

O CRITÉRIO DE FIXAÇÃO DAS MULTAS APLICADAS AOS CARTÉIS CONFORME A LEI 12.529/2011: UMA ANÁLISE CRÍTICA

Rodrigo de Camargo Cavalcanti³⁷⁸

RESUMO

O presente artigo, através de metodologia dedutiva, por meio de pesquisa bibliográfica atinente ao tema, especialmente doutrinária e documental, objetiva realizar uma análise crítica sobre o critério de fixação das multas aplicadas aos cartéis conforme a Lei 12.529/11. Para tanto, primeiramente analisa-se a Resolução 3/2012 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, e, em seguida, aborda-se uma decisão recente e paradigmática desse Conselho, salientando primeiramente a posição diversa à da Superintendência Geral, para após abordarmos a posição efetiva deste órgão. Posteriormente, analisa-se mais detidamente as divergências entre tais posições, e, enfim, adentra-se no debate realizado sobre essa temática no Congresso brasileiro. Ademais, discute-se o Projeto de Lei do Senado 283/2016 e a base de cálculo da multa. Por fim, conclui-se pela necessidade de um maior debate sobre o tema na sociedade em face da indeterminação normativa existente.

Palavras-chave: Direito Econômico; Cartel; Conselho Administrativo de Defesa Econômica; Multa.

ABSTRACT

The present article, through a deductive methodology, through a bibliographical research related to the subject, especially doctrinal and documentary, aims to perform a critical analysis on the criterion for fixing the fines applied to the cartels according to Law 12,529/11. Therefore, follows an analysis of the Resolution 3/2012 of the Administrative Council for Economic Defense, and then approach a recent and paradigmatic decision of this Council, emphasizing first the different position to that of the General Superintendence, after addressing the effective position of this body. Subsequently, the divergences between these positions are analyzed more closely, and, finally, the debate on this theme as it is discussed in the Brazilian Congress. In addition, the Senate Bill 283/2016 and the calculation base of the fine are discussed. Finally, it is concluded that there is a need for greater debate on the issue in society in the face of the existing normative indeterminacy.

Keywords: Economic Law; Cartel; Administrative Council for Economic Defense; Fines.

³⁷⁸ Professor do Mestrado e Pesquisador em Direito da Faculdades Alves Faria (Alfa). Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

INRODUÇÃO

O presente artigo visa fazer uma análise crítica das questões relativas à aplicação de multa aos cartéis conforme a Lei 12.529/11. Para tanto, será utilizada a metodologia dedutiva, através de pesquisa de documentos e obras brasileiros e internacionais.

A Lei 12.529 de novembro de 2011, a qual estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, entre outras mudanças, alterou as penas em relação à prática de infração da ordem econômica conforme antes estabelecido pela Lei 8.884/94.

Ao invés de prever, no caso de empresa, a multa como sendo de 1% a 30% do valor do faturamento bruto total no seu último exercício, excluídos os impostos (art. 23, I, Lei 8.884/94), a nova Lei dispõe, em seu art. 37, I, como sendo 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.

Ambas as leis, apesar de disporem porcentagens mínimas e máximas, também enunciam que a multa nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação.

Dita normativa gera dúvidas tendo em vista que, se a multa nunca pode ser inferior à vantagem auferida, quando estimada, se por acaso essa vantagem for maior que 20% do valor do faturamento bruto da empresa, qual regra deverá ser implementada pelo CADE?

Vale dizer que, até o momento, todas as multas aplicadas estiveram estritas aos limites percentuais legalmente enunciados, sendo que o CADE levou em consideração a vantagem auferida somente como um elemento para dosar a pena.

Cabe considerar também que a redação do artigo anteriormente referido trata de faturamento bruto da empresa “no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração”. “Ramo de atividade” é termo impreciso, tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência. Assim, a fim de contornar essa questão, o CADE editou a Resolução n. 3/2012 a qual expede uma lista de ramos de atividades empresariais com base na Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

2. A RESOLUÇÃO 3/2012 DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

Uma importante questão já levantada por Mauro Grinberg, ex-conselheiro do CADE e advogado, e Daniel Tobias Athias, é em relação à competência do CADE para promulgar uma resolução - como a já referida Resolução 3/2012 – com este conteúdo.

