

O fetiche da vantagem auferida e a dosimetria das penas no Cade

É antigo o debate sobre as penas e seus efeitos sobre a sociedade. Desde o vetusto código de Hamurabi até os dias de hoje os legisladores e os jusfilósofos se debruçam a estudar os ilícitos e as penalidades correspondentes, especialmente para que estas venham a assumir um tríplice caráter: punitivo, e último para muitos chamado de educativo ou pedagógico).



Com efeito, as leis do Talião impunham a famosa máxima do olho por olho,

dente por dente, demonstrando o caráter da pena como uma punição do injusto, diretamente proporcional ao dano causado e, com isso, impondo-se um temor natural a qualquer possível infrator da lei de vir a sofrer do mesmo mal que se impingiu a outrem, na mesma exata gradação.

Em Beccaria, muitos séculos depois e com uma sociedade mais organizada civil e politicamente, algumas indagações foram lançadas: qual a origem das penas? De onde defluiu esse direito de punir? Quais as sanções adequadas para cada tipo de crime? A pena de morte é útil para a estabilização social? Quais são os meios mais adequados para se punir um ilícito e eles serão sempre os mesmos em qualquer tempo e em qualquer sociedade? ¹

Sem se pretender responder a tais dúvidas em poucas palavras, reconhece-se o direito de punir como um direito do Estado de organizar a sociedade, a partir da abdicação de parcela da liberdade individual por cada um de seus membros. Sem embargo, ainda assim remanesce atual a indagação da adequação da pena ao respectivo crime/ilícito e também de quais efeitos são por ela almejados e como devem ser alcançados.

Questionamento desse jaez tem ganhado força no seio do Conselho Administrativo de Direito Econômico especialmente desde 2015, a partir de interpretação conferida por alguns Conselheiros ao inciso I do art. 37 da Lei n. 12.529/2011, cujo teor tinha redação similar já desde a Lei n. 8.884/1994, especialmente no que diz respeito à vantagem auferida.

Tal dispositivo previu a penalidade de multa pela prática de infrações à ordem econômica entre 0,1% e 20% do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível a sua estimativa. E a principal controvérsia então instaurada se centrou na questão da vantagem auferida – figura de conceito jurídico indeterminado – e, ainda, da existência ou não de um limite para essa multa.

E nessa toada, após rico debate travado nos idos de 2016ⁱⁱ, o Conselho, por maioria, vencidos os então Conselheiros João Paulo Resende e Cristiane Alkmin, decidiu pela inaplicabilidade da vantagem auferida como parâmetro de mensuração da multa, por entender tal cálculo de difícil e complexa estimativa, bem assim por não haver metodologia replicável e segura para todos os setores da economia, para além do custo elevado dessa atividade, sem benefícios expressivos dela oriundos para o *enforcement* público da lei antitruste, do que eventual adoção desse critério resultaria em penas menos previsíveis e sobretudo sujeitas a cálculos sofisticados e passíveis de posterior questionamento/anulação pelo Poder Judiciário, em demandas intermináveis e que só vulnerariam a atuação e credibilidade do CADE, dentre tantos outros fundamentos lançados pelos julgadores na ocasião e em outras que se seguiram. Também o teto de 20% sobre o faturamento foi compreendido como patamar máximo para a multa correspondente.

Na composição mais recente, da qual fiz parte até meados de julho deste ano, o tema voltou a ganhar relevo e o CADE passou a decidir de forma diversa em alguns processos, nos quais houve a punição pecuniária calculada sob esse manto da chamada vantagem auferida, muito embora ainda não se tenha uma metodologia de cálculo objetiva, bem estabelecida ou desenhada. Para além disso, houve também a sinalização de quatro conselheiros no sentido de que os 20% a que faz referência o inciso I do art. 37 da Lei Concorrencial não é um teto para as multas estipuladas com base na vantagem auferida, mas apenas para aquelas outras, aplicadas sobre o faturamento da empresa e apenas nas hipóteses de não ser possível estimar tal ganhoⁱⁱⁱ.

E essa estimativa da vantagem ocorreu de formas distintas nos feitos apreciados. No caso do processo administrativo 08700.000066/2016-90, a empresa Araguaia foi multada em 100% das notas fiscais por ela emitidas, sob a singela alegação de que tais pagamentos se prestavam a remunerar a sua participação no conluio, constituindo, por isso, a vantagem auferida^{iv}. Em outros dois processos (cartel de sanguessugas e de uniformes escolares^v), a vantagem auferida constituiu um percentual arbitrado pela Relatora sobre todos os contratos vencidos e executados pelas empresas participantes do cartel e contratadas pela Administração Pública.

