

Colusão Única ou Múltiplas Colusões no Direito Antitruste: Parâmetros para uma Hidra de Lerna?

Single or Multiple Collusions in Antitrust Law: Parameters for a Lernaean Hydra?

AMANDA ATHAYDE

Professora Doutora de Direito Comercial na Universidade de Brasília (UnB) e de Direito Econômico e Concorrencial no Instituto de Direito Público Brasileiro (IDP), Doutora em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP), Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e em Administração de Empresas com habilitação em Comércio Exterior pelo Centro Universitário UNA. Ex-aluna da *Université Paris I – Panthéon Sorbonne*. Autora de livro, de diversos artigos acadêmicos e de capítulos de livros na área de Direito Comercial e da Concorrência. Atua no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) desde 2010. Servidora Pública de Carreira do Ministério de Desenvolvimento Indústria e Comércio Exterior (MDIC). Desde 2013, é Chefe de Gabinete da Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (SG/Cade) e Coordenadora do Programa de Leniência Antitruste, responsável pela negociação dos acordos de leniência de cartel.

PRISCILLA CAMPOS

Especialista em Gestão Pública pela UniProjeção, Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (UnB). Servidora Pública da Carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Atua no Programa de Leniência Antitruste, no Gabinete da Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (SG/Cade) desde 2016.

BRUNA PIAZERA

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Católica de Santa Catarina, Especialista em Direito e Processo Tributário pela Universidade Estácio de Sá. Servidora Pública, Assistente no Gabinete da Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (SG/Cade) e atua com Programa de Leniência Antitruste. Atua no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) desde 2015.

Data da Submissão: 07.10.2017

Data da Decisão Editorial: 28.10.2017

Data de Comunicação ao Autor: 28.10.2017

RESUMO: Analogicamente à Hidra de Lerna, com um corpo de dragão e diversas cabeças de serpente, uma investigação antitruste pode enxergar o cartel como uma única cabeça de serpente (cartel único) ou múltiplas cabeças, passíveis de multiplicação (cartéis múltiplos). Com base nas experiên-

cias norte-americana e europeia sobre o tema, o presente artigo visa propor dez parâmetros – não exaustivos, mas exemplificativos, a serem avaliados em termos de preponderância, não cumulativos – para a tomada de decisão a respeito da existência de uma colusão única ou de múltiplas colusões. O objetivo é conferir maior segurança e previsibilidade à tomada de decisão pela autoridade antitruste, o que não descarta a inexorável subjetividade desse tipo de análise, em que pese calcada na razoabilidade e na proporcionalidade, baseada em critérios técnicos.

PALAVRAS-CHAVE: Infração à ordem econômica; cartel; colusão/infração única *v.* colusões/infrações múltiplas; parâmetros; antitruste.

ABSTRACT: The greek mythology of Hercules fighting the Lernaean Hydra, the many-headed serpent whose heads reappeared after cutting, may provide an interesting analogy to an antitrust investigation: may a cartel be analysed as a single serpent (single conspiracy) or as a multi-headed serpent (multiple conspiracies)? Based on the international experience in the United States and in the European Union on the topic, this article proposes ten parameters – not exhaustive, but illustrative, to be evaluated in terms of preponderance, not cumulatively – to be taken into account in the decision making of whether the antitrust authority is facing single or multiple collusions. The main goal is to provide legal certainty and predictability, which does not rule out the inexorable subjectivity of this type of analysis, besides based on reasonableness, proportionality and technical criteria.

KEYWORDS: Anticompetitive conducts; cartel; single *v.* multiple conspiracy/infringement; parameters; antitrust.

SUMÁRIO: Introdução; I – Da experiência internacional; I.1 Da experiência norte-americana sobre *single v. multiple conspiracies*; I.2 Da experiência europeia sobre *single and continuous infringement*; II – Proposta de parâmetros: colusão única ou colusões múltiplas no direito antitruste; II.1 Objetivo da conduta; II.2 Implementação da conduta; II.3 Mercado de produto/serviço; II.4 Mercado geográfico; II.5 Período da conduta; II.6 Tipologia da conduta; II.7 Empresas participantes; II.8 Indivíduos participantes; II.9 Elo comum de interligação; II.10 Escopo de clientes afetados; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Na mitologia grega, a Hidra de Lerna era um monstro que tinha um corpo de dragão e diversas cabeças de serpente. Quando uma dessas cabeças era cortada, cresciam duas no lugar, de caráter venenoso e que também podiam se regenerar. Mas o que essa história mitológica tem a ver com o direito antitruste¹? A nosso ver, a mitologia pode servir ao antitruste como analogia e sinal de alerta para a seguinte pergunta: Está-se diante de um cartel único ou de múltiplos cartéis? Quais os elementos existentes para que se enxergue a Hidra de Lerna como detentora de uma única cabeça de serpente (cartel único) ou com múltiplas cabeças, passíveis de multiplicação a cada novo corte (cartéis múltiplos)?

1 Para fins de terminologia, os autores esclarecem que “colusão”, “infração”, “conduta” e “conspiração” serão utilizados como sinônimos ao longo do presente artigo.

Historicamente, as condutas de cartel tendem a ser classificadas internacionalmente como conspirações “em cadeia”² (*chain*) ou “de roda”³ (*wheel*). Apesar de os conceitos serem importantes na persecução de cartéis, eles não são necessariamente suficientes, dado que dúvidas podem – e tendem a – surgir quando se realizam investigações na vida real. Para que se entenda a discussão na doutrina e na jurisprudência internacional, passar-se-á a uma breve apresentação da visão norte-americana e europeia do tema (I).

Diante dessa breve apresentação, o presente artigo proporá parâmetros – não exaustivos, mas exemplificativos, a serem avaliados em termos de ponderância, não cumulativos – para uma tomada de decisão em cada caso concreto, a partir da experiência internacional e nacional (II). Apesar de não se ter conhecimento de estudo acadêmico a respeito desse tema específica e expressamente no Brasil, a nosso ver se trata de discussão atual e relevante, tendo em vista suas possíveis repercussões na persecução antitruste a cartéis no País. Finalmente, serão apresentadas as conclusões.

I – DA EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

I.1 DA EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA SOBRE *SINGLE V. MULTIPLE CONSPIRACIES*

Nos Estados Unidos, a discussão sobre *Single v. Multiple Conspiracies* não é totalmente recente e já faz parte da experiência criminal do país. Tanto é assim que o *Grand Jury Practice Manual*, da *Antitrust Division* do *Department of Justice* (“DOJ”)⁴, entre outros temas, apresenta orientações em face da consideração da existência de uma conduta única ou de múltiplas condutas (*conspiracies*). De acordo com o Manual, por conta da natureza secreta das conspirações criminais, provar a existência de um acordo ilegal geralmente depende de inferências feitas a partir de evidências circunstanciais. Esse seria um dos fatores que tornaria difícil a tarefa de determinar se se trata de uma ou de múltiplas condutas. O escopo do acordo ilegal deveria ser deduzido pela autoidentificação antitruste a partir da conduta que pode ser comprovada. Nesse sentido, à medida que avança uma investigação, novos documentos e informações são

2 As conspirações em cadeia são aquelas em que várias pessoas estão envolvidas em diferentes níveis de uma conduta que tem um mesmo objeto ou propósito ilegal. Cada participante pode ser acusado de ter contribuído para o sucesso da conspiração global, ainda que tenha operado em apenas um nível. O exemplo paradigmático na doutrina é o tráfico de drogas.

3 Nas conspirações de roda, por sua vez, há uma ou mais pessoas centrais (possivelmente similares aos chamados *hubs*, no antitruste) executando os mesmos atos ilegais com outros grupos separados (os *spokes*), que de outra forma não estariam tendo comportamentos ilícitos. A questão discutida na doutrina é se o *hub* está envolvido em conspirações separadas com cada *spoke* ou se o *hub* e todos os *spokes* estão envolvidos em uma única conspiração. Esse termo é utilizado no *Grand Jury Practice Manual*, da *Antitrust Division* do *Department of Justice* (“DOJ”) dos Estados Unidos (2011, p. VII-50).

4 O *Grand Jury Practice Manual*, da *Antitrust Division*, do *Department of Justice* (“DOJ”) é uma fonte atualizada de diretrizes legais e procedimentais para o exercício de responsabilidades relativas ao *Grand Jury*, editado pela primeira vez em 1991.

trazidos e novos elementos podem ser comprovados, o que possibilitaria que o escopo do acordo ilegal investigado fosse restringido ou ampliado.

Assim, nos termos do *Grand Jury Practice Manual*, as condutas postas para análise da autoridade tratam de uma questão mista de fatos e direito, sendo que, à medida que os fatos mudam, as conclusões podem ser diferentes⁵. O Manual antevê que, independentemente de qual seja a definição adotada pela autoridade antitruste em um caso concreto – considerando a conspiração como única ou como múltiplas –, sempre haverá quem defenda que se tomou a decisão errada quanto ao tratamento dos casos. Assim sendo, o relevante seria que a tomada de decisão da autoridade, no momento do oferecimento da denúncia⁶, fosse embasada nos fatos e nas circunstâncias do ilícito comprovados até aquele momento temporal.

Neste contexto, os Tribunais norte-americanos⁷ têm usado o “teste da totalidade das circunstâncias” (*totality of the circumstances test*)⁸ para definir se o objeto de análise é consistente em uma conduta única ou se são múltiplas condutas. Esse teste trata, então, de elencar uma lista dos principais fatores que devem ser levados em consideração antes da tomada de decisão quanto ao oferecimento da denúncia criminal: (i) o número de supostas infrações noticiadas em comum; (ii) a sobreposição de pessoas; (iii) o período de tempo durante o qual as supostas infrações ocorreram; (iv) a similaridade dos métodos de operacionalização; (v) os locais em que as supostas infrações aconteceram; (vi) o grau em que as supostas conspirações compartilham um objetivo comum; e (vii) o grau de interdependência necessário para que a operação como um todo tenha sucesso.

