

Nota Técnica SEI nº 1/2018/ASSEC/SEPRAC-MF

Assunto: Poder dissuasório das multas aplicadas pelo Cade: relação entre o valor da multa e a vantagem auferida pelo infrator, em penalidades por infração concorrencial contra a ordem econômica.

1. Introdução

1. A definição do valor da multa a ser aplicada pelos órgãos sancionadores passa por diversos estágios. O primeiro deles, segundo a análise econômica do direito (L&E), está em definir qual regra regerá a sanção.
2. Os estudiosos de análise econômica do direito definem, de forma geral, três regras: a regra da propriedade (*property rule*), a regra da responsabilidade (*liability rule*) e a regra da inalienabilidade (*inalienability rule*), sem prejuízo de que, na prática, haja formas híbridas (1).
3. No primeiro caso, o título é conferido pelo Estado a um particular, que pode exigir compensação por qualquer interferência no seu direito de propriedade. De acordo com a regra da propriedade, o valor da indenização é definido pelas partes a partir da negociação de mercado. Em outras palavras, não se pode interferir na propriedade de outrem, a não ser se – e conforme – autorizado pelo proprietário. Não há, de antemão, um valor que terceiros possam depositar para fazer uso do bem alheio, contra a vontade do proprietário.
4. Diversamente, quando o Estado, além de definir quem é o titular do direito, define qual o valor da reparação, está-se diante da regra da responsabilidade. Segundo essa regra, o infrator pode escolher interferir no bem alheio, caso pague a penalidade definida em norma. Em outras palavras, o Estado arbitra a partir de que valor a sociedade se encontra melhor se o bem mudar de mãos. O grande objetivo dessa regra é que o título crie uma eficiência alocativa Pareto-ótima, em que haja ganho líquido de bem-estar social.
5. Por derradeiro, a regra da inalienabilidade impede a transferência da titularidade de um dado bem cuja preservação a sociedade repute desejável. A *contrario sensu*, toda atividade que ameace a integridade desse bem é, pela sua própria natureza, reputada socialmente indesejável e, portanto, deve ser, a todo custo, desincentivada.
6. Tendo-lhe sido conferida a natureza de direito difuso e por ter sido alçada constitucionalmente ao patamar de princípio, à livre concorrência se aplica a regra da inalienabilidade, com uma importante exceção.
7. Por se tratar de princípio constitucional regente da ordem econômica (art. 170, IV da Constituição Federal), a livre concorrência só pode ser artificialmente substituída por uma política pública ativamente supervisionada pelo regulador, e nos estritos limites necessários para a consecução dessa política pública. Havendo política pública com tais características que, ao mesmo tempo, não seja compatível com a liberdade de competir, afasta-se, excepcionalmente, a livre concorrência com o exclusivo objetivo de – e nos estritos limites necessário para -- viabilizar a sua consecução.
8. Essa teoria nasceu na jurisprudência norte-americana e foi recepcionada, no Brasil, sob a denominação de doutrina *Parker v Brown*, ou *state action*, para solucionar a relação entre concorrência e políticas públicas ou regulações setoriais. Como decorrência da aplicação dessa doutrina, em um mercado naturalmente competitivo, a liberdade para competir deve ser lida como o estado de normalidade, o qual pode ser excepcionado somente se houver política pública com o claro objetivo de substituir a concorrência e que, como tal, seja ativamente supervisionada para assegurar que a concorrência não seja excepcionada além do necessário.

