



A dosimetria de penas em infrações contra a ordem econômica

Desde pelo menos 2015, os membros do tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) travam um debate intercorrente sobre a forma mais efetiva, em termos dissuasórios, de se aplicar sanções pecuniárias a empresas condenadas por infrações concorrenciais. O tema andava adormecido nos últimos meses, mas voltou à tona após a decisão do tribunal em 9 de dezembro passado, por maioria de 4 a 3, de aplicar uma multa a empresas condenadas por cartel em licitações de ambulâncias (operação sanguessuga) baseada nos valores dos contratos fraudados com a Administração Pública. A decisão foi inovadora por ter considerado contratos ao longo de vários anos, quando, em situações análogas, a praxe do Cade era de se limitar aos contratos de apenas um dos anos da conduta, ora escolhendo o ano de maior valor dos contratos, ora calculando médias ao longo de todo o período [\[1\]](#).

Defesa da Concorrência



Discutiui-se intensamente se essa nova forma de multar

empresas constituiria a tal "vantagem auferida" referida nos artigos 37 e 45 da Lei 12.529/2011 como base para a sanção pecuniária [\[2\]](#). A conselheira relatora, Paula Azevedo, entendeu que sim, e foi acompanhada pelo conselheiro Luís Braidó, único economista na banca, que concordou ser esta uma forma válida de calcular multas. Em voto divergente, o conselheiro Maurício Maia afirmou não se tratar de vantagem auferida, que essa metodologia já havia sido utilizada pelo tribunal anteriormente, e adotou exatamente a mesma regra, discordando da relatora apenas quanto à alíquota aplicada, baixando-a de 20% para 19,5%. Por fim, o presidente do Cade, Alexandre Barreto, destacou que essa era a primeira vez que tal método era utilizado pela maioria. Percebe-se, portanto, que não ficou claro se a multa foi ou não estimada com base na vantagem auferida.

Afastar essa confusão requer, inicialmente, a compreensão de que há, na realidade, três métodos sendo discutidos simultaneamente, e não dois.

O primeiro deles seria o método historicamente adotado pelo Cade. A maioria do tribunal sempre entendeu que o artigo 37 o comandava a multar as empresas condenadas em algum valor entre 0,1% e 20% do faturamento da empresa no *ramo de atividade* no ano anterior à instauração do processo administrativo (PA). No entanto, como ramo de atividade é um conceito jurídico indeterminado, definido fracamente em uma resolução do próprio Cade e que, na maioria das vezes, implica valores superiores ao faturamento no mercado afetado [\[3\]](#), o Cade tem optado por se limitar a multas de até 20% do faturamento da condenada *com os produtos alvo* do cartel, no ano anterior à instauração do PA. Embora questionável juridicamente, a redução da base de ramo de atividade para produtos afetados faz



sentido econômico. No entanto, como a maioria dos cartéis e de outras condutas anticoncorrenciais têm duração superior a um ano, a limitação simultânea ao faturamento com o produto afetado e a apenas um ano da conduta implica, na maioria das vezes, multas inferiores aos ganhos com a conduta — o que, por racionalidade econômica, compromete seu poder dissuasório e, por racionalidade jurídica, contraria as orientações de dosimetria do artigo 45 da mesma lei.

Uma alternativa seria ser fiel ao comando legal e tentar estimar a vantagem auferida, para, então, aplicar uma multa não inferior a esse valor. O Cade sempre afastou esse caminho por entender impossível o cálculo da vantagem auferida. De fato, esse cálculo, na caprichosa precisão que alguns entendem necessária para afastar riscos jurídicos, é impossível. Mas a Lei 12.529 não fala em cálculo e, sim, em estimativa. Seria possível estimar tal vantagem e usá-la como limite mínimo para aplicação da multa. Ainda assim, estimativas envolvem premissas, parâmetros e probabilidades, conceitos com os quais a comunidade jurídica no Brasil não está preparada para lidar.

