

PROJETO DE LEI Nº , DE 2017

(Do Sr. Hugo Leal)

Dispõe sobre a vantagem auferida como critério para imposição de multas no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Modifiquem-se os arts. 37, 56 da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011:

“Art. 37. A prática de infração à ordem econômica sujeita os responsáveis a multa equivalente à vantagem auferida pelo infrator durante o período em que ocorreu a infração, quando for possível a sua estimação, ponderada por índices de detecção do tipo de conduta definidos pelo Poder Executivo.

§ 1º No caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, será aplicada multa de 0,1% (um centésimo por cento) a 20% (vinte por cento) daquela imposta às pessoas físicas ou jurídicas mencionadas nos incisos I e II do § 2º deste artigo.

§ 2º Quando não for possível a estimação da vantagem auferida, as multas serão:

I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo 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);

§ 3º Aplica-se ao administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, no caso da hipótese do § 2º, a mesma regra do § 1º deste artigo.

§ 4º No cálculo do valor da multa de que trata o inciso I do § 2º deste artigo, 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 ou quando este for apresentado de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea.

§5º Para efeito da contagem dos exercícios nos termos do inciso I do § 2º, 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.

§ 6º Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.” (NR)

“Art.45.....
.....

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

“Art.56.....

§ 1º Declarada a operação como complexa, poderá a Superintendência-Geral requerer ao Tribunal a prorrogação do prazo de que trata o § 2o do art. 88 desta Lei.

§ 2º A Superintendência-Geral encaminhará ao Senado Federal e à Câmara dos Deputados, mensalmente, a relação das operações declaradas complexas acompanhada das respectivas decisões fundamentadas.” (NR)

“Art.69.....

Parágrafo único. A Superintendência-Geral encaminhará ao Senado Federal e à Câmara dos Deputados, mensalmente, a relação dos processos administrativos instaurados.” (NR)

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

Há, hoje, uma intensa discussão no CADE 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 decorre do entendimento de que esse comando seria de difícil aplicação, não estaria de acordo com o espírito da lei e não seria consistente às melhores práticas internacionais.

Ora, a lei só exige o uso da vantagem auferida como parâmetro quando a sua aferição for possível. Caso contrário, se coloca um regramento de percentual do faturamento (entre 0,1% a 20%).

De qualquer forma, há técnicas quantitativas que permitem estimar o valor da vantagem auferida e dos danos causados com razoável precisão. A dificuldade de ordem prática alegada para a aplicação daqueles métodos, qual seja, a disponibilidade de dados históricos de preços e outras variáveis comerciais com elevado grau de fragmentação, tem sido aos poucos 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.

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 CADE 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, confere-lhe discricionariedade para optar por um critério mais simples e de mais fácil mensuração.

Do ponto de vista econômico, a lógica da vantagem auferida remonta ao artigo seminal do prêmio nobel Gary Becker¹ que argumenta que as infrações em geral são cometidas com base em uma análise custo/benefício do infrator. Se o benefício esperado for maior que o custo esperado, o infrator

¹ Becker, Gary S. (March–April 1968). "[Crime and punishment: an economic approach](#)". *Journal of Political Economy*. *Chicago Journals*. **76** (2): 169–217

comete a infração. Para dissuadi-lo, portanto, é preciso elevar a penalidade esperada acima dos benefícios esperados.

De fato, o infrator em potencial, ao tomar a decisão por infringir a lei ou não leva em consideração não apenas o valor da multa, como também as chances de “ser pego”. O custo esperado da infração seria, portanto, a multiplicação do valor esperado da multa com a probabilidade de ser pego e condenado.

Daí que a multa-base do art. 37, I não pode ser inferior ao valor da vantagem auferida, ponderado pela probabilidade de detecção. A definição da regra da vantagem auferida na Lei 12.529/2011 encontra sua racionalidade na ideia original de Becker, a qual constitui a principal referência hoje na literatura econômica.

