

Legislação

RESOLUÇÃO Nº 36, DE 19 DE MAIO DE 2004
(publicada no Diário Oficial da União de 25.06.2004.)

Dispõe sobre a dosimetria da multa pecuniária cominada para a apresentação intempestiva de Atos de Concentração, prevista no § 5º do art. 54 da Lei nº 8.884/94.

O Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, no uso de suas atribuições legais e tendo em vista o disposto no artigo 7º, inciso XIX da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, resolve:

Art. 1º. Reconhecida a intempestividade de apresentação de ato de concentração sujeito à apreciação do CADE, nos termos do artigo 54 da Lei nº 8.884/94, será aplicada multa pecuniária, em conformidade com o previsto no art. 27 da mesma Lei, com base nos seguintes critérios:

- I – Perigo de lesão à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores e a terceiros, avaliado em dias de atraso, contados a partir do termo a quo definido, in casu, pelo CADE;
- II – Potencial de dano à concorrência;
- III – Espontaneidade da apresentação;
- IV – Reincidência;
- V – Valor da operação e a situação econômica dos requerentes.

Parágrafo único. A multa aplicada respeitará o mínimo legal de 60.000 UFIR e o máximo legal de 6.000.000 UFIR (seis milhões de UFIR).

Art. 2º. Constatada a intempestividade, o Conselho aplicará a multa mínima de 60.000 UFIR, devendo ainda acrescer a esse montante os valores a seguir previstos, conforme cada critério:

| | |
|--------------------------|--|
| 1 dia | Não há acréscimo; |
| de 2 a 5 dias | + 10 mil UFIR; |
| de 6 a 30 dias | + 20 mil UFIR; |
| de 31 a 180 dias | + 30 mil UFIR; |
| de 181 a 360 dias | + 50 mil UFIR; |
| Acima de 360 dias | + 100 mil UFIR; + 100 mil UFIR a cada período de 360 dias. |

I – quantidade de dias de atraso, contados a partir do termo a quo definido, in casu, pelo CADE (considerando-se o disposto no art. 27, inciso V, da Lei nº 8.884/94):

| | |
|-----------------------|-------------------|
| Sem restrições | Não há acréscimo; |
| Com restrições | + 60 mil UFIR |
| Com veto | + 200 mil UFIR |

II – se a operação foi aprovada (a) sem restrições; (b) com restrições; ou (c) foi vetada (conforme art. 27, incisos III e VI, da Lei nº 8.884/94):

| | |
|--------------------------------------|-------------------|
| Apresentação Espontânea | Não há acréscimo; |
| Mediante requerimento do SBDC | + 60 mil UFIR |

III – se a apresentação foi (a) espontânea; ou (b) mediante requerimento de autoridade de defesa da concorrência (conforme art. 27, inciso II, da Lei nº 8.884/94):

IV – se há reincidência, art. 27, VIII, ambos da Lei nº 8.884/94, o acréscimo é de 60 mil UFIR;

V – o valor da operação e a situação econômica dos requerentes, levando-se em consideração, para tanto: (a) o valor da operação e (b) o Faturamento Médio Anual Bruto – no Brasil, do exercício anterior à apresentação do ato, dos requerentes envolvidos na operação. Neste critério, leva-se em consideração o disposto no art. 54, § 3º e § 5º, combinado com o art. 27, VII, todos da Lei nº 8.884/94. (A fórmula para a aferição dos valores apurados em razão desse inciso e sua relação como os demais incisos, encontra-se no ANEXO I desta Resolução).

§ 1º O faturamento médio anual bruto (Fmb), para os fins do cálculo do percentual de acréscimo previsto no inciso V, será considerado como sendo a média aritmética dos valores dos faturamentos, no Brasil, dos requerentes da operação.

§ 2º Nos casos em que se verifique faturamento no Brasil de apenas um dos requerentes envolvidos na operação, esse valor será utilizado como o valor do faturamento médio previsto nesta resolução.

§ 3º Nos casos em que não seja verificado o faturamento no Brasil de nenhum dos requerentes da operação, será utilizado o faturamento mundial para o cálculo do faturamento médio anual bruto (Fmb).

Art. 3º. A multa não deverá ser superior ao valor da operação, devendo ser reduzida até o limite deste último nos casos em que, após os cálculos, o exceder.

Art. 4º. Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União.