Segundo a experiência nos Estados Unidos, cada tribunal, em cada caso, pode atribuir um peso diferente a cada um desses fatores do “teste da totalidade das circunstâncias”. Desse modo, reconhece-se que duas pessoas que analisam a mesma situação podem chegar a resultados diversos, dependendo do peso que atribuem a cada fator, o que revela a dificuldade dessa tomada de decisão e

5 “Whether to charge the defendants’ conduct as a single conspiracy or as multiple conspiracies may be difficult to evaluate, primarily because it is a mixed question of law and fact. In general, the final charging decision rests on an analysis of the facts; as the facts change, so may conclusions differ. Thus, making the correct charging decision often consists of attempting to fit facts of the instant case within the facts of a previously-decided case, preferably within the same circuit.” (Grand Jury Manual, 1991, p. VII-46)

6 Na experiência norte-americana, denúncia esta criminal, denominada *indictement*.

7 Alguns dos principais casos na jurisprudência norte-americana, utilizados pelos autores para a elaboração deste artigo, foram os seguintes: *Braverman v. U.S.*, 317 U.S. 49 (1942); *Kotteakos v. U.S.*, 328 U.S. 750, 750 (1946); *Blumenthal v. U.S.*, 332 U.S. 539, 541 (1947); *U.S. v. Palermo*, 410 F.2d 468, 469 (7th Cir. 1969); *U.S. v. Varelli*, 407 F.2d 735, 739 (7th Cir. 1969); *U.S. v. Licausi*, 413 F.2d 1118 (1969); *State v. Louf*, 314 A.2d 376 (1973); *U.S. v. Richerson*, 833 F.2d 1147, 1153 (5th Cir. 1987); *U.S. v. Ghazaleh*, 58 F.3d 240, 245 (6th Cir. 1995); *U.S. v. Maliszewski*, 161 F.3d 992, (1998).

8 “Recent cases have used a ‘totality of the circumstances’ test to resolve the single/multiple conspiracy question. This test requires the consideration of all of the available evidence to determine whether there is one conspiracy or several.” (Grand Jury Manual, 1991, p. VII-54)

o inerente grau de discricionariedade nela imbutida. A experiência judicial em casos concretos norte-americanos evidencia esse esforço de delineamento de fatores para uma tomada de decisão, como se passa a expor. Vale ressaltar que não se trata apenas de casos de direito antitruste, mas sim de natureza criminal.

O caso *Braverman v. United States*⁹, de 1942, é, historicamente, um dos exemplos paradigmáticos na análise de “*single v. multiple conspiracies*” nos Estados Unidos. Braverman e outros participantes da conduta foram indiciados por várias infrações separadas contra as leis fiscais pela fabricação ilegal e distribuição de bebidas alcoólicas. No julgamento, entendeu-se que houve apenas um único acordo contínuo entre os indivíduos para cometer todas as infrações pelas quais foram indiciados. Como a natureza e extensão precisas da conspiração devem ser determinadas com base no acordo que abarca e define seus objetos, o Tribunal entendeu que se tratava de uma infração única e contínua, que seria objeto de apenas uma punição. Esse entendimento não resultou em qualquer anulação da denúncia oferecida pelos promotores.

No caso *United States v. Palermo*¹⁰, de 1969, os réus, entre os quais Nick Palermo, Presidente da empresa Melrose Park Plumbing, foram acusados de violar o Hobbs Act¹¹, ao forçar o construtor William G. Riley a subcontratar a empresa em todos os seus projetos de construção. Para tanto, extorquiram dinheiro de Riley, ameaçando-o com violência física e com a possibilidade de paralisações, e interferiram nos carregamentos interestaduais de materiais de construção. A partir do momento em que os réus conseguiram extorquir Riley, passaram a fazer o mesmo em todos os projetos seguintes. Nesse caso, entendeu-se que havia um acordo geral envolvendo Palermo, Joseph Amabile e outros para extorquir dinheiro de Riley. Concluiu-se que, mesmo que os incidentes tenham ocorrido ao longo de alguns anos, havia um acordo global que constituiria uma conspiração única contra Riley, em que o objetivo era extorquir dele o máximo de dinheiro possível. Assim, esse caso foi tratado como uma conduta única. Esse entendimento tampouco resultou em qualquer anulação da denúncia oferecida pelos promotores.

No caso *United States v. Richerson*¹², de 1987, Patrick Richerson foi julgado culpado por conspiração por violação de correspondência e por duas tentativas de evasão fiscal. A acusação argumentou que as provas levariam a crer

9 Ver *Braverman v. United States*, 317 U.S. 49 (1942).

10 Ver *U.S. v. Palermo*, 410 F.2d 468, 469 (7th Cir. 1969). Disponível em: <<https://casetext.com/case/united-states-v-palermo-2>>.

11 O *Hobbs Act* prevê: “Whoever in any way or degree obstructs, delays, or affects commerce or the movement of any article or commodity in commerce, by robbery or extortion or attempts or conspires so to do, or commits or threatens physical violence to any person or property in furtherance of a plan or purpose to do anything in violation of this section shall be fined under this title or imprisoned not more than twenty years, or both” [Interference with Commerce by Threats or Violence, 18 U.S.C. § 1951 (2017)].

12 Ver *U.S. v. Richerson*, 833 F.2d 1147, 1153 (5th Cir. 1987). Disponível em: <<https://casetext.com/case/us-v-richerson>>.

que houve apenas uma conspiração contínua que envolveu suborno praticado por Richerson a empregados da empresa Pool Offshore, onde ele trabalhava, e a vendedores de petróleo, de modo que as condutas pelas quais ele foi acusado faziam parte de um objetivo maior, que era a obtenção de ganhos pessoais por meio da cobrança de propinas e subornos. O acusado apelou da condenação, argumentando que, entre outras questões, não houve provas da correlação entre as acusações. Para ele, teriam existido várias conspirações independentes, sendo que a acusação se utilizou de um único processo, com base em uma conspiração única e multifacetada, para acusá-lo de todas¹³. O Tribunal manteve a condenação e o caso foi tratado com uma conduta única.

No caso *United States v. Ghazaleh*¹⁴, de 1995, Reda Gazaleh e outras dez pessoas foram acusados de posse de maconha e cocaína, com o intuito de distribuir a droga. O réu alegou que as evidências demonstravam que existiam duas conspirações: a conspiração Chicago-Lexington e a conspiração Tampa-Lexington. Ele argumentou, então, que o Tribunal Distrital deveria ter dado uma instrução de múltiplas conspirações. Entretanto, a Corte entendeu que o réu e os coautores estavam envolvidos em uma única conspiração para atingir o objetivo geral de distribuir cocaína e maconha em Lexington, Kentucky, e que o fato de o réu ter dois fornecedores de drogas, um em Chicago e outro em Tampa, não alterava o entendimento de que existia apenas uma conspiração. Desse modo, apesar de a acusação imputar Ghazaleh e outros quatro como líderes do esquema, eles não foram processados em separado dos outros acusados. O caso foi tratado como uma conduta única.

No caso *United States v. Varelli*¹⁵, de 1969, treze réus foram condenados por roubar carregamentos interestaduais de mercadorias (uma carga de produtos Polaroid e três cargas de itens de prata), transportá-los e distribuí-los. Algumas das partes que participaram da conduta envolvendo as mercadorias Polaroid também estiveram envolvidas no roubo do carregamento de prata. No entanto, alguns dos acusados alegaram que apenas participaram dos fatos que envolveram os produtos Polaroid, que teriam sido os primeiros a acontecer, não podendo serem considerados partícipes da *conspiracy* para as três outras cargas de itens de prata. Diante desse argumento, o julgamento foi reformado para absolver aqueles que não participaram das condutas envolvendo os carregamentos de prata. O entendimento foi no sentido de que quem tão somente participou da conduta envolvendo as mercadorias Polaroid, a qual foi entendi-

13 Nesse caso, foi feita uma análise para determinar se havia variação entre a acusação e a prova, contando o número de conspirações provadas no julgamento – o que não é tarefa fácil. De acordo com o julgamento, os principais fatores a serem considerados para a contagem do número de conspirações são: (i) a existência de um objetivo comum; (ii) a natureza do esquema; e (iii) a sobreposição de participantes nas várias condutas.

14 Ver *U.S. v. Ghazaleh*, 58 F.3d 240, 245 (6th Cir. 1995). Disponível em: <<https://casetext.com/case/us-v-ghazaleh>>.

15 Ver *U.S. v. Varelli*, 407 F.2d 735, 739 (7th Cir. 1969). Disponível em: <<https://casetext.com/case/united-states-v-varelli>>.

da como uma transação em separado e com um único propósito por si só, não poderia ser condenado pela conduta global. Trata-se, então, de um caso de múltiplas condutas, resultando em múltiplas denúncias criminais.

No caso *United States v. Licausi*¹⁶, de 1969, Licausi foi condenado por receber, possuir e ocultar dinheiro em espécie sabendo que o mesmo teria sido roubado do *National Bank of North America*, tendo violado a legislação sobre roubo a bancos e crimes incidentais, em sua subseção “c”¹⁷. Por meio dos números de série, os investigadores puderam identificar que as notas em posse de Licausi eram as mesmas que foram roubadas do banco. A defesa baseou sua tese no desconhecimento de Licausi de que o dinheiro que estava em sua posse era oriundo do roubo, o que foi negado pelo juiz. Mesmo em recurso, o Tribunal defendeu que a totalidade da evidência deveria ser revisada para determinar se havia um objetivo comum ou plano global, mas não ficou provada a relação de Licausi com o roubo do banco propriamente dito. O caso foi, então, tratado como múltiplas condutas.

No caso *State v. Louf*¹⁸, de 1973, houve múltiplas denúncias contra os envolvidos. Por uma razão processual, a Suprema Corte de New Jersey – Estados Unidos entendeu que um único processamento de todas as acusações correlatas teria envolvido muitos réus e muitas questões, dificultando o julgamento. Por essa razão, decidiu-se separar os processos. Assim, apesar de uma mesma conduta estar envolvida nas cinco acusações, percebeu-se que ela tinha magnitude e escalas tão vastas que teria sido difícil contemplar todas as suas ramificações dentro de um único processo. Assim, as condutas praticadas por Joseph Zicarelli, Frank Mallamaci (exploradores de jogos de azar) e Ray Louf (agente público que acobertou a atuação dos outros dois) foram cindidas. A primeira acusação indiciou os três investigados de proteger a operação de jogos de azar da investigação, detecção e acusação. A segunda e terceira acusações indiciaram Louf por ter aceitado um suborno de Zicarelli como recompensa pecuniária para não entregar o esquema (não havia provas de que Zicarelli e Mallamaci teriam subornado Louf diretamente). A quarta e quinta acusações indiciaram Zicarelli e Mallamaci por ajudar, instigando, induzindo, adquirindo e causando o pagamento a Louf, pois as provas eram de que os pagamentos a Louf, feitos por um quarto envolvido, Peter Policastro, eram parte integrante de uma conspiração geral para manter uma operação de jogos de azar e “comprar” a proteção onde necessário. Ficou demonstrado que Zicarelli controlava o es-

16 Ver *U.S. v. Licausi*, 413 F.2d 1118 (1969). Disponível em: <<http://openjurist.org/413/f2d/1118/united-states-v-licausi>>.

17 “Whoever receives, possesses, conceals, stores, barter, sells, or disposes of, any property or money or other thing of value which has been taken or stolen from a bank, credit union, or savings and loan association in violation of subsection (b), knowing the same to be property which has been stolen shall be subject to the punishment provided in subsection (b) for the taker.”

