

7

DIREITO, ECONOMIA E LINGUAGEM: HERMENÊUTICA, DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E O “IMPASSE” EM TORNO DA APLICAÇÃO DO CONCEITO DE “VANTAGEM AUFERIDA”¹

Law, economics, and language: hermeneutics, administrative sanctioning law, and the ‘impasses’ surrounding the application of the concept of “advantage gained”

Diogo Thomson de Andrade²

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) – Brasília/DF, Brasil

Paulo Henrique de Oliveira³

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) – Brasília/DF, Brasil

1 Editor responsável: Prof. Dr. Victor Oliveira Fernandes, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), Brasília/DF, Brasil. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/5250274768971874>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-5431-4142>.

Recebido em: 29/10/2024 **Aceito em:** 19/11/2024 **Publicado em:** 11/12/2024

2 Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2003). Mestre em Filosofia do Direito pela PUC/SP (2009). Doutorando em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa IDP. É Procurador Federal (membro da Advocacia-Geral da União), desde 2004. Ocupa o cargo de Conselheiro no Tribunal do Cade desde dezembro/2023. Foi Superintendente-Adjunto do Cade (2012-2023) e Superintendente-Geral Interino (julho/2021 a abril/2022 e julho a outubro/2017). Anteriormente, ocupou o cargo de Diretor do Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE) na extinta Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (2011-2012) e de Procurador Federal, chefe do Setor de Estudos e Pareceres (consultivo) da Procuradoria Federal Especializada do Cade (2007-2010).

E-mail: diogo.andrade@cade.gov.br

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1013455166196943>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2850-4150>

3 Economista pela Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP), Mestre em Política e Economia do Setor Público (Administração Pública e Governo) pela FGV-EAESP e Doutorando pela mesma instituição. Pesquisador colaborador do Centro de Direito e Democracia do CEBRAP (Centro Brasileiro de Análise e Planejamento) e Chefe de Gabinete do Conselheiro Diogo Thomson de Andrade no Cade.

E-mail: oliveira.paulo@fgv.edu.br

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7317015365816360>

ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-9976-8695>

RESUMO ESTRUTURADO

Contexto: o presente artigo está inserido na interseção entre o direito constitucional e o direito administrativo sancionador, especificamente voltado para a aplicação de sanções pelo Cade em casos de condutas anticompetitivas. Ele se fundamenta na hermenêutica filosófica e jurídica de Hans-Georg Gadamer e na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann para examinar como interpretações jurídicas podem afetar a objetividade na aplicação de penalidades administrativas.

Objetivo: analisar a interpretação constitucional das normas relacionadas ao poder punitivo do Estado, com ênfase nas sanções administrativas aplicadas pelo Cade e, particularmente, na aplicação do conceito de ‘vantagem auferida’. O artigo visa identificar como diferentes interpretações dessas normas podem resultar em decisões punitivas heterodoxas e, além disso, propor soluções para o impasse na dosimetria e aplicação de penalidades pecuniárias a pessoas jurídicas. Para atingir esses objetivos, o artigo foca em aspectos específicos da hermenêutica, como a análise de conceitos jurídicos indeterminados e a interação entre as esferas do direito e da economia na aplicação das normas sancionadoras. A pesquisa também inclui uma análise crítica da objetividade e segurança jurídica na dosimetria das sanções, com foco na metodologia aplicada pelo Cade.

Método: para este fim, utiliza-se uma abordagem teórico-interpretativa, com base na hermenêutica filosófica de Gadamer e na teoria dos sistemas de Luhmann. Ele aplica essas teorias para investigar a prática sancionadora do Cade e suas implicações constitucionais.

Conclusões: propomos uma abordagem hermenêutica jurídica que vê o direito como um sistema autopoietico, onde a Constituição atua como elo estrutural. Isso oferece uma forma equilibrada de abordar questões no direito concorrencial, especialmente diante do “impasse” na jurisprudência do Cade sobre multas. A interpretação sugerida busca conciliar a função dissuasória das penalidades com o respeito aos princípios constitucionais, evitando tanto o formalismo rígido quanto a abertura excessiva. Embora melhorias legislativas possam objetivar o cálculo das multas, o artigo enfatiza que o sistema atual já permite avanços em uma jurisprudência mais coesa, transparente e respeitosa dos direitos fundamentais.

Palavras-Chave: hermenêutica; direito administrativo sancionador; vantagem auferida; condutas anticompetitivas; dosimetria das multas do Cade; defesa da concorrência.

STRUCTURED ABSTRACT

Context: this article is situated within the fields of constitutional and administrative sanctioning law, with a specific focus on the application of sanctions by Cade for anticompetitive behavior. It draws on Hans-Georg Gadamer’s hermeneutics and Niklas Luhmann’s systems theory to examine interpretative challenges in Cade’s sanctioning practices.

Objective: to analyze the constitutional interpretation of norms related to the State’s punitive power, with an emphasis on administrative sanctions applied by Cade and, in particular, on the application of the concept of “advantage gained”. The article aims to identify how different interpretations of these norms can lead to heterodox punitive decisions and, additionally, to propose solutions for the impasse in the dosimetry and application of pecuniary penalties to legal entities. To achieve



these objectives, the article focuses on specific aspects of hermeneutics, such as the analysis of indeterminate legal concepts and the interaction between the realms of *law and economics* in the application of sanctioning norms. The research also includes a critical analysis of objectivity and legal certainty in the dosimetry of sanctions, with a focus on the methodology applied by Cade.

Method: for this purpose, a theoretical-interpretative approach is used, based on Gadamer's philosophical hermeneutics and Luhmann's systems theory. These theories are applied to investigate Cade's sanctioning practice and its constitutional implications.

Conclusions: we propose a legal hermeneutic approach that views law as an autopoietic system, with the Constitution serving as a structural link. This approach offers a balanced way to address issues in competition law, particularly in light of the "impasse" in Cade's jurisprudence regarding fines. The suggested interpretation aims to reconcile the deterrent function of penalties with respect for constitutional principles, avoiding both rigid formalism and excessive openness. Although legislative improvements could make fine calculation more objective, the article emphasizes that the current system already allows for progress toward a more cohesive, transparent, and rights-respecting jurisprudence.

Keywords: hermeneutics; administrative sanctioning law; advantaged gained; anticompetitive conducts; dosimetry of Cade's fines; competition policy.

Classificação JEL: K21; K23; K40; D73; Z13.

Sumário: 1. Introdução; 2. Pressupostos hermenêuticos; 3. A unicidade do direito de punir do estado na Constituição Federal de 1988; 4. A ordem econômica na Constituição, a defesa da concorrência, a Lei no 12.529/11 e o papel sancionador do Cade – economia, política e direito; 5. O "impasse" jurisprudencial do Cade na aplicação de sanções pecuniárias a infrações contra a ordem econômica; 6. Possíveis soluções hermenêuticas para o "impasse" e a reconciliação entre os sistemas jurídico e econômico (ou entre o direito administrativo sancionador e a análise econômica do direito); 7. Considerações finais; Referências.

I INTRODUÇÃO

O presente artigo procura abordar com base na hermenêutica filosófica e jurídico-constitucional três temas, sem a pretensão de esgotar nenhum deles e nem de se ater, de maneira mais aprofundada, no tratamento dogmático destes, mas percorrendo, por vias hermenêuticas, um caminho que nos leva desde um debate eminentemente teórico até a tentativa de resolução e de proposição de soluções para questões extremamente práticas e micro sistêmicas.

Neste sentido, procuramos analisar como se revela, na Constituição de 1988, a unidade do *ius puniendi* estatal e sua subdivisão entre direito penal e direito administrativo sancionador. Em seguida, busca-se demonstrar como esta unidade é implicada na hermenêutica específica do direito sancionador e, ainda mais especificamente, no direito sancionador em matéria de defesa da concorrência. Por fim, apresentamos um problema específico desse subsistema do direito da

concorrência, qual seja, a interpretação das normas que determinam sanção e sua dosimetria pelo órgão responsável por interpretar e aplicar a legislação concorrencial, procurando analisar, com base nas reflexões anteriores e nos critérios hermenêuticos aqui adotados, como esse problema pode ser solucionado – ou resolvido – de forma a melhor atender ao mandato constitucional dado à autoridade de defesa da concorrência para sancionar.

Entre os principais impasses enfrentados pelo Cade estão as divergências na interpretação da base de cálculo das multas e do conceito de “vantagem auferida”. Por exemplo, em casos recentes envolvendo a análise de carteis, nota-se o surgimento de diferentes entendimentos em relação à base de cálculo e se esta deveria incluir todo o *faturamento* da empresa ou apenas o *faturamento* relacionado ao mercado afetado. Em alguns julgamentos, a aplicação estrita da base de cálculo levou a multas consideradas insuficientes para dissuasão, enquanto em outros, pode-se entender que uma interpretação demasiado ampla gerou penalidades relativamente desproporcionais. Tais divergências têm impactado a segurança jurídica e ressaltam a necessidade de uma abordagem hermenêutica que possa fornecer maior estabilidade interpretativa.

Assim, antes de adentrar diretamente no objeto do ensaio, procuraremos estabelecer os pressupostos hermenêuticos (filosóficos e jurídicos) de que partimos, para depois tratar especificamente do direito de punir na Constituição Federal de 1988, da sede constitucional da defesa da concorrência, do Cade e de seu poder sancionador e, por fim, do “impasse” jurisprudencial do Cade acerca das sanções, notadamente pecuniárias, e de sua dosimetria, oferecendo possíveis soluções para tal “impasse” por meio da hermenêutica. Para isso, são utilizadas as bases teóricas de diversos autores, com especial destaque para os mecanismos lógicos desenvolvidos por Hans-Georg Gadamer, Friedrich Müller e Niklas Luhmann.

