

Vol. 3

Nº 1

2015 - Maio

Revista de Defesa da Concorrência

PUBLICAÇÃO OFICIAL



2318 2253

 **CADE**
Conselho Administrativo de Defesa Econômica

A Jurisprudência do CADE sobre a Base de Cálculo das Multas Administrativas Aplicadas por Infração à Ordem Econômica: o Critério do Ramo de Atividade

Mariam Tchepurnaya Daychoum¹

RESUMO

Este estudo consiste numa avaliação quantitativa e qualitativa da aplicação, pelo CADE, do critério “ramo de atividade” para definição da base de cálculo das multas por infração à ordem econômica e contribuições em Termos de Compromisso de Cessação de Prática. A base de dados foi construída por meio de uma pesquisa de revisão jurisprudencial e algumas considerações foram tecidas a partir do resultado obtido.

Palavras-chave: Multa, Contribuição, Ramo de Atividade, Jurisprudência, CADE

ABSTRACT

This study addresses a quantitative and qualitative analysis of a database obtained from jurisprudential research. This review is of the application of legal standard “hive of activity” by CADE; the Brazilian Antitrust Authority. This standard is used to define the calculation basis for fines due infringement of the economic order, and contributions for subscribing Terms of Practice Cessation Commitments. However, its application is not clear, since the standard “hive of activity” is a legal creation, not verified in the ordinary enterprises accounts.

Key-words: fine – contribution – business activity – jurisprudence – CADE

Classificação JEL: K – K00 – K2 – K21

¹ Bacharel em direito pela FGV Direito Rio, mestranda em políticas públicas pelo Instituto de Economia da UFRJ e pesquisadora bolsista do Centro de Pesquisa em Direito e Economia - CPDE/FGV Direito Rio. Email: mariam.daychoum@gmail.com.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O Critério do Ramo de Atividade; 3. A Jurisprudência do CADE Sob a Nova Lei; 3.1. Análise Quantitativa; 3.2. Análise Qualitativa; 4. Considerações Finais; 5. Referências Jurisprudenciais; 6. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

As infrações à ordem econômica constituem ilícitos administrativos e estão previstas no título V da Lei nº 12.529/2011, onde é esclarecido que tais condutas, quando configuradas, importam em responsabilidade solidária entre a empresa e seus administradores.

A lei prossegue dispondo que essas infrações se configuram objetivamente, isto é, independentemente de dolo ou culpa, sob a forma de quaisquer atos que tenham como objeto ou possam produzir os efeitos descritos no artigo 36, ainda que não efetivamente alcançados,² quais sejam:

- (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e
- (iv) exercer de forma abusiva posição dominante.

O §3º desse mesmo artigo traz um rol exemplificativo de quais condutas podem configurar quaisquer uma das hipóteses listadas como infração à ordem econômica. A lista não é exaustiva.

O artigo 37 da Lei prevê as possíveis penas de multa, dividindo-as de acordo com o sujeito a ser penalizado. Para as empresas, a multa será de 0,1% a 20% do valor do faturamento obtido no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, não devendo ser inferior à vantagem auferida pelo infrator, quando for possível estimá-la. Já a multa para os administradores ou responsáveis é uma fração (de 1% a 20%) daquela aplicada à empresa.

Assim, temos que as penas de multas dependem, direta ou indiretamente, para definição de sua base de cálculo, de um entendimento sobre o critério do ramo de atividade, previsto no artigo 37, inciso I, da Lei nº 12.529/2011.³

² “No direito da concorrência, a materialidade do dano é desnecessária para configuração do ilícito administrativo. Assim, um ato pode ser sancionado como prejudicial à livre concorrência independentemente de haver produzido efeitos sobre o mercado. A mera potencialidade da ocorrência desse prejuízo é suficiente à caracterização do ilícito.” ARAGÃO, 2012, p. 235

³ Há também a possibilidade de se aplicar sanções de caráter não pecuniário, como: (i) proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e de participar na de licitações públicas (art. 38, II); (ii) inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor (art. 38, III); (iii) imposição de algumas obrigações de fazer para

O objeto do presente trabalho, então, surge da centralidade deste critério para a imposição de multas pelo CADE, consistindo o objetivo da pesquisa em verificar em que medida o novo parâmetro para definição da base de cálculo dessas multas é aplicado pela autarquia. Adicionalmente, buscar-se-á analisar como vem sendo processada esta aplicação.

A metodologia consiste em uma análise quantitativa e qualitativa da jurisprudência da autarquia a partir da vigência da nova lei, englobando tanto os Processos Administrativos (PAs) que culminaram em aplicação de multa, quanto os Termos de Compromisso de Cessação de Prática (TCCs) que previram a realização de contribuição pecuniária ao Fundo Defesa de Direitos Difusos (FDDD).

A inclusão dos TCCs no universo de análise dá-se em virtude do §2º do artigo 85 da lei de 2011, o qual determina que o *quantum* da contribuição realizada em TCCs, que tenham por objeto a suposta realização de alguma das infrações previstas nos incisos I e II do §3º do artigo 36, não poderá ser inferior à multa mínima prevista no artigo 37. Ou seja, o critério do ramo de atividade é também relevante para a determinação dos valores a serem recolhidos ao FDDD como contribuição pecuniária em virtude de assinatura de TCC.

Portanto, este breve estudo contribui para a obtenção de uma visão panorâmica sobre como o CADE vem aplicando os novos parâmetros de determinação da base de cálculo para fins de aplicação de multas por infração à ordem econômica e contribuições pecuniárias em Termos de Compromisso de Cessação de Prática.

