

MACHADO  
ASSOCIADOS

ADVOGADOS E  
CONSULTORES



# DOSIMETRIA DE MULTAS NO CADE

## *Evolução histórica e desafios*

***Eduardo Molan Gaban***

*Doutor em Direito (PUC-SP / NYU-US)*

*Mestre em Direito (PUC-SP)*

*Sócio de Machado Associados*

9 DE NOVEMBRO DE 2012

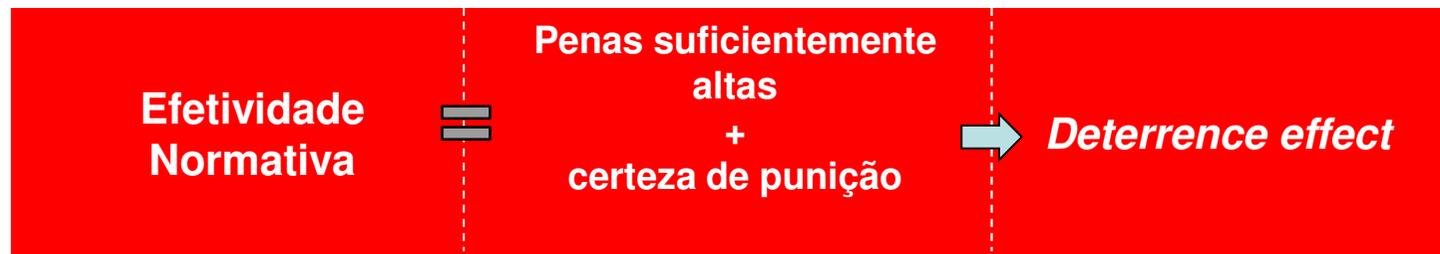


# Teoria das Sanções

## Alguns princípios gerais e constitucionais



*“Would you prevent crimes? Let the laws be clear and simple, let the entire force of the nation be united in their defence, let them be intended rather to favour every individual than any particular classes of men, let the laws be feared, and the laws only” (BECCARIA, 1764)*



- A pena deve ser individualizada (Art. 5º, XLVI, CF/88)
- Deve-se observar a proporcionalidade na aplicação da Lei (Princípio implícito da CF/88, segundo o STF e doutrina)

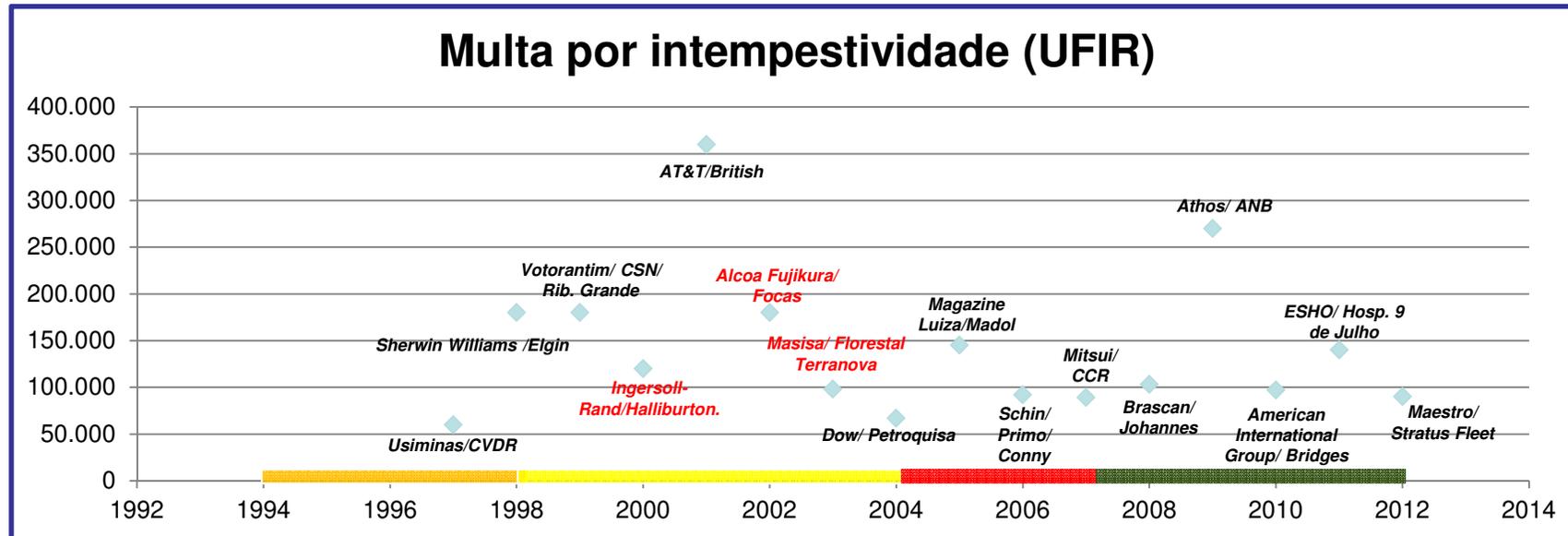
# Disposições normativas da Lei Antitruste