Da aplicação de tais conceitos à interpretação das sanções administrativas do Cade – e considerando as limitações gerais de uma análise teórica e, ainda que baseada em exemplos práticos, não focada na especificidade de cada caso particular –, o artigo busca demonstrar como a hermenêutica jurídica permite uma análise contínua e crítica das normas sancionadoras, integrando pré-compreensões oriundas tanto da esfera jurídica quanto da econômica. Esse ciclo hermenêutico é especialmente útil na interpretação de conceitos jurídicos indeterminados, como o de “vantagem auferida”, pois exige que o intérprete avalie as sanções em um contexto atualizado, de acordo com as necessidades e os impactos no mercado. Dessa forma, a hermenêutica de Gadamer não só orienta uma interpretação crítica, mas também fornece uma estrutura para que as normas do Cade sejam aplicadas de maneira contextual e dinâmica.

Finalmente, por rigor terminológico e científico e, ainda de forma preambular, cumpre explicar que o uso entre aspas da palavra *impasse* para o problema estudado se justifica porque, na prática, o debate hermenêutico acerca das sanções não tem impedido o Cade de aplicar e determinar tais sanções, pelo contrário. Porém, a dificuldade de construção de um consenso (ou ao menos de neutralizar objetivamente o dissenso) e a procura de um “único” método correto derivado diretamente da norma que determina a sanção tem acabado por isolar duas posições interpretativas aparentemente antagônicas e que, diante do sistema jurídico podem, ao longo do tempo, fazer com que tais sanções se tornem não efetivas, por disfuncionais. Assim, urge também demonstrar com base na hermenêutica que estas duas posições não são necessariamente irreconciliáveis e que, em verdade, é (ou deveria ser) papel da própria autoridade buscar esta solução conciliadora de forma a



exercer de maneira mais conforme o mandato constitucional que lhe foi concedido e o seu papel na realização do programa constitucional dedicado à ordem econômica.

2 PRESSUPOSTOS HERMENÊUTICOS

Como afirmado ao introduzir o presente artigo, o desenvolvimento da argumentação aqui exposta procurará fundamentar-se em bases hermenêuticas, filiando-se tanto a bases teóricas e ideias de expoentes da hermenêutica filosófica como também a lições de hermenêutica jurídica, de sociologia jurídica e de concepções descritivas do sistema jurídico. Nessa linha, é necessário expor primeiramente tais bases teóricas para esclarecer e dar sentido a determinadas afirmações e conceitos que serão utilizados.

O ponto de partida da hermenêutica jurídica aqui adotada surge com a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer (2003), encetado, por sua vez, numa tradição hermenêutica iniciada por autores como Schleiermacher (2010), Dilthey (2010) e, principalmente, nas concepções hermenêuticas, ainda que incipientes ou circunstanciais, presentes na fenomenologia existencial de Heidegger (2015). Gadamer é responsável por estabelecer a hermenêutica como disciplina filosófica autônoma, reconstruindo a ideia de círculo hermenêutico e estabelecendo que o processo de interpretação é composto de pré-compreensões, tradição, tradução e compreensão. Para o autor, é importante que a tarefa de interpretação se caracterize objetivamente, isto é, que se adote uma postura crítica às pré-compreensões e subjetividades e que se tenha a distância temporal necessária ao que está sendo interpretado para poder aplicar a interpretação ao tempo presente, refazendo, se necessário aquelas pré-compreensões. Além disso, deve o intérprete ter a consciência de sua historicidade (sua condição de estar no mundo em um dado tempo e espaço, presente) e que a tarefa interpretativa acaba sendo, sempre, uma mediação entre a historicidade do texto original e a do momento de sua aplicação concreta (Gadamer, 2003, p. 39-47).

Gadamer (2003) não distingue, inicialmente, a compreensão da interpretação. Aquela é parte do processo desta, um *evento* que ocorre diante da identidade do objeto e da mutabilidade de situações de aplicação. A compreensão, pois, não seria o resultado da interpretação, como um *ex post facto*, mas sim algo como uma aplicação concreta à situação presente (Gadamer, 2003, p. 174-273). Neste sentido, a hermenêutica *gadameriana* é sempre crítica, no sentido de que pré-compreensões podem (devem) ser revistas a cada novo *insight* (facticidade) e que a interpretação encerra sempre uma tarefa de autocrítica (uma tentativa de eliminar a subjetividade do intérprete).

Nesse breve e superficial resumo da hermenêutica *gadameriana*, é possível perceber que seu objeto principal são as diferentes formas de linguagem, como a arte, por exemplo, e, de maneira específica, os textos, como os jurídicos ou religiosos. E é neste sentido que, em Gadamer (2003), surge pela primeira vez de forma organizada a ideia de uma hermenêutica jurídica não como um conjunto de técnicas de interpretação de textos legais, mas sim como parte de uma abordagem filosófica mais abrangente. Ao utilizar o direito como objeto de sua filosofia, o autor estabelece a hermenêutica jurídica a que tomamos por base neste estudo. Os principais pontos que aqui importam, sem novamente a pretensão de esgotar o pensamento do autor, são: (i) a negativa de que a interpretação jurídica deva se dar segundo uma mera operação de subsunção; e (ii) o reconhecimento da lei (direito) como vinculante para todos (inclusive o intérprete final – juiz) como condição necessária de

existência para a hermenêutica jurídica (Gadamer, 2003, p. 400-449, 533-558).

Gadamer defende, assim, uma conexão entre a hermenêutica e a dogmática jurídica no papel criativo do juiz, dado que este, em seu momento histórico deve trazer o texto para aplicação da situação interpretativa em que se coloca. Para aplicar a lei deve-se conhecer, pois, não só o direito, mas também o que determina sua aplicação e, mais do que isso, deve-se ter não apenas uma visão fragmentária do texto legal, mas sim uma compreensão sobre o direito como um todo. Não basta, para ele, buscar o sentido histórico de determinado texto para interpretá-lo conforme o sentido do tempo de sua criação, mas sim realizar uma mediação que parte da compreensão do sentido original para a necessidade de sentido a ser dada em cada caso concreto.

Da premissa fundamental de que tudo que pode ser compreendido é linguagem, assim é também o texto jurídico, que é, ao mesmo tempo, base para a interpretação e o objeto que tem que ser interpretado novamente a cada situação, com base nessa mediação entre as compreensões do sentido original e atual daquilo que está disposto. Essa formulação hermenêutica permite suprir as imperfeições da mera subsunção dogmática e, ao mesmo tempo, uma mutabilidade no tempo, dentro de certos limites. É uma visão crítica do positivismo jurídico extremo, que se baseia única e exclusivamente na lei, consubstanciando muitas vezes um textualismo fragmentado e carente de sentido.

Nessa linha crítica ao extremo textualismo do positivismo e seguindo a mesma tradição de Gadamer (2003), utilizamos, também como base da hermenêutica jurídica de que aqui se trata, a teoria estruturante de Friedrich Müller (2008)⁴. Müller introduz um importante instrumental para a interpretação jurídica, sobretudo quando nos deparamos diante de lacunas ou conceito indeterminados, os quais serão a chave para a compreensão do “impasse” na aplicação da lei concorrencial a que o título desse artigo se refere.

Para o autor, o direito positivo se estrutura pelo texto normativo, mas também por aquilo que chama de campo ou âmbito normativo, ou seja, pela ideia de um “programa” normativo. Nesse contexto, o texto da norma é apenas a ponta do “iceberg”, um feixe inicial do sentido dessa própria norma. A descoberta da norma passa pela busca de seu campo/âmbito normativo, isto é, dos aspectos factuais do caso e dos aspectos relativos à sua produção e ao seu “encaixe” no direito como um todo. Essa metódica estruturante se funda, em parte, na mesma ideia de que a interpretação pressupõe uma compreensão do direito e uma série de pré-compreensões do intérprete, ambas devendo ser mediadas segundo a situação concreta de interpretação, a qual está condicionada no tempo e na história, bem como pelos *fatos* de cada situação concreta (Müller, 2008, p. 193-231).

4 Müller (2008) não é considerado um positivista jurídico no sentido tradicional, distanciando-se da tradição formalista inaugurada por Kelsen (1998) e buscando superar a dicotomia entre positivismo e jusnaturalismo por meio da proposição de uma visão que considera o direito não apenas como um conjunto de normas cuja validade se baseia em sua origem (como na ideia de uma norma fundamental de Kelsen), mas como um processo complexo de construção de sentido. Nesse sentido, Müller (2008) desenvolve sua teoria estruturalista com o objetivo de enfatizar que o direito não pode ser compreendido apenas como um sistema de normas abstratas e estáticas, mas como uma estrutura que ganha sentido na prática, por meio da interpretação. Müller (2008) argumenta que o direito é construído em um processo contínuo e não pode ser separado da realidade social e dos valores que ele busca regular. Embora a crítica se direcione a um processo “neutro” de aplicação de normas gerais a situações concretas como mero formalismo, a ideia do campo normativo não se distancia tanto da “moldura” da norma jurídica proposta por Kelsen, dentro da qual existem diversas alternativas validades de aplicação da norma geral ao caso concreto. A diferença principal está no fato de que, para Kelsen, essa operação deveria ser pura, sem qualquer interferência externa ao Direito, enquanto para Müller, tal operação interpretativa necessariamente revela a historicidade e a realidade do contexto social em que o intérprete está inserido.

Estabelecida a base da hermenêutica a que nos ocuparemos aqui para tentar oferecer soluções e caminhos para o impasse do problema-título, faz-se necessário, também, deixar claras algumas bases de compreensão do próprio direito que informam o presente estudo. Neste sentido, referimo-nos de forma bastante explícita à descrição do direito e do seu funcionamento fornecida pela teoria dos sistemas de Niklas Luhmann (2004)⁵. Essa teoria, aliás, também contribui sobremaneira para uma construção hermenêutica do direito na medida em que procura descrever a tarefa do intérprete jurídico diante da complexidade da sociedade contemporânea (Luhmann; Nasser, 2009, p. 78-205).

Novamente, não temos a pretensão de aprofundar-nos na teoria *luhmanniana* de maneira a esgotar toda sua complexidade e sua forma de descrição do sistema jurídico, mas pretendemos trazer alguns conceitos elaborados por ele para fundamentação da presente análise. Assim, tomando como base a ideia de que a sociedade é um sistema de comunicações de diferentes tipos e cuja complexidade exige a diferenciação funcional destas comunicações, o conceito mais relevante apresentado por Luhmann (2004, p. 76-142) para a avaliação aqui desenvolvida é a da divisão da sociedade em sistemas fechados operativamente, mas abertos cognitivamente.

