

**Direito Concorrencial e Contencioso**

[Mauro Grinberg](#) | [Paloma Almeida](#) | [Catarina Lobo Cordão](#)

## Revisão de decisão por falta de individualização da conduta

Em 16.08.2017, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) condenou um grupo de empresas pelo que ficou conhecido como o cartel da manutenção predial<sup>1</sup>. Entre essas empresas, estava a RMZ (atualmente MZE, doravante RMZ/MZE), que apresentou embargos de declaração com efeito infringente. O Conselheiro Relator Paulo Burnier da Silveira não acolheu os embargos que, entretanto, tiveram acolhida pelo Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia, cujo voto-vogal revelou-se majoritário e acabou por revogar a condenação da embargante, de maneira inédita na história do órgão antitruste.

O voto-vogal tem alguns pontos que merecem reflexão, sobretudo considerando seu ineditismo para a análise da extensão e da possibilidade de efeitos infringentes, bem como sua relevância para a individualização da conduta e correta investigação da prática de cartel, por exemplo. Nesse sentido, descreveremos pontos relevantes (ainda que resumidamente) do referido voto, de modo a analisá-lo sob a égide de precedentes do Cade e de Cortes Judiciais no Brasil, a fim de nortear o tema sob uma perspectiva doutrinária e relativamente empírica, tanto em termos de conceituação como de sua extensão.

### INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA - MATERIALIDADE

Esse recente caso é extremamente importante à delimitação da individualização da conduta no âmbito do órgão antitruste. Isso porque concede robustez à questão da individualização e também ao nexos causal. Com base em sua leitura, torna-se possível concluir que, sobretudo para fins de condenação em casos de cartel, não bastará apenas a referência ao ou consideração do instituto da responsabilidade objetiva, sob pena de violação de princípios constitucionais e de incorreta aplicação do direito antitruste, com subsequente aumento do número de pedidos de revisão ou de anulação de decisões do Cade perante o Poder Judiciário.

---

<sup>1</sup> Processo Administrativo nº 08012.006130/2006-22.

Sobre isso, deve-se, em primeiro lugar, tratar da imperiosa necessidade de individualização da conduta. Tal instituto determina que qualquer acusação não pode ser, de forma alguma, genérica ou não descrever suficientemente os fatos na sua devida conformação e sobretudo mostrar como cada parte acusada tem relação com a suposta infração, sob pena de violação de postulados básicos de um Estado Democrático de Direito, como o direito à ampla defesa<sup>2</sup> e a dignidade da pessoa humana<sup>3</sup>. Sendo assim, a correta e detalhada individualização pode evitar a inépcia e conferir justa causa a uma denúncia.

O Supremo Tribunal Federal – STF já se pronunciou sobre essa questão, quando, em 2013, por votação unânime, a Segunda Turma determinou o trancamento de ação penal em curso na 8ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de Porto Alegre (RS) contra J.L.M., acusado, juntamente com diversos outros corréus, dos crimes de formação de cartel, tráfico de influência, corrupção ativa e formação de quadrilha. A decisão foi tomada no julgamento do Habeas Corpus nº 113386<sup>4</sup>. Em sua decisão, o STF entendeu pela inépcia da denúncia e falta de justa causa, visto que não constava da acusação a individualização dos supostos crimes que J.L.M. teria cometido.

Sobre isso, o Ministro Gilmar Mendes ressaltou a excepcionalidade do trancamento de ação penal, que ocorreria por falta de justa causa ou por inépcia da denúncia. Segundo ele, as imputações feitas teriam sido genéricas e sem fornecer qualquer suporte fático para corroborar a denúncia, de modo que, “a rigor, a conduta dele nem está descrita”. Além disso, o Ministro também cita comentários de Günther Dürig ao art. 1º da Constituição alemã, em que afirma que “a submissão do homem a um processo judicial indefinido e sua degradação como objeto do processo estatal atenta contra o princípio da proteção judicial efetiva (*rechtliches Gehör*) e fere o princípio da dignidade humana [*Eine Auslieferung des Menschen an ein staatliches Verfahren und eine Degradierung zum Objekt dieses Verfahrens wäre die Verweigerung des rechtlichen Gehörs*]”<sup>5</sup>.

Dessa forma, e mais especificamente aplicando tal questão ao Direito Concorrencial brasileiro – até porque o Direito Concorrencial Sancionador, como o Direito Administrativo Sancionador em geral, vale-se do rigor dos princípios do Direito Penal –, essa etapa da denúncia seria materializada na Nota Técnica de Instauração, que consiste em peça inaugural de um processo administrativo antitruste.

Como tal, a Nota Técnica de instauração deve ser completa e clara, trazendo todos os elementos, fatos e documentos que poderiam eventualmente comprovar práticas anticompetitivas<sup>6</sup>, de modo a permitir a plena e integral defesa de um representado. Nesse sentido, o art. 187, II, do Novo Regimento Interno do Cade determina expressamente que a peça inaugural deve indicar a

---

<sup>2</sup> Art. 5º, LV, da Constituição Federal.

<sup>3</sup> art. 1º, III, da Constituição Federal.

<sup>4</sup> Ministro Relator: Gilmar Mendes. Data de julgamento: 23.04.2013.

<sup>5</sup> MAUNZ-DÜRIG, Grundgesetz Kommentar, Band I, München, Verlag C.H.Beck, 1990, II 18.

<sup>6</sup> Destaca-se que a importância de uma acusação bem formulada e individualizada é reconhecida internacionalmente. A título de exemplo, pode-se citar o entendimento da Suprema Corte pela necessidade de apontamentos factuais robustos e concretos, e não meras conclusões plausíveis ou razoáveis. Nesse sentido, houve os casos *Tellabs, Inc., et al. v. Makor Issues & Rights, Ltd.* (No. 06-484) e *Bell Atlantic Corp. et al. v. Twombly* (No. 05-1126).

conduta ilícita investigada e os fatos que a compõem<sup>7</sup>. Da mesma forma dispõe a Lei n. 9.784/99<sup>8</sup>. Nesse sentido, somente se pode considerar como acusações imputadas a uma parte representada aquelas que lhes são expressamente atribuídas na respectiva Nota Técnica de Instauração.

Do contrário, criar-se-á significativo obstáculo para a defesa, pois não haverá clareza sobre quais fatos, dados e informações teriam sido considerados pela autoridade como evidência de uma alegada infração concorrencial. Nesse sentido, especificamente sobre a nulidade de imputação de acusação genérica ou omissa, o STF também em outro momento dispôs que:

**O processo penal de tipo acusatório repele, por ofensivas a garantia da plenitude de defesa, quais quer imputações que se mostrem** indeterminadas, **vagas**, contraditório, **omissas** ou ambíguas.

**Existe [...] um nexó de indiscutível vinculação entre a obrigação estatal de oferecer acusação formalmente precisa e juridicamente apta e o direito individual de que dispõe o acusado a ampla defesa. A imputação penal omissa ou deficiente, além de constituir transgressão do dever jurídico que se impõe ao Estado, qualifica-se como causa de nulidade processual absoluta.**<sup>9</sup> (grifos nossos)

Isso se torna ainda mais necessário diante de uma acusação de cartel (como a do caso do cartel da manutenção predial), que possivelmente representa a mais grave infração à ordem econômica, sendo fortemente reprimida pela autoridade antitruste, dado o potencial de dano que pode causar para a concorrência e para o consumidor.

Apesar da disposição legal prevista na Lei Antitruste Brasileira (Lei 12.529/2011) pela não necessidade de aferição de culpa<sup>10</sup>, não há um entendimento uniforme quanto à classificação da responsabilidade concorrencial – ou seja, aquela que resulta de infração à ordem econômica – como objetiva ou subjetiva.

O § 4º do art. 173 da Constituição Federal estabelece claramente:

---

<sup>7</sup> “Art. 147. Do despacho que determinar a instauração do processo administrativo, deverão constar os seguintes elementos:

I – indicação do representado e, quando for o caso, do representante;

II – enunciação da conduta ilícita imputada ao representado, com a indicação dos fatos a serem apurados.”

<sup>8</sup> “Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções.”

<sup>9</sup> STF – HC: 70763 DF, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 28/06/1994, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 23-09-1994

<sup>10</sup> 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.” (grifos nossos)

A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. (grifos nossos)

Assim, percebe-se que o próprio texto constitucional estabelece que há a exigência do objetivo/vontade (“que vise a”) para que um ato possa ser considerado como abusivo à ordem econômica. Tal discussão guarda relevância para o presente artigo na medida em que a própria Constituição Federal impõe limites à análise antitruste e a uma eventual condenação por infração concorrencial sem a presença mínima da caracterização da vontade de praticar a infração. Mais do que isso, essa vontade deve ser descrita e individualizada na acusação, sob pena de nulidade, face à violação dos princípios constitucionais acima referidos.

Desse modo, é inaceitável que a autoridade antitruste fundamente uma condenação no controverso instituto da responsabilidade objetiva sem que haja indícios de materialidade da conduta acusada e sua efetiva individualização tanto contra uma pessoa jurídica como contra uma pessoa física (mais ainda contra essa), sob pena de possível revisão ou anulação de toda uma investigação administrativa a curto ou médio prazo, por meio de intervenção judicial.

### **POSSIBILIDADE DE REVISÃO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITOS INFRINGESTES**

A consequência natural da má individualização de conduta é que aquele que se sentiu prejudicado recorra contra a decisão que lhe condenou. O resultado dessa irrisignação é uma longa batalha judicial visando a uma sentença que possa reverter uma decisão anterior, pois, como se sabe e dada sua hipertrofia em razão do número de processos atualmente pendentes, o Judiciário brasileiro não consegue ser suficientemente célere. Para o presente artigo, importa ainda mais o fato de que uma revisão de condenação/multa aplicada pelo Cade percorre várias etapas até sua solução. Isso se torna mais relevante considerando que a autoridade antitruste não costumava revisar suas próprias decisões.

Não obstante isso, a via judicial não é a única saída possível. Isso fica ainda mais claro considerando que o Cade vem dando sinais de que está disposto a corrigir eventuais falhas que possa vir a cometer, como de fato o fez no caso do cartel da manutenção predial por meio da análise de Embargos de Declaração com efeitos infringentes – daí seu ineditismo.

A despeito de serem um tipo de recurso com origem no Direito Processual Civil<sup>11</sup>, os Embargos de Declaração cabem contra qualquer decisão, inclusive da autoridade antitruste<sup>12</sup>, que mereça esclarecimento quanto a algum ponto obscuro, contraditório ou omissivo. Nesse sentido, o próprio Regimento Interno do Cade dispõe que “os julgamentos do Plenário do Tribunal são decisões definitivas no âmbito do Poder Executivo, cabendo apenas a interposição de Embargos Declaratórios e de Reapreciação (...)”<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Art. 1.022 do Código de Processo Civil.

<sup>12</sup> Art. 259 do Regimento Interno do Cade.

<sup>13</sup> Art. 139.

No entanto, uma consequência particular e excepcional pode surgir quando o esclarecimento de algum ponto obscuro, contraditório ou omissivo eventualmente levar, em caráter excepcional, à reforma do mérito de uma análise anterior. Excepcional porque é mais comum que, quando de sua análise, ocorram efeitos integrativos, ou seja, um esclarecimento que não acabe por remodelar a decisão final. Quando se dá, por sua vez, alguma alteração no mérito, pode-se concluir que os Embargos Declaratórios tiveram efeitos infringentes (ou modificativos), pois a decisão final acaba por também ser alterada. Foi o que se observou, por exemplo, em outros dois casos em que, por meio de Embargos de Declaração com efeitos infringentes, foi concedida a revisão e reajuste de multa anteriormente imposta pelo Conselho<sup>14</sup>.

No primeiro caso, envolvendo um caso de cartel e influência de conduta uniforme no mercado de serviços de hemoterapia, a conselheira Ana Frazão conheceu os embargos opostos para reduzir o valor da multa imposta à Associação Brasileira de Bancos de Sangue – ABBS, em razão de a dosimetria não ter sido feita de maneira adequada<sup>15</sup>. No segundo caso, da mesma forma, os embargos foram acolhidos para redução do valor da multa imposta a uma empresa e uma pessoa física, em função de erro na base de cálculo para fins de dosimetria, no mercado de instrumentos de medição e de calibração.

Nesse contexto, deve-se também ressaltar que mesmo a hipótese de efeitos infringentes não se trata de um recurso autônomo, mas mera decorrência da reforma da decisão embargada. Segundo Nelson Nery Junior<sup>16</sup>:

Não haverá propriamente infringência do julgado, mas decisão nova, pois a matéria não foi objeto de consideração pela decisão embargada.

Além dos casos supracitados, em que o Cade acolheu os Embargos e os concedeu com efeitos infringentes, precedentes do Judiciário brasileiro também deixam claro que esse tipo de recurso é plenamente admissível e possível. Com efeito, assim já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça – STJ:

A atribuição de efeitos infringentes aos Embargos de Declaração é possível, em hipóteses excepcionais, para corrigir premissa equivocada no julgamento, bem como nos casos em que, sanada a omissão, a contradição ou a obscuridade, a alteração da decisão surja como consequência necessária.

(EDcl no AgRg no Ag 1.026.222/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 9/9/2014).

---

<sup>14</sup> Destaca-se que, nesses dois casos, a revisão não foi fruto de uma má-individualização da conduta.

<sup>15</sup> No voto da Conselheira Relatora Ana Frazão: “Ante o exposto, dou provimento parcial aos embargos da ABBS para reduzir a multa aplicada de 200.000 UFIR para 80.000 UFIR. Ressalto que a nova multa imposta à ABBS, além de estar em consonância com a jurisprudência do Conselho, foi fixada em atenção aos critérios legais de dosimetria previstos no art. 23, da Lei 8.884/94, não sendo possível cogitar de ausência de proporcionalidade” (PA nº 08012.005004/2004-99. Decisão de 25/02/2015).

<sup>16</sup> NERY JUNIOR, Nelson. Código de Processo Civil Comentado. 5. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 1041.

No entanto, por mais que sejam reconhecidamente admissíveis e possíveis na via judicial, o provimento de Embargos de Declaração com efeitos infringentes no sentido de anular uma multa anteriormente imposta é algo inédito para a autoridade antitruste brasileira; daí a relevância de se analisar o caso em questão, que marca a possibilidade de uma nova era para o Cade.

### **ANÁLISE E RELEVÂNCIA DO CASO RMZ/MZE**

Em 28.08.2017, a empresa RMZ/MZE protocolou uma petição de Embargos de Declaração com pedido de efeito infringente alegando que a decisão do Cade, ao condená-la por sua participação no que ficou conhecido como o cartel da manutenção predial, havia sido equivocada e não fundamentada.

Entre outras razões, a empresa afirmou que o Conselho havia baseado sua condenação em imputações genéricas e carentes de um conjunto probatório que as sustentasse. Inclusive, foi mostrado como não havia racionalidade econômica em alegar que a RZM/MZE havia feito parte do referido cartel.

Em 18.10.2017, os Embargos de Declaração opostos foram analisados, durante a 113ª Sessão Ordinária de Julgamento do Cade. Durante o seu voto, o Conselheiro Relator Paulo Burnier afirmou que não mereciam provimento os Embargos opostos, uma vez que não havia obscuridade, omissão ou contradição na decisão recorrida. No entanto, o Conselheiro Relator acabou por ver seu voto vencido<sup>17</sup>.