9. Não sendo esse o caso -- em outras palavras, se o mercado é naturalmente competitivo e não há uma política pública clara de substituição da concorrência pela regulação ativamente supervisionada pelo regulador setorial -, a livre concorrência, enquanto direito difuso, prevalece dentro da regra da inalienabilidade. Não por outro motivo o legislador da Lei nº 12.529, de, de 30 de novembro de 2011, ao exigir que o valor da multa do art. 37, I não fosse inferior à vantagem auferida, visou eliminar qualquer utilidade que o infrator pudesse derivar da imposição de dano difuso à livre concorrência: o legislador entendeu que não haveria ganho de bem-estar social em trocar os benefícios da livre concorrência por qualquer outro valor, fora da hipótese contemplada na doutrina *Parker v Brown*.
10. Não se deve, entretanto, confundir a inalienabilidade do direito difuso da livre concorrência -- cuja implicação imediata é a necessidade de punir o infrator por valor nunca inferior à vantagem por ele auferida -- e a possibilidade de a vítima de uma infração à concorrência alienar, na esfera cível, com desconto, o seu direito de reparação de danos (recebível) a um terceiro que se sub-rogará no seu direito de ação. Não há nada que impeça que, em sede civil de reparação de danos, a vítima, ou quem se sub-rogue nos seus direitos, transacione o valor da indenização a receber. É necessário estar atento, entretanto, a que, caso o valor da reparação do dano às vítimas particulares seja, por autorização legal, contabilizado para reduzir o valor a ser pago por força do art. 37, I da Lei nº 12.529, de 2011, somente poderia ser descontado do total da multa o valor efetivamente pago como indenização, deduzidos os descontos -- sob pena de se retirar a coercibilidade do retromencionado dispositivo legal (2).
11. É necessário, portanto, distinguir o objetivo de reparar o dano material privado, causado às vítimas diretas das condutas anticompetitivas, do objetivo apriorístico de frear essas mesmas condutas -- em razão dos seus efeitos materiais difusos, que vão muito além das suas vítimas diretas e atingem o próprio desenvolvimento econômico e social do país. Essa diferenciação (i) inicia-se pela recém mencionada distinção de objetivos -- compensar pelo dano (regras da propriedade e da responsabilidade) e fazer cessar a prática (regra da inalienabilidade) -, (ii) passa pelo valor da condenação (ou do acordo) -- que é o valor do dano (regra da responsabilidade), o valor negociado (regra da propriedade), ou o valor da utilidade/vantagem auferida derivada pelo infrator (regra da inalienabilidade) -- e (iii) chega à própria possibilidade (regras da propriedade e da responsabilidade), ou à impossibilidade (regra da inalienabilidade) de determinar as vítimas da conduta. Em outras palavras, estamos diante de uma regra híbrida -- reconhecida no artigo seminal de Calabresi e Melamed -- que nos permite diferenciar os valores pagos pelos infratores como (i) reparação civil ao particular (na esfera cível), ou como (ii) multa por ofensa à concorrência (na esfera do direito difuso concorrencial). Esta nota trata, especificamente, da aplicação da regra da inalienabilidade como forma escolhida pelo legislador para desincentivar a prática de condutas anticompetitivas, ainda que, incidentalmente, venha a abordar o *spill-over* das ações privadas de reparação de danos (*enforcement privado*) sobre ações de prevenção de práticas anticompetitivas.

2. Contextualização

12. 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.
13. 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 país (3).
14. 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.
15. 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). Exemplos disso estão no *White Paper* sobre ações para reparação de danos por infrações às normas comunitárias de defesa da concorrência, desenvolvido pela Comissão europeia, e no estudo *Estimating Economic Damages in Antitrust Actions in Latin America*, elaborado no México para a Comisión Federal de Competencia, com o apoio da Embaixada Britânica naquele país. 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, solitariamente, dentro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, pelos Conselheiros Cristiane Schmidt e João Paulo de Resende.

16. 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.
17. 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, como relatado acima, 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.
18. A objeção aos demais argumentos exige uma breve introdução à lógica econômica da lei. É o que passaremos a fazer na próxima sessão.

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

19. 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).
20. 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).
21. À medida que a probabilidade de detecção desce, a multa precisa ser majorada para que a coerção seja mantida. Por ter sido exposto, pela primeira vez, pelo economista Gary Becker (4), esse corolário passou a ser conhecido como “a solução de Becker” (*the Becker solution*).
22. 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 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 (5).

23. Entendido o conceito, é preciso separar, primeiramente, a aplicação da solução de Becker para multas baseadas no valor do dano causado e para multas baseadas na utilidade da conduta para o infrator. No primeiro caso, a influência da probabilidade de detecção sobre o valor da multa segue a fórmula matemática $f = h/p$, em que a multa (f) é o quociente entre o *valor do dano* (h) e a probabilidade de detecção (p). Visto que o infrator neutro a risco e racional do modelo mede a recompensa com base na probabilidade de ser apenado, e como as pessoas jurídicas são reputadas, na média, neutras ao risco (6), essa fórmula captaria a multa ideal para os casos em que o seu objetivo é *internalizar o dano* (compensar a parte lesada), como é o caso das reparações civis. Nesse sentido, é comum que o valor do dano seja utilizado para o cálculo da multa que, apoiada na regra da responsabilidade, confira a titularidade do bem a quem dela extraia maior utilidade (cujo benefício com a titularidade do bem ultrapasse as perdas de bem-estar impostas aos demais).
24. Já o valor mais correto para servir de base para o cálculo de multa que vise dissuadir prática ilícita não é o *valor do dano*, mas o *valor da utilidade* daquela infração para o infrator. Dessa forma, a fórmula acima teria de ser adequada para $f = u/p$, em que a multa (f) é o quociente entre o *valor da utilidade* (u) e a probabilidade de detecção (p). 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 (nesse caso, $f = g/p$, onde, mantidas as demais notações, $g =$ *vantagem auferida*). 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.
25. 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).
26. 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.
27. 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. 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 (7) 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.
28. 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.