Grinberg argumenta precisamente que a lei 12.529/11, no art. 9º, em seu inciso XV, deixa claro que as normas relativas ao regimento interno do CADE somente podem tratar de dispor “sobre seu funcionamento, forma das deliberações, normas de procedimento e organização de seus serviços internos” (BRASIL, 2011). No entanto, a referida Resolução, ao definir “ramo de atividade”, aborda questão de direito material, “sendo possível argumentar que houve aumento de critérios sancionatórios, o que deveria ser feito por lei” (GRINBERG; ATHIAS, 2016).

Outro aspecto que vale salientar é em relação ao art. 2º da própria Resolução 3/2012, que dita 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. (CADE, 2012)

E, no art. 2-A da Resolução, o qual, incluído após consulta pública aberta em outubro de 2016 e em face da Resolução nº 18 de novembro de 2016, com o argumento de que “o CADE tem observado que os setores listados podem não corresponder com frequência às dimensões dos mercados alvo de condutas anticompetitivas” (ASSESSORIA, 2016), dita em seu enunciado o seguinte: “o CADE poderá, mediante decisão fundamentada, adaptar o ramo de atividade às especificidades da conduta quando as dimensões indicadas no art. 1º forem manifestamente desproporcionais” (CADE, 2012). Assim:

Em vez de partir de uma pena base vinculada ao mínimo legal e em seguida analisar as agravantes/atenuantes, a jurisprudência do CADE tem utilizado um método mais sincrético: os critérios são analisados concomitantemente à fixação da pena base⁸⁰. A interpretação mais flexível dos critérios do art. 45 também se coaduna melhor com a experiência antitruste. O CADE e outros órgãos internacionais têm adotado uma concepção mais abrangente dos critérios para fixação das multas, rejeitando a concepção penalista que tende a fixá-los de forma prévia e taxativa⁸¹ como agravantes ou atenuantes. (WATANABE, 2016, p. 18)

Percebe-se, então, que a inclusão deste artigo conferiu uma grande discricionariedade ao CADE tanto na possibilidade de considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quanto na definição do que é “ramo de atividade”, já que não vincula a base de cálculo das multas obrigatoriamente nem à definição de ramo de atividade indicada nessa mesma Resolução, e também tendo em vista a subjetividade do termo “manifestamente desproporcionais”.

Junto a essas questões, tem-se ainda o art. 45 da Lei 12.529/2011, que estabelece que:

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)

Pelo disposto nesse artigo, para a dosimetria da pena é necessária a observância desses referidos critérios, além daqueles já anteriormente indicados. Uma crítica que pode ser disposta em face desse mandamento legal é a seguinte:

Por não haver parâmetros, fica nas mãos dos Conselheiros para, discricionariamente, escolherem um valor a ser imputado a cada uma dessas agravantes e atenuantes. A uma, pergunta-se se é interessante uma previsibilidade muito alta da multa imputada a uma determinada conduta. Evidentemente, caso se manifeste essa hipótese, e seja feita uma avaliação pelas partes e elas percebam que, mesmo que sejam pegadas e punidas, o lucro auferido compensa, a multa perde todo seu caráter dissuasório e reparatório e, por conseguinte, seu fim. A duas, um processo de fixação da multa completamente arbitrário, sem padrões ancorados em jurisprudência é igualmente nocivo. (VALLADARES, 2013, p. 56)

Vale dizer que outros sistemas antitrustes desenvolveram também alguns mecanismos para assegurar o efeito dissuasório no momento de fixação das multas. A título de exemplo, pode-se referir às orientações da União Europeia na cartilha intitulada *Guidelines on the method of setting fines*, a qual prevê expressamente que a autoridade responsável - Comissão Europeia – deve adicionar entre 15 e 25% das vendas no montante total da multa, com a finalidade específica de dissuadir as empresas contra a realização de cartéis. Assim, como bem salienta Geradin (2011, p. 9-10), há o intitulado *entry fee*:

No cálculo da multa, a Comissão pode acrescentar um montante suplementar ao montante variável: os dois elementos constituem, em

conjunto, o montante base. Esta soma extra é definida entre 15% e 25% do valor das vendas e é conhecida como a "taxa de entrada". Seu objetivo principal é dissuadir as empresas de até mesmo entrar em comportamento ilegal (ou seja, impedindo-as de participar "para tentar ver"). É comumente imposta aos participantes do cartel *hardcore*. (tradução livre).