2. O Critério do Ramo de Atividade

Na vigência da Lei nº 8.884/1994, que precedeu a atual lei que rege as atividades do CADE, as multas por infração à ordem econômica aplicadas às empresas eram da ordem de 1% a 30% do faturamento bruto total no último exercício, enquanto aos administradores eram aplicadas multas que variavam entre 10% e 50% daquela aplicável à empresa, conforme dispunha o então artigo 23.

Vê-se, então, que a correlação entre as multas aplicadas às empresas e seus administradores já existia. Todavia, o critério para apuração da base de cálculo era o

obstar ou reverter o dano à ordem econômica (art. 38, V). Todavia, tais penalidades não constituem objeto de análise do presente trabalho.

faturamento bruto total e não o do ramo de atividade em que ocorreu a infração, como prediz a atual lei em vigor⁴.

Entretanto, os motivos que levaram à alteração desse critério são difíceis de ser identificados.

O Relatório do Deputado Ciro Gomes (2008), proferido no âmbito da Comissão Especial de Defesa da Concorrência, no curso da discussão do Projeto de Lei, que deu origem à nova lei do CADE (Lei nº 12.529/2011), defendia a adoção do critério do faturamento obtido no mercado relevante, para obtenção da base de cálculo para determinação das multas a serem aplicadas por infração à ordem econômica. O objetivo era “*ampliar ainda mais a conexão da base de cálculo com os ganhos auferidos*”⁵.

Todavia, houve alteração do critério inicialmente proposto. Segundo o Relatório de 2011 do Deputado Pedro Eugênio, em virtude da Emenda nº 21, feita ao Projeto de Lei pelo Senado, optou-se pela adoção da base de cálculo da multa com referência no faturamento bruto da empresa **no ramo de atividade** em que ocorreu a infração.

Na redação da Câmara, o intervalo de multas por infração era de 1% a 30% do faturamento do **mercado relevante** no último exercício. O Senado alterou os percentuais e a base de aplicação para entre 0,1% e 20% do faturamento no **ramo de atividade** empresarial em que ocorreu a infração.

No caso de multas aplicadas a pessoas físicas, administradores responsáveis pela infração, a multa da redação da Câmara é de 10 a 50% da multa aplicável à empresa. O Senado passou a esta multa para entre 1% a 20% da multa aplicada à empresa.⁶

Sobre a parte que interessa a este estudo, a determinação da base de cálculo, o Relator Deputado Pedro Eugênio pronunciou-se de forma a esclarecer que a alteração proposta inicialmente pela Câmara, para cálculo das multas com base no faturamento no mercado relevante, tinha como propósito estabelecer uma base menor, constituindo um critério “*mais proporcional*”, nas palavras do Deputado, ao dano gerado à concorrência. Ainda destacou que tal conceito é consagrado na defesa da concorrência o que, por sua linha de raciocínio, seria capaz de reduzir os excessos de discricionariedades do regulador, quando da definição da base de cálculo das multas.⁷ Por fim, ponderou que a alteração feita pelo Senado para utilização do

⁴ Embora o critério legal da base de cálculo para multas fosse o do faturamento bruto total, levantamento jurisprudencial realizado por PINTO (2010) mostra que a aplicação do critério não era exatamente precisa. O autor identificou que, em alguns casos, o CADE usou como base de cálculo o faturamento no mercado relevante, e não o total.

⁵ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/569964.pdf> Acesso em: 23.04.15

⁶ Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=928019&filename=PSS+1+PL393704+%3D%3E+PL+3937/2004 Acesso em: 23.04.15

⁷ Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=928019&filename=PSS+1+PL393704+%3D%3E+PL+3937/2004 Acesso em: 27.01.2015

critério do “ramo de atividade” poderia gerar uma ampliação não desejada da base de incidência das multas, além de trazer um conceito estranho ao direito antitruste, o que poderia “gerar indesejável insegurança jurídica”. Parecendo-nos ser esta última ponderação a mais relevante.

Cabe esclarecer que tanto o faturamento no mercado relevante, quanto o ramo de atividade não se confundem com o faturamento bruto total da empresa, que era o critério previsto na lei de 1994, e que ambas alternativas impõem uma dificuldade comum referente à sua mensuração.

Todavia, no dia 05.10.2011, a Emenda nº 21 do Senado Federal foi aprovada pela Câmara, à exceção de uma pequena expressão que versava sobre assunto distinto do ora analisado. Segundo MARQUES DE CARVALHO,

Embora a alteração do critério do faturamento bruto por outro que supostamente aproximasse o cálculo da multa do escopo da infração tenha vindo ao encontro de uma demanda dos próprios agentes econômicos e da comunidade jurídica (a crítica era a de que não fazia sentido aplicar a multa sobre o faturamento do grupo quando, por exemplo, apenas uma das suas empresas tinha cometido infração em dado mercado específico) a redação final da lei nesse ponto tem sido alvo de críticas. O motivo seria a insegurança jurídica gerada pela adoção do conceito de “ramo de atividade” como novo parâmetro para aferir o faturamento, tendo em vista não se tratar de um conceito técnico do ponto de vista concorrencial.⁸

A grande crítica que pode ser colocada é a de que, além de se tratar de um conceito doutrinariamente desconhecido, a lei não trouxe qualquer definição do que seria ramo de atividade.