Tais sistemas se prestam à função de reduzir a complexidade do ambiente, traduzindo essa complexidade em códigos próprios de comunicação e produção/reprodução sistêmicas. Por meio desta operação conforme a sociedade mais se complexifica mais se diferencia em sistemas autônomos, capazes de reduzir essa complexidade em códigos binários próprios e atuar funcionalmente. Ao mesmo tempo em que a diferenciação funcional faz com que se formem vários sistemas, é importante lembrar que todo sistema é, ao mesmo tempo, sistema de si próprio e ambiente de outros sistemas e que a evolução social se dá por meio de processos de irritações entre estes sistemas, sendo que cada um deles tem uma maneira própria de selecionar essas irritações e reintroduzi-las internamente segundo códigos particulares, adaptando-se às variações produzidas na linguagem própria de cada sistema.

Extrapolando a abstração, é possível observar que, embora cada um dos diferentes sistemas presentes na sociedade (como a política, a economia, o direito, entre outros) possua sua própria funcionalidade e autonomia – sendo, nesse sentido, operacionalmente fechados –, esses sistemas permanecem sempre abertos cognitivamente, permitindo mutações, trocas e adaptações mútuas. Essa relação entre sistemas se dá por meio de acoplamentos estruturais, formas de comunicação que possuem funções em mais de um sistema e que permitem, assim, uma ponte entre tais sistemas,

5 A teoria dos sistemas de Luhmann (2004) complementa a teoria de Müller (2008) que reforça o caráter de prática social do direito, demonstrando como o direito opera funcionalmente como sistema social na sociedade e em relação a outros sistemas. Também se distancia do positivismo formalista porque reconhece ao direito uma abertura cognitiva que permite sua adaptabilidade ao longo do tempo por meio de acoplamentos estruturais e aquisições evolutivas. Paralelamente, Luhmann difere de Müller por considerar que esse sistema, embora cognitivamente aberto, é operacionalmente fechado e referenciado, aproximando-se nesse ponto do positivismo observado em Kelsen (1998). Nesse ponto, inclusive, considera a interpretação e a argumentação jurídica como centrais à reprodução do sistema por meio de seus próprios códigos. Esta visão, no entanto, permite uma complementariedade com as mais diversas teorias da interpretação jurídica, na medida em que considera isso uma operação intrassistêmica. Nesse sentido, embora não considere que o direito precise de justificativa ou legitimidade moral externa para exercer sua funcionalidade sistêmica, ao considerar a Constituição como acoplamento estrutural e aquisição evolutiva de valores incorporados ao sistema mediante o código lícito/ilícito, a teoria de Luhmann coexiste com as diversas teorias da interpretação clássicas, desde o positivismo kelseniano, como a teoria estruturante de Müller ou ainda, teorias que enfatizam a prevalência dos direitos fundamentais e uma visão mais normativa do direito, como as de Alexy (2015), que enfatiza a argumentação jurídica em direção a uma racionalidade prática que encontre a solução correta mediante operação de ponderação e proporcionalidade baseada em princípios e direitos fundamentais e Dworkin (1999), que enfatiza a necessidade de um encadeamento coerente de interpretações que integrem os princípios e regras em busca de uma justificativa moral que os aproxime de valores democráticos e de justiça.

o que estabelece uma coordenação horizontal entre eles e não uma subordinação. Neste sentido, o direito, como um sistema autopoietico (isso é, que se reproduz segundo códigos próprios), tem a função social de normatizar expectativas sociais. Por conseguinte, o direito relaciona-se com a economia, a moral, a religião etc., mas principalmente e de forma bastante especial, se relaciona com a política. A criação da lei parte do sistema da política, mas de forma condicionada pelo direito. A partir daí cabe ao direito, por meio de estruturas e códigos próprios, realizar o texto legal.

O direito tem, pois, um papel imunizante: aquilo que a opinião pública pressiona para que a política partidária transforme em norma e que depois incumbirá a administração pública em papel implementador – de um sistema de política – que somente poderá se realizar na forma e pelos processos estabelecidos no sistema jurídico. Não obstante, caso se necessite interpretação para aplicação, essa se dará com fundamentos e sob o código do direito, com base nas normas por ele estabelecidas e, em última análise, pela Constituição. Esta, segundo Luhmann, é o acoplamento estrutural entre os sistemas do direito e da política (Luhmann, 2004, p. 381-423). O sistema político produz as normas conforme o procedimento estabelecido pela Constituição (tanto em método como em conteúdo), enquanto o sistema jurídico irá aplicar as normas produzidas também em conformidade com a Constituição.

Ainda em termos *luhmannianos*, a Constituição também é, enquanto fenômeno, uma aquisição evolutiva (Luhmann, 1996). É quem traz ao direito – isto é, ao código lícito/ilícito – e à programação dele decorrente os valores e a tradição insculpidos nos sistemas de comunicações que consubstanciam a sociedade daquele determinado Estado. Nesse sentido, dando um exemplo que nos servirá mais adiante, as normas relativas à ordem econômica na Constituição Federal de 1988 são a tradução, por meio da política, para um documento jurídico, da correlação de comunicações e estruturas que o sistema da economia vem produzindo e/ou necessita produzir segundo aquele momento histórico em que a Constituição é criada. A partir do momento em que vira norma, no entanto, sua aplicação, ou seja, a realização de seu programa normativo, é tarefa exclusivamente jurídica, ainda que, cognitivamente, este processo seja constantemente irritado ou informado pelos sistemas da política e da economia (e a depender do caso até outros, como a medicina, a educação etc.).

Feita essa digressão teórica necessária passaremos agora ao objeto principal do ensaio, qual seja, a aplicação na prática, da hermenêutica jurídico-constitucional à questão da aplicação das sanções à ordem econômica, notadamente a questão relativa ao cálculo das multas aplicadas pelo Cade.

3 A UNICIDADE DO DIREITO DE PUNIR DO ESTADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Um primeiro e importante passo para a abordagem desse estudo é reafirmar a interpretação de que o direito de punir do estado consagrado na Constituição Federal de 1988 é uno, seguindo a tradição constitucional iniciada com o pós-guerra. Tal unicidade diz respeito, primordialmente, à sua legitimidade, isto é, dado que o monopólio da violência é estatal, o direito de punir, ou o poder-dever de punir decorrente da detenção deste monopólio e de acordo com a Constituição, somente é legítima a sanção decorrente do *ius puniendi* que venha, ao menos primariamente, do Estado.

Assim, tanto o direito de punir que resulta no direito criminal como o direito de punir decorrente do poder de polícia estatal, ou melhor, aquele necessário ao desempenho efetivo da



atividade administrativa pública conforme o programa constitucional, tem, entre nós, a mesma fonte constitucional. Como já resta claro da afirmação, ser uno não implica que este não possa (ou deva) ser distribuído entre as funções judiciária, executiva e legislativa. Tampouco implica dizer que essa distribuição seja uma mera replicação ou divisão de tarefas. Ao contrário, nessa distribuição se deve garantir a independência entre as funções estatais e o funcionamento harmônico dessas funções, não havendo comunicação automática entre as formas e o conteúdo de cada sistema sancionador que somente têm razão de existir para proteção de determinados bens jurídicos essenciais ao desempenho de cada uma das funções (poderes) estatais. O que a unicidade implica é dizer que o direito sancionador parte de uma única fonte de legitimidade, constitucional, que é justamente o monopólio da violência estatal. Assim, ainda que distribuído entre os poderes do estado, a legitimidade da atividade sancionadora possui a mesma fonte, a Constituição, e, bem assim, tal legitimidade somente se sustenta na forma condicionada constitucionalmente.

Nesse sentido, o constitucionalismo do pós-guerra, notadamente com a introdução da concepção internacionalista dos direitos humanos nos ordenamentos jurídicos nacionais bem como a introdução de verdadeiros projetos de estado de bem-estar via Constituição nos mais diferentes estados, reforça essa necessidade de se distribuir também a atividade sancionadora do Estado nos limites impostos pelos direitos e garantias fundamentais e pelos direitos sociais trazidos neste novo paradigma. Assim, se é natural que no estado democrático do bem-estar social a função do executivo seja expandida para que seja possível a realização do programa de desenvolvimento pretendido pelo projeto constitucional, é também natural que esta expansão seja limitada pelos valores de direitos humanos incorporados como direitos e garantias constitucionais.

Nessa esteira, se para que o executivo possa dar conta destas funções expandidas é necessário também o desenvolvimento de uma lógica sancionadora própria – que lhe permita efetivar seu poder de polícia –, também parece razoável que, assim como no direito penal, esta atividade sancionadora, por ter a mesma origem e legitimidade, seja condicionada a direitos e garantias fundamentais. Ato contínuo, no tocante à contenção e às fronteiras desta atividade sancionadora do poder executivo, o constitucionalismo do pós-guerra o limita a um regime de controle pelos demais poderes, notadamente e em última instância pelo Poder Judiciário (que normalmente responde também pela aplicação da lei criminal), mas também pelo Poder Legislativo na medida em que esta atividade sancionadora somente pode decorrer de expressa previsão legal, com estrita limitação à discricionariedade administrativa para o exercício deste direito de punir.

Para além de qualquer discussão teórica a respeito, é *fato* que o nosso sistema jurídico, por meio da Constituição de 1988, consagra esta unicidade do poder de punir e, ao mesmo tempo, sua distribuição entre o direito criminal e administrativo. No art. 5º da Constituição Federal de 1988, que trata dos direitos e garantias fundamentais, os vários incisos que trazem a garantia de legalidade estrita, do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição aplicam-se indistintamente às instâncias administrativa e criminal. A interpretação destes direitos e garantias, conjugada com a disciplina constitucional da administração pública no art. 37 da CF/88 e com a exigência de lei para o estabelecimento de sistemas sancionadores específicos, como ocorre, por exemplo, no tema que nos interessa – defesa da concorrência –, no art. 172, §4º, reforçam essa dualidade constitucional entre a unicidade da legitimidade do poder sancionador como monopólio do Estado e a sua distribuição entre as funções executiva e judiciária, sendo que este segundo, além de tudo, é instância revisora do primeiro (Brasil, 1988).