No Brasil, não há qualquer indicação para a instituição de algo parecido como o *entry fee*, estando a multa vinculada aos critérios normativos e discricionários do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

3. DECISÃO RECENTE E PARADIGMÁTICA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

Dessa maneira, tendo em vista a discricionariedade delegada ao CADE, tanto em face das interpretações permitidas pelo artigo 37, I, da Lei 12.529/2011, quanto em face da letra da Resolução 3/2012, vamos analisar determinados critérios utilizados pela Superintendência Geral e por conselheiros do órgão de defesa da concorrência.

3.1. POSIÇÃO DIVERSA À SUPERINTENDÊNCIA GERAL

De início, vale citarmos decisão recente no âmbito do Processo Administrativo 08012.001376/2006-16, referente ao cartel no mercado internacional de Gas Insulated Switchgear - GIS, equipamento utilizado em subestações de transformação de energia elétrica e que não era produzido no Brasil à época da conduta. Assim, os efeitos do cartel se materializaram no solo nacional por meio de importações.

Em face de requerimento de Termo de Compromisso de Cessação - TCC – neste processo, em fevereiro de 2017, para a dosimetria da multa, o conselheiro João Paulo de Resende primeiramente se baseou no volume total de importação referente à classe genérica que envolve diversos produtos no período de 1998 a 2004 proveniente dos países nos quais as empresas possuíam fábrica.

Resende optou por esse período por este ser o que consta nos autos como o de ocorrência do cartel em questão. E isso segue a linha de argumento por ele já exposta em processo diverso,

onde salienta o seguinte: tendo em vista o já referido art. 2º-A da Resolução 3/2012 do CADE, o qual enuncia o dever de adaptar a base de cálculo às especificidades do caso concreto se houver uma “manifesta desproporcionalidade” do ramo de atividade, é necessário que o valor dessa base,

[...] guarde proporcionalidade com o volume de vendas afetado pela conduta, inclusive quanto à sua duração, pois não faz sentido punir de maneira igual (ou, no mínimo, muito semelhante) carteis com duração bastante diversa, de um, cinco ou dez anos. A duração da infração tem relação direta com vários critérios de dosimetria previstos no art. 45 da Lei 12.529/2011, como gravidade da infração, vantagem auferida ou pretendida, grau de lesão e efeitos econômicos negativos; e não pode ser ignorada em juízos de proporcionalidade. (CADE, 2008)

Dessa forma, continuando, sobre aquele volume total de importação, aplicou a esse valor o percentual de 25%, a fim de extrair a classe específica do produto objeto da infração (esse percentual foi definido em razão do GIS corresponder a cerca de 10% do mercado mas ter custo três vezes superior aos demais produtos).

Em seguida, o conselheiro multiplicou esse valor pelo percentual de *market share* da empresa. E, sobre esse valor, aplicou um sobrepreço pré-determinado de 20%. O próprio conselheiro explica que este método,

Se baseia, essencialmente, na aplicação de um sobrepreço predeterminado (10% para cartéis nacionais, 20% para cartéis internacionais) sobre o volume de vendas de bens e/ou serviços afetados pela prática ilícita (que nada mais é que o faturamento com o produto ao longo de toda a duração da conduta). (CADE, 2006)

A diferença desse sobrepreço aplicado aos cartéis internacionais em face dos nacionais é por conta de três aspectos, na visão do conselheiro:

