

22.º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

PAINEL 1 - Vantagem auferida: limitações para sua adoção na dosimetria de multas | Limits to the adoption of 'earned benefits' for penalty dosimetry

Painel proposto pela Comissão Organizadora

Moderador: Eduardo Caminati | *Lino, Beraldi, Belluzzo e Caminati*

Eduardo Frade Rodrigues | *Superintendente-geral Adjunto do CADE*

Márcio de Oliveira Júnior | *Presidente Interino do CADE*

Edgard Pereira | *EDAP*

Pedro Paulo Salles Cristófaru | *Lobo & Ibeas Advogados*

Marcio Bueno | *TozziniFreire Advogados*



**“Vantagem auferida: limitações
para sua adoção na dosimetria de
multas”**

EDUARDO FRADE RODRIGUES
Superintendente-Geral do Cade

**IBRAC – 22º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEFESA DA
CONCORRÊNCIA**

Campos do Jordão, 20 de outubro de 2016

OBJETIVOS

- Lançar velhos e novos questionamentos.
- Alertar para visão unidimensional a tema crescentemente complexo e pluridimensional.
- Importância de se analisar o tema de sanções dentro de lógica maior e mais complexa de dissuasão de cartéis.

DANO

(Que, já adianto, NÃO É sinônimo de vantagem auferida)

(A) Discussão comum e relevante quando se fala de sanções antitruste.

(B) Calcular danos decorrentes de condutas anticompetitivas é difícil.

OCDE (2011): " Accurately measuring harm to competition is difficult even in the best of cases".

(C) Calcular danos é altamente custoso para a autoridade.

"Measuring harm in practice is difficult even in straightforward cartel cases because of data requirements and the need to construct a convincing (...) scenario. The more difficult cases will likely require substantial inputs from skilled and experienced analysts with detailed knowledge of the industries too. (...) The most often used methods (...) typically require relatively large data sets" (OECD, 2011).

"methods have become technically quite demanding" (Hovenkamp, 2011).

(D) Não há rotinas simples e automáticas para o cálculo.

"Simple, automatised routines are, hence, not applicable". (OCDE, 2011).

(E) O resultado final do cálculo é falho.

"Even with such experts, the results could still be considered estimates, with no guarantee of precision. (...) Economists (...) will often disagree about results (OECD, 2011).

"Even in the hands of a qualified expert, both (methods) suffer from severe limitations depending on the circumstances. (...) Over the years economists and statisticians have developed control techniques to deal with these problems or others, but no one believes that the methodologies provide more than a rough approximation of reality" (Hovenkamp, 2011).

(F) Provavelmente mais falho do que os próprios modelos econômicos são capazes de apurar: modelos precisam simplificar a realidade do cartel; mas cartéis não são assim.

(G) Trade-off perverso: *"trade-off between accuracy and practicability"*
(OCDE, 2011)

(H) Em razão da complexidade e dos resultados falhos, cálculos de danos são altamente contestáveis no Judiciário.

"Estimates may not be sufficiently precise for some courts. (...) economic theory and empirical analysis will not always result in estimates of harm that are sufficiently reliable and precise to be admitted as evidence. (...) Quantifying harm (...) to a level of precision and reliability that would satisfy a court requires a great deal of data."
(OCDE, 2011).

(I) Não por outro motivo, a maior parte dos países não faz estimação de danos ao calcular sanções.

(J) Alguns países buscam incorporar o aspecto sobrepreço ao calcular as sanções, porém:

(i) o fazem de forma arbitrária: EUA estima 10% e aplica 20%; UE, 30%.

(ii) ficção: EUA estimam sobrepreço de 10%; UE, 30%; estudos listados pela OCDE, média de 10% a 20%. Contudo, os mesmos estudos mostram casos com sobrepreço estimado de 5%, 10%, 40%, 60%...

"The strong fluctuation of overcharges indicates important industry, country and cartel-specific factors influencing the level of overcharges, rendering an average approach inaccurate" (OCDE, 2011).

(iii) relevância dessa incorporação acaba sendo altamente relativa, já que, para além de diversos atenuantes e agravantes, a multa está limitada a um teto.

(K) Em suma, cálculos de danos para fins de construção de sanções antitruste são, conforme parte substancial da literatura e experiência:

- Difíceis.
- Custosos.
- Impossíveis de simplificar e replicar em maior escala.
- Geram resultados falhos.
- Geram alto risco de questionamento judicial.
- Não são adotados pela maior parte dos países.
- Na melhor das hipóteses, geram "*rules of thumb*" arbitrárias e fictícias, ao final grandemente engolidas por outras variáveis de construção da sanção.