FARINA e TITO (2012) destacaram que além de uma redução global das multas do CADE sob a vigência da nova lei, tanto em virtude dos limites percentuais menores, quanto em virtude da base de cálculo ser o “ramo de atividade”, haveria uma maior dificuldade para liquidação dessas multas,

uma vez que não fica claro na Lei 12.529/2011 o entendimento do que seja “ramo de atividade”. Tanto por não haver correspondência contábil facilmente identificável nos demonstrativos da empresa ou do grupo, quanto por não corresponder ao já conhecido conceito de mercado relevante antitruste. (FARINA; TITO, 2012, p. 19)

Portanto, buscando conferir maior segurança jurídica à nova base de cálculo, o CADE editou a Resolução nº 03/2012, a qual traz em Anexo uma lista de ramos de atividades empresariais que instruem a aplicação do artigo 37 da lei.

⁸ MARQUES DE CARVALHO; CRUZ LIMA, 2012, pp. 31 – 32

A lista da Resolução foi elaborada pelo CADE a partir da Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE, uma lista elaborada pelo IBGE.⁹ Enquanto que o Anexo da Resolução nº 03/2012 apresenta uma lista com 144 (cento e quarenta e quatro) distintos ramos de atividades, a CNAE oferece uma divisão de 21 (vinte e uma) grandes categorias que, por sua vez, são subdivididas em divisões, grupos e classes. Essa organização acaba por determinar uma lista expressivamente maior que aquela elaborada pelo CADE, além de apresentar um grau de especificidade muito superior que, provavelmente, não foi o pretendido pela autoridade antitruste. Essa diferença parece uma tentativa de se ter uma lista de ramos de atividades com maior adequação à realidade do direito antitruste, evitando problemas interpretativos e, ao mesmo tempo, determinando um grande grau de abrangência e, portanto, maior facilidade no momento da subsunção das atividades das empresas à Resolução nº 03/2012.

A Resolução ainda determina, no parágrafo único do artigo 1º, que “*caso a infração à ordem econômica tenha ocorrido em mais de um ramo de atividade empresarial, será considerada a soma dos faturamentos brutos obtidos em todos os ramos afetados*”.

Ademais, o artigo 2º da dispõe que

quando o representado não apresentar o valor do faturamento no(s) ramo(s) de atividade empresarial em que ocorreu a infração de forma completa, inequívoca e idônea, será considerado o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo.

3. A Jurisprudência do CADE Sob a Vigência da Nova Lei

Tendo em vista a novidade do conceito de “ramo de atividade” que a introdução na legislação trouxe e considerando a ausência, portanto, de clara definição quanto ao seu teor, o presente estudo objetiva analisar a jurisprudência do CADE no que se refere à aplicação desse critério para fins de obtenção da base de cálculo sobre a qual será calculada a multa em Processo Administrativo, ou a contribuição pecuniária em Termo de Compromisso de Cessação de Prática.

Para tanto, foram analisados todos os Processos Administrativos em que multas foram aplicadas de acordo com as regras da Lei nº 12.529/2011, assim como os Termos de Compromisso de Cessação que também aplicaram a regra da nova lei para fins de cálculo das

⁹ “A CNAE é a classificação oficialmente adotada pelo Sistema Estatístico Nacional na produção de estatísticas por tipo de atividade econômica, e pela Administração Pública, na identificação da atividade econômica em cadastros e registros de pessoa jurídica.” IBGE, 2007

contribuições. Foram descartados da amostra os casos em que, ainda que apreciados após a entrada em vigência da nova lei, foram considerados tão somente com fulcro na Lei nº 8.884/1994, de forma justificada.

Sobre o período de transição de aplicação de uma lei para outra e no que se refere à imposição de sanções, os casos iniciados durante a vigência da Lei nº 8.884/1994 tiveram que ser analisados também à luz da Lei nº 12.529/2011, para que fosse verificado qual seria a norma mais favorável ao administrado, condenado por infração à ordem econômica, ou signatário de TCC.

Nesse sentido, o CADE adotou uma jurisprudência uníssona, capitaneada pela discussão realizada quando da apreciação do Processo Administrativo nº 08012.009834/2006-57¹⁰, em que o voto da Cons. Ana Frazão delineou a seguinte “fórmula” para apreciação desses casos:

(...) o cotejo entre a Lei 12.529/11 e a Lei 8.884/94 demonstra de forma clara que, salvo hipótese de sanção prevista no inciso II, do art. 37 da Lei 12.529/11 (que substituiu o inciso III, do art. 23 da Lei 8.884), os critérios estabelecidos pelo legislador no novo diploma antitruste são presumivelmente mais benéficos do que aqueles anteriormente previstos na Lei 8.884/94. **No que diz respeito à fixação de penas para as empresas, o art. 37, inc. I, da nova Lei 12.529/11 não apenas reduziu as alíquotas mínima e máxima previstas na Lei 8.884/94, como também diminuiu a base de cálculo da multa, que deixa de ser o faturamento total da empresa e passa a ser o faturamento obtido no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração.**

Nem se diga que a nova Lei 12.529/11 seria mais rigorosa, ao deixar claro que a base de cálculo da multa é o faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado (Art. 37, I). Isso porque a anterior Lei 8.884/94 já falava, em seu art. 23, I, no faturamento bruto da empresa. (...) a nova Lei a 12.529/11, ao mencionar expressamente o faturamento da empresa, grupo ou conglomerado, não inovou propriamente no ordenamento jurídico; tão somente explicitou o que já se extraía da anterior Lei 8.884/94, ao prever como base de cálculo o faturamento da empresa. (...)

