

Espaço Discente

DOSIMETRIA DAS SANÇÕES NO DIREITO ANTITRUSTE: ANÁLISE DA NOVA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA SOB A PERSPECTIVA DA DETERRÊNCIA

MARIA PAULA BERTRAN

1. Elementos para mensuração da pena: 1.1 Deterrença. 2. O problema da legislação brasileira: 2.1 Simulações para condutas sujeitas ao art. 23 da Lei 8.884. 3. Nova interpretação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE. 4. Conclusões.

1. Elementos para mensuração da pena

A definição de critérios para quantificação de penas por condutas é tema problemático para o Direito. Para Foucault, “encontrar para um crime o castigo que convém é encontrar a desvantagem cuja idéia seja tal que torne definitivamente sem atração a idéia de um delito”.¹

O preceito de deterrença não se limita às condutas penais. Aplicar uma sanção de modo que a conduta que a enseja seja desestimulada deve ser alvo de todas as áreas do Direito e, sem dúvida, dos temas anticoncorrenciais.

A ela se associa a necessidade de preservação de uma ordem jurídica que seja minuciosa ao aferir, como pena, *quantum* que torne desvantajosa a conduta, mas que, ao mesmo tempo, seja proporcional ao crime cometido. Sob a guarda de princípios constitucionais, a pena deve ser também coerente com o delito, resguardadas, portanto, razoabilidade e proporcionalidade.

1.1 Deterrença

A lógica da deterrença funciona porque infratores em potencial pesam as consequências penais de seus atos e verificam que algumas são mais danosas que outras. Nos Estados Unidos, por exemplo, a detenção pode ser usada para punição de delitos anticoncorrenciais,² ainda que em casos restritos. É provável que sua aplicação seja considerada mais pesada que a aplicação exclusiva de multas.

A lógica da deterrença é perdida se, todavia, condutas de diferentes gravidades forem submetidas às mesmas penas. O argumento é da teoria de deterrença marginal,³ que se explica na possibilidade de uma

2. “The actual application of criminal sanctions has generally been limited, although it has been increasing. Only a few dozen prison sentences were imposed from 1890 through the mid 1970’s, running from a low of four hours to a high of two years” (Phillip Areeda e Louis Kaplow, *Antitrust Analysis Problems, Texts, Cases*, Boston, Little, Brown and Company, 1998, p. 63).

3. Para a história do conceito de deterrença marginal na *Common Law*, v. Hovenkamp, “The Marginalist Revolution in Legal Thought”, 46,

legislação prever penas igualmente severas para delitos de naturezas e gravidades diversas. Veja-se o exemplo hipotético de uma legislação em que a pena de morte é atribuída tanto para crimes de roubo como para homicídios. Centrada exclusivamente a perspectiva da punição,⁴ o agente não terá estímulo para manter sua vítima viva depois de roubá-la. Por outro lado, se o roubo é apenado com 10 anos de detenção e o homicídio com a pena de morte, o agente que acabou de cometer o roubo será forçado a balancear as possíveis consequências de seu ato: detenção menos grave, em função do primeiro delito, e o qualitativo aumento da pena, caso incorra no segundo.⁵

Subsidiariamente, deve-se destacar que os ônus sociais das duas condutas são diversos. Portanto, o empenho policial para descobrir e punir o agente do crime mais lesivo à sociedade, o homicídio, será provavelmente maior, agravando as consequências práticas de tal conduta.

A teoria de deterrence marginal é aplicada ao direito antitruste. O exemplo parte da premissa de que alterações mais significativas no mercado têm maior possibilidade de serem percebidas pelas autoridades competentes e conseqüentemente punidas. Como exemplo podemos pressupor, então, possível correlação entre o tamanho do aumento de preços promovido por um cartel e as chances de que ele seja descoberto. É mais provável que um cartel que aumenta seus preços competitivos de R\$ 1,00 para R\$ 2,50 seja percebido, descoberto e combatido, que outro que os aumenta para apenas R\$ 1,20.

Vanderbilts Law Review, Ver. 305, 1993, citado por Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy — The Law of Competition and its Practice*, St. Paul, West Publishing Co., 1994.

4. Consideramos o indivíduo amoral e estritamente racional, como propõem Robert Cooter e Thomas Ullen, *Derecho y Economía*, México, Fondo de Cultura, 1998 (v. Capítulos "Teoría económica del delito y el castigo" e "Temas en la economía del delito y del castigo").

5. Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy ...*, cit., p. 588.