PAPEL DO DANO E DA "VANTAGEM AUFERIDA" NA CONSTRUÇÃO DE SANÇÕES ANTITRUSTE NO BRASIL

Papel da vantagem auferida

(A) A sanção aplicada pelo Cade tem o objetivo de ressarcir o DANO causado pela conduta? Uma série de elementos leva a crer que não:

- (a) o art. 37 comina sanções (o Cade aplica uma multa);
- (b) danos causados são um dos fatores a serem considerados na multa, e como elemento para dosar a punição, não ressarcimento;
- (c) a Lei Antitruste possui dispositivo diverso prevendo que a reparação dos danos causados pelas condutas serão feitas de forma separada, por outros agentes (privados ou representantes da coletividade);
- (e) a Lei prevê um teto para a sanção do Cade, o que não condiz com um objetivo de ressarcimento;
- (f) não é à toa que a Lei diz que a sanção aplicada pelo Cade deverá, quando possível, ser superior "à vantagem auferida" pelo infrator com a conduta, e não ao "dano causado" por meio da conduta.

Papel da vantagem auferida

(B) Dano e Vantagem Auferida não são a mesma coisa.

- A Lei usa o termo "vantagem auferida" (opostamente a "dano") porque, na parte em que aplica sanções, o seu objetivo precípua é **punitivo e dissuasório**.

- Isso não é diferente em boa parte dos países:

"delegates (...) argued that (...) fines do not have to reflect the actual harm to society from the conduct in question but need only to deter the conduct in the future. (...).

(...) stated that they are neither equipped nor required to quantify harm to competition and that this is true a fortiori in civil cases. (...)

The general consensus among delegates was that it is neither necessary nor desirable for fines to be aligned directly with the harm to competition. Delegates also generally agreed that the level of fines should include elements of punishment for the detected misconduct and deterrence for future misconduct." (OCDE, 2011)

Papel da vantagem auferida

- Para um efeito de punição e dissuasão, a lógica subjacente é que a sanção aplicada ao infrator seja maior que a "vantagem" por ele obtida com a conduta.
- O que se quer ao final, é que a infração não tenha valido a pena, para que o infrator se sinta severamente punido e que não infrinja novamente.

"CALCULANDO" A VANTAGEM AUFERIDA

“Calculando” a vantagem auferida

Como compreender a vantagem auferida?

- Elementos relacionados aos cálculos de dano, mas que com ele *não* necessariamente se confundem. **Parte relevante da vantagem auferida pelo infrator advém do sobrepreço** provocado pela conduta, que será a ele repassado, em algum grau.
- Voltam à tona todas as **dificuldades relacionadas a esse cálculo**.
- Para além disso: **vêm à tona outros elementos**, que não são relevantes na estimativa do dano, mas que se tornam significativos na aferição da vantagem auferida.
- Se ao final, para aplicar a sanção, a autoridade quer estimar os ganhos líquidos que o infrator obteve ao final de sua conduta, não seria necessário considerar também os "**custos**" incorridos pelo infrator como resultado da conduta? (“Vantagem Auferida”: o **resultado líquido** do que ganhou e do que perdeu)?

“Calculando” a vantagem auferida

Perguntas crescentes em debates nacionais e internacionais se relacionam à necessidade de consideração, no cálculo das multas, de fatores como:

- (a) "**double-counting**" de multas antitruste aplicadas por diferentes jurisdições;
- (b) custos de **imagem e reputação** sofridos pela empresa;
- (c) custos de **outras sanções**, como perda do direito de participar de licitações e de obter empréstimos;
- (d) custos das **reparações de danos**;
- (e) custos de **sanções ou ressarcimentos aplicados por outras autoridades** públicas (MP, TCU etc).

“Calculando” a vantagem auferida

- Clamor crescente pela **complementariedade das ferramentas de enforcement público e privado** (OCDE, 2016).
- Clamor crescente pela **complementariedade entre as sanções aplicadas por diferentes autoridades** que investigam o mesmo arcabouço de fatores relacionados (Cade, MP, TCU, AGU).
- Mais simples que a autoridade antitruste julgasse ignorando fatores externos de sanção ao infrator: mas isso leva, necessariamente, a uma **estimativa errônea de sanção, punição e dissuasão**.
- Se o Cade quer, verdadeiramente, fazer um cálculo adequado da capacidade dissuasória e punitiva do Estado em relação a uma conduta, não é **perigoso fechar os olhos ao conjunto de fatores que envolve esse cálculo?**

COMO USAR A VANTAGEM AUFERIDA?

