situações em que se utilizarem abusivamente do seu poder econômico, de forma a conquistar ou controlar o mercado de forma injustificada⁴³.

A teoria econômica também fornece justificativas para edição e aplicação de regras de defesa da concorrência. Ela tem como principal referencial analítico o modelo de competição perfeita, onde as decisões dos *players* do mercado são tomadas de forma descentralizada, de modo a não haver qualquer coordenação entre elas. Este modelo conta com seis hipóteses, quais sejam: i) Grande número de empresas; ii) Produto homogêneo; iii) Livre entrada e saída das empresas; iv) Maximização de lucros pela empresa; v) Livre circulação de informações; vi) Perfeita mobilidade dos fatores de produção.

No modelo de concorrência perfeita, a pressão indistinta entre a demanda dos consumidores, de um lado, e a oferta pelos múltiplos produtores, de outro, resulta no preço de mercado, de modo que nenhum dos demandantes ou ofertantes presentes no mercado possui capacidade de, individualmente, alterar os preços de equilíbrio decorrentes desse quadro de concorrência perfeita, razão pelo qual pode-se afirmar que, neste modelo, todas as empresas são tomadoras de preço (*"price takers"*)⁴⁴. Em síntese, na concorrência perfeita: "nenhuma empresa possui o poder de mercado, entendido, neste contexto analítico, como a capacidade de uma empresa em aumentar o preço de forma lucrativa acima do nível competitivo (leia-se: acima do custo marginal de produção)"⁴⁵.

Assim, há, em tais condições, dois efeitos desejáveis sob a perspectiva do bem-estar, que são identificados pela teoria econômica. Em primeiro lugar, aponta-se a chamada eficiência alocativa, que é entendida como uma situação em que o bem-estar econômico atinge o maior nível possível, dada uma distribuição inicial de recursos e as preferências dos agentes econômicos envolvidos. É dizer, os recursos estão, nesse contexto, alocados de maneira a satisfazer as preferências dos *players* e consumidores da melhor forma possível. Esta é a conjuntura que produz maior bem-estar agregado, de modo a não haver outra situação que promova maior bem-estar tanto dos consumidores quanto dos produtores. Além disso, qualquer alteração

⁴³ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 27. (Direito econômico)

⁴⁴ *Ibidem*, p. 30-31.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 31.

nesse quadro visando beneficiar um determina agente implica, impreterivelmente, a diminuição do bem-estar do outro indivíduo⁴⁶.

O segundo efeito apontado pela teoria econômica é a eficiência produtiva, que se caracteriza pela produção dos bens ao menor custo possível, resultado da maximização de lucros por uma empresa tomadora de preço. Tendo em vista que o preço de mercado é um dado, só é possível haver ampliação dos lucros se os custos forem os menores possíveis. Neste sentido, esta configuração de mercado força os *players* a inovarem permanentemente para reduzir custos e ofertar melhores produtos e serviços, sob pena de atuais concorrentes – e eventuais novos concorrentes – ganharem mercado. Nesse cenário, pode-se afirmar que os recursos da sociedade estão alocados da melhor forma possível, sem qualquer desperdício⁴⁷.

O monopólio, caracterizado por um cenário onde apenas uma empresa fornece o bem ou serviço para o mercado, é o quadro exatamente oposto ao mercado perfeitamente competitivo, razão pela qual a comparação entre ambos possibilita uma melhor análise acerca dos efeitos do bem-estar verificados neste. No monopólio, tendo em vista a existência de apenas um *player* ofertando o bem ou serviço, o monopolista não tem incentivos para suprir toda a demanda que poderia ser atendida ao preço da concorrência, porquanto seus lucros são maximizados com menor volume de produção. Levando em conta que os consumidores não têm opção de adquirir o produto ou serviço de outros *players*, ao menos parte destes consumidores está disposta a pagar um preço superior, o que gera um preço de equilíbrio mais elevado àquele que seria verificado num mercado perfeitamente competitivo. Neste sentido, o monopolista apropria-se de bem-estar dos consumidores, em termos de lucros mais elevados. Além disso, considerando que parte da demanda deixa de ser atendida, há uma invariável perda de bem-estar na economia, sendo que esta demanda sequer é apropriada pelo produtor (situação denominada de ônus do monopólio, ou *deadweight loss*). Ademais, num cenário monopolístico, o monopolista não é incentivado a produzir ao menor custo possível, tampouco a inovar permanentemente⁴⁸.

⁴⁶ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 31. (Direito econômico)

⁴⁷ *Ibidem*, p. 31-32.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 32.

Considerando tal referencial, a teoria econômica determina a aplicação de políticas públicas que promovam o funcionamento do mercado de forma que se aproxime o máximo possível do referencial do mercado competitivo, bem como que impeçam mudanças que impliquem distanciamento de tal referencial. É dizer, determina-se a eliminação ou a menos o controle do exercício do poder de mercado, tendo em vista que este implica tanto ineficiência alocativa quanto ineficiência produtiva⁴⁹.

Contudo, os próprios economistas reconhecem haver certo descompasso entre teoria e prática, de modo que os mercados existentes na realidade econômica são diferentes do mercado perfeitamente competitivo retratado pela teoria econômica, ou mesmo do quadro de monopólio puro e simples. Em determinados mercados, especialmente em setores industriais, é possível verificar a existência de poucas empresas, num cenário de oligopólio.

Diversos fatores explicam o tamanho e o (pequeno) número de *players* no mercado. Pode-se destacar a presença de economias de escala, que se caracterizam pela diminuição do custo unitário de produção de um determinado bem quanto maior for a quantidade produzida, na estruturação dessas atividades econômicas. Neste cenário, a existência de poucos *players* atuando num determinado mercado é explicada pelos limites tecnológicos de escala mínima viável para produção de um dado bem em face do volume total desse bem demandado pelo mercado. Em determinadas situações específicas, as economias de escala podem ser de tal ordem que impliquem a formação de um monopólio natural, onde o fornecimento do bem ou serviço por apenas um *player* é mais eficiente, em termos produtivos, do que por dois ou mais competidores⁵⁰.

Além disso, a presença de efeitos de rede (*network effects*), que se caracteriza pelo aumento do bem-estar do consumidor quanto maior for o número de outros consumidores que se utilizarem daquele mesmo produto ou serviço, tal como ocorre no setor da telefonia, em que o aumento do número de pessoas conectadas a uma rede aumenta a utilidade de uma linha telefônica, também ajuda a explicar a

⁴⁹ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 32. (Direito econômico)

⁵⁰ *Ibidem*, p. 32-33.

existência de poucas empresas no mercado. Esse efeito, ademais, também é verificado em mercados de tecnologia da informação⁵¹.

A referência a mercados de tecnologia indica a existência de mercados em que, não obstante a predominância no fornecimento de um determinado produto por um dado período ser de uma ou poucas empresas, essa posição está sujeita a alterações nos curtos e médios prazos, em face da constante inovação desenvolvida pelos concorrentes. Assim, pode-se afirmar que a possibilidade de exercer poder de mercado é um importante incentivo para esforços no desenvolvimento de novos processos, novas tecnologias e novos produtos que se apresentem como menos custosos. Tais incentivos, contudo, só se apresentam para os *players* que, além de deter posição de liderança no mercado, antecipam a ameaça de outros agentes econômicos que tenham possibilidade de ofertar novas tecnologias concorrentes, notadamente por meio de fortes investimentos em pesquisa e desenvolvimento, o que normalmente envolve importantes economias de escala⁵².

Surge, neste cenário, o questionamento: é válida a prescrição normativa da teoria econômica referenciada no ideal do mercado perfeitamente competitivo? Isto é, há fundamentos econômicos para utilização de medidas jurídicas que visem reprimir o poder de mercado, levando em consideração que este pode decorrer de fatores econômicos justificáveis, tais como economias de escala, ou até mesmo ser elemento importante de incentivo à eficiência dinâmica⁵³?

A teoria econômica é indubitável: não é toda e qualquer manifestação de poder de mercado que deve ser reprimida pelo direito concorrencial. Mesmo que houvesse essa possibilidade, não seria interessante, porquanto, em diversas instâncias, o exercício de poder de mercado – isto é, a percepção de lucros econômicos – é importante incentivo para investimento em nova capacidade e em novas tecnologias – fatores dinâmicos que têm especial relevância em países em desenvolvimento como o Brasil⁵⁴.

Nos países em desenvolvimento as legislações de defesa da concorrência e as agências reguladoras têm papel distinto das que tinham em países

⁵¹ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 33. (Direito econômico)

⁵² *Ibidem*, p. 33-34.

⁵³ *Ibidem*, p. 34.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 34.

desenvolvidos, e em especial, nos EUA. Seu papel principal não é o de melhorar a alocação de recursos em uma economia que já alcançou elevado nível de eficiência produtiva e que já incorpora as tecnologias mais avançadas disponíveis. Nesse caso, seu principal papel é contribuir para aumentar o nível de investimento e maximizar o bem-estar da sociedade em um contexto dinâmico [...] ⁵⁵.

Destarte, pode-se afirmar que as normas de defesa da concorrência devem concentrar-se em regular a atuação de empresas que, de forma individual ou conjunta, detenham um significativo poder de mercado – o que, na legislação brasileira, é abordado como “agentes com posição dominante”. Outrossim, as autoridades de defesa da concorrência devem empenhar-se fundamentalmente no combate aos comportamentos abusivos que possam distorcer de forma artificial a competição na disputa por melhores produtos e serviços ⁵⁶

Ademais, no tocante aos fundamentos normativos fornecidos pela teoria econômica para regras de defesa de concorrência, cumpre avaliar sobre qual âmbito do bem-estar deve ser considerado, se o dos consumidores ou todo o bem-estar agregado, aí incluindo produtores e consumidores. Trata-se de relevante questão em termos normativos, porquanto determinadas condutas ou concentrações podem afetar de maneira diversa essas duas categorias de agentes ⁵⁷.

Dessa forma, uma fusão, por exemplo, pode gerar tão somente economias de custos de produção (eficiência produtiva), sem forçosamente implicar menores preços para os clientes. Se tal fusão acarretar aumento de preços aos consumidores, o bem-estar total ainda poderá ser dilatado se as economias de custo forem superiores à apropriação do bem-estar dos consumidores pela nova empresa. Da mesma forma, uma determinada conduta vertical pode acarretar consideráveis economias de custos de transação, não obstante possa também ampliar as barreiras à entrada e, assim, impossibilitar o desenvolvimento de novos fornecedores para atender o consumidor final ⁵⁸.

Destarte, pode-se afirmar que os economistas, em sua maioria, defendem que as normas de defesa da concorrência devem ser empregadas de forma a proporcionar

⁵⁵ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 34. (Direito econômico)

⁵⁶ Ibidem, p. 35.

⁵⁷ Ibidem, p. 34.

⁵⁸ Ibidem, p. 35.

o maior bem-estar total possível, mesmo que eventualmente isso gere perda para um dos grupos sociais envolvidos (produtores ou consumidores), utilizando o argumento de que situações que elevem bem-estar total sempre são benéficas e, por conseguinte, devem ser aprovadas, não cabendo à teoria econômica definir critérios para solucionar questões distributivas, as quais podem ser resolvidas por meio do sistema tributário. Contudo, tal posição não é a predominante na maioria dos países, que adotam o bem-estar do consumidor como principal critério normativo para legitimar intervenções da autoridade concorrencial. É essa, inclusive, a posição que tem aderido o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com base nas regras e princípios tanto da Lei 8.884/94⁵⁹ quanto da Lei 12.529/2011⁶⁰, notadamente o princípio da defesa dos consumidores anteriormente exposto⁶¹.

Por fim, tendo em vista que a concorrência figura como o cerne do sistema capitalista, é possível listar uma série de benefícios por ela gerados, dentre os quais se destacam: a) Eficiência Alocativa: A oferta e a demanda, conjuntamente, determinam os preços dos diferentes bens e serviços da economia. Numa economia de mercado, os preços figuram como os sinais que orientam as decisões econômicas, alocando, assim, os recursos escassos. O preço assegura que a oferta e demanda de cada bem se equilibrem, de modo a determinar a quantidade do bem que os compradores decidirão consumir e a quantidade do bem que os vendedores decidirão produzir. Com isso, reduz-se a chance de que os preços e/ou serviços produzidos não sejam do interesse do consumidor. b) Eficiência Produtiva: É a capacidade de produzir e distribuir a custos mais baixos. A concorrência exerce forte e contínua pressão sobre os agentes econômicos, de modo a obrigar produtores e

⁵⁹ BRASIL. Lei Ordinária nº 8.894, de 21 de junho de 1994. Dispõe sobre o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos e Valores Mobiliários, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 jun. 1994. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8894.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.

⁶⁰ BRASIL. Lei Ordinária nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 dez. 2011. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2012.529-2011?OpenDocument>. Acesso em: 15 mai. 2017.

⁶¹ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 35-36. (Direito econômico)

distribuidores a reduzirem seus custos e, por conseguinte, reduzirem seus preços, sob pena de negócios mais eficientes tomarem seus clientes⁶². c) Eficiência Dinâmica: Um ambiente concorrencial induz maior capacidade de inovação dos agentes econômicos, incentivando a competição através da diferenciação e da oferta de novos produtos. A necessidade constante dos *players* se adequarem às preferências dos consumidores incentiva o investimento em pesquisa e inovação, a fim de que consigam melhorar seus produtos ou serviços⁶³. d) Dispersão do poder político: Impede a formação de grupos fortemente influentes nas decisões governamentais, de modo a favorecer a efetividade democrática. e) Pluralidade de escolhas: Um ambiente concorrencial fornece ao consumidor a possibilidade de escolher o bem ou serviço que melhor atende aos seus interesses. f) Superação automática de desequilíbrios: A lei da oferta e da demanda tende a conduzir o preço em direção aos níveis de equilíbrio, sendo o excesso ou a escassez meramente temporários⁶⁴. A concorrência promove contínuos ajustes automáticos, tornando as empresas mais saudáveis e minimizando as complicações resultantes de períodos de recessão⁶⁵.

Da análise destes benefícios, fica clara a importância da tutela do ambiente concorrencial. O Direito o faz repudiando duas formas de concorrência: a desleal, reprimida nos âmbitos civil e penal, envolve apenas os interesses particulares dos empresários concorrentes, a exemplo da violação a segredo de empresa; e a perpetrada com abuso de poder econômico (também chamada de infração da ordem econômica), que compromete as estruturas do livre mercado, reprimida também em âmbito administrativo⁶⁶. É justamente para proteção da concorrência que existe a autoridade antitruste.

⁶² GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**: o combate aos cartéis. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 94-95.

⁶³ *Ibidem*, p. 97.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 102;105.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 108.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 109-110.

2.4.1 Estrutura da autoridade antitruste brasileira

A Lei nº 12.529/2011⁶⁷, popularmente conhecida como a Lei de Defesa da Concorrência, implementou uma reformulação no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), tendo como um dos seus principais objetivos a simplificação da estrutura institucional do SBDC. Similarmente ao que ocorreu em outros países – tais como Espanha, França e Reino Unido –, os órgãos de investigação de condutas e de concentração no Brasil se fundiram ao órgão julgador, de modo que as competências das antigas Secretaria de Direito Econômico (SDE/Ministério da Justiça) e Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE/Ministério da Fazenda) na instrução de processos de defesa da concorrência foram incorporadas ao novo CADE, que passou a encarregar-se de forma plena de todas as competências significativas para fins de controle de concentrações econômicas e repressão a infrações contra a ordem econômica. O CADE, criado em 1962 e transformado em autarquia em 1994, continua, com a Lei n. 12.529/2011, a ser uma autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, agora, contudo, constituído por quatro órgãos internos principais, quais sejam: a) Superintendência-Geral; b) Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; c) Departamento de Estudos Econômicos; e d) Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE⁶⁸.

A Superintendência-Geral absorveu as competências da SEAE e da SDE no tocante às investigações de condutas anticoncorrenciais e à instrução/análise de atos de concentração. Compõem a estrutura desse órgão o Superintendente-Geral, dois Superintendentes Adjuntos, e oito Coordenadores-Gerais de Análise Antitruste, que detêm funções mais especializadas. O Superintendente-Geral, indicado pelo Presidente

⁶⁷ BRASIL. Lei Ordinária nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 dez. 2011. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2012.529-2011?OpenDocument>. Acesso em: 15 mai. 2017.

⁶⁸ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 37-38. (Direito econômico)

da República e aprovado pelo Senado Federal, tem mandato fixo de dois anos, renovável uma única vez⁶⁹.

Ao Tribunal Administrativo de Defesa Econômica compete a análise, em última instância, de processos de conduta investigados pela Superintendência-Geral, bem como certas decisões referentes a atos de concentração. Este órgão é composto por um Presidente e seis Conselheiros, todos com mandato fixo de quatro anos, não renováveis. Todos os integrantes do Tribunal são indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal. Conforme dispõe a Lei de Defesa da Concorrência⁷⁰, as decisões do Tribunal são tomadas por maioria de votos, dependendo as sessões de quatro Conselheiros para que sejam instauradas. Além disso, cada votação exige a participação de três Conselheiros, no mínimo⁷¹.

Pode-se afirmar que a Superintendência-Geral e o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica são os dois principais órgãos decisórios do novo CADE, enquanto os outros dois Órgãos previstos na Lei apoiam as atividades da autarquia. O Departamento de Estudos Econômicos é responsável por elaborar estudos não só para os atos de concentração, como também para os processos de conduta, conforme requerido pela Superintendência-Geral ou pelos Conselheiros. O titular do Departamento de Estudos Econômicos é denominado Economista-Chefe, devendo ser escolhido conjuntamente pelo Presidente do Tribunal e pelo Superintendente-Geral⁷². Por sua vez, a Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE (“ProCADE”) é incumbida de representar o CADE em processos judiciais e emitir pareceres não vinculativos em processos administrativos e atos de concentração,

⁶⁹ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 38. (Direito econômico)

⁷⁰ BRASIL. Lei Ordinária nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 dez. 2011. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2012.529-2011?OpenDocument>. Acesso em: 15 mai. 2017.

⁷¹ PEREIRA NETO; CASAGRANDE, loc. cit.

⁷² Ibidem, op. cit., p. 38.

dentre outras funções. A ProCADE é liderada por um Procurador-Geral, que, nomeado pelo Presidente da República, deve ser aprovado pelo Senado Federal⁷³.

Diante da nova estrutura do CADE, a SDE foi extinta. A SEAE, por sua vez, continua a existir, fazendo parte do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência como um órgão especializado em advocacia da concorrência, tendo a incumbência para avaliar os impactos concorrenciais de novas normas regulatórias – especialmente oriundas das Agências Reguladoras – e de medidas de defesa comercial (tais como medidas *antidumping*), papel este, aliás, que a Secretaria já vinha realizando dentro do governo federal ao longo dos anos 2000, mas que, diante da nova previsão legal, deverá se tornar mais significativo⁷⁴.