Do exposto, no que toca à fixação das penas das infrações cometidas durante a vigência da Lei 8.884/94 e ainda pendentes de julgamento pelo CADE, **é possível se presumir com elevada dose de segurança que:** (i) Os parâmetros estabelecidos na Lei 12.529/11 para a condenação de empresas são mais benéficos que os anteriormente previstos na Lei 8.884 e, por isso, devem ser aplicados; (ii) Os parâmetros estabelecidos na Lei 12.529/11 para condenação de administradores responsáveis por infrações à ordem econômica são mais benéficos que os anteriormente previstos na Lei 8.884 e, por isso, devem ser aplicados; (iii) Os parâmetros estabelecidos na Lei 12.529/11 para condenação de associações e entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito que não exerçam atividade empresarial não são mais benéficos que os anteriormente previstos na Lei 8.884 e, por isso, não há que se cogitar da sua aplicação.

Dessa forma, extraímos que, em princípio, a Lei nº 12.529/2011 é mais benéfica, no que tange à imposição de multas, às empresas e seus administradores, do que a Lei nº

¹⁰ Este caso não faz parte da base de dados analisada, já que não discutiu o critério do ramo de atividade por se tratar de caso de associação e não empresa e/ou seus administradores. O que interessa neste precedente é tão somente a discussão acerca da aplicação da lei mais benéfica.

8.884/1994. Além de as porcentagens serem mais baixas, a lei atual é também mais branda em relação à base de cálculo (faturamento bruto no ramo de atividade em que ocorreu o ilícito), por ser mais restrita que aquela estabelecida na lei predecessora (faturamento bruto total da empresa).

Contudo, é preciso esclarecer “*que tal regra quanto a qual lei seria mais benéfica seria uma simples presunção, podendo-se provar que tal entendimento não se mostra verdadeiro em determinado caso concreto*”, conforme salientou o Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça, em voto proferido no PA nº 08700.001846/2012-23.

Assim, considerando as questões até então contempladas, constituíram a base de análise para o presente artigo, os Processos Administrativos e Termos de Cessação de Conduta que: (i) aplicaram multa ou recolheram contribuição; e (ii) foram apreciados com base da Lei nº 12.529/2011, mesmo que tenham tido início sob as regras da Lei nº 8.884/1994.

3.1. Análise Quantitativa

Primeiramente, operou-se uma análise quantitativa da amostra recolhida, chegando-se à divisão a seguir apresentada.

(i) Processos Administrativos

Para obtenção da base de dados, foram considerados todos os processos administrativos que envolveram condutas praticadas por pessoas jurídicas e que foram apreciados entre 2012 (ano em que entrou em vigor a nova lei) e 2014.

Em virtude de a Lei nº 12.529/2011 utilizar como base de cálculo para multas aplicadas às pessoas físicas (administradores) o montante das multas aplicadas às pessoas jurídicas, foram incorporados à pesquisa quantitativa somente casos envolvendo pessoas jurídicas. Os casos de pessoas físicas que, eventualmente, discutiram o critério do ramo de atividade serão analisados na parte qualitativa do trabalho. Todavia, é preciso esclarecer que na maior parte da amostra, a análise das condutas das pessoas jurídicas e pessoas físicas foi realizada conjuntamente. Por isso, a base de dados desta parte do trabalho não sofreu uma redução significativa.

Desta forma, chegou-se a um universo de 13 (treze) processos administrativos julgados no ano de 2013 e 14 (quatorze) no ano de 2014, tendo sido analisados, portanto, um total de 27 (vinte e sete) processos.

Dentre esses:

- **8 (oito)** utilizaram como base de cálculo o faturamento no ramo de atividade em que se verificou a conduta;¹¹
- **5 (cinco)** utilizaram o faturamento bruto total e justificaram por que não foi utilizado o faturamento no ramo de atividade (normalmente porque a empresa não tinha ou não disponibilizou a informação);¹²
- **5 (cinco)** utilizaram os dois critérios anteriores (faturamento no ramo de atividade e bruto total) em um mesmo processo, para pessoas jurídicas distintas;¹³ e
- **9 (nove)** utilizaram o faturamento bruto total, sem justificar porque não foi utilizado o faturamento no ramo de atividade.¹⁴

Assim, conclui-se que, dentro do universo de 27 (vinte e sete) processos administrativos, 9 (nove) desconsideraram a regra do ‘ramo de atividade’, utilizando como base de cálculo, para fins de determinação de multa em virtude de conduta lesiva à concorrência, o faturamento bruto total da pessoa jurídica. Esses 9 (nove) processos representam 33,4% do total analisado. Assim, em 66,6% dos casos, a regra da Lei nº 12.529/2011 para determinação da base de cálculo de multas foi considerada.

(ii) Termos de Compromisso de Cessação de Prática

Para a base de dados da pesquisa foram considerados todos os Termos de Compromisso de Cessação de Prática envolvendo pessoas jurídicas, importando em 7 (sete) TCCs firmados no ano de 2013 e 20 (vinte) em 2014, tendo sido analisados, portanto, um total de 27 (vinte e sete) Termos de Compromisso de Cessação de Prática.

Dentre esses:

- **9 (nove)** calcularam a contribuição com base no faturamento no ramo de atividade;¹⁵

¹¹ Processos Administrativos nº 08012.011027/2006-02; 08012.006272/2011-57; 08012.010362/2007-66; 08012.011142/2006-79; 08012.003873/2009-93; 08012.005928/2003-12; 08012.004472/2000-12; e 08012.011042/2005-6.

¹² Processos Administrativos nº 08012.004039/2001-68; 08012.011668/2007-30; 08012.003874/2009-38; 08012.012420/1999-61; e 08012.001794/2004-33.