Primeiramente, os estudos, principalmente Connor (2014), indicam que os sobrepreços em cartéis internacionais costumam ser superiores aos de cartéis nacionais. Enquanto a mediana para cartéis nacionais é da ordem de 18%, a de cartéis internacionais é de 26%. Em segundo lugar, e mais importante, temos que ter em mente que os agentes em cartéis internacionais não recolhem tributos no Brasil. Os tributos incidentes sobre a renda são pagos nos países-sede das empresas e os tributos do tipo IVA são pagos pelos importadores dos produtos no Brasil e, em grande parte, repassados aos consumidores finais. Assim, nenhuma parte da vantagem obtida pelo cartel é apropriado pela sociedade brasileira por meio de tributação, ao contrário de cartéis nacionais. Por fim, cartéis internacionais são mais difíceis de serem processados nas esferas civil e criminal, por se tratarem de empresas situadas em outras jurisdições, de difícil citação de réus e com barreiras culturais e de

idioma não desprezíveis, motivo pelo qual a dissuasão deve ser maior. (CADE, 2006)

Dessa maneira, Resende chegou ao valor da multa esperada, o qual, de acordo com sua análise, serviria de base para o estabelecimento de valor ao Termo de Compromisso de Cessação.

3.2. POSIÇÃO DA SUPERINTENDÊNCIA GERAL

A proposta deste TCC foi originalmente negociada no âmbito da Superintendência Geral, e o conselheiro suprarreferido destaca em seu voto que o método utilizado pelo órgão para calcular o valor que as empresas do cartel deveriam arcar considerou uma estimativa do mercado brasileiro de GIS em 2005, esta, por sua vez, baseada em dados de produção industrial do IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

Essa estimativa se deu pela identificação da classe genérica de produtos semelhantes na base do IBGE e, em seguida, foi aplicado o mesmo percentual de 25% indicado pelo conselheiro sobre a classe específica de GIS. Definido o tamanho do mercado brasileiro em 2005, foi utilizada a metodologia de “faturamento virtual” para especificar a base de cálculo a ser utilizada em face da empresa infratora. O faturamento virtual é obtido mediante aplicação de padrões de participações de mercado internacionais ao mercado brasileiro, e tem se aplicado em cartéis internacionais nos quais a representada não registra vendas no Brasil ou as registra em valor manifestamente reduzido.

Dessa forma, sobre o valor final, foi aplicada uma alíquota de 18,8% (dentro da porcentagem delimitada pelo art. 37, I, da Lei do SBDC) sobre o mercado de GIS.

4. ANÁLISE DA DIVERGÊNCIA

Ora, verificamos, assim, um caso de divergência entre formas de se realizar a dosimetria da pena, divergência essa ocasionada especialmente em face da redação da lei e da resolução conforme acima indicado.

Neste contexto, de fato vemos uma grande possibilidade se entender como correto o posicionamento do conselheiro Resende de levar em consideração o período de duração do

cartel, diferentemente do que fez a Superintendência Geral, a qual utilizou como base o ano exatamente anterior à instauração do processo administrativo, e também diferentemente do que, de início, é determinado pelo art. 37, I, da Lei 12.529,11, o que seja, uma porcentagem sobre o faturamento bruto da empresa no último exercício anterior à instauração do processo administrativo.

Essa possibilidade surge porque o que está definido por esse artigo da Lei não guarda qualquer relação direta ou objetiva com a infração efetivamente realizada, o que, portanto, em tese não favoreceria o CADE na composição proporcional do valor da multa pela violação à concorrência. E isso porque a empresa geralmente pode atuar em variados ramos de atividade, confundindo-se qual foi o real faturamento com a infração naquele ramo efetivamente comprometido. Neste sentido:

Impor o pagamento sobre o faturamento das empresas em áreas alienígenas àquelas do mercado relevante pode ferir tanto o princípio constitucional da proporcionalidade como o da isonomia, no caso de cartéis onde uma empresa possui divisões em outros mercados e outra não. Ademais, o impacto da política anticoncorrencial adotada pela empresa pode afetar outros mercados ou produtos fora da área analisada. (VALLADARES, 2013, p. 48)

E, além disso, também no caso da base de cálculo do ano exatamente anterior à instauração do processo administrativo, a empresa pode ter de fato violado a concorrência em anos anteriores ao último exercício, e, portanto, os dados financeiros de ganho com a infração serão também anteriores, o que subverte a lógica da contabilização proporcional da pena em face do ganho da empresa durante a realização do ato ilícito.