A Lei de Defesa da Concorrência (LDC)⁷⁵ preservou determinadas funções relevantes para a SAE, especialmente quanto ao controle de condutas, exercido agora de forma exclusiva pelo CADE. As representações feitas pela Secretaria passam a ter um trâmite mais célere junto ao CADE, demandando a instauração imediata de inquérito administrativo ou processo administrativo. Além disso, foi mantida a prerrogativa da Secretaria de solicitar informações a qualquer agente público ou privado para fins de bom exercício de suas funções, conforme dispõem os arts. 40 e 42 da referida Lei⁷⁶.

2.4.2 Funções da autoridade antitruste brasileira e o escopo subjetivo de aplicação do direito concorrencial

Como visto, o CADE é responsável pela regulação operacional da concorrência e, além da competência de coibir condutas anticompetitivas, tem atribuições

⁷³ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 38-39. (Direito econômico)

⁷⁴ *Ibidem*, p. 39.

⁷⁵ BRASIL. Lei Ordinária nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 dez. 2011. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2012.529-2011?OpenDocument>. Acesso em: 15 mai. 2017.

⁷⁶ PEREIRA NETO; CASAGRANDE, loc. cit.

preventivas, notadamente a sua atuação nos atos de concentração empresarial^{77,78}. Pode-se afirmar que tanto o controle de condutas anticompetitivas quanto o controle de estruturas estabelecido pela LDC possuem um escopo subjetivo de aplicação bastante amplos⁷⁹. O art. 31 da supracitada Lei assim define os sujeitos destinatários das suas normas:

Art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal⁸⁰.

Extraí-se, deste dispositivo legal, que o escopo de aplicação subjetiva da Lei é bastante aberto, abarcando desde pessoas físicas até sociedades, empresárias ou não, associações de fato ou de direito e até mesmo aquelas pessoas que exercem atividades em regime de monopólio legal (tais como aquelas baseadas na exploração de patentes e as atividades reguladas pelo art. 177 da Constituição Federal⁸¹). Pretendeu o legislador ordinário atingir qualquer pessoa ou organização atuante no mercado, cujos atos possam distorcer a concorrência⁸².

⁷⁷ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.357 et seq.

⁷⁸ BRASIL. Ministério da Fazenda. Resolução nº 20, de 09 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/94. Brasília, DF, 9 jun. 1999. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

⁷⁹ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 40. (Direito econômico)

⁸⁰ BRASIL. Lei Ordinária nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 dez. 2011. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2012.529-2011?OpenDocument>. Acesso em: 15 mai. 2017.

⁸¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292 p. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/cf1988>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

⁸² PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 40. (Direito econômico)

Em que pese tal amplitude de aplicação, pode-se dizer que a LDC⁸³ visa primordialmente regular a conduta de empresas, porquanto outros dispositivos da Lei apontam quais agentes podem estar sujeitos à atuação das autoridades antitruste, destacando a atividade empresarial como seu foco. Indica o art. 36, parágrafo 2º, que uma posição dominante pode ser detida por “empresa ou grupo de empresas”, enquanto o art. 90, que descreve as operações que se caracterizam como atos de concentração reportáveis ao CADE, prevê uma série de hipóteses de eventos envolvendo “empresas”⁸⁴. O próprio art. 31, em sua última parte, também confere este foco à lei antitruste, eis que destaca o exercício de “atividade”, ainda que “sob monopólio legal”, como centro da preocupação concorrencial. A palavra “atividade”, nesse contexto, refere-se visivelmente à atividade econômica em sentido amplo, isto é, a organização de fatores visando a produção e fornecimento de bens e serviços no mercado⁸⁵.

Destarte, considera-se empresa, para fins de aplicação do direito concorrencial, entidades que desempenhem atividade econômica, independentemente da forma em que são estruturadas e sejam elas submetidas ao regime privado ou público. As atividades econômicas são desenvolvidas, essencialmente, por meio de sociedades empresárias, tais quais definidas pelo Código Civil de 2002⁸⁶. Destacam-se, aqui, a sociedade limitada e a sociedade anônima, o que, contudo, não impede que outras entidades estruturadas sob formas diversas possam ser qualificadas como empresas para fins comerciais e, portanto, sujeitem-se às normas antitruste, desde que desenvolvam atividades econômicas⁸⁷.

⁸³ BRASIL. Lei Ordinária nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 dez. 2011. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2012.529-2011?OpenDocument>. Acesso em: 15 mai. 2017.

⁸⁴ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 40-41. (Direito econômico)

⁸⁵ Ibidem, p. 41.

⁸⁶ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20 mar 2018.

⁸⁷ PEREIRA NETO; CASAGRANDE, op. cit., p. 41-42.

Se o fator objetivo de desenvolvimento de atividade econômica amplia o conjunto de agentes privados que podem estar sujeitos à Lei de Defesa da Concorrência⁸⁸, também limita as entidades de direito público que apresentam essa condição. De maneira geral, a atuação de órgãos públicos no exercício de suas ações tipicamente governamentais, tais como as de fiscalização, regulação e fomento, não está sujeita aos mecanismos de controle do CADE, seja ele preventivo ou repressivo. Nestas situações, o CADE tem precedentes no sentido de serem aplicáveis apenas ações de advocacia da concorrência⁸⁹.

Ademais, para além de pessoas jurídicas de direito público e privado com atividade empresarial, também podem ser fiscalizados e sancionados de forma válida os comportamentos de associações e indivíduos⁹⁰. O art. 37 da Lei de Defesa da Concorrência⁹¹ prevê sanções por infrações concorrenciais não só para “*empresa*” (inciso I), como para outras “*pessoas físicas ou jurídicas de direito público, bem como associações de entidades que não exerçam atividade empresarial*” (inciso II), assim como para “*administrador*” (inciso III). Pode-se afirmar que, via de regra, trata-se de agentes que podem ser sancionados pelo CADE porquanto suas condutas estão de alguma maneira associadas às de empresas envolvidas em infrações da ordem econômica em determinado mercado. No tocante a *associações*, a prática decisória do CADE comumente envolve entes que reúnem empresas de um determinado setor da economia, como associações e sindicatos patronais, ou até mesmo uma dada categoria profissional. Em relação aos administradores, por sua vez, a multa que lhes é aplicada é diretamente vinculada àquela aplicada à empresa, salvo no caso de dirigentes de associações. Ademais, outros indivíduos fortuitamente sancionados pelo CADE que não administradores, geralmente são

⁸⁸ BRASIL. Lei Ordinária nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 dez. 2011. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/Lei%2012.529-2011?OpenDocument>. Acesso em: 15 mai. 2017.

⁸⁹ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 42. (Direito econômico)

⁹⁰ *Ibidem*, p. 43.

⁹¹ BRASIL, loc. cit.

empregados sem cargo estatutário cuja conduta tenha vínculo direto com o ilícito praticado pela empresa ou associação de empresas pela qual são contratados⁹².

⁹² PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 43-44. (Direito econômico)

3 CARTEL

Neste tópico serão abordadas as especificidades do cartel. Será feita uma análise quanto ao histórico de tal prática anticoncorrencial, seu conceito, suas mais variadas formas, e os impactos econômicos e concorrenciais decorrentes de sua prática.

Antes do exame da valoração das provas no combate aos cartéis, faz-se mister a análise de tal conduta anticoncorrencial em si, situando o leitor a um contexto que invariavelmente impacta e interfere quando da valoração probatória.

3.1 HISTÓRICO

O direito da concorrência, ou o direito antitruste, como também é conhecido, teve origem na América do Norte. A adoção de uma legislação federal antitruste pelos Estados Unidos teve íntima relação com os valores da sociedade daquele período, que buscava garantias para a liberdade individual. Naquele contexto, havia uma identificação do antitruste com os interesses de ordem pública⁹³.

O direito concorrencial é um ramo que procura disciplinar as relações de mercado travadas entre os agentes econômicos, buscando estabelecer um ambiente de livre concorrência cujos beneficiários finais são os consumidores. Busca tutelar, deste modo, o pleno exercício do direito à livre concorrência como instrumento da livre iniciativa, em favor da coletividade⁹⁴.

Não obstante a inexistência de um conceito único de direito da concorrência, pode-se considerar que este corresponde a um conjunto de regras relacionadas ao combate de acordos que restringem a concorrência, o abuso de posição dominante e as tentativas de limitar o mercado por meio de concentrações empresariais. Foi durante a era de liberalismo econômico, entre 1870 e 1890, que o direito da concorrência encontrou sustento e as condições indispensáveis para se desenvolver. Neste marco histórico, a concorrência passou a ser visualizada como

⁹³ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 89.

⁹⁴ GABAN; DOMINGUES, loc. cit.

um meio para conciliar a liberdade econômica individual com o interesse público⁹⁵.

Ao Canadá é creditado o pioneirismo do direito da concorrência, eis que, em 1889, editou o *Act for the prevention and suppression of combinations formed in restraint of trade*, cuja finalidade precípua era atacar acordos destinados a restringir o comércio mediante a fixação de preços ou a restrição de produção, o que foi incorporado ao primeiro Código Penal do Canadá três anos depois. Após algumas modificações ao longo dos anos, foi realizada, em 1986, uma ampla reforma que gerou o novo *Competition Act*, que reforça a efetividade do direito da concorrência e tipifica as condutas. Houve, neste instrumento, um reforço na criação de medidas de combate aos cartéis⁹⁶

Os objetivos do *Competition Act*: podem ser descritos da seguinte forma:

1. Promover a eficiência e a adaptabilidade da economia canadense; 2. Aumentar a oportunidade de participação do Canadá nos mercados mundiais, reconhecendo, ao mesmo tempo, o papel da concorrência estrangeira dentro do país; 3. Assegurar que as empresas médias e pequenas possuam oportunidade equitativa no seio da economia canadense; e 4. Oferecer preços competitivos e possibilidade de escolha de produtos aos consumidores⁹⁷.

Os Estados Unidos, levando em conta o surgimento de alguns tipos de organizações monopolistas por volta da segunda metade do século XIX, elaborou o *Sherman Act*, em 1890 - a primeira lei antitruste americana -, com o objetivo de coibir os problemas relacionados ao abuso de poder econômico. O *Sherman Act* é considerado como o mais significativo diploma legal antitruste, no qual se reagiu à concentração econômica. Não se pode dizer, todavia, que tal diploma legal tenha sido uma reação ao liberalismo econômico, sendo, em verdade, um instrumento de ajuste, uma vez que visava corrigir as distorções trazidas pelo excesso de acumulação do capital criadas pelo próprio regime liberal⁹⁸.

Neste contexto, a concorrência passou a ser vista como primordial para o sistema econômico e exigiu uma atuação do Estado para eliminar as distorções que podem ser causadas ao sistema. Desta forma, o *Sherman Act* tornou-se o núcleo de toda a atividade antitruste nos Estados Unidos, servindo, inclusive, como base para a

⁹⁵ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**: o combate aos cartéis. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 92-93.

⁹⁶ Ibidem, p. 93.

⁹⁷ Ibidem, p. 93-94.

⁹⁸ Ibidem, p. 93.

legislação de outros países, como a do próprio Brasil⁹⁹.

Muito embora nas suas duas primeiras décadas de existência o *Sherman Act* não tenha avançado muito na efetiva implementação da política antitruste, as Cortes começaram a amoldar os termos vagos da lei. O *Sherman Act* baniu de forma categórica quase todos os contratos que restringiam o comércio, forçando os juízes a desenvolver princípios capazes de distinguir a colaboração eliminadora da rivalidade - anticoncorrencial, portanto - da cooperação com o intuito de promover o crescimento¹⁰⁰.

Em determinado momento, percebeu-se que decisões proibindo todos os acordos que restrinjam a liberdade comercial poderiam comprometer formas benéficas de cooperação, como as associações e as sociedades. Vários casos julgados naquele período histórico contribuíram para a formação das teorias da concorrência na atualidade, especialmente no que concerne ao combate aos cartéis¹⁰¹.

Alguns casos merecem destaque. No *Standard Oil Co. v. United States*, em 1911, a Suprema Corte norte-americana analisou a questão de o mercado ser conduzido pelo agente econômico com posição dominante. Naquele contexto, a *Standard Oil* chegou a controlar 90% das refinarias de petróleo dos Estados Unidos, tendo a Corte adotado o modelo no qual 90% das quotas de produção de refinaria representariam prova suficiente de um ambiente monopolístico. Para que se chegasse a essa análise, foi estabelecida a chamada “regra da razão” como o método básico para a análise antitruste. Através deste modelo clássico, a avaliação das condutas pelos juízes se dava caso a caso. Apesar disso, os comportamentos entendidos como mais danosos ainda deveriam ser condenados por regras *per se*. Neste sentido, a Corte classificou alguns comportamentos como excludentes da regra da razão¹⁰².

No caso *United States v. Socony-Vacuum Oil Co*, em 1940, a Corte salientou entendimento no sentido de que as fixações de preços em acordos horizontais deveriam ser condenadas sumariamente e tratadas como crimes, levando em conta

⁹⁹ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 94.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 95.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 97.

¹⁰² *Ibidem*, p. 102.

os seus efeitos maléficos. Nos casos *Socony* e *Interstate Circuit, Inc. v. United States*, em 1939, foram identificados acordos horizontais baseados em evidências circunstanciais. Nesses casos citados, a Suprema Corte demonstrou a possibilidade de que acordos ilegais fossem provados sem evidências diretas¹⁰³.

Representando uma consequência de um esforço de integração econômica por parte de seus Estados-membros, a livre concorrência passou a ser adotada como regra geral no Tratado de Roma, de 1957. As principais regras sobre livre concorrência, notadamente aquelas que disciplinam os acordos entre concorrentes e que vedam as práticas de cartéis, estão contidas nos artigos 81 e 82 do Tratado. A vedação aos acordos entre concorrentes está contida no parágrafo 1 do artigo 81, de forma bem abrangente, de modo a incluir qualquer tipo de acordo, mesmo os informais, e também o comportamento paralelo, seja ele expresso ou tácito, entre as empresas que substituem a concorrência em benefício dos concorrentes e em prejuízo do ambiente concorrencial, afetando o mercado e os consumidores¹⁰⁴.

A primeira definição de práticas concertadas desenvolvida pelo Tribunal Europeu se deu no caso *ICI v. Comissão* (Caso 48/69, [1971] ECR, par. 64), em que a cooperação entre empresas, não obstante não ocasionada por um acordo propriamente dito, foi reconhecida como potencialmente danosa à concorrência. A CE também acabou por se beneficiar da experiência antitruste norte-americana, havendo em seu sistema a clara proibição de acordos, decisões e práticas avessas à livre concorrência¹⁰⁵.

No Brasil, a primeira condenação por práticas de cartel se deu em 1999, ainda sob a égide da Lei 8.884/94. Naquele ano, as siderúrgicas CSN, Usiminas e Cosipa foram condenadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica em face de um cartel realizado nos anos de 1996 e 1997. O CADE aplicou uma multa de 1% do faturamento das empresas, as quais foram condenadas a aproximadamente R\$ 51.000.000,00 (cinquenta e um milhões de reais), em valores referentes ao ano de 2002, quando foi publicado o acórdão do julgamento do órgão antitruste. A título de curiosidade, as empresas, que no processo administrativo ameaçaram recorrer ao

¹⁰³ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.105.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 108.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 109-110.

Judiciário, de fato o fizeram, e em 2010 foram condenadas pela 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região a, juntas, pagarem uma multa de cerca de 136 milhões de reais, em valores da época^{106,107,108}.

3.2 CONCEITUAÇÃO E CARACTERIZAÇÃO

Primeiramente, imperioso o esclarecimento de que os acordos restritivos da concorrência podem ser divididos em dois grandes grupos, segundo os mercados relevantes em que atuam os partícipes. São eles: a) acordos verticais; b) acordos horizontais. Os acordos verticais são aqueles celebrados entre agentes econômicos que desenvolvem suas atividades em mercados relevantes diversos. Figuram como restrições impostas por produtores/ofertantes de bens ou serviços em determinado mercado – o mercado “de origem” – sobre mercados relacionados verticalmente ao longo da cadeia produtiva – o “mercado alvo”. Em síntese, há, nos acordos verticais, uma linha imaginária vertical que conduz da extração da matéria-prima até o consumidor final do produto, passando pelas mais variadas fases da produção e da comercialização¹⁰⁹.

As práticas restritivas verticais são anticompetitivas quando acarretam a criação de meios de exclusão dos concorrentes, seja por aumentarem as barreiras à entrada para competidores em potencial, seja por elevação dos custos dos competidores efetivos, ou até mesmo quando amplia a probabilidade de exercício coordenado de poder de mercado por parte de produtores/ofertantes, fornecedores ou distribuidores, através da criação de meios que permitem a superação de obstáculos à coordenação que de outra forma existiriam. São exemplos de restrições verticais a

¹⁰⁶ FROUFE, Célia. Multa para o 'cartel do aço' chega a R\$ 136 milhões. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 17 jun. 2010. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,multa-para-o-cartel-do-aco-chega-a-r-136-milhoes-imp-,567827>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

¹⁰⁷ PEDROZO, Soraia. Cade multa CSN, Usiminas e Cosipa por formação de cartel. **Diário do Grande ABC**, Santo André, 27 out. 1999. Disponível em: <<http://www.dgabc.com.br/Noticia/360339/cade-multa-csn-usiminas-e-cosipa-por-formacao-de-cartel>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

¹⁰⁸ BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. **Perguntas sobre infrações à ordem econômica**. 04 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

¹⁰⁹ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 353.

fixação de preços de revenda, restrições territoriais e de base de clientes, acordos de exclusividade, recusa de negociação, venda casada e discriminação de preços¹¹⁰.

Por sua vez, os acordos horizontais são aqueles celebrados entre agentes econômicos que atuam num mesmo mercado relevante, estando, por conseguinte, numa relação direta de concorrência¹¹¹. Consistem as práticas restritivas horizontais na tentativa de eliminar ou reduzir a concorrência no mercado, através de acordos entre concorrentes no mesmo mercado relevante em relação a preços ou outras condições, ou através da prática de preços predatórios. Em ambas as situações, visam o aumento de poder de mercado ou a criação de condições necessárias para exercê-lo com maior facilidade. Figuram como exemplos de práticas restritivas horizontais o preço predatório, ilícitos de associações profissionais e o cartel¹¹².

