

Sanções aplicadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) a empresas no cartel do cimento: uma visão da análise econômica das penas*

Sanctions applied by the Administrative Council for Economic Defense (Cade) to companies in the cement cartel: a vision of economic analysis of penalties

*Daniel Silva Boson***

* Artigo recebido em 12 de setembro de 2015 e aprovado em 1º de fevereiro de 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v272.2016.64300>.

** Centro de Ensino Unificado de Brasília, Brasília, Distrito Federal, Brasil. E-mail: danielboson@hotmail.com.

Doutorando em direito pelo UniCEUB. Mestre em direito pela Universidade Católica de Brasília. Especialista em administração de empresas e em defesa da concorrência, ambos pela FGV. Professor de economia política e de direito econômico no UniCEUB. Gestor público federal (EPPGG), prestando assessoria jurídico-econômica no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Aprovado no Exame da OAB/DF em 2008.

RESUMO

O presente artigo apresenta a teoria econômica das penas a partir de estudo de caso, qual seja, as sanções aplicadas pelo Cade às empresas que foram condenadas por integrarem o chamado cartel do cimento. Para cada tipo de sanção foi feita uma análise teórica dos seus respectivos custos e benefícios sociais, bem como adequação e necessidade. Dado que as multas por cartéis tendem a não ser suficientes para um efeito dissuasório significativo, concluiu-se que há justificativas para a aplicação de um conjunto de sanções, mas que é necessário verificar os seus efeitos individuais, pois a princípio nem todas incrementam o bem-estar da sociedade.

PALAVRAS-CHAVE

Análise econômica das penas — direito da concorrência — Cade — cartel — mercados de cimento e concreto

ABSTRACT

This article presents the economic theory of penalties from a case study, namely, the sanctions imposed by Cade to companies that have been convicted of integrating the so-called cement cartel. For each type of sanction was made a theoretical analysis of the respective social costs and benefits, as well as adequacy and necessity. Since the fines for cartels tend not to be sufficient for a significant deterrent effect, it was concluded that there is justification for applying a set of sanctions, but it's necessary to check their individual effects because at first not all increment good -being of society.

KEYWORDS

Economic analysis of law — antitrust law — Cade — cartel — cement and concrete markets

1. Introdução

O Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79, que teve por objeto um cartel no mercado de cimento e concreto no Brasil, resultou na maior

soma de valores em multas aplicadas pelo Cade até o momento. Além disso, os representados receberam outras sanções, inclusive determinação de desinvestimento, com venda de unidades produtivas, configurando uma novidade na política sancionatória da autarquia.

Tendo em vista a importância desse processo, os votos, petições e pareceres juntados aos autos apresentaram análises com grau de profundidade destacado em relação a outros julgados. Aproveitando-se desta oportunidade, foi possível fazer um estudo teórico das sanções aplicadas, a fim de analisá-las à luz da teoria econômica das penas. Com o suporte dessa teoria, destacando-se o pressuposto de que as sanções geram efeitos econômicos concretos, é possível avaliar a adequação e a necessidade de cada tipo de penalidade, considerando seus custos e benefícios sociais.¹ Verificou-se que as sanções poderiam ser divididas em quatro categorias: as que geram benefícios sociais, as que geram prejuízos sociais, as que possuem pouco ou nenhum efeito e as que apresentam riscos na sua implementação.

Para tanto, este artigo está dividido em quatro seções, além desta introdução. A primeira apresenta o referido processo, destacando-se as penas aplicadas. A seção dois apresenta a literatura econômica sobre o tema, baseada na teoria da escolha racional e no objetivo de minimização dos custos sociais das infrações. A seção três apresenta uma análise econômica teórica dos custos e benefícios das sanções aplicadas. Ao final, apresentam-se as conclusões deste trabalho.

2. As sanções a empresas no processo do cartel do cimento

Em 28 de maio de 2014, o Cade finalizou o julgamento desse processo,² antes dos recursos,³ decidindo pela condenação, por formação de cartel, das empresas Votorantim Cimentos, Itabira Agro Industrial, InterCement Brasil, Holcim Brasil, CCB — Cimpor Cimentos do Brasil e Cia. de Cimento Itambé, bem como da Associação Brasileira de Cimento Portland, Associação

¹ Em que pese ser um estudo de caso no âmbito do direito concorrencial, a análise aqui empreendida tem aplicabilidade nos demais ramos do direito em que o elemento sanção está presente.

² No site do Cade constam votos escritos dos conselheiros Alessandro Octaviani, Ana Frazão, Eduardo Pontual, Ricardo Ruiz e Márcio de Oliveira, sendo o julgamento finalizado após o pedido de vista deste último.

³ Os Embargos de Declaração foram julgados em 29 de julho de 2015, mantendo a condenação com poucos efeitos infringentes.

Brasileira de Serviços de Concretagem e Sindicato Nacional da Indústria do Cimento e de mais seis pessoas físicas.⁴ Com isso, foram aplicadas multas que somaram mais de R\$ 3,1 bilhões, e para as empresas as sanções foram as que se seguem:

- a. Multa;⁵
- b. Alienação de 20% dos ativos de prestação de serviços de concretagem, os quais deverão ser vendidos em mercados relevantes em que haja mais de uma concreteira de propriedade ou de posse da empresa representada;⁶
- c. Apenas para a Votorantim, venda de determinados ativos de cimento;
- d. Proibição de contratação com instituições financeiras oficiais, até a data da alienação dos ativos determinados na decisão;⁷
- e. Inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;⁸
- f. Recomendação à Receita Federal e aos demais órgãos competentes para não parcelamento de tributos federais ou cancelamento, no todo ou em parte, de incentivos fiscais ou subsídios públicos;⁹
- g. Publicação de extrato da decisão;¹⁰
- h. Proibição de concentração, entre as condenadas, no mercado de cimento pelo período de cinco anos;
- i. Proibição de concentração no mercado de concreto pelo período de cinco anos;
- j. Obrigação de informar ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência qualquer operação nos setores de cimento e concreto, pelo período de cinco anos;
- k. Venda de todas as participações, minoritárias ou não, em empresas atuantes nos mercados de cimento ou de prestação de serviços de concretagem;

⁴ Arquivou-se o processo em relação à Lafarge, em função da assinatura de Termo de Compromisso de Cessação de Conduta, e à Empresa de Cimento Liz, por insuficiência de prova.

⁵ Os valores das multas foram de aproximadamente R\$ 1,5 bilhão para a Votorantim, R\$ 411 milhões para a Itabira, R\$ 241 milhões para a Intercement, R\$ 508 milhões para a Holcim, R\$ 297 milhões para a Cimpor e R\$ 88 milhões para a Itambé. Houve unanimidade na fixação do valor das multas.

⁶ Sanções nos itens "b", "c" e de "h" a "m", nos termos do voto-vista do conselheiro Márcio de Oliveira, vencidos o relator e o conselheiro Ricardo Ruiz.

⁷ Por unanimidade, nos termos do voto do relator, quanto à Votorantim, e por maioria, nos termos do voto-vista do conselheiro Márcio de Oliveira, para Itabira, Intercement e Holcim, vencidos o relator e o conselheiro Ricardo Ruiz.

⁸ Por unanimidade, nos termos do voto do relator.

⁹ Por unanimidade, nos termos do voto do relator.

¹⁰ Nos termos do voto referente aos Embargos de Declaração, da conselheira Ana Frazão.

- l. Descruzamento de quaisquer participações acionárias entre as empresas condenadas existentes nos mercados de cimento e concretagem, de forma direta ou por participações minoritárias em outras empresas que não compõem o grupo econômico das condenadas;
- m. Proibição de associação para *greenfield* nos setores de cimento, de concreto e de escória, pelo período de cinco anos, com qualquer dos condenados.

