

Direito Concorrencial e Contencioso

[Mauro Grinberg](#) | [Daniel Tobias Athias](#)

Ramo de atividade e o (des)uso da Resolução n. 3/2012

O principal instrumento punitivo-dissuasório utilizado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em seu combate a condutas anticompetitivas é a imposição de multa aos administrados por eventuais infrações. A estipulação do valor desta multa, que observa critérios de dosimetria da pena, com atenuantes e agravantes, é feita mediante a aplicação de uma alíquota ao faturamento bruto da empresa ou seu grupo econômico no último exercício anterior à instauração do processo administrativo.

Em que pese a aparente simplicidade da fórmula, há discussões intensas sobre a alíquota e a base de cálculo; nesta oportunidade, focar-se-á no critério da base de cálculo (faturamento bruto). A lei anteriormente vigente (n. 8.884/1994) limitava-se a afirmar que a base de cálculo para a definição de multa seria o faturamento bruto da empresa ou grupo econômico, sem maiores balizas materiais. A lei atual (n. 12.529/2011), por sua vez, introduziu no ordenamento trecho determinando a utilização do faturamento referente ao "ramo de atividade em que ocorreu a infração", instaurando debates sobre a nova delimitação conceitual deste critério.

Em sua origem, a proposta da nova lei previa que seria utilizado o faturamento no mercado relevante, reduzindo a base de cálculo ao mercado efetivamente afetado pela conduta, ao contrário do critério geral adotado na lei anterior (i.e., faturamento bruto da empresa). Não obstante, na versão aprovada da lei utilizou-se o termo ramo de atividade, conceito sem definição ou referência legislativa ou prática, gerando insegurança jurídica sobre como este critério seria visto pela autoridade.¹

Ao se deparar com este novel conceito de ramo de atividade, os agentes que atuam no direito

¹ Sobre este ponto, vide DAYCHOUM, Mariam Tchepurnaya. A jurisprudência do CADE sobre a base de cálculo das multas administrativas aplicadas por infração à ordem econômica: o critério do ramo de atividade. Revista de Defesa da Concorrência. V.3, n. 1, maio/2015, p. 164 e ss.

antitruste poderiam tê-lo equiparado a mercado relevante por ao menos dois motivos interligados. Primeiro pelo fato de mercado relevante, ao contrário de ramo de atividade, já ser conceito amplamente difundido e identificável com maior facilidade pelos agentes que atuam nesta área; definido, de forma geral, como o produto/serviço (aspecto material) e área geográfica (aspecto territorial) onde se trava a competição. Em segundo lugar, o trecho “em que ocorreu a infração” transparece a noção de delimitação ao produto e área da investigação instaurada pela autoridade.

Não obstante, o Legislativo optou por introduzir de forma deliberada um conceito novo para a delimitação da base de cálculo, o que poderia impossibilitar esta equiparação. Este uso deliberado fica claro, por exemplo, ao se verificar que a legislação atual utiliza o conceito de mercado relevante cinco vezes no texto em questões referentes ao critério de análise de poder de mercado e nível de concentração.

O Cade, visando delinear de forma clara a visão da autoridade sobre o que compreenderia este termo, e tentando dar alguma segurança aos critérios que seriam aplicados na definição de multas, editou a Resolução n. 3/2012, a qual “expede a lista de ramos de atividades empresariais” com base em agrupamentos da Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE). Esta resolução levanta alguns pontos sensíveis sobre questões formais e materiais.

O primeiro ponto se refere à competência do Cade para promulgar uma resolução com este conteúdo. A legislação antitruste, por exemplo, não atribui à autoridade poder tão amplo, prevendo apenas que poderá “elaborar e aprovar regimento interno do Cade, dispondo sobre seu funcionamento, forma das deliberações, normas de procedimento e organização de seus serviços internos”, nos termos do art. 9º, inciso XV. Embora a autoridade tenha prerrogativas² e poder normativo para regular procedimentos internos, não houve autorização (ou delegação) legislativa para uma Resolução com conteúdo abrangendo direito material. Isto é, o poder normativo derivado não permite um aumento significativo da base de cálculo ante as implicações no direito material, sendo possível argumentar que houve aumento de critérios sancionatórios, o que deveria ser feito por lei.

O segundo ponto concerne a forma como a Resolução definiu ramo de atividade, sendo reconhecido expressamente que “os setores listados podem não corresponder com frequência às dimensões dos mercados alvo de condutas anticompetitivas”³, em evidente violação ao princípio da proporcionalidade⁴. O que se observa é que a definição adotada na Resolução induz

² Sempre é bom recordar que existe uma enorme e – até mesmo – paradoxal diferença entre as relações jurídicas de direito público e as relações jurídicas de direito privado: os particulares agem com ampla liberdade, mas são desprovidos de poderes e prerrogativas; a Administração Pública é detentora de poderes e prerrogativas, mas não tem liberdade. Enquanto os particulares podem fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, a Administração Pública somente pode fazer o que a lei determina. In: FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. Processo Administrativo. Malheiros: São Paulo, 2012, p. 89.