Neste sentido, pode-se afirmar que os acordos horizontais têm como pressuposto um fato incontroverso: a concorrência, ainda que lícita, afeta os concorrentes, eis que faz com que os empresários acabem por auferir lucros menores, tenham a constante preocupação com a qualidade dos produtos ofertados aos consumidores e invariavelmente sejam forçados a realizar investimentos para que permaneçam no mercado, competindo com os demais agentes econômicos¹¹³.

Um mercado concorrencial torna o processo de expansão da empresa invariavelmente mais penoso, eis que impõe constante disputa pela clientela. “A concorrência obriga os produtores a procurarem, constantemente, a melhoria de seus produtos e a diminuição do preço de custo”¹¹⁴. É, pois, uma consequência natural que os agentes econômicos tendam a perseguir a supremacia no mercado, visando dominá-lo, eis que, neste cenário, estaria presente um ambiente

¹¹⁰ BRASIL. Ministério da Fazenda. Resolução nº 20, de 09 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/94. Brasília, DF, 9 jun. 1999. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

¹¹¹ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 357 et seq.

¹¹² BRASIL. Ministério da Fazenda, loc. cit.

¹¹³ FORGIONI, op. cit., p. 355.

¹¹⁴ ASCARELLI, 1952, p. 223 apud FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 355-356.

monopolístico e, em decorrência, as imensuráveis vantagens a ele inerentes¹¹⁵.

O agente econômico tende, assim, a buscar a neutralização da concorrência, mediante: 1) a conquista de posição monopolística (havendo a conseqüente eliminação ou neutralização da força competitivas dos demais agentes econômicos que atuam no mesmo mercado relevante); 2) a realização de acordos (visando a regular ou neutralizar reciprocamente a força concorrencial de cada um dos partícipes, de modo a haver uma reprodução de condições monopolísticas)¹¹⁶.

Os acordos realizados entre *players* concorrentes (que atuam no mesmo mercado relevante) e que objetivam a neutralização da concorrência que existe entre si são denominados cartéis¹¹⁷.

[...] o cartel representa um acordo, um ajuste, uma convenção, de empresas independentes, que conservam, apesar desse acordo, sua independência administrativa e financeira. [...] O cartel tem como precípua objetivo eliminar ou diminuir a concorrência e conseguir o monopólio em determinado setor de atividade econômica. Os empresários agrupados em cartel têm por finalidade obter condições mais vantajosas para os partícipes, seja na aquisição da matéria-prima, seja na conquista dos mercados consumidores, operando-se, desta forma, a eliminação do processo normal de concorrência¹¹⁸.

Por sua vez, a Resolução nº 20 do CADE, de 09 de junho de 1999, parcialmente revogada pela Resolução nº 45, de 28 de março de 2007, assim conceitua um cartel:

Acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes no mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, produção e divisão de mercado na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos aos de monopólio¹¹⁹.

Em síntese, pode-se dizer que cartéis são pactos entre concorrentes, potenciais ou atuais, de um mesmo mercado relevante, destinados a esmorecer a competição entre eles¹²⁰.

¹¹⁵ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 355.

¹¹⁶ Ibidem, p. 356.

¹¹⁷ Ibidem, p. 355.

¹¹⁸ BRANCO; BARRETO, 1964, p. 30 apud FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.355-356.

¹¹⁹ BRASIL. Ministério da Fazenda. Resolução nº 20, de 09 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.888/94. Brasília, DF, 9 jun. 1999. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

¹²⁰ FORGIONI, op. cit., p.356.

São comumente apresentadas justificativas para as práticas de cartéis, destacando as supostas vantagens advindas da neutralização da concorrência. É comum que sejam utilizados argumentos no sentido de que os pactos entre os concorrentes, sobretudo em tempos de crise, desempenhariam papel essencial, com o seu desaparecimento supostamente causando maiores prejuízos à economia do que sua manutenção. Como um dos principais argumentos a favor dos cartéis, pode-se destacar o que advoga no sentido de que tais acordos visam eliminar a concorrência ruínosa prejudicial (*cutthroat competition*), cuja prejudicialidade impactaria não só às empresas, mas também a toda coletividade. Outro argumento utilizado é o de que a união dos *players* poderia vir a ser o mais eficaz meio para a competição em nível internacional, em um contexto de uma economia ainda não consolidada¹²¹.

Além disso, é apontado que, em período de crise, o volume das vendas pode vir a diminuir, forçando alguns *players* a saírem do mercado. Tendo em vista que, passado o período de recessão, a volta desses agentes econômicos implicaria custos adicionais de restabelecimento, tais custos poderiam inviabilizar o retorno, de modo que a concentração do mercado e a perda da capacidade do sistema poderiam ser evitadas se fosse autorizada a neutralização da concorrência entre os agentes econômicos¹²².

Ainda, o cartel pode provocar a neutralização da força da oferta e da procura sobre a formação dos preços, sendo estes determinados por pacto entre os concorrentes, o que os manteria estáveis. Por isso, já foi defendido que o cartel, significando estabilidade dos preços, provoca o aumento do grau de segurança e previsibilidade, gerando aos *players* o planejamento de seus investimentos e produtividade, de modo que a cartelização seria revertida a favor da coletividade. Por fim, argumenta-se que os cartéis aumentam a força dos *players* para negociar com seus fornecedores (*countervailing power*), o que, a depender do caso concreto, pode representar uma limitação do poder econômico de outros agentes¹²³.

Não obstante tais argumentos que objetivam justificar a prática de cartel, têm-se que a cartelização é considerada pelo ordenamento pátrio como um ato ilícito, havendo

¹²¹ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 358.

¹²² Ibidem, p. 358.

¹²³ Ibidem, loc. cit.

previsão legal tanto na Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/11) quanto na Lei dos Delitos Contra a Ordem Econômica (Lei nº 8.137/90).

Em âmbito administrativo, as condutas anticoncorrenciais estão previstas no artigo 36 da Lei 12.529/11, com a prática de cartel sendo mais especificamente positivada no parágrafo terceiro do referido artigo, não obstante não empregar o termo “cartel”.¹²⁴

Art. 36 Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a

¹²⁴ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 109. (Direito econômico)

produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;

XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e

XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca¹²⁵.

Primeiramente, é imperioso destacar que o ordenamento pátrio adotou técnica legislativa no sentido de prever, de um lado, um sistema de tipificação por efeitos (isto é, delimitação de efeitos que, caso constatados, tornarão a conduta como uma infração, sendo os casos do art. nº 36, caput e incisos), e, de outro lado, um sistema de tipificação exemplificativo, em que há previsão não taxativa de condutas empresariais que podem ou não gerar tais efeitos (tendo previsão no art. nº 36, parágrafo terceiro)^{126,127}.

¹²⁵ BRASIL. Lei Ordinária nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 dez. 2011. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2012.529-2011?OpenDocument>. Acesso em: 15 mai. 2017.

¹²⁶ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 92. (Direito econômico)

Da mesma forma como acontecia na antiga legislação de defesa da concorrência, uma infração da ordem econômica não ocorre tão somente com a subsunção da conduta ao rol exemplificativo previsto no parágrafo terceiro do referido artigo, sendo essencial que haja a conjunção com o disposto no caput e incisos do art. 36. É dizer, a mera prática do ato não caracteriza a infração contra a ordem econômica, sendo necessário que haja um efeito anticompetitivo, ao menos potencial, gerado por aquela conduta¹²⁸.

Quanto à prova do efeito anticompetitivo da conduta, o CADE, desde a égide da antiga Lei de Defesa da Concorrência (Lei 8.884/94), tem entendimento, em face do que vinha disposto no *caput* do artigo 20 desta Lei (artigo 36 da atual Lei de Defesa da Concorrência) que as infrações contra a ordem econômica possuem caráter dual, havendo a divisão das infrações anticompetitivas em: a) infrações por efeito, em que efetivamente se verifica a ocorrência – ou ao menos a alta probabilidade da ocorrência – dos efeitos preceituados em Lei, verificação esta que se dá após uma determinada análise de mercado, analisando eventual existência de eficiências econômicas decorrentes da conduta; e b) infrações por objeto, condutas que podem ser consideradas ilícitas tendo em vista possuírem como finalidade objetivamente perseguida os efeitos anticoncorrenciais previstos no supracitado dispositivo legal¹²⁹.

Cumprе salientar que há uma correlação entre as infrações por efeito e a regra da razão, bem como entre as infrações por objeto e a abordagem “*per se*” – assunto que melhor se enquadra no âmbito da valoração da prova e que, destarte, será detidamente abordado a partir da parte quatro do presente trabalho. De todo modo, cumpre antecipar que o cartel é entendido como infração por objeto, e que, mesmo em relação a estas infrações, o CADE vem se manifestando no sentido da imprescindibilidade da ocorrência – ou, ao menos, efetiva potencialidade - de efeitos anticompetitivos para que haja a caracterização da infração – corroborando a ideia anteriormente exposta de que, mesmo que a conduta perfeitamente se amolde ao

¹²⁷ JORDÃO, Eduardo. **Introdução à defesa da concorrência**. 14 jul. 2016. 10 slides. Material apresentado no curso de extensão em Direito Concorrencial da Faculdade Baiana de Direito.

¹²⁸ PEREIRA NETO; CASAGRANDE, op. cit., p. 92-93.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 94.

previsto na Lei, não há infração contra a ordem econômica sem que seja possível que os efeitos nela previstos sejam alcançados¹³⁰.

3.3 TIPOS DE CARTEL

Os cartéis podem ser diferenciados de algumas maneiras. Genericamente, os cartéis podem ser distinguidos quanto à variável comercialmente sensível objeto da conduta, sendo separados em cartéis de preço ou de quantidade e cartéis de alocação de mercado ou grupos de clientes (também conhecidos como acordos de *market-sharing* ou *market-allocation*). No tocante ao primeiro tipo, é certo que, sendo de preço ou de quantidade, necessariamente causarão os mesmos efeitos no mercado, porquanto o preço determina indiretamente a quantidade e vice-versa. Quanto ao segundo tipo, o objetivo é reproduzir um ambiente monopolístico, com cada player reservando uma determinada área (um bairro, uma cidade, um estado etc.) ou uma determinada gama de clientes. Neste contexto, os cartéis em licitação podem vir a ser classificados como uma subespécie de cartéis de alocação de mercado¹³¹.

De outro modo, os cartéis podem ser classificados como Cartéis Difusos (*Soft-Core Cartels*) e Cartéis Clássicos (*Hard-Core Cartels*). A Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), em recomendação emitida para seus países-membros no ano de 1998, assim conceituou os Cartéis Clássicos:

Um cartel clássico é um acordo anticompetitivo, uma prática concertada anticompetitiva ou um arranjo anticompetitivo entre competidores para determinar preços, fraudar licitações (conluio em licitações), estabelecer cotas ou outras restrições à produção, ou compartilhar ou dividir mercados mediante a alocação de consumidores, fornecedores, territórios ou linhas de comércio¹³².

¹³⁰ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 95. (Direito econômico)

¹³¹ BRASIL. Ministério da Fazenda. **Aplicação do direito da concorrência a licitações públicas: cartéis**. Brasília, DF, 07 mai. 2018, p.12. Disponível em: < https://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/apostilas/advocacia-da-concorrenca/2-seae_aplicacao_direito_concorrenca_licitacoes_publicas_carteis.pdf/view> Acesso em: 12 mai. 2018.

¹³² OECD, 1988 apud PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 109. (Direito econômico)

Este conceito foi, inclusive, adotado pela *International Competition Network* nos relatórios realizados pela subdivisão de cartéis¹³³. De seu turno, o CADE, em sua jurisprudência, vem se manifestando no sentido de que os Cartéis Clássicos pressupõem a existência de certo grau de institucionalização, cuja continuidade é ao menos objetivada. No âmbito do julgamento do caso do Cartel das Britas¹³⁴, assim o CADE conceituou os Cartéis *Hardcore*:

Acordos secretos entre competidores, com alguma forma de institucionalidade, com o objetivo de fixar preços e condições de venda, dividir consumidores, definir nível de produção ou impedir a entrada de novas empresas no mercado. [...] Este tipo de cartel opera através de um mecanismo de coordenação institucionalizado, podendo ser reuniões periódicas, manuais de operação, princípios de comportamento etc. Isto é, sua ação não decorre de uma situação eventual de coordenação, mas da construção de mecanismos permanentes para alcançar seus objetivos¹³⁵.

Por sua vez, os Cartéis Difusos caracterizam-se como acordos entre concorrentes em que não há alto grau de institucionalização, não obstante possam abranger arranjos acerca de clientes, preços, quantidades ou licitações. Deste modo, são, em grande parte das vezes, eventuais, não podendo, assim, serem considerados como Cartéis *Hardcore*, ante a ausência do caráter permanente e da utilização de meios aptos a monitorar e punir os participantes do acordo colusivo¹³⁶. O CADE, no julgamento anteriormente citado, também definiu uma conceituação para os Cartéis Difusos:

Distingo o Cartel Clássico do que chamo de Cartel Difuso. Este último é um ato de coordenação da ação entre empresas com objetivo similar ao do Cartel Clássico, mas de caráter eventual e não institucionalizado. Este é o caso quando um grupo de empresas decide reunir-se para coordenar um aumento de preços, muitas vezes em função de um evento externo que as afetou simultaneamente. Isto é, tal ação pode ser considerada eventual e

¹³³ BRASIL. Ministério da Fazenda. **Aplicação do direito da concorrência a licitações públicas: cartéis**. Brasília, DF, 07 mai. 2018, p.12. Disponível em: < https://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/apostilas/advocacia-da-concorrenca/2-seae_aplicacao_direito_concorrenca_licitacoes_publicas_carteis.pdf/view > Acesso em: 12 mai. 2018.

¹³⁴ FONSECA JÚNIOR, Marco Antônio. **A prova do cartel**. 2011. 57 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2011, p. 36-39. Disponível em : <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/319/3/20608790.pdf>> Acesso em: 15 abr. 2018.

¹³⁵ BRASIL. CADE, 2005 apud BRASIL. Ministério da Fazenda. **Aplicação do direito da concorrência a licitações públicas: cartéis**. Brasília, DF, 07 mai. 2018, p.12. Disponível em: < https://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/apostilas/advocacia-da-concorrenca/2-seae_aplicacao_direito_concorrenca_licitacoes_publicas_carteis.pdf/view > Acesso em: 12 mai. 2018.

¹³⁶ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 122. (Direito econômico).

não decorreu de uma organização permanente para coordenar as ações das empresas envolvidas¹³⁷.

Justamente em face da ausência de alto grau de institucionalização e da presença da eventualidade nos arranjos firmados pelos concorrentes, os Cartéis Difusos, não obstante indubitavelmente representarem infrações, são tidos como menos gravosos do que os Cartéis Clássicos¹³⁸. Foi justamente neste sentido que se manifestou o CADE:

De qualquer forma, é importante notar que o CADE tem definido cartéis clássicos como aqueles que implicam algum grau de institucionalização, em contraposição a um cartel difuso, que não teria essa característica. A importância dessa distinção está relacionada, inter alia, à presunção de que um cartel institucionalizado tem um maior potencial lesivo do que um conluio que tenha características intermitentes (embora os dois sejam puníveis no âmbito da defesa da concorrência). Portanto, segundo as decisões recentes do CADE, a existência do ajuste de preços não tipifica a conduta como um cartel clássico. Para tanto, é necessário, como já dito, um elemento adicional: a sua institucionalização¹³⁹.

Além disso, a Doutrina indica mais quatro formas de categorizar os cartéis, quais sejam¹⁴⁰:

a) Cartéis explícitos ou tácitos. No primeiro tipo, os participantes, de forma oral ou escrita, explicitamente pactuam acerca de determinada variável concorrencialmente relevante. No segundo tipo, o acordo ocorre mediante formas sutis e indiretas de comunicação, exemplificativamente via imprensa. O acordo tácito acontece, em regra, num cenário de oligopólios ou duopólios, havendo autores que sustentem um tratamento menos rigoroso para tal acordo colusivo;

b) Cartéis nacionais ou internacionais. Trata-se, aqui, de distinção proposta pela Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, sendo considerados cartéis internacionais se houver a ocorrência de ao menos um dos seguintes requisitos: envolvimento de partes de ao menos duas jurisdições; os efeitos causados pela conduta atinjam pelo menos duas jurisdições; ou se a conduta

¹³⁷ BRASIL. CADE, 2005 apud PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 121. (Direito econômico)

¹³⁸ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 122. (Direito econômico)

¹³⁹ BRASIL. CADE, 2009 apud PEREIRA NETO; CASAGRANDE, loc. cit.

¹⁴⁰ BRASIL. Ministério da Fazenda. **Aplicação do direito da concorrência a licitações públicas: cartéis**. Brasília, DF, 07 mai. 2018, p.13-16. Disponível em: <https://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/apostilas/advocacia-da-concorrenca/2-seae_aplicacao_direito_concorrenca_licitacoes_publicas_carteis.pdf/view> Acesso em: 12 mai. 2018.

causar efeito em uma determinada jurisdição, apesar de ter sido realizado em uma outra;

c) Cartéis de compra ou de venda. Cartéis de compra são acordos colusivos envolvendo adquirentes de insumos, enquanto os cartéis de venda ocorrem no lado antagonico, de modo a afetarem de forma direta os clientes; e

d) Cartéis de importação ou de exportação. Por último, os cartéis de importação dizem respeito a players que importam produtos ou serviços, de modo a atuar como cartel de compra. De seu turno, os cartéis de exportação abarcam pactos entre concorrentes com relação a produtos ou serviços ofertados no exterior, havendo, pois, atuação como cartel de venda. Vale ressaltar que alguns países, por entenderem que os efeitos danosos da conduta não atingem suas jurisdições, acabam por não reprimir o cartel de exportação, chegando até a incentivá-lo.

Especificamente em relação aos cartéis em licitações, são utilizadas as mais variadas estratégias anticompetitivas a fim de fraudar processos licitatórios, utilizadas individual ou conjuntamente. Dentre elas, as mais comuns são: a) propostas fictícias ou de cobertura (*cover bidding*); b) supressão de propostas (*bid supression*); c) rodízio (*bid rotation*); d) divisão do mercado (*market allocation*); e e) fixação de preços (*price fixing*)¹⁴¹.

As propostas fictícias ou de cobertura (*cover bidding*) caracterizam-se pelo fato de revestirem o processo licitatório de aparente competitividade, tendendo a afastar a atuação investigativa das autoridades de controle, e, por conseguinte, tornando mais difícil a sua constatação. Essa estratégia é tida como a forma mais comum de conluio¹⁴².