Verifica-se que nesse processo o Cade se utilizou da maior parte das penalidades previstas na Lei nº 8.884/1994, mais especificamente no art. 23, que dispõe sobre as multas, e no art. 24,¹¹ que prevê as penas assessórias.¹² As exceções se referem à recomendação para não concessão de licença compulsória, até porque o tema não foi objeto da análise (art. 24, IV, a), e à proibição de participação em licitação (art. 24, II).

3. Teoria econômica das penas

A presente análise tem como arcabouço teórico a análise econômica dos crimes e das penas, que se utiliza da teoria e do instrumental da ciência econômica para compreender, entre outras, quais práticas devem ser objeto de punição e a forma de combatê-las, inclusive no que tange a penas. Essa

¹¹ Art. 24. Sem prejuízo das penas cominadas no artigo anterior, quando assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente: I — a publicação, em meia página e às expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por dois dias seguidos, de uma a três semanas consecutivas; II — a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, junto à Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da administração indireta, por prazo não inferior a cinco anos; III — a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; IV — a recomendação aos órgãos públicos competentes para que: a) seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator; b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos; V — a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

¹² Foram aplicadas as penalidades nos termos do art. 24 da Lei nº 8.884/1994, visto que mais benéfica aos representados. Contudo, o artigo 38 da Lei nº 12.529/2011 é essencialmente idêntico. A diferença é que, no que tange à licença compulsória, atualmente ela só pode ser utilizada “quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito”, além do que se introduziu nova pena para pessoa física, qual seja, “a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos”.

abordagem foi apresentada inicialmente por Becker,¹³ o qual concluiu que a maioria das pessoas ingressa na atividade ou indústria do crime se a utilidade percebida exceder a utilidade que ela esperaria obter se investisse seus recursos em outras atividades legais. No presente caso, as pessoas físicas e jurídicas ingressariam no conluio ilegal se os ganhos esperados privados superassem seus custos, o que inclui questões de ordem moral, mas também, e talvez principalmente, o risco de sofrer uma sanção.

Nessa perspectiva, a partir das preferências pessoais, os indivíduos fazem cálculo de custo benefício para optar entre praticar ou não uma conduta proibida pelo Estado. O papel do direito é relevante ao alterar essa estrutura de incentivos, aumentando os custos privados das atividades ilícitas por meio de sanção. Com isso, o potencial infrator pode concluir que determinada atividade já não compensa em virtude da lei e de seu *enforcement*.¹⁴

Pode-se argumentar, porém, que o direito só cria incentivos para pessoas que compreendem suas consequências, o que teoricamente não seria o caso de pessoas jurídicas. Com isso, seria questionável a punição de organizações, até porque essas penas punem indiretamente outras empresas e pessoas físicas associadas que sequer tiveram algum benefício com a prática,¹⁵ ou que sequer sabiam do ilícito.¹⁶ Assim, a lógica apresentada por Gary Becker, nesse sentido de que pessoas fazem análise de custo benefício,¹⁷ não se aplicaria a pessoas jurídicas.

No entanto, os dirigentes dessas organizações fazem essa análise por elas, sendo que, em um modelo mais simples, se o lucro esperado é maior do que o custo esperado para a organização, haveria incentivos para políticas

¹³ BECKER, G. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*, v. 76, n. 2, p. 169-217, 1968.

¹⁴ EHRLICH, I. Participation in illegitimate activities: a theoretical and empirical investigation. *The Journal of Political Economy*, v. 81, n. 3, p. 521-565, 1973.

¹⁵ Um fornecedor, por exemplo, pode ser prejudicado pelo cartel, dada a menor oferta. Com a sanção, a oferta pela condenada pode ser ainda mais reduzida, prejudicando novamente o fornecedor.

¹⁶ Os sindicatos em geral arrecadam recursos principalmente pela contribuição de seus associados. Esse argumento vale também para empresas, em que as multas podem prejudicar pessoas que não sabiam do ilícito, como pequenos acionistas com interesses apenas financeiros.

¹⁷ Em seu discurso ao ser agraciado com o prêmio Nobel, Becker explicou que começou a pensar sobre o tema quando estava atrasado para um exame oral de um aluno, sendo que ao estacionar o carro, ele poderia fazê-lo legalmente em um estacionamento ou assumir o risco de parar na rua, o que lhe era mais conveniente, mas com risco de ser multado. Ele optou pela segunda, e não foi multado. BECKER, G. *The economic way of looking at life*. 1999. Disponível em: <www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1992/becker-lecture.pdf>.

pró-ilícito, seguindo a lógica do agente racional.¹⁸ Com isso, a função das sanções seria então tornar a prática da infração não lucrativa *ex ante* para a corporação. Destaque-se, contudo, que esse objetivo pode ser inviabilizado, especialmente no que tange a multas, pena comumente utilizada para pessoas jurídicas, devido a restrições jurídicas ou patrimoniais. Por exemplo, o teto legal para a multa pode ser relativamente baixo ou o patrimônio atingível da organização pode ser insuficiente para tornar o ilícito não lucrativo.

Em síntese, a diferença entre a análise econômica da pena de pessoas físicas e a de organizações é baseada no problema da agência, em que os interesses dos administradores e funcionários (agentes) podem não estar completamente alinhados aos da organização (principal). Nesses casos, se o cometimento do ilícito não é do interesse da organização, o que não é necessariamente verdadeiro, ela tende a buscar incentivos específicos para inibir seus agentes de praticá-lo, impondo um custo a quem o fizer. Contudo, apenas a ação da organização pode não ser suficiente para esse combate, seja porque ela não tem interesse em fazê-lo, pois ganha com a prática,¹⁹ seja porque ela não consegue inibir sozinha, de forma eficiente, as ações de seus empregados.²⁰ Isso poderia justificar um sistema dual de responsabilização, para organizações e pessoas físicas, pelo próprio Estado.²¹

Essa literatura ainda é recente, e o desafio é exatamente criar um sistema de incentivos eficientes para o combate aos ilícitos envolvendo organizações.²²

¹⁸ FRIEDMAN, D. D. Reflections on optimal punishments, or: should the rich pay higher fines? In: ZERBE, R.; KIRKWOOD, J. B. (Ed.). *Research in law and economics*. 3. ed. Greenwich: JAI, 1981. p. 185-230; BEALE, S. S. A response to the critics of corporate criminal liability. *American Criminal Law Review*, v. 46, p. 1481-1505, 2009.

¹⁹ Os ilícitos cometidos por empregados podem prejudicar ou beneficiar as organizações. Diversas infrações econômicas, como cartel, tendem a ser benéficas para ambos, em detrimento dos demais *players* do mercado. Contudo, há infrações que podem ser benéficas apenas para a pessoa física infratora, em detrimento da própria organização, e, por consequência, dos acionistas, como, a princípio, casos de *insider trading*. A teoria da agência é útil para se refletir sobre as punições a serem aplicadas.

²⁰ POLINSKY, A. M.; SHAVELL, S. Should employees be subject to fines and imprisonment given the existence of corporate liability? *International Review of Law and Economics*, v. 13, n. 3, p. 239-257, set. 1993.

²¹ KRAAKMAN, R. The economic functions of corporate liability. In: HOPT, K.; TEUBNER, G. (Ed.). *Corporate governance and directors' liability*. Nova York: Di Gruyter, 1984. p. 178-207.

²² Para uma revisão sobre a literatura econômica de crimes corporativos, ver LOTT, J. R. *Corporate criminal liability*. Edward Elgar and University of Ghent, 2000; para alternativas de sistemas de regras de responsabilização de corporações, ver ARLEN, J. Potentially perverse effects of corporate criminal liability. *Journal of Legal Studies*, v. 23, n. 2, p. 833-867, 1994; para uso de responsabilidade civil ou responsabilidade penal para corporações, ver BYAM, J. T. The economic inefficiency of corporate criminal liability. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 73, n. 2, p. 582-603, jan. 1982.