³ <http://www.cade.gov.br/cade-abre-consulta-publica-para-alteracao-da-resolucao-no-3-2012>

⁴ Neste sentido, a Nota Técnica da Superintendência-Geral no Processo nº. 08700.004176/2015-40 “Normalmente, as discussões de proporcionalidade tomam assento porque o conceito de ramo de atividade, previsto na lei como critério

a autoridade a desconsiderar a norma e utilizar outros critérios, dentre eles o conceito de mercado relevante, correlacionando a multa ao mercado em que ocorreu a infração e o dano causado⁵.

Alguns exemplos demonstram como os critérios da Resolução poderiam aumentar significativamente os valores a serem pagos pela empresa, pois o ramo de atividade abrangeria uma gama de produtos muito maiores aos que teriam sido afetados: mercado de fármacos, autopeças, produtos químicos⁶ e bancário. Nestes casos, a conduta poderia ser restrita a um produto específico (determinada autopeça ou remédio) e se utilizaria o faturamento total da empresa ou grupo econômico em todos os produtos neste segmento. O ramo de atividade dos bancos é um dos exemplos mais paradigmáticos, pois apesar de haver diversas atividades financeiras diferentes que podem ser exercidas de forma isolada, englobaram-se todas elas em um único ramo definido como "atividades e serviços financeiros"⁷.

Ciente desta desproporcionalidade, o Cade, em sua 93ª sessão de julgamento (18/10/2016) abriu consulta pública (nº. 04/2016) para discutir proposta de alteração da Resolução nº 3 para incluir dispositivo permitindo à autoridade "adaptar o ramo de atividade às especificidades da conduta quando as dimensões indicadas no art. 1º forem manifestamente desproporcionais".

para aferição de base de cálculo é um conceito indeterminado. A Resolução nº 3, do Cade procura, de maneira inicial, fornecer alguma determinação sobre os ramos de atividade existentes. Ocorre que, muitas vezes, tal ramo é desproporcional ao próprio objeto da conduta investigada, que pode ser muito inferior ao ramo de atividade, em termos de faturamento, ou que pode se encaixar em mais de um ramo previsto na Resolução, ou que, por vezes, pode não se encaixar com uma precisão mínima em qualquer dos ramos ali previstos"

⁵ A possível desproporcionalidade foi constatada pela Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt no Requerimento n. 08700.001449/2015-02: "[m]eu incômodo com o nosso status quo, portanto, é que as sanções pecuniárias (e as contribuições pecuniárias que derivam destas) são impostas como um percentual exógeno sobre o faturamento do grupo de um determinado ano sobre de um ramo de atividade (que pode ser bem maior do que o mercado em questão). O valor da sanção, assim, pode se distanciar em demasia do real dano causado para a sociedade, para mais ou para menos, pois não há lógica econômica nesta atribuição de valor, somente há a aplicação arbitrária (dentro de um intervalo) de um número exógeno".

⁶ Registra-se que a Associação Brasileira de Indústria Química – Abiquim apresentou manifestação na Consulta Pública nº 4/2016, ressaltando que a amplitude dos ramos pode resultar em uma superestimação da base de cálculo, sendo que os ramos são tão abrangentes que se confundem "com a totalidade das atividades de diversas empresas do setor, tornando sem efeito prático o dispositivo legal que prevê a limitação das penas ao ramo de atividade empresarial em que se deu o ilícito".

⁷ Ramo de atividade n. "115. Atividades de serviços financeiros (Bancos comerciais, Bancos múltiplos, com carteira comercial, Caixas econômicas, Bancos cooperativos, Cooperativas centrais de crédito, Cooperativas de crédito mútuo, Cooperativas de crédito rural, Bancos múltiplos, sem carteira comercial, Bancos de investimento, Bancos de desenvolvimento, Agências de fomento, Sociedades de crédito imobiliário, Associações de poupança e empréstimo, Companhias hipotecárias, Sociedades de crédito, financiamento e investimento – financeiras, Sociedades de crédito ao microempreendedor, Bancos de câmbio, Outras instituições de intermediação não-monetária não especificadas anteriormente, Arrendamento mercantil, Sociedades de capitalização, Holdings de instituições financeiras, Holdings de instituições não-financeiras, Outras sociedades de participação, exceto holdings, Fundos de investimento, exceto previdenciários e imobiliários, Fundos de investimento previdenciários, Fundos de investimento imobiliários, Sociedades de fomento mercantil – factoring, Securitização de créditos, Administração de consórcios para aquisição de bens e direitos, Clubes de investimento, Sociedades de investimento, Fundo garantidor de crédito, Caixas de financiamento de corporações, Concessão de crédito pelas OSCIP, Outras atividades de serviços financeiros não especificadas anteriormente)".

Em que pese o esforço louvável da autoridade de permitir uma melhor adequação da base de cálculo, evitando-se a desproporcionalidade, a consulta traz outro problema, a persistência da insegurança jurídica e imprevisibilidade das sanções a serem aplicadas pela autoridade. Mais grave, restaria normatizada uma discricionariedade da autoridade em definir qual seria a base de cálculo, o que já ocorre na prática em relação a Resolução em vigor. A introdução de válvula de escape é correta, pois permitirá a correção de eventuais discrepâncias, mas esta poderia ser reformulada de forma a introduzir maior segurança jurídica.