A supressão de propostas (*bid supression*) se dá quando há um acordo entre concorrentes no sentido de ao menos um deles se abster do processo licitatório ou, caso participe, desistida da proposta previamente formulada. Há, então, a intenção

¹⁴¹ CECCATO, Marco Aurélio. **Cartéis em Licitações**: estudo tipológico das práticas colusivas entre licitantes e mecanismos extrajudiciais de combate. São Paulo, 07 jan. 2017, p. 12 et seq. Disponível em: <<https://docslide.us/documents/carteis-em-licitacoes-estudo-tipologico-das-praticas-colusivas-entre.html>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

¹⁴² Ibidem, p. 13-18.

de favorecer um determinado participante da licitação, que é previamente escolhido^{143,144}.

De seu turno, o rodízio (*bid rotation*) caracteriza-se como um acordo entre os participantes do processo licitatório em que estes previamente determinam qual será a proposta ganhadora, havendo, pois, um revezamento entre os integrantes do cartel para que todos sejam beneficiados e para que nenhum deles possa dominar de forma exclusiva o mercado licitatório¹⁴⁵.

Por sua vez, a divisão de mercado (*market allocation*) é uma prática em que os integrantes do cartel acordam em fragmentar o mercado, estabelecendo áreas ou clientes específicos para cada membro do cartel. Assim, a divisão pode ocorrer tanto em relação a critérios geográficos quanto em relação aos órgãos públicos envolvidos¹⁴⁶.

Por fim, a fixação de preços (*price fixing*) caracteriza-se como um pacto celebrado entre concorrentes objetivando estabelecer um valor mínimo de propostas. Há, neste sentido, uma vedação a apresentação de propostas inferiores a um “preço base” previamente estabelecido pelos integrantes do cartel¹⁴⁷.

3.4. CONDIÇÕES DE MERCADO QUE FACILITAM A CARTELIZAÇÃO PELOS AGENTES ECONÔMICOS

Determinadas características estruturais de mercado podem facilitar a formação de cartéis. O CADE vem apontando quatro características estruturais que tornam um mercado mais propenso à formação de cartéis, quais sejam: a) alto grau de

¹⁴³ Ibidem, p. 22-23.

¹⁴⁴ BRASIL. Ministério da Fazenda. **Aplicação do direito da concorrência a licitações públicas: cartéis**. Brasília, DF, 07 mai. 2018, p. 22. Disponível em: < https://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/apostilas/advocacia-da-concorrenca/2-seae_aplicacao_direito_concorrenca_licitacoes_publicas_carteis.pdf/view>. Acesso em: 12 mai. 2018.

¹⁴⁵ CECCATO, Marco Aurélio. **Cartéis em Licitações**: estudo tipológico das práticas colusivas entre licitantes e mecanismos extrajudiciais de combate. São Paulo, 07 jan. 2017, p. 23-24. Disponível em: <<https://docslide.us/documents/carteis-em-licitacoes-estudo-tipologico-das-praticas-colusivas-entre.html>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 24.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 19-22.

concentração do mercado; b) existência de barreiras à entrada; c) homogeneidade de produtos e custos; e d) condições estáveis de custos e de demanda¹⁴⁸.

O alto grau de concentração do mercado diz respeito a um cenário em que o grupo de participantes do acordo é reduzido. É indubitável que há uma maior facilidade em efetuar acordos e compartilhar informações num contexto em que há um menor número de agentes econômicos atuando em determinado mercado. Isso não significa, todavia, que todos os mercados oligopolizados - isto é, mercados que se caracterizam pelo restrito número de *players*, com natural dependência entre eles – são cartelizados. Assim, entende-se que há tão somente uma maior probabilidade de formação de cartéis nos mercados caracterizados por grande concentração de mercado, não significando, todavia, ser impossível a formação de cartéis em mercados em que há inferiores índices de concentração econômica – a exemplo do que ocorre no setor de revenda de combustíveis líquidos -, bem como que todo mercado oligopolizado é necessariamente alvo de cartel¹⁴⁹.

A existência de barreiras à entrada, por sua vez, impede o surgimento de novos agentes econômicas que possam vir a desestabilizar o conluio, razão pela qual também representa uma condição de mercado que facilita a prática de cartel¹⁵⁰.

De seu turno, a homogeneidade de produtos e custos de produção representa uma semelhança entre os agentes econômicos atuantes num determinado mercado. A ausência de homogeneidade implica maior dificuldade na formação do acordo colusivo, porquanto há uma tendência de que o patamar de maximização de lucros de cada agente econômico seja diferente¹⁵¹.

Por fim, condições estáveis de custos e de demanda dizem respeito ao escopo do possível acordo, que, no caso, é limitado. Aqui, a eficácia do acordo varia de acordo com as variáveis do mercado, é dizer, quanto mais estáveis tais condições, maior eficácia terá o acordo colusivo. Um mercado com grande instabilidade – por

¹⁴⁸ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 113. (Direito econômico)

¹⁴⁹ BRASIL. Ministério da Fazenda. **Aplicação do direito da concorrência a licitações públicas: cartéis**. Brasília, DF, 07 mai. 2018, p. 16. Disponível em: < https://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/apostilas/advocacia-da-concorrenca/2-seae_aplicacao_direito_concorrenca_licitacoes_publicas_carteis.pdf/view>. Acesso em: 12 mai. 2018.

¹⁵⁰ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 113. (Direito econômico)

¹⁵¹ *Ibidem*, loc. cit.

significativos choques de custo ou de demanda, ou rotineiras inovações tecnológicas – gera maior complexidade na análise das variáveis de mercado, o que dificulta a previsão e predeterminação pelos agentes econômicos e, por conseguinte, praticamente inviabiliza a implementação do acordo¹⁵².

Cumprе ressaltar, ainda, que parte da Doutrina estabelece uma outra condição de mercado que facilita a prática de cartel pelos agentes econômicos, qual seja a presença de sindicatos e associações empresariais. Há quem entenda que tal presença pode acabar por servir de plataforma para reuniões e troca de informações entre os agentes econômicos atuantes num mesmo mercado, de modo a favorecer a formação de cartéis, porquanto possibilitam maior grau de estabilidade aos cartéis formados por um significativo número de agentes econômicos. Tal posição é sustentada pelo fato de que grande parte das condenações de cartéis no Brasil envolveu a participação de sindicatos ou associações empresariais¹⁵³.

3.5. CARTEL COMO A MAIS GRAVE LESÃO À CONCORRÊNCIA

Um alto executivo de uma empresa investigada pela prática de cartel internacional pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos na década de 1990 cunhou, em reunião entre concorrentes, a frase “*Our competitors are our friends; our customers are the enemy*”, que pode ser traduzida como “Nossos concorrentes são nossos amigos; o consumidor é o inimigo”. Esta frase ganhou notoriedade por traduzir o espírito do cartel, onde o consumidor, por forçar que os agentes econômicos exerçam competição constante, notadamente através de menores preços e melhores produtos e serviços ao consumidor, é tido como um inimigo pelos participantes do cartel¹⁵⁴.

A prática de cartel é considerada como a mais grave lesão à concorrência, porquanto torna os bens e serviços mais custosos ou indisponíveis aos

¹⁵² PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 114. (Direito econômico)

¹⁵³ BRASIL. Ministério da Fazenda. **Aplicação do direito da concorrência a licitações públicas: cartéis**. Brasília, DF, 07 mai. 2018, p. 16. Disponível em: < https://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/apostilas/advocacia-da-concorrenca/2-seae_aplicacao_direito_concorrenca_licitacoes_publicas_carteis.pdf/view>. Acesso em: 12 mai. 2018.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 7.

consumidores – eis que aumenta preços e restringem a oferta -, e prejudica a inovação – eis que impede o surgimento de novos produtos e processos produtivos. Assim, a prática de cartel gera inúmeros prejuízos não só em relação aos consumidores, mas, em longo prazo, em relação à economia como um todo^{155,156}. A Doutrina associa os cartéis a três tipos de ineficiências econômicas, quais sejam: ineficiências alocativa, produtiva e dinâmica. A ineficiência alocativa, notadamente em face da elevação de preços e da restrição da oferta, tem relação com a alocação ineficiente dos recursos sociais. Estudos indicam que a existência de cartel gera destruição de riqueza social (“peso morto”), porquanto parte do que seria excedente do consumidor é impropriamente transmitido para o produtor, e parte não é apropriada por nenhuma das partes, nem pelo produtor e nem pelo consumidor. Por esta razão, é possível afirmar que multas que recuperem os valores impropriamente transferidos do consumidor para o produtor não têm o condão de fazer com que a sociedade retorne ao estado em que se encontrava na ausência do cartel, eis que a conduta destruiu parte do que teria sido apropriado pelo consumidor. Por sua vez, na ineficiência produtiva, os *players* do mercado operam com custos mais elevados do que operariam num contexto de ausência de cartelização. De seu turno, a ineficiência dinâmica tem a ver com a perda de bem-estar social ocorrida em face da diminuição dos estímulos à inovação, porquanto, como visto, a prática de cartel acaba por reduzir o impulso dos agentes econômicos de aprimorarem seus processos produtivos, impactando diretamente no lançamento de novos e melhores produtos e serviços no mercado¹⁵⁷.

Estudo realizado pela OCDE, analisando informações referentes a 16 (dezesseis) cartéis de âmbito internacional, concluiu que tais arranjos colusivos afetaram o comércio no valor de US\$ 55 (cinquenta e cinco) bilhões, no período compreendido entre 1996 a 2000. O referido estudo considerou que tais cartéis acabaram por acarretar um sobrepreço que variou de 3% a 65% em comparação ao preço em um

¹⁵⁵ Ibidem, loc. cit.

¹⁵⁶ BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. **Guia Programa de leniência antitruste do CADE**. set. 2017, p. 7. Disponível em: < http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

¹⁵⁷ BRASIL. Ministério da Fazenda. **Aplicação do direito da concorrência a licitações públicas: cartéis**. Brasília, DF, 07 mai. 2018, p. 8. Disponível em: < https://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/apostilas/advocacia-da-concorrenca/2-seae_aplicacao_direito_concorrenca_licitacoes_publicas_carteis.pdf/view>. Acesso em: 12 mai. 2018.

mercado verdadeiramente competitivo, ficando o sobrepreço médio entre 15% a 20%. Além disso, outros estudos da OCDE apontam exemplos de sobrepreços causados por cartéis nas mais diversas jurisdições, havendo variação percentual de 16,5% a 70%¹⁵⁸.

De seu turno, estudo realizado por John Connor, onde foram analisadas informações referentes a 770 (setecentos e setenta) cartéis, concluiu que tais cartéis acarretaram um sobrepreço médio de 25%. Em seu estudo, o autor indica que, no período entre 1990 a 2008, foram identificadas pelo menos 6 mil empresas, oriundas de 57 países, condenadas por cartelização, tendo ocorrido um impacto de vendas no valor total de US\$ 16 trilhões. O referido autor demonstra, ainda, que, nos Estados Unidos, a soma entre a multa média com a sanção imposta pelas ações privadas de indenização representa apenas 18,9% do volume das vendas, o que claramente demonstra que nem mesmo a jurisdição mais avançada na repressão aos cartéis consegue aplicar multas suficientes para recuperar os danos causados pela prática de cartel. Por fim, o referido autor avaliou que, em âmbito mundial, o valor de 25 bilhões de euros é a receita adicional assegurada por cartéis. Ademais, os cartéis têm consequências ainda mais nocivas em economias em desenvolvimento, com estudos indicando que os danos causados chegaram a representar, no ano de 1997, 5,2% do total de importações, e 1,2% do produto interno produto dos países da amostra¹⁵⁹.

Os cartéis em licitações (*big rigging*), especificamente, são uma das formas em que há uma tendência de maior lesividade à coletividade. Isso ocorre porquanto esta modalidade de cartel, ao manipular a concorrência no certame licitatório, impacta diretamente na alocação de recursos públicos pela Administração Pública, gerando uma transferência ilegítima de renda do poder público para os agentes econômicos participantes do cartel, o que acaba por afetar indiretamente a quantidade e a qualidade dos serviços públicos e, conseqüentemente, prejudicar especialmente a

¹⁵⁸ BRASIL. Ministério da Fazenda. **Aplicação do direito da concorrência a licitações públicas: cartéis**. Brasília, DF, 07 mai. 2018, p. 9. Disponível em: < https://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/apostilas/advocacia-da-concorrenca/2-seae_aplicacao_direito_concorrenca_licitacoes_publicas_carteis.pdf/view>. Acesso em: 12 mai. 2018

¹⁵⁹ Ibidem, p. 10.

população de menor renda, presumivelmente mais dependente de produtos e serviços públicos¹⁶⁰.

Há, nesse cenário, uma evidente afetação nos recursos públicos, agravando o problema da ineficiência da atuação do Estado na efetivação de políticas públicas. Além disso, os efeitos gravosos dos cartéis em licitações estão associados a casos de corrupção, e tal prática colusiva pode ampliar a concentração econômica, o que, a depender das peculiaridades do mercado relevante, pode facilitar o abuso de poder econômico, causando ainda mais danos à coletividade. Ainda, pode-se afirmar que a ocorrência de conluíus em contratações públicas fere não só os princípios constitucionais da livre concorrência e da ordem econômica, mas, também, as garantias de um certame licitatório que respeite os seus princípios norteadores que objetivam assegurar a primazia do interesse público, a exemplos dos princípios da isonomia, eficiência e moralidade, com a prática de cartel acabando por, na ótica da sociedade, colocar em xeque a credibilidade e a lisura dos órgãos públicos, abalando a confiança do cidadão na administração pública – cuja imagem é historicamente desgastada^{161,162,163}. Neste sentido, estudos da OCDE indicam que os aumentos de preços causados por condutas colusivas variam entre 15 a 20%, sendo superiores em casos excepcionais, a exemplo do caso do cartel envolvendo as obras dos trens e do metrô do Estado de São Paulo, em que o superfaturamento atingiu a marca dos 30% (30 por cento)¹⁶⁴. Assim, caso se considere um sobrepreço médio de 20% em cartéis envolvendo certames licitatórios, pode-se afirmar que o

¹⁶⁰ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 20. (Direito econômico)

¹⁶¹ Ibidem, p. 20.

¹⁶² CORREIA, Gabriela de Azevedo. **A utilização de provas indiretas no combate a cartéis em licitação**: uma análise da jurisprudência do CADE. 2016. 57 f., p. 10 et seq. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19005/GABRIELA%20DE%20AZEVEDO%20CORREIA.p%C3%B3s%20defesa.pdf?sequence=1&isAlloWed=y>>. Acesso em 03 abr. 2018.

¹⁶³ JORDÃO, Eduardo. **Introdução à defesa da concorrência**. 14 jul. 2016. 10 slides. Material apresentado no curso de extensão em Direito Concorrencial da Faculdade Baiana de Direito.

¹⁶⁴ PF conclui inquérito do cartel dos trens em SP e indiciou 33 pessoas. **G1 São Paulo**, São Paulo, 05 dez. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/12/pf-conclui-inquerito-do-cartel-dos-trens-e-indicia-33-pessoas.html>>. Acesso em: 20 fev. 2018

Estado, em média, paga de 3 a 4% a mais do seu produto interno bruto ao adquirir produtos e serviços em contextos envolvendo cartéis¹⁶⁵.

Justamente pela extrema nocividade da prática de cartéis, em que, como visto, há um impacto não só em relação aos consumidores, mas à coletividade como um todo, é possível observar uma intensificação no combate a tal arranjo colusivo pelas autoridades de defesa da concorrência. Neste sentido, diferentemente da atuação do CADE no âmbito dos atos de concentração, em que há certa controvérsia doutrinária quanto à forma e à necessidade de atuação da autoridade antitruste, é certo que o combate às condutas colusivas, mais especificamente aos cartéis, é quase que unanimemente tido como essencial. É possível afirmar, inclusive, que o combate aos cartéis tem, nos últimos anos, figurado como a prioridade absoluta na atuação da autoridade antitruste, conforme explica Carlos Ragazzo¹⁶⁶:

[...] Por outro lado, não existem maiores dúvidas com relação às condutas colusivas, das quais o exemplo mais conhecido é o cartel. Desde 2003, o CADE tem assumido como sua prioridade o combate a cartéis, desenvolvendo uma série de ações para reprimir essa conduta, entre as quais medidas investigativas sofisticadas como acordo de leniência e operações de busca e apreensão, que acabaram gerando um início de rotina de combate de casos colusivos nos últimos anos. Além disso, institucionalizou uma série de acordos de cooperação por meio da Estratégia Nacional de Combate a Cartéis – ENACC, em que se discute de maneira coordenada ações e resultados com vários outros órgãos da Administração Pública com atuação ou interesse na atuação anticartel, com os Ministérios Públicos (Estaduais e Federal) e Polícias (Civil e Federal).

Entre os anos de 2004 e 2012 houve aumento expressivo na proporção de condenações relativas ao tipo de prática ilícita caracterizada como cartel (de 24% a 100%, respectivamente)¹⁶⁷. De seu turno, no período compreendido entre os anos de 2015 e 2016, o número de processos administrativos envolvendo cartéis foi de 37, tendo havido 24 julgamentos e oito arquivamentos. Tais processos julgados geraram a aplicação de sanções pecuniárias aos agentes econômicos envolvidos na

¹⁶⁵ BRASIL. Ministério da Fazenda. **Aplicação do direito da concorrência a licitações públicas: cartéis**. Brasília, DF, 07 mai. 2018, p. 19. Disponível em: < https://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/apostilas/advocacia-da-concorrenca/2-seae_aplicacao_direito_concorrenca_licitacoes_publicas_carteis.pdf/view>. Acesso em: 12 mai. 2018.

¹⁶⁶ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. A Regulação da Concorrência. In: Sérgio Guerra (Org.). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p. 9.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 8.

prática colusiva na quantia de R\$ 257.226.979,00 (novecentos e cinquenta e sete milhões, duzentos e vinte e seis mil, novecentos e setenta e nove reais)¹⁶⁸.

Não há dúvidas, destarte, que a persecução aos cartéis tem atraído grande atenção da autoridade antitruste, tendo sido sua prioridade absoluta, coadunando, assim, com a atuação das autoridades antitrustes do resto do mundo, que notadamente pautam sua atuação na detecção e combate aos cartéis¹⁶⁹. Fortalecendo essa ideia, o então presidente do CADE, Vinicius Marques de Carvalho, em palestra promovida pelo órgão antitruste pátrio e a OCDE, evidenciou que o combate a cartéis em licitações públicas vem se tornando prioridade no âmbito da atuação do CADE, classificando tal prática como um problema característico no Brasil, salientando que o combate não se restringe à atuação do CADE. O então secretário geral da OCDE, Angel Gurría, corroborando tal entendimento, ressaltou a importância da discussão acerca das fraudes em certames licitatórios, sobretudo no atual contexto brasileiros e os recentes acontecimentos revelados pela Operação Lava Jato¹⁷⁰.