¹³ Processos Administrativos nº 08012.010215/2007-96; 08012.001003/2000-41; 08012.004573/2004-17; 08012.004365/2010-66; e 08012.011853/2008-13.

¹⁴ Processos Administrativos nº 08012.001271/2001-44; 08012.006923/2002-18; 08012.004472/2000-12; 08012.010576/2009-02; 08012.001503/2006-79; 08012.009757/2009-88; 08000.009354/1997-82; 08012.008507/2004-16; e 08012.009611/2008-51.

- **10 (dez)** calcularam a contribuição com base no faturamento no ramo de atividade, mas de maneira proporcional;¹⁶
- **4 (quatro)** calcularam a contribuição com base no faturamento bruto total sem justificar o desuso do critério “ramo de atividade”;¹⁷
- **1 (um)** calculou a contribuição com base no faturamento bruto total sem justificar, porém de forma mitigada, em virtude de o objeto da conduta ser mais restrito que o faturamento utilizado;¹⁸ e
- **3 (três)** calcularam a contribuição com base em outra referência, que não o faturamento no ramo de atividade ou o faturamento bruto.¹⁹

Dessa forma, tem-se que em 19 (dezenove) casos de assinatura de Termos de Compromisso de Cessação de Prática foi aplicado o critério do faturamento no “ramo de atividade” como parâmetro para cálculo da contribuição pecuniária ao FDDD, o que representa 70,37% do universo da amostra. Os 29,63% restantes não consideraram o critério da nova lei, todavia por distintas razões. Dentre esses últimos, metade usou como base de cálculo o faturamento bruto, sem justificar a não aplicação do critério do faturamento no “ramo de atividade”.

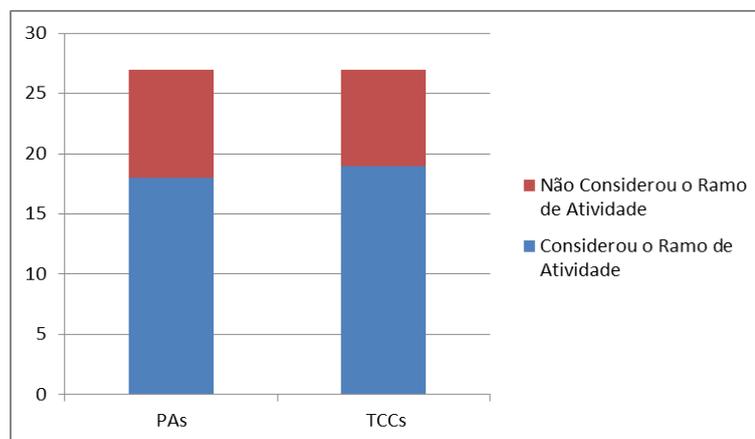


Gráfico 1 – Consideração do Critério de Faturamento no Ramo de Atividade

¹⁵ Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08700.010220/2012-16; 08700.005399/2012-81; 08700.002074/2013-28; 08012.011836/2009-08; 08012.003931/2005-55; 08012.003931/2005-55; 08012.011980/2008-12; 08012.008871/2011-13; e 08012.005882/2008-38.

¹⁶ Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08012.003931/2005-55; 8012.008821/2008-22; 08700.003192/2013-53; 08012.011980/2008-12; 08012.002812/2010-42; 08012.004280/2012-40; 08012.004280/2012-40; 08700.004496/2014-19; 08700.004627/2014-68; e 08700.005159/2014-49.

¹⁷ Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08700.005949/2012-62; 08012.010028/2009-74; 08012.002568/2005-51; e 08700.001718/2011-07.

¹⁸ Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08012.008850/2008-94.

¹⁹ Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08700.011043/2012-87; 08700.002028/2013-29; e 08700.006544/2012-41.

Quando reunida a base de dados, temos uma amostra total de 54 (cinquenta e quatro) casos, onde em 68,5% das vezes (37 casos), o CADE, seja pelo Tribunal, seja pela Superintendência Geral, aplicou o critério do “ramo de atividade”, e em 31,5% (17 casos) não aplicou o critério legalmente previsto, por motivos distintos, a ser avaliados na parte qualitativa deste trabalho. Todavia, é possível concluir, visualizando os números absolutos, que há uma considerável adesão ao critério legal, ainda que podendo ser apontados alguns resvales.

3.2. Análise Qualitativa

Esta segunda parte da análise consistiu em avaliar a forma como o CADE vem aplicando a norma, assim como os parâmetros e esforços argumentativos que vêm sendo realizados para a melhor aplicação do critério aos casos concretos.

(i) Processos Administrativos

Dos processos administrativos que utilizaram como base de cálculo o faturamento bruto, em 9 (nove) o CADE o fez sem apresentar uma justificativa. Dentre esses, 2 (dois)²⁰ não aplicaram a Lei nº 12.529/11, aplicando a Lei nº 8.884/1994, sem discutir se a nova lei seria mais ou menos benéfica (ambos os processos foram julgados no início de 2013).

Dessa forma, para os outros 7 (sete) casos, podemos levantar duas hipóteses para a não aplicação o critério do ramo de atividade: (i) as partes não apresentaram ao CADE seus faturamentos nos respectivos ramos de atividade, mas tal fato não foi relatado no acórdão, sendo esta hipótese plausível dado o baixo índice de embargos de declaração; ou (ii) o CADE aplicou o parâmetro do faturamento bruto total por motivo outro que não o anteriormente sugerido, e foi omissivo ao não apresentar a motivação.