Nessa linha, um dos pontos mais discutidos é se empresas que tenham programas de *compliance* e reportem às autoridades infrações cometidas por seus funcionários deveriam ter suas penalidades reduzidas ou mesmo extintas.²³ De qualquer forma, há um virtual consenso de que as penalidades a organizações são importantes.

Em suma, se o Estado proíbe determinadas condutas, há a intenção de se reduzir suas ocorrências. E partindo do pressuposto de que tais condutas são um mal para a sociedade,²⁴ quanto maior for a eficiência estatal e da própria sociedade como um todo no seu combate, menores serão seus custos sociais.²⁵ Para tanto, embora a ciência econômica não dê receitas de bolo, ela é útil para a estimativa e a compreensão dos impactos do direito.²⁶ A própria doutrina jurídica tradicional reconhece que o direito é influenciado por fatores externos ao direito,²⁷ ainda que faça pouco uso do conhecimento das ciências sociais, o que, nos EUA, é criticado por Posner.²⁸

4. Análise das penalidades

Ao se fazer uma interpretação literal das penas aplicadas pelo Cade, apenas uma contraria o texto da Lei nº 8.884/1994. Isso porque o Conselho determinou a proibição de contratação com instituições financeiras oficiais, até a data da alienação dos ativos determinados na decisão, enquanto o art. 24,

²³ ARLEN, J.; KRAAKMAN, R. Controlling corporate misconduct: an analysis of corporate liability regimes. *NYU Law Review*, v. 72, n. 1, p. 687-779, 1997.

²⁴ Em geral, as condutas tipificadas como infrações geram peso morto na economia, bem como implicam recursos públicos e privados investidos nessas atividades que deixam de ser utilizados em atividades geradoras de valor.

²⁵ Ressalte-se que a economia, por meio da teoria ou de pesquisas empíricas, apresenta alguns balizamentos e diretrizes sobre os custos sociais dos ilícitos. O cálculo perfeito é difícil ou mesmo impossível, o que não impede seu aprimoramento e seu uso cotidiano. Com isso, e considerando também questões valorativas, em alguma medida é necessário que o julgador utilize de sua experiência e percepções para a tomada de decisões.

²⁶ SALAMA, B. O que é pesquisa em direito e economia? *Cadernos Direito GV*, v. 5, n. 2, 2008.

²⁷ DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. A autora reconhece que o direito é influenciado por fatores não jurídicos, chamados fontes materiais. Estes seriam o conjunto de fatos sociais determinantes do conteúdo do direito e os valores que o direito procura realizar fundamentalmente sintetizados no conceito amplo de justiça.

²⁸ POSNER, R. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. O jurista norte-americano defende um maior pragmatismo, que ele chama de "pragmatismo cotidiano", buscando focar o direito na solução de problemas concretos, com suporte nas ciências sociais.

inciso II, fixa duração mínima de cinco anos.²⁹ As demais sanções estão em consonância com a literalidade da lei.

Já em uma leitura mais aprofundada, especialmente considerando a teoria econômica, as sanções aplicadas são passíveis de questionamento quanto à legalidade em função dos seus efeitos sociais. Por exemplo, as penas do art. 24 só podem ser aplicadas, nos termos do *caput*, “quando assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral”. Especificamente no que tange ao inciso V, a intervenção na estruturação ou operacionalização das empresas, embora haja ampla liberdade de atuação pelo Conselho, só pode ser realizada quando “necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica”.

Mais importante, contudo, é a análise dos próprios objetivos da lei concorrencial, tanto a antiga quanto a nova, em que fica clara a importância dos efeitos concretos no mercado, visto que ela é orientada “pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”.³⁰ Sem a análise econômica dos efeitos, é inviável alcançar esses princípios, quaisquer que sejam as interpretações dos mesmos.

Por outro lado, pode-se argumentar, com razão, que os princípios são muito abstratos para se chegar a alguma conclusão. No entanto, quando se analisa a prática antitruste, novamente se verifica a importância dos efeitos. Em atos de concentração, Seae e SDE³¹ recomendam que a fusão seja autorizada se o benefício líquido para a sociedade não for negativo, o que está em consonância com a literatura internacional, como o exposto por Williamson,³² que entende que as operações que geram riscos à concorrência podem vir a ser aprovadas se gerarem eficiências compensatórias.³³ Transpondo essa lógica

²⁹ Esta punição assemelha-se mais a um erro de decisão, que dificilmente será questionado, quer pelos condenados, quer pelo Ministério Público. Considerando também seu baixo impacto econômico potencial e o foco deste trabalho na análise econômica, essa questão não será aprofundada.

³⁰ Art. 1º tanto da Lei nº 8.884/1994 quanto da Lei nº 12.529/2011.

³¹ SEAE; SDE. Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal. *Diário Oficial da União*, v. 158-E, n. 1, p. 12-15, 2001.

³² WILLIAMSON, O. E. Economies as an antitrust defense: the welfare tradeoffs. *The American Economic Review*, v. 58, n. 1, p. 18-36, 1968.

³³ O autor ainda informa que a primeira análise da Suprema Corte dos EUA sobre a questão das eficiências foi no caso *Brown Shoe Co., Inc. v. United States* 370 U.S. 294, julgado em 1962, no sentido de que não apenas as eficiências não seriam argumento de defesa, como ainda poderiam ser utilizadas para vetar a operação caso colocasse pequenos competidores em desvantagem competitiva. Esse entendimento foi alterado posteriormente.

para processos administrativos sancionadores, a condenação decorre de condutas que gerem consequências líquidas deletérias para o mercado.

Se aceita essa importância dos efeitos na análise antitruste, é de se esperar que as sanções estatais também tenham o mesmo objetivo. A aplicação delas nesses processos também possui efeitos, que podem ser subótimos. Se a pena for insuficiente, agentes racionais, inclusive os próprios condenados, terão incentivos para cometer novas condutas, visto que lucrativas. Já se excessiva, o Cade estará inibindo os agentes racionais de ingressarem em atividades socialmente desejáveis, dado o risco de condenação por atos que fogem aos seus controles, como erros de julgamento ou atividades ilícitas de funcionários contrários às normas institucionais.

Assim, sanções que tendam a gerar efeitos sociais negativos estariam viadas de ilegalidade. Além disso, o que é até tautológico, o Cade não deve aplicar penas que ele entenda terem esses efeitos negativos. Contudo, essa literatura, especialmente a nacional, ainda é escassa, o que pode refletir em decisões equivocadas, não apenas do Cade, mas de qualquer órgão com competência para aplicação de sanções. Este *paper* põe a análise dos efeitos das sanções no centro do debate.

Dito isso, passa-se à análise das penas aplicadas,³⁴ agrupando-as em quatro categorias, a saber: (i) sanções com prováveis efeitos positivos para o mercado, especificamente multa, publicidade, venda de participações minoritárias e obrigação de notificação de operações no setor; (ii) sanções com prováveis efeitos negativos para o mercado, que são as proibições de concentração e de associação para investimentos *greenfield*; (iii) sanções com baixa probabilidade de geração de efeitos, consubstanciadas na inscrição dos condenados no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor e recomendação para não concessão de parcelamento de tributos ou cancelamento de incentivos ou subsídios públicos; e (iv) sanções com maiores riscos sociais de implementação, o que inclui proibição de contratação de instituições financeiras oficiais³⁵ e venda de ativos.

³⁴ Uma questão que se coloca é que, dado que o artigo trata de penalidades, não cabe uma análise das provas ou da ocorrência ou não do cartel. Parte-se do pressuposto de que as empresas efetivamente participaram de uma infração à concorrência. Uma literatura sobre esse tema refere-se aos erros de decisão, e como eles devem afetar o julgamento. Contudo, isso não é abordado neste artigo.

³⁵ A proibição de participação em licitações apresenta problemas semelhantes à proibição de contratação com instituições financeiras oficiais, mas aquela sanção não foi adotada nesse processo, talvez em função desses efeitos negativos.