18 Ver *State v. Louf*, 314 A.2d 376, 1973. Disponível em: <<https://casetext.com/case/state-v-louf>>.

quema e Mallamaci dirigia o empreendimento ilícito. Considerando, portanto, razões de estratégia processual, o Suprema Corte de New Jersey entendeu que, na prática, teria sido difícil o júri compreender o envolvimento dos réus no suborno de Louf, a menos que o quadro completo da conspiração – incluindo as evidências obtidas nos cinco processos – fosse apresentado. A regra geral é que, quando um réu é julgado por uma acusação criminal, a prova de que cometeu outro crime não é admissível para provar a acusação. No entanto, quando tal evidência tende a estabelecer a existência de um plano continuado maior do qual o crime em julgamento faz parte, é admissível para tal fim. Em todas as cinco acusações os réus foram condenados¹⁹. O caso foi, portanto, tratado como múltiplas condutas.

Mais recentemente, em 1998, o caso *United States v. Maliszewski*²⁰ envolveu a atuação de duas famílias, totalizando 14 pessoas físicas, na distribuição de maconha, que atingiu três estados dos Estados Unidos. A conduta teria tido início com o transporte de aproximadamente 50kg da droga do Texas para Michigan, via Chicago. Em Michigan, os acusados teriam reempacotado a maconha para distribuição em menores quantidades. Identificou-se que, apesar da quantidade de acusados, nem todos se envolveram na totalidade da conduta, ainda que o objetivo do esquema permanecesse sempre o mesmo: o de traficar maconha em Michigan. Edward Maliszewski, especificamente, não teria participado do reempacotamento e da distribuição da droga, mas teria sido o financiador das viagens para transportar a maconha, alugando carros e pagando por quartos de hotel dos outros participantes acusados. Apesar de estarem ligados por uma única conspiração, as acusações foram processadas individualmente. O caso foi, portanto, tratado como múltiplas condutas.

O Departamento de Justiça norte-americano já apresentou, também, condutas envolvendo cartéis *hub and spokes*²¹ como enquadráveis à discussão da existência de uma ou múltiplas *conspiracies*. Para o *Grand Jury Manual*, a questão é se o *hub* está envolvido em conspirações separadas com cada *spoke* ou se o *hub* e todos os *spokes* estão envolvidos em uma única conspiração²².

19 Em sede de recurso, Zicarelli argumentou que as acusações contra ele deveriam ter sido indeferidas não apenas por motivos de dupla incriminação, mas também com base no fato de processos separados por infrações semelhantes decorrentes da mesma série geral de acontecimentos constituírem uma forma de processamento proibida pela cláusula do devido processo (ref. New Jersey Rules of Evidence, Rule 55: “Where a defendant is tried on a criminal charge, evidence that he committed another crime is not admissible to prove the accusation”).

20 Ver *U.S. v. Maliszewski*, 161 F.3d 992, 1998. Disponível em: <<http://openjurist.org/161/f3d/992/united-states-v-maliszewski>>.

21 Um cartel *hub and spoke* é aquele em que uma empresa central (*hub*) organiza a conduta (*rim of the wheel* ou *rim*) entre outras empresas a montante (*upstream*) ou a jusante (*downstream*) por meio de relações verticais.

22 “Unlike the ‘chain’ conspiracy, where people are performing various tasks at different levels to accomplish what amounts to one illegal purpose, ‘wheel’ conspiracies consist of a central person or persons (the ‘hub’) performing basically the same illegal acts with separate other groups (the ‘spokes’) who are not otherwise engaged in unlawful conduct. The issue is whether the hub is engaged in separate conspiracies with each spoke or whether the hub and all of the spokes are engaged in a single conspiracy.” (Grand Jury Manual,

Exemplificamente, no caso *Kotteakos v. United States*²³, de 1947, um dos acusados (*hub*) ajudou todos os outros (*spokes*) a fraudar empréstimos da *Federal Housing Administration* utilizando informações falsas e fraudulentas. Não havia provas de que qualquer dos *spokes* soubesse que os outros existiam. Essa ausência de interdependência e conhecimento entre os agentes, com exceção do *hub*, o Tribunal entendeu que não havia uma conspiração única. Das trinta e duas pessoas citadas na acusação, dezenove foram levadas a julgamento e os nomes de treze foram submetidos ao júri: dois foram absolvidos; o júri discordou quanto a quatro; e os sete restantes foram considerados culpados. O caso foi tratado, portanto, como múltiplas condutas.

O contrário foi entendido no caso *Blumenthal v. United States*²⁴, de 1947. No caso, os réus foram acusados de vender bebidas alcóolicas no atacado a preço mais alto do que o permitido. No esquema, dois fornecedores (*hubs*) obtinham a bebida e vendiam a três intermediários (*spokes*) que agiam independentemente entre si, e vendiam a bebida a varejistas. Com o dinheiro, pagavam os fornecedores e obtinham seu lucro. Foi provado que, mesmo os três intermediários trabalhando de forma independente, havia o conhecimento de que outros também estariam atuando da mesma forma, como intermediários. Foi entendido que os cinco estavam envolvidos, em conluio, em uma mesma conspiração. O caso foi tratado como uma conduta única.

Especificamente no cenário de infrações à ordem econômica – entre as quais se insere a infração de cartel –, o *Antitrust Resource Manual*²⁵, editado pelos *U.S. Attorneys* do DOJ, sinaliza a necessidade de determinar o escopo da conduta anticompetitiva e os atores que dela participaram. O DOJ antevê a dificuldade para determinar o que de fato constitui “toda a conduta”, principalmente nos casos de fixação de preços e manipulação de licitações, dado que pode haver uma conspiração única e contínua que envolva várias licitações, ou, pontualmente, condutas separadas para licitações específicas. Essa discussão tem repercussões atuais nos Estados Unidos, explicitadas em 3 de fevereiro de 2017, pelo então *Deputy Assistant Attorney General* da Divisão Antitruste do DOJ, Brent Snyder. Na oportunidade, ele sinalizou que desde o recebimento da consulta inicial sobre a disponibilidade do *marker* no Programa de Leniência Antitruste, o DOJ passaria a ser ainda mais cuidadoso, para evitar a concessão de *markers* amplos nos mercados afetados²⁶.

1991, p. VII-51. Disponível em: <http://federalevidence.com/pdf/LitPro/GrandJury/Grand_Jury_Manual.pdf>

23 Ver *Kotteakos v. United States*, 328 U.S. 750, 750 (1946). Disponível em: <<https://casetext.com/case/kotteakos-v-united-states-regenboge-v-same>>.

24 Ver *Blumenthal v. U.S.*, 332 U.S. 539, 541 (1947). Disponível em: <<https://casetext.com/case/blumenthal-v-united-states-7>>.

25 O *Antitrust Resource Manual* consiste em um manual de procedimentos que devem ser adotados pelos procuradores na persecução a práticas colusivas em nível local.

26 Guniganti, 2017.

1.2 DA EXPERIÊNCIA EUROPEIA SOBRE *SINGLE AND CONTINUOUS INFRINGEMENT*

Na União Europeia, a discussão sobre *Single and Continuous Infringement* também não é totalmente recente, e já faz parte da experiência antitruste do bloco europeu. O conceito de “infração única e contínua” permite à Comissão Europeia (e às autoridades nacionais de defesa da concorrência) associar uma série de infrações que tenham o mesmo objetivo de prejudicar a concorrência em um determinado mercado como pertencentes ao mesmo escopo de conduta anticompetitivas, sob o “guarda-chuva” do art. 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)²⁷. Pela doutrina adotada, o estabelecimento da participação e da responsabilidade de uma empresa pela “infração única e contínua” abrange todos os comportamentos anticoncorrenciais praticados por todas as partes envolvidas na infração única e imputa a responsabilidade a todas as empresas em igual medida, sendo importante destacar desde já que, diferentemente da experiência europeia, a imputação da responsabilidade, no Brasil, seria analisada individualmente em face de cada investigada.

No *Caso Polipropilenos*²⁸, de 1986, a Comissão Europeia declarou que quinze produtores petroquímicos armaram um complexo sistema de contatos informais, reuniões, fixação de preços e acordos para divisão de mercado com vistas a controlar o preço do polipropileno na Europa entre 1977 e 1982. As infrações foram correlacionadas por seu objetivo comum e, desse modo, o caso foi analisado como uma infração única e contínua. Em recurso, o Tribunal Geral endossou o conceito de infração única e contínua aplicado ao caso, ressaltando que “aqueles esquemas eram parte de uma série de esforços empreendidos por cada empresa em questão em busca de um objetivo econômico único: distorcer o movimento normal de preços no mercado de polipropileno”. Concluiu que seria, portanto, artificial separar essa conduta contínua, caracterizada por um propósito único. Na decisão, estabeleceu-se, então, a existência de uma infração única à lei da concorrência, por um período de tempo definido e envolvendo um número específico de empresas, “não só de um ato isolado, mas de uma série de atos ou de uma conduta contínua”²⁹.

Ao longo dos anos de aplicação dessa doutrina, porém, críticas começaram a ser feitas, na medida em que sua utilização reduzia significativamente o ônus que a Comissão teria de enfrentar para provar a colusão, em especial quando um cartel persistisse por um longo período, durante o qual a natureza

27 Pela doutrina adotada, o estabelecimento da participação e da responsabilidade de uma empresa pela “infração única e contínua” abrange todos os comportamentos anticoncorrenciais praticados por todas as partes envolvidas na infração única e imputa a responsabilidade a todas as empresas em igual medida. A responsabilidade da empresa é limitada à duração da sua participação no cartel e à extensão do seu envolvimento, que é levado em conta ao determinar o nível da multa.

28 Julgamento do Tribunal de Primeira Instância de 17 de dezembro de 1991. *Enichem Anic SpA v. Comissão Europeia*, § 204.

29 Ver *Anic Participazioni*, op. § 81.

da colusão poderia ter variado entre partes diferentes ou em momentos diferentes. Assim, os Tribunais europeus³⁰ passaram a estabelecer certos limites e condições ao uso da doutrina da “infração única e contínua”. Essa evolução conduziu ao desenvolvimento de critérios para caracterizar uma infração única e contínua³¹.

No caso *Cimenteries CBR and Others v. Commission*³², de 1994, a Comissão Europeia aplicou multas a quarenta e duas empresas e associações de empresas do setor de cimento cinzento e de cimento branco por violação ao art. 85 do Tratado CE (atual art. 101 do Tratado CE). A decisão destaca a concertação que se verificou entre os vários produtores europeus como reação às importações de cimento e de clínquer gregos pelos Estados-membros da Comunidade em meados dos anos 80. Entre as infrações cometidas pelas empresas, podem-se citar acordos relativos à troca de informações em matéria de preços, capacidade produtiva, vendas e situação da oferta e da demanda nos países terceiros importadores; divisão de mercado entre concorrentes; adoção de medidas destinadas à aquisição de quantidades de cimento ou de clínquer suscetíveis de desestabilizar o mercado; constituição da Joint Trading Company Interciment SA, com o objetivo de executar medidas persuasivas e dissuasivas contra os produtores que ameaçavam a estabilidade dos mercados dos Países-membros; práticas concertadas, tendo em vista retirar clientes dos produtores gregos e evitar importações de cimento grego; fixação dos preços dos produtos destinados à grande exportação. No caso, foi demonstrada a existência de um acordo geral único e contínuo no âmbito de acordos bilaterais ou multilaterais e que “cada uma das partes cuja participação no acordo Cembureau foi estabelecida contribuiu, a seu próprio nível, para o alcance do objetivo comum, participando em uma ou mais das condutas referidas na decisão impugnada”.