ANEXO I

Critério para o cálculo da multa em razão do Valor da Operação e do Faturamento Médio Anual Bruto dos requerentes envolvidos na operação, e sua relação com os incisos I a IV do art. 1º da Resolução:

1. Se os requerentes envolvidos na operação possuírem um Fmb elevado, mas o Valor da Operação (Vo) for baixo, poderá ser imposta multa graduada próxima à metade do valor máximo da multa (i.e., 3 milhões de UFIR).

2. Se os requerentes envolvidos na operação possuírem um Fmb baixo, e o Valor da Operação (Vo) for elevado, poderá ser imposta multa graduada próxima à metade do valor máximo da multa (i.e., 3 milhões de UFIR).

3. Aos requerentes envolvidos na operação poderá ser imposta multa próxima ao valor máximo fixado em Lei (6 milhões de UFIR) somente se o Vo for elevado (cerca de R\$ 100 bilhões de reais) e se o Fmb for elevado (cerca de R\$ 400 bilhões de reais).

$$M = \frac{(Vmc \times Fmb - Vmc \times Fmín) + (Vam \times Vo - Vam \times Vomín)}{2} + Mmín + Of$$

4. Este critério propõe que a multa seja aplicada proporcionalmente ao valor da operação (Vo) e ao faturamento médio anual bruto (Fmb), acrescida dos valores correspondentes aos incisos I a IV dos arts. 1º e 2º da presente resolução e do valor mínimo da multa de acordo com o caput do art. 2º A fórmula literal é:

5. Esta fórmula baseia-se em valores de referência mínimos e máximos, tanto para o Vo quanto para o Fmb, Sendo que cada uma das partes entre parênteses corresponde a um fator, um advindo do cálculo com Fmb e outro do cálculo com Vo.

$$Vam = \frac{Mmáx - Mmín}{Vomáx - Vomín}$$

6. O coeficiente que define o quanto a multa aumentará em relação a um aumento do Vo é:

$$Vmc = \frac{Mmáx - Mmín}{Fmáx - Fmín}$$

7. O coeficiente que define o quanto a multa aumentará em relação a um aumento do Fmb é:

8. Estes coeficientes (itens 6 e 7) baseiam-se numa relação de proporcionalidade entre o quanto a multa pode variar e o quanto podem variar Vo e Fmb.

9. Os termos da equação são:

Fmb = Faturamento médio anual bruto;

Fmín = Faturamento médio anual bruto mínimo, ou seja: R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais);

Fmáx = Faturamento médio anual bruto máximo, ou seja: R\$ 400.000.000.000,00 (quatrocentos bilhões de reais);

Mmín = Valor mínimo da multa, igual a R\$ 63.846,00 (sessenta e três mil oitocentos e quarenta e seis reais);

Mmáx = Valor máximo da multa, igual a R\$ 6.384.600,00 (seis milhões trezentos e oitenta e quatro mil e seiscentos reais);

Vo = Valor da operação;

Vomín = Um valor mínimo de referência para uma operação: R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais);

Vomáx = Um valor máximo de referência para uma operação de vulto, ou seja R\$ 100.000.000.000,00 (cem bilhões de reais);

Vam = Coeficiente angular (Multa/Vo);

Vmc = Coeficiente angular (Multa/FM).

Of = Outros fatores (os fatores apurados nos incisos I a IV, dos arts. 1º e 2º desta Resolução) - (Eles simplesmente se somam ao resultado final);

M = Valor da multa a ser aplicada.

Nota: Os valores sublinhados indicam as variáveis da fórmula.

10. A fórmula em si estabelece que o valor da multa aumentará conforme aumentem Vo e Fmb. Assim, a multa máxima será aplicada apenas a operações de valor elevado (i.e. maior que Vomáx) entre empresas com um faturamento médio anual bruto também elevado (i.e. maior que Fmáx). Para casos intermediários, se estabelecem valores intermediários. Assim, uma operação de valor intermediário entre empresas com um faturamento médio anual bruto intermediário sofrerá uma multa com um valor próximo ao de uma operação pequena.