Nos casos em que o CADE explicitou porque estaria utilizando o faturamento bruto total da empresa para fins de base de cálculo do valor da multa, a justificativa foi a não disponibilização do faturamento no ramo de atividade pelas partes. Quando o caso em análise havia sido iniciado antes da vigência da lei atual, o não preenchimento dos requisitos

²⁰ Processos Administrativos nº 08012.001271/2001-44 e nº 08012.006923/2002-18.

dispostos no inciso I do art. 37 da Lei nº 12.529/2011 determinou a aplicação de multa em UFIR, nos termos do art. 23, inciso III da Lei nº 8.884/1994.

Ao apreciar o Processo Administrativo nº 08012.010215/2007-96, o Conselheiro Relator Eduardo Pontual, em voto proferido em 2012, justificou o uso do critério faturamento bruto total da empresa da seguinte forma:

Destaco ainda que na determinação da base de cálculo sobre a qual incidiu a multa **me utilizei do faturamento bruto e não do faturamento no ramo da atividade, que, apesar de solicitado, não foi informado.** Como permissivo para este proceder, invoco o art. 2º da Resolução do CADE nº 3/2012.

Nos autos desse mesmo processo houve recurso, onde foi argumentado que no processo de cálculo da multa não se considerou “*o mercado relevante afetado pela prática e a magnitude do poder de mercado dos representados*”. O Conselheiro Relator, então, ponderou que o argumento carecia de fundamento já que “*ao se utilizar o faturamento dos representados no ramo de atividade tem-se síntese de ambos os referenciais para cálculo da multa*”.

Houve, ainda, a situação verificada no Processo Administrativo nº 08012.001794/2004-33 em que não se aplicou o art. 37, inciso I da Lei 12.529/2011 em virtude da inexistência do faturamento das empresas envolvidas. Portanto, no caso, as multas foram calculadas com base no faturamento estimado das empresas, obtido junto ao SEBRAE.

No Processo Administrativo nº 08012.011027/2006-02, em sede de embargos, foi discutido com maior cuidado o ramo de atividade que deveria consistir a base de cálculo para imposição da multa.

Nesse processo, os embargantes argumentaram que,

o objetivo da legislação, ao indicar como base da multa o ‘ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração’, teria sido limitar a base de cálculo àquelas receitas que, de fato, possam ter sido afetadas pela conduta investigada, de forma que a Resolução nº 3/12 deveria ser utilizada apenas como ponto de partida.

Analisando os embargos, a Conselheira Ana Frazão esclareceu que no caso havia sido praticado “*um ilícito concorrencial em uma atividade subordinada à atividade principal*”, mas que de tal situação não poderia ser inferido que a multa devesse utilizar como base de cálculo o faturamento apenas na atividade “secundária”, devendo ser considerada apenas no momento de delimitação da pena, para fins de resguardo da proporcionalidade. E ainda ressaltou:

Registre-se ademais que a decisão está em consonância com o entendimento deste Conselho, de que, para fins de proporcionalidade, o ideal é que o julgador fixe alíquotas razoáveis, levando em consideração a proporção do mercado relevante afetado sobre o faturamento total, evitando alterar a base de cálculo prevista expressamente no art. 37, inciso I, da Lei 12.529/2011, que foi fixada em bases

objetivas, exatamente para evitar as intermináveis discussões relacionadas ao mercado relevante.

A Conselheira também esclareceu que em caso de concurso de agentes, o princípio da isonomia deverá ser assegurado por meio de alteração da alíquota e não da base de cálculo, visto que a Lei 12.529/2011 determina de forma expressa que as multas deverão ser calculadas com base no faturamento no ramo de atividade em que incorreu a infração. Dessa forma, afirma a Conselheira, não há *“nenhuma justificativa para que o CADE se afaste dessa previsão, sobretudo quando a proporcionalidade pode ser assegurada por meio da alteração das alíquotas”*.

(ii) Termos de Compromisso de Cessação de Prática

Dentre os TCCs que constituíram a amostra analisada, quatro calcularam a contribuição pecuniária com base no faturamento bruto total da empresa, sem justificar por que não se utilizou o parâmetro do “ramo de atividade”. Esses foram casos que, via de regra, faziam uma correlação entre a contribuição determinada ao requerente e a multa aplicada em outro processo, correlato ao do TCC.

Especificamente no TCC nº 08012.002568/2005-51, a Conselheira Ana Frazão, em seu voto, explicitou que nas negociações do Termo levou-se em consideração, para os fins de cálculo da contribuição, dentre outros fatores, o mercado relevante envolvido, ao invés do ramo de atividade.

Em apenas um caso (TCC nº 08012.008850/2008-94), o CADE calculou a contribuição pecuniária com base no faturamento bruto total da empresa, também sem justificar, mas de forma mitigada, por razão de proporcionalidade. Em seu voto, o Conselheiro Alessandro Octaviani elucidou que o caso trazia uma peculiaridade a ser considerada, qual seja, o faturamento da requerente de TCC englobava seus rendimentos em âmbito nacional, enquanto que a possível conduta teria ocorrido em apenas um estado da federação. Assim, o Conselheiro argumentou que eventual condenação deveria atentar a esta peculiaridade o que, por sua vez, determinou que a contribuição ao FDDD fosse calculada de forma proporcional.