A jurisprudência norte-americana prevê o uso dos *treble damages*⁶ para aferição das multas por condutas anticoncorrenciais. Por tal critério, a pena a que se sujeita o infrator é o triplo do dano causado à concorrência. Portanto, se descoberto, o agente da conduta anticoncorrencial pagará uma pena tão maior quanto maior for seu aumento de preços.

Segundo a teoria da deterrence marginal, quando os membros do cartel calcularem que, com uma variação muito grande de preços, tanto a possibilidade de serem descobertos quanto a multa porventura apenada serão proporcional e necessariamente mais altas, poderão acordar que o aumento para R\$ 1,20 é suficiente e mais seguro para suas expectativas. O resultado é que o cartel imporá menos perdas sociais.

Ao contrário, se todas as multas para conduta de cartel forem fixadas em valores estanques, os membros do cartel só temeriam a maior possibilidade de serem descobertos, mas não o peso da pena. A opção pela máxima fixação de preço do produto seria estimulada.

2. O problema da legislação brasileira⁷

O critério de dosimetria da sanção para práticas anticoncorrenciais na legislação brasileira é disposto na Lei 8.884:

6. "Section 4 of the Clayton Act grants a prevailing plaintiff 'three-fold the damages (...) sustained'. Treble damages for antitrust violations were hardly new with the federal antitrust laws. Already in 1623 the English Statute of Monopolies provided that any person injured by a monopoly 'shall recover three times so much as the damages that he sustained by means or occasion of being so hindered (...)'. Few legal rules are more firmly rooted in history than treble damages recovery for victims of antitrust violation.

"The rationales given for treble damages in private antitrust actions are manifold. Perhaps the oldest is that the antitrust violator deserves to be punished for his crimes, and mere payment of single damages is not punishment enough. This moral argument has gradually given way to an argument based on general deterrence: since not all antitrust violations are detected, a rule providing only single damages would make antitrust violations profitable" (id. *ibid.*, p. 599).

7. As conclusões sobre a relação entre o mercado relevante geográfico e a dosimetria das sanções

Art. 23. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I — no caso de empresa, multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável;

II — no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa, multa de dez a cinquenta por cento do valor daquela aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva ao administrador;

III — 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 de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência — UFIR, ou padrão superveniente.

Parágrafo único. Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

Ressalta o aparente interesse do legislador em estabelecer critérios objetivos para os limites máximo e mínimo das multas. A conclusão que se impõe é a de que jamais uma multa poderia ser inferior a 1% ou superior a 30% do faturamento da empresa, como expressamente dito pelo texto legal,

são fundamental e essencialmente inspiradas no voto do ex-Conselheiro do CADE, Ronaldo Porto Macedo Jr., acerca do processo administrativo 08012.000172/98-42, envolvendo as empresas Matec e Power Tech e sobre o qual escrevi artigo publicado no jornal *Gazeta Mercantil*, Caderno Regional do Centro-Oeste, em 24.4.2003.

8. O art. 11 da Lei 9.021, de 30.3.1995 dispõe: “Para os fins previstos no art. 23 da Lei 8.884, de 1994, será considerado o faturamento da empresa no exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, corrigido segundo os critérios de atualização dos tributos federais pagos em atraso, até a data do recolhimento da respectiva multa”.

a menos que o valor da vantagem auferida superasse este mesmo limite.

A análise do dispositivo aponta que a expressão “do faturamento bruto no seu último exercício” se refere ao faturamento global da empresa e não ao seu faturamento bruto no mercado relevante definido para a análise da conduta, haja vista ausência de qualquer especificação restritiva ou extensiva.

2.1 Simulações para condutas sujeitas ao art. 23 da Lei 8.884

O voto do Conselheiro Ronaldo Porto Macedo confronta a interpretação literal do dispositivo com o arcabouço de princípios e regras jurídicas, notadamente constitucionais, em que se insere a Lei 8.884/1994. A falta de razoabilidade, proporcionalidade e igualdade que decorre de uma interpretação literal do artigo é expressa nas simulações abaixo, que atestam as más consequências de uma exegese descuidada.

Simulação I

A empresa “A” atua em trinta mercados de produtos distintos e teve faturamento bruto (incluídos todos os produtos e serviços) no mercado nacional equivalente a um bilhão em determinado ano. Dentre os produtos que produz encontram-se veículos automotores (responsável por 78% de seu faturamento total), motocicletas (correspondente a 6% do faturamento global), vestuário (correspondente a 2% do faturamento global), óculos (correspondente a 5% do faturamento global), relógios (correspondente a outros 5% do faturamento global) e produtos relacionados à indústria petroquímica (4% do faturamento global).