No caso *JFE Engineering Corp., formerly NKK Corp., Nippon Steel Corp., JFE Steel Corp. and Sumitomo Metal Industries Ltd v. Commission*³³, de 1999,

30 Alguns dos principais casos na jurisprudência europeia, utilizados pelos autores para a elaboração deste artigo, foram os seguintes: *Enichem Anic SpA v. Commission of the European Communities* (1991); *Cimenteries CBR and Others v. Commission* (1994); *JFE Engineering Corp., formerly NKK Corp., Nippon Steel Corp., JFE Steel Corp. and Sumitomo Metal Industries Ltd v. Commission* (2004); *Quinn Barlo Ltd, Quinn Plastics NV e Quinn Plastics GmbH* (2006); *Gas Insulation Switchgear* (2007); European Commission, *Almamet GmbH Handel mit Spänen und Pulvern aus Metall v. European Commission* (2012); *Trelleborg Industrie SAS e Trelleborg AB v. Commission* (2013).

31 Alexiadis; Swanson; Guerrero, 2016. Para os autores, os critérios seriam os seguintes: (i) idêntico propósito ou objeto, no sentido de que as práticas concertadas e acordos detectados na investigação pudessem ser considerados “uma série de esforços das empresas envolvidas com vistas a alcançar um único objetivo”; (ii) a contribuição de cada empresa participante para alcançar o objetivo anticoncorrencial comum; e (iii) que o investigado “tivesse conhecimento da conduta ilícita dos outros participantes ou pudesse razoavelmente prever tal conduta e estar disposto a aceitar o risco”.

32 Disponível em: <http://publications.europa.eu/resource/cellar/cbe23c9f-8720-43fd-805f-b982c4fca32d.0009.03/DOC_1>.

33 Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62000TJ0067&lang1=en&lang2=PT&type=TXT&ancre=>>>.

a Comissão Europeia multou oito empresas produtoras de tubos de aço sem costura (quatro europeias e quatro japonesas) por terem cometido uma infração única e contínua ao se envolverem em dois acordos de divisão de mercado: um entre fabricantes europeus e japoneses e outro entre fabricantes europeus. Em sua decisão, a Comissão considerou que as oito empresas destinatárias da decisão tinham celebrado um acordo que, entre outros elementos, tinha por objeto o respeito mútuo dos respectivos mercados nacionais. Nos termos deste acordo, cada empresa obrigava-se a não vender tubos OCTG (*Oil Country Tubular Goods*) comuns e tubos de transporte projeto no mercado nacional de outra parte no acordo. O acordo foi celebrado no âmbito de reuniões entre produtores comunitários e japoneses conhecidas sob o nome de “Clube Europa-Japão”. O princípio do respeito dos mercados nacionais era designado pela expressão “regras fundamentais”. A título subsidiário, a Comissão Europeia observou que as regras fundamentais tinham sido efetivamente respeitadas e, portanto, que o acordo produziu efeitos anticoncorrenciais no mercado comum europeu.

O Tribunal Geral confirmou a conclusão da Comissão, afirmando que

um dos princípios essenciais das regras fundamentais era o respeito mútuo dos mercados nacionais dos membros do clube Europa-Japão. Assim, o acordo de respeito dos mercados descrito pela Comissão dizia respeito, a nível comunitário, unicamente aos mercados nacionais dos quatro produtores europeus e não aos outros mercados comunitários. Se a exclusão dos produtores europeus do mercado japonês constituía logicamente o aspecto desta parte das regras fundamentais que interessava aos produtores japoneses, estes sabiam, ou deviam necessariamente compreender, que esse princípio era aplicável tanto a nível intracomunitário como a nível intercontinental.

O argumento das recorrentes japonesas de que os mercados comunitários foram tratados como um mercado único no âmbito do Clube Europa-Japão foi infirmado pelo fato de o mercado *offshore* britânico ter um estatuto especial, “semiprotégido”, no âmbito do acordo de repartição dos mercados. Com efeito, as próprias recorrentes japonesas afirmaram ter vendido tubos de aço sem costura nesse mercado, sem, todavia, o fazerem nos outros mercados comunitários. O Tribunal, então, entendeu que essa infração deveria ser tratada como uma infração única, por ser manifesto que a parte intracomunitária do acordo ilícito punido entravava, pelo menos potencialmente, o comércio entre Estados-membros, de modo que a condição relativa à incidência do acordo no comércio entre Estados-membros estava preenchida no caso em apreço.

Em *Quinn Barlo v. Comissão Europeia*³⁴, de 2006, a Comissão Europeia declarou, em sua decisão inicial, que um determinado número de empresas tinha infringido o art. 81 do Tratado CE e o art. 53 do Acordo sobre o Espaço

34 Acórdão do Tribunal Geral (Terceira Secção) de 30 de novembro de 2011. *Quinn Barlo Ltd, Quinn Plastics NV e Quinn Plastics GmbH contra Comissão Europeia*, § 150.

Econômico Europeu (EEE), ao participar, durante diversos períodos compreendidos entre 23 de janeiro de 1997 e 12 de setembro de 2002, de um conjunto de acordos e de práticas concertadas anticoncorrenciais no setor dos metacrilatos, que abrangia todo o território do EEE. Tratava-se, portanto, de uma infração única e contínua, relacionada aos três produtos em polimetacrilato de metilo: os compostos para moldagem, as placas de PMMA e os artigos para uso sanitário. A infração em causa consistiu em discussões e acordos sobre preços, análise da repercussão dos custos de serviço adicionais nos clientes, troca de informações sensíveis, assim como na participação em reuniões regulares e outros contatos destinados a facilitar a infração. Após recurso, em 2011, o Tribunal Geral anulou a decisão impugnada.

O primeiro fundamento da anulação foi baseado no fato de que a Comissão declarou as recorrentes responsáveis pela sua participação no cartel entre 1º de novembro de 1998 e 23 de fevereiro de 2000, mesmo não tendo sido capaz de demonstrar a participação contínua delas no cartel relativamente a esse período. O segundo fundamento da anulação residiu no fato de que a Comissão considerou que as recorrentes infringiram o art. 81 do Tratado CE e o art. 53 do Acordo EEE, ao participar em um conjunto de acordos e de práticas concertadas relativos não apenas às placas de PMMA, mas, igualmente, aos compostos para moldagem de PMMA e aos artigos para uso sanitário de PMMA. De acordo com o Tribunal, o simples fato de que a Barlo conhecia e prosseguia os objetivos anticoncorrenciais no domínio das placas de PMMA não permitia concluir que tinha conhecimento do objetivo único perseguido pelo cartel como um todo no setor dos metacrilatos. Nos termos da decisão do Tribunal,

a tese da Comissão permitiria imputar a uma empresa uma infração única com base na mera constatação de nexos objetivos entre a referida infração e o acordo no qual participou tal empresa, tais como o pertencimento ao mesmo setor econômico, e isto sem que estivesse sequer demonstrado que estava ciente da existência de tal infração única ou que, razoavelmente, podia prevê-la e estava pronta a aceitar o risco.

Já, na decisão do *Caso Carglass*³⁵, de 2009, a Comissão considerou que a empresa Soliver NV (junto com outros fabricantes de vidros automotivos) foi responsável por uma infração única e contínua no setor. Apesar de a Soliver NV não fazer parte do núcleo duro do cartel (formado pelas empresas Pilkington, Saint-Gobain e AGC/Splintex), ela foi responsabilizada por seus contatos bilaterais anticompetitivos com a AGC/Splintex e com a Saint-Gobain entre novembro de 2001 e março de 2003. Em recurso, o Tribunal Geral anulou a decisão da Comissão com base nos seguintes fatos: (i) a Soliver NV não participou em nenhuma das duas mais importantes reuniões do cartel, ocorridas em 2001 e

35 Ver Caso COMP/39125 – Carglass. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0725\(02\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0725(02)&from=EN)>.

2012, durante as quais os participantes fizeram uma análise geral da operação do cartel e das mudanças necessárias para que a colusão fosse efetiva em termos de manutenção de *market share*; (ii) durante essas reuniões, a Soliver NV não foi incluída entre aquelas empresas cujos *market shares* foram estimados e que figuravam entre os objetivos do cartel; (iii) as notas manuscritas do representante da Soliver NV tomadas durante suas reuniões com a AGC/Splintex e com a Saint-Gobain não indicavam que a Soliver NV estivesse ciente do cartel mais amplo; (iv) os documentos e os declarações extemporâneos de terceiros (inclusive da empresa que requereu acordo de leniência durante a investigação) não foram suficientes para provar o conhecimento e a ciência da Soliver acerca do cartel como um todo.

No caso *Trelleborg Industrie SAS e Trelleborg AB v. Commission*³⁶, de 2009, relativo a um cartel no mercado de mangueiras marinhas, a Comissão Europeia considerou que

(i) as empresas [...] participaram, por vezes de forma diferente, numa infração única e complexa, que tinha por objeto a atribuição de contratos, a fixação de preços, a fixação de quotas, o estabelecimento das condições de venda, a repartição dos mercados geográficos e o intercâmbio de informações sensíveis sobre preços, volumes de vendas e concursos para a adjudicação de contratos; (ii) o cartel começou, pelo menos, em 1º de abril de 1986 (embora seja possível que remontasse ao início dos anos 70) e chegou ao fim em 2 de maio de 2007; (iii) de 13 de maio de 1997 a 21 de junho de 1999 (a seguir “período intermédio”), o cartel teve uma atividade limitada e ocorreram conflitos entre os seus membros; contudo, [...] isso não levou a uma verdadeira interrupção da infração cometida pelos partícipes; com efeito, a estrutura organizada do cartel foi totalmente restabelecida a partir de junho de 1999, segundo as mesmas modalidades e com os mesmos participantes (com exceção de uma empresa, que reintegrou plenamente o cartel no ano seguinte); (iv) conseqüentemente, era de considerar que os produtores tinham cometido uma infração única e contínua, de 1º de abril de 1986 a 2 de maio de 2007, ou, pelo menos, se, apesar de tudo, se viesse a considerar ter havido uma interrupção, uma infração única e repetida.