Veja que não temos ainda uma compreensão clara do que será vantagem auferida para o Conselho, restando apenas assentado que o CADE pode punir com base nesse critério e não precisa observar o teto de 20% quando assim o fizer. O argumento parece ser o de que o ilícito não pode compensar, de que as multas devem ter por si só um caráter dissuasório tal que impeçam novas infrações de mesma natureza.

Desse cenário é possível se extrair um primeiro ponto de insegurança jurídica e de imprevisibilidade das multas impostas pelo CADE em tais moldes, consistente na ausência de um limite objetivo para as sanções baseadas em vantagem auferida, ao não se respeitar a primeira parte do inciso I do art. 37 da Lei como teto (20% do faturamento bruto no ramo de atividade).

É claro, como dito acima, que as penas devem possuir, sempre que possível, um caráter punitivo, reparatório e dissuasório, servindo para apenar o infrator, indenizar a vítima e desestimular os demais membros da sociedade em praticarem a conduta ilícita.

Ocorre que a multa imposta pelo CADE não possui natureza indenizatória, pois representa a punição por ofensa a um bem jurídico tutelado, sem se preocupar em indenizar propriamente o lesado direto, que pode e deve buscar indenização a que faz jus por meio de ação própria, nos termos do art. 47 da própria Lei Concorrencial. Até mesmo a reparação à sociedade lesada não se opera por meio indenizatório *strictu sensu*, pois inviável estimar os efeitos nocivos de um cartel para o mercado como um todo. Desse modo, argumentos como aqueles já disseminados no passado, de que quem rouba um carro deve no mínimo devolver esse carro, não se presta a justificar penas mais altas pelo CADE, pois a devolução do carro tem natureza indenizatória, e a seara para se buscar tal indenização não é a Autoridade Concorrencial.

Demais disso, ao mesmo tempo que o direito não se presta a chancelar condutas a ele contrárias, é certo também que a função de punir não é nem de subpunir e tampouco de sobrepunir, ou seja, ao mesmo tempo que não se pode ser leniente na punição, também não se deve aplicar penas exageradas, desproporcionais ao ilícito cometido. Bem por isso que não se admite em nosso país penas como as de morte, de caráter perpétuo, de banimento, crueis etc.

E a essência desse raciocínio deve ser utilizada em sede de direito administrativo sancionador, ou seja, as punições levadas a cabo pelo CADE não devem se assemelhar a uma sentença de morte, resultando na consequente falência ou extinção de empresas, tanto para não caracterizar uma ofensa ao espírito da Constituição em matéria de penas e tampouco importar a falta de proporcionalidade da pena, quanto para não afetar diretamente o mercado correspondente, em sentido contrário ao almejado pela Lei Concorrencial, com a exclusão artificial de concorrentes. Recorrendo novamente a Beccaria, tem-se que “as penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos”^{vi}.

Porém, essa ausência de patamar objetivo do teto da sanção traz uma consequência de imprevisibilidade e insegurança jurídica sem precedentes no Conselho, que sempre pautou sua atuação por fornecer aos seus administrados e a toda a sociedade em geral fatores de previsibilidade e segurança, dando condições aos mercados e à economia de operarem sem incertezas e sobressaltos, ao menos provenientes da Autarquia.

Registre-se que mesmo o então Conselheiro João Paulo, um dos mais ardorosos defensores da vantagem auferida em todo seu mandato, via tal limite de 20% como algo a ser observado inequivocamente pelo julgador, posição que deixou expressa em vários votos e, mais recentemente, em artigo nesta coluna do

Conjur^{vii}.

Outrossim, aos que dizem que as penalidades do CADE são brandas ou subdissuasórias, é preciso compreender que o direito não deve ser lido em tiras, de forma estanque, mas como sistema jurídico em que as sanções devem ser vistas em conjunto, como consequências de determinado ato. E não raro uma mesma ofensa pode ensejar cumulativamente a imposição de sanções criminais, cíveis e administrativas, muitas vezes até em mais de uma esfera administrativa.