Deve-se supor ainda que num mercado geográfico claramente delimitado (equivalente, por exemplo, a um dos Estados da Federação), correspondente a dez por cento do mercado nacional de todos os produtos e serviços ofertados pela empresa “A”, tenha sido comprovada a ocorrência de ven-

da casada⁹ de relógios e óculos produzidos pela empresa. Neste mercado relevante geográfico, as vendas de relógios e óculos correspondem a um décimo do total do faturamento nacional neste mercado de produtos (100 milhões), equivalente a 10 milhões de Reais.

Admite-se que a vantagem auferida com a prática da venda casada totalize 1 milhão de Reais no ano em análise, ou seja, 10% do total do faturamento da empresa nos mercados relevante geográfico e do produto.

Na aplicação da sanção prevista no art. 23 da Lei 8.884/1994, segundo a interpretação literal, chegar-se-ia a uma multa mínima equivalente a 1% do faturamento global, equivalente a 10 milhões de Reais (observe-se que 10 vezes o valor da vantagem auferida é igual ao valor do faturamento total da empresa no mercado relevante geográfico dos produtos óculos e relógio). Como se não fosse o bastante, a multa máxima poderia chegar a 300 milhões de Reais.

Simulação II

Imagine-se uma segunda hipótese, em quase tudo idêntica à hipótese I, mas com uma importante diferença: um grupo empresarial "B", com as mesmas características da empresa "A", teria suas atividades separadas em distintas empresas, todas atuando no mercado nacional, mas vinculadas ao mesmo grupo controlador. Assim, a empresa "B1" atuaria no setor automobilístico, a empresa "B2" no setor de motocicletas, "B3" no setor de óculos e relógios, "B4" no setor de serviços de manutenção e assim por diante.

9. Lei 8.884/1994, art. 21: "As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: (...) XXIII — subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem".

Mantidos os valores da simulação I, verificar-se-ia que o faturamento da empresa "B3", vinculada ao setor de óculos e relógios, seria de 100 milhões de Reais. O seu faturamento no Estado da Federação considerado como mercado relevante geográfico seria de 10 milhões de Reais. Reconhecida a ocorrência da mesma infração concorrencial tida em I, a multa mínima aplicável à empresa "B3" seria, agora, de 1 milhão de Reais (ou 1% de 100 milhões de Reais). Apenas um décimo do valor obtido para a mesma conduta na simulação I. É evidente que a multa aplicável não precisaria ser a mínima, podendo atingir um máximo de 30 milhões de Reais. De qualquer forma, esta multa máxima seria apenas o triplo do valor da multa mínima prevista na hipótese I, para a mesma conduta.

Ressalta o aludido voto que o notável dessa simulação é que um fator completamente alheio às circunstâncias, gravidade e dimensão da conduta — a mera forma de organização interna de um grupo empresarial — poderia implicar a imposição de um valor mínimo dez vezes menor!

Simulação III

Conservados os mesmos valores das hipóteses anteriores, supõe-se agora que uma empresa "C" atue em todos os mercados relevantes de produto em que atua a empresa "A", nas mesmas proporções e faturamentos. Contudo, a empresa "C" limita suas atividades ao Estado da Federação onde se deram as práticas infracionais das outras simulações. Neste caso, o seu faturamento total seria de 100 milhões de Reais. Consequentemente, a multa mínima aplicável para empresa pela mesma prática enunciada acima, seria de 1 milhão de Reais e a máxima seria de 30 milhões de Reais.

Simulação IV

Conservados os mesmos valores das hipóteses anteriores, suponha-se agora que uma empresa "D" atue apenas nos merca-

dos relevantes de óculos e relógios no Estado considerado como mercado relevante. Neste caso, o seu faturamento total seria de 10 milhões de Reais. A multa mínima aplicável para empresa, pela mesma prática enunciada na hipótese acima descrita, seria de 100 mil Reais e a máxima seria de 3 milhões de Reais.

3. Nova interpretação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE

O já mencionado voto conclui ser indispensável uma interpretação legal que unifique as variações de dosimetria para as práticas infracionais nas simulações I a IV, em concordância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, para os quais a doutrina já dispensou muitos estudos, quer para distinção entre ambos, quer para conceituá-los mais precisamente.¹⁰

O plenário do CADE acordou ser necessário e possível percorrer outro caminho hermenêutico de modo que se obtenha uma interpretação concertada entre o dispositivo da Lei 8.884 e os princípios constitucionais.¹¹ Concluiu-se que “o fatura-

mento bruto” referido no texto legal refere-se ao faturamento bruto no mercado relevante geográfico e de produto em que ocorreu a prática infracional, sem extensões que promovam a distorção da dosimetria da multa.