## Parâmetros Legais



Lei n° 8.884/94 v. Lei n° 12.529/2011	Utilização pelo CADE em casos concretos
<p><b>Art. 27. (Lei 8.884/94) e Art. 45 (Lei 12.529/11):</b></p> <p>Na aplicação das penas estabelecidas nesta lei serão levados em consideração:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>I - a gravidade da infração;</li><li>II - a boa-fé do infrator;</li><li>III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;</li><li>IV - a consumação ou não da infração;</li><li>V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;</li><li>VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;</li><li>VII - a situação econômica do infrator;</li><li>VIII - a reincidência.</li></ul>	<p>Presumida com a submissão espontânea de ACs intempestivos (de 2000 em diante, Res. 36/04 e Res. 44/07).</p> <p>Calculada pelo CADE em poucos casos, como Power tech / Matec (2003).</p> <p>Mais frequente nas decisões do CADE, aplica-se ao faturamento das partes tanto em ACs intempestivos quanto em PAs</p> <p>Presente tanto em ACs intempestivos quanto em PAs, caso mais recente Cartel dos Gases Industriais e Hospitalares (2010).</p>

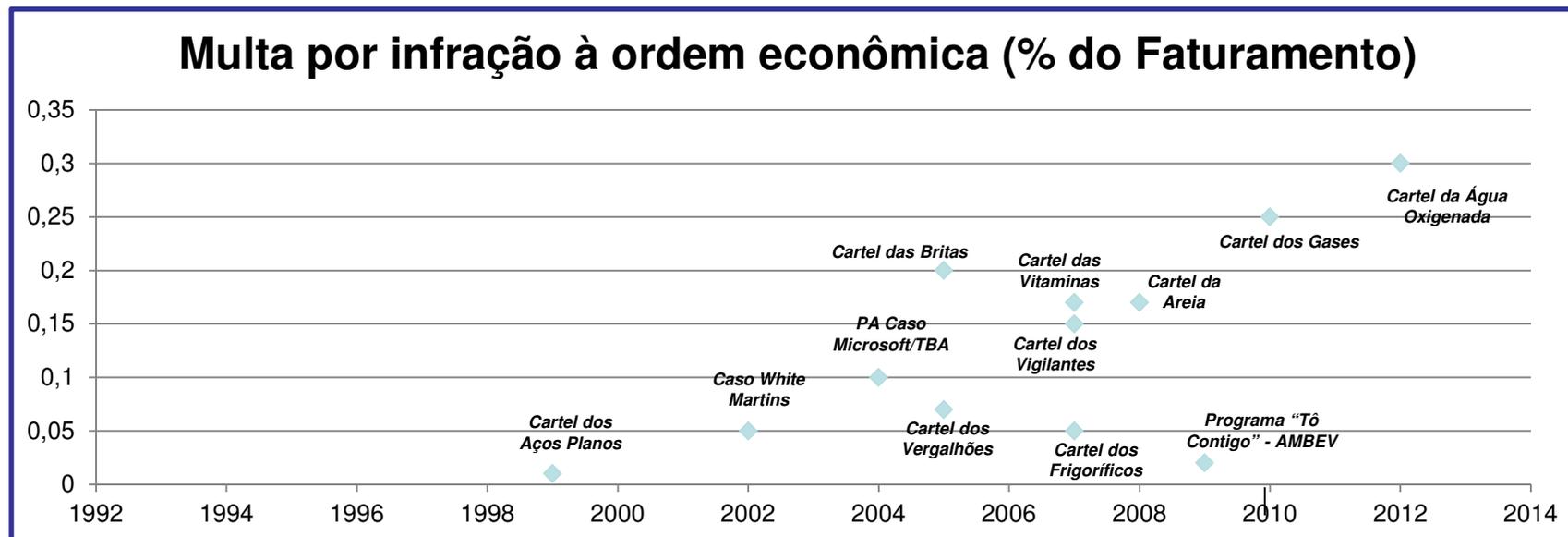
# Dosimetria das Multas Conforme Jurisprudência do CADE