29. 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 subseqüente, 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.
30. Perceba-se, porém, que, diversamente das pessoas jurídicas do art. 37, I, as associações e as pessoas físicas (8) 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, a multa a ser aplicada poderia ser algo entre o valor nominal da vantagem auferida e a ponderação desse montante pelo inverso da probabilidade de detecção: quanto maior a aversão ao risco, maior a proximidade com relação ao primeiro. 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

31. 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.
32. 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.
33. 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 nº 2, alínea 'a', do artigo 23 do Regulamento (CE) nº 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 nº 2, alínea 'a', do artigo 23 do Regulamento (CE) nº 1/2003 (2006/C 210/02) da União Europeia, quanto em notas presentes nos sítios eletrônicos do [US Department of Justice](#) (9) e da [US Federal Trade Commission](#) (10).
34. 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.
35. 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 pelo inverso da probabilidade de detecção da

conduta) seja eventualmente superior ao teto comunitário. Essa ponderação é reforçada por dados apresentados pela própria Comissão Europeia (ver item 4 abaixo) 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.

36. O efeito da elevação da detecção sobre o valor da multa será abordado no próximo item.

5. Detecção e valor da multa, segundo a análise econômica do direito

37. Segundo a lógica aplicada no item anterior, há uma relação inversamente proporcional entre o grau de detecção da infração e o valor da multa. Mas ela não decorre, apenas, da probabilidade de detecção pela autoridade de defesa da concorrência de um determinado país. Contribuem, também, para a análise (i) a colaboração internacional entre autoridades de defesa da concorrência; (ii) a probabilidade de que autoridades estrangeiras detectem e punam os efeitos que a conduta anticompetitiva terá no Brasil; (iii) a probabilidade de detecção da mesma prática por outra autoridade nacional com competência para apurar e punir, sob outro viés, a mesma conduta; e (iv) a probabilidade de *enforcement* privado. De forma mais elaborada, é possível dizer que:

- quanto maior a probabilidade de que autoridades de defesa da concorrência cooperem, maiores as chances de que a detecção da infração por uma delas leve ao conhecimento daquela infração por parte de outra autoridade de defesa da concorrência. A existência de foros entre autoridades de defesa da concorrência, como a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a Rede Internacional de Concorrência (conhecida pela sigla em inglês ICN), facilita o contato entre as autoridades de defesa da concorrência e inclusive, quando a legislação nacional permite, o compartilhamento de informações processuais;
 - do mesmo modo, quanto maior o número de ordenamentos jurídicos cujas autoridades (administrativas, ou judiciais) tenham competência para processar infratores por danos ocorridos, ou com efeito no estrangeiro, maior a probabilidade de que a infração seja detectada e punida – até mesmo em duplicidade;
 - de particular relevância para o Brasil, a competência concomitante para que autoridades processem e punam determinadas condutas, sob diferentes vieses, eleva a probabilidade de detecção. Esse é o caso, por exemplo, da competência que o Cade (pela Lei de Defesa da Concorrência: Lei nº 12.529, de 2011), a Controladoria-Geral da União (e homólogos, nos âmbitos local e estadual, de acordo com a Lei Anticorrupção: Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013), o Ministério Público (Lei Orgânica do Ministério Público -- Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 -- e Lei dos Crimes contra a Ordem Econômica e Tributária e contra as Relações de Consumo -- Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990) e órgãos da administração pública em geral (Lei de Licitações: Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993) têm para processar, punir e fazer acordos em matéria de cartéis em licitações;
 - o ajuizamento de ações individuais, ou coletivas para a reparação de danos ao consumidor e à ordem econômica, nos termos do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985) e do art. 47 da Lei nº 12.529, de 2011, sujeita o patrimônio do infrator à reparação de danos civis (direito ressarcitivo/devolutivo), em paralelo às penalidades, previstas nos itens anteriores – as quais, por sua vez, visam coibir a realização da prática nociva à concorrência (direito punitivo).
38. Segundo a lógica do que vimos expondo, se todas as vítimas da infração fossem sempre ressarcidas e se o valor do ressarcimento fosse, pelo menos, igual ao valor da vantagem auferida pelo infrator, não haveria a necessidade de impor qualquer penalidade para que o infrator em potencial deixasse de agir. E, caso a vantagem auferida superasse o valor pago a título de reparação do dano, bastaria pagar a diferença.
39. Ocorre, porém, que a capacidade de detecção é, ainda, bastante baixa. Segundo o