Porém, o conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, em janeiro de 2017, salienta corretamente que, “quando se vincula a multa a uma vantagem quantificável, assume-se, ainda que indiretamente, que a vantagem obtida por um cartel seria necessariamente monetária, entendimento do qual não compartilho” (CADE, 2008). E, para afirmar isso, se baseia na ideia precisa de que “a vantagem obtida pelo cartel pode ser de cunho imaterial, como a exclusão de um concorrente ou o atraso de inserção de novas tecnologias em um dado mercado, e que nem sempre pode ser traduzida em termos numéricos” (CADE, 2008). E, assim sendo, não haveria possibilidade de embasar em valores contrafactuais para definir sobrepreço em determinado período e dessa forma utilizá-lo como base de cálculo para a multa. Ademais, o mesmo conselheiro, citando Márcio de Oliveira Júnior, argumenta que estabelecer um dado mercado como contrafactual pode indiretamente “dar-lhe um salvo conduto antitruste, o que pode configurar um erro de política de defesa da concorrência caso se observe futuramente que

um cartel ‘menos eficiente’ para aumentar seus preços estava em operação no mercado utilizado como contrafactual” (CADE, 2008).

Agora, pelos argumentos de inquestionável sustentação suprarreferidos do conselheiro Araújo, no processo administrativo contra o cartel de leite tipo C produzido na região de Pelotas, no Estado brasileiro do Rio Grande do Sul, em janeiro de 2017 o conselheiro, fundado nas críticas já expressas, adotou a gravidade do cartel em 15% na escala legal de 0,1% a 20%, uma vez que não encontrou atenuantes ou agravantes, ressaltando que o percentual está de acordo com a jurisprudência do CADE, “que tem entendido que cartéis devem ser punidos com percentuais de 12% a 15%, à exceção de casos particulares de longa duração da conduta ou de articulação ainda mais institucionalizada” (CADE, 2008), casos esses em que pensar em multas de 12% a 15% do faturamento bruto já não fazem mais sentido em cartéis com sobrepreços que chegam até a 65% em relação ao mercado competitivo, “pois o valor da penalidade pecuniária quase sempre compensa o risco de manutenção da conduta e os danos sociais são superiores aos sobrepreços dos cartelistas” (BRAGA, 2015, p. 121-122).

Percebe-se, assim, que o conselheiro Gilvandro de Araujo optou por uma metodologia de dosimetria da multa consideravelmente arbitrária. E isso porque, apesar de analisar individualmente os critérios de dosimetria dispostos no art. 45 da Lei 12.529/11, fez isso considerando somente argumentos de nível meramente retórico, dispondo, por exemplo, em face da “boa-fé do infrator”, que “os infratores atuaram de forma dolosa e com plena consciência da ilicitude”; em relação à “consumação da infração”, que “o cartel foi consumado por meio do compartilhamento de informações sensíveis entre os Representados, o que gerou transparência de mercado e redução das assimetrias de informação”; e assim por diante, ou seja, sem relacionar quaisquer valores nos quais tenha se embasado para definir a dosimetria da multa, a não ser a utilização da alíquota de 15% do faturamento bruto das empresas no ano anterior ao processo administrativo.

Por outro lado, as críticas que podem ser direcionadas a essa forma de definição do valor da multa devem estar solidamente constituídas sobre método contrário que seja coerente e coeso, ou seja, que também leve em consideração os apontamentos abordados pelo conselheiro Araújo nas suas considerações acima indicadas. E isso também porque, por outro lado:

[...] o fato de condutas de cartel ainda serem descobertas não quer significar que as penas anteriormente aplicadas eram insuficientes. Para o autor [Wouter Wils], há um limite para aplicação de multas elevadas, fundado na capacidade de pagar dos infratores, nos custos sociais e econômicos de multas elevadas e na perspectiva da justiça proporcional. [...] multas demasiadamente elevadas podem levar as

empresas infradoras à falência, resultando em indesejáveis efeitos sociais e econômicos ao mercado como um todo (i.e., não apenas aos infratores, como também aos empregados, clientes, fornecedores, credores, etc.). (SANTOS, 2014, p. 143)

Dessa forma, a sustentação de métodos alternativos de cômputo da multa merece uma análise jurídica e econômica de fato imbricada em seus termos, a fim de concretamente delimitar sistemáticas que possam reduzir a discricionariedade que hoje é intrínseca a esse tema no que diz respeito ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e mais especificamente ao CADE.