- Período “educativo”. Implementação da Lei n° 8.884/94;
- Período de utilização do art. 27, Lei n° 8.884/94, para gradação da pena. Discussão sobre proporcionalidade e razoabilidade, tendo em vista o poder discricionário detido pelo CADE para dosimetria de multas, dentro dos limites impostos pelo art. 54, § 5° (60.000 a 6.000.000 UFIRs);
- Período de utilização da Resolução n° 36/2004: baseada no art. 27, Lei n° 8.884/94, visou :(i) uniformizar os critérios a serem levados em consideração para se definir o valor da multa a ser aplicada, e (ii) atribuir parâmetros reais de gradação da pena. **Avaliação dos seguintes fatores: (a) espontaneidade da notificação intempestiva (boa-fé); (b) demora na notificação (gravidade); e (c) valor da operação e porte das partes (lesividade).**
- Período de utilização da Resolução n° 44/2007: manteve a sistemática da Resolução n° 36/2004, simplificando sua aplicação;

Obs.: Com a entrada em vigor da Lei n° 12.529/2011, que implementou a análise prévia de ACs, a aplicação de multa por intempestividade para submissão de ACs deixou de existir. Contudo, para a consumação dos atos antes de apreciados pelo CADE (“gun jumping”), a multa a ser aplicada pode variar entre R\$ 60 mil à R\$ 60 milhões de reais.

# Dosimetria das Multas Conforme Jurisprudência do CADE



**Obs.1:** O Caso White Martins (2002) foi o primeiro caso a enfrentar a discussão acerca da dosimetria da pena. Posteriormente, o Conselho enfrentou tal discussão em outros casos, dentre eles, o processo envolvendo as empresas Power-Tech/Matec (2003).

**Obs. 2:** Avaliação dos critérios de alíquota (crescente com o passar dos anos) e base de cálculo (faturamento total vs. faturamento no mercado relevante).

# Dosimetria das Multas Conforme Jurisprudência do CADE

## Principais condenações do CADE (1994 – 2012)\*

(GABAN, DOMINGUES, 2012)