“Mesmo no mais efetivo sistema de *enforcement* privado, nem todo o dano ao consumidor e a outras vítimas refletido nas estimativas acima será reparado: isso ocorre porque, entre outras coisas, um número considerável de infrações à concorrência não será detectado. Para cartéis *hardcore*, a taxa de detecção é, em geral, presumida como algo no intervalo de 10% e 20%. Para outras infrações, a taxa de detecção é maior, mas a taxa de “condenação”(ou seja, a taxa de ações de reparação de danos bem-sucedidas) é, provavelmente, muito inferior, já que os autores das ações costumam achar bastante difícil produzir prova de que a conduta contestada efetivamente prejudicou a concorrência. Também se deve presumir que algumas vítimas não buscam reparação, inclusive porque preferem não atrapalhar uma relação comercial com o infrator. Acima de tudo, em algumas situações, as vítimas acharão muito difícil convencer os juizes da existência de um nexo causal imediato entre qualquer dano e a infração.”

40. Seguindo a lógica de Becker, isso implica dizer que, para que a autoridade de defesa da concorrência consiga o grau adequado de coerção em casos de cartéis, é necessário impor multas muito superiores ao valor da vantagem auferida pelo infrator (no caso de cartéis *hardcore*, nos termos do *White Paper*, algo como dez vezes o valor da vantagem auferida para as pessoas jurídicas: $f = \text{vantagem auferida}/0,1$). Para alcançar esse valor, ainda não é possível, porém, contar com as ações de reparação de danos: segundo dados divulgados pelo Cade (12), até 2011 eram apenas 20 processos ajuizados no Brasil. Apesar de a autarquia trabalhar, hoje, com a cifra de 110 processos, trata-se de quantidade incipiente.
41. Dada a dificuldade, ou a resistência do Cade em quantificar o valor da vantagem auferida pelo infrator, a multa dissuasória somente seria alcançada, na prática, quando, em paralelo à condenação pelo Cade, o Ministério Público e, nos casos de punição pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira (Lei Anticorrupção), os órgãos competentes aplicassem multas substanciais. Trata-se, porém, de situação excepcional e, enquanto o *enforcement* privado não se tornar uma ameaça crível, as infrações à concorrência sofrerão subpunições. No caso de cartéis, há, ainda, a possibilidade de elevar a dissuasão por meio da imposição de penas de incapacitação (Lei nº 8.137, de 1990). Nesse caso, porém, o custo de encarceramento para alcançar a dissuasão é muito mais elevado do que a imposição da multa.
42. De qualquer forma, seja nessas situações de enquadramento da infração concorrencial como infração à Lei Anticorrupção, ou nos casos em que o Ministério Público faça uso de ação civil pública, ou de ação penal para impor nova punição aos infratores pela mesma conduta, as penalidades sofridas pelo infrator, pelos diferentes órgãos, com fundamento na mesma conduta, somam-se no esforço da dissuasão. O mesmo vale para os casos em que haja ações de reparação de danos pelos privados.
43. Como, segundo a solução de Becker, não há teto necessário para o valor da multa a ser aplicada a uma infração que se deseja coibir, cabe ao legislador escolher entre punir, minimamente, pelo valor da vantagem auferida (ponderado pelo inverso da probabilidade de detecção e pelo grau de aversão do infrator), ou punir pelo valor do patrimônio (*maximal fines*). A calibragem decorre, no ordenamento jurídico brasileiro, do princípio da proporcionalidade. Por outro lado, a solução, isolada, ou adicional, da pena de incapacitação, como vimos, só deve ser adotada quando o *enforcement* da multa for reputado insuficiente.
44. O legislador brasileiro, legitimamente, escolheu, por meio do art. 37, I da Lei nº 12.529, de 2011, permitir punir o infrator com grandes perdas patrimoniais e, nos casos de cartéis, nos termos do art. 4º, II da Lei nº 8.137, de 1990, com a incapacitação. A escolha do legislador vai ao encontro da percepção, trazida pelo *White Paper* da Comissão Europeia, de que o índice de detecção dos cartéis é muito baixo. No caso da pena de incapacitação, por sua vez, a escolha do legislador decorre de o *enforcement* previsto para pessoas físicas na Lei nº 12.529, de 2011, ser baixo: diversamente do art. 37, I, os incisos II e III do art. 37 impõem um teto para a punição financeira da pessoa física, que não conta, na lei, com a determinação de que a multa não seja inferior ao valor da vantagem auferida. A repercussão disso, como antecipamos, são custos mais elevados para que o Estado consiga fazer cumprir a lei. Antes, como a multa da Lei nº 8.137, de 1990, é baixa e a possibilidade de suspensão condicional da pena é real, o *enforcement* geral da pena, além de caro, é baixo.
45. É nessa esteira que não faz sentido econômico o argumento de que o aprisionamento dos