5. DEBATE NO CONGRESSO BRASILEIRO

Discussão aproximada foi realizada no momento do debate do art. 37 da Lei 12.529/11 na Câmara dos Deputados e no Senado Federal brasileiros. O projeto da Câmara contemplava multa de 1% a 30% do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado, obtido no último exercício anterior à instauração do processo administrativo no mercado relevante em que ocorreu a infração.

Assim, ao restringir a base de cálculo da multa ao mercado relevante, de acordo com o Deputado Pedro Eugênio, isso “tornaria a base de incidência mais proporcional ao dano gerado à concorrência” (CORDOVIL; CARVALHO; BAGNOLI, 2011, p. 122).

Já a redação do Senado Federal previa a multa de 0,1% a 20% do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à abertura do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração.

Como bem salienta Leonor Cordovil,

[...] a previsão da base de cálculo como sendo o ramo de atividade tende a gerar uma ampliação indesejável da base de incidência. Além disso, não se trata de conceito definido na literatura antitruste, ou seja, demanda interpretação e atribuição de significado. O mercado relevante contemplaria tão somente os bens substitutos entre si, produzidos pelo infrator, enquanto o ramo de atividade englobaria bens complementares e pertencentes a outros elos da CADEia produtiva no caso da empresa verticalmente integrada [...] gerando indesejável insegurança jurídica. (CORDOVIL; CARVALHO; BAGNOLI, 2011, p. 122-123)

Dessa forma, apesar da discussão majoritária deste artigo ter se restrito à questão do estabelecimento do ramo de atividade empresarial ou do mercado relevante – questão

importante, insta salientar -, pouco debate aprofundado se realizou no Congresso Nacional sobre o período estabelecido do “último exercício anterior à instauração do processo administrativo”, o que é uma questão igualmente importante, já que envolve discussão sobre o momento que deve ser abordado para se captar a base de cálculo da multa e que, conforme se pode verificar, ainda após a vigência da lei 12.529/11, não é tema pacífico no Conselho Administrativo de Defesa Econômica e em todo o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

6. PROJETO DE LEI DO SENADO 283/2016 E A BASE DE CÁLCULO DA MULTA

O Projeto de Lei do Senado nº 283/2016, de autoria do Senador Aécio Neves, busca, entre outros méritos, tornar a multa à prática de cartel proporcional ao tempo de duração da infração à ordem econômica, e, para tanto, inclui no art. 37, I, que, para cálculo da multa, o valor do faturamento bruto será obtido não só no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, mas “bem como nos demais exercícios de efetiva atuação do cartel”. Obriga o CADE, dessa forma, na imputação da multa, a considerar também aspectos relativos à vantagem auferida no tempo relativo ao ilícito causado, aumentando a base de cálculo.

A justificativa deste Projeto de Lei do Senado se embasa, para tal mudança, basicamente no ilícito de cartel, deixando de lado qualquer argumentação relativa aos demais ilícitos concorrenciais, cometendo, dessa forma, um reducionismo inaplicável à abrangência da própria norma vigente. Ademais, também valem as seguintes considerações já delineadas por Mauro Grinberg (2016) em relação à ampliação temporal da base de cálculo:

O PLS [Projeto de Lei do Senado], em vez de substituir a base de cálculo original (faturamento no último exercício anterior à instauração do processo administrativo) por outro (faturamento nos anos de efetiva atuação do cartel) fez a soma das duas bases, como se todas as infrações sempre continuassem até o último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo. Não é com frequência o caso, já que em diversas situações os processos administrativos são instaurados anos após o final da efetiva atuação da infração.

E também, apesar de prever mudanças no art. 37, I, dito projeto não adentrou na questão tormentosa relativa ao enunciado que diz que, apesar dos limites porcentualmente estabelecidos, a multa “nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimativa”. Tendo em vista a proposta de mudanças substantivas na normativa da lei 12.529/11,

poderia considerar fomentar debate sobre segurança jurídica se também adentrasse na questão relativa a esses termos, os quais igualmente são motivo de debate e de angústias na seara do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência quando da aplicação das multas a infrações à ordem econômica.