Portanto, para se dizer que determinada punição realizada pelo CADE em caso de cartel foi subdissuasória, é preciso considerar que o sistema normativo permite uma persecução criminal para a conduta de cartel, assim como também autoriza a que cada lesado venha buscar indenização pelos danos em concreto por ele suportados, sendo esse conjunto de punições/reparação o todo representativo da atuação estatal para punir determinada conduta.

Parece-me claro que se tivermos um sistema persecutório operante, a complementaridade dessas punições é que gerará o fator dissuasório da conduta, não se podendo pretender que o CADE supra, com a sua atuação singular, todo o efeito que foi buscado a partir da concepção de um sistema mais amplo, abrangendo as esferas criminal, cível e administrativa.

Igualmente, como se reputar subdissuasória uma multa administrativa sobre um dano à sociedade quase impossível de se mensurar e diante da constatação de que a multa administrativa não se vocaciona à indenização individual? Qual seria o parâmetro utilizado para tanto? A vantagem auferida significa que a pena deve observar a antiga Lei do Talião, do olho por olho, dente por dente?

Portanto, essa insegurança proveniente da vantagem auferida sem limite objetivo é um primeiro fator de insegurança jurídica e de imprevisibilidade, militando contra a sua utilização, ao menos nos moldes expostos e utilizados no processo de Uniformes Escolares.

Outro aspecto da decisão que adota a vantagem auferida sem maiores metodologias de cálculo em detrimento do faturamento no ramo de atividade ou no mercado afetado pela conduta é o fato de se possibilitar o *bis in idem*, ou seja, uma duplicidade de punições para uma mesma conduta.

Exemplifico melhor essa situação. O CADE tem lidado nos últimos anos com diversas condutas no ramo automotivo, com carteis entre concorrentes que produzem uma série de produtos a serem aplicados em automóveis. Ocorre que muitos desses processos se formaram a partir de uma leniência, levando à instauração de um só processo envolvendo as empresas denunciadas e as inúmeras peças por elas produzidas. Por conveniência administrativa do CADE, estes processos foram desmembrados por peças, e não em função do ramo de atividade que seria o de produção de peças automotivas. Vale dizer, uma empresa que produza dez tipos de peças para automóveis e praticou cartel em relação a todas elas passou a responder em dez processos administrativos autônomos, muito embora sua conduta fosse relativa a um único ramo de atividade empresarial, na exata dicção do art. 37, inciso I, da Lei n. 12.529/2011.

Veja-se que nessa situação exemplo (mas que reflete diversos casos concretos já julgados pelo CADE), acaso adotada a tese da vantagem auferida ou mesmo a punição em face do ramo de atividade como um todo, ainda que respeitando-se a limitação do teto de 20% da lei, seria possível ao CADE punir a

empresa em 200% de seu faturamento no ramo de atividade, uma vez que para cada processo desmembrado para as dez peças produzidas por essa empresa o CADE teria o condão de impor uma penalidade autônoma de 20% do faturamento.

Desse quadro exurgem alguns questionamentos. Qual seria o fundamento para o desmembramento dos processos? É possível ao CADE punir com base em ramo de atividade empresarial e, de outro turno, na apuração dos cartéis, utilizar-se de uma divisão menor do que esta, criando tantos processos quanto forem os produtos integrantes desse ramo de atividade e estiverem no portfólio da empresa? Qual seria a racionalidade dessa divisão? Não há dúvida que esse desmembramento só faz sentido se a punição posteriormente se dá em relação ao mercado afetado, pois aí cada produto constitui um universo autônomo, cuja eventual penalidade não atinge os demais processos e tampouco se viabiliza a punição pela infração da ordem econômica relativamente a cada peça automotiva considerada singularmente tomando-se o faturamento do ramo como um todo, com a conseqüente ampliação artificial da possibilidade de punição, em nítido *bis in idem*.

De todo esse quadro, percebe-se um afã de parte do Conselho em se adotar, a qualquer custo, a vantagem auferida como parâmetro de punição para cartéis, a despeito da falta de metodologia para calculá-la e de maiores discussões sobre a segurança e a previsibilidade desse cálculo.

Vê-se um verdadeiro fetiche com o termo, como se se passar a adotar a “vantagem auferida” para cálculo da multa fosse atribuir a essa punição um poder mítico dissuasório, a que todos os cidadãos e empresas irão tremer diante dessa novel forma de se apenar.

E o fetiche decorre do fato de se chamar de vantagem auferida estimação já utilizada pelo CADE em outros processos, como se a mudança do nome trouxesse mais peso às decisões e ao temor que ela deve gerar.