A título de exemplo, essa origem única e constitucional implica, em termos de hermenêutica jurídica, não ser possível que na interpretação dos limites e contornos do direito administrativo sancionador, deixe-se de utilizar como ponto de partida os princípios da atividade punitiva estatal e as garantias fundamentais (individuais e procedimentais) determinadas pelo texto constitucional. Isto, como veremos em uma situação concreta de aplicação do direito administrativo sancionador mais à frente, faz com que a interpretação da própria norma sancionadora comporte um estrito espaço de discricionariedade e a necessidade de adequação pelo intérprete da finalidade da sanção a este espaço.

4 A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO, A DEFESA DA CONCORRÊNCIA, A LEI Nº 12.529/11 E O PAPEL SANCIONADOR DO CADE - ECONOMIA, POLÍTICA E DIREITO

O art. 170 da Constituição Federal de 1988 introduz a livre concorrência como um princípio da ordem econômica, a qual é fundada na livre iniciativa e na valorização do trabalho e tem por fim assegurar a todos vida digna conforme os ditames da justiça social. Já no art. 173, §4º a Constituição estabelece que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. No caput esse mesmo art. 173 consagra a intervenção do Estado no domínio econômico como excepcional (Brasil, 1988).

A partir do texto constitucional, de logo, temos que a livre concorrência é um princípio da ordem econômica, ou seja, uma expectativa normativa relevante para que a finalidade da atividade econômica, exercida sobre a livre iniciativa, seja atingida. Assim, para se garantir tal expectativa normativa e, somente para isto, é que se admitirá a excepcional intervenção estatal, a qual será feita na forma da lei, ou seja, do direito, que estabelecerá normas e procedimentos para reprimir ofensas à concorrência.

Esta é a sede constitucional para o estabelecimento da legislação de defesa da concorrência, a qual pós Constituição de 1988 foi primeiramente estabelecida na Lei nº 8.884/94 e atualmente é regida pela Lei nº 12.529/11. Ambas as legislações tiveram inspiração nas mais maduras práticas e legislações de defesa da concorrência ao redor do mundo, e ambas criaram um sistema de autoridades de defesa da concorrência responsáveis por exercer o mandato constitucional – no todo ou em parte. Assim, no sistema estabelecido pela Lei nº 8.884/94, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) era estruturado de forma tripartite, envolvendo três autoridades distintas: a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE), a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Este último, embora existente desde a década de 1960, passou a exercer um poder de polícia e um poder sancionador efetivos apenas com o advento da referida lei. Com a promulgação da Lei nº 12.529/11, o sistema foi centralizado, concentrando-se principalmente no Cade, enquanto a SEAE ficou com a função de promover a concorrência, especialmente em relação a políticas governamentais e regulação.

Em linhas gerais e nos limites que interessam ao presente trabalho, cumpre-nos dizer que ao Cade compete exercer o mandato constitucional acima descrito (“*reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros*”) enquanto autoridade administrativa máxima na aplicação administrativa da Lei nº



12.529/11. As decisões do Cade são passíveis de revisão judicial, mas a Lei de Defesa da Concorrência traz procedimentos administrativos de diversas espécies com elevado grau de contraditório e participação das partes. Em sua atividade pode-se dizer que o Cade se organiza em dois grandes eixos, com procedimentos específicos para cada qual.

Estes são: (i) um eixo considerado preventivo, em que exerce o poder de polícia e analisa os atos de concentração econômica que atingem os parâmetros mínimos da lei para notificação obrigatória ao Cade. Considera-se essa atividade preventiva pois nessa análise o Cade pode determinar restrições ou até mesmo reprovar referidos atos de concentração econômica antes que sejam consumados, caso vislumbre que deles decorrem efeitos anticompetitivos ou probabilidade de abuso de poder de mercado. E (ii) um outro eixo de atuação repressiva, por meio do qual o Cade detecta, julga e pune infrações à ordem econômica, ou seja, condutas praticadas pelos agentes econômicos no curso de suas atividades econômicas. É, neste sentido, expressão do direito administrativo sancionador em sua essência, exercido por meio de um devido processo e sob o contraditório. Em ambas as atividades, para exercer seu papel, o Cade vale-se muitas vezes de conhecimentos da ciência econômica e de entendimentos e especificações próprias a cada setor econômico analisado. A despeito dessa interface com conhecimentos de economia e organização setoriais, não se pode esquecer – e isso é especialmente relevante para o que aqui se discute – que se trata de uma atividade eminentemente jurídica, de exercício, conforme a lei e a constituição, de poder de polícia e poder sancionador, como previamente observado.

Verifica-se aqui, de forma bastante pronunciada, o fechamento operativo do sistema jurídico e sua abertura cognitiva a outros sistemas, como também já mencionado. Para exercer, dentro do código jurídico (lícito/ilícito), o mandato constitucional que lhe fora concedido, o Cade, ao interpretar sua própria legislação de regência não pode se valer de mera subsunção, até porque muitos dos conceitos apropriados à Lei são conceitos não jurídicos. É o típico caso em que é necessário que haja uma compreensão da situação interpretativa para que se possa mediar o sentido do texto legal e aplicá-lo de forma eminentemente jurídica.

Um bom exemplo dessa dinâmica da relação sistêmica entre economia-política-direito está justamente na atividade repressiva do Cade. O tipo infracional, previsto no art. 36 da Lei nº 12.529/11 é um tipo aberto, que pode ser simplificado na fórmula “*qualquer ato que tenha por objeto prejudicar a concorrência ou possa produzir efeitos anticompetitivos*” (Brasil, 2011). Assim, dentro do espectro normativo das infrações à ordem econômica incluem-se tanto atos que são *ilícitos* na origem, ou seja, cujo objeto seja *ilícito* (como é o caso dos cartéis, que é um acordo ilegal entre concorrentes) como atos que são *lícitos a priori*, mas que por terem sido cometido com abuso e por alguém que detenham posição dominante no mercado (poder econômico) tornam-se *ilícitos*.

É claro que nesse amplo espectro infracional existem condutas mais frequentes e a própria lei as exemplifica, mas a verdade é que o que caracteriza uma infração, ou seja, o que determina algo como lícito/ilícito para os fins da defesa da concorrência, nada mais é que uma interpretação jurídica de *fatos econômicos* e, por conseguinte, há necessária adequação dos sistemas cognitivos e da linguagem da ciência econômica à lógica e hermenêutica jurídica. A base para esta interpretação está obviamente no texto legislativo, mas sem o preenchimento dos conceitos legais por conceitos da teoria econômica tais normas careceriam de sentido e, pois, de efetividade.

Apenas para dar um exemplo, por mais que, na ciência econômica, a colusão entre concorrentes seja claramente algo prejudicial à concorrência, *fato* é que na realidade econômica, onde não existe a concorrência perfeita, é possível e até provável que este tipo de colusão seja formado. O que torna essa colusão ilegal, no entanto, é a classificação dela como ilícita, isto é a consideração de que acordos entre concorrentes que tenham por objeto variáveis competitivas são acordos cujo objeto é proibido por lei. De modo sintético, a colusão é um *fato* no mundo econômico que a ciência econômica considera como uma forma de concorrência imperfeita cuja ocorrência é quase sempre prejudicial ou quase nunca capaz de gerar bem-estar na economia (realidade), por este motivo, o sistema jurídico, traduzindo essa prejudicialidade e considerando que para atingir a finalidade de proteção à concorrência deva-se sancionar este tipo de realidade econômica, considera a colusão como um *fato* juridicamente relevante que constitui um *ato* (jurídico) *ilícito* e, portanto, punível.

Essa relação entre sistemas, qual seja, a tomada de decisão jurídica sobre um *fato* econômico que justifica, afinal, que a legislação concorrencial brasileira, desde 1994, mas também a atual, estabeleça que o Tribunal Administrativo do Cade será composto por sete conselheiros de reputação ilibada e notável *saber jurídico ou econômico*. Entretanto, é justamente devido a essa relação sistêmica que, quando a compreensão sobre a abertura cognitiva do direito em direção à economia, no âmbito da defesa da concorrência, e a consequente incorporação de elementos econômicos pelo sistema jurídico se perdem na interpretação dos julgadores, surgem impasses e disfunções na atuação do Cade.

Essa variação entre distintos sistemas de interpretação e linguagem, e as dificuldades de adequação da função de decisão na interface entre diferentes modelos analíticos, ontologias e heurísticas, ocorrem não apenas no âmbito dessas esferas durante o *ato* adjudicante, mas também ao longo de um vetor temporal. Isso pode ser observado a partir de interpretações que oscilam devido a mudanças na composição do tribunal e nas perspectivas adotadas, especialmente em relação ao ponto crítico que permeia essa interface entre julgadores que atribuem maior ou menor relevância a essas matizes cognitivas – saberes jurídico e econômico – e suas diferentes consequências políticas. Assim, a variação no peso dado a esses conhecimentos influencia diretamente os resultados das decisões, conforme a formação e a abordagem de cada julgador e o somatório dessas irritações na composição de conjunto.

Por fim, ainda neste ponto, vale ressaltar uma peculiaridade da atividade repressiva do Cade que não tem como ser negligenciada quando analisamos o direito administrativo sancionador em matéria de defesa da concorrência. É o *fato* de o mesmo órgão que pune as infrações ser o responsável pela promoção da defesa da concorrência e pela implementação da política de defesa da concorrência. Defender a concorrência é, ao fim e ao cabo, promover mercados mais competitivos. Neste sentido o caráter da punição do Cade não é meramente retributivo em virtude de um malfeito, mas também necessário para reafirmar e disseminar a própria livre concorrência em si. Ou seja, entre os objetivos da atividade repressiva do Cade está, em elevada *prioridade*, a capacidade do órgão de dissuadir novas condutas anticompetitivas.