3.6. CRITÉRIOS DE SANCIONAMENTO POR INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA

Como analisado anteriormente, a prática de cartel está positivada tanto na Lei de Defesa da Concorrência (Lei. 12.529/11)¹⁷¹ quanto na Lei dos Delitos Contra a Ordem Econômica (Lei 8.137/90)¹⁷².

¹⁶⁸ CORREIA, Gabriela de Azevedo. **A utilização de provas indiretas no combate a cartéis em licitação**: uma análise da jurisprudência do CADE. 2016. 57 f., p. 2. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: < <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19005/GABRIELA%20DE%20AZEVEDO%20CORREIA.p%3%C3%B3s%20defesa.pdf?sequence=1&isAllowed=y> >. Acesso em 03 abr. 2018.

¹⁶⁹ Ibidem, loc. cit.

¹⁷⁰ Ibidem, loc. cit.

¹⁷¹ BRASIL. Lei Ordinária nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 dez. 2011. Disponível em: <[http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/ lei%2012.529-2011?OpenDocument](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2012.529-2011?OpenDocument)>. Acesso em: 15 mai. 2017.

Os critérios de sancionamento por infrações da ordem econômica estão previstos no ar. 37 e seguintes da LDC, havendo autorização legal para que sejam objetos de investigação por condutas anticompetitivas e eventualmente sancionados por tais práticas não só pessoas jurídicas, mas também pessoas físicas. As empresas, especificamente, podem ser multadas num montante que varia de 0,1% a 20% do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado, conforme o inciso I do artigo 37. Os administradores da empresa podem ser sancionados no montante que pode variar entre 1% a 20% da multa aplicada à empresa, sendo imprescindível, todavia, a comprovação do dolo ou culpa^{173,174}.

Também há previsão legal no sentido de aplicação de sanções alternativas (artigo 38 da referida Lei), caso o Tribunal Administrativo do CADE, no caso concreto, entenda necessário diante da gravidade dos fatos ou do interesse público, o que demonstra que a aplicação de tais penalidades tem cunho excepcional. Como exemplos de sanções alternativas pode-se citar a publicação de cópia da decisão em jornal de grande circulação, a proibição de contratar com a Administração Pública e “qualquer outro ato ou providência necessária para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica”¹⁷⁵.

Além disso, a aplicação das penalidades dispostas nos artigos 37 e 38 do supracitado diploma legal deve considerar o constante no artigo 45, que prevê situações agravantes e atenuantes, a exemplos da gravidade da infração, a boa-fé do infrator, a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator, os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado, a reincidência, dentre outros^{176,177}.

¹⁷² BRASIL. Lei Ordinária nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 dez. 1990. Disponível em: < http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/Lei%208.137-1990?OpenDocument>. Acesso em: 15 mai. 2017

¹⁷³ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 101-102. (Direito econômico)

¹⁷⁴ BRASIL. Ministério da Fazenda. **Aplicação do direito da concorrência a licitações públicas: cartéis**. Brasília, DF, 07 mai. 2018, p. 24. Disponível em: < https://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/apostilas/advocacia-da-concorrenca/2-seae_aplicacao_direito_concorrenca_licitacoes_publicas_carteis.pdf/view>. Acesso em: 12 mai. 2018.

¹⁷⁵ PEREIRA NETO; CASAGRANDE, op. cit., p. 105.

¹⁷⁶ BRASIL. Lei Ordinária nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá

Em âmbito penal, de seu turno, a prática de cartel está tipificada no artigo 4 da Lei 8.137/90, com pena prevista de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, além de multa. O sujeito ativo notadamente é o empresário ou o detentor dessa condição jurídica (isto é, exerce atividade de empresário), podendo ser sujeitos passivos os agentes econômicos prejudicados pela prática ilícita e, em determinados casos, os consumidores¹⁷⁸.

outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 dez. 2011. Disponível em: <[http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/ lei%2012.529-2011?OpenDocument](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2012.529-2011?OpenDocument)>. Acesso em: 15 mai. 2017.

¹⁷⁷ PEREIRA NETO; CASAGRANDE, p. 106.

¹⁷⁸ PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 44-45.

4 VALORAÇÃO DAS PROVAS: PROVAS DIRETAS E INDIRETAS, E A ROBUSTEZ PROBATÓRIA NECESSÁRIA PARA FUNDAMENTAR UMA CONDENAÇÃO

Nesta parte do trabalho será abordada a questão da valoração das provas, inicialmente avaliando as peculiaridades na seara processual penal e, em seguida, analisando especificamente a valoração probatória na seara antitruste, examinando conceitos relevantes e as discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

4.1 AS PECULIARIDADES DA PROVA NO ÂMBITO PROCESSUAL PENAL

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 93, inciso IX, adotou o chamado sistema do livre convencimento motivado (também conhecido como persuasão racional do juiz), expressamente exigindo que todas as decisões do Poder Judiciário sejam fundamentadas, sob pena de nulidade¹⁷⁹. Tal sistema confere maior liberdade na atuação do magistrado quando da análise das provas, com estas, legal e abstratamente, tendo o mesmo valor. Assim, há, de um lado, uma discricionariedade de avaliação do quadro probatório pelo magistrado, e, de outro lado, a obrigatoriedade de fundamentação da conclusão a que se chegou, até como forma de limitação de tal discricionariedade. Desta forma, superou-se o sistema da prova tarifada, em que o legislador abstratamente fixava o valor probatório das provas, cabendo ao magistrado, quando da análise do conjunto probatório, atribuir o valor preestabelecido na lei¹⁸⁰.

Inicialmente, cumpre destacar que a Doutrina distingue elementos de prova do resultado da prova. Pode-se afirmar que elementos de prova (*evidence*) são todos os elementos objetivos que demonstram ou negam uma proposição a respeito de um fato relevante à decisão da causa. Significa afirmar, é tudo aquilo que, estando no processo, pode ser utilizado pelo julgador para fundamentar a sua atividade

¹⁷⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292 p. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/cf1988>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

¹⁸⁰ LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 605-607.

juulgadora. Por sua vez, quanto ao resultado da prova (*proof*), pode-se dizer que a prova pode representar a conclusão extraída da análise dos elementos de prova pertencentes ao processo, sendo tal resultado obtido não somente pela soma dos elementos de prova, mas também através de uma atividade intelectual do julgador, permitindo esclarecer se a afirmação do fato é, ou não, verdadeira¹⁸¹.

Quanto à prova como resultado impende salientar a completa superação da ideia de que se possa, através do processo, atingir a verdade real sobre um determinado acontecimento. Nas lições de Fredie Didier Jr.¹⁸²:

A prova, portanto, dificilmente servirá para reconstituir um evento pretérito; não se pode voltar no tempo. Com base nessas premissas é que se costuma dizer que o processo não se presta à busca da verdade, sobretudo porque a verdade real é inatingível, que está além da justiça, bem como porque há outros valores que orientam o processo, como a segurança e a efetividade: o processo precisa acabar. Calcar a teoria processual sobre a ideia de que se atinge, pelo processo, a verdade material, seria mera utopia. O mais correto, mesmo, seria entender a verdade buscada no processo como aquela mais próxima possível da real, própria da condição humana. Esta, sim, seria capaz de ser alcançada no processo, em razão do exercício da dialética durante o procedimento, com a tentativa das partes de comprovarem a veracidade de suas alegações.

Por sua vez, acerca da superação da verdade real no processo penal, aduz Renato Brasileiro¹⁸³:

No âmbito processual penal, hodiernamente, admite-se que é impossível que se atinja uma verdade absoluta. A prova produzida em juízo, por mais robusta e contundente que seja, é incapaz de dar ao magistrado um juízo de certeza absoluta. O que vai haver é uma aproximação, maior ou menor, da certeza dos fatos. Há de se buscar, por conseguinte, a maior exatidão possível na reconstituição do fato controverso, mas jamais com a pretensão de que se possa atingir uma verdade real, mas sim uma aproximação da realidade, que tenda a refletir ao máximo a verdade. Enfim, a verdade absoluta, coincidente com os fatos ocorridos, é um ideal, porém inatingível.

Neste sentido, pode-se afirmar que uma decisão não prova os fatos examinados pelo órgão julgador. Em verdade, uma decisão serve como prova do juízo feito pelo órgão julgador acerca dos fatos da causa (*thema probandum*)¹⁸⁴. É justamente em razão da inatingibilidade da verdade absoluta que o ordenamento jurídico pátrio prevê instrumentos aptos a desconstituir a coisa julgada em situações específicas, a

¹⁸¹ LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 577.

¹⁸² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**: teoria da, prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos de tutela. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 52.

¹⁸³ LIMA, op. cit., p. 66.

¹⁸⁴ DIDIER JR., op. cit., p. 441-442.

exemplos da ação rescisória (artigo 966 do Código de Processo Civil)¹⁸⁵ e da revisão criminal (artigo 621 do Código de Processo Penal)¹⁸⁶.

A prova direta pode ser conceituada como aquela que possibilita o conhecimento do fato através de uma única operação inferencial. É o caso em que uma testemunha afirma ter presenciado o exato momento em que um acusado desferiu tiros de arma de fogo contra a vítima, podendo-se concluir, com apenas um raciocínio, que o autor das lesões produzidas na vítima é o acusado¹⁸⁷.

De seu turno, a prova indireta é aquela que, para alcançar uma conclusão sobre o fato a provar, exige que o julgador realize ao menos duas operações inferenciais. Primeiramente, através da prova indireta produzida, chega-se à conclusão acerca da ocorrência de um determinado fato, que, contudo, ainda não é o fato a ser provado. Em seguida, por meio de um segundo procedimento inferencial, chega-se ao fato a ser provado¹⁸⁸. Assim, as provas indiretas não se referem ao fato probando, mas a outro, chegando-se àquele por meio de um raciocínio¹⁸⁹. Pode-se citar como exemplo o caso em que uma testemunha afirma que não presenciou os disparos de arma de fogo, esclarecendo, todavia, que presenciou a saída do acusado do local em que os disparos foram efetuados, logo após ter escutado o barulho dos tiros, escondendo a arma de fogo em sua roupa, que estava suja de sangue. É possível que a partir dessa prova indireta o julgador conclua que o acusado foi (ou não) o autor das lesões produzidas na vítima¹⁹⁰.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 239, assim conceitua a prova indireta:

¹⁸⁵ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2013.105-2015?OpenDocument>. Acesso em: 20 mar 2018.

¹⁸⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, 03 out. 1941. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 mar 2018.

¹⁸⁷ LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 581.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 581.

¹⁸⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**: teoria da, prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos de tutela. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 48.

¹⁹⁰ LIMA, loc. cit.

“Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias¹⁹¹.”

O referido diploma legal confere à palavra “indício” o sentido de prova indireta, sendo uma das espécies do gênero prova, ao lado da prova direta. Nesse sentido, parte-se de um fato base comprovado para chegar, através de um raciocínio dedutivo, a um fato conseqüência que se objetiva provar¹⁹². Nas lições de Maria Thereza Rocha de Assis Moura, “indício é todo rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo¹⁹³”.

Assim, o indício é o fato provado que possibilita, mediante inferência, concluir pela ocorrência de outro fato, sendo, neste sentido, não um meio de prova propriamente, mas apenas o resultado probatório de um meio de prova¹⁹⁴.

Destarte, é plenamente possível que o conhecimento de determinado fato seja induzido pela verificação de outro fato, a exemplos “da marca de batom” no colarinho, a indicar a traição, e a “marca da borracha do pneu no asfalto”, a indicar a ocorrência de uma freada brusca¹⁹⁵.

Como se percebe, a prova indiciária é meio idôneo e relevante para provar fatos de difícil verificação ou ocorrência¹⁹⁶, a exemplo da prática de cartel, objeto do presente trabalho.

No tocante à possibilidade, ou não, de uma condenação criminal basear-se em provas indiretas, há acirradas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. Sem o intuito de esgotar a análise dessa questão, destacam-se aqui posições no sentido de ser possível uma condenação criminal lastreada em provas indiretas, sobretudo por

¹⁹¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, 03 out. 1941. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 mar 2018.

¹⁹² LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 582.

¹⁹³ MOURA, 2009 apud LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.582.

¹⁹⁴ Ibidem, loc. cit.

¹⁹⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**: teoria da, prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos de tutela. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 72.

¹⁹⁶ Ibidem, p. 73.

que, em face da adoção do sistema do livre convencimento motivado, não há hierarquia entre as provas penais, com o valor probatório da prova indiciária sendo incontestável num cenário de inexistência de outros meios de se provar a infração e a autoria¹⁹⁷. Ressalta-se, neste contexto, alguns dos precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre essa problemática:

[...] O apego ferrenho a esta concepção gera a compreensão de que uma condenação no processo só pode decorrer da verdade dita “real” e da (pretensa) certeza absoluta do juiz a respeito dos fatos. Com essa tendência, veio também o correlato desprestígio da prova indiciária, a *circumstantial evidence* de que falam os anglo-americanos, embora, como será exposto a seguir, o Supremo Tribunal Federal possui há décadas jurisprudência consolidada no sentido de que os indícios, como meio de provas que são, podem levar a uma condenação criminal [...] ¹⁹⁸.

[...] Neste sentido, este Egrégio Plenário, em época recente, decidiu que “*indícios e presunções, analisados à luz do princípio do livre convencimento, quando fortes, seguros, indutivos e não contrariados por contraindícios ou por prova direta, podem autorizar o juízo de culpa do agente*” (AP 481, Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2011). Idêntica a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, cabendo a referência aos seguintes julgados: O princípio processual penal do favor rei não ilide a possibilidade de utilização de presunções *hominis* ou *facti*, pelo juiz, para decidir sobre a procedência do *ius puniendi*, máxime porque o Código de Processo Penal prevê expressamente a prova indiciária, Ação Penal 470 Plenário 23 definindo-a no art. 239 como “a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias” [...] ¹⁹⁹.

Destarte, percebe-se que a Doutrina e a Jurisprudência vêm entendendo que provas indiretas, se detiverem robustez probatória e estiverem em conformidade com todo o conjunto probatório constantes nos autos – sendo coerentes entre si e convergentes para um ponto comum²⁰⁰ –, são aptas e idôneas a fundamentar uma condenação criminal, sobretudo em face do livre convencimento motivado, que não prevê hierarquia entre as provas.

¹⁹⁷ COELHO, Dandara Perassa. Uma Batalha Travada em Torno de Evidências: O Valor Probatório dos Indícios e sua (In)Suficiência para a Condenação de Cartéis. **Revista de Direito da Concorrência**, v. 4, n. 1, p. 153-184, mai. 2016. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrência/article/view/210/129>>. Acesso em: 27 mar. 2018, p. 164.

¹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação penal nº 470**. Voto do Ministro Luiz Fux. p. 16. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AP470VotoMinLF.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

¹⁹⁹ Ibidem, p. 22-23.

²⁰⁰ COELHO, op. cit., p. 164.

4.2 A VALORAÇÃO PROBATÓRIA NA SEARA ANTITRUSTE

Inicialmente, destaca-se que, não obstante o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal²⁰¹ expressamente cite tão somente “Poder Judiciário”, não há dúvidas que a exigência constitucional da fundamentação das decisões aplica-se, por simetria, ao âmbito administrativo, com a autoridade antitruste também estando incumbida de valorar todas as provas constantes nos autos e detidamente demonstrar qual o caminho percorreu para chegar à decisão tomada.

Como analisado anteriormente, os cartéis são acordos complexos, eminentemente secretos, praticados, em regra, por agentes detentores de alto nível social (o “homem de negócios”), plenamente conscientes da ilicitude da prática – havendo, por conseguinte, inequívoca tendência de que não sejam deixados vestígios materiais do esquema. Tais peculiaridades do cartel tornam complexas a detecção e investigação do acordo colusivo, gerando extrema dificuldade na obtenção, pelas autoridades de defesa da concorrência, de provas de que tal acordo efetivamente ocorreu²⁰².

No âmbito antitruste, a comprovação da conduta exige a apreciação de diversas variáveis, de modo que os Conselheiros do Tribunal Administrativo do CADE examinam não só a própria conduta investigada, mas também apreciam questões de cunho econômico, fático, estrutural e circunstancial, julgando com alicerce na racionalidade dos fatos e das informações constantes no processo²⁰³. É possível afirmar, nessa seara, que a Doutrina e a Jurisprudência vêm exigindo um menor padrão de prova no âmbito administrativo sancionador, eis que as cortes

²⁰¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292 p. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/cf1988>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

²⁰² COELHO, Dandara Perassa. Uma Batalha Travada em Torno de Evidências: O Valor Probatório dos Índícios e sua (In)Suficiência para a Condenação de Cartéis. **Revista de Direito da Concorrência**, v. 4, n. 1, p. 153-184, mai. 2016. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/210/129>>. Acesso em: 27 mar. 2018, p. 154-155.

²⁰³ CORREIA, Gabriela de Azevedo. **A utilização de provas indiretas no combate a cartéis em licitação**: uma análise da jurisprudência do CADE. 2016. 57 f. p. 12. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19005/GABRIELA%20DE%20AZEVEDO%20CORREIA.p%C3%B3s%20defesa.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 03 abr. 2018.

administrativas têm aceitado provas referentes a evidências econômicas²⁰⁴. Assim, o CADE vem admitindo tratamentos distintos às provas em relações aos âmbitos antitruste e penal, havendo, pois, maior rigor quanto à suficiência probatória a ensejar uma condenação em âmbito penal do que na seara antitruste²⁰⁵. Isto não significa, contudo, que, quanto a este, não se exija uma análise racional das provas, bem como que condenações impostas não se fundamentem em parâmetros suficientemente razoáveis²⁰⁶.

Todavia, antes da análise pormenorizada das provas – bem como da valoração – quanto à existência ou não da prática de cartel, é importante analisar o ônus da prova quanto aos efeitos da referida infração anticoncorrencial. É dizer, primeiramente se abordará a especificidade da regra de julgamento no tocante aos efeitos dos cartéis – que, como será visto, são presumivelmente tidos como negativos –, e, em seguida, se analisará a questão das provas da comprovação do acordo e a consequente valoração de tais provas.