Em nosso entendimento, as incluídas na primeira e segunda categoria teriam impactos mais claros no mercado, mas somente as da primeira teriam um efeito social desejável. A terceira categoria abrangeria sanções que dificilmente serão implementadas, logo, tendentes a serem inócuas. Já a quarta categoria abrangeria sanções com um maior risco social, devendo ser aplicadas com maior precaução.

4.1 Penalidades com prováveis efeitos positivos

O instrumento de sanção mais utilizado pelo Cade é a multa, que é uma forma efetiva de criar inutilidade para o infrator. Dado que ela possui menores custos sociais, deve-se considerar aplicá-la ao limite, seja o legal, seja o possível considerando o patrimônio do infrator, antes de utilizar-se de outras sanções mais custosas, como prisão.³⁶ No que tange a cartéis, dadas essas limitações, apenas a aplicação de multa pode gerar um efeito dissuasório insuficiente, como observado por Boson:

Utilizando-se como proxies estimativas de detecção e punição de cartéis nos EUA e na Europa (aproximadamente 15%), bem como estimativas em relação a condenações judiciais no Brasil para casos de corrupção (cerca de 3%), conclui-se que o Cade provavelmente consegue punir um percentual muito pequeno dos casos de cartéis ocorridos no Brasil. Além disso, a maioria dos estudos empíricos sobre elevações ilícitas de preços decorrentes da conduta encontram aumentos de preços superiores a 20%, o que faz com que a prática possa incrementar significativamente os lucros das empresas. Essa junção de baixo nível de detecção e elevada lucratividade cria incentivos fortes para que os dirigentes daquelas organizações incentivem práticas colusivas por seus funcionários.

A partir dos dados apresentados, conclui-se que apenas a aplicação de multas é insuficiente para se incentivar uma cultura pró-concorrência nas empresas, ainda que o Cade aplicasse o limite máximo legal. Dessa

³⁶ SHAVELL, S.; POLINSKY, A. The optimal use of fines and imprisonment. *Journal of Public Economics*, v. 24, p. 89-99, 1984.

forma, recomenda-se a utilização complementar de outros instrumentos de dissuasão.³⁷

A presunção de os infratores conhecerem bem essa taxa de detecção e punição pode ser irreal, e a percepção dessa taxa varia entre grupos, entre integrantes de um mesmo grupo, e mesmo para a mesma pessoa ao longo do tempo.³⁸ Na verdade, nem as estimativas feitas por pesquisadores e autoridades são capazes de refletir a realidade com precisão, visto que, por exemplo, nem todos os crimes são notificados. Contudo, é provável que haja uma correlação positiva entre a percepção dos infratores e o risco real de detecção e punição.

No caso de infrações econômicas, visto que comumente envolvem pessoas bem informadas, essa correlação tende a ser ainda maior. Considerando também que essas pessoas conheçam com alguma precisão as potenciais penas a serem aplicadas, bem como o aumento do lucro decorrente do cartel, é possível fazer uma análise de custo benefício, sendo provável que os potenciais infratores concluam que a prática de cartel é, *ex ante*, lucrativa,³⁹ conforme concluído no artigo anteriormente citado.

Na verdade, é possível que o próprio Cade também tenha chegado a essa conclusão. Isso porque ao longo da vigência da Lei nº 8.884/1994, embora o Conselho não tenha conseguido obter um critério para a dosimetria dessas penalidades,⁴⁰ ele caminhou para multas mais próximas ao teto legal nos casos de condenação por cartel.⁴¹ Com isso, pode-se concluir que, se o Cade

³⁷ BOSON, D. S. O jurista que calculava. In: RIBEIRO, G. F.; GICO JUNIOR, I. T. (Ed.). *O jurista que calculava*. Curitiba: CRV, 2013. p. 158.

³⁸ SAH, R. Social osmosis and patterns of crime: a dynamic economic analysis. *Journal of Political Economy*, v. 99, n. 6, p. 1272-1295, 1991.

³⁹ Quando a taxa real de detecção é baixa, pequenas diferenças em pontos percentuais nas percepções subjetivas criam um excesso ou uma escassez de efeito dissuasório, considerando uma penalidade dada. Esse problema pode ser reduzido com o aumento da taxa de detecção. BEBCHUK, L.; KAPLOW, L. Optimal sanctions when individuals are imperfectly informed about the probability of apprehension. *Journal of Legal Studies*, v. 21, n. 2, p. 365-370, 1992. Por exemplo, se a taxa real é de 1% e a percebida é de 2%, trata-se de uma variação significativa, enquanto uma real de 30% é muito próxima da de uma percebida de 31%. De qualquer forma, o direito, como um sistema de incentivos, precisa trabalhar com probabilidades, e não apenas com a severidade da sanção, para buscar sua efetividade.

⁴⁰ PINTO, G. A dosimetria das multas impostas em resposta às infrações contra a ordem econômica: uma análise da lei de defesa da concorrência. *Prêmio Seae*. Seae, 2010. Disponível em: <www.seae.fazenda.gov.br/>. Acesso em: 28 mar. 2014.

⁴¹ Nesse sentido, as multas iniciaram-se em 1% do faturamento bruto no cartel do aço, julgado em 1999, crescendo de forma gradual e significativa, e alcançando 25% no chamado cartel dos gases industriais, que foi a última condenação na vigência da Lei nº 8.884/1994. A multa da White Martins foi de 50% por ser reincidente.

aplicasse apenas multa, as empresas, atuando como agentes racionais, teriam incentivos para continuarem praticando o ilícito, ainda que com algum risco de condenação.⁴² Logo, a princípio, há justificativas para outras sanções.

Uma delas, que possui baixos custos sociais, é a publicação de extrato da decisão em jornal, à custa do condenado. Em que pese a própria mídia nos casos mais relevantes fazer matéria sobre a condenação, a publicação aumenta o acesso à informação, aumentando o poder dissuasório da pena.⁴³ A sua importância pode ser deduzida, por exemplo, do fato de que empresas privadas, mesmo as que possuem marcas universais, como a Coca-Cola, continuam a investir consideráveis quantias em *marketing* e propaganda.⁴⁴ No caso das multas, se não continuamente publicizadas, terão um efeito dissuasório muito restrito, como observado pelo Conselheiro Eduardo Pontual:⁴⁵

Tendo em vista que o poder dissuasório das penas é reforçado à medida que os demais agentes econômicos têm ciência das potenciais sanções (dissuasão geral), é importante a publicização das penas. Embora essa medida pudesse ser adotada para todos os Representados, incluindo pessoas físicas, entendo que seria suficiente a publicação apenas pelas pessoas jurídicas, especialmente considerando o custo dessas publicações.

Destaque-se que, nesse processo, o conselheiro Pontual escreveu um texto de fácil compreensão pela população, ao invés de apenas determinar a publicação de um extrato da decisão.⁴⁶ Tendo em vista que virtualmente toda

⁴² Popularmente poder-se-ia dizer que o Cade estaria “enxugando gelo”.

⁴³ Sen encontrou uma correlação negativa não apenas entre direção em estado de embriaguez e severidade da pena, mas também entre a primeira e a maior publicidade das sanções pela mídia. SEN, A. Do stricter penalties or media publicity reduce alcohol consumption by drivers? *Canadian Public Policy*, v. 31, n. 4, p. 359-379, 2005. Ambas estão em sintonia com a teoria do agente racional, visto que as pessoas tendem a cometer menos infrações não apenas com o aumento das penas, mas também com o aumento da percepção da probabilidade de punição.

⁴⁴ Em âmbito mundial no ano de 2013, a Coca-Cola investiu 7% da sua receita líquida mundial em *marketing*, ultrapassando US\$ 3 bilhões. TREFIS. Coca-Cola’s brand building initiatives could shoulder sluggish CSD sales. 2, abril. *Forbes*, 2014. Disponível em: <www.forbes.com/sites/greatspeculations/2014/04/02/coca-colas-brand-building-initiatives-could-shoulder-sluggish-csd-sales/>.