5 O “IMPASSE” JURISPRUDENCIAL DO CADE NA APLICAÇÃO DE SANÇÕES PECUNIÁRIAS A INFRAÇÕES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA

Considerado o arcabouço teórico previamente desenvolvido, passamos à demonstração na prática de como esta relação entre sistemas no âmbito da defesa da concorrência pode levar a “impasses” na aplicação da lei, “impasses” estes que decorrem muitas vezes da interpretação de conceitos abertos presentes na Lei de Defesa da Concorrência quando do julgamento de casos concretos. Essas dificuldades se agravam quando estamos diante da atividade repressiva do Cade, ou seja, diante do direito administrativo sancionador e da necessidade de aplicação de sanções por infrações, ou seja, de realização da tarefa dogmática de subsunção mais estrita, porém em um campo hermenêutico amplo.

Para iniciar o debate vale transcrever aqui, *in verbis*, o dispositivo da Lei nº 12.529/11 que estabelece as sanções por infrações à ordem econômica:

Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I - 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; [...] (Brasil, 2011).

O dispositivo procura estabelecer as formas de sanções aplicáveis para todos os potenciais sujeitos passivos dos processos administrativos nela previstos, mas vamos nos ater ao inciso I que trata das sanções às pessoas jurídicas, que são o sujeito passivo por excelência da legislação concorrencial. Mais do que isso, a multa das pessoas jurídicas é também a base para a multa das pessoas físicas que possuem capacidade de gestão/direção – que são aqueles comumente envolvidos nesse tipo de infração.

É justamente na aplicação deste dispositivo que surge o “impasse” hermenêutico que nos propomos a analisar. Partindo do texto, tem-se, à primeira vista, uma previsão de estabelecimento de multa base não muito distinta de outras sanções do direito administrativo sancionador e até mesmo do direito penal. Aplica-se uma alíquota sobre uma base de cálculo. As agravantes e atenuantes estão estabelecidas no art. 45 da Lei nº 12.529/11⁶. No entanto, dois elementos do cálculo da sanção contêm conceitos jurídicos indeterminados dando origem este conjunto de “impasses”.

O primeiro deles surge já na base de cálculo, qual seja a ideia de que o *faturamento* base da empresa ou grupo a ser tomada para a multa é aquele obtido no *ramo de atividade empresarial* afetado pela conduta no ano anterior ao processo administrativo. Ramo de atividade certamente não é um conceito jurídico, mas, como já afirmamos alhures, é normal no direito da concorrência

6 “Art. 45. Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração: I - a gravidade da infração; II - a boa-fé do infrator; III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; IV - a consumação ou não da infração; V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros; VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; VII - a situação econômica do infrator; e VIII - a reincidência” (Brasil, 2011).

o preenchimento de indeterminações conceituais por recorrência a conceitos econômicos. Ocorre que, neste caso, *ramo de atividade empresarial* também não é um conceito econômico (científico, ao menos) e tampouco, como poderia ser o caso já que o objetivo é apurar o *faturamento* no tal ramo, um conceito contábil. Diante desta indeterminação e da necessidade imposta pelo direito administrativo sancionador de interpretar-se restritivamente a norma sancionadora e de respeito à prévia cominação legal, o Cade procurou, via resolução, diminuir o espectro de discricionariedade do intérprete com relação a esse ramo. Tal resolução basicamente lista um rol mínimo de ramos de atividades a partir dos quais o intérprete, aplicando também o princípio da proporcionalidade e com base nas evidências do caso concreto, determina o conteúdo deste ramo para cada caso ao individualizar as penas.

Mas o problema principal do texto legal que dá origem ao confronto sistêmico não é a questão do ramo (embora ela seja crucial para entender a divergência e possa, inclusive, fornecer um caminho para solucioná-la sem alteração legal), mas sim a existência de outro conceito indeterminado e com redação aparentemente incoerente ao resto do dispositivo. Diz a lei que a multa nunca será inferior à *vantagem auferida quando for possível sua estimação*. À primeira vista, a existência dessa locução no dispositivo ao lado de um critério de sanção bem mais objetivo (alíquota versus base de cálculo resultando na multa) pode causar estranhamento até mesmo pois parece introduzir um critério de piso ao mesmo tempo em que reconhece que nem sempre é possível estimar esse piso. Uma das razões para tal fórmula poderia ser o *fato* de que a norma sancionadora, assim como o tipo infracional, não se refere a nenhuma conduta específica, mas a todo espectro de atos que podem ser imputados como infrações. Mas, como já colocado, o direito da concorrência tem uma grande correspondência internacional, então o mais provável é que, de uma forma muito abstrata e genérica, o legislador procurou sim estabelecer, para além da multa baseada no *faturamento*, uma outra *proxy* para o cálculo da sanção em situações excepcionais, quais sejam, quando a multa parecer extremamente desproporcional e de alguma forma se possa estimar qual vantagem indevidamente auferida ou pretendida pelo infrator.

Essa seria, a nosso ver, a interpretação mais condizente com o direito administrativo sancionador. Vale dizer, neste ponto, que a lei anterior – a Lei nº 8.884/94 – já continha locução semelhante a respeito da vantagem auferida, com a diferença que falava em “*quando quantificável*” no lugar de “*quando for possível de estimar*” (Brasil, 1994). No entanto, a existência da locução na lei precedente nunca foi relevante pois a sanção era calculada com base em uma alíquota sobre o *faturamento* bruto da empresa (e não sobre o ramo de atividade), o que fazia com que as multas já fossem naturalmente altas e, na maioria dos casos, proporcionais. Some-se a isso o *fato* de que, comparativamente, havia poucos casos julgados sob a lei anterior e as multas aplicadas objetivavam em alguma medida um condão didático diante da “novidade” que fora a introdução de uma legislação concorrencial com capacidade de *enforcement*.

O imbróglie surge de *fato* somente em 2016, já sob a égide da Lei nº 12.529/11⁷⁻⁸. Após a vigência da referida legislação, o Cade intensificou sua atividade repressiva sobretudo no que se refere a cartéis, introduzindo melhorias e incrementos em sua política de acordos e em sua estratégia de investigação *ex officio* desse tipo de conduta, o que fez com que naturalmente mais casos fossem

7 Cf. Voto-Vista do Presidente Alexandre Cordeiro Macedo no Embargos de Declaração no Processo Administrativo nº 08700.008612/2012-15.

8 **Todos os processos do Cade mencionados neste artigo podem ser consultados em: <https://tinyurl.com/y7obr4z5>.**



detectados, processados e julgados. Paralelamente, houve também a introdução, via acordos a partir de 2013, dos chamados compromisso de cessação, passando-se a exigir, além da cessação da prática infrativa, colaboração com as investigações e uma contribuição pecuniária calculada no âmbito da multa esperada. O resultado foi um crescimento significativo da aplicação antecipada de sanções via acordo em concomitância com um maior número de condenação de casos de conduta, sobretudo cartéis, e uma maior saliência do número de acordos de leniência firmados.⁹

Ocorre que, neste mesmo período – que marcava a maturidade da política de combate a cartéis iniciada ainda em 2003 – houve uma nova composição do Tribunal do Cade e a chegada de novos conselheiros, dentre eles dois Conselheiros economistas, João Paulo Rezende e Cristiane Alkmin¹⁰. Ambos, de maneira distintas, passaram a se preocupar com a maneira que vinha sendo realizado o cálculo das multas e contribuições pecuniárias sobretudo no caso de cartéis. Segundo os Conselheiros, ao se adaptar o ramo de atividade proporcionalmente ao mercado afetado pela conduta e tomar-se apenas um ano de *faturamento* neste ramo para a base de cálculo da multa se estaria aplicando sanções muito baixas, o que resultaria em reduzida capacidade de dissuasão dada a punição subótima, com especial destaque para condutas que haviam perdurado por um longo período de tempo. A crítica também se dirigia à forma como o Cade vinha interpretando o conceito de ramo de atividade, tomando por base os ramos de atividade da Resolução 03/2012, mas ajustando-os conforme o mercado afetado pela conduta por razões de proporcionalidade, o que, na visão dos Conselheiros, restringia demais o *faturamento* adotado como base, uma vez que a base de cálculo consideraria apenas um ano desse universo de receitas auferidas sob a prática da conduta.

Muito embora o argumento econômico de ambos os Conselheiros economistas fizesse algum sentido pensando em política de punição, sobretudo partindo de uma ideia de punição ótima, restava claro, desde logo, que diante do texto legal e dos princípios de direito administrativo sancionador, a alteração na forma de cálculo que vinha sendo aplicada na multa poderia retirar-lhe o caráter de previsibilidade e objetividade, além de se basear em um conjunto de evidências teóricas de falta de dissuasão enquanto, na prática, os números de condenações, acordos de leniência e compromissos de cessação de conduta vistos de maneira conjugada demonstravam tendência oposta.

Nesse contexto, os demais Conselheiros respondiam ao argumento da falta de dissuasão destacando que o critério adotado era o mais objetivo possível, baseando-se na proporcionalidade para a definição do ramo de atividade, o que, no âmbito do direito administrativo sancionador, conferia maior segurança jurídica ao cálculo. Essa segurança era reforçada pelo baixo índice de revisões do método de cálculo pelo Poder Judiciário. Além disso, o critério objetivo proporcionava transparência e previsibilidade, elementos essenciais para incentivar acordos de colaboração, cujo sucesso, na época, já era amplamente reconhecido como uma medida eficaz e oportuna de resposta estatal às condutas infrativas. Essa dinâmica também evidencia o conflito entre determinadas aplicações de instrumentos de *law and economics* e a segurança jurídica, destacando a importância de que modelos que busquem reformar instrumentos legais a partir dessas perspectivas dialoguem com as fronteiras legais e os princípios constitucionais estabelecidos.

9 Números disponíveis em Anuários (2024) e Transparência (2024).

10 As discussões no julgamento do Processo Administrativo nº 08012.002586/2005-51, referentes ao caso de cartel de GLP no Pará, relativas tanto à possibilidade de utilização da estimação de danos ou de vantagem auferida para cálculo de multa, quanto à realização da estimação desses valores, inauguram, por parte dos dois Conselheiros citados, a divergência com relação ao tema da aplicação de multas pelo Cade.