dirigentes seja suficiente para coibir a infração à concorrência e seja desnecessário, portanto, impor multas às pessoas jurídicas. Como antecipado, além de o argumento subestimar os custos do encarceramento, as Leis nº 12.529, de 2011, e nº 8.137, de 1990, subpunem a pessoa física. Ademais, a punição, exclusivamente, da pessoa física incorpora outros equívocos, como (13):

"a) provoca-se a persistência das empresas menos competitivas e com maior risco moral no mercado; b) ao serem mantidos os contratos conseguidos de forma irregular por aquela pessoa jurídica não punida (ainda que sob outra administração), punem-se os concorrentes que perderam aqueles contratos porque agiram nos estritos limites da lei. Dessa forma, promove-se o risco moral e a seleção adversa; c) incentiva-se o comportamento carona por parte dos sócios, pois é o absentismo dos sócios que permite que nenhuma responsabilidade lhes seja imputada e somente o agente seja punido, sem consequências mais graves sobre o patrimônio da sociedade. Em outras palavras, premia-se o absentismo daquele que se enriquece com a atividade ilícita e desincentivam-se as melhores práticas de responsabilidade social da empresa; d) nas empresas familiares, o *entrenchment* facilita manter aquela pessoa jurídica, ainda que indiretamente, sob o controle da mesma pessoa, ou da sua família, perpetuando a impunidade; e) a subpunição reduz o risco de agir fora da lei, elevando os *payoffs* do comportamento ilícito; f) dada a impossibilidade de determinar todos aqueles que, dolosamente, beneficiaram-se com o ilícito, a não punição da pessoa jurídica leva a que a maior parte dos beneficiários da ação ilícita saia impune (*e la nave va*); g) incentivam-se comportamentos socialmente reprováveis e para os quais não faz sentido pensar exclusivamente sob a ótica dos benefícios econômicos imediatos."

46. Parece-nos que faça sentido, porém, além de alterar a Lei nº 12.529, de 2011, para que a pena de multa se torne suficiente para a dissuasão do infrator, sugerir que, no caso em que esse infrator repare danos, deva o julgador levar em consideração o valor **efetivamente** pago a esse título – de tal forma a nunca de reduzir a perda patrimonial do infrator a valor inferior à vantagem auferida. Em outras palavras, a dinâmica que sugerimos faz sentido na conjunção de duas condições concomitantes e necessárias: que o infrator seja punido por multa nunca inferior ao valor da vantagem por ele auferida com a infração (ponderada pelo inverso da probabilidade de detecção da conduta e pela aversão ao risco do infrator) e que o desconto no valor da multa (por conta do *enforcement* privado) ocorra na justa medida do valor efetivamente desembolsado pelo infrator para reparar o dano (14).

6. Teto ao valor da multa

47. 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.
48. 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*).
49. 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.