A consulta pública⁸ aberta pelo Cade recebeu manifestações e comentários de quatro agentes: a Ordem dos Advogados do Brasil, Seções de São Paulo e do Distrito Federal, a Associação Brasileira de Indústria Química – ABIQUIM e o Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional – IBRAC, valendo pontuar as sugestões destas entidades:

1. IBRAC – concordou com a alteração proposta pelo Cade, afirmando que se trataria de “consolidação de prática já corrente e que está em consonância com o princípio constitucional da proporcionalidade”;

2. OAB/DF – sugeriu a adoção de parâmetro máximo para a aplicação de multa mediante a introdução de um parágrafo adicional ao texto da consulta com a seguinte redação: “[e]m nenhuma hipótese a adequação do ramo de atividade poderá ser maior que o faturamento do agente infrator nos mercados afetados pela infração à ordem econômica ou cumular mais de um ramo de atividade”;

3. OAB/SP – Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação – CECORE – opinou pela alteração do texto da consulta para que seja proferida “decisão fundamentada” para adaptar o ramo de atividade aos casos. Mais, esta readequação não poderia ser utilizada para aumentar a base de cálculo, mas apenas para restringi-la; e

4. ABIQUIM – destacou a amplitude dos ramos listados na redação original e sugeriu alteração no texto da consulta para que a adaptação do ramo seja possível “desde que disso não resulte em multa aplicável mais severa do que aquela que decorreria da utilização dos ramos de atividade” previstos na Resolução.

Apesar de as manifestações implicarem avanço importante no debate sobre a motivação do ato decisório da autoridade e tentativas de observar maior proporcionalidade, ainda assim não resta solucionada a questão da potestatividade, insegurança jurídica e imprevisibilidade. É necessário que se reduza o excesso de discricionariedade em questão que afeta sensivelmente o administrado, o que não condiz com as garantias e direitos em processos sancionatórios.

⁸ Estas manifestações estão disponíveis no Sistema Eletrônico de Informações do Cade, vide Processo nº. 08700.006873/2016-16.

Tem-se que a melhor solução possível (e menos custosa, lato sensu, para a Administração Pública) é aquela passível de dar maior segurança jurídica e previsibilidade aos administrados, permitindo também controle dos critérios. Neste sentido, a definição do ramo de atividade como mercado relevante permitiria tal previsibilidade ante a jurisprudência brasileira e estrangeira e por ser conceito já assimilado. De todo modo, é cediço que este critério também levanta pontos que teriam de ser aprimorados⁹, sendo necessária uma maior participação do administrado.

Questão ainda a ser tratada é a possível modulação desta nova resolução. No caso, se a resolução interpreta a lei, e se a lei não muda (e.g., se ramo de atividade passasse a ser entendido como mercado relevante), é importante não afetar o passado de condenações, com base em um hipotético ramo de atividade maior do que ele deveria ter sido considerado.

A definição da base de cálculo afeta direta e drasticamente o valor final da multa, não podendo haver excesso de discricionariedade da autoridade nesta definição, principalmente entre critérios que levariam a definição de valores tão distintos sem qualquer justificativa material-legal¹⁰.

As opiniões expressadas neste artigo não estão associadas às instituições as quais os autores estão vinculados.

Mauro Grinberg – Advogado, sócio de Grinberg e Cordovil Advogados, ex-conselheiro do CADE e ex-subprocurador-Geral da Fazenda Nacional

Daniel Tobias Athias – Mestrando em Direito pela USP e advogado do Grinberg e Cordovil Advogados

*Texto originalmente publicado no Jota em 28/11/2016.

⁹ Sobre este ponto, vale ressaltar o posicionamento do Cade quando do julgamento do Processo nº. 08012.009888/2003-70, porém sob vigência da lei anterior: “Assim, não há relação entre a definição de mercado para fins de análise de poder e nível de lesão gerado pelos envolvidos no cartel. Por este motivo, o faturamento bruto da empresa constitui um elemento muito mais eficaz para a definição da penalidade que mercados propostos pelas investigadas. Dados sobre faturamento em mercados relevantes dependem de considerável colaboração das partes e sujeitam-se a inúmeras possibilidades de distorção. Eventualmente, uma empresa pode sequer possuir os meios contábeis para comprovação precisa do faturamento em um mercado nos termos definidos pelo CADE”. Contudo, vale ressaltar que neste caso o Conselheiro-Relator ressaltou que “não faz o menor sentido excluir o faturamento de outros produtos da base de cálculo quando as próprias investigadas faziam questão de incluí-los no cartel”.

¹⁰ São válidas as palavras do Deputado Pedro Eugênio, relator do projeto da nova lei, em seu voto: “A base de incidência das multas ‘mercado relevante’ é tecnicamente mais vinculada com os ganhos da infração. Mais do que isso, constituiu um conceito já consagrado na defesa da concorrência, o que reduz a possibilidade de excesso de discricionariedade do regulador na definição da base de incidência das multas”.