No caso sanguessugas, a estimação da vantagem se deu em exata consonância com outros julgados do Conselho que, na ausência do faturamento bruto da empresa no ano anterior à instauração do processo, adotavam um *proxy* (ou aproximação) do que poderia ser esse faturamento com base no valor das licitações ganhas, como aliás foi proposto pelo voto que apresentei na ocasião e que restou vencido. O que se chamou de vantagem auferida em nada reflete propriamente um cálculo dessa natureza, senão a simples aplicação de um percentual estabelecido pela Relatora sobre esse faturamento com as licitações.

Fetiche, como se a vantagem jurídica fosse uma panaceia, um remédio para todos os males da subdissuasão, sem se atentar para o fato de que não adianta simplesmente apenas aumentar as penas *ad infinitum*, pois a real efetividade decorre de um aumento sobretudo na detecção das condutas ilícitas.

É clássica a lição de Gary Becker, citado em excelente artigo da lavra do atual Presidente do CADE, Alexandre Cordeiro, juntamente com o ex-Superintendente-Geral, Eduardo Frade, de que a “fórmula clássica de dimensionamento de penas, também corriqueiramente aplicável ao antitruste, determina que a punição deve ser superior aos ganhos obtidos pelo infrator, ajustada ainda para cima com base na probabilidade de detecção do ilícito”^{viii}.

Ocorre que não basta ajustar a condenação para cima, tendendo ao infinito, e não mexer na

probabilidade de detecção, pois estar-se-á ainda emitindo uma mensagem de que o crime pode compensar, caso a detecção seja baixa ou nula. Se assim o fosse, resolver o problema da criminalidade seria fácil, bastaria punir com pena de prisão ou mesmo morte qualquer pequeno delito, criando-se o temor de punição rígida para todo e qualquer crime.

De outro lado, não é criando cálculos *ad hoc*, sem maiores estudos e critérios, formulados a partir da bile e da sensibilidade de cada julgador, e chamando-os de vantagem auferida que o CADE irá punir mais adequadamente ou proporcionalmente à gravidade do ilícito.

É preciso ter a noção do todo, perceber que o efeito reparatório da sociedade não se confunde com o dano sofrido individualmente por cada agente ou consumidor afetado pela conduta, que a sanção imposta pelo CADE não se presta a reparar este último, e que os demais efeitos, punitivo e dissuasório também são alcançados pela atuação complementar nas esferas penal e civil, daí porque a atuação míope de só querer mexer na equação sob o prisma da atuação administrativa pode criar efeitos não desejados na economia, como multas exorbitantes, com natureza de pena capital, as quais podem simplesmente aniquilar a empresa do mercado ou gerar uma consequência tão danosa quanto, a simples desconsideração das decisões do Conselho e a eterna litigância no Poder Judiciário, enfraquecendo, em ambos os casos, o *enforcement* antitruste público e o ambiente concorrencial.

i BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. Ed. Martin Claret. SP. p. 17.

ii Processo Administrativo 08010.002568/2005-51.

iii No âmbito do Processo Administrativo 08700.008612/2012-15, o Tribunal, por maioria, vencidos os Conselheiros Luiz Hoffmann, Mauricio Bandeira Maia e o então Presidente, Alexandre Barreto, votou por impor multa à empresa Capricórnio S.A. no valor de R\$ 11.821.500,00, superior aos 20% sobre seu faturamento no ramo de atividade. Em sede de embargos de declaração, a Relatora reviu tal valor para R\$ 9.247.542,39, por erro na base de cálculo, e não por ter ultrapassado o limite de 20%. O processo teve seu julgamento concluído em 18/08/2021, após voto vista do Presidente, Alexandre Cordeiro.

iv Vide Voto-Vista constante do sistema SEI sob o número 0828510.

v Processos administrativos 08012.009732/2008-01 e 08700.008612/2012-15.

vi BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. Ed. Martin Claret. SP. p. 20.

vii <https://www.conjur.com.br/2021-jan-11/defesa-concorrencia-dosimetria-penas-infracoes-ordem-economica>.

viii <https://www.iiede.com.br/wp-content/uploads/2018/10/Artigo-Dimensionamento-de-sanc%CC%A7o%CC%83es-antitruste-a-carte%CC%81is-versa%CC%83o-definitiva.pdf>

Date Created

23/08/2021