As empresas Trelleborg Industrie e Trelleborg AB apelaram ao Tribunal Geral europeu, que considerou que a Comissão cometeu um erro de direito ao classificar a infração como contínua, já que não dispunha de qualquer prova de que essas empresas participaram no cartel durante o período intermédio de maio de 1997 a junho de 1999. Durante esse período, a atividade do cartel foi reduzida, ou mesmo inexistente, e, na ausência de indícios consistentes de que as recorrentes ainda pretendiam reiniciar esse cartel ou subscrever os seus objetivos, a Comissão não poderia presumir a sua participação continuada, nem mesmo passiva. Por outro lado, o Tribunal Geral confirmou o entendimento de

36 Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62009TJ0147&lang1=en&type=TEXT&ancre=>>>.

que se tratava de uma infração única, por haver indícios objetivos e concordantes que demonstraram a existência de um plano de conjunto e pelo fato de que as recorrentes não contestaram, na audiência, a identidade dos objetivos das práticas investigadas, dos produtos em causa, das empresas participantes na colusão, das principais formas de execução, dos indivíduos envolvidos em nome das empresas e, por último, do âmbito de aplicação geográfica dessas práticas antes de maio de 1997 e depois de junho de 1999. Por conseguinte, o Tribunal Geral declarou que a Trelleborg Industrie cometeu uma infração única e repetida³⁷.

No caso *Almamet GmbH Handel mit Spänen und Pulvern aus Metall*³⁸, também de 2009, por exemplo, a Comissão Europeia concluiu que os principais fornecedores de carboneto de cálcio e de magnésio para as indústrias do aço e do gás tinham infringido o art. 81(1) do Tratado EC e o art. 53 do Acordo sobre o Espaço Econômico Europeu (EEE), tendo participado de uma infração única e contínua de 7 de abril de 2004 até 16 de janeiro de 2007. A infração consistiu na divisão de mercados, fixação de quotas, atribuição de clientes, fixação de preços e troca de informações comerciais sensíveis relativas a preços, clientes e volumes de vendas no Espaço Econômico Europeu, com exceção de Irlanda, Espanha, Portugal e Reino Unido. A Comissão considerou que, ainda que as condutas tenham afetado dois mercados – de reagentes para as indústrias do aço e do gás, respectivamente – e abrangido três produtos (granulados de carboneto de cálcio, pó de carboneto de cálcio e granulados de magnésio), elas constituíam um conjunto de acordos e práticas concertadas que estavam ligados de modo a configurar uma infração única e contínua.

Em sede de recurso, a empresa contestou o entendimento da Comissão Europeia de que granulados de magnésio fossem substitutos perfeitos do carboneto de cálcio na indústria siderúrgica, o que, por conseguinte, atestaria um “erro manifesto de apreciação” da Comissão quanto ao caráter único e contínuo da infração. Além disso, a recorrente acrescentou que as reuniões das quais participou apenas diziam respeito ao carboneto de cálcio para a indústria siderúrgica. Foram realizadas reuniões separadas entre os fornecedores de carboneto de cálcio para a indústria do gás e, segundo a Comissão, entre produtores de magnésio, alguns dos quais não produziam carboneto de cálcio. Por outro lado, um número de fornecedores de carboneto de cálcio não fornecia magnésio. Segundo a recorrente, daí resulta que não poderia ter havido qualquer plano global que visasse um objetivo comum para o carboneto de cálcio e o magnésio.

37 Infração única e repetida, de abril de 1986 a 13 de maio de 1997 e de 21 de junho de 1999 a maio de 2007, e que a Trelleborg cometeu uma infração única e repetida, de 28 de março de 1996 a 13 de maio de 1997 e de 21 de junho de 1999 a maio de 2007.

38 Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=131702&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=78310>>.

O Tribunal Geral rejeitou os recursos à decisão impugnada. Quanto ao argumento da ausência de substitutibilidade, entendeu que ainda que fosse aceite, como sustentava a recorrente, que os dois produtos – carboneto de cálcio em pó e magnésio – fossem complementares e não substituíveis, isso não bastaria para contestar a existência de uma infração única. O raciocínio da recorrente baseava-se, de forma implícita, mas clara, na premissa de que uma infração única só poderia dizer respeito a um produto ou, no máximo, a produtos substituíveis. O Tribunal entendeu que essa premissa era incorreta. Quanto às reuniões em separado, o órgão de apelação entendeu que os únicos três fornecedores de magnésio acusados de participarem do cartel em relação ao magnésio participaram igualmente do cartel no que se refere ao pó de carboneto de cálcio. Contrariamente ao que sustentava a recorrente, essa dupla participação demonstrava que era pelo menos plausível que existisse um plano global que prosseguisse um objetivo comum aos dois produtos em causa. Além disso, o simples fato de terem sido realizadas reuniões separadas para cada um dos três produtos abrangidos pelo cartel não é suficiente para excluir a existência de uma infração única e contínua, ainda mais se for levado em conta que as reuniões relativas ao magnésio ocorreram, em geral, imediatamente após as relativas ao pó de carboneto de cálcio. Nesse sentido, uma vez que nenhum dos participantes no cartel fornecia todos os três produtos abrangidos, o fato de não haver reuniões conjuntas para todos estes produtos era devido a questões puramente práticas e não era necessariamente uma indicação da ausência de um plano global de prosseguimento de um objetivo comum.

Essa evolução na aplicação da doutrina pela Comissão Europeia conduziu ao desenvolvimento de um novo padrão de provas que a Comissão Europeia precisava satisfazer antes de aplicar penas às empresas por sua participação em uma infração única e contínua. O padrão exigido passou, então, a compreender três critérios, nos termos de Anexiandis, Swanson e Guerrero³⁹:

Idêntico propósito ou objeto. Deve ser demonstrado que o que poderia parecer uma conduta diferente tem um objeto ou propósito “idêntico” aos objetivos anticoncorrenciais supostamente pretendidos, para que as diversas práticas concertadas e acordos detectados no inquérito possam ser considerados “uma série de esforços das empresas em causa com vista a alcançar um único objetivo”⁴⁰;

Objetivo comum idêntico por trás dos diferentes tipos de conduta. É necessário estabelecer evidências de que cada empresa contribuiu, por meio de seu comportamento, para a conquista do objetivo anticoncorrencial comum;

Conhecimento ou ciência ou assunção de risco pela conduta ilegal mais ampla. Deve-se demonstrar que cada empresa investigada “tinha conhecimento da con-

39 ALEXIADIS, P.; SWANSON, D. G.; GUERRERO, A. Raising the EU evidentiary bar for the “single and continuous infringement” doctrine. *Concurrences* nº 4-2016, article 10.

40 Anic Partecipazioni, op. § 197.

duta ilícita dos outros participantes ou podia razoavelmente prever tal conduta e estava disposta a aceitar o risco”.⁴¹

Neste contexto, estudo produzido pela Lexis Nexis em 2014, em parceria com o escritório de advocacia Steptoe and Johnson LLP⁴², realizou um apanhado da jurisprudência da Comissão Europeia para o estabelecimento dos critérios necessários à classificação de uma conduta como única e contínua na União Europeia. Dois seriam os elementos básicos para a correlação das condutas: (i) correlação objetiva (existência de um objetivo global) e (ii) correlação subjetiva (ciência da participação em uma conspiração mais ampla).

Quanto à (i) correlação objetiva (existência de um objetivo global), dois seriam os possíveis critérios para se classificar uma conduta como única e contínua. O primeiro seria uma correlação por identidade, ou seja, as infrações apresentarem características comuns idênticas. Para tanto, dever-se-ia constatar a natureza idêntica dos objetivos das condutas; a natureza idêntica dos produtos e/ou serviços afetados; a natureza idêntica das empresas participantes; a natureza idêntica das formas de operacionalização; e/ou o escopo geográfico idêntico das condutas em questão. Por sua vez, o segundo critério de correlação objetiva seria aquele que trata de uma correlação por complementaridade, ou seja, as infrações serem complementares em sua natureza, mas não idênticas. Para tanto, dever-se-ia constatar que cada conduta lida com uma ou mais consequências do “padrão normal” de concorrência, e que contribui, por meio de interações, para o alcance de um conjunto de efeitos anticompetitivos desejados pelos responsáveis, no âmbito de um plano global com um objetivo único.

Quanto à (ii) correlação subjetiva (ciência da participação em uma conspiração mais ampla), também seriam dois os possíveis critérios para se classificar uma conduta como única e contínua. O primeiro diz respeito à intenção da empresa em contribuir com sua conduta para o objetivo global almejado pelos participantes da infração. Para tanto, poder-se-ia inferir a intenção de uma empresa de contribuir para o objetivo global almejado a partir da participação da empresa em pelo menos um elemento da conduta. A participação precisaria ser mínima para demonstrar o seu envolvimento em uma conduta única e contínua, e o fato de a participação de uma empresa limitar-se a aspectos menores da infração não afetaria a sua responsabilização pela conduta de outras empresas no contexto da infração, durante o período da sua participação na prática anticompetitiva, desde que a empresa tenha conhecimento dos atos ilícitos dos outros participantes, tendo em conta o plano global comum. Por sua vez, o segundo critério de correlação subjetiva diz respeito ao conhecimento pela empresa dos atos ilícitos praticados pelos outros participantes em busca do mesmo objetivo

41 Anic Partecipazioni, op. § 203.

42 Maillard; Keres, 2014.

ou se essa empresa poderia ter razoavelmente previsto que esses ilícitos poderiam ocorrer. Entende-se, inclusive, que a mera previsibilidade razoável dos atos ilícitos cometidos pelos outros participantes satisfaz esse requisito. Nesse sentido, uma empresa poderia pôr termo à sua responsabilidade, distanciando-se aberta e inequivocamente do cartel, para que os outros participantes saibam que ela não mais apoia os objetivos gerais da colusão.