4.2.1 Regra da razão *per se*: a questão do ônus da prova quanto aos efeitos da prática de cartéis.

Como visto no tópico 3.2 do presente trabalho, o CADE tem entendimento pacificado de que as condutas anticoncorrenciais – que pressupõem a ocorrência de efeitos anticompetitivos ou, ao menos, a efetiva possibilidade de tal ocorrência – possuem um caráter dual, podendo ser divididas em infrações por efeito e infrações por objeto. Nas infrações por efeito, verifica-se, após uma análise de mercado, com a ponderação, por meio da regra da razoabilidade, acerca da presença ou não de eventuais eficiências econômicas, que há efetiva ocorrência dos efeitos previstos em

²⁰⁴ COELHO, Dandara Perassa. Uma Batalha Travada em Torno de Evidências: O Valor Probatório dos Índícios e sua (In)Suficiência para a Condenação de Cartéis. **Revista de Direito da Concorrência**, v. 4, n. 1, p. 153-184, mai. 2016. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrência/article/view/210/129>>. Acesso em: 27 mar. 2018, p. 157.

²⁰⁵ Ibidem, p. 157-158.

²⁰⁶ CORREIA, Gabriela de Azevedo. **A utilização de provas indiretas no combate a cartéis em licitação**: uma análise da jurisprudência do CADE. 2016. 57 f. p. 13. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: < <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19005/GABRIELA%20DE%20AZEVEDO%20CORREIA.p%C3%B3s%20defesa.pdf?sequence=1&isAllowed=y> >. Acesso em 03 abr. 2018.

Lei, ou, ao menos, considerada probabilidade da realização de tais efeitos. Por seu lado, nas infrações por objeto as condutas têm como fim objetivo os efeitos anticoncorrenciais legalmente previstos, sendo o cartel o exemplo clássico de tal infração²⁰⁷.

No tocante ao ônus da prova para que se possa caracterizar a ilicitude de uma conduta empresarial, as autoridades de defesa da concorrência em todo o mundo utilizam como padrão geral de análise a chamada “regra da razão” (*rule of reason*), segundo a qual uma conduta empresarial somente pode ser tida como ilícita caso haja a devida demonstração dos seus efeitos anticoncorrenciais, com a ponderação, sob a regra da razoabilidade, de possíveis benefícios econômicos dela derivadas. Somente de forma excepcional é que determinadas condutas são tidas como ilícitas com tão somente a comprovação de sua existência – isto é, as condutas são tidas por ilícitas em si mesmas, ou *per se*²⁰⁸.

Exatamente desta maneira vem se manifestando o CADE, desde a égide da Lei 8.884/94:

[...] o *caput* do art. 20 define o conceito de infração da ordem econômica de maneira dual: a infração se caracteriza pela presença seja (i) do propósito ‘objetivamente visado’ de que se produza algum dos efeitos mencionados nos incisos; seja, ainda, (ii) da elevada probabilidade de que se produza algum desses efeitos. No primeiro caso, predomina o caráter intencional da busca de um efeito com a conduta; no segundo, o risco objetivo, a ela associado, de produção do efeito (...) essa posição faz corresponder à Administração Pública um ônus de prova que, dado o tipo da infração investigada, não é exigida pela lei. De fato, ante uma conduta que ‘tem por objeto’ a obtenção de um dos efeitos listados nos incisos do art. 20 da Lei 8.884/94, é não só perfeitamente admissível, mas, inclusive, recomendável por motivo de economia processual que a autoridade se dê por satisfeita com um exame *prima facie* (ou como dizem os americanos, ‘um olhar ligeiro’) sobre a questão do poder de mercado, exclusivamente para fins de exclusão da impossibilidade da obtenção do efeito visado pelos agentes envolvidos²⁰⁹.

Neste contexto, o CADE vem considerando a prática de cartéis clássicos como hipótese de infração por objeto, com clara semelhança à abordagem *per se*, porquanto os efeitos anticoncorrenciais previstos na legislação de Defesa da

²⁰⁷ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 94-95. (Direito econômico)

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 93.

²⁰⁹ BRASIL. CADE. Processo administrativo nº 08012.007042/2001-33. Voto do Conselheiro Luiz Fernando Schuartz. Brasília, 11 de maio de 2006 apud PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 95. (Direito econômico)

Concorrência seriam o próprio objeto da conduta, podendo, desta forma, ser presumidos. Assim, para a caracterização da infração da ordem econômica, não haveria necessidade de a autoridade avaliar de forma pormenorizada eventuais efeitos negativos derivados da conduta, bem como seria desnecessário avaliar potenciais efeitos positivos da conduta colusiva. Todavia, o CADE também tem demonstrado a imprescindibilidade, mesmo em relação às infrações por objeto, da comprovação de que os efeitos perseguidos seriam *prima facie* passíveis de serem atingidos, porquanto o Direito não pune os ilícitos impossíveis²¹⁰. Destaca-se um precedente do CADE:

A exigência de que o propósito visado pelo agente com a sua conduta, i.e., a obtenção de um dos efeitos listados nos incisos do art. 20, o seja de uma 'maneira objetiva', dá conta da objeção de que, para a existência da infração, a obtenção do efeito pelo agente, por meio da sua conduta, deve ser 'possível'. Essa objeção é procedente, mas absolutamente trivial, quando aquilo que se pretende com ela é reafirmar, também para o direito antitruste, a máxima de que se não punem os ilícitos impossíveis (assim como, por exemplo, não existe homicídio quando alguém dispara uma arma de fogo contra um indivíduo que já estava morto). (...) A 'possibilidade' requerida para a condenação de uma conduta que 'tenha por objeto' a produção de um dos efeitos do art. 20 é uma possibilidade 'em sentido fraco', vale dizer, no sentido da exclusão da impossibilidade (ou do 'crime impossível' tal como definido no art. 17 do Código Penal)²¹¹.

O CADE, no já citado julgamento do Cartel das Britas, firmou o entendimento de que o cartel é um ilícito cuja potencialidade de efeitos negativos para o âmbito econômico é presumido. Nesta perspectiva foi o voto do então Conselheiro do órgão antitruste Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado:

No artigo 21, os incisos I, II, III, IV, VIII, IX, X, XI, XII estabelecem como ilícitas condutas que caracterizam o Cartel Clássico, condutas nas quais se presume a potencialidade de produzir os efeitos nocivos descritos no artigo 20. Portanto, estabelecida as condições de existência de um Cartel Integral, alcança-se aquele *quantum* probatório, em que uma decisão pode ser exarada. Desta forma não há que se provar efeitos. Estudos econométricos nesse caso são desnecessários, controversos e irrelevantes para a caracterização da conduta ou da gravidade do ilícito²¹².

²¹⁰ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 95. (Direito econômico).

²¹¹ BRASIL. CADE. Processo administrativo nº 08012.007042/2001-33. Voto do Conselheiro Luiz Fernando Schuartz. Brasília, 11 de maio de 2006 apud PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 96. (Direito econômico)

²¹² BRASIL. CADE. Processo administrativo nº 08012.002127/2002-14. Trecho do voto do Cons. Relator Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. Brasília, 28 de julho de 2005 apud PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 96. (Direito econômico)

Nesta lógica, a jurisprudência do CADE vem realizando uma distinção mais clara no tocante ao ônus da prova da Administração Pública em processos administrativos envolvendo as mais diversas condutas anticompetitivas, com tal diferenciação recaindo sobre as presunções quantos aos efeitos derivados da conduta colusiva praticada. Pode-se afirmar que a autoridade antitruste pátria vem utilizando a experiência europeia como referência no tocante às infrações por efeito, e a experiência americana no tocante às infrações *per se*²¹³.

Há, desta forma, nas infrações por objeto, uma presunção relativa (*iuris tantum*) de que a prática da conduta gera os efeitos legalmente previstos. Destarte, a prova da existência da infração pela autoridade faz com que o administrado, para afastar a ilicitude, necessite comprovar, no caso concreto, que tais efeitos não ocorreram (ou que sequer poderiam ocorrer). De toda forma, a demonstração da total inexistência dos efeitos, bem como da comprovação da total plausibilidade de sua ocorrência *prima facie* necessariamente deve conduzir a uma absolvição, eis que entendimento contrário acabaria por transformar a presunção relativa em presunção absoluta, diretamente afrontando o devido processo legal e seus consectários lógicos – notadamente o contraditório e a ampla defesa²¹⁴.

Nas infrações por efeito, de seu turno, à Administração Pública incumbe a prova da existência da conduta e, conjuntamente, dos efeitos anticompetitivos decorrentes da prática, podendo o investigado demonstrar justificativas econômicas que legitimem a prática²¹⁵. Há, assim, uma análise do impacto gerado pela conduta no mercado, havendo um “caminho” a ser seguido pelo julgador quando desta análise. Cita-se como exemplo a prática de preço predatório, cuja análise de suas conseqüências é detalhadamente descrita na Resolução nº 20 do CADE²¹⁶.

Cumpre ressaltar, neste aspecto, a viabilidade da caracterização da ilicitude por efeitos de uma determinada prática mesmo que tais efeitos sejam potenciais, isto é,

²¹³ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 97. (Direito econômico)

²¹⁴ *Ibidem*, p. 98.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 97.

²¹⁶ BRASIL. Ministério da Fazenda. Resolução nº 20, de 09 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.888/94. Brasília, DF, 9 jun. 1999. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

apesar de os efeitos não terem sido efetivamente alcançados. Tal previsão legal revela-se necessária para que a autoridade antitruste não necessite aguardar a ocorrência de efeitos econômicos negativos para que atue, devendo tal atuação, contudo, ocorrer num cenário de iminente risco de realização dos efeitos²¹⁷.

Destaca-se, ainda, que as condutas anticompetitivas, sejam elas tidas como infrações por efeito ou infrações por objeto, caracterizam-se independentemente da análise acerca de elementos volitivos, sendo as infrações contra a ordem econômica de responsabilidade objetiva, cuja ocorrência se dá independentemente de culpa, conforme disposição no artigo 36, caput, da Lei de Defesa da Concorrência²¹⁸. Assim, a caracterização de um cartel – bem como das demais condutas anticompetitivas – baseia-se não em eventuais desejos ou fins dos agentes envolvidos na prática, e sim nos elementos concretos do ato praticado²¹⁹. Nessa linha:

[A] lei brasileira não exige, de maneira alguma, *standards* de prova e ilicitude iguais para todas as condutas anticompetitivas que, em tese, prevê. Ao contrário, ao fazer desde logo uma distinção entre condutas ilícitas pelo objeto e condutas ilícitas pelos efeitos, a lei impõe ao aplicador (...) que faça uma primeira distinção entre dois regimes de persecução distintos. No primeiro, a ilicitude de certas condutas se presumirá por seu próprio conteúdo objetivo, cabendo demonstrar, apenas, que a conduta em questão se insere nessa grande categoria. No segundo, a ilicitude depende da prova dos efeitos, ainda que (...) meramente potenciais. Em ambos os casos, dispensa-se, como visto, qualquer prova de elemento volitivo por parte do agente, já que a lei fala em responsabilidade independente de culpa²²⁰.

Ademais, cartéis difusos também são tidos como infrações por objeto. Todavia, faz-se necessário que a autoridade antitruste realize uma apreciação mais detalhada dos fatos para que haja sua constatação, porquanto não é raro que alguns acordos

²¹⁷ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 99. (Direito econômico)

²¹⁸ BRASIL. Lei Ordinária nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 dez. 2011. Disponível em: <[http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/ lei%2012.529-2011?OpenDocument](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2012.529-2011?OpenDocument)>. Acesso em: 15 mai. 2017.

²¹⁹ PEREIRA NETO; CASAGRANDE, loc. cit.

²²⁰ BRASIL. CADE. Processo administrativo nº 08012.007042/2001-33. Voto-vista do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo. Brasília, 26 de fevereiro de 2013 apud PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 97. (Direito econômico)

horizontais não sejam efetivamente um conluio, não obstante possuam tal aparência. Isso, pois, ajustes entre agentes econômicos não necessariamente representam um ilícito, que só ocorre caso o acordo objetivo ou cause abuso do poder econômico. Assim, ajustes entre agentes econômicos podem ter fins legítimos e serem, de fato, lícitos, podendo ser citados como exemplos acordos que, buscando maior eficiência e vantagens econômicas significativas, propiciam resultados econômicos positivos para todos (prática de *joint ventures*, por exemplo)²²¹.

Ademais, sinteticamente, pode-se afirmar que a regra da razão e a regra *per se* são regras de julgamento, dizendo respeito a quem recai o ônus da prova quanto aos efeitos negativos da prática da conduta:

De fato, toda análise jurídica é *per se* em algum grau. A regra *per se* estabelece que quando após uma certa quantidade de informações e provas acerca de alguma prática anticompetitiva, é possível fazer julgamento de sua legalidade sem aprofundar a instrução probatória. A diferença entre a regra *per se* e a regra da razão reside na quantidade de informação e provas que precisamos deter antes que possamos fazer julgamento da legalidade da prática em análise (...). Independentemente do parâmetro utilizado (regra da razão ou *per se*), o propósito da análise é sempre avaliar os efeitos competitivos da conduta²²².

Destarte, é possível afirmar que, enquanto a regra da razão leva em conta possíveis justificativas econômicas, a regra *per se* as desconsidera. Além disso, a existência de poder de mercado é relevante para a regra da razão, sendo irrelevante para a regra *per se*. Por fim, a regra da razão supostamente permite maior flexibilidade no tratamento de cartéis, acabando por gerar incerteza sobre a ilicitude de práticas anticompetitivas horizontais, enquanto a regra *per se* supostamente facilita a análise, conferindo maior segurança jurídica²²³. Ressalta-se, ainda, que de maneira alguma a regra da razão e a regra *per se* anulam-se ou se enfraquecem, em verdade reforçando-se mutuamente²²⁴.

²²¹ COELHO, Dandara Perassa. Uma Batalha Travada em Torno de Evidências: O Valor Probatório dos Índícios e sua (In)Suficiência para a Condenação de Cartéis. **Revista de Direito da Concorrência**, v. 4, n. 1, p. 153-184, mai. 2016. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrência/article/view/210/129>>. Acesso em: 27 mar. 2018, p. 156-157.

²²² JORDÃO, Eduardo. **Introdução à defesa da concorrência**. 14 jul. 2016. 10 slides. Material apresentado no curso de extensão em Direito Concorrencial da Faculdade Baiana de Direito.

²²³ Ibidem, loc. cit.

²²⁴ VIEIRA, Robson Nunes. **Justificação do uso da regra per se para cartéis graves (hardcore) no direito econômico da concorrência brasileiro**: um estudo a partir da experiência norte-

Por fim, destaque-se que há autores que entendem que a utilização da regra *per se* no âmbito dos cartéis figura como uma das regras conquistadas da política antitruste²²⁵.

4.2.2 Padrão de prova da existência do cartel

Se não há maiores discussões no tocante aos efeitos dos cartéis, cenário oposto ocorre quanto à comprovação da prática colusiva em si. Desta forma, as celeumas doutrinárias e jurisprudenciais essencialmente recaem quanto ao padrão de prova necessário para comprovar a existência do cartel. É dizer, o ato é aprioristicamente entendido como maléfico ao ambiente econômico, sendo presumivelmente ilícito. O cerne da discussão repousa sobre a robustez probatória necessária para embasar uma condenação, isto é, se é imprescindível uma prova direta da prática ou se, na falta desta, provas indiretas são suficientes para fundamentar uma condenação²²⁶.

Conforme abordagem anterior, os cartéis caracterizam-se pela complexidade, com o elemento sigilo situando-se no seio do acordo. Os agentes econômicos, em regra integrantes dos altos escalões da sociedade, têm plena consciência da ilicitude da conduta, havendo, pois, clara tendência de que vestígios materiais do esquema sejam destruídos ou, ao menos, bem acobertados. Assim, pelas características peculiares do cartel, as autoridades de defesa da concorrência têm extrema dificuldade em obter provas de que o pacto colusivo efetivamente ocorreu²²⁷.

americana. 2014. 303 f. p. 18. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo horizonte, 2014. Disponível em: < <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-9XMFS3/robson.pdf?sequence=2>>. Acesso em 15 abr. 2018.

²²⁵ VIEIRA, Robson Nunes. **Justificação do uso da regra per se para cartéis graves (hardcore) no direito econômico da concorrência brasileiro**: um estudo a partir da experiência norte-americana. 2014. 303 f. p. 21. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo horizonte, 2014. Disponível em: < <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-9XMFS3/robson.pdf?sequence=2>>. Acesso em 15 abr. 2018.

²²⁶ COELHO, Dandara Perassa. Uma Batalha Travada em Torno de Evidências: O Valor Probatório dos Indícios e sua (In)Suficiência para a Condenação de Cartéis. **Revista de Direito da Concorrência**, v. 4, n. 1, p. 153-184, mai. 2016. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrência/article/view/210/129>>. Acesso em: 27 mar. 2018, p. 161.

²²⁷ Ibidem, loc. cit.

Não obstante o CADE venha exigindo um padrão de prova menos robusto na seara antitruste do que no âmbito penal, é certo que a prova da materialidade da conduta é indispensável para a constatação do cartel²²⁸.

Cumprido ressaltar que não há grandes dúvidas de que indícios podem ensejar a instauração de procedimentos investigatórios no âmbito da autoridade antitruste. A controvérsia notadamente diz respeito a se tais indícios são suficientes para condenar um agente econômico pela prática da conduta²²⁹.

A discussão recai, assim, sobre a possibilidade de condenações de cartéis com base em provas indiretas do acordo. A questão é polêmica porquanto as provas indiretas são circunstanciais, inequivocamente fornecendo menor robustez probatória e havendo, pois, menor grau de segurança se comparadas às provas diretas, sendo possível que eventualmente conduzam a condenações injustas. Em outros termos, num cenário de condenação com base em provas indiretas não há comprovação indubitável de que a conduta efetivamente ocorreu, o que põe em xeque a segurança jurídica. Por outro lado - pelos motivos já expostos -, provas diretas são consideravelmente difíceis de serem obtidas, e a exigência de que condenações nela se fundamentem indisputavelmente afeta a efetividade do combate a mais grave prática anticoncorrencial e, por conseguinte, a política de defesa da concorrência como um todo²³⁰.

Destarte, há um inequívoco dilema entre a proteção a direitos dos administrados e a efetividade do combate ao mais grave ilícito anticoncorrencial. A problemática repousa, pois, num conflito entre a segurança jurídica e a efetividade da política de defesa da concorrência, de modo que a autoridade antitruste necessariamente

²²⁸ COELHO, Dandara Perassa. Uma Batalha Travada em Torno de Evidências: O Valor Probatório dos Indícios e sua (In)Suficiência para a Condenação de Cartéis. **Revista de Direito da Concorrência**, v. 4, n. 1, p. 153-184, mai. 2016. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrência/article/view/210/129>>. Acesso em: 27 mar. 2018, p. 161.