⁴⁵ PA nº 08012.011853/2008-13, referente a cartel no setor de resíduos urbanos envolvendo as empresas Coletare, Simpex e Wambass, além de pessoas físicas.

⁴⁶ No voto do Conselheiro Paulo Furquim no PA nº 08012.006241/1997-03, levado a julgamento em 24.6.2009, cuja representada era a Associação de Drogarias do Brasil — Rede da Economia

a população é leiga sobre defesa da concorrência, a publicação de um texto técnico teria pouca atenção do público, de forma que seus efeitos tenderiam a ser mais restritos.

E ainda que se questionasse esse poder de reforço da percepção dos agentes sobre o risco de punição, a publicidade ainda seria defensável, por dois motivos. Primeiro, porque é uma transferência de recursos da condenada para uma empresa de comunicação, envolvendo baixos custos de transação. Assim, a sociedade como um todo não fica mais pobre em função dessa troca. Segundo, porque os custos da publicidade, monetários e não monetários,⁴⁷ também geram inutilidade para o condenado. Nesse aspecto, a diferença em relação à multa é que nesta o dinheiro é destinado ao Estado, enquanto naquela é destinado às empresas de comunicação. Ambas, contudo, geram custos para o condenado.

Outra sanção com provável ganho social é a determinação de venda de participações societárias em outras empresas.⁴⁸ Por um lado, ela não gera maiores custos para a condenada, visto que o maior efeito da sanção consiste em uma transferência de recursos, ainda que tenha algum custo de transação. Mesmo sendo obrigadas, do que se presume que seja prejudicial aos interesses das condenadas, pois do contrário a teriam feito voluntariamente, elas receberão a compensação financeira pela alienação. E, além de não gerar maiores custos, a sanção traz benefícios sociais, visto que essas participações podem ter efeitos deletérios para o mercado e, conseqüentemente, para a sociedade, seja reduzindo os incentivos para as sócias competirem entre si (efeitos unilaterais), seja facilitando o conluio entre empresas (efeitos coordenados).⁴⁹ Assim, essa sanção teria uma finalidade maior de incapacitação⁵⁰ do que de dissuasão.

e diversas drogeries do Distrito Federal e pessoas físicas, também consta o texto que deveria ser publicado, de mais fácil compreensão para o leitor leigo.

⁴⁷ Por exemplo, o impacto negativo na imagem da empresa condenada.

⁴⁸ Aqui se inclui a determinação de descruzamento de participações acionárias entre as condenadas nos mercados de cimento e concretagem.

⁴⁹ OCDE. *Minority shareholdings*. 2009. Disponível em: <www.oecd.org/competition/mergers/41774055.pdf>. Ver também Ato de Concentração 53500.012487/2007, referente à participação da Telefônica na Tim, de relatoria do conselheiro Carlos Ragazzo e Ato de Concentração 08012.009198/2011-21, envolvendo CSN e Usiminas, de relatoria do conselheiro Eduardo Pontual.

⁵⁰ O conselheiro relator no voto do cartel ora analisado mostrou diversas passagens em que as participações minoritárias tinham por objetivo o ganho do cartel em detrimento do mercado, como às fls. 918, 985 e 1113.

Como visto, a princípio, essa sanção é aplicada sem maiores custos. Contudo, se eles forem significativos, a representada teria a oportunidade de prová-los, a fim de convencer o Conselho da inadequação da medida. Entretanto, ainda que a medida causasse custos elevados, o Cade ainda poderia analisar se eventuais ganhos de eficiência da participação da representada em outras empresas compensariam os riscos concorrenciais, tal como é feito na análise de atos de concentração. Destaque-se que, em condenações por formação de cartel, há uma presunção *iuris tantum* de que o mercado é sensível de um ponto de vista de defesa da concorrência. Então, a menos que as empresas pudessem provar o contrário, a determinação de venda de participação societária é plenamente defensável de um ponto de vista econômico.

O mesmo argumento se aplica à obrigação de informar ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) qualquer operação nos setores de cimento e concreto pelo período de cinco anos. Considerando os problemas concorrenciais do mercado, do que se deduz da condenação, bem como os baixos custos relativos da notificação, tem-se um benefício ao criar um incentivo para que as empresas apenas façam fusões e aquisições eficientes, que serão aprovadas pelo Cade. A sanção cria uma dificuldade para que as condenadas se beneficiem do filtro legal fazendo pequenas aquisições que não seriam notificáveis, mas que poderiam gerar riscos à concorrência.

Em suma, essas quatro sanções possuem baixos custos de transação e criam uma desutilidade para os apenados. E à exceção da determinação de notificação, são essencialmente transferências de riqueza. Assim, seus custos sociais não são significativos, diferentemente dos potenciais benefícios sociais, de forma que há justificativas econômicas para elas serem utilizadas antes de outras sanções. Contudo, considerando a insuficiência das multas para dissuasão da prática de cartel, bem como os efeitos limitados das demais (publicização das condenações,⁵¹ venda de participações acionárias⁵² e determinação de notificação), é possível que a autoridade concorrencial efetivamente considere outras sanções.

⁵¹ A publicização não gera dissuasão extra para as multas. Ela apenas leva ao conhecimento da população essa sanção, e na sua ausência a multa perderia força como incentivo.

⁵² A venda das participações não necessariamente reduz oportunidades para condutas ilícitas. E, se o fizer, a menos que se prove o contrário, não se espera que elas alterem significativamente a estrutura do mercado. Por outro lado, considerando que a condenada recebe o valor equivalente à participação, seu efeito dissuasório é restrito.

4.2 Penalidades com prováveis efeitos negativos

Ainda que as quatro sanções sejam insuficientes, não seria qualquer outra que deveria ser aplicada. Duas das penas fixadas na decisão são difíceis de justificar, quais sejam, a proibição, pelo período de cinco anos, de concentração no setor de cimento e de concreto,⁵³ e de associação entre os condenados para projetos *greenfield* nos setores de cimento, concreto e escória. Tais medidas seriam justificáveis apenas se o Conselho pudesse concluir, *ex ante*, que os efeitos sociais dessas proibições seriam negativos.

Essa hipótese, contudo, é pouco plausível, ainda que possível. Essas restrições impedem as empresas de aproveitarem oportunidades de investimento com potenciais ganhos de eficiência, os quais tendem a ser maximizados quando envolvendo empresas concorrentes ou relacionadas verticalmente.⁵⁴ Tais oportunidades, caso gerassem um prejuízo para a sociedade, em virtude de uma restrição da concorrência não compensada por ganhos de eficiência, seriam de qualquer forma proibidas pelo Cade em uma análise tradicional. Se o Conselho entende que tais operações apresentariam elevado risco de prejuízo à concorrência, a determinação poderia ser pela notificação obrigatória, sanção esta também aplicada, a qual tem efeitos positivos, conforme explicado anteriormente.

Dois potenciais benefícios poderiam justificar essas proibições. O primeiro é que essas sanções poupariam recursos que seriam gastos na ocorrência de uma operação, incluindo sua negociação e os gastos processuais no Cade. Contudo, esses custos tendem a ser muito baixos em relação à operação como um todo para serem vetadas sem avaliação. Até porque, tendo em vista a condenação, seria pouco provável que as condenadas apresentassem um ato de concentração com efeitos econômicos negativos. Em outras palavras, se essa sanção gerar efeito, é praticamente certo que será o de impedir a ocorrência de operações que gerariam ganhos para a sociedade como um todo. Dessa forma, essas duas restrições carecem de necessidade, dado que as empresas podem ser, e de fato o foram, obrigadas a notificar qualquer operação nos mercados analisados.

⁵³ No caso de cimento, a proibição é apenas para a concentração entre as condenadas. Já no mercado de concreto as condenadas não podem se concentrar com nenhuma empresa.

