

Direito Concorrencial e Contencioso

[Mauro Grinberg](#)

As multas do Cade e seus limites

Porcentagem do faturamento ou vantagem auferida?

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) encontra-se hoje dividido no tocante à aplicação das multas por infrações contra a ordem econômica. Vejamos, antes de expor a controvérsia, o texto legal que permite tais interpretações divergentes. Estabelece o inciso I do art. 37 (caput: "A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas") a punição: "no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação".

HÁ HOJE NO CADE DUAS CORRENTES:

- A corrente majoritária (até algum tempo atrás unânime) entende que deve ser usada a primeira parte do inciso, ou seja, a multa deve ser uma porcentagem do faturamento da empresa no ano especificado.
- A corrente minoritária (até algum tempo atrás inexistente) entende que deve ser aplicada a segunda parte do inciso, ou seja, a multa deve ser o valor da vantagem auferida com a infração.

Existem projetos de lei correndo no Congresso no sentido de priorizar cada uma das correntes aqui mencionadas; mas, enquanto não há definição legislativa, é necessário lidar com o tema hoje, até porque existem processos a serem julgados pelo Cade, onde dois Conselheiros novos (incluindo o Presidente, que tem voto de qualidade na hipótese de empate) podem fazer a diferença.

A corrente até agora majoritária enfrenta uma tarefa mais simples, tendo apenas que escolher um percentual; a sua base de cálculo está posta. É claro que há obstáculos como, por exemplo, a

situação de uma empresa que, por ter encerrado suas atividades no Brasil posteriormente à infração mas antes do julgamento, não tem faturamento no ano anterior à abertura do processo. Outro problema pode ser inverso: a situação da empresa que tinha participação mínima no Brasil na época da infração mas que passou a uma participação significativa no ano anterior à abertura do processo. Estes obstáculos devem ser enfrentados pelo Cade recorrendo às regras de interpretação jurídica; mas na maioria das vezes eles não ocorrem.

Já a corrente minoritária – para a qual a vantagem auferida deve ser a base principal para a aplicação da multa – enfrenta dificuldades bem maiores pois essa avaliação gera grandes problemas. Talvez o problema menor seja a escolha do método, já por si uma tarefa complexa pois existem distintos métodos, cada um com suas vantagens e desvantagens. Mais do que isso, o Cade teria que escolher um desses métodos – ou estabelecer um método para cada situação – e emitir uma norma nesse sentido, com o objetivo de evitar casuísmos.

Um outro problema – fora do Cade mas com influência direta sobre a autarquia – que o sistema de multas com base em vantagem auferida deve acarretar é a complexa revisão judicial. Com efeito, é sabido que a maioria das empresas condenadas no Cade leva seus casos ao Poder Judiciário para a tentativa de anular a condenação ou pelo menos conseguir a diminuição do valor da multa. Admitindo-se que o Cade venha a normatizar o método de cálculo da vantagem auferida, o cálculo deverá ser objeto de revisão no Poder Judiciário, onde normalmente os magistrados entregam o assunto a peritos.

Abre-se aí outro flanco de discussão pois peritos podem divergir e as partes podem acionar o complexo sistema recursal também (além do mérito) neste ponto específico, tornando o processo judicial mais complicado do que é atualmente e levando a discussão judicial à perenização, tornando muito difícil a obtenção de jurisprudência concorrencial pacificada.

Se vingar o, projeto que estabelece a vantagem auferida como base da multa, sugere-se que o mesmo inclua a possibilidade de decisões ilíquidas pelo Cade; assim, a discussão judicial sobre o mérito poderia ser adiantada, independentemente da decisão sobre o valor da multa.

Além disso, esse sistema teria a vantagem de eliminar a discussão sobre o que é o “ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração”, matéria sempre sujeita a dúvidas e questionamentos; o próprio Cade, tendo editado resolução a respeito, frequentemente deixa de aplicá-la face às situações frequentemente disparatadas a que pode levar.

Aguarde-se o que o Cade decidirá nas próximas vezes em que for levado a emitir condenações por infrações contra a ordem econômica: porcentagem do faturamento ou vantagem auferida?

Artigo publicado no site de informações Jota em 2 de agosto de 2017. Disponível em: <https://jota.info/artigos/as-multas-do-cade-e-seus-limites-02082017>