50. 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 L&E trazidos à luz, a multa proporcional espelha precisamente o valor da vantagem auferida, caso a capacidade de detecção seja 1 (ou 100%). Esse é o valor necessário e suficiente para dissuadir a prática, sob a condição irrealista em que $p=1$. Como vimos explicando, 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 pela 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 estudo europeu mencionado mais acima, 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 – é insuficiente para dar capacidade de dissuasão à pena aplicada pelo Cade (15).
51. 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 pelo infrator, uma vez fixados em regulamento, passam a ser previsíveis.

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

52. Tendo em vista o exposto, a Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência propõe as seguintes mudanças legais no texto da Lei nº 12.529, de 2011:

“Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis a multa equivalente ao valor da vantagem auferida ou pretendida pelo infrator durante o período e no mercado relevante em que ocorreu a infração.

§ 1º Caso não seja possível estimar o valor da vantagem auferida, a prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes multas:

I - no caso de empresa, multa de 0,01% (um centésimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido nos exercícios de efetiva duração da infração no mercado relevante em que ocorreu a infração;

II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais);

III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II.

§ 2º No cálculo do valor da multa de que trata o inciso I do § 1º, o Cade poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no mercado relevante em que ocorreu a infração, definido pelo Cade, ou quando este for apresentado de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea.

§ 3º A multa auferida com base no caput e no § 1º do art. 37 deverá ser ponderada:

I - por índice de detecção da conduta, calculado pela Secretaria de Acompanhamento Econômico, ou sua sucessora, para conjuntos de condutas investigadas; e

II – por índice de aversão ao risco, calculado pela Secretaria de Acompanhamento Econômico, ou sua sucessora, levando em consideração os agrupamentos dos incisos I, II e III do § 1º.

§ 4º Para efeito da contagem dos exercícios nos termos do inciso I § 1º, períodos inferiores

a seis meses serão considerados como metade de um ano; períodos superiores a seis meses e inferiores a um ano serão considerados como um ano completo.

§5º Em caso de reincidência, o valor resultante da aplicação do §3º será aplicado em dobro.” (NR)

.....
“Art. 45. Resguardado o disposto no parágrafo único deste artigo, a aplicação das penas estabelecidas nesta Lei levará em consideração:

.....
VII - a situação econômica do infrator;

VIII - a reincidência; e

IX – o valor efetivamente gasto pelo infrator para a reparação do dano.

Parágrafo único. Caso multa tenha sido calculada com base no caput do art. 37, levar-se-ão em consideração, além dos fatores já incorporados no art. 37:

I - a consumação ou não da infração;

II - o valor efetivamente gasto pelo infrator para a reparação do dano.” (NR)

.....
“Art. 86.

.....
§ 5º Em caso de impossibilidade de cálculo da vantagem auferida, a pena sobre a qual incidirá o fator redutor, na hipótese do inciso II do § 4º deste artigo, será calculada com base no menor percentual previsto no art. 37, §1º, I que seja aplicado aos demais coautores da infração.

.....
”
(NR)

NOTAS DE FIM

(1) Guido Calabresi and A. Douglas Melamed, Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral, 85 Harvard Law Review 1089 (1972).

(2) Segundo Shavell [Shavell, Stevens. Foundations of Economic Analysis of Law, Harvard University Press. 2004. ebook], *[S]pecifically, under the rule with sanctions equal to gains, if the gain is underestimated even by a small amount, parties will have an incentive to engage in the act, no matter how much harm it causes.* O que, traduzido livremente, equivale a “[E]specificamente segundo a regra segundo a qual a sanção deva equivaler à vantagem auferida, se a vantagem auferida for subestimada, mesmo que por uma fração, as partes terão um incentivo a praticar a conduta, independentemente do dano que causem.”

(3) 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.

(4) Becker, Gary S. **Crime and Punishment: An Economic Approach**, Journal of Political Economy, março/abril de 1968 (número 76), PP. 169-217.

(5) Além de a multa real para alguém neutro ao risco, no caso -- equivalente a R\$10.000 -, ser elevada para a modalidade de infração, pessoas físicas são avessas ao risco, o que pode, no limite, elevar a percepção da multa real para o mesmo patamar da multa nominal. Ademais, com bem explica Mitch Polinsky [**An Introduction to Law and Economics**, 4ª edition. Wolters Kluwer: 2011, P. 83], quando a perda é elevada em relação ao patrimônio, os indivíduos tendem a levar em consideração não apenas a multa real, mas, também, o seu valor nominal. No original: *Individuals may care only about the expected loss if the worst possible loss is small relative to their wealth, but they are likely to care as well about the actual probability and magnitude of the loss if the worst possible loss is large relative to their wealth.*

(6) Essa presunção decorre da proteção legal que a personalidade jurídica confere ao patrimônio pessoal do administrador, assim como da maior diversificação do risco por parte das pessoas jurídicas. Essa presunção está particularmente de acordo com os casos mais significativos julgados pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, envolvendo atores em maior grau de sofisticação.