7. CONCLUSÃO

Concluindo, percebe-se que tanto a lei 12.529/11 quanto a Resolução 3/2012 do CADE levaram a uma enorme discricionariedade do órgão de defesa da concorrência, e acabaram por invocar discussões tanto na doutrina quanto na própria seara dos processos administrativos do Conselho.

Essa indeterminação reverbera diretamente na questão da forma de se estabelecer a dosimetria das multas em caso de infração à ordem econômica, o que se apresenta em especial nos casos relativos à ilicitude da cartelização.

O que se percebe, ademais, é a ausência de critérios objetivos para se delimitar esses casos, o que advém também, como reflexo, da própria dificuldade em se estabelecer de forma conclusiva a sustentação sobre os objetivos do cartel e, de forma consequente, o lapso temporal de sua ocorrência e a quantificação objetiva dos ganhos dos infratores com a ilicitude cometida.

Neste sentido, o Projeto de Lei do Senado nº 283/2016 busca inovar e trazer conceitos que, apesar de já utilizados por parte dos agentes do CADE, seriam, da forma com que enunciados, cogentes e, portanto, inovariam na ordem jurídica ao prescrever a necessidade de determinada interpretação sobre a base de cálculo das multas, ainda que sua fundamentação seja restrita e que o Projeto não adentre na questão da vantagem auferida.

Desta forma, percebe-se que o debate em torno do assunto ainda trará muitos frutos, isso se for devidamente levado à sociedade, especialmente considerando aqueles que serão diretamente afetados, incluídos aí o Poder Público, os agentes econômicos privados e os consumidores brasileiros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSESSORIA de Comunicação Social. Cade abre consulta pública para alteração da Resolução nº 3/2012. CADE. 18 out. 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-abre-consulta-publica-para-alteracao-da-resolucao-no-3-2012>>. Acesso em 16 mai. 2017.

BRAGA, Tereza Cristine A. CADE, Cartéis e Licitações: um Novo Nicho da Política Antitruste Brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 3, n. 1, mai. 2015.

BRASIL. Lei 8.884. 11 jun. 1994. Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

_____. Lei 12.529. 30 nov. 2011. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

CAVALCANTI, Rodrigo de C. **O Oligopólio no Estado Brasileiro de Intervenção Necessária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

CADE. Processo Administrativo n. 08012.010744/2008-71. 2008.

_____. Processo Administrativo n. 08012.001376/2006-16. 2006.

_____. Resolução n. 3. 29 mai. 2012.

CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius M. de; BAGNOLI, Vicente; [et. al]. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GERADIN, Damien. The EU Competition Law Fining System: a reassessment. **Discussion Paper, Tilburg Law and Economics Center**, out. 2011.

GRINBERG, Mauro. **Mais e maiores punições para cartéis: polêmico projeto**. 5 ago. 2016. Disponível em <<http://gcalaw.com.br/publicacoes/mais-e-maiores-punicoes-para-carteis-polemico-projeto/>>. Acesso em 3 fev. 2017.

GRINBERG, Mauro. ATHIAS, Daniel T. **Ramo de atividade e o (des)uso da resolução n. 3/2012**. 28 nov. 2016. Disponível em: <<http://gcalaw.com.br/publicacoes/ramo-de-atividade-e-o-desuso-da-resolucao-n-32012/>>. Acesso em 6 jun. 2017.

NEVES, Aécio. Projeto de Lei do Senado n. 283. 2016.

SANTOS, Flávia C. **Aplicação de penas na repressão a cartéis: uma análise da jurisprudência do CADE**. 259 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

VALLADARES, Hugo Emmanuel D. G. Dosimetria da pena de multa em cartéis no âmbito do Cade. Dificuldades e perspectivas comparadas aos EUA e à Comissão Europeia. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 1, n. 2, nov. 2013, pp. 45-73.

WATANABE, Doshin. Revisão judicial das multas aplicadas pelo CADE em cartéis.
Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2016.