Apesar de serem minoria, os Conselheiros João Paulo Rezende e Cristiane Alkmin mantiveram suas teses nos casos concretos, acrescentando a elas uma perspectiva legalista. Nesse sentido, passaram a questionar o cálculo por não seguir a determinação legal de considerar a vantagem auferida como um piso para as sanções. Ato contínuo, com base em análises de jurisprudências de outras jurisdições em relação ao tema¹¹, os demais Conselheiros começaram a questionar a viabilidade de calcular de maneira objetiva a vantagem auferida, uma vez que, ainda que se admita esse critério como um piso, a própria legislação estabelece que ele deve ser utilizado apenas quando for possível estimá-lo. Além disso, os Conselheiros trouxeram à discussão o *fato* de que a vantagem obtida em decorrência de uma conduta nem sempre é quantificável e pode apresentar variações casuísticas.

Começou-se ali a construir, mediante interpretações sucessivas, a ideia de que a vantagem auferida mencionada no dispositivo legal deveria ser utilizada como uma variável de controle: a não ser quando a sua estimação fosse imediata – e, em alguma medida, mesmo nesses casos –, dever-se-ia utilizá-la como um piso de comparação com o cálculo objetivo (alíquota * *faturamento* no ramo no ano anterior) e, paralelamente, os elementos de vantagem ilegalmente auferida estimada ou pretendida deveriam ser levados em conta como parte do critério de gravidade da sanção, na forma do art. 45, da Lei nº 12.529/11¹². Os Conselheiros economistas, por outro lado, levantaram a questão de que, como a Lei pede uma estimativa e não uma certeza, sempre seria possível estimar de alguma maneira a vantagem indevidamente obtida.

Se extraímos o debate dos casos e condutas concretas para focarmos na operação hermenêutica encetada na aplicação do dispositivo sancionatório, temos que o principal argumento dos Conselheiros minoritários para alteração na forma de cálculo tem origem na análise econômica do direito, mais precisamente em uma fórmula de Becker (1968). Por esta formulação, a pena tem que ser suficientemente alta para que o agente não “precifique” sua punição futura e faça um cálculo de custo-benefício que o leve a continuar infringindo. O modelo originalmente formulado por Becker foi revisitado e atualizado por Harrington Jr. (2014), que acrescentou a importância da possibilidade de detecção no cálculo da “precificação” feita pelo agente. Segundo essa perspectiva, quando a capacidade de detecção do *ilícito* é alta, o peso atribuído ao tamanho da punição tende a diminuir. Como punições muito rigorosas também têm um risco alto de não serem efetivas justamente por serem desproporcionalmente onerosas, o ideal é se atingir um equilíbrio entre detecção e punição que torne a ameaça do *enforcement* crível e real, o que geraria dissuasão¹³. Para além dos elementos já desenvolvidos por Becker (1968) e Harrington Jr. (2014) na modelagem da relação risco/ação do infrator e na estrutura do *enforcement*, é necessário também considerar a variável de manutenção judicial das decisões da autoridade. Esse fator adiciona uma camada de complexidade à estruturação de um *enforcement* que busque alcançar esse ponto ótimo de equilíbrio. Tal aspecto parecia ser pouco observado durante o período de impasse analisado, destacando a necessidade de integrar essas dimensões para aprimorar a efetividade do mecanismo de dissuasão e a segurança jurídica das decisões.

11 Para um resumo das discussões acerca das dificuldades de aplicação de multas com base em vantagem auferida em outras jurisdições, v. Voto-Vista do Presidente Alexandre Cordeiro Macedo no Embargos de Declaração no Processo Administrativo nº 08700.008612/2012-15.

12 Cf., nesse sentido o Voto-Vogal do Conselheiro Paulo Burnier no Processo Administrativo 08012.002568/2005-51.

13 É interessante sublinhar que os Conselheiros buscaram diferentes caminhos para o estabelecimento da vantagem auferida, gerando cenários em que por métodos distintos, mas em um mesmo caso, chegavam a resultados bastante diferentes. Neste sentido, ver itens 140 a 160 do Voto-Vista do Presidente Alexandre Cordeiro Macedo no Embargos de Declaração no Processo Administrativo nº 08700.008612/2012-15.



Desde o início, ficou evidente que esse novo viés interpretativo se diferenciava em alguma medida dos princípios do direito administrativo sancionador, que deveriam nortear a aplicação da sanção no caso concreto. Isso ocorre, seja pela interpretação casuística e extensiva de uma norma punitiva (como o conceito de “vantagem auferida”, que é aberto, mas que, mesmo sob uma perspectiva econômica, não parece comportar a ideia de dano, por exemplo), seja pela interpretação com o único e exclusivo objetivo de aumentar a punição, sem a devida oportunidade de contraditório específico em relação à memória de cálculo.

Em termos da hermenêutica *gadameriana* aqui proposta, estes Conselheiros economistas que formavam, à época, uma minoria, partiam de duas pré-compreensões, a saber, as ideias de que (i) as multas aplicadas pelo Cade eram pouco dissuasórias; e (ii) a falta de aplicação da ideia de vantagem auferida e a flexibilização do conceito de ramo de atividade como razões para esta pouca dissuasão. No entanto, estas pré-compreensões teóricas não eram mediadas com a realidade prática e o *status* de maturação do *enforcement* do Cade à época. Naquele momento, havia, como já mencionado, uma consolidação da capacidade punitiva do Cade após a Lei nº 12.529/11 com um efeito claramente dissuasório crescente e de incentivo ao *compliance* (que pode ser medido, por exemplo, pela análise conjunta dos dados de iniciação de casos, acordos de leniência, termos de compromisso de cessação, recolhimento de multas e contribuições pecuniárias e julgamento final de casos de conduta) (Anuários [...], 2024; Transparência [...], 2024).

Nesse contexto, embora seja saudável e até necessária uma discussão sobre a melhor forma de considerar elementos como vantagem auferida, duração da conduta e a concepção de *ramo de atividade empresarial*, com o objetivo de aprimorar o nível de *enforcement*, substituir de forma abrupta as metodologias de cálculo que até então vinham sendo bem-sucedidas poderia comprometer aspectos como previsibilidade, legalidade estrita, objetividade e ampla defesa. Isso poderia, inclusive, resultar em efeitos indesejados, como a redução da capacidade de dissuasão, ao desconsiderar elementos essenciais para a formulação de sanções de acordo com os princípios de direito administrativo sancionador previstos na Constituição. Em outras palavras, a tarefa de traduzir elementos do sistema econômico para o sistema jurídico, que deve necessariamente ser realizada em conformidade com o mandato constitucional do Cade e com a consciência de que, embora envolva aspectos econômicos, a decisão sancionatória é uma decisão estritamente jurídica e fundamentada no direito de punir do Estado, torna-se fragilizada na medida em que se revela imprevisível, casuística e carente de uma discussão específica, em contraditório, sobre os elementos incorporados ao cálculo.

Embora ambos os Conselheiros da minoria tenham mantido suas teses até o final de seus mandatos, nos casos concretos ficou evidente que a tentativa de estimar a vantagem auferida para o cálculo da multa se afastava da objetividade necessária para sua aplicação. Ainda assim, essas divergências geraram no sistema jurídico um estímulo – isto é, em termos *gadameriano*, uma irritação em pré-compreensões – para debates mais amplos. Os votos dos demais Conselheiros passaram a abordar de forma mais direta a questão da dosimetria, buscando maior precisão. Isso impulsionou discussões aprofundadas sobre como tornar as multas mais dissuasivas e como incorporar elementos na dosimetria, utilizando agravantes e atenuantes para garantir uma punição mais proporcional.

Iniciou-se, nesse período, uma discussão sobre a criação de um guia de dosimetria¹⁴, com o objetivo de estabelecer um consenso em torno de questões como gravidade, boa-fé, situação econômica do infrator, entre outras. No entanto, essa fase do Tribunal do Cade foi marcada por um embate entre uma visão voltada para a análise econômica do direito e uma perspectiva predominantemente voltada para a segurança jurídica, ainda que esses grupos não fossem explicitamente identificados dessa forma. Esse antagonismo absoluto entre as duas abordagens gerou, por um lado, uma insegurança que antes não existia em relação à aplicação das multas pelo Cade e, por outro, dificultou a construção de consensos mínimos. Tal bloqueio impediu que, na linha do ciclo hermenêutico *gadameriano*, se desenvolvesse uma compreensão mútua capaz de criar soluções que conciliassem o cumprimento dos princípios do direito sancionador com uma atuação repressiva mais eficaz e dissuasória.

O debate que se iniciou em 2016 é renovado alguns anos mais tarde – a partir de 2019 –, com o ingresso de novos Conselheiros, a saber Sergio Ravagnani, Luiz Hoffman, Lenisa Prado e Luis Braido. Nesse período também, a conselheira Paula Farani, remanescente da composição anterior, altera seu entendimento em direção também a defesa da aplicação da vantagem auferida¹⁵. Assim, a questão da vantagem auferida como piso para multa retornou aos debates do Tribunal, dessa vez com consequências mais impactantes dado que em algum momento os defensores do cálculo via vantagem auferida obtiveram maioria¹⁶. A argumentação não difere muito da anterior, se diferenciando, apenas, pelo *fato* de que a discussão passou a ser liderada não mais por Conselheiros economistas, mas sim por Conselheiros juristas, Sergio Ravagnani¹⁷ e Paula Farani¹⁸, notadamente.

Além de se valerem do argumento teórico da necessidade de maior dissuasão, na linha dos, já à época, ex-Conselheiros João Paulo Rezende e Cristiane Alkmin, o que caracteriza essa nova defesa da adoção do critério da vantagem auferida “*como piso e como critério prioritário para se tentar estimar a multa a ser imposta*”¹⁹ é um apego textualista do dispositivo legal que prevê a sanção. Novamente, os Conselheiros partiam da premissa de que é possível realizar estimativas em todos os casos e, por isso, consideravam que a vantagem auferida deveria sempre ser utilizada como um piso para a multa. No entanto, na prática, ou seja, na aplicação concreta do texto legal à situação sancionada, poderia ocorrer um afastamento da objetividade do cálculo, resultando em uma abordagem mais específica para cada caso. Esse aspecto, dentro do direito administrativo sancionador, pode não estar totalmente alinhado com os princípios e garantias previstos na Constituição para o exercício do poder punitivo do Estado. Além disso, observava-se uma diversidade de critérios utilizados, que, por si só, poderiam não ser suficientes para uma estimativa precisa, especialmente na ausência de um contraditório específico sobre os elementos considerados na dosimetria.