Aplicação da vantagem auferida

(A) **Cálculo de vantagem auferida** é difícil, custoso, falho, suscetível a reversões no Judiciário e pouco empregado por autoridades antitruste.

(B) Pergunta relevante extra: **quanto vale a pena, se a Lei estabelece teto para sanção?**

(C) Mas então é **letra morta**? Não.

1º: vantagem auferida é um **guia qualitativo** de extrema importância, e **parâmetro geral para adequação do nível de sanções** (não necessariamente caso a caso).

2º: situações concretas em que se pode dizer que a **sanção está claramente desproporcional à vantagem auferida**, mesmo sem ter sua dimensão exata. Ex: (a) cartéis com licitações afetadas bem mapeadas, (b) variações extremas no faturamento da empresa no momento da sanção em relação ao faturamento à época do cartel, (c) situações eventuais em que seja possível realmente calculá-la.

- Noção de vantagem auferida é **companheira** constante no cálculo da sanção, o que não significa que seja o **elemento central** ou sempre **necessário**.

ADEQUAÇÃO DAS SANÇÕES ANTITRUSTE NO BRASIL?

Adequação das sanções no Brasil

Ao não adotar modelo que coloque o cálculo de vantagem auferida como elemento central e corriqueiro do cálculo das sanções, estamos falhando em nossa tarefa de punição e dissuasão?

- Ao decidir se engajar em um cartel, estão os agentes simplesmente fazendo esse **cálculo matemático** de vantagens pecuniárias vs. custos pecuniários no caso de detecção?
- Ainda que estejam, é razoável presumir que eles ignorem **outros fatores de sanção** (pecuniária e não pecuniária): ações de reparação, sanções de outras autoridades, custos de imagem etc?
- Fator central: **risco de processamento e condenação criminal**, crescente no Brasil. Quanto "vale" ser preso (ou ameaçado de sê-lo)?
- Ainda que se ignorasse isso (o que seria equivocado), será que as **multas do Cade tem sido vistas como baixas** pelos infratores?

ADEQUAÇÃO DAS SANÇÕES

- **Resposta difícil.**
- **Fórmula clássica** de dissuasão baseada em danos diz que a punição deve ser em montante superior aos ganhos obtidos pelo infrator, ajustado ainda pela probabilidade de detecção de um cartel.
- Para além dos problemas do cálculo do dano, ganhos etc, há aí um fator ainda mais difícil de calcular: a **probabilidade de detecção do cartel**. Percentual de cartéis descobertos em relação ao total não descoberto? **Não sabemos** (muitos). Mas... **os infratores também não sabem**.
- Será então que realmente eles estão fazendo esse **cálculo matemático**?
- **Fatores** como publicidade das multas, valores absolutos de multa elevados, notícias de prisões, danos de imagem a indivíduos condenados, notícias de leniências e buscas e apreensões etc, não tem **peso relevante em comparação com cálculos de vantagens pecuniárias**?

ALGUMAS CONCLUSÕES E REFLEXÕES SOBRE A POLÍTICA ANTITRUSTE

Conclusões e reflexões

- Importante que se **continuem estudos para aprimorar cálculos de vantagem auferida**, elemento central na avaliação de sanções antitruste.
- **Avaliação da adequação e suficiência das sanções é uma necessidade real.**
- **Porém:**
 - (i) **inadequado** concluir que uma **política centrada em cálculos pecuniários de vantagem auferida é a solução.**
 - (ii) estudos devem incluir, crescentemente, **novos elementos**, afastando análises simplistas.
 - (iii) **Forma de implementação:** avaliação geral da adequação das punições ou cálculo em todos os casos?
- Hoje, política de sanções centralizada em um cálculo de vantagem auferida **caso a caso** ainda seria muito falha, custosa e com consequências potencialmente sérias em termos de questionamentos judiciais, além de distanciar o Brasil das melhores práticas internacionais.

Conclusões e reflexões

- **Recursos escassos**: recursos para cálculo de vantagem auferida caso a caso **x** recursos disponíveis para detecção de cartéis, investigação, celeridade dos processos e das sanções.
- **Questionável** se cálculos mais precisos de vantagem auferida, ainda que gerem maiores multas, teriam neste momento mais **efeito dissuasório** do que a política atual com foco na detecção de mais cartéis, tramitação mais célere dos processos e aplicação de sanções de forma mais rápida e em volume significativamente mais alto que no passado.
- Por outro lado, política antitruste tem espaço para **investir em meios adicionais de dissuasão**, sem gastos significativos de recursos do Cade: (i) incentivo a (boas) ações de **reparação de danos**, e (ii) incentivo à **punição criminal** de indivíduos.

OBRIGADO.