⁵⁴ HOVENKAMP, H. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. 4. ed. St. Paul: West Publishing, 2011.

Uma segunda possível explicação seria as sanções serem usadas como um fator de dissuasão. Nesses termos, elas fariam com que as empresas não pudessem aproveitar oportunidades de investimento, deixando de obter lucros que elas poderiam ter no caso de não terem cometido a infração. Diferentemente da geração de desutilidade das multas, baseada no desembolso de recursos, a das proibições decorreria do impedimento de as empresas embolsarem ganhos, uma forma de imposição de custo de oportunidade. A lógica seria então a de que haveria uma sanção, ainda que à custa de prejuízos à sociedade, que também estaria deixando de se beneficiar pela potencial operação.

Se isso é verdade, essas medidas deveriam ser adotadas apenas se o Cade entende que esse tipo de punição é imprescindível para a dissuasão de novas condutas. Em outras palavras, deveria adotá-las apenas no caso de efeitos dissuasórios insuficientes mesmo com a aplicação de todas as demais sanções. Nesse caso, a sociedade estaria abdicando de um ganho decorrente da operação para desincentivar novas condutas, que poderiam gerar prejuízos sociais ainda maiores.

4.3 Penalidades com baixa probabilidade de geração de efeitos

Duas sanções têm baixa probabilidade de geração de efeitos e, portanto, pouco ou nenhum efeito para as Representadas e para a sociedade, quais sejam, a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor e a recomendação para não concessão de tributos ou cancelamento de incentivos ou subsídios públicos.

No que tange ao cadastro, que atualmente é denominado Cadastro Nacional de Reclamações Fundamentadas, primeiramente destaca-se que os últimos dados são do ano de 2012.⁵⁵ Vê-se, pois, que está desatualizado. Além disso, ele pode ter alguma finalidade para fins estatísticos, mas a condenação pelo Cade seria apenas mais uma entre centenas, pouco criando algum prejuízo à reputação da empresa. Qualquer publicidade da condenação na mídia, no momento do julgamento, possui impacto maior do que o Cadastro.

Em relação à recomendação aos órgãos públicos competentes para não concessão de parcelamento de tributos federais devidos ou para cancelamento

⁵⁵ Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/SindecNacional/reclamacao.html>>. Acesso em: 21 set. 2014.

de incentivos fiscais ou subsídios públicos, um ponto a destacar é que se trata de recomendação e, por isso, pode não vir a ser aplicado. Assim, para a análise do poder de dissuasão, seria necessário considerar qual a probabilidade de a medida ser efetivamente implementada.

Por dois motivos, pode-se concluir que a probabilidade é muito baixa. Primeiro, porque os órgãos competentes possuem sua própria agenda e interesses, e uma mera recomendação do Cade dificilmente alteraria a política instituída pelo órgão, que reflete o interesse, legítimo ou ilegítimo, da direção.⁵⁶ Em outras palavras, se o órgão entende que é devido fazer o parcelamento ou conceder algum benefício fiscal, o impacto de uma mera recomendação do Cade, que está fazendo política concorrencial, tende a ser muito pequeno. Segundo, porque, ainda que se implementasse tal sugestão, as empresas teriam incentivos para recorrer ao Judiciário, o que reduziria ainda mais a probabilidade de a medida ser efetivamente implementada.

Até o momento, não se tem notícia de tais recomendações terem sido implementadas, de forma que elas tendem a apresentar um efeito esperado irrelevante. Com isso, embora também não haja restrições à utilização delas, dados os custos sociais também desprezíveis, não se deve esperar que elas sejam um complemento eficaz para o combate a cartéis.

4.4 Penalidades com riscos sobre o bem-estar social

Até este ponto argumentou-se (i) que os efeitos líquidos positivos da multa, da publicidade, da determinação de venda de participação societária e da notificação obrigatória são mais visíveis, (ii) que os efeitos líquidos negativos das proibições de associação também o são, e (iii) que é provável que a inscrição no cadastro de defesa do consumidor e a recomendação de sanções por outros entes públicos sejam irrelevantes. Por outro lado, há sanções cujos efeitos sociais líquidos dependem da forma da implementação, tendo em vista que apresentam efeitos significativos em direções contrárias, positivos e negativos, necessitando, assim, de uma análise das condições caso a caso.

⁵⁶ Dentro da teoria da escolha pública, Olson aborda, por exemplo, a questão dos pequenos grupos de pressão, que possuem poder de influência desproporcionalmente alto. OLSON, M. *The logic of collective action: public goods and the theory of groups*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

A primeira a ser analisada é a proibição de contratação com instituições financeiras oficiais.⁵⁷ Por um lado, há a imposição de custos às condenadas, que deixam de poder se utilizar de vantagens abertas pelo poder público. Por outro lado, há custos para o restante da sociedade, seja para os bancos, que perdem clientes, seja para as localidades que podem perder investimentos, como observado pelo conselheiro Eduardo Pontual:

No caso, entendo que a proibição de contratação para qualquer atividade não é desejável, visto que poderia inviabilizar operacionalmente a atuação da empresa nas cidades em que não houvesse bancos privados. Sendo assim, a dicção “proibição de contratar com instituições financeiras oficiais” deve ser lida como proibição de contratar crédito em instituições bancárias públicas. A proibição dessa contratação se estende, inclusive, às transações intermediadas por bancos privados, como linhas de crédito do BNDES.⁵⁸

Em que pese o argumento do conselheiro Pontual, no processo por ele relatado, mesmo a proibição de a empresa Simpex contratar crédito em qualquer instituição pública também pode inviabilizar sua atuação, especialmente em cidades menores, por exemplo, se ela precisar de crédito rotativo em uma localidade em que haja somente um banco público. Assim, a proibição, embora possa ter efeitos desejáveis, qual seja, a dissuasão, também pode gerar efeitos indesejáveis, a depender da situação concreta.

Uma restrição alternativa, que poderia diminuir as chances de efeitos sociais líquidos negativos, seria a proibição de contratação de serviços bancários objetos de algum incentivo público, como linhas de financiamento do BNDES, inclusive quando intermediados por bancos privados. Haveria vantagens, pois, em diferenciar as atividades dos bancos oficiais sujeitos à concorrência daquelas em que há uma intervenção do poder público a fim de estimular

⁵⁷ A proibição de contratação com instituições financeiras oficiais é até a data de alienação dos ativos. A proibição de participação em licitações não foi aplicada, o que é um indício de que o Cade concluiu que ela seria socialmente indesejável. Por não ter sido utilizada, não será objeto de análise neste trabalho. Ressalte-se, contudo, que sua lógica é semelhante à da proibição de contratação com instituições financeiras. Por um lado, a depender da estrutura do mercado, o poder público e a sociedade podem ser prejudicados com a menor concorrência. Por outro lado, gera um custo para as condenadas, gerando efeito dissuasório. Assim, os efeitos líquidos sociais devem ser analisados caso a caso.

⁵⁸ Voto no Pedido de Reapreciação da Simpex no PA nº 08012.011853/2008-13, referente a cartel no setor de resíduos urbanos.

determinados projetos de interesse social, como quando há subsídios ou alguma outra forma de incentivo.

Não que a proibição de as condenadas obterem benefícios públicos não gere custos sociais. Os subsídios supostamente são instituídos para incentivar atividades que geram benefícios para além das empresas diretamente beneficiadas, geralmente externalidades positivas. Se potencialmente uma empresa condenada pelo Cade seria apta a obter o benefício, supostamente ela seria a mais adequada a obtê-lo, do ponto de vista da sociedade.⁵⁹ Contudo, para fins de dissuasão, é possível que seja desejável que a sociedade arque com esses custos para poder aplicar a penalidade, podendo-se buscar formas que o minimizem.