11. O rearranjo dos termos da fórmula, para facilitar os cálculos, é:

$$M = \frac{Vmc \times Fmb + Vam \times Vo - (Vam \times Vomín + Vmc \times Fmín)}{2} + Mmín + Of$$

12. Substituindo-se as letras por valores numéricos na fórmula apresentada acima para a determinação dos coeficientes, obtém-se:

$$Vam = \frac{6.384.600,00 - 63.846,00}{100.000.000,00 - 100.000.000,00} = \frac{6.320.754,00}{99.900.000.000,00} = 0,000063270811$$

$$Vmc = \frac{6.384.600,00 - 63.846,00}{400.000.000,00 - 400.000.000,00} = \frac{6.320.754,00}{399.600.000.000,00} = 0,000015817703$$

$$Vmc \times Fmín = 0,000015817703 \times 400.000.000,00 = 6.327,08$$

$$Vam \times Vomín = 0,000063270811 \times 100.000.000,00 = 6.327,08$$

$$(Vam \times Vomín + Vmc \times Fmín) = 6.327,08 + 63.327,08 = 12.654,16$$

13. Substituindo esses valores na fórmula principal:

$$M = \frac{0,00015817703 \times Fmb + 0,000063270811 \times Vo - 12.654,1621622}{2} + 63.846,00 + Of$$

14. Realizando a divisão:

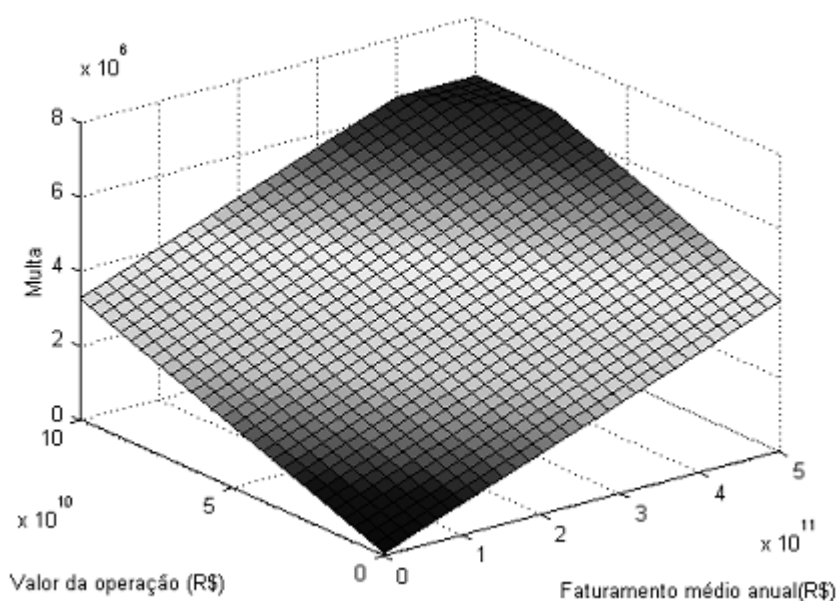
$$M = 0,00007908851 \times Fmb + 0,000031635405 \times Vo + 57.518,91 + Of$$

15. Devido à necessidade da obtenção de uma precisão em nível de centavos, ou seja, duas casas decimais, e considerando que os valores giram até 6 bilhões para Vo e 40 bilhões para Fmb, devemos considerar pelo menos 11 casas decimais de precisão nos números da fórmula. Todos os números foram calculados utilizando-se uma precisão de 24 algarismos significativos, caracterizando precisão suficiente para figurarem na fórmula.

16. Fatorando de modo a facilitar a leitura, e já tendo realizado as modificações propostas no parágrafo anterior:

$$M = \frac{7,90885135135 \times Fmb + 31,6354054054 \times Vo}{1.000.000,00} + 57.518,91 + Of$$

17. A representação gráfica desta fórmula, para Of valendo zero resulta:



A parte plana acima da figura representa situação em que a multa atingiu o valor máximo fixado em Lei.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

A dosimetria das multas aplicadas pelo CADE tem causado inúmeros questionamentos, seja no âmbito do próprio CADE seja no Poder Judiciário. Nesse sentido, a presente Resolução procurar trazer uma contribuição no sentido de uniformizar os critérios que deverão ser levados em consideração para se definir o valor da multa a ser aplicada em razão da apresentação intempestiva de um ato de concentração.