II – PROPOSTA DE PARÂMETROS: COLUSÃO ÚNICA OU COLUSÕES MÚLTIPLAS NO DIREITO ANTITRUSTE

No Brasil, algumas regras processuais e a experiência judicial podem auxiliar na tomada de decisão sobre a existência de uma infração única ou múltiplas infrações. No Judiciário, os temas conexão e continência são os institutos que podem tangenciar a questão posta sob discussão⁴³. Além deles, o critério da economia processual também pode ser invocado, para se processar uma infração como única ou como múltiplas infrações⁴⁴. Ademais, a possibilidade de desmembramento é uma realidade tanto na esfera cível e criminal quanto administrativa, que subsidia o processamento de denúncias em face dos réus como múltiplas condutas⁴⁵. Ainda, em termos de legislação penal, é possível indicar outros dois institutos que podem trazer luz à questão posta sob discussão:

-
- 43 O novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, trata dos institutos da conexão e continência. O art. 55 preconiza que “*reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir*” (g.n.); enquanto que, em seu art. 56, indica que “*dá-se continência entre 2 (duas) ou mais ações quando houver identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o pedido de uma, por ser mais amplo, abrange o das demais*” (g.n.).
- 44 Quanto à economia processual que consta, por exemplo, da Lei nº 9.099/1995, o art. 62 indica que “o processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade”. A Lei nº 11.101/2005, no art. 75, parágrafo único, indica que “o processo de falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual”.
- 45 O desmembramento está contemplado na esfera cível no Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, art. 113, § 1º, que preconiza que “o juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes na fase de conhecimento, na liquidação da sentença ou na execução, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa ou o cumprimento da sentença” (g.n.). Também há semelhança na esfera criminal no Código de Processo Penal, Lei nº 3.689/1941, art. 80, que diz: “Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação” (g.n.). O Poder Judiciário já se manifestou quanto à possibilidade de desmembramento do processo criminal, tal qual exposto no Agravo Regimental na Ação Penal nº 804/DF (2015/0023793-9) do Superior Tribunal de Justiça. Especificamente na esfera concorrencial, o Judiciário também já se manifestou quanto à possibilidade, legalidade, inexistência de nulidade e mesmo adequabilidade do desmembramento de processo antitruste em face da grande quantidade de representados e da dificuldade da notificação de pessoas estrangeiras no AGA 2009.01.00.061960-9/DF, Relator Desembargador Federal Fagundes de Deus, 5ª Turma, e-DJF1 03.11.2010, p. 246. Ressalta-se, ainda, que administrativamente no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), de acordo com o art. 148 do Regimento Interno do Cade, há a possibilidade de desmembramento de processos administrativos nas hipóteses de (I) infrações terem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes; (II) excessivo número de representados e para não comprometer a duração razoável do processo ou dificultar a defesa; (III) dificuldade de realizar a notificação de um ou mais representados; ou (IV) por outro motivo relevante.

a classificação da conduta como crime continuado⁴⁶ ou crime permanente⁴⁷. Entende-se que tais institutos, já existentes na realidade brasileira, também podem ser invocados pela autoridade da concorrência como fontes de motivação de um ato administrativo em sua tomada de decisão sobre a persecução de um cartel como único ou como múltiplos cartéis.

Em que pese isso, o presente artigo visa contribuir com a doutrina, propondo parâmetros – não exaustivos, mas exemplificativos, a serem avaliados em termos de preponderância, não cumulativos –, para auxiliar na tomada de decisão quando da definição sobre a existência de condutas conjuntas (colusão única) ou separadas (colusões múltiplas). O objetivo é conferir maior segurança e previsibilidade à tomada de decisão, o que não descarta a inexorável subjetividade desse tipo de análise, tal qual apontado no *Grand Jury Practice Manual* do DOJ, nos Estados Unidos. O que se espera, portanto, é auxiliar uma decisão tecnicamente motivada, levando em consideração os fatos de que se tem conhecimento e que se pode provar no momento da tomada de decisão. Em todos os casos, ao longo da investigação, a partir de novas informações e documentos obtidos sobre a colusão, será possível realizar uma nova avaliação sobre o tratamento dos fatos como um cartel único ou como múltiplos cartéis, o que não invalida a tomada de decisão anterior, pois está calcada na razoabilidade e na proporcionalidade, e baseada em critérios técnicos. Passa-se, assim, a detalhar as propostas de parâmetros apresentadas nesse artigo.

Assim, propõe-se, no presente artigo, que, quando da análise da existência de uma colusão única ou de múltiplas colusões, pelo menos os dez parâmetros a seguir sejam considerados. Tais parâmetros são apresentados entre aqueles objetivos, por dizerem respeito a elementos da conduta, e aqueles subjetivos, por dizerem respeito às pessoas jurídicas ou físicas envolvidas na conduta. Importante ressaltar, desde já, que essa lista de parâmetros proposta é exemplificativa e não deve ser lida como uma *checklist* taxativa.

A análise a respeito da configuração de uma colusão única ou de múltiplas colusões deve ser realizada, também, com base no critério de preponde-

46 No Brasil, o crime continuado encontra-se disciplinado no art. 71 do Código Penal, com a seguinte redação: "Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. Parágrafo único. Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código Penal".

47 O crime permanente é uma das modalidades de delito cuja característica peculiar é a prolongação e manutenção da sua consumação durante indeterminado lapso de tempo, de acordo com a vontade do agente. Esse só terminará de agredir o bem jurídico tutelado pela norma se assim o quiser ou por circunstâncias alheias à sua vontade (por exemplo, se capturado pela polícia). Assim, praticando a conduta descrita como crime, essa perdura no tempo, sendo sua consumação renovada a cada segundo.

rância. Isso significa que, no caso concreto, devem ser avaliados se preponderam parâmetros para uma colusão única ou se preponderam parâmetros para múltiplas colusões, sendo certo que, na maioria dos casos, haverá elementos apontando para ambas as direções. O que definirá a conclusão será, portanto, o peso a ser dado a cada parâmetro analisado *in concreto*, levando em conta os fatos de que se têm conhecimento e se é capaz de comprovar no momento da tomada de decisão.

PARÂMETROS OBJETIVOS		
1)	OBJETIVO	Há um objetivo global ou um propósito ou uma meta comum?
2)	IMPLEMENTAÇÃO DA CONDUTA	O <i>modus operandi</i> é idêntico ou similar (i.e., ferramentas de operacionalização)?
3)	MERCADO DE PRODUTO/SERVIÇOS	O mercado de produto ou serviço afetado é idêntico ou similar?
4)	MERCADO GEOGRÁFICO	O mercado geográfico é idêntico ou complementar?
5)	PERÍODO DA CONDUTA	A duração é idêntica, sobreposta ou complementar?
6)	TIPOLOGIA DA CONDUTA	Os tipos de conduta são idênticos ou similares?
PARÂMETROS SUBJETIVOS		
7)	EMPRESAS PARTICIPANTES	As principais pessoas jurídicas participantes são idênticas ou têm um “núcleo duro” comum?
8)	INDIVÍDUOS PARTICIPANTES	As principais pessoas físicas participantes são idênticas ou têm um “núcleo duro” em comum?
9)	EXISTÊNCIA DE UM ELO DE INTERLIGAÇÃO	Há um <i>hub</i> que facilita a conduta?
10)	ESCOPO DE CLIENTES AFETADOS	Os clientes (ou tipos de clientes) afetados são os mesmos e/ou têm demandas/processos de compra semelhantes?

A seguir, são apresentados os elementos que podem auxiliar na compreensão de cada um desses parâmetros. Deve-se ter em mente que um parâmetro não pode ser utilizado isoladamente como critério único para a tomada de decisão. Alguns deles tenderão, por vezes, a ser mais relevantes, como os parâmetros 1) e 2), por exemplo, ao passo que os parâmetros 5), 6) e 10) tendem a ser mais acessórios para a tomada de decisão. É o que se passa a expor.

II.1 OBJETIVO DA CONDUTA

Na análise quanto ao objetivo da conduta (parâmetro objetivo), propõe-se averiguar se os participantes das condutas (empresas e indivíduos) almejam e contribuem, por meio de seus comportamentos individualmente considerados, para o alcance de um mesmo objetivo global ou para um propósito ou uma meta comum. Propõe-se que se analise, no caso concreto, se cada um dos participantes tem ciência ou pelo menos poderia razoavelmente prever/antever/especular existir um objetivo global ou um propósito ou uma meta comum de cartelização, sendo sua atuação importante/imprescindível/auxiliar para que

fosse alcançado o acordo mais amplo. Apresenta-se listagem exemplificativa de situações que podem auxiliar na análise desse parâmetro.

Propõe-se que se considere ter elementos caracterizadores de uma *colusão única* quando: (a) os participantes estão cientes de que há um objetivo global ou um propósito ou uma meta comum de cartelizar um mercado de produto/serviços em uma determinada área geográfica – p. ex., “missão”, “visão”, “valores” e/ou “regras” da atuação conjunta, ou divisão de mercado de todos os clientes (ou dos principais clientes) e/ou fixação de preços por meio de tabelas aplicáveis a todo o mercado; (b) os participantes dirigem seus esforços para a realização de um único objetivo ou de um propósito ou uma meta comum (existência de um “concerto de ações unificado”); (c) algum dos participantes atua apenas em parte das condutas, mas conhece e tem ciência dos demais participantes (em sua totalidade ou em parte, ainda que apenas do “núcleo duro”) e dos termos do objetivo global ou do propósito ou da meta comum de cartelização (“empreendimento coletivo voltado para o alcance de um objetivo comum”); (d) algum dos participantes atua apenas em parte das condutas, não conhece os demais participantes (em sua totalidade ou em parte) nem os termos do objetivo global ou do propósito ou da meta comum de cartelização, mas tem ciência específica de que sua atuação contribui para o acordo mais amplo ou poderia razoavelmente prever/antever/especular existir um objetivo global ou um propósito ou uma meta comum de cartelização, ainda que não conheça com exatidão os termos desse acordo mais amplo – p. ex., empresa de menor porte que, apesar de participar apenas de uma licitação local, é informada por outra empresa de médio ou grande porte ou por um agente público que vencerá um determinado lote da obra licitada, mas que, em contrapartida, não deverá apresentar propostas em outros lotes, para não “atrapalhar” o mercado; (e) algum dos participantes atua apenas em parte das condutas, não conhece os demais participantes (em sua totalidade ou em parte) nem os termos do objetivo global ou do propósito ou da meta comum de cartelização, mas tem ciência específica de que sua atuação é importante/imprescindível/auxiliar para alcançar o objetivo global ou o propósito ou a meta comum de cartelização; e/ou (f) o acordo contemple a realização de um resultado contínuo, que não prossegue sem a cooperação contínua dos participantes para mantê-lo.

Por sua vez, propõe-se que se considere ter elementos caracterizadores de *múltiplas colusões* quando: (a) os participantes em conluio agem de maneira separada, paralela e independentemente dos participantes de outro conluio, com objetivos próprios/específicos e sem um propósito ou uma meta comum; e/ou (b) os participantes em conluio agem de maneira separada, paralela e independentemente dos participantes de outro conluio, com *modus operandi* distintos e de maneira desconectada.

A nosso ver, a análise desse parâmetro, em especial quando embasado em evidências do caso *in concreto*, poderá vir a ser considerada como elemento preponderante na tomada de decisão, com forte peso em comparação com os demais parâmetros.

II.2 IMPLEMENTAÇÃO DA CONDUTA

Na análise quanto à implementação da conduta (parâmetro objetivo), propõe-se averiguar se os instrumentos/formas/ferramentas de implementação das condutas são iguais ou semelhantes. Há que se analisar o conjunto probatório do caso concreto em investigação no momento da tomada de decisão e verificar se há ou não semelhanças substanciais na maneira de operacionalização/*modus operandi* do cartel. Apresenta-se listagem exemplificativa de situações que podem auxiliar na análise desse parâmetro.