Por fim, existe uma terceira via. Essa alternativa é adotada pelas mais importantes jurisdições antitruste do mundo [4] e foi recomendada ao Cade pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em processo de *peer review* concluído em 2019 [5], quando o Brasil foi admitido como membro permanente ao comitê de concorrência da organização. Ela seria uma "solução de compromisso" entre aplicar uma multa suficientemente dissuasória e proporcional, por um lado, e evitar a dificuldade de realizar cálculos complexos baseados em premissas e probabilidades, por outro. Consiste, resumidamente, em aplicar a alíquota (de até 20%) sobre o faturamento da empresa com os produtos afetados pelo cartel *durante todo o período de sua duração*. Note-se que a única diferença para a prática atual do Cade é a consideração de todo o período da conduta, e não de apenas um ano. Foi justamente isso que fez a maioria do Cade ao acompanhar o voto da conselheira relatora Paula Azevedo [6].

Alguns alegarão que a lei não autoriza o Cade a aplicar multas usando essa metodologia, pois o artigo 37 exige que a multa se baseie no faturamento de apenas um ano, aquele anterior ao início da acusação formal. Esse raciocínio é equivocado, pois o artigo 37 não determina como a multa deve ser calculada, mas apenas seus limites superior e inferior. E o limite superior, como discutido, se baseia no faturamento no ramo de atividade, grandeza superior ao faturamento com o produto afetado. Assim, para a grande maioria dos casos é possível, respeitando o comando legal, ampliar a dimensão temporal do cálculo da multa sem atingir o teto legal. A multa levará em consideração um período superior a um ano, mas um faturamento inferior ao do ramo de atividade, limites legais da sanção pecuniária. Uma alteração legislativa para deixar isso mais claro seria bem-vinda, mas não é necessária.

Curiosamente, no referido julgado o Cade entendeu que tal metodologia poderia ser aplicada nos casos em que não seja possível usar o tal método tradicional, por ausência de informação nos autos sobre o faturamento no ramo de atividade no ano anterior à instauração do processo. Ou seja, o Cade afirma (por ora) que a metodologia compatível com a teoria econômica e com os julgados antitruste ao redor do mundo são, no Brasil, uma incomum exceção.

Mas a iniciativa não deve ser menosprezada. É um passo importante na direção de conferir maior racionalidade às sanções pecuniárias, atingir de forma eficiente os objetivos da defesa da concorrência e convergir com as melhores práticas internacionais. Por tudo isso, a decisão deve ser louvada.



Por fim, ainda que particular ao Cade no presente contexto, a dosimetria em julgados de infrações à ordem econômica é uma questão geralmente mal resolvida nos meios judiciais e regulatórios brasileiros. Essas condutas envolvem, sempre, a busca e a potencial obtenção de alguma vantagem econômica pelo infrator. Ter alguma noção desse ganho, ainda que imprecisa, é fundamental para a aplicação de sanções ao mesmo tempo dissuasórias e proporcionais. Assim vem entendendo o Tribunal de Contas da União para casos de lesão à Administração Pública, e assim é a praxe no direito consumerista, que define a indenização a partir do dano sofrido pelo consumidor. As agências reguladoras (o Cade inclusive) e as instâncias judiciais que revisam suas decisões precisam acompanhar tais avanços institucionais. Com sua decisão no cartel das ambulâncias, o Cade mostrou que isso é possível.

[1] Vide voto público do C. João Paulo de Resende no Requerimento nº 08700.003679/2016-89, em https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRn3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPcyKjWeeokgEXyoil3sce73YA-p2zvA1WcadoUp7amHc2Aaw5eMrhsX52Z7cdssjzbwJXkLxmZ6lXonmlDH0u6#_Toc530994905

[2] No artigo 37 como limite mínimo para a multa, e no artigo 45 como base para o cálculo da multa.

[3] Por exemplo, o cartel pode ocorrer no mercado de sistemas de injeção eletrônica, enquanto o ramo de atividade aplicável seria peças automobilísticas. Uma empresa que fabrica mais de um tipo de peça teria uma base de multa muito superior a uma empresa que fabrica apenas a injeção eletrônica.

[4] Alguns exemplos: Estados Unidos, Reino Unido, União Europeia, Alemanha, França, Japão, Coréia do Sul, Austrália.

[5] OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil 2019: <https://www.oecd.org/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm>

[6] E, conforme supracitado, também pelo voto dissidente, divergindo apenas marginalmente na alíquota.

Date Created

11/01/2021