

Direito Concorrencial e Contencioso

[*Mauro Grinberg*](#)

Multas do Cade: dois projetos e vantagem auferida

Não há como aplicar vantagem auferida e deixar de lado o sistema do faturamento

Existem no Congresso Nacional dois Projetos de Lei para alterar e/ou aperfeiçoar o sistema de multas aplicadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Nacional (Cade) ao punir as infrações contra a ordem econômica (a eventual existência de outros projetos não é de conhecimento do autor):

- (i) Projeto de Lei do Senado ("PLS") nº 283, de 2016, de autoria do Senador Aécio Neves; e
- (ii) Projeto de Lei ("PL") nº 7.283, de 2017, de autoria do Deputado Carlos Bezerra.

Os dois projetos têm por objetivo a alteração da sistemática de multas do Cade, contida basicamente no inciso I do art. 37 da Lei 12.529, de 2011 (e possivelmente decorrem da divergência existente dentro do próprio Cade a respeito de aplicar multa com base em porcentagem do faturamento ou em vantagem auferida).

Estabelece o referido dispositivo: "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".

Alguns comentários, antes de passar ao PLS e ao PL, merecem destaque:

- (i) O valor mínimo nunca foi aplicado pelo Cade, que permanece geralmente entre 12% e 20%.
- (ii) O ramo de atividade empresarial demonstrou-se um parâmetro difícil de obter, sendo que o próprio Presidente do Cade reconheceu em palestra apresentada em 15.12.2017 que a Resolução nº 3 da autarquia, que tentou a definição, raramente é aplicada. Fica o administrado assim sem previsibilidade e conseqüente segurança jurídica.

- (iii) Embora a lei exija apenas a estimação da vantagem auferida e não a sua definição, é certo que as tentativas de seu estabelecimento tiveram apenas dois votos (de um total de sete) no

Cade, que permanece aplicando porcentagem sobre o faturamento do ano anterior à abertura do processo, ainda que as condições tenham mudado entre a atividade considerada contrária à livre concorrência e o ano de incidência).

(iv) O que se vê é uma enorme dificuldade (a) na definição do ramo de atividade empresarial, (b) na escolha do ano de incidência e (c) na própria definição da porcentagem.

O PLS apresenta nova redação a tal inciso: "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 bem como nos demais exercícios de efetiva atuação do cartel, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimativa".

O que o PLS propõe, alterando o texto da lei, é o acréscimo da expressão "bem como nos demais exercícios de efetiva atuação do cartel", incorrendo desde logo no equívoco de considerar que o art. 37 em questão diz respeito apenas à prática de cartel, quando o universo de infrações contra a ordem econômica é bem mais amplo, incluindo discriminação, venda casada, recusa de venda, fixação de preço de revenda, *sham litigation* e várias outras atividades ilegais que aquelas mentes empresariais inclinadas para o não cumprimento das normas podem criar.

Basicamente a proposta do PLS é a de ampliar a base de incidência da multa com o objetivo de incluir o faturamento (a) do ano anterior ao da abertura do processo administrativo e (b) dos anos em que tiver sido praticada a infração. Há aí uma impropriedade flagrante pois a punição passa a poder ser exagerada ou minimizada. Com efeito, imaginemos, apenas hipoteticamente, um faturamento crescente da empresa infratora nos anos de 2010 a 2016, indo de R\$ 1 milhão a, mediante aumento de R\$ 1 milhão por ano, R\$ 6 milhões. Se uma infração tiver ocorrido apenas em 2010, quando o faturamento era de R\$ 1 milhão, e a porcentagem decidida for de 10%, teremos a multa de R\$ 700 mil, ou seja 70% do faturamento do único ano da infração. Se, em vez disso, o faturamento foi decrescente, com os mesmos valores na ordem inversa, a multa terá o mesmo valor mas será de pouco mais de 11% do faturamento do único ano da infração.

Aliás, a impropriedade já existe hoje, se forem considerados os faturamentos crescente e decrescente acima referidos; é claro que não se deve propugnar pela substituição de uma impropriedade por outra. A simples não aplicação da Resolução nº 3 já demonstra que se faz necessário um certo casuísmo.

O PLS não resolve os demais problemas do texto, a saber (a) a definição do ramo de atividade, (b) a definição da porcentagem e (c) a questão de como e quando aplicar multa sobre a vantagem auferida, que permanece, embora indefinida, no projeto.

O PL, por sua vez, traz a seguinte redação para o inciso: "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 ideia desta redação é tão somente retirar do inciso o critério da vantagem auferida (colocando-o em um parágrafo com incisos), permanecendo no mais a redação original. Com efeito, o inciso II do § 2º do art. 37, conforme proposto pelo PL, estabelece que “a multa não será inferior à vantagem auferida quando esta puder ser estimada e quando o valor desta não for superior ao máximo percentual estabelecido no inciso I do caput”; o inciso III tem redação redundante.

Aqui também há impropriedade flagrante, sobretudo na situação (acima exemplificada) de faturamento decrescente, pois a vantagem auferida poderá ter sido alta em comparação ao faturamento do ano anterior ao da abertura do processo administrativo.

O que se vê assim é que os dois projetos têm, na prática, objetivos distintos: (i) O PLS quer ampliar a multa para incluir, na base de incidência, não apenas o faturamento do ano anterior ao da abertura do processo administrativo como também os faturamentos dos anos em que houve a participação na infração.

(ii) O PL quer fazer com que a vantagem auferida não ultrapasse 20% do faturamento do ano anterior ao da abertura do processo administrativo.

Essas considerações são aqui levantadas face à importância do tema. Com efeito, nenhum dos dois projetos é capaz de dar resposta à necessidade de previsibilidade e consequente segurança jurídica. Seria lugar comum dizer que não existe fórmula mágica para essa resposta. Todavia, um sistema de porcentagem sobre vantagem auferida pode ficar mais próximo da previsibilidade e da consequente segurança jurídica ao eliminar a impropriedade do sistema vigente sem acrescentar outras impropriedades. Mas para que o sistema seja aplicado, é essencial que haja previsão em regulamento sobre o método de cálculo, com critérios objetivos que eliminem a subjetividade hoje existente. Por ora, à míngua da possível regulamentação, não há como aplicar o sistema da vantagem auferida, por mais justo que seja, e deixar de lado o sistema do faturamento.

Artigo publicado no site de informações Jota em 23 de setembro de 2017. Disponível em: <https://jota.info/artigos/multas-do-cade-dois-projetos-e-vantagem-auferida-23092017>