Propõe-se que se considere ter elementos caracterizadores de uma *colusão única* quando: os participantes elaboram e utilizam instrumentos/formas/ferramentas idênticos ou similares com o objetivo global ou propósito ou meta comum de cartelizar determinado mercado de produto ou serviços em uma determinada área geográfica – p. ex., planilhas em Excel de definição de prioridades de submercados/cliente/licitação, planilhas de monitoramento do cumprimento das decisões do cartel, tabelas para definição de preços ou de divisão de clientes, sistema (explícito ou implícito) de rodízio ou de compensação, etc.

Por sua vez, propõe-se que se considere ter elementos caracterizadores de *múltiplas colusões* quando: os participantes possuem ferramentas substancialmente diferentes e desconectadas de implementação das condutas.

A nosso ver, a análise desse parâmetro, em especial quando embasado em evidências do caso *in concreto*, também poderá vir a ser considerada como elemento preponderante na tomada de decisão, com forte peso em comparação com os demais parâmetros.

II.3 MERCADO DE PRODUTO/SERVIÇO

Na análise quanto ao mercado de produto/serviço (parâmetro objetivo) afetado pela colusão, propõe-se averiguar se as condutas afetam um mesmo mercado de produto ou de serviço, ou similares ou complementares, no qual os participantes da conduta (empresas e indivíduos) travam suas relações de concorrência. A existência de submercados também deve ser considerada, em que pese possam existir diferenças no modo de produção/prestação do serviço pelas empresas atuantes em cada um dos submercados. Apresenta-se listagem exemplificativa de situações que podem auxiliar na análise desse parâmetro.

Propõe-se que se considere ter elementos caracterizadores de uma *colusão única* quando: (a) existem barreiras à entrada (p. ex., tecnologia, barreiras técnicas, importações, etc.), e apenas (ou principalmente) os participantes conseguem entrar e se manter no mercado, de modo que utilizam seu poder de mercado em submercados para retaliar ou impedir o acesso de concorrentes atuantes em outros submercados; (b) o fornecimento do produto ou a prestação do serviço é vinculado ao preenchimento de um determinado requisito técnico (p. ex., atestações em licitações), de modo que os participantes da conduta são os únicos ou praticamente os únicos a preencherem tal requisito em uma série de contratações; (c) há um potencial de ampliação do escopo da investigação naquele mercado de produto ou serviço, afetando não apenas um determinado submercado/cliente/licitação, mas diversos outros que podem ter sido alvo da conduta anticompetitiva dos participantes que atuavam sob um mesmo *modus operandi*; e/ou (d) há mesas próprias para negociação de cada produto – ainda que não sejam produtos substitutos perfeitos –, mas com dinâmicas muito semelhantes e envolvendo participantes em comum (ainda que não todos), configurando compensações entre as empresas em mais de um mercado similar ou complementar.

Por sua vez, propõe-se que se considere ter elementos caracterizadores de *múltiplas colusões* quando: (a) existem barreiras regulatórias/técnicas que influenciam substancialmente a capacidade de entrada e manutenção das empresas no mercado, e os diferentes grupos de empresas atuam em mercados distintos; e/ou (b) o fornecimento do produto ou a prestação do serviço é vinculado ao preenchimento de um determinado requisito técnico (p. ex., atestações em licitações), mas as contratações trazem atestações bastante diferenciadas e/ou específicas, que alteram de modo substancial o grupo que preenche tais requisitos técnicos em cada uma das licitações, inviabilizando um arranjo *quid pro quo* (de compensações) entre as empresas.

II.4 MERCADO GEOGRÁFICO

Na análise quanto ao mercado geográfico (parâmetro objetivo) afetado pela colusão, propõe-se averiguar se as condutas ocorreram no mesmo mercado geográfico ou se eles são similares ou complementares, de modo a viabilizar eventual compensação entre os participantes. Apresenta-se listagem exemplificativa de situações que podem auxiliar na análise desse parâmetro.

Propõe-se que se considere ter elementos caracterizadores de uma *colusão única* quando: os participantes em conluio conseguem vender produtos ou prestar serviços em diversas localidades – inclusive mundialmente –, de modo a permitir uma divisão de mercado de clientes/obras/regiões de atuação de cada um dos participantes.

Por sua vez, propõe-se que se considere ter elementos caracterizadores de *múltiplas colusões* quando: os participantes em conluio agem em mercados geográficos distintos de forma separada, paralela e independente dos participantes de outro conluio, com objetivos próprios/específicos e sem um propósito ou uma meta comum.

II.5 PERÍODO DA CONDUTA

Na análise quanto ao período da conduta (parâmetro objetivo), propõe-se averiguar se as condutas foram implementadas durante o mesmo período de tempo, por períodos parcial ou totalmente coincidentes ou se foram complementares/continuados/permanentes. Apresenta-se listagem exemplificativa de situações que podem auxiliar na análise desse parâmetro.

Propõe-se que se considere ter elementos caracterizadores de *colusão única* quando: (a) as condutas são implementadas concomitantemente, sob a égide de um mesmo objetivo comum e de um mesmo modo de implementação; (b) as condutas, praticadas em períodos parcialmente coincidentes, refletem continuidade das práticas colusivas ao longo do tempo, ainda que com interrupções temporárias; (c) uma empresa interrompe sua participação na infração, mas participa dela antes e depois dessa interrupção e contribui para o propósito geral; (d) os períodos de implementação da conduta são complementares/continuados/permanentes, utilizados como modo de divisão/rodízio entre as empresas.

Por sua vez, propõe-se que se considere ter elementos caracterizadores de *múltiplas colusões* quando: as condutas colusivas acontecem em lapsos temporais significativamente distintos, sem liames de que a anterior tenha tido impacto/influência – explícito ou implícito – na posterior, e sem identidade de objetivo ou meta comum.

A nosso ver, a análise desse parâmetro tende a ser acessória, dado configurar apenas elemento de reforço na análise de preponderância de todos os outros parâmetros apresentados.

II.6 TIPOLOGIA DA CONDUTA

Na análise quanto à tipologia da conduta (parâmetro objetivo), propõe-se averiguar se os tipos de ajustes anticompetitivos realizados pelos participantes são iguais ou semelhantes. Entre os principais tipos de cartel estão aqueles que constituem acordos para a fixação de preços, para a divisão de mercado, para a troca de informações sensíveis, acordos do tipo *hub-and-spoke*, acordos facilitados por um terceiro que influencia a adoção de conduta comercial uniforme, entre outros, e suas respectivas nuances. Apresenta-se listagem exemplificativa de situações que podem auxiliar na análise desse parâmetro.

Propõe-se que se considere ter elementos caracterizadores de *colusão única* quando: o mesmo tipo de conduta é implementado pelos participantes (empresas e indivíduos), operacionalizado pelo mesmo tipo de instrumento/*modus operandi*.

Por sua vez, propõe-se que se considere ter elementos caracterizadores de *múltiplas colusões* quando: um grupo de participantes adota tipos de conduta anticompetitivas substancialmente diferentes e desconectados dos tipos de conduta implementados por outro grupo de participantes, ainda que no mesmo mercado – p. ex., um grupo de participantes troca informações comercial e concorrencialmente sensíveis sobre reajustes de preços, facilitado por uma associação, ao passo que outro grupo de participantes (ainda que haja certa coincidência) realiza encontros semanais para divisão de clientes em todo o mercado.

A nosso ver, a análise desse parâmetro tende a ser acessória, dado configurar apenas elemento de reforço na análise de preponderância de todos os outros parâmetros apresentados.

II.7 EMPRESAS PARTICIPANTES

Na análise quanto às empresas participantes (parâmetro subjetivo), propõe-se averiguar se as mesmas empresas, no todo ou em parte, participam das condutas anticompetitivas investigadas. Apresenta-se listagem exemplificativa de situações que podem auxiliar na análise desse parâmetro.

Propõe-se que se considere ter elementos caracterizadores de uma *colusão única* quando: (a) os participantes principais da colusão definem conjuntamente um objetivo global ou um propósito ou uma meta comum de cartelizar determinado mercado de produto ou serviços em uma determinada área geográfica; (b) os participantes principais da colusão são praticamente os mesmos ao longo do tempo naquele mercado de produto ou serviços, de modo que existe um “núcleo duro” de tomada de decisão, que coordena/organiza/fomenta as discussões anticompetitivas e agrega, a depender das circunstâncias específicas, outras empresas locais, entrantes, etc. Não é necessário que todos os participantes se envolvam em todas as fases da conduta, de modo que os participantes podem mudar ao longo do tempo, desde que permaneça a característica do “núcleo duro” de tomada de decisões. Ademais, não é necessário que todos os participantes conheçam todas as atividades de cartelização e/ou o papel de todos os demais participantes para que se tenha uma colusão única.

Por sua vez, propõe-se que se considere ter elementos caracterizadores de *múltiplas colusões* quando: os participantes em conluio agem separada, paralela e independentemente dos participantes de outro conluio (ainda que haja alguma coincidência), com objetivos próprios/específicos e sem um propósito

ou uma meta comum, sem mecanismos – implícitos ou explícitos – de compensação entre as formas de atuação dos dois grupos.

11.8 INDIVÍDUOS PARTICIPANTES

Na análise quanto aos indivíduos participantes (parâmetro subjetivo), propõe-se averiguar se os mesmos indivíduos, no todo ou em parte, participam das condutas anticompetitivas investigadas. Apresenta-se listagem exemplificativa de situações que podem auxiliar na análise desse parâmetro.

Propõe-se que se considere ter elementos caracterizadores de uma *colusão única* quando: (a) os indivíduos principais da colusão definem conjuntamente um objetivo global ou um propósito ou uma meta comum de cartelizar determinado mercado de produto ou serviços em uma determinada área geográfica; (b) os indivíduos principais da colusão são praticamente os mesmos ao longo do tempo naquele mercado de produto ou serviços, de modo que existe um “núcleo duro” de tomada de decisão (seja ele quanto à própria pessoa ou quanto ao cargo ocupado pelo indivíduo responsável pela tomada de decisão na empresa), que coordena/organiza/fomenta as discussões anticompetitivas e agrega, a depender das circunstâncias específicas, outras empresas locais, entrantes, etc. Não é necessário que todos os indivíduos se envolvam em todas as fases da conduta, de modo que os indivíduos podem mudar ao longo do tempo, desde que permaneça a característica do “núcleo duro” de tomada de decisões. Também não é necessário que todos os indivíduos conheçam todas as atividades de cartelização e/ou o papel de todos os demais indivíduos para que se tenha uma colusão única.

Por sua vez, propõe-se que se considere ter elementos caracterizadores de *múltiplas colusões* quando: os indivíduos principais da colusão são divididos por submercados de produto ou serviços, de modo que não existe um “núcleo duro” de tomada de decisão (seja ele quanto à própria pessoa ou quanto ao cargo ocupado pelo indivíduo que toma a decisão nas empresas), que coordena/organiza/fomenta as discussões anticompetitivas e agrega, a depender das circunstâncias específicas, outras empresas locais, entrantes, etc., ainda que haja alguma coincidência de pessoas do altíssimo escalão das empresas.