Considerando que o propósito desta resolução não é apenas definir genericamente os fatores que ensejariam o aumento ou atenuação da multa, o que já é feito pela Lei nº 8.884/94, cumpre, nesta oportunidade, atribuir parâmetros reais de gradação da pena a partir dos fatores dispostos pelo art. 27 da Lei supracitada que devem ser considerados para mensurar a penalidade pecuniária.

Além dos dispositivos legais que a Resolução não pôde deixar de considerar, foram observados os princípios que conferem subsídios à edificação do raciocínio em torno das atividades da Administração Pública. Dentre eles, destaca-se: (a) da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e (b) da indisponibilidade, pelo administrador, do interesse público. Destes, decorrem outros princípios, que não se pode deixar de considerar, quais sejam, (a) finalidade, (b) motivação, (c) razoabilidade e (d) proporcionalidade.

Assim, a presente exposição de motivos visa a justificar os critérios e valores dispostos na Resolução segundo os aspectos legais e principiológicos.

Conforme fica expresso no próprio texto e em seu Anexo I, a aplicação dessa resolução ocorre a partir do reconhecimento da intempestividade na apresentação de ato de concentração sujeito à apreciação do CADE, nos termos do artigo 54 da Lei nº 8.884/94, para a aplicação da multa pecuniária. Nos termos do que foi acima mencionado, a aplicação da multa deve ocorrer em conformidade com o previsto no art. 27 da mesma Lei, ou seja, é mister que consideremos os seguintes critérios:

I – perigo de lesão à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores e a terceiros, avaliado em dias de atraso, contados a partir do termo a quo definido, in casu, pela Lei nº 8.884/94 interpretada pelo CADE;

II – potencial de dano à concorrência;

III – espontaneidade da apresentação;

IV – reincidência;

V – valor da operação e a situação econômica dos requerentes.

De imediato, é necessário frisar que de acordo com os critérios de valoração da penalidade a multa aplicada respeitará o mínimo legal de 60.000 UFIR e o máximo legal de 6.000.000 UFIR (seis milhões de UFIR).

Assim, constatada a intempestividade, tem-se o valor mínimo da multa a quantia de 60.000 UFIR definida por lei. Partindo-se desse valor, a Resolução passa a majorar a multa. A seguir faz-se uma correlação entre cada critério e o dispositivo legal que se busca observar, sem esquecer dos princípios, atribuindo-se valores para cada uma das hipóteses:

I – quantidade de dias de atraso, contados a partir do termo a quo definido, in casu, pelo CADE. Considerando-se o disposto no art. 27, inciso V, da Lei nº 8.884/94:

| | |
|--------------------------|--|
| 1 dia | Não há acréscimo; |
| de 2 a 5 dias | + 10 mil UFIR; |
| de 6 a 30 dias | + 20 mil UFIR; |
| de 31 a 180 dias | + 30 mil UFIR; |
| de 181 a 360 dias | + 50 mil UFIR; |
| Acima de 360 dias | + 100 mil UFIR; + 100 mil UFIR a cada período de 360 dias. |

Para esse critério, além do dispositivo considerado, retira-se respaldo também do princípio da igualdade, garantido no art. 5º, caput, da CF/88. Isto porque, não seria equânime nem razoável atribuir multas idênticas a sujeitos que tenham diferenças no atraso da apresentação de operação ao SBDC. Assim, entende-se que o acréscimo em razão dos dias de atraso sirva como um incentivo à pronta apresentação de operações decorridos os 15 dias úteis contidos na Lei nº 8.884/94, art. 54, § 4º.

Desenvolve-se uma freqüência de variação maior até o trigésimo dia por entender que os primeiros trinta dias, subseqüentes à realização de uma operação significativa à análise de defesa da concorrência, são revestidos de grande importância, pois podem estabelecer situações de difícil reversão.

| | |
|-----------------------|-------------------|
| Sem restrições | Não há acréscimo; |
| Com restrições | + 60 mil UFIR |
| Com veto | + 200 mil UFIR |

II – se a operação foi aprovada (a) sem restrições; (b) com restrições; ou (c) foi vetada. Considerando o art. 27, incisos III e VI, da Lei nº 8.884/94:

| | |
|--------------------------------------|-------------------|
| Apresentação Espontânea | Não há acréscimo; |
| Mediante requerimento do SBDC | + 60 mil UFIR |

III – se a apresentação foi (a) espontânea; ou (b) mediante requerimento de autoridade de defesa da concorrência. Considