



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência

Esplanada dos Ministérios - Bloco P - Edif. Sede - Salas 209-211-213

CEP 70048-900 Brasília/DF

Tel.: (61) 3412-5158/59 Fax: (61) 3412-1793 e-mail: seprac@fazenda.gov.br

SUMÁRIO EXECUTIVO

1. Contextualização

1. Há, hoje, uma acesa discussão acerca do uso da vantagem auferida como medida para o cálculo da multa do art. 37, I da Lei nº 12.529, de 2011. Essa discussão tem o condão de afetar não apenas o valor da multa aplicada, caso a caso, como também o montante da contribuição pecuniária recolhida nos cada vez mais frequentes acordos celebrados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

2. O debate, vale dizer, tem sido incentivado, no interesse público e de forma transparente, pela própria autarquia – dentro da qual não há consenso acerca do assunto. Por sua vez, não seria exagerado concluir que o desfecho desse debate pode ter repercussão significativa sobre o poder de coerção e sobre a elevada reputação de que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica goza dentro e fora do país¹.

3. O conflito em questão foi suscitado a partir do entendimento, partilhado por alguns profissionais do setor, de que o comando do art. 37, I da Lei nº 12.529, de 2011 seria de difícil aplicação e, não obstante, estaria em desacordo com o espírito da lei e com as melhores práticas internacionais. Alega-se, ainda, que o aludido dispositivo contraria princípios do direito administrativo sancionador, em razão de não definir expressamente um teto para a multa.

4. O primeiro argumento é facilmente superável, haja vista que a lei só exige o uso da vantagem auferida como parâmetro quando a sua aferição seja possível. Vale dizer, a esse respeito, que existem, hoje, técnicas da economia da organização industrial e modelos econométricos que permitem estimar, com aproximação aceitável, o valor da vantagem auferida e o valor dos danos causados (danos emergentes e lucros cessantes). Ademais, uma dificuldade de ordem prática para a aplicação daqueles métodos, qual seja, a disponibilidade de dados históricos de preços e outras variáveis comerciais com elevado grau de fragmentação, foi superada, tanto pela necessidade que as firmas têm em reter essas informações para fins comerciais, quanto pelo fato de que todos os documentos fiscais são armazenados em meio digital. Nessa linha, estimativas do valor da vantagem auferida já vêm sendo feitas,

¹ A autarquia coleciona premiações, tanto nacionais (21º Concurso Inovação da Enap, Concurso de Boas Práticas da Controladoria-Geral da União e Concurso de Inovação da Gestão Pública Federal), quanto internacionais (*Antitrust Writing Awards* da publicação francesa *Concurrences* e da Universidade George Washington, em 2017, na categoria *Best Soft Law*; menção honrosa em advocacia da concorrência no concurso promovido pelo Banco Mundial e pela *International Competition Network*, segundo a qual o Cade é classificado como uma agência 4 estrelas; e a tripla premiação pela publicação britânica *Global Competition Review*, como Agência Antitruste das Américas, pela sua atuação anos de 2016, 2014 e 2010). Além das premiações institucionais, os seus servidores colecionam premiações acadêmicas nacionais, incluindo o Prêmio de Monografias da Secretaria de Acompanhamento Econômico, o Prêmio Ibrac/TIM de Monografias e o Prêmio CNI de Economia. Por fim, um dos ministros do Superior Tribunal de Justiça (Ricardo Cueva) serviu por dois mandatos como Conselheiro na autarquia.

solitariamente, dentro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, pelos Conselheiros Cristiane Schmidt e João Paulo de Resende.

5. Os avanços nessa seara comprovam que não há uma escolha equivocada por parte do legislador brasileiro, ao definir o uso da vantagem auferida como parâmetro para o cálculo da multa em infrações à concorrência. O que pode existir é a opção institucional do Conselho Administrativo de Defesa Econômica em conferir um menor grau de prioridade à análise quantitativa, ao interpretar que o comando do art. 37, I, ainda que às expensas de uma maior coercibilidade, confira-lhe discricionariedade para optar por um critério mais simples e de mais fácil mensuração pelo magistrado.

6. Esforços pela adoção de critérios mais dissuasórios e mais precisos levam a um grau de sofisticação maior no cálculo, tanto da vantagem auferida pelo infrator – que deve pautar a estimativa da multa a ser aplicada pela autoridade de defesa da concorrência -, quanto do dano causado ao particular – que serve de instrumento para o chamado *enforcement* privado, que cria maiores incentivos à aderência dos agentes econômicos à lei por meio da interposição de ações individuais, ou coletivas de reparação do dano. Esse caminho foi trilhado pela Comissão Europeia e pelo México, ao longo da última década. Em ambos os casos, foram confeccionados estudos com o objetivo de quantificar os danos que as infrações concorrenciais causam aos particulares, com o escopo de incentivar o *enforcement* privado e, assim, reduzir os *payoffs* de cartéis e outras infrações à livre concorrência.

2. Teto ao valor da multa

7. Como antecipado, a redação da Lei nº 12.529, de 2011, tem sofrido críticas em razão de não definir, claramente, um teto para as multas a serem aplicadas pelo Cade.

8. Sob o ponto de vista do direito punitivo, parece-nos que o princípio reinante é aquele de que não haja pena sem previsão legal prévia (*nulla poena sine praevia lege*). O valor da pena não precisa ser fixo, bastando que os critérios de punição não sejam definidos *ad hoc*. Essa regra, se vale para a pessoa física, em que o direito criminal não impõe penas fixas – havendo, até mesmo, ordenamentos em que a penalidade de incapacitação tenha como teto a pena capital, ou a incapacitação perpétua -, com maior peso deve valer para a pessoa jurídica, que não é protegida por princípios que regem o direito do homem (entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos em *Jussila v Finland (73053/01) [2006] ECHR 996*).

9. Sob o ponto de vista dos incentivos, o relevante é que haja clareza quanto aos critérios adotados e que o infrator em potencial tenha conhecimento de que será punido por valor nunca inferior à vantagem auferida com a infração, ponderado pelo inverso da probabilidade de detecção da conduta e pelo grau de aversão ao risco do infrator. A jurisprudência do órgão julgador e manuais sobre a dosimetria dariam previsibilidade adicional à pena. A necessidade de que a autoridade pública responda à realidade e torne as penas mais, ou menos rígidas, conforme necessário, deixa ainda mais claro por que a previsão de um teto que possa corriqueiramente ser inferior à vantagem auferida pelo infrator não é adequada – antes, ela cria incentivos a que os agentes econômicos optem por infrações mais gravosas, cuja vantagem auferida ultrapasse o teto legal.

10. Uma possível resposta para a crítica seria impor um teto irrealista, meramente formal, que nunca seria atingido. No nosso entender, porém, o teto só se faz necessário se houver segurança de que esse valor seria suficiente para dissuadir a prática, em qualquer caso. Segundo os argumentos de análise econômica do direito (L&E) trazidos à luz, a multa proporcional espelha precisamente o valor da vantagem auferida, caso a capacidade de detecção

fosse plena. Como a detecção não é plena, a multa-base necessária e suficiente seria o valor da vantagem auferida, ponderado pelo inverso da probabilidade de detecção definida pelo órgão de defesa da concorrência competente e levando em conta a aversão ao risco do infrator (que, como regra, é significativa apenas para os casos dos incisos II e III do art. 37 da Lei nº 12.529, de 2011). Como a probabilidade de detecção de cartéis, segundo o *White Paper* sobre ações para reparação de danos por infrações às normas comunitárias de defesa da concorrência, desenvolvido pela Comissão europeia, pode ser tão baixa quanto 10% e levando em consideração que, em caso de reincidência, as multas cominadas são aplicadas em dobro, a imposição de 20% do faturamento de um ano como limite à multa – tal qual sugerido por críticos à letra da Lei nº 12.529, de 2011 -- seria insuficiente para dar capacidade de dissuasão à pena aplicada pelo Cade².

11. Note-se que o teto da multa-base por nós proposto tem a mesma natureza do teto hoje sugerido pelos críticos à letra da Lei nº 12.529, de 2011: da mesma forma que a fixação de um percentual do faturamento é contingente com relação ao valor dos negócios fechados pelo infrator, o valor da vantagem auferida é contingente em relação aos ganhos derivados do ilícito. Com relação à probabilidade de detecção das condutas e ao grau aversão ao risco do infrator, uma vez fixados em regulamento, passam a ser previsíveis.

3. A multa ideal, segundo a análise econômica do direito

12. Em uma visão mais completa de L&E, a multa deve ser fixada levando-se em consideração (i) a probabilidade de detecção e (ii) a aversão do infrator ao risco, assim como (iii) o objetivo da multa: (iii.a) *dissuadir a prática* (preocupação presente em ações de cunho penal e administrativo-punitivo), ou (iii.b) *internalizar o dano* (ou compensar a parte lesada, preocupação presente em ações civis de reparação de dano).

13. No cenário em que a probabilidade de detecção fosse plena, o indivíduo médio seria dissuadido de causar danos materiais mediante a simples obrigação de devolver a vantagem que derivou da prática. Isso ocorreria porque, nesse cenário, tudo mais constante, o infrator sempre sairia perdendo (o seu *payoff* negativo seria o custo, inclusive de oportunidade, incorrido na prática). À medida que a probabilidade de detecção desce, a multa precisa ser majorada para que a coerção seja mantida.

14. Sob pena de simplificar demasiadamente, esse efeito decorre de o infrator em potencial, ao tomar a decisão por infringir, ou não, a lei, levar em consideração não apenas o valor da multa, como também as chances de “ser pego”. Assim, por exemplo, uma multa por R\$1.000 por “furar gratuitamente o sinal” pode ser um risco que valha a pena, se a probabilidade de punição for baixa (se, por exemplo, apenas 1% dos casos é flagrado, o valor da multa real equivale a meros R\$10 – em outras palavras, a baixa probabilidade de punição afeta a percepção do infrator em potencial, elevando o trade-off privado para o cometimento do ilícito). O mesmo possivelmente não pode ser dito de uma multa de R\$1.000.000 por “furar o sinal”, mesmo que

² Para dar um exemplo prático, imaginemos um produto com custo unitário constante = 10, em dois cenários.

- Duopólio não colaborativo, com preço $P = 15$ e demanda $D = 20$. Lucro do duopólio por firma = $(15 - 10) \times 20/2 = 50$. Faturamento do duopólio por firma = 150.
- Cartel de dois agentes econômicos a preço $P = 25$ e demanda $D = 18$. Lucro do cartel por firma = $(25 - 10) \times 18/2 = 135$. Vantagem auferida do cartel por firma = $135 - 50 = 85$. Multa de 20% do faturamento do cartel = $25 \times 18/5 = 90$.

Nesse caso, uma multa de 20% sobre o faturamento de um ano mal cobre um ano de vantagem auferida do cartel. Se o cartel durar 2 anos, a vantagem auferida é 170 e a multa é 90 – isso, considerando probabilidade de detecção igual a 1.

a probabilidade de detecção seja de apenas 1%. Isso ocorre porque, por mais remota que seja a chance, se ela se concretizar, o infrator perderá todo o seu patrimônio.

15. Entendido o conceito, é preciso separar, primeiramente, a aplicação da solução acima para multas baseadas no valor do dano causado e para multas baseadas na utilidade da conduta para o infrator.

16. O valor do dano deve ser utilizado para o cálculo da multa quando o Estado conferir a titularidade do bem a quem dela extraia maior utilidade. Segundo essa lógica, caso utilidade que o infrator derive do ato danoso seja superior ao dano que a vítima do dano sofre, cumpre a ele indenizar a vítima e ficar com a diferença.

17. Por outro lado, o valor que deve servir de base para o cálculo de multa que vise dissuadir prática ilícita, ou seja, que não deseje dar ao infrator a opção de praticá-lo, não é o *valor do dano*, mas o *valor da utilidade* daquela infração para o infrator. Na prática, porém, a mensuração do *valor da utilidade* para o infrator é, hoje, uma quimera. Daí que o texto da lei capta aquilo que é factível ao aplicador do direito no Brasil: usar a estimativa do *valor da vantagem auferida* como *proxy* da utilidade derivada da infração pelo infrator. Não por outro motivo, o disposto no art. 37, I está em perfeita sintonia com o preceituado pela melhor doutrina de análise econômica do direito: a multa aplicada não pode ser inferior ao valor da utilidade (ou, da vantagem) que o infrator derivou da infração.

18. Como a multa do art. 37 tem por objetivo impedir que a prática ilícita seja cometida e como o Estado não incorre em custos adicionais para elevar o valor da penalidade, não há nada que, sob o viés dos incentivos econômicos, limite o valor da multa a ser aplicada para dissuadir o infrator potencial. Nesse caso, como bem ilustram as redações dos artigos 34 e 37, I da Lei nº 12.529, de 2011 -- em particular quando possível calcular a vantagem auferida -- e do art. 4º da Lei nº 8.137, de 1990, não há teto monetário para a multa, que pode ser a própria riqueza do infrator, acrescida da penalidade de encarceramento (chamado de incapacitação entre os estudiosos de L&E).

19. Sob a lógica do direito brasileiro, porém, o princípio da proporcionalidade demanda que a multa não seja superior ao necessário para alcançar o fim almejado, qual seja, a dissuasão ao cometimento do ilícito. Desse modo, se a multa-base do art. 37, I não pode ser inferior ao valor da vantagem auferida, ponderado pelo inverso da probabilidade de detecção e pela aversão ao risco do infrator, não há razão para que ele lhe seja superior -- exceto no caso de o infrator ser um tomador de risco, situação em que o encarceramento se faz potencialmente necessário.

20. Note-se, porém, que a lei brasileira, em descompasso com a adequação do seu art. 37, I à melhor análise econômica do direito, não manteve incentivos econômicos adequados para o seu cumprimento pelas associações, pelos administradores empresariais e pelas demais pessoas físicas -- não estendendo aos destinatários dos incisos II e III do art. 37 a necessidade de que fossem punidos por valor nunca inferior à vantagem auferida (ponderado pelo inverso da probabilidade de detecção e pela aversão a risco do infrator). Além de desejável, o enrijecimento da pena de multa da Lei nº 12.529, de 2011, -- diversamente da pena de incapacitação (exclusivamente) para casos de cartel da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990 --, não implicaria custos adicionais para a Administração e, precisamente por essa razão, aqui não se aplica o argumento de que um certo grau de subpunição (*underdeterrence*) seja desejável para poupar recursos públicos. Ademais, multas mais altas, em razão do seu caráter dissuasório, conduzem a menos cartéis e, por subsequente, um custo de *enforcement* menor.

21. Acresça-se que a adequação da punição monetária da pessoa física é essencial para que se possa prescindir da pena de incapacitação para coibir a prática de ilícitos

concorrenciais (pelo infrator predominante, que não é um tomador de risco) e para alcançar o *enforcement* desejado. Em outras palavras, enquanto a punição monetária for insuficiente para retirar os benefícios que o infrator potencial poderia derivar da prática do ilícito, a sanção de encarceramento mantém-se necessária.

22. O mais flagrante problema de compensar a insuficiência da pena de multa com a imposição da pena de incapacitação, contudo, sob o viés da análise econômica, reside no elevado custo que a derradeira impõe ao Estado – custo que se eleva na medida em que a penalidade aumenta. Ocorre que, por construção, quanto menor a coerção (*deterrence*) alcançada com a multa, maior o rigor necessário na esfera criminal e, por subsequente, maiores os custos de fazer cumprir a lei por parte do Estado (o chamado *enforcement*). Nesse sentido, o baixo nível de coerção da multa, isoladamente, leva a que se tenha de tornar crível a punição em outra lei para dar coercibilidade ao *enforcement* como um todo, elevando o custo de dissuasão da Administração.

23. Perceba-se, por derradeiro, que, diversamente das pessoas jurídicas do art. 37, I, as associações e as pessoas físicas³ dos incisos II e III do art. 37 são, na média, avessas ao risco. Como a aversão ao risco eleva o poder de coerção da penalidade, é possível chegar ao enunciado de que, quanto maior a aversão ao risco, menor o valor necessário para que a multa dissuada o potencial infrator. Como antecipado neste parecer, olhando-se, exclusivamente, para o objetivo de impedir que a prática ilícita seja cometida, ou até mesmo avaliando a ausência de custos adicionais para Estado em elevar o valor da penalidade, não haveria nada que obrigasse esse mesmo Estado a reduzir o valor da multa, no caso dos citados incisos II e III do art. 37. Sob a lógica do direito brasileiro, porém, o princípio da proporcionalidade demanda que a aversão ao risco seja levada em consideração, quando da dosimetria.