11.9 ELO COMUM DE INTERLIGAÇÃO

Na análise quanto aos elos comuns de interligação (parâmetro subjetivo), propõe-se avaliar se há algum elo/conector/*hub* que facilita a implementação das condutas. Apresenta-se listagem exemplificativa de situações que podem auxiliar na análise desse parâmetro.

Propõe-se que se considere ter elementos caracterizadores de uma *colusão única* quando: associação/sindicato/consultoria/empresa verticalmen-

te integrada/agente público ou político/indivíduo-“chave”, entre outros, atua como elo/conector/*hub* da conduta, organizando/facilitando/incentivando/viabilizando os contatos e o monitoramento do acordo colusivo entre os demais participantes envolvidos no esquema (*spokes*), e garantindo a existência e a implementação do objetivo global ou propósito ou meta comum.

Por sua vez, propõe-se que se considere ter elementos caracterizadores de *múltiplas colusões* quando: os participantes agem de maneira separada, paralela e independentemente dos participantes de outro conluio, ainda que com a organização/facilitação/incentivo/viabilização de um *hub*, sem ciência ou a capacidade razoável de prever/antever/especular existir um objetivo global ou um propósito comum de cartelização.

II.10 ESCOPO DE CLIENTES AFETADOS

Na análise quanto ao escopo de clientes afetados (parâmetro subjetivo), propõe-se averiguar se as condutas afetaram os mesmos clientes (ou tipos de clientes), se há processos de compra semelhantes e/ou se a natureza ou a necessidade de aquisição/contratação são comuns ou complementares em um determinado mercado de produto/serviços. Apresenta-se listagem exemplificativa de situações que podem auxiliar na análise desse parâmetro.

Propõe-se que se considere ter elementos caracterizadores de uma *colusão única* quando: (a) o cliente for o mesmo (ou o mesmo tipo de cliente) e a aquisição/contratação for realizada em diversas parcelas/licitações/lotes, mas todos de um mesmo tipo de produto ou serviços; (b) a aquisição/contratação for de um mesmo tipo de produto ou serviço, com uma demanda/um processo de compra semelhante, ainda que haja diferentes clientes e haja ajustes entre os participantes para que diferentes clientes sejam compensados entre si.

Por sua vez, propõe-se que se considere ter elementos caracterizadores de *múltiplas colusões* quando: a aquisição/contratação for de tipos diferentes de produto ou serviço, com diferentes clientes, ainda que com uma demanda/um processo de compra semelhante.

A nosso ver, a análise desse parâmetro tende a ser acessória, dado configurar apenas elemento de reforço na análise de preponderância de todos os outros parâmetros apresentados.

CONCLUSÃO

Diante da breve apresentação sobre a experiência internacional e nacional, buscou-se identificar quais os elementos existentes para que se enxergue a Hidra de Lerna de um caso concreto como detentora de uma única cabeça de serpente (cartel único) ou com múltiplas cabeças, passíveis de multiplicação a

cada novo corte (cartéis múltiplos). A partir dessa analogia da mitologia grega, foram propostos dez parâmetros para auxiliar na tomada de decisão quanto à existência de uma colusão única ou de múltiplas colusões.

Conclui-se no sentido de que essa análise dos parâmetros deve ser realizada com base no critério de preponderância. Isso significa que, no caso concreto, devem ser avaliados se preponderam parâmetros para uma colusão única ou se preponderam parâmetros para múltiplas colusões, sendo certo que, na maioria dos casos, haverá elementos apontando para ambas as direções. O que definirá a conclusão será, portanto, o peso a ser dado a cada parâmetro analisado *in concreto*.

Em qualquer das duas hipóteses, há que se manter alerta a eventuais tentativas de manipulação dos fatos e das evidências por parte das empresas e dos indivíduos que colaboram com as investigações, tanto em acordos de leniência⁴⁸ quanto em Termos de Compromisso de Cessação (TCCs)⁴⁹. Há que se ter em mente, também, que, ao longo da investigação, a partir de novos documentos e informações obtidos sobre a colusão, seja possível realizar uma nova avaliação sobre o tratamento dos fatos e das evidências como um cartel único ou como múltiplos cartéis, o que não invalida a tomada de decisão anterior, pois estará calcada na razoabilidade e na proporcionalidade, e baseada em critérios técnicos. Nessa situação, os investigados deverão ter garantido o direito ao contraditório e à ampla defesa, sem qualquer prejuízo que resulte em perda de direitos processuais garantidos pelo direito administrativo sancionador.

Independentemente do resultado da análise – se um cartel único ou se múltiplos cartéis –, deve ser realizada a imputação dos fatos que cada um dos participantes especificamente praticou, ainda que haja uma colusão de escopo mais amplo. Ademais, a penalidade de cada um necessariamente deve ser analisada individualmente, levando em conta os parâmetros da dosimetria definidos no art. 45 da Lei nº 12.529/2011, sem se almejar uma penalização idêntica a todos os envolvidos – fato esse que foi justamente a crítica dos Tribunais europeus antes da mudança de posicionamento da Comissão Europeia.

48 Em sede dos acordos de leniência antitruste (nos termos dos arts. 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011), os participantes podem ter incentivos perversos a “fatiar” as condutas anticompetitivas em múltiplas colusões, a fim de receberem novos descontos de leniência *plus*. A leniência *plus* consiste na redução de um terço da penalidade aplicável à empresa e/ou à pessoa física que não se qualifica para um acordo de leniência com relação a um determinado cartel do qual tenha participado, mas que fornece informações acerca de um outro cartel sobre o qual a Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) não tinha qualquer conhecimento prévio, nos termos do art. 249 do Ricate e do art. 86, §§ 7º e 8º, da Lei nº 12.529/2011.

49 Em sede de negociação dos Termos de Compromisso de Cessação com o Cade, os participantes podem ter incentivos perversos para ampliar o escopo da investigação para além dos seus limites factuais (seja para que se argua descumprimento da obrigação de colaboração do signatário, seja para que aquele compromissário receba um desconto maior, ainda que dentro dos limites previstos no Regimento Interno do Cade) ou mesmo para reduzir o escopo da investigação (seja para que se argua descumprimento da obrigação de colaboração do signatário, seja para reduzir a base de cálculo da sua penalização).

Relembra-se, por fim, que o objetivo deste artigo ao propor esses parâmetros – não exaustivos, mas exemplificativos, a serem avaliados em termos de preponderância, não cumulativos – é conferir maior segurança e previsibilidade à tomada de decisão, mas isso não descarta a inexorável subjetividade desse tipo de análise, tal qual apontado no *Grand Jury Manual* do DOJ nos Estados Unidos. O que se espera, portanto, é que a decisão seja tecnicamente motivada, levando em conta os fatos de que se tem conhecimento e é capaz de comprovar no momento da tomada de decisão. A Hidra de Lerna do caso concreto, portanto, deverá ser analisada e reanalisada constantemente, a fim de se verificar se há novas cabeças de serpente (novos cartéis, caracterizando múltiplas colusões) ou se se trata de uma ilusão de ótica, por se ter apenas uma única cabeça (cartel único).

REFERÊNCIAS

- ALEXIADIS, P.; SWANSON, D. G.; GUERRERO A. Raising the EU evidentiary bar for the “single and continuous infringement” doctrine. *Concurrences* nº 4-2016, article 10.
- ANDRADE, André. Dos crimes continuado e permanente e a inconstitucionalidade da Súmula nº 711 do STF.
- BRASIL. Código Penal. Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.
- _____. Lei de Defesa da Concorrência. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.
- _____. Lei dos Juizados Especiais. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.
- _____. Novo Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.
- _____. Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Ricade.
- _____. Resolução nº 3, de 29 de maio de 2012, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.
- _____. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental na Ação Penal nº 2015/0023793-9, Agravante: Sérgio Manoel Nader Borges, Agravado: Ministério Público Federal, Relator Ministro Og Fernandes, Brasília, 3 de maio de 2017.
- _____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 2009.01.00.061960-9, Agravante: Eric Mignonat, Agravado: União Federal, Relator Desembargador Federal Fagundes de Deus, Brasília, 3 de novembro de 2010.
- ESTADOS UNIDOS. Antitrust Resource Manual. *Department of Justice*, U.S. Attorneys, 1997.
- _____. Grand Jury Practice Manual. *Department of Justice*, Antitrust Division, 1991.
- _____. *Braverman v. U.S.*, 317 U.S. 49 (1942).
- _____. *Kotteakos v. U.S.*, 328 U.S. 750, 750 (1946).
- _____. *Blumenthal v. U.S.*, 332 U.S. 539, 541 (1947).
- _____. *U.S. v. Palermo*, 410 F.2d 468, 469 (7th Cir. 1969).

_____. *U.S. v. Varelli*, 407 F.2d 735, 739 (7th Cir. 1969).

_____. *U.S. v. Licausi*, 413 F.2d 1118 (1969).

_____. *State v. Louf*, 314 A.2d 376, (1973).

_____. *U.S. v. Richerson*, 833 F.2d 1147, 1153 (5th Cir. 1987).

_____. *U.S. v. Ghazaleh*, 58 F.3d 240, 245 (6th Cir. 1995).

_____. *U.S. v. Maliszewski*, 161 F.3d 992 (1998).

_____. *Braverman v. US*, 317 U.S. 49 (1942).

_____. *Kotteakos v. US*, 328 U.S. 750, 750 (1946).

FONSECA NETO, Alcides da. *O crime continuado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GUNIGANTI, Pallavi. DOJ takes more care with leniency markers, say acting antitrust head. *Global Competition Review*, 3 february 2017.

MAILLARD, Jean-Nicolas; KERES, Camille. *Single Continuous Infringement*, december 2014.

UNIÃO EUROPEIA. *Enichem Anic Partecipazioni SpA v. Comissão Europeia*, § 204. Julgamento do Tribunal de Primeira Instância de 17 de dezembro de 1991.

_____. *Enichem Anic SpA v. Commission of the European Communities* (1991).

_____. *Cimenteries CBR and Others v. Commission* (1994).

_____. *JFE Engineering Corp., formerly NKK Corp., Nippon Steel Corp., JFE Steel Corp. and Sumitomo Metal Industries Ltd v. Commission* (2004).

_____. *Quinn Barlo Ltd, Quinn Plastics NV e Quinn Plastics GmbH* (2006).

_____. *Gas Insulation Switchgear* (2007).

_____. *European Commission, Almamet GmbH Handel mit Spänen und Pulvern aus Metall v. European Commission* (2012).

_____. *Trelleborg Industrie SAS e Trelleborg AB v. Commission* (2013).