²²⁹ CORREIA, Gabriela de Azevedo. **A utilização de provas indiretas no combate a cartéis em licitação**: uma análise da jurisprudência do CADE. 2016. 57 f. p. 16. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: < <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19005/GABRIELA%20DE%20AZEVEDO%20CORREIA.p%C3%B3s%20defesa.pdf?sequence=1&isAllowed=y> >. Acesso em 03 abr. 2018.

²³⁰ Ibidem, loc. cit.

precisa adotar um padrão de comportamento – devidamente consciente das consequências positivas e negativas do padrão adotado²³¹.

Ademais, a autoridade antitruste pátria, objetivando a formação de seu convencimento, vem entendendo que, salvo as provas ilícitas, não há limites quanto às fontes de prova utilizáveis, isto é, deve-se avaliar todas as provas possíveis – diretas ou indiretas – para provar que haja a demonstração da existência do acordo colusivo. Tal entendimento se dá justamente em face de os agentes econômicos participantes do cartel possuírem uma “vantagem estratégica” em relação aos acordos de controle, de modo que entendimento em sentido contrário acabaria por afetar a efetividade e o consequente efeito dissuasório das investigações²³². Assim, as práticas de cartel são, em geral, comprovadas mediante provas diretas e indiretas, notadamente obtidas na própria denúncia da conduta, assim como mediante requisição de informações, esclarecimentos orais, inspeção, busca e apreensão, interceptação telefônica e acordo de leniência – sendo este último meio, especificamente, tido pelo CADE como o instrumento de investigação mais efetivo para prevenir e punir cartéis^{233,234}. Ainda, é indubitável que a atuação conjunta das autoridades que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência com autoridades como os Ministérios Públicos (Estaduais e Federal) e as Polícias Investigativas (Civis e Federal) fortalecem a colheita de provas, tornando mais efetivo o combate aos cartéis²³⁵.

²³¹ CORREIA, Gabriela de Azevedo. **A utilização de provas indiretas no combate a cartéis em licitação**: uma análise da jurisprudência do CADE. 2016. 57 f. p. 16. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: < <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19005/GABRIELA%20DE%20AZEVEDO%20CORREIA.p%C3%B3s%20defesa.pdf?sequence=1&isAllowed=y> >. Acesso em 03 abr. 2018.

²³² COELHO, Dandara Perassa. Uma Batalha Travada em Torno de Evidências: O Valor Probatório dos Índícios e sua (In)Suficiência para a Condenação de Cartéis. **Revista de Direito da Concorrência**, v. 4, n. 1, p. 153-184, mai. 2016. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrência/article/view/210/129>>. Acesso em: 27 mar. 2018, p. 161.

²³³ JORDÃO, Eduardo. **Introdução à defesa da concorrência**. 14 jul. 2016. 10 slides. Material apresentado no curso de extensão em Direito Concorrencial da Faculdade Baiana de Direito. Slide 8.

²³⁴ BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. **Guia programa de leniência antitruste do CADE**. set. 2017, p. 8. Disponível em: < http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes- institucionais/guias_do_cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

²³⁵ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. A Regulação da Concorrência. In: Sérgio Guerra (Org.). **Regulação no Brasil**: uma visão multidisciplinar. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p. 9.

4.2.2.1 Provas diretas

Na seara antitruste, as provas diretas representam todas as evidências que comprovam a ocorrência do acordo formal entre os agentes econômicos concorrentes. São provas que demonstram encontros ou demais moldes de comunicação entre os concorrentes, descrevendo a essência do acordo colusivo praticado, ou comprovam a existência de mecanismos de monitoramentos e sanções aos membros do cartel²³⁶. Pode-se citar como exemplos mais comuns de provas diretas: a) documentos formais ou informais comprovando o acordo (ou ao menos partes dele), de modo a ser possível a detecção dos participantes do conluio; e b) testemunhos, sejam escritos ou orais, fornecidos por membros do acordo colusivo que tenham contribuído com as investigações, notadamente através do acordo de leniência²³⁷. Assim, são evidências comuns as escutas telefônicas, as atas das assembleias ou reuniões realizadas e as declarações de algum membro do próprio cartel acerca do acordo ou de reunião sobre ocorrência do cartel²³⁸.

Convém destacar aqui as lições trazidas pela OCDE, que assim conceitua as provas diretas do pacto colusivo:

Evidência direta de um acordo é aquela que identifica uma reunião ou comunicação entre os sujeitos e descreve a substância do seu acordo. As formas mais comuns de evidência direta são 1) documentos (impressos ou eletrônicos) que identificam um acordo, e 2) declarações orais ou escritas da cooperação dos participantes do cartel descrevendo o seu funcionamento²³⁹. (tradução nossa)

A Doutrina estrangeira nomeia tais espécies de prova como “*smoking gun evidences*” porquanto a clareza quanto à ocorrência do fato é tão elevada que se

²³⁶ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 115. (Direito econômico)

²³⁷ Ibidem, p. 115-116.

²³⁸ JORDÃO, Eduardo. **Introdução à defesa da concorrência**. 14 jul. 2016. 10 slides. Material apresentado no curso de extensão em Direito Concorrencial da Faculdade Baiana de Direito. Slide 7.

²³⁹ OECD, 2007, p.2-3 apud CORREIA, Gabriela de Azevedo. **A utilização de provas indiretas no combate a cartéis em licitação**: uma análise da jurisprudência do CADE. 2016. 57 f. p. 16. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: < <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19005/GABRIELA%20DE%20AZEVEDO%20CORREIA.p%C3%B3s%20defesa.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 03 abr. 2018

assemelha ao disparo de uma arma de fogo, em que a produção de fumaça prova a ocorrência de um disparo²⁴⁰.

Assim, são provas tidas como perfeitas para comprovação da existência do cartel, havendo elevadíssimo grau de convicção de que o acordo efetivamente ocorreu. Aqui, a robustez probatória é tão grande que tais provas são aptas a fundamentar uma condenação por cartel mesmo num contexto em que examinadas de forma individual.

Como consequência lógica da robustez probatória das provas diretas, é incontestável que os agentes econômicos participantes do conluio, devidamente conscientes da ilicitude da prática – bem como da elevada gravidade e da grande preocupação das autoridades em seu combate -, têm grande preocupação não só quanto à destruição dos vestígios materiais do acordo, mas, inclusive, quanto ao fato de que tais documentos sequer sejam criados. Neste sentido:

As empresas que participam de cartéis geralmente têm plena consciência da ilegalidade de sua conduta. Elas sabem, portanto, que devem evitar a criação de documentos incriminadores que seriam descobertos por uma autoridade da concorrência ao realizar inspeções surpresa ('investigação sem prévio aviso'). Muitas vezes, elas organizam reuniões em jurisdições onde é improvável que sejam escrutinadas pelas autoridades da concorrência e podem utilizar códigos e recorrer a práticas para evitar a detecção. Segue-se que as autoridades de concorrência podem ter grande dificuldade para formar um conjunto probatório que represente um padrão de prova que satisfaça um tribunal quanto à ocorrência do comportamento ilegal²⁴¹. (tradução nossa)

É justamente em face destas especificidades do cartel que repousam a importância e a discussão acerca da utilização das provas indiretas. É importante abordar relevante lição da OCDE sobre o tema:

Os casos de cartel são únicos. A parte mais importante de um caso de cartel é simplesmente a prova de que tal acordo existia. A obtenção de evidência direta do acordo do cartel pode revelar-se difícil. Operadores do cartel atuam em segredo e muitas vezes não cooperam com os

²⁴⁰ CORREIA, Gabriela de Azevedo. **A utilização de provas indiretas no combate a cartéis em licitação**: uma análise da jurisprudência do CADE. 2016. 57 f. p. 17. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: < <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19005/GABRIELA%20DE%20AZEVEDO%20CORREIA.p%C3%B3s%20defesa.pdf?sequence=1&isAllowed=y> >. Acesso em 03 abr. 2018.

²⁴¹ WHISH, Richard. Control of Cartels and other Anti-Competitive Agreements. In: DHALL, Vinod (Ed.). **Competition Law Today: Concepts, Issues and the Law in Practice**. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 39 - 58. Disponível em: < <http://www.circ.in/pdf/richardwhishcps-03.pdf> >. Acesso em: 22 fev. 2018. p. 14.

investigadores. Nessas circunstâncias, a evidência circunstancial pode desempenhar um papel importante na prova do acordo²⁴². (tradução nossa)

4.2.2.2 Provas indiretas

Provas indiretas ou circunstanciais são evidências que não têm o condão de asseverar, de forma direta, que o acordo efetivamente ocorreu. São, pois, elementos que contrastam com a habitual dinâmica de um determinado mercado, de modo que não há explicação plausível a não ser o da existência de um pacto colusivo²⁴³.

Cumprir destacar o conceito de provas circunstanciais formulado pela OCDE:

Provas circunstanciais são evidências que não descrevem especificamente os termos de um acordo, ou as partes dele. Inclui provas das comunicações entre os operadores suspeitos de cartéis e provas relativas ao mercado e à conduta dos participantes do acordo, sugerindo uma ação concertada²⁴⁴. (tradução nossa)

No âmbito de um cartel, a Doutrina distingue as provas indiretas em duas grandes categorias, quais sejam os indícios de comunicação e os indícios econômicos²⁴⁵.

Os indícios de comunicação dizem respeito a evidências de que os agentes econômicos investigados pela suposta prática de cartel efetuaram comunicações entre si. Aqui, não há, pois, elementos referentes ao conteúdo de tais comunicações. Podem ser citados como exemplos os registros de ligações telefônicas e registros referentes a viagens para as mesmas localidades. Por sua vez, os indícios econômicos são mais amplos, podendo ser subdivididos em relação ao objeto da análise econômica realizada. Tal análise econômica pode ocorrer em relação: a) a

²⁴² ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Prosecuting Cartels Without Direct Evidence of Agreement. **OECD Observer**, Paris, jun. 2007. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/38704302.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

²⁴³ JORDÃO, Eduardo. **Introdução à defesa da concorrência**. 14 jul. 2016. 10 slides. Material apresentado no curso de extensão em Direito Concorrencial da Faculdade Baiana de Direito.

²⁴⁴ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Prosecuting Cartels Without Direct Evidence of Agreement. **OECD Observer**, Paris, jun. 2007. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/38704302.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

²⁴⁵ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 116. (Direito econômico)

conduta dos *players* atuantes num dado mercado; e b) a própria estrutura do mercado²⁴⁶.

Quanto ao primeiro tipo, a análise pode indicar a existência de práticas suspeitas, tais como paralelismo de preços ou de condutas, que se demonstrem incompatíveis com o interesse individual de cada agente econômico, de modo a não haver outra justificativa econômica senão a presença de um cartel²⁴⁷. Acerca dos indícios econômicos referentes às condutas dos agentes econômicos, leciona a OCDE:

Uma segunda categoria de evidência circunstancial é freqüentemente chamada de evidência 'econômica'. Existem dois tipos de evidência econômica. Uma é a evidência de conduta das empresas em um mercado e da indústria como um todo. Inclui preços paralelos, lucros anormalmente elevados, quotas de mercado estáveis e um histórico de violações da lei da concorrência. A evidência de conduta econômica também inclui 'práticas de facilitação' - práticas que podem tornar mais fácil para os concorrentes alcançar ou manter um acordo. Práticas de facilitação incluem intercâmbio de informações, sinalização de preços, equalização de frete, proteção de preços e políticas de nação mais favorecida, e padrões de produtos desnecessariamente restritivos. É importante notar que a conduta descrita como prática facilitadora não é necessariamente ilegal. Mas quando uma autoridade de concorrência encontra outras evidências circunstanciais que apontam para a existência de um acordo de cartel, a existência de práticas de facilitação pode ser um complemento importante²⁴⁸. (tradução nossa)

Quando ao segundo tipo, a análise econômica recai sobre os elementos estruturais do mercado. Aqui, existem evidências econômicas que demonstram, em tese, o grau de suscetibilidade do mercado a uma formação de cartel. São analisados elementos mercadológicos que possam facilitar a formação do pacto colusivo, a exemplos da concentração do mercado, da existência de barreiras à entrada e da homogeneidade dos produtos^{249,250}.

Ainda no tocante à divisão das provas indiretas em indícios de comunicação e indícios econômicos, faz-se necessário destacar que a Doutrina vem reconhecendo maior valor probatório aos indícios de comunicação em comparação aos indícios econômicos²⁵¹.

²⁴⁶ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 116. (Direito econômico)

²⁴⁷ *Ibidem*, loc. cit.

²⁴⁸ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Prosecuting Cartels Without Direct Evidence of Agreement. **OECD Observer**, Paris, jun. 2007. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/38704302.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

²⁴⁹ PEREIRA NETO; CASAGRANDE, op. cit., p. 117.

²⁵⁰ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, loc. cit.

²⁵¹ PEREIRA NETO; CASAGRANDE, op. cit., p. 117.

Outra relevante discussão, esta mais específica, repousa na questão da análise econômica da conduta dos *players* – indícios econômicos, pois -, havendo questionamento se o mero paralelismo de conduta é suficiente para fundamentar uma condenação. Entende-se, majoritariamente, que o mero paralelismo não é suficiente para comprovar a existência de cartel, porquanto há a identificação, pela doutrina, de hipóteses de alinhamento que não derivam da cartelização do mercado, a exemplo da liderança de preços (*price leadership*), situação em que os agentes econômicos concorrentes, atuando com racionalidade econômica, têm reações idênticas quando deparados com um mesmo conjunto de fatores econômicos. O “paralelismo consciente” – nomenclatura dada a este fenômeno – notadamente ocorre em mercados que possuem reduzido número de agentes econômicos^{252,253}.

Justamente em razão do alinhamento de preços – somente - não indicar a ocorrência de um cartel, as autoridades de defesa da concorrência sempre tiveram que lidar com o dilema de diferenciar situações em que o paralelismo de conduta é indício do cartel das situações em que ele não o é²⁵⁴.

Foi neste contexto que a Suprema Corte dos Estados Unidos criou uma teoria conhecida como “paralelismo plus”. Conforme tal teoria, a comprovação do cartel exige a demonstração do paralelismo e, conjuntamente, de um fator adicional, de modo que não haja nenhuma outra explicação plausível a não ser a existência de um cartel²⁵⁵. É dizer, faz-se necessário excluir todas as hipóteses que podem eventualmente justificar a presença do comportamento paralelo²⁵⁶. Fábio Ulhoa Coelho leciona:

[...] No enfrentamento dessa questão, considera-se que o paralelismo de preços não é indício de cartelização tacitamente estabelecida quando há explicação econômica que o justifica como manifestação do regular funcionamento do mercado. Em outros termos, para que se configure o ilícito, é necessário um *plus factor*, isto é, um elemento a mais além do paralelismo de conduta. Essa formulação ficou conhecida como a teoria do

²⁵² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**: direito da empresa. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 282, v. 1.

²⁵³ COELHO, Dandara Perassa. Uma Batalha Travada em Torno de Evidências: O Valor Probatório dos Indícios e sua (In)Suficiência para a Condenação de Cartéis. **Revista de Direito da Concorrência**, v. 4, n. 1, p. 153-184, mai. 2016. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrência/article/view/210/129>>. Acesso em: 27 mar. 2018, p. 172.

²⁵⁴ COELHO, Fábio, op. cit., p. 283.

²⁵⁵ COELHO, Dandara, loc. cit.

²⁵⁶ JORDÃO, Eduardo. **Introdução à defesa da concorrência**. 14 jul. 2016. 10 slides. Material apresentado no curso de extensão em Direito Concorrencial da Faculdade Baiana de Direito.

'algo mais que o paralelismo' ou 'paralelismo plus'. Por ela, em síntese, do simples fato de concorrentes praticarem preços próximos não deriva nenhum ilícito concorrencial se é justificável, sob o ponto de vista econômica, o paralelismo e não há outros elementos caracterizadores de colusão. [...] De acordo com a doutrina do paralelismo plus não basta à caracterização da infração da ordem econômica o mero alinhamento de preços ou condutas, sendo necessário algo mais, sem suficiente explicação econômica, para que a autoridade antitruste possa concluir pela existência do cartel²⁵⁷.

De seu turno, Ivo Teixeira Gico Junior discorreu sobre algumas das condições entendidas pelo CADE como configuradores do “fator plus”:

1) reunião entre concorrentes; 2) oportunidades de comunicação; 3) existência de um motivo racional para o comportamento coletivo das representadas; 4) atitudes contrárias aos próprios interesses das representadas, em função de uma ação coletiva; 5) fenômeno de mercado que não pode ser racionalmente explicado a não ser como um fruto de uma ação concertada; 6) registros de colusões passadas das representadas em violação ao Direito Concorrencial; 7) evidências de encontro entre as empresas ou outras formas de comunicação entre os alegados conspiradores; 8) utilização de práticas facilitadoras de colusão por parte das representadas; 9) características estruturais da indústria que complicam ou facilitam o afastamento da concorrência; e 10) fatores de desempenho da indústria que sugerem a dedução da colaboração horizontal²⁵⁸.

Além disso, cumpre destacar que o Departamento de Justiça dos Estados Unidos se utiliza de provas indiretas para combater cartéis, argumentando a necessidade de, por meio da atuação dos *players* envolvidos, deduzir a ocorrência do pacto colusivo, obtendo-se indícios satisfatórios para provar a ocorrência do ilícito. Destaca-se, aqui, uma decisão que sugere que, se as provas indiretas indicarem relevante probabilidade de que a atuação investigada tenha resultado de uma atuação concertada, deve ser aceita como apta a inferir a existência do cartel²⁵⁹.

²⁵⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: direito da empresa**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 284, v. 1.

²⁵⁸ GICO JUNIOR, 206, p. 368-369 apud CORREIA, Gabriela de Azevedo. **A utilização de provas indiretas no combate a cartéis em licitação: uma análise da jurisprudência do CADE**. 2016. 57 f, p. 19. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19005/GABRIELA%20DE%20AZEVEDO%20CORREIA.p%3C%B3s%20defesa.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 03 abr. 2018.

²⁵⁹ COELHO, Dandara Perassa. Uma Batalha Travada em Torno de Evidências: O Valor Probatório dos Indícios e sua (In)Suficiência para a Condenação de Cartéis. **Revista de Direito da Concorrência**, v. 4, n. 1, p. 153-184, mai. 2016. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrência/article/view/210/129>>. Acesso em: 27 mar. 2018, p. 162.

Nesta senda, a ProCADE já se manifestou no sentido de ser possível a condenação de cartéis com base em provas indiretas, baseando-se em jurisprudências dos Estados Unidos e da Comissão Europeia²⁶⁰.