A questão da proporcionalidade também foi verificada em vários casos que consideraram o faturamento no ramo de atividade para fins de cálculo da contribuição. Geralmente, para se chegar ao valor final a ser recolhido ao FDDD, a Superintendência Geral seguiu a seguinte fórmula:

[Base de Cálculo x Alíquota] - Desconto TCC

Todavia, e em virtude da proporcionalidade, foi encontrada na pesquisa também a seguinte fórmula:

[Base de Cálculo x Alíquota + Agravante de duração da conduta] – Desconto TCC

No TCC nº 08700.004496/2014-19 o Despacho do Presidente elucida que, para o cálculo da contribuição, a Superintendência Geral do CADE “*considerou o lapso temporal da prática, bem como o fato de que a empresa foi a primeira a propor a celebração de TCC, além de ter colaborado de maneira significativa com a instrução do Processo Administrativo*”.

Já no TCC nº 08012.004280/2012-40, também pelo Despacho do Presidente, foi possível verificar que, para o cálculo da contribuição pecuniária, a Superintendência Geral do CADE considerou

não apenas a participação dos proponentes na conduta, como também a boa-fé da empresa em apresentar a proposta de acordo antes de apresentar defesa, a sua situação econômica, a efetiva e a ampla colaboração propostas, e, ainda, que a empresa foi a primeira a apresentar um requerimento deste tipo no Processo.

No caso do TCC nº 08012.011980/2008-12 a questão da proporcionalidade fica ainda mais clara quando, na Nota Técnica nº 232/2014, a Superintendência Geral do CADE destaca que peculiaridades do caso “*fizeram com que não se utilizasse como base o faturamento obtido [no ramo de atividade] em 2008, ano anterior à instauração do processo, mas o faturamento obtido nos últimos 12 meses de participação da Requerente na conduta*”.

Em outro caso (TCC nº 08012.008821/2008-22), a Superintendência Geral (Nota Técnica nº 222/2014) adotou como base de cálculo o faturamento da requerente em vendas de medicamentos em geral para órgãos públicos, o que não é um ramo de atividade previsto na Resolução nº 03/2012, para fins de adequação do faturamento da requerente em termos proporcionais à potencial lesividade da conduta praticada.

Também interessante foi o caso do TCC nº 08700.010220/2012-1, onde em seu voto o Conselheiro Ricardo Ruiz sustentou que, apesar de a contribuição pecuniária ser um valor que se situe entre 0,1% e 20% do faturamento total no ramo de atividade, conforme determina a Lei nº 12.529/2011, naquele caso seria possível utilizar o faturamento obtido em outro ramo de atividade, que não aqueles previstos na Resolução nº 03/2012, uma vez que havia “*argumentos razoáveis para limitar os impactos do ilícito*” àquela atividade específica. Ou

seja, o Conselheiro aventou a possibilidade de se restringir o próprio ramo de atividade, para fins de se garantir a proporcionalidade da contribuição a ser realizada pela signatária de TCC.²¹

Em três casos de TCCs estudados, as contribuições foram calculadas com base em outra referência, que não o faturamento no ramo de atividade ou o faturamento bruto.

Nesses casos, foram considerados genericamente os seguintes fatores: (i) “valores atribuídos em casos anteriores de acordo de TCC”; (ii) “situação do Processo Administrativo”; e (iii) “ordem na propositura do acordo no Processo Administrativo”.

Além desses, especificamente no TCC nº 08700.011043/2012-87, foram consideradas as seguintes características: (i) “casos atuais e semelhantes de condenação pelo CADE”; e (ii) “extinção, caso adimplida as obrigações, do referido Processo Administrativo”. Já no TCC nº 08700.002028/2013-29, foram considerados especificamente os seguintes fatores: (i) a postura ativa da requerente em encerrar condutas anticoncorrenciais; e (ii) o fato de o faturamento da requerente no local em que se verificou a possível conduta corresponder a uma parcela diminuta do faturamento nacional da empresa.

No TCC nº 08700.006544/2012-41, as contribuições das requerentes foram calculadas com base uma no faturamento estimado e outra participação de mercado presumida, não restando claro o porquê da diferença de tratamento entre as requerentes.

Por fim, ressalta-se que em nenhum desses três casos foi encontrada qualquer justificativa para a não aplicação do art. 37, inciso I, da Lei nº 12.529/2011.

4. Considerações Finais

Neste trabalho foi apresentado que, com a promulgação da Lei nº 12.529/2011, o critério para obtenção da base de cálculo para fins de aplicação de multas por infração à ordem econômica foi alterado, tornando-se mais restrito. O que antes era calculado com base no faturamento bruto total da empresa, hoje é feito com base no faturamento bruto no ramo de atividade em que ocorreu a infração.

²¹ É preciso, em relação a esta posição, destacar que coloca um argumento diametralmente oposto àquele trazido pela Conselheira Ana Frazão quando da análise dos embargos no Processo Administrativo nº 08012.011027/2006-01, onde se afirmou que o entendimento do Conselho era o de que, o ideal seria que o julgador garantisse o princípio da proporcionalidade por meio da fixação de alíquotas razoáveis, evitando alterar a base de cálculo, fixada objetivamente pelo artigo 37, inciso I da Lei nº 12.529/2011 combinado com a Resolução do CADE nº 03/2012.

Na lei atual, há ainda a possibilidade de se calcular a multa com base no faturamento bruto total, mas apenas quando a empresa não disponibiliza o faturamento bruto no ramo de atividade, seja por que difícil ou impossível de se obter.

Foi também apontado que o faturamento no ramo de atividade não é um critério objetivo, como o era o faturamento total, e que, por isso, o CADE buscou tornar o critério mais seguro, editando a Resolução nº 03/2012.

Para fins de verificar como o CADE vem lidando com este critério, foi feito um levantamento jurisprudencial dos Processos Administrativos e Termos de Compromisso de Cessação de Prática apreciados pela autarquia. A partir da base de dados coletada, fez-se análise de duas naturezas: quantitativa e qualitativa.