O voto condutor, por sua vez, foi o voto-vogal do Conselheiro Maurício Bandeira Maia. Nele, o Conselheiro devidamente considerou a relevância da individualização da conduta, de maneira a até mesmo dotar os embargos de declaração opostos de efeitos infringentes. De modo a efetivamente contextualizar os principais momentos em que tal decisão seguiu tais questões, também analisamos abaixo alguns trechos relevantes.

Em seu voto, o Conselheiro Bandeira Maia destacou “a falta de clareza na indicação de quais empresas integraram o chamado C10 (...) que é o ponto central de sustentação da condenação das empresas Representadas”<sup>18</sup>. Isso nada mais é do que confirmar que acusações genéricas não podem ser utilizadas para provar que alguém teve participação em uma conduta tão reprovável como o cartel.

Para além disso, o Conselheiro deixou clara a necessidade de individualização da conduta imputada. De acordo com suas próprias palavras, “faltaria esclarecer se a simples menção do nome da empresa em agenda de terceiros seria suficiente para demonstrar a efetiva participação da Embargante no cartel diante da dúvida razoável acerca da pertinência da RMZ/MZE ao C10”<sup>19</sup>.

Ele, inclusive, destaca a necessidade da presença do nexos causal para se imputar responsabilidade para a empresa: “Não vejo nexos causal entre a anotação (...) e o relato dos Beneficiários em relação à participação inequívoca da RMZ no cartel, dado o pressuposto de não pertinência da

---

<sup>17</sup> Sendo seguido apenas pelo Conselheiro Gilvandro.

<sup>18</sup> PA 08012.006130/2006-22. Voto-vogal do Conselheiro Maurício Bandeira Maia, p.3.

<sup>19</sup> PA 08012.006130/2006-22. Voto-vogal do Conselheiro Maurício Bandeira Maia, p.4.

RMZ/MZE ao C10”<sup>20</sup>. Isso mostra claramente que é preciso demarcar limites definidos para a responsabilidade objetiva, principalmente tendo em vista a materialidade da conduta imputada.

Aliás, a respeito da materialidade da conduta e nexos causal, o Conselheiro afirma que a anotação “ligar para RMZ”, utilizada como prova de sua participação no conluio, não pode servir de fonte de prova, uma vez que não houve a comprovação de que a empresa recebeu a ligação ou realizou alguma ação posterior resultante desse contato.

Outro ponto digno de menção é aquele em que o Conselheiro manifesta o entendimento de que “a mera citação dos colaboradores, sem amparo em documentos ou em outras evidências de sua participação, não é suficiente para reconhecer a materialidade da conduta em relação a qualquer acusado”<sup>21</sup>, reiterando o quanto acima delineado neste artigo.

Finalmente, dentro dessa seleção extremamente sucinta, o voto-vogal diz que “a mera menção da empresa em relato de Acordo de Leniência, sem documentos que demonstrem inequívoco nexos causal dela com a infração, não significa a condenação automática da empresa. Para tanto, a fundamentação da decisão plenária deve conter todos os elementos necessários à explicação do cartel e da participação de cada empresa na colusão”.

Na mesma sessão, a Conselheira Cristiane Alkmin, acompanhando o voto condutor, também deixou claro, em voto-vogal, que não havia qualquer prova direta, indireta e nem mesmo indícios econômicos que pudessem levar a condenação da empresa RMZ/MZE por sua participação no cartel, denotando o caráter acertado da decisão de arquivamento do processo com relação à RMZ/MZE.

O recente julgado do Cade representa, então, um grande precedente para a revisão das multas administrativas impostas. Além de tudo, também apresenta um campo aberto para correção de erros da autoridade sem a necessidade de se recorrer ao lento processo judicial.

Com isso, o fato de o Cade aceitar rever uma condenação sua, de forma bastante inédita, pode representar uma nova tendência para o ente administrativo, além de claras consequências positivas para toda a comunidade antitruste.

---

<sup>20</sup> PA 08012.006130/2006-22. Voto-vogal do Conselheiro Maurício Bandeira Maia, p.6.

<sup>21</sup> PA 08012.006130/2006-22. Voto-vogal do Conselheiro Maurício Bandeira Maia, p.7.