Ademais, acerca da importância das evidências circunstanciais e da aceitação destas ao redor do mundo, leciona a OCDE:

Evidências circunstanciais são aceitas em casos de cartéis em todos os países. Podem ser empregadas exclusivamente para provar um acordo, mas também podem ser usadas com grande efeito conjuntamente às evidências diretas. Os elementos circunstanciais podem ser difíceis de serem interpretados, no entanto. A evidência econômica, em especial, pode conduzir a interpretação ambíguas. A melhor prática é considerar evidências circunstanciais numa análise conjunta. [...] O uso cuidadoso e inteligente da evidência circunstancial pode representar um avanço na atuação anti-cartel de um país²⁶¹. (tradução nossa)

Assim, pode-se afirmar que a OCDE tem entendimento no sentido de que as provas indiretas podem ser utilizadas para sustentar as provas diretas, mas também como evidências suficientes para comprovar o pacto colusivo.

Destaca-se, por fim, que o CADE tem três relevantes precedentes de condenação de cartéis sem prova direta. Foram os casos conhecidos como Cartel de Aço, Cartel da Ponte Aérea e Cartel dos Jornais do Rio de Janeiro²⁶². Acerca de tais precedentes, Caio Mário da Silva Pereira Neto assevera:

[...] embora tenha admitido a prova indiciária, o CADE ressaltou (i) a importância de que, mediante análise econômica rigorosa, fosse excluída a hipótese de “liderança de preços” por parte de um dos agentes econômicos, ou qualquer outra explicação análoga que pudesse justificar o paralelismo com base em condutas completamente independentes; e ii) a necessidade de que existissem elementos adicionais a apontar para a prática do conluio, para além dos indícios econômicos, tais como evidências de encontros entre concorrentes²⁶³.

²⁶⁰ COELHO, Dandara Perassa. Uma Batalha Travada em Torno de Evidências: O Valor Probatório dos Indícios e sua (In)Suficiência para a Condenação de Cartéis. **Revista de Direito da Concorrência**, v. 4, n. 1, p. 153-184, mai. 2016. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrência/article/view/210/129>>. Acesso em: 27 mar. 2018, p. 162.

²⁶¹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Prosecuting Cartels Without Direct Evidence of Agreement. **OECD Observer**, Paris, jun. 2007. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/38704302.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

²⁶² PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 123. (Direito econômico)

²⁶³ Ibidem, loc. cit.

4.2.2.3 A imprescindibilidade do enfrentamento da problemática e os “erros de tipo I e II”

De todo o exposto, não há dúvidas da importância e da utilidade das provas indiretas não só na seara antitruste, mas também nos demais ramos do Direito. A problemática inequivocamente repousa na possibilidade, ou não, de que condenações de cartéis se fundamentem em provas indiretas, porquanto estas detêm robustez probatória inferior se comparadas às provas diretas. Assim, estas conferem maior grau de certeza, de modo que provas indiretas podem ocasionar condenações indevidas²⁶⁴.

Verifica-se, pois, um claro conflito entre a proteção a direitos dos administrados (notadamente a proteção à segurança jurídica) e a efetividade no combate ao mais grave ilícito anticoncorrencial, o que acaba por afetar a efetividade da política de defesa da concorrência como um todo²⁶⁵.

Neste contexto, não há dúvidas de que admitir condenações de cartéis com base em provas indiretas pode levar a um cenário – não tão improvável – em que pessoas físicas e jurídicas são responsabilizadas sem que, de fato, tenham participado do acordo colusivo. Todavia, aceitar, de antemão, a insuficiência das provas indiretas para comprovar e condenar cartéis indisputavelmente representa a adoção, pelas autoridades de defesa da concorrência, de um comportamento leniente e condescendente quanto a tal prática, posto que, conforme extensivamente abordado, os participantes do acordo têm plena consciência da ilicitude do ato e, por conseguinte, atuam no sentido de evitar que sejam deixados vestígios materiais do conluio, o que torna particularmente complexa e dificultosa a obtenção de provas diretas do cartel²⁶⁶.

É imperioso o enfrentamento do problema. A autoridade antitruste necessariamente precisa adotar um padrão de comportamento, devendo estar devidamente consciente das consequências – positivas e negativas – do padrão adotado, sendo

²⁶⁴ NEW YORK LAW SCHOOL. European Union Competition Law. **The Role of Error Analysis in Antitrust Cases and Why Antitrust Cases are Vulnerable to Erroneous Decisions**. New York, [20-?]. Disponível em: <http://www.eucomplaw.com/error-types/>. Acesso em: 03 mar. 2018.

²⁶⁵ Ibidem, loc. cit.

²⁶⁶ Ibidem, loc. cit.

certo de que controvérsias e questionamentos não de persistir. Nesta senda, com base na chamada “teoria do erro”, criada no âmbito econômico e adotada na seara antitruste, à autoridade antitruste cabe o assentimento quanto ao tipo de erro eventualmente praticado, se “erro de tipo I” ou se “erro de tipo II”²⁶⁷. O “erro de tipo I” é assim conceituado: “Em casos de antitruste, o erro do Tipo I representa um julgamento falso no qual o tribunal condena uma conduta que não era anticoncorrencial. O erro tipo I reflete um excesso de fiscalização ou excesso de regulamentação²⁶⁸.” (tradução nossa)

Pode-se afirmar, assim, que o “erro de tipo I” ocorre quando o órgão antitruste acaba por condenar uma determinada atuação que, em verdade, não era anticompetitiva. Notadamente, tal erro ocorre num cenário em que a autoridade antitruste assume uma postura mais rígida e rigorosa no combate aos cartéis. Indubitavelmente, é o tipo de erro em que pode se incorrer quando se passa a considerar a suficiência de provas indiretas para condenar cartéis, conseqüentemente aumentando a possibilidade de condenações de agentes econômicos inocentes, em face da exigência de menor robustez probatória²⁶⁹.

De seu turno, o “erro de tipo II” pode ser conceituado da seguinte forma: “Em casos de antitruste, o erro do Tipo II representa um julgamento falso no qual o tribunal não condena uma conduta que é anticompetitiva. O erro do tipo II reflete a subexecução ou a regulamentação externa²⁷⁰.” (tradução nossa)

Destarte, o “erro de tipo II” ocorre quando a autoridade antitruste assume uma postura mais branda em sua atuação no combate aos cartéis, de modo que determinadas condutas anticompetitivas acabam por ficar impunes. Há maior cautela na atuação do órgão e exigência de maior robustez probatória para que haja condenação, inevitavelmente ocorrendo perda de efetividade do combate ao mais

²⁶⁷ NEW YORK LAW SCHOOL. European Union Competition Law. **The Role of Error Analysis in Antitrust Cases and Why Antitrust Cases are Vulnerable to Erroneous Decisions**. New York, [20-?]. Disponível em: <http://www.eucomplaw.com/error-types/>. Acesso em: 03 mar. 2018.

²⁶⁸ Ibidem, loc. cit.

²⁶⁹ CORREIA, Gabriela de Azevedo. **A utilização de provas indiretas no combate a cartéis em licitação**: uma análise da jurisprudência do CADE. 2016. 57 f, p. 22-23. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado) – Faculdade de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: < <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19005/GABRIELA%20DE%20AZEVEDO%20CORREIA.p%C3%B3s%20defesa.pdf?sequence=1&isAlloWed=y>>. Acesso em 03 abr. 2018, p. 22-23.

²⁷⁰ NEW YORK LAW SCHOOL, loc. cit.

grave ilícito anticoncorrencial. O “erro de tipo II” tende a ocorrer principalmente num contexto em que a autoridade antitruste exige que condenações por cartéis se fundamentem em provas diretas do acordo²⁷¹.

²⁷¹ CORREIA, Gabriela de Azevedo. **A utilização de provas indiretas no combate a cartéis em licitação**: uma análise da jurisprudência do CADE. 2016. 57 f, p. 23. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado) – Faculdade de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: < <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19005/GABRIELA%20DE%20AZEVEDO%20CORREIA.p%C3%B3s%20defesa.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 03 abr. 2018.

5 CONCLUSÃO

Restou comprovada a relevância de que se revestem as provas indiretas não só no âmbito do Direito Concorrencial, mas também em relação a demais ramos do Direito. Viu-se que a teoria geral das provas confere especial relevo às provas indiciárias em casos em que a comprovação dos fatos mostra-se complexa e difícil.

Especificamente no Direito Antitruste, se verificou a extrema importância da utilização das provas indiretas no combate aos cartéis, porquanto estes são acordos complexos, eminentemente secretos, praticados por agentes econômicos plenamente conscientes da ilicitude da conduta, com clara tendência de que atuem não só no sentido de destruir vestígios materiais do acordo, mas, inclusive, no sentido de que tais vestígios sequer sejam criados, o que representa forte óbice na obtenção de provas diretas do conluio pela autoridade antitruste. Assim, não há dúvidas da importância das provas indiciárias, com a controvérsia notadamente recaindo sobre a robustez probatória dos indícios e se estes podem, ou não, fundamentar uma condenação.

Constatou-se a existência de um dilema a ser enfrentado pela autoridade antitruste: exigir menor robustez probatória para condenar cartéis – permitindo que provas indiretas dêem azo a uma condenação - e, eventualmente, condenar inocentes, ou, por outro lado, exigir provas diretas do conluio de modo a garantir maior segurança jurídica, todavia, pondo em risco a efetividade da política de defesa da concorrência.

Entendeu-se que o enfrentamento da problemática pela autoridade antitruste faz-se necessária. Esta, devidamente consciente das consequências positivas e negativas, deve adotar um padrão de comportamento, compreendendo que a aplicação do direito antitruste é atividade complexa, e aceitando que a ocorrência de eventuais erros é inevitável.

Assim, viu-se que o CADE deve escolher quanto ao tipo de erro a ser eventualmente cometido: se “erro de tipo I”, tendo postura mais incisiva no combate aos cartéis e possibilitando eventuais condenações de inocentes, ou se “erro de tipo II”, tendo postura mais leniente em tal combate e possibilitando que o mais grave ilícito

anticoncorrencial fique impune em determinados casos, podendo tal padrão de comportamento incentivar a prática de cartéis.

De todo o exposto, levando em conta os incontáveis efeitos perniciosos da prática de cartéis e a particular dificuldade na obtenção de provas diretas do acordo, bem como as posições doutrinárias abordadas no presente trabalho, entende-se que provas indiretas podem ser elementos justificadores de uma condenação, desde que coerentes entre si e detentoras de razoável robustez probatória. Entretanto, isso não quer dizer que haja suficiência das provas indiretas em todas as situações. É indispensável que seja feita análise pormenorizada das peculiaridades de cada caso concreto, evitando ao máximo condenações equivocadas.

Indubitavelmente, num cenário perfeito, só haveria condenações com base numa certeza absoluta da prática do acordo. Não é esta a realidade que se apresenta, contudo. O Direito não é uma ciência exata, não havendo total segurança em nenhum âmbito, nem mesmo na seara penal, última esfera de controle e onde põe-se em xeque a liberdade do indivíduo. A ideia da “verdade real” já foi superada: atingir a verdade absoluta é impossível, de modo que as provas variam quanto ao grau – maior ou menor – de proximidade quanto à certeza de um fato.

Por óbvio a segurança jurídica não pode ser ignorada, até porque é uma garantia constitucional e, além disso, extremamente necessária ao próprio ambiente econômico. Acredita-se, todavia, que a adoção, pela autoridade antitruste, de postura mais rígida e incisiva no combate aos cartéis tende a promover maiores ganhos em relação à adoção de postura mais branda, tendo em vista que a predileção ao “erro de tipo II”, ao gerar impunidade dos agentes econômicos que praticam cartel, acabaria gerando um incentivo para a prática do mais grave ilícito anticoncorrencial, causador de excessivos malefícios ao ambiente econômico, sobretudo por que a economia brasileira ainda é eminentemente fechada, o que tende a facilitar a ocorrência de conluíus.

Reitera-se: admitir que provas indiretas fundamentem uma condenação não significa a inexigibilidade da análise racional das provas e de que as condenações necessariamente se fundamentem em parâmetros suficientemente razoáveis. O que não se admite é que haja uma vedação apriorística de que cartéis sejam condenados se não houver prova direta do conluio, desconsiderando o conjunto

probatório como um todo. Tal entendimento invariavelmente conduziria a absolvições mesmo em casos concretos em que, conjuntamente, diversas provas indiciárias formam uma razoável robustez probatória, o que se revela inaceitável num contexto sócio-jurídico em que a política de defesa da concorrência ganha cada vez mais importância.

Além disso – em que pese a controvérsia – doutrina e jurisprudência vêm admitindo a possibilidade de que condenações criminais se fundamentem em provas indiciárias. Há, inclusive, diversos precedentes do Supremo Tribunal Federal neste sentido. Assim, parece extremamente desarrazoado que haja tal impossibilidade em âmbito administrativo de forma apriorística, sobretudo em razão do CADE ter precedentes entendendo que a robustez probatória na seara antitruste é inferior à robustez probatória necessário para fundamentar uma condenação criminal.

Destarte, se o livre convencimento motivado descarta a hierarquia entre as provas, parece-me que o que deve ser avaliado é o conjunto probatório como um todo, sendo irrelevante a diferenciação das provas entre diretas e indiretas. É dizer, se o conjunto probatório revela-se detentor de robustez probatória razoável, fornecendo ao julgador uma satisfatória convicção da efetiva ocorrência do cartel, nada impede que se proceda a uma condenação.

REFERÊNCIAS

- 1 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.
- 2 AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- 3 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. Salvador: Malheiros Editores, 2015.
- 4 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292 p. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/cf1988>>. Acesso em: 18 mar. 2017.
- 5 COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**: direito da empresa. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.
- 6 GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**: o combate aos cartéis. São Paulo: Saraiva, 2009.
- 7 RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. A Regulação da Concorrência. *In*: Sérgio Guerra (Org.). **Regulação no Brasil**: uma visão multidisciplinar. Rio de Janeiro: FGV, 2014.
- 8 PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016. (Direito econômico)
- 9 BRASIL. Lei Ordinária nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 dez. 2011. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2012.529-2011?OpenDocument>. Acesso em: 15 mai. 2017.
- 10 FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

11 BRASIL. Ministério da Fazenda. Resolução nº 20, de 09 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/94. Brasília, DF, 9 jun. 1999. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

12 _____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20 mar 2018.

13 FROUFE, Célia. Multa para o 'cartel do aço' chega a R\$ 136 milhões. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 17 jun. 2010. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,multa-para-o-cartel-do-aco-chega-a-r-136-milhoes-imp-,567827>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

14 PEDROZO, Soraia. Cade multa CSN, Usiminas e Cosipa por formação de cartel. **Diário do Grande ABC**, Santo André, 27 out. 1999. Disponível em: <<http://www.dgabc.com.br/Noticia/360339/cade-multa-csn-usiminas-e-cosipa-por-formacao-de-cartel>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

15 BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. **Perguntas sobre infrações à ordem econômica**. 04 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

16 JORDÃO, Eduardo. **Introdução à defesa da concorrência**. 14 jul. 2016. 10 slides. Material apresentado no curso de extensão em Direito Concorrencial da Faculdade Baiana de Direito.

17 BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Acompanhamento Econômico. **Aplicação do direito da concorrência a licitações públicas**: cartéis. Brasília, DF, 07 mai. 2018. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/apostilas/advocacia-da-concorrencia/2-seae_aplicacao_direito_concorrencia_licitacoes_publicas_carteis.pdf/view>. Acesso em: 12 mai. 2018.

18 FONSECA JÚNIOR, Marco Antônio. **A prova do cartel**. 2011. 59 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado) – Faculdade de Direito, Centro Universitário de Brasília, Brasília (DF), 2011. Disponível em : <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/319/3/20608790.pdf>> Acesso em: 15 abr. 2018.

19 CECCATO, Marco Aurélio. **Cartéis em Licitações**: estudo tipológico das práticas colusivas entre licitantes e mecanismos extrajudiciais de combate. São Paulo, 07 jan. 2017. Disponível em: <<https://docslide.us/documents/carteis-em-licitacoes-estudo-tipologico-das-praticas-colusivas-entre.html>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

20 BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. **Guia programa de leniência antitruste do CADE**. set. 2017. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

21 CORREIA, Gabriela de Azevedo. **A utilização de provas indiretas no combate a cartéis em licitação**: uma análise da jurisprudência do CADE. 2016. 57 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado) – Faculdade de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19005/GABRIELA%20DE%20AZEVEDO%20CORREIA.p%C3%B3s%20defesa.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 03 abr. 2018.

22 PF conclui inquérito do cartel dos trens em SP e indícia 33 pessoas. **G1 São Paulo**, São Paulo, 05 dez. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/12/pf-conclui-inquerito-do-cartel-dos-trens-e-indicia-33-pessoas.html>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

23 BRASIL. Lei Ordinária nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 dez. 1990. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%208.137-1990?OpenDocument>. Acesso em: 15 mai. 2017.

24 PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

25 LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

26 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**: teoria da, prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos de tutela. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

27 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: < http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2013.105-2015?OpenDocument>. Acesso em: 20 mar 2018.

28 _____. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, 03 out. 1941. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 mar 2018.

29 COELHO, Dandara Perassa. Uma Batalha Travada em Torno de Evidências: O Valor Probatório dos Índícios e sua (In)Suficiência para a Condenação de Cartéis. **Revista de Direito da Concorrência**, v. 4, n. 1, p. 153-184, mai. 2016. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/210/129>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação penal nº 470**. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AP470VotoMinLF.pdf>> Acesso em: 30 abr. 2018.

31 VIEIRA. Robson Nunes. **Justificação do uso da regra per se para cartéis graves (hardcore) no direito econômico da concorrência brasileiro**: um estudo a partir da experiência norte-americana. 2014. 303 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo horizonte, 2014. Disponível em: < <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-9XMFS3/robson.pdf?sequence=2>>. Acesso em 15 abr. 2018.

32 WHISH, Richard. Control of Cartels and other Anti-Competitive Agreements. In: DHALL, Vinod (Ed.). **Competition Law Today: Concepts, Issues and the Law in Practice**. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 39 - 58. Disponível em: < <http://www.circ.in/pdf/richardwhishcps-03.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2018.

33 ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Prosecuting Cartels Without Direct Evidence of Agreement. **OECD Observer**, Paris, jun. 2007. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/38704302.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

34 NEW YORK LAW SCHOOL. European Union Competition Law. **The Role of Error Analysis in Antitrust Cases and Why Antitrust Cases are Vulnerable to Erroneous Decisions**. New York, [20--?]. Disponível em: < <http://www.eucomplaw.com/error-types/>> Acesso em: 03 mar. 2018.