Setor de atividades	Como começou	Representados	Julgamento pelo CADE	Valor da multa (%)	Valor da Multa (R\$)	Cálculo da multa
Peróxidos de Hidrogênio (H2O2)	Acordo de Leniência	Peróxidos do Brasil Ltda. e outros.	09.05.2012	~30% (faturamento bruto em 2003).**	R\$ 133,65 milhões (empresa) e R\$ 16,35 milhões (pessoas físicas)	Cálculo sobre o faturamento total
Gases industriais	Denúncia Anônima	White Martins Gases Industriais Ltda. e outros.	01.09.2010	25% (no caso da White Martins, a multa foi dobrada por reincidência, atingindo 50% de seu faturamento em 2002).	Total de R\$ 2,3 bilhões (empresas) e R\$5,4 milhões (pessoas físicas)	Cálculo sobre o faturamento total
Areia	Polícia Federal em investigação de crimes ambientais e tributários (operação “Drago II”)	Sociedade dos Mineradores do Rio Jacuí Ltda. – SMARJA; Comprove - Consultoria e Perícia Contábil Cível S/C e outros	17.12.2008	10% - 22,5%	Dado indisponível no momento.	Cálculo sobre o faturamento total
Frigoríficos	Denúncia por parte da Confederação Nacional da Agricultura (CNA)	Friboi Ltda. e outros	28.09.2007	5% (empresas) e 10% do valor da multa aplicada às empresas para as pessoas físicas	Dado indisponível no momento.	Cálculo sobre o mercado relevante
Segurança privada (vigilantes)	<b>Acordo de Leniência</b>	Associação das Empresas de Vigilância do Rio Grande do Sul - ASSEVIRGS e outros	19.09.2007	15% a 20% (empresas) e 150.000 a 300.000 UFIRs (associações e sindicatos)	Dado indisponível no momento.	Cálculo sobre o faturamento total
Vergalhões de aço	Denúncia de clientes, por meio do Sindicato da Indústria da Construção Civil de São Paulo (SINDUSCON/SP)	Gerdau, Cia. Siderúrgica Belgo Mineira, Siderúrgica Barra Mansa S/A	29.03.2006	7%	Dado indisponível no momento.	Cálculo sobre o faturamento total
Pedra britada	Denúncia Anônima	Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo e outros.	13.07.2005	15% - 20% (empresas) e R\$ 600 mil (SINDIPEDRAS).	Dado indisponível no momento.	Cálculo sobre o faturamento total/mercado relevante
Aços planos	Denúncias de clientes	CSN, Usiminas e COSIPA	27.10.1999	1%	R\$ 13 milhões a R\$ 22 milhões.	Cálculo sobre o faturamento total

\* O quadro inclui apenas os valores das multas impostas, sem prejuízo das demais sanções acessórias que foram aplicadas em cada caso. Como se pode notar, as principais penalidades impostas pelo CADE se deram em investigações de cartel, sendo as multas aplicadas por condutas anticompetitivas unilaterais foram percentualmente menos representativas.

\*\* Percentual estimado em função do pronunciamento do Conselheiro-Relator e das discussões do plenário do CADE quando da Sessão de Julgamento do caso.

## Experiência comparada

### *União Europeia*

- 110 cartéis condenados até o início de 2009, somando 12 bilhões de Euros. Dos 110 casos, 64 foram selecionados em razão do volume de informações para o estudo da dosimetria. O período considerado foi de 1975 à 2009. (COMBE, MONNIER, 2011)
- Referenciais dogmáticos e casuísticos para dosimetria de uma sanção ideal:
  - Duração média dos cartéis é de 7 anos (LEVENSTEIN, SUSLOW, 2006)
  - Sobre-preço varia de 15% à 75% (OCDE, 2003), ou 18% em média (CONNOR *et. al.*, 2009 - em análise de 333 cartéis do Século XVIII ao Século XXI).
  - Probabilidade de detecção é de 15% - “*player’s overoptimistic scrutiny*” (KOROBKIN, ULEN, 2000).
- Assim:

Sanção ideal = vantagem auferida / probabilidade de detecção

(COMBE, MONNIER, 2011)

# Experiência comparada

## União Europeia



- Vantagem auferida depende do:
  - montante de sobre-preço
  - elasticidade da demanda (próxima a zero)
  - mercado afetado (pode ou não se restringir ao mercado relevante – CAMILLI, 2006)
  - *Mark up* (preço – custo):
    - 10% do faturamento do mercado afetado (WERDEN, SIMON, 1987); ou
    - 20% do faturamento do mercado afetado (WILLS, 2006).

■ Assim:

	<b>Probabilidade de detecção de 15%</b>	<b>Probabilidade de detecção de 100%</b>
Elasticidade nula	Pena máxima dissuasiva: 153% do faturamento no mercado afetado	Pena máxima retributiva: 23% do mercado afetado
Elasticidade -2%	Pena máxima dissuasiva: 53% - 153% do mercado afetado (dependendo do mark up)	Pena mínima retributiva: 8% - 23% do mercado afetado (dependendo do mark up).