Esse ponto do contraditório é fundamental, pois trata-se de uma decisão jurídica sancionadora e não de uma decisão econômica. O conceito de vantagem auferida é juridicamente indeterminado, e também o é do ponto de vista econômico. Por exemplo, considera-se que, por ser base de uma punição,

14 V. nesse sentido, por exemplo, o documento de trabalho do Departamento de Estudos Econômicos do Cade (DEE/Cade) nº 04/2020 (Kharmandayan, 2020).

15 V. Voto no Processo Administrativo nº 08012.009732/2008-01.

16 Mais especificamente entre julho de 2021 e março de 2022.

17 Para um resumo das posições do Conselheiro v. itens 161-169 do Voto-Vista do Presidente Alexandre Cordeiro Macedo no Embargos de Declaração no Processo Administrativo nº 08700.008612/2012-15.

18 Como referência ao entendimento da Conselheira Paula Farani, v. Processo Administrativo nº 08700.008612/2012-15 e Processo Administrativo nº 08012.009732/2008-01.

19 Voto do Conselheiro Sérgio Ravagnani no Processo Administrativo nº 08700.008612/2012-15.



a vantagem auferida não corresponde a toda a vantagem gerada pela atividade econômica ilegal ou abusiva realizada. Afinal, infrações à ordem econômica são atos empresariais no âmbito das atividades regulares de uma empresa, e o que as torna ilícitas é a proibição de seu objeto ou a caracterização de abuso, conforme operações interpretativas do sistema jurídico. Além disso, é evidente que, em várias condutas, especialmente aquelas que não envolvem preço, a eventual vantagem não é quantificável, e, portanto, a atribuição de uma *proxy* casuística, variável conforme a disponibilidade de dados em cada situação a ser sancionada e conforme a capacidade de obtenção desses dados, parece não ser compatível com os princípios do direito sancionador. Tanto é assim que o próprio Cade criou critérios para o preenchimento do conceito de ramo de atividade em sua Resolução 03/2012 e adotou explicitamente a fórmula constitucional da proporcionalidade na aplicação do cálculo baseado no *faturamento* ao modificar a referida resolução por meio da Resolução 19/2017.

Diferente da primeira fase da discussão sobre a vantagem auferida, a partir de 2019 o debate passou a ter um impacto mais amplo, indo além de uma simples divisão entre dois grupos (maioria vs. minoria) e gerando o “impasse” sobre o qual este artigo se debruça. Nesse novo contexto, além dos Conselheiros Sérgio Ravagnani e Paula Farani, os Conselheiros Lenisa Prado e Luis Braidó também passaram a adotar o entendimento de que a vantagem auferida deveria ser estimada de forma *prioritária* como um piso para as sanções do Cade, em detrimento do critério de *faturamento* no ramo de atividade. A primeira consequência mais evidente foi o aumento das divergências sobre a dosimetria, o que, por sua vez, dificultava tanto a busca por consensos mínimos quanto o desenvolvimento de uma construção hermenêutica mais evolutiva, capaz de abordar possíveis falhas na dissuasão das atividades repressivas do Cade. Em segundo lugar, a falta de previsibilidade na dosimetria das multas e o risco de decisões contraditórias – especialmente em momentos em que o grupo defensor da vantagem auferida teve maioria, como após o término do mandato do Presidente Alexandre Barreto e do Conselheiro Maurício Bandeira Maia, sem substituição imediata – impactaram diretamente a política de acordos, criando desafios nas negociações e reduzindo os incentivos para a apresentação desses pedidos. Por fim, a objetividade e a uniformidade nas decisões passaram a ser pontos sensíveis, uma vez que, em casos concretos, a nova forma de cálculo revelava situações que poderiam ser percebidas como desiguais.²⁰

Essa plêiade de situações contraditórias e a constante renovação do debate sobre a forma de cálculo das multas a cada nova composição do Cade geram uma situação que pode ser vista como incompatível com os princípios constitucionais que sustentam o direito de punir do Estado. A nosso ver, mais do que adotar exclusivamente uma metodologia ou outra, é necessário fomentar um debate mais amplo sobre o aumento da dissuasão, sem comprometer a objetividade e a previsibilidade da atuação repressiva do Cade. Dessa forma, o “impasse” se revela na medida que, nos termos atuais, a discussão tende a se renovar a cada nova composição, o que pode afetar a equidade e a segurança jurídica necessárias para a legalidade estrita da atividade sancionadora. Em 2022, a chegada de novos Conselheiros, como Gustavo Augusto e Víctor Oliveira Fernandes, exemplifica como a composição do tribunal pode influenciar o direcionamento do debate, trazendo novas perspectivas e contribuindo para a evolução da abordagem adotada. O ideal, contudo, é que essa oportunidade seja utilizada para promover uma evolução na atividade sancionadora sem a necessidade de optar exclusivamente entre uma interpretação que priorize os princípios do direito administrativo sancionador e outra que enfoque a finalidade do mandato constitucional do Cade, qual seja, a dissuasão.

20

V. por exemplo o Requerimento de TCC 08700.005016/2021-66 no Processo Administrativo 08700.003699/2017.

Uma das formas de solucionar o impasse – dentre outros mecanismos explorados em seção posterior – da “vantagem auferida” sem a necessidade de alteração legislativa envolve a adoção de uma abordagem hermenêutica que concilie as diferentes perspectivas já presentes no Tribunal do Cade. Em primeiro lugar, é fundamental reconhecer que a vantagem auferida pode ser utilizada como um critério de gravidade da conduta a ser levada em consideração na dosimetria da multa. Essa abordagem permitiria que o Cade estabelecesse a vantagem auferida como um elemento que influencia a alíquota aplicada, sem necessariamente definir a vantagem como um piso fixo para a multa. Esse critério poderia ser implementado de forma a garantir maior proporcionalidade e adequação às circunstâncias específicas de cada caso, levando em consideração *fatores* como a duração da conduta e o grau de culpabilidade dos envolvidos.

Além disso, é possível aprimorar a objetividade do cálculo das multas por meio da regulamentação de critérios que reduzam a discricionariedade do intérprete ao determinar o ramo de atividade. A Resolução 03/2012 do Cade já representa um esforço nesse sentido, mas é necessário avançar na definição de parâmetros mais claros e específicos que orientem a delimitação do *faturamento* utilizado como base de cálculo. Esses critérios podem incluir uma análise mais rigorosa do impacto econômico da conduta sobre o mercado afetado, bem como a consideração de métricas financeiras objetivas para garantir que o *faturamento* considerado seja condizente com a realidade dos efeitos anticompetitivos observados.

Em suma, o “impasse” sobre o cálculo das multas é uma questão que pode ser solucionada de forma hermenêutica, de modo a alcançar um consenso e uma aplicação mais abrangente do dispositivo legal, assegurando tanto os princípios do direito administrativo sancionador quanto a finalidade dissuasória das multas do Cade. Embora esse “impasse” não tenha até o momento impedido o Cade de julgar e aplicar sanções, o antagonismo entre duas posições que não são necessariamente excludentes pode gerar disfunções que coloquem em risco a própria eficácia da atuação repressiva do Cade e sua capacidade de dissuasão. É importante destacar que tornar as multas administrativas mais suscetíveis à revisão judicial, prolongar o contencioso em relação à sua aplicação, e estabelecer critérios menos previsíveis e objetivos para o cálculo das multas esperadas que orientam os acordos de cessação de prática, poderá, ao final, comprometer a efetividade da atuação repressiva, enfraquecendo o elemento dissuasório, que é essencial para a política pública subjacente à atuação do Cade.

6 POSSÍVEIS SOLUÇÕES HERMENÊUTICAS PARA O “IMPASSE” E A RECONCILIAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICO E ECONÔMICO (OU ENTRE O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO)

Como então, usando a hermenêutica jurídica, podemos, ao menos tentativamente reconciliar, as diferentes visões acerca das multas do Cade para melhor cumprir a dupla finalidade de punir e dissuadir sem perder de vista a necessidade de se cumprir com os ditames constitucionais do direito administrativo sancionador?

O primeiro passo é estabelecer a compreensão de que a atividade repressiva deve ser vista de forma integrada, ou seja, quanto mais objetiva e eficaz for essa atividade, menos suscetível a questionamentos ou reversões, e mais ágil for a resposta da autoridade à sociedade, seja por meio



de acordos ou multas, maior será sua capacidade de dissuasão. O antagonismo na interpretação do dispositivo que impõe as multas do Cade às pessoas jurídicas decorre, em parte, da redação complexa e pouco clara do texto legal. Além disso, surge da percepção de que existem dois cálculos possíveis inscritos, quando na verdade há uma série de *fatores* abertos à interpretação que precisam ser objetivados, na medida do possível, em respeito aos direitos e garantias do administrado. Diante desse cenário, propomos dois caminhos que não são necessariamente excludentes: um baseado na estrutura normativa vigente e outro como uma proposta de alteração legislativa.

De *lege lata*, em contraposição a uma tentativa de estimação de vantagem auferida como piso da multa a cada caso, dever-se-ia considerar essa vantagem como “pretendida” nos termos do art. 45 da Lei nº 12.529/11, estabelecendo a partir dela uma *proxy* de maior ou menor gravidade da conduta a ser levada em conta na estipulação da alíquota ao lado dos outros elementos do referido art. 45. Note-se, aqui, a possibilidade de uma construção hermenêutica que admite tanto que a vantagem auferida é um elemento de reprovabilidade da conduta, como que este critério pode ser generalizável sem que se tenha que realizar estimativas contestáveis e casuísticas. No limite, a multa acabaria empurrada para o teto ou piso da alíquota sobre o *faturamento*. Assim, salvo em casos em que a vantagem indevidamente auferida seja calculável de imediato, o que a própria lei já admite não ser a regra, a ideia de vantagem pretendida passa a ser um **controle de gravidade** a justificar, inclusive, a aplicação da multa no teto. Nesse **controle**, elementos como o tempo de duração da conduta, a consciência maior ou menor sobre a ilicitude, a capacidade maior ou menor de elidir o *enforcement*, dentre outros, devem ser levados em conta.