Da análise quantitativa pode-se extrair que a taxa de consideração do critério “ramo de atividade” nos Termos de Compromisso de Cessação de Prática e nos Processos Administrativos foram muito próximas e, na consideração geral, o critério foi considerado em quase 70% dos casos, sendo a desconSIDERAÇÃO mais expressiva nos casos julgados logo após a entrada em vigor da nova lei. O que denota a necessidade de uma fase de adaptação.

Da análise qualitativa foi possível extrair a informação de que, a maior parte dos casos em que o CADE não aplicou o critério do “ramo de atividade”, foi em virtude de a empresa não ter apresentado esta informação. O que, por sua vez, confirma a dificuldade de implementação do critério legal não apenas por parte da autarquia, mas também pelos administrados.

Além disso, verificou-se que há uma posição de que a proporcionalidade deve ser garantida, idealmente, por meio da fixação de alíquotas, considerando a lesividade da conduta, e não via alteração da base de cálculo, que foi objetivamente fixada no artigo 37 da Lei nº 12.529/2011.

Foi visto, também, foi conferida maior atenção à proporcionalidade nos casos de Termos de Compromisso de Cessação de Prática do que nos Processos Administrativos, determinando um maior número de casos em que houve aplicação do critério do “ramo de atividade” de forma mitigada. Assim, é possível concluir que a multa que seria imposta caso houvesse condenação em Processo Administrativo não é o único critério utilizado pelo CADE para fins de se estimar a contribuição pecuniária à ser recolhida ao FDDD por signatários de TCCs.

Por fim, foi possível verificar que nos TCCs houve emprego de bases de cálculo que correspondiam à apenas uma fração de algum ramo de atividade previsto na Resolução, isto é,

bases de cálculo mais restritas, o que não foi verificado quando da análise dos Processos Administrativos.

5. Referências Bibliográficas e Jurisprudenciais

Processo Administrativo nº 08000.009354/1997-82

Processo Administrativo nº 08012.012420/1999-61

Processo Administrativo nº 08012.004472/2000-12

Processo Administrativo nº 08012.001003/2000-41

Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44

Processo Administrativo nº 08012.004039/2001-68

Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-18

Processo Administrativo nº 08012.005928/2003-12

Processo Administrativo nº 08012.008507/2004-16

Processo Administrativo nº 08012.004573/2004-17

Processo Administrativo nº 08012.001794/2004-33

Processo Administrativo nº 08012.011042/2005-61

Processo Administrativo nº 08012.011027/2006-02

Processo Administrativo nº 08012.009834/2006-57

Processo Administrativo nº 08012.001503/2006-79

Processo Administrativo nº 08012.011668/2007-30

Processo Administrativo nº 08012.010362/2007-66

Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79

Processo Administrativo nº 08012.010215/2007-96

Processo Administrativo nº 08012.011853/2008-13

Processo Administrativo nº 08012.009611/2008-51

Processo Administrativo nº 08012.010576/2009-02

Processo Administrativo nº 08012.003874/2009-38

Processo Administrativo nº 08012.009757/2009-88

Processo Administrativo nº 08012.003873/2009-93

Processo Administrativo nº 08012.004365/2010-66

Processo Administrativo nº 08012.006272/2011-57

Processo Administrativo nº 08700.001846/2012-23

Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08012.002568/2005-51

Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08012.003931/2005-55

Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08012.011980/2008-12

Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08012.008821/2008-22

Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08012.005882/2008-38
Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08012.008850/2008-94
Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08012.011836/2009-08
Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08012.010028/2009-74
Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08012.002812/2010-42
Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08700.001718/2011-07
Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08012.008871/2011-13
Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08700.010220/2012-16
Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08012.004280/2012-40
Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08700.006544/2012-41
Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08700.005949/2012-62
Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08700.005399/2012-81
Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08700.011043/2012-87
Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08700.002074/2013-28
Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08700.002028/2013-29
Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08700.003192/2013-53
Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08700.004496/2014-19
Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08700.005159/2014-49
Termos de Compromisso de Cessação de Prática nº 08700.004627/2014-68

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

DEPUTADO CIRO GOMES, relator no Projeto de Lei nº 3937/2004 da Câmara dos Deputados. Relatório, 2008. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/569964.pdf> Acesso em: 23.04.15

DEPUTADO PEDRO EUGENIO, relator no Projeto de Lei nº 6/2009 do Senado e 3937/2004 da Câmara dos Deputados. Relatório, 2011. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=928019&filename=PSS+1+PL393704+%3D%3E+PL+3937/2004 Acesso em: 23.04.15

FARINA, Elizabeth; TITO, Fabiana. Desafios e consequências da nova lei de defesa da concorrência. *Boletim Latino-Americano de Concorrência*, nº 31, abr., 2012.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE, *Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE*, versão 2.0., Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/classificacoes/cnae2.0/cnae2.0.pdf>
Acesso em: 08.03.2015

MARQUES DE CARVALHO, Vinicius; LIMA, Ticiano Nogueira da Cruz. A nova lei de defesa da concorrência brasileira: comentários sob uma perspectiva histórico-institucional. *Publicações da Escola da AGU: a nova lei do CADE*, ano IV, n. 19. Brasília: EAGU, 2012. pp. 7 – 34.

PINTO, Gabriel Moreira. A dosimetria das multas impostas em resposta às infrações contra a ordem econômica: uma análise da lei de defesa da concorrência e de sua aplicação pelo CADE. Prêmio SEAE 2010, Tema Defesa da Concorrência. Brasília: SEAE, MJ, 2010.