4. Direito comparado

24. A previsão de que a multa não deva ser inferior à vantagem auferida é a melhor prática adotada pelas autoridades de defesa da concorrência nos Estados Unidos e na União Europeia.

25. As normas americanas e comunitárias amparam amplamente o recurso à vantagem auferida como parâmetro necessário na aplicação das penas e como forma de majorar essa mesma pena além do limite originalmente fixado pela lei. Aliás, a nossa lei, como demonstra a mais simples leitura do Sherman Act e do art. 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFEU), nada mais é que a incorporação, com alguns percalços, do que está previsto, literalmente, naqueles documentos legais.

26. Para ser mais preciso, a previsão de que a multa não possa ser inferior ao valor da vantagem auferida está presente tanto no *Sherman Act* (§1) *c/c Alternative Fines Act* (18 U.S. Code § 3571(b)(c)(d)) norte-americanos, como no n° 2, alínea ‘a’, do artigo 23 do Regulamento (CE) n° 1/2003 (2006/C 210/02) da União Europeia. Ademais, explicações referentes aos temas estão previstas tanto no §31 das Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n° 2, alínea ‘a’, do artigo 23 do Regulamento (CE) n° 1/2003 (2006/C 210/02) da União Europeia, quanto em notas presentes nos sítios eletrônicos do US Department of Justice e da US Federal Trade Commission.

³ No caso de pessoas físicas ligadas a uma pessoa jurídica esse efeito não é totalmente claro. Em uma Corporation norte-americana, com capital disperso, a posição do acionista não é, em geral, uma fração muito alta de sua riqueza. Como, entretanto, a dinâmica societária, no Brasil, é diferente e há uma prevalência de sociedades limitadas e do *entrenchment* pelo acionista, ou pelo quotista-controlador, o argumento funciona.

27. Faça-se a ressalva, apenas, de que, no âmbito comunitário europeu, a previsão de que a multa não seja inferior à vantagem auferida encontra limitação no denominado “limiar máximo legal”, segundo o qual a multa aplicada a cada infrator não poderá superar 10% do volume dos negócios realizados durante o exercício anterior [nº 2 do artigo 23 do Regulamento (CE) nº 1/2003 (2006/C 210/02)]. Recorde-se, porém, que esse é um limite habitualmente considerado elevado para multas que são aplicadas sobre operações com dimensão comunitária – o que, até certo ponto, permite caracterizar esse limite como uma formalidade.

28. A política de multas da União Europeia também leva em consideração o efeito dissuasório que o *enforcement* privado em âmbito comunitário deve exercer, em paralelo à punição administrativa. Nesse sentido, vale recordar que, desde 2008, a Comissão Europeia já dispõe de um *White Paper* sobre ações para reparação de danos por infrações às normas comunitárias de defesa da concorrência. Note-se, entretanto, que, em razão de o *enforcement* privado não ter alcançado, ainda, o vulto desejado pela Comissão Europeia, pode-se considerar baixo o valor dissuasório da multa comunitária para as infrações cuja vantagem auferida pelo infrator (ponderada pela probabilidade de detecção da conduta) seja eventualmente superior ao teto comunitário. Essa ponderação é reforçada por dados apresentados pela própria Comissão Europeia acerca do baixo grau de detecção de cartéis, justamente as condutas mais nocivas à concorrência. Em termos da análise econômica, a estratégia europeia, ao conferir poder de coerção abaixo do desejável para casos de cartéis (*underdeterrence*), reflete uma escolha equivocada em termos de condutas com efeitos tão deletérios sobre a economia, em particular quando se leva em consideração que a imposição de multas mais alta não implicaria a elevação do custo de *enforcement* pela Administração.

5. Proposta de aprimoramento da Lei nº 12.529, de 2011

29. A Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência elaborou, também, uma proposta de redação visando aprimorar as suas contribuições em sede do Projeto de Lei do Senado nº 283, de 2016, e que serviu como ponto de partida para a proposta apresentada pelo Deputado Hugo Leal enquanto produto da CPMI da JBS. Essa proposta encontra-se detalhada no inteiro teor do parecer que, em razão do seu caráter técnico, demandou a publicação deste sumário executivo.