Aliás, uma melhor definição sobre os critérios abertos do art. 45, especialmente se consensual e estabelecida previamente em um guia, que, inclusive, estabeleça critérios de etapas e de transparência da dosimetria e do cálculo, a permitir o contraditório, poderia ser um bom ponto de partida para a solução do problema. Para além disso, o estabelecimento de hipóteses em que as outras penas não pecuniárias (previstas no art. 38 da Lei nº 12.529/11)²¹ sejam tão ou mais importantes do que a multa e que se pudesse realizar algum tipo de compensação na multa baseada no cumprimento destas outras penas também poderia contribuir para uma melhor adequação da sanção ao caso concreto. E, fundamentalmente, com vistas à dissuasão, uma melhor e mais acurada consideração dos ramos de atividade em cada caso, bem como o estabelecimento de alguns critérios mais objetivos de proporcionalidade que justificariam a redução do escopo destes ramos também contribuiria para a solução do “impasse”, com a vantagem adicional de que esta discussão – ou até mesmo a recorrência em casos extremos ao *faturamento* bruto nos termos do art. 37, § 2º²² ou do

21 “Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim 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 a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (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, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (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 direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito; 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 ou cessação parcial de atividade; VI - a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; VII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica” (Brasil, 2011).

22 “Art. 37, § 2º No cálculo do valor da multa de que trata o inciso I do caput deste artigo, o Cade poderá considerar

faturamento do grupo ou conglomerado – seria também feita sob contraditório mediante critérios genéricos e abstratos previamente regulamentados.²³

De *lege ferenda*²⁴, a solução hermenêutica ideal seria a retirada de conceitos jurídicos indeterminados do dispositivo legal que determina a sanção, sobretudo daqueles que – como *vantagem auferida e ramo de atividade* – nada significam também para o sistema da economia. Dessa forma, a tentativa de estabelecer um critério de cálculo mais objetivo e auditável, com etapas claramente definidas para dosimetria e individualização, que inclua, de alguma maneira, os elementos internacionalmente reconhecidos para o agravamento de multas visando à dissuasão, poderia simplificar o cálculo nos casos concretos. Além disso, esse critério forneceria maior previsibilidade e objetividade, mantendo os incentivos para a dissuasão e, conseqüentemente, para os requerimentos de compromissos de cessação.

Reduzir a discricionariedade do intérprete a elementos que possam ser avaliados e interpretados conforme a ciência econômica subjacente à defesa da concorrência ou com base nas evidências produzidas no caso concreto, ou seja, mediante uma hermenêutica que integre os elementos do sistema econômico tornados juridicamente relevantes para a dosimetria da multa parece ser o caminho mais seguro para assegurar a higidez do direito sancionador e a dissuasão pretendida entre os agentes econômicos. Se esse novo dispositivo, mais objetivo, puder também incorporar fórmulas claras, sem conceitos vagos, para contemplar a proporcionalidade da sanção em relação a elementos de gravidade (como a duração da conduta, por exemplo) e à capacidade financeira do infrator (como o estabelecimento de limites com base em conceitos contábeis ou financeiros objetivos), a discricionariedade do intérprete é ainda mais reduzida. Além disso, permite-se um contraditório específico quanto aos elementos do cálculo, fortalecendo a transparência e a segurança jurídica no processo sancionador. Ainda, a partir da existência de um critério mais objetivo, a atividade repressiva poderia cuidar mais de definir outros elementos mais importantes para a punição, qual seja, os critérios e evidências necessários para a formação da culpabilidade (*standard* de prova, dolo, culpa, grau de reprovabilidade de cada tipo de conduta) e que podem levar, dessa forma, a um sistema mais coerente e com uma maior capacidade de dissuasão.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo, buscamos explorar as possibilidades da hermenêutica jurídica, partindo de sua base teórica e chegando a uma aplicação prática do direito, com foco no direito concorrencial. O objetivo foi demonstrar como a compreensão do direito como um sistema autopoietico, com a Constituição servindo como mecanismo de acoplamento estrutural a outros sistemas e, simultaneamente, incorporando a evolução comunicativa da sociedade, pode oferecer um caminho seguro para a aplicação da hermenêutica jurídica na solução de questões jurídicas concretas. Em termos práticos, este artigo propôs o uso de uma hermenêutica que vá além da mera subsunção,

o *faturamento* total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do *faturamento* no *ramo de atividade empresarial* em que ocorreu a infração, definido pelo Cade, ou quando este for apresentado de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea” (Brasil, 2011).

23 Nesse sentido, o guia de dosimetria do Cade é um avanço, na medida que busca estabelecer parâmetros mínimos para o controle do processo de multas no âmbito da ação sancionatória do Cade.

24 Nesse sentido, vale mencionar a iniciativa do PL 9238/2017 (Brasil, 2017), agora em trâmite no Senado Federal como PL 1356/2022 (Brasil, 2011).



incorporando a análise dos conceitos jurídicos indeterminados, como o de “vantagem auferida”, e considerando a necessidade de uma interpretação que integre as linguagens do direito e da economia. Para enriquecer a análise, foram incluídos casos concretos nos quais o Cade enfrentou interpretações divergentes sobre a base de cálculo das multas e sobre a aplicação de normas sancionadoras em condutas anticompetitivas, o que gerou resultados punitivos heterogêneos.

Ao apresentar o “impasse” jurisprudencial do Cade na aplicação de multas e seu desenvolvimento histórico no âmbito do processo de decisão do Tribunal e na atuação dos diferentes atores que construíram e evolução de seus precedentes, destacamos como, em um microsistema que depende profundamente da interação entre direito e economia, mediada pela Constituição e regulamentada pelo direito, é fundamental preservar a funcionalidade do sistema jurídico no processo de tomada de decisão. Isso deve evitar tanto o fechamento total do sistema jurídico quanto sua abertura excessiva, permitindo assim o cumprimento das finalidades constitucionais no julgamento de casos específicos.

Em uma tentativa de reconciliar posições aparentemente antagônicas, adotamos uma abordagem hermenêutica construtiva, que reconhece a finalidade do mandato constitucional do Cade de dissuadir condutas anticompetitivas, sem, contudo, restringir essa dissuasão a um único critério de aumento das multas. Ao invés de correr o risco de desrespeitar os princípios constitucionais que fundamentam e legitimam o direito sancionador, a dissuasão deve ser vista como o resultado de um conjunto sistêmico de etapas que condicionam a atividade repressiva, incluindo *fatores* como estabilidade das decisões, efetividade, celeridade e tempestividade.

Embora melhorias legislativas possam objetivar o cálculo das multas e apoiar a construção de uma jurisprudência mais coesa sobre culpabilidade e reprovabilidade, o atual arcabouço legislativo do direito concorrencial já permite avanços. Desde que superadas abordagens excessivamente formalistas ou abertas, e construídos consensos mínimos em temas críticos, é possível desenvolver uma regulamentação mais objetiva sobre etapas, elementos e conceitos utilizados na aplicação de multas, garantindo a participação do sancionado por meio do contraditório. Um caminho que reconcilie expectativas normativas de forma inclusiva, garanta transparência e previsibilidade, e preserve direitos e garantias fundamentais, parece ser a única via segura para evoluir o sistema repressivo do Cade em direção a uma maior dissuasão e eficácia.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ANUÁRIOS do Cade. Brasília, **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**, 2024. Disponível em: <https://tinyurl.com/22jbfaro>. Acesso em: 1 nov. 2024.

BECKER, Gary S. Crime and punishment: An economic approach. In: FIELDING, Nigel G.; CLARKE, Alan; WITT, Robert (ed.). **The economic dimensions of crime**. London: Palgrave Macmillan, 1968. p. 13-68.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <https://tinyurl.com/onpt6dq>. Acesso em: 9 set. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei nº 9238, de 2017**. Dispõe sobre a vantagem auferida como critério para imposição de multas no **Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)**.

Autor: Hugo Leal - PSB/RJ. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/24wxsjyo>. Acesso em: 9 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/2o94bhj2>. Acesso em: 9 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: <https://tinyurl.com/2brd7qmq>. Acesso em: 9 set. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei nº 1356, de 2022**. Altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, para modificar a metodologia de cálculo de multas impostas pelo **Conselho Administrativo de Defesa Econômica** (Cade), para dispor sobre aplicação de penas no caso de infração da ordem econômica e para prever o envio à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal de informações sobre os processos administrativos que especifica. Brasília, DF: Senado Federal, 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/29tn6s67>. Acesso em: 9 set. 2024.

DILTHEY, Wilhelm. **Introdução às Ciências Humanas**: Tentativa de uma Fundamentação Para o Estudo da Sociedade e da História São Paulo: Forense, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2003.

HARRINGTON JR, Joseph E. Penalties and the deterrence of unlawful collusion. **Economics Letters**, v. 124, n. 1, p. 33-36, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/29xqxl8>. Acesso em: 9 nov. 2024.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KHARMANDAYAN, Luiza. **Benchmarking internacional sobre dosimetria de penalidades antitruste**: Documento de Trabalho nº 004/2020. Brasília, DF: **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/286q8dc3>. Acesso em: 1 nov. 2024.

LUHMANN, Niklas. **A Constituição como aquisição evolutiva**. Tradução livre feita por Menelick de Carvalho Netto. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jorg (org.). *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.

LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. New York: Oxford University Press, 2004.

LUHMANN, Niklas; NASSER, Ana Cristina Arantes. **Introdução à teoria dos sistemas**: aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate. Petrópolis: Vozes, 2009.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SCHLEIMACHER, Friedrich. **Hermenêutica**: Arte e Técnica da Interpretação. Petrópolis: Vozes, 2010.



TRANSPARÊNCIA e Prestação de Contas. Brasília, **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**, 2024.
Disponível em: <https://tinyurl.com/2cgy4gcf>. Acesso em: 1 nov. 2024.