Por fim, a medida mais polêmica, que foi a venda de ativos de concretagem e, especificamente para Votorantim, de cimento. Novamente, pelo texto da lei, não se pode questionar a legalidade da sanção, visto que a norma tem previsão expressa. Contudo, essa medida, que gera desconcentração, também possui seus riscos de um ponto de vista do interesse da sociedade, o que em tese pode levar a questionamentos sobre a legalidade.

A justificativa para tais sanções consta das fls. 370 a 409 do voto condutor sobre o tema, que foi o do conselheiro Márcio de Oliveira. Segundo ele, a atual configuração do mercado de cimento foi construída para atender às necessidades do cartel.⁶⁰ Com isso, os remédios deveriam quebrar a malha de coordenação empresarial, de modo que no médio prazo houvesse novas entradas e/ou consolidação de ofertantes que atualmente se encontrem na franja. Para ele, o remédio antitruste deveria interromper a infração, prevenir sua reincidência e restaurar a concorrência no mercado. Para tanto,

[a] obrigação a ser imposta aos infratores precisa ter relação com o prejuízo pretendido e significar a reversão do dano causado à concorrência. Por exemplo, se o objeto da conduta foi a elevação de barreiras à entrada, o remédio deve agir sobre a redução dessas barreiras; se o objeto foi a utilização de mecanismos para gerar simetria de informações entre rivais, o remédio deve abranger maneiras de diminuir a transparência dos segredos de negócios das empresas envolvidas; se o obje-

⁵⁹ Há de se reconhecer que, com frequência, o critério para concessão de algum benefício público não é o interesse da coletividade.

⁶⁰ Segundo o conselheiro, redução do número de *players*, verticalização, participações cruzadas e conexões por meio de entidades de classe.

to foi a formalização de participações societárias cruzadas para obter influência decisória ou estratégica em competidores e simular rivalidades, o remédio deve determinar a venda dessas participações, ainda que minoritárias. (fl. 381)⁶¹

O conselheiro ainda entendeu que os remédios devem ser pautados pelo princípio da proporcionalidade, de modo que não se exceda a medida necessária para atingir o objetivo definido.⁶² Ademais, eles devem ser impostos com celeridade, ser claros e precisos (segurança jurídica), e estar em sintonia com outros mercados, a fim de não se criar novos problemas. Contudo, não necessariamente todos esses princípios poderiam ser alcançados.⁶³ Dito isso, o conselheiro decidiu pela venda de cimenteiras utilizadas para articular o cartel, divergindo do entendimento do relator pela venda de capacidade em cimento e da mesma proporção em concreto. Segundo o conselheiro, a primeira razão para a divergência foi o fato de que

[a] sofisticação da conduta ocorreu quando as cimenteiras pretenderam igualar os shares entre cimento e concreto, ou seja, pretenderam alterar a própria estrutura da cadeia produtiva de cimento e não apenas elevar artificialmente o preço do cimento [...]. Se o propulsor da conduta foi a verticalização do setor para impedir entrantes e controlar o canal de distribuição, é esse o ponto a ser atacado para restaurar a competitividade do setor.⁶⁴ (fl. 399)⁶⁵

⁶¹ Nos termos do voto-vogal da conselheira Ana Frazão, a intervenção não decorreria do que as representadas são ou pelos seus respectivos portes, mas sim pelas condutas que praticaram e para tentar recompor o cenário que existiria hoje caso não tivesse havido o cartel, ou seja, a intervenção teria se dado sobre ativos ilegítimamente adquiridos. Essa intervenção pela busca do *status quo ante*, se admitida em casos ordinários de nulidade, mesmo na órbita civil, com maior razão seria aplicável na seara administrativa em casos de ilicitudes com altíssimo grau de reprovabilidade.

⁶² O conselheiro Eduardo Pontual destacou que tanto as propostas do relator quanto do conselheiro Márcio de Oliveira seriam adequadas, embora tivessem ênfases distintas. A do primeiro tinha maior volume relativo de desinvestimento de plantas de cimento e desinvestimento proporcional de concreto, enquanto a do segundo focava mais em centrais de concreto.

⁶³ Para a análise dos remédios, o conselheiro não apenas listou alguns princípios, mas também se inspirou na experiência inglesa consubstanciada no documento *Aggregates, cement and ready-mix concrete market investigation*, a partir do qual a Competition Commission entendeu que seriam necessárias medidas estruturais no setor.

⁶⁴ Em seguida destaca que a integração vertical não teve por objetivo o aumento da eficiência.

⁶⁵ Em seu voto-vogal, a conselheira Ana Frazão entendeu que medidas estruturais em controle de condutas seriam até mais justificáveis do que em atos de concentração, visto que nesta

De um ponto de vista de ganho social, o argumento contido no voto condutor, e acompanhado pela maioria dos conselheiros, é, em parte, sujeito a críticas. Juridicamente, o mandato do Cade não é para buscar uma estrutura de mercado hipotética que teria existido na ausência do cartel. Sua função é proteger a concorrência, e, seguindo as diretrizes da própria lei concorrencial, buscar a minimização dos custos sociais. De um ponto de vista da economia da pena, a crítica também permanece. Dentro dos limites legais, não há qualquer restrição no sentido de a desutilidade para o infrator dever ser igual ao ganho auferido ou em a sanção dever estar diretamente relacionada com a conduta. Na verdade, o importante é que a estrutura de custos gerada pelo Estado torne a conduta não interessante para os potenciais infratores.

Não se está afirmando que a decisão tenha sido inadequada (não tenha levado a esse resultado) e desnecessária (haveria outra opção melhor), mas apenas está-se afirmando que a justificativa dada pelo conselheiro não foi nesse sentido. De um lado, buscou-se conseguir as condições que existiriam se não houvesse cartel, o que segue uma lógica da responsabilidade civil, o que em casos de cartel é insuficiente, em especial devido à baixa taxa de detecção do mesmo. De outro lado, buscou medidas que tivessem relação direta com a conduta. Fazendo-se uma analogia com penas aplicadas a indivíduos, pela lógica do voto condutor, a punição por estupro deveria ser a castração química. Ocorre que essas medidas não são necessariamente as mais adequadas para dissuadir ou incapacitar, ainda que possam sê-lo. A discordância, então, é em relação à justificativa oferecida pelo conselheiro. Quanto aos resultados práticos da decisão, a análise não é oferecida neste trabalho.

Feita essa consideração, destaca-se que não há qualquer incompatibilidade no uso conjunto da obrigação de desinvestimento e da aplicação de multa. A primeira tem o efeito principal incapacitador, de dificultar a formação de cartel,⁶⁶ enquanto a segunda tem um efeito precípua de gerar dissuasão.

estar-se-ia diante de uma análise de cenário futuro, enquanto no controle de condutas estar-se-ia diante da certeza do ilícito, que no caso analisado teria moldado o mercado. A conselheira ainda destacou que inúmeros Atos de Concentração das condenadas foram aprovados com base em informações inverídicas trazidas pelas partes e sob a premissa de condições de rivalidade que não existiam. Assim, independentemente da condenação, o Cade poderia rever tais aquisições.

⁶⁶ Na obrigação de desinvestimento, há a compensação pela venda dos ativos, o que, em tese, elimina o efeito dissuasório. Na prática, porém, o prejuízo existe em virtude dos custos de transação, da grande oferta de ativos em função da decisão, o que tende a reduzir os preços, e das possíveis perdas de eficiência. Então, o desinvestimento gera também efeito dissuasório, embora não seja o efeito principal.

Fazendo uma analogia com a prisão de pessoa física, no que tange à geração de desutilidade, se o objetivo fosse só esse, outras formas mais baratas de sanção, especialmente a multa, seriam preferíveis. No entanto, há criminosos para quem a criação de desutilidade não seria suficiente para a prevenção do crime, por exemplo, por uma limitação do patrimônio para aplicação da multa ótima, suficiente para a dissuasão, ou simplesmente a pessoa não entender as consequências dos seus atos. Nesses casos seria necessária a incapacitação, o que também seria válido para empresas.