(7) Na verdade, para L&E, parte-se do pressuposto de que a pena de multa, diversamente do encarceramento, não envolve custos. O custo da multa é convencionalmente zero, porque, para simplificar, L&E não contabiliza o custo de manutenção do órgão governamental responsável pelo *enforcement* (Cade e o Judiciário). Por outro lado, considera o custo que cada órgão terá para aplicar a lei – o custo zero de impor a multa da Lei nº 12.529, de 2011, e o custo de encarcerar, que, aí sim, exige a construção de outro aparato físico específico (penitenciária, incluindo pessoal, alimentação e sistema de segurança). Na realidade, porém, o custo de impor a multa, assim como o custo da multa incremental, chegam a ser bastante elevados, se considerarmos que os punidos tendem a recorrer ao Judiciário e tendo em mente o ônus da sucumbência não negligenciável em processos com multas

vultosas. Nada disso tira, porém, a validade do argumento de que o custo do encarceramento, em especial se somado ao da multa, é proibitivo.

(8) 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.

(9) <https://www.justice.gov/atr/antitrust-primer-federal-law-enforcement-personnel-revised-april-2005>. Acesso em 21 de junho de 2017.

(10) <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws>. Acesso em 21 de junho de 2017.

(11) “*Even in the most effective system of private enforcement, not all the harm to consumers and other victims reflected in the above estimates will be compensated: this is because, inter alia, a considerable number of antitrust infringements will remain undetected. For hardcore cartels, the detection rate is generally assumed to be no more than somewhere between 10% and 20%. For other infringements, the detection rate is higher, but the “conviction” rate (i.e. the rate of successful damages actions) is likely to be much lower, since claimants often find it very difficult to produce proof that the contested conduct produced actual anti-competitive effects. It also has to be assumed that some victims do not come forward to claim compensation, for instance because they prefer not to disrupt an ongoing business relationship with the infringer. Moreover, in some instances, victims will find it rather difficult to convince courts of a sufficiently close causal link between any particular damage and the infringement.*”

(12) FRIAS, Maria Cristina. **Ações movidas por lesados por cartéis crescem e criam conflito com leniência.** In Folha de São Paulo (20/6/2017). Disponível em <<http://m.folha.uol.com.br/colunas/mercadoaberto/2017/06/1894220-acoes-movidas-por-lesados-por-carteis-crescem-e-criam-conflito-com-leniencia.shtml>>. Acesso em 21 de junho de 2017.

(13) TAUFICK, Roberto. Nova Lei Antitruste Brasileira, 2ª edição. Almedina, 2017. PP. 378/379.

(14) Em outras palavras, o que importa é o quanto aquele bem vale em termos contábeis para o infrator, não o quanto a vítima pagaria por aquele bem no mercado. A diferença entre um e outro é o que permitirá que o infrator não pague como *multa + compensação* valor inferior à vantagem que auferiu com a prática.

(15) 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.

À consideração superior.

Documento assinado eletronicamente

ROBERTO DOMINGOS TAUFICK

Assessor do Secretário de Promoção da Produtividade e
Advocacia da Concorrência

Documento assinado eletronicamente

ANGELO JOSÉ MONT'ALVERNE DUARTE

Subsecretário de Promoção da Produtividade,
Concorrência e Inovação

De acordo.

Documento assinado eletronicamente

JOAO MANOEL PINHO DE MELLO

Secretário de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência



Documento assinado eletronicamente por **Roberto Domingos Taufick, Assessor(a)**, em 27/02/2018, às 15:43, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Angelo José Mont'Alverne Duarte, Subsecretário(a) de Promoção da Produtividade, Concorrência e Inovação**, em 01/03/2018, às 16:47, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **João Manoel Pinho de Mello, Secretário(a) de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência**, em 01/03/2018, às 18:36, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.fazenda.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0364222** e o código CRC **0FCCC422**.