4. Conclusões

A dosimetria das sanções deve ser objeto de análise minuciosa em todos os ramos do Direito. A área penal, porque *ultima ratio* da punibilidade, traz expressas na legislação brasileira diretrizes fixas e parâmetros muito bem delimitados para determinação de sanção. O mesmo não ocorre em outras áreas do Direito que não encontram os parâmetros guias das sanções com a mesma facilidade, exigindo adicionais esforços hermenêuticos para a obtenção de *quantum* apropriado.

Alguns preceitos devem ser buscados na determinação da sanção anticoncorrencial: (i) definição de patamares que desestimulem a prática da conduta; e (ii) atenção aos limites que fazem a sanção proporcional ao delito, não ferindo a correspondência do ato aos seus efeitos.

A legislação brasileira referente à matéria antitruste apresenta, se limitada a uma interpretação literal, graves falhas. A fixação de limites máximo e mínimo associada ao lucro bruto do agente desconsidera as participações em mercado relevante geográfico e de produto. Uma despreparada exegese da lei é, portanto, capaz de gerar consequências absurdas, em que condutas de pequeno porte recebam sanções altíssimas, apenas porque o faturamento bruto das empresas — envolvendo, pois, mercados outros que não apenas aquele no qual teve lugar a prática ilícita — é alto.

Ao se estabelecer multas para condutas anticoncorrenciais em função das porcentagens dos faturamentos brutos das empresas infratoras, incorre-se em alguns riscos da teoria da deterrence marginal. A preocupação não existe em função do te-

10. Cf. Germana de Oliveira Moraes, *Contro- le Jurisdicional da Administração Pública*, São Paulo, Dialética, 1999; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros Editores, 2001; Gilmar Ferreira Mendes, *Mor- reira Alves e o Controle de Constitucionalidade*, São Paulo, Celso Bastos Editor, 2000.

11. Cf. decisão proferida em 26.3.2003, cujo acórdão foi publicado em 13.5.2003. Segue a ementa, com trecho referente à dosimetria da sanção destacada: “O Tribunal, em preliminar, por unanimidade, decidiu pelo aproveitamento dos votos anteriormente proferidos pelo Relator e pelo Conselheiro Afonso Arinos. No mérito, por unanimidade, considerou a Representada incurso no art. 20, I e IV, c/c o art. 21, IV, V, VI e XIII, ambos da Lei 8.884/1994, aplicando, por maioria, multa no valor de R\$ 620.000,00, nos termos do voto do Conselheiro Ronaldo Macedo. Vencidos, no tocante à dosimetria, o Relator [Conselheiro Celso Campilongo] e o Conselheiro Afonso Arinos e Roberto Pfeiffer que aplicavam multa equivalente a 1% do faturamento da empresa no exercício anterior ao da instauração do Processo Administrativo. Redigirá o acórdão o Conselheiro Roberto Pfeiffer”.

to,¹² mas sem dúvida nenhuma é pertinente em função do piso. A imposição de multa de no mínimo 1% do faturamento bruto da empresa, como determina, à primeira vista, a lei, poderia ser estimuladora de um comportamento assaz lesivo à sociedade, em razão do que descreve a teoria da deterrence marginal. Para que o argumento não pareça hipotético é importante lembrar que as cem maiores empresas brasileiras apresentam faturamento superior a R\$ 1 bilhão,¹³ atuando com enorme gama de produtos, em diversos mercados regionais. Uma venda casada de goiabada com queijo no mercado geográfico do vilarejo atrás da serra poderia implicar multa na ordem dos milhões. Se a perspectiva de condenação fosse necessariamente de 1% do faturamento, não haveria estímulo ao empresário para seguir um comportamento mais

cuidadoso e impedir outras pequenas condutas anticoncorrenciais (que jamais elevariam o índice percentual da multa de 1%), mas que evidentemente teriam reflexos para a sociedade e para a concorrência.

A constatação de que o CADE percebeu a necessidade de adequada interpretação do art. 23 da Lei 8.884 é positiva para toda a sociedade brasileira. Fica resguardada a deterrence da punição, inclusive em seu aspecto marginal, bem como assegurados os princípios constitucionais brasileiros. Ademais, em termos de ordem prática, poderemos ter menores pedidos de apreciação das decisões do CADE no Poder Judiciário, uma vez que a multa é pautada por aspectos mais claros e racionais, que com mais dificuldade poderiam suscitar entendimentos diversos.

12. Observa-se a previsão legal de que a sanção jamais será inferior ao dano causado, ainda que superior ao índice de 30% do faturamento bruto, conforme o art. 23 da Lei 8.884.

13. Fonte: Centro de Estatísticas e Análises Econômicas da Fundação Getúlio Vargas.