A princípio, não se pode concluir que uma sanção incapacitadora seja mais adequada que uma dissuasória, ou o contrário. Do ponto de vista de redução dos custos sociais, a análise deve ser feita caso a caso, ainda que algumas, como apresentado anteriormente, possuam vantagens comparativas claras. A vantagem da dissuasão é que ela afeta também outros mercados, ou seja, o fato de o Cade sancionar neste mercado também inibe infrações em outros.⁶⁷ O mesmo não ocorre necessariamente com a incapacitação, a menos que haja uma significativa desutilidade percebida para os *players* dos outros mercados no que tange a uma eventual decisão de desinvestimento. Porém, partindo do pressuposto de que as sanções com baixos custos sociais são insuficientes, a determinação de venda é justificável como meio de incapacitação no próprio setor de cimento e concreto.

Então, considerando que na lei concorrencial há uma clara preocupação com o bem-estar social, a determinação de venda de ativos deva ser utilizada se, e somente se, os ganhos esperados da medida para a sociedade forem maiores do que as perdas sociais esperadas. O argumento no voto condutor poderia levar a soluções socialmente mais custosas caso a forma mais adequada de se combater o cartel não fosse a resposta direta à ação das empresas. Deixar de aplicar um hipotético remédio menos custoso no mercado de cimento apenas porque o cerne do cartel foi a verticalização com o mercado de concreto pode gerar prejuízos sociais, o que é problemático especialmente em países em desenvolvimento.

Eventuais perdas de eficiência devem ser consideradas, o que demanda uma análise econômica, tema este que foge ao escopo deste trabalho. Portanto, não se está afirmando que o Cade não as tenha considerado. A questão é apenas estender a lógica da lei concorrencial, aplicada a atos de concentração e

⁶⁷ Destaque-se que, a depender do valor da multa, ela pode também inibir atividades lícitas, no que ela poderia ser considerada excessiva. Não é o caso das multas aplicadas pelo Cade nos casos de cartéis.

à análise de condutas, também à política sancionatória. De qualquer forma, pode-se concluir que no caso concreto alguma forma de incapacitação realmente era necessária, visto que apenas a dissuasão era provavelmente insuficiente.

5. Conclusões

O artigo, um estudo de caso, teve por objeto as penalidades aplicadas pelo Cade a empresas no chamado cartel do cimento, utilizando-se do referencial teórico da análise econômica do direito, mais especificamente a dos crimes e das penas. Tendo em vista que, de um ponto de vista legal, em uma primeira leitura, não haveria óbice às sanções fixadas,⁶⁸ dado que em consonância com a literalidade da norma, restariam questionamentos apenas de um ponto de vista econômico. Nesse sentido, seria necessário analisar a proporcionalidade das penalidades aplicadas, em especial se adequadas e necessárias, bem como se haveria convergência com os interesses da sociedade.

Embora toda decisão implique valoração, a teoria e o instrumental econômicos mostram-se úteis para o balizamento e a justificativa das decisões em todos os ramos do direito. No direito concorrencial, o Cade se utiliza desse conhecimento rotineiramente para a conclusão sobre condenar ou não, mas ainda há pouco uso do mesmo para a fixação das penas, o que é elemento fundamental para caracterizar o quanto uma conduta é de fato combatida. Afinal, a depender do quanto a pena é baixa, pode-se até questionar se a representada foi realmente condenada e, mais importante, se o cometimento da infração compensa.

Dito isso, conclui-se que existem teorias econômicas e pesquisas empíricas sobre penas ainda pouco utilizadas pelo Cade, mas que, no caso concreto, há justificativas para a aplicação de sanções outras além da multa. Algumas têm benefícios sociais claros, outras a princípio sequer deveriam ser aplicadas. De qualquer forma, há um vasto campo de estudo econômico sobre sanções a ser desenvolvido.

⁶⁸ Salvo a proibição de contratação com instituições financeiras oficiais por período inferior a cinco anos.

Referências

- ARLEN, J. Potentially perverse effects of corporate criminal liability. *Journal of Legal Studies*, v. 23, n. 2, p. 833-867, 1994.
- ARLEN, J.; KRAAKMAN, R. Controlling corporate misconduct: an analysis of corporate liability regimes. *NYU Law Review*, v. 72, n. 1, p. 687-779, 1997.
- BEALE, S. S. A response to the critics of corporate criminal liability. *American Criminal Law Review*, v. 46, p. 1481-1505, 2009.
- BEBCHUK, L.; KAPLOW, L. Optimal sanctions when individuals are imperfectly informed about the probability of apprehension. *Journal of Legal Studies*, v. 21, n. 2, p. 365-370, 1992.
- BECKER, G. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*, v. 76, n. 2, p. 169-217, 1968.
- BOSON, D. S. O jurista que calculava. In: RIBEIRO, G. F.; GICO JUNIOR, I. T. (Ed.). *O jurista que calculava*. Curitiba: CRV, 2013. p. 147-160.
- BYAM, J. T. The economic inefficiency of corporate criminal liability. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 73, n. 2, p. 582-603, jan. 1982.
- DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- EHRlich, I. Participation in illegitimate activities: a theoretical and empirical investigation. *The Journal of Political Economy*, v. 81, n. 3, p. 521-565, 1973.
- FRIEDMAN, D. D. Reflections on optimal punishments, or: should the rich pay higher fines? In: ZERBE, R.; KIRKWOOD, J. B. (Ed.). *Research in law and economics*. 3. ed. Greenwich: JAI, 1981. p. 185-230.
- HOVENKAMP, H. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. 4. ed. St. Paul: West Publishing, 2011.
- KRAAKMAN, R. The economic functions of corporate liability. In: HOPT, K.; TEUBNER, G. (Ed.). *Corporate governance and directors' liability*. Nova York: Di Gruyter, 1984. p. 178-207.
- LOTT, J. R. *Corporate criminal liability*. Edward Elgar and University of Ghent, 2000.
- OCDE. *Minority shareholdings*, 2009. Disponível em: <www.oecd.org/competition/mergers/41774055.pdf>.

OLSON, M. *The logic of collective action: public goods and the theory of groups*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

PINTO, G. A dosimetria das multas impostas em resposta às infrações contra a ordem econômica: uma análise da lei de defesa da concorrência. *Prêmio Seae*. Seae, 2010. Disponível em: <www.seae.fazenda.gov.br/>.

POLINSKY, A. M.; SHAVELL, S. Should employees be subject to fines and imprisonment given the existence of corporate liability? *International Review of Law and Economics*, v. 13, n. 3, p. 239-257, set. 1993.

POSNER, R. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SAH, R. Social osmosis and patterns of crime: a dynamic economic analysis. *Journal of Political Economy*, v. 99, n. 6, p. 1272-1295, 1991.

SALAMA, B. O que é pesquisa em direito e economia? *Cadernos Direito GV*, v. 5, n. 2, 2008.

SEAE; SDE. Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal. *Diário Oficial da União*, v. 158-E, n. 1, p. 12-15, 2001.

SEN, A. Do stricter penalties or media publicity reduce alcohol consumption by drivers? *Canadian Public Policy*, v. 31, n. 4, p. 359-379, 2005.

SHAVELL, S.; POLINSKY, A. The optimal use of fines and imprisonment. *Journal of Public Economics*, v. 24, p. 89-99, 1984.

TREFIS. Coca-Cola's brand building initiatives could shoulder sluggish CSD sales. 2, abril. *Forbes*, 2014. Disponível em: <www.forbes.com/sites/greatspeculations/2014/04/02/coca-colas-brand-building-initiatives-could-shoulder-sluggish-csd-sales/>.

WILLIAMSON, O. E. Economies as an antitrust defense: the welfare tradeoffs. *The American Economic Review*, v. 58, n. 1, p. 18-36, 1968.