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

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 lei brasileira, como o Sherman Act e o art. 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFEU), nada mais é que a incorporação do que está previsto naqueles documentos legais.

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 Justice² e da US Federal Trade Commission³.

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.

Ocorre, porém, que a capacidade de detecção é, ainda, bastante baixa não só no Brasil como no mundo. Segundo o *Commission Staff Working Paper* sobre o *White Paper* acima mencionado [SEC (2008) 405]⁴:

“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 juízes da existência de um nexo causal imediato entre qualquer dano e a infração.”

²<https://www.justice.gov/atr/antitrust-primer-federal-law-enforcement-personnel-revised-april-2005>. Acesso em 21 de junho de 2017.

³<https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws>. Acesso em 21 de junho de 2017.

⁴*“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.”*

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 nominal obtida 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 Cade⁵, 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 claramente incipiente.

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.

De qualquer forma, sejam nessas situações de enquadramento da infração concorrencial como infração à Lei Anticorrupção, ou nos casos em que o Ministério Público fizer 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.

Parece-nos que faz sentido, porém, alterar a Lei nº 12.529/2011, para que a pena de multa se torne suficiente para a dissuasão do infrator. 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

⁵ 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.

inferior à vantagem auferida com a infração, ponderado pela probabilidade de detecção da conduta. A jurisprudência do órgão julgador e manuais sobre a dosimetria dariam previsibilidade adicional à pena.

Assim, primeiramente, deixamos claro agora na proposta para um novo artigo 37 que o principal critério para imposição de penalidades é a vantagem auferida multiplicada por índices de detecção a serem definidos por conduta que representem a probabilidade de ser pego e condenado. Se considerará todo o período em que ocorreu a infração e não apenas o ganho no último ano. Assim, evita-se aplicar a mesma penalidade para uma infração que durou um ano de outra que durou dez.

O administrador, quando direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, comprovado dolo ou culpa, também poderá ser penalizado na mesma medida da lei atual de 0,1% a 20% do que for aplicado à empresa ou entidade que cometeu a infração.

Mantemos, naturalmente, a previsão de que a aplicação desta regra dependa de ser possível a sua estimação. Para isso, são mantidos os mesmos percentuais atuais de 0,1% a 20% do valor do faturamento só que com duas mudanças. A base de incidência se torna o mercado relevante, a categoria de análise por excelência da análise antitruste, melhor que o atual “ramo de atividade”. Ademais, consistente à mudança procedida no caput do art. 37, considera-se não apenas o último ano como todos os anos em que a prática ocorreu.

Continua valendo, nesta hipótese de impossibilidade de mensuração da vantagem auferida, as regras de penalidades sobre os demais agentes que não empresas como sindicatos e sobre administradores.

Não dispondo do faturamento no mercado relevante, poderá se considerar todo o faturamento da empresa.

Esperando que, no futuro, aumentem as reparações diretas de dano por ações privadas, colocamos como fator mitigador das multas o inciso IX do art. 45. Assim, o valor efetivamente gasto com reparações, o que pode ser inclusive ação voluntária do infrator, será considerado como mitigador das

multas. Isso pode gerar um incentivo para que o infrator se adiante em atividades reparatórias.

Entendemos também fundamental que a Superintendência Geral do CADE mantenha o Congresso informado sobre os casos relevantes da agência, quais sejam todo os casos de atos de concentração considerados complexos e todas as condutas que se transformaram em processos administrativos.

Igualmente importante é o incremento da capacidade de *enforcement* do CADE para se evitar o abuso do poder econômico, especialmente inibir a nefasta ação dos cartéis que tanto subtraem do sofrido consumidor brasileiro. E o Congresso deve acompanhar com a devida atenção o trabalho do CADE.

Conto com o apoio dos nobres pares para este projeto de lei tão importante para o conjunto das necessárias reformas institucionais do país.

Sala das Sessões, em de de 2017.

Deputado HUGO LEAL