(COMBE, MONNIER, 2011)

## Experiência comparada

*União Europeia*

- Dos 64 casos analisados, entre 1975 e 2009:
  - apenas 1 recebeu uma pena mínimamente restitutiva; e
  - **nenhuma uma pena mínimamente dissuasiva!**

### Principais recomendações:

- Além do cálculo da vantagem auferida, a duração da prática deve ter um peso especial na dosimetria das penas.

(COMBE, MONNIER, 2011)

## Multas aplicadas pelo CADE estão cumprindo o seu papel (reparatório e dissuasivo)?

---

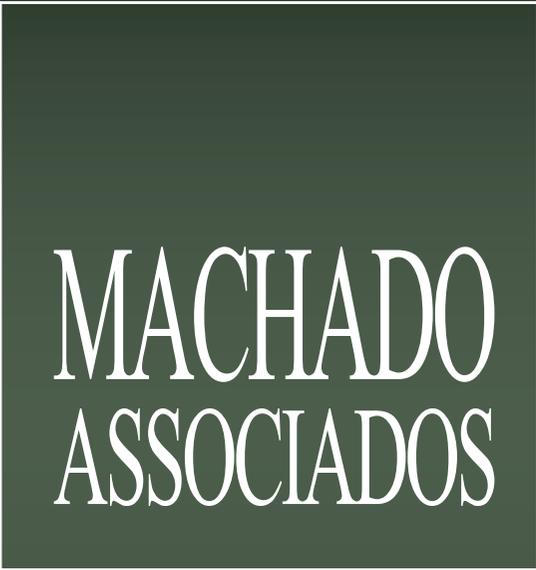
- Desde a condenação do “Cartel dos Aços Planos” até o “Cartel dos Peróxidos de Hidrogênio”, nota-se um aumento progressivo nos valores das multas impostas pelo CADE;
- Multas por práticas unilaterais, embora em menor número, também apresentam tendência crescente;
- Apesar de o percentual das multas aplicadas pelo CADE ter aumentado progressivamente, não se sabe ao certo se as multas aplicadas são proporcionais ao dano/vantagem auferida, de modo a dissuadir e punir os infratores da conduta anticompetitiva (“*deterrence effect*”);
- Em virtude da ausência de uma quantificação do dano/vantagem auferida, pode-se ter o risco de:
  - **as multas serem interpretadas pelos *players* como “*license fees*”** (CALVANI, 2012) para a atuação nos mercados (inclusive com a adoção de práticas anticompetitivas, i.e., aplicação de multas por infração anticompetitiva que não possuem efeitos dissuasórios e reparatórios, mas tão somente sejam levadas em conta como “custos de transação” para a operação no mercado, possibilitando que agentes infratores continuem a praticar condutas da mesma natureza;

**Desafio: conciliar mandamentos legais e constitucionais no contexto cada vez mais complexo da análise antitruste para estabelecer multas que atinjam o nível ótimo a ponto de dissuadir o comportamento anticompetitivo**

---

**Obrigado!**

**Eduardo M. Gaban**  
**egaban@machadoassociados.com.br**

**MACHADO  
ASSOCIADOS**

**ADVOGADOS E  
CONSULTORES**

**São Paulo**

Av. Brig. Faria Lima, 1656 – 11º andar  
01451-001 – São Paulo – SP  
Tel. +55 11 3819 4855  
Fax +55 11 3819 5322

**Rio de Janeiro**

Av. Rio Branco, 85 - 8º andar  
20040-004 - Rio de Janeiro / RJ  
Tel.: +55 21 3216 2450  
Fax: +55 21 3216 2455

**Brasília**

Complexo Brasil XXI, Bloco A, Sala 808,  
SHS, Quadra 06, Conjunto A  
70316-000 - Brasília / DF  
Tel.: +55 61 3039 8082

[www.machadoassociados.com.br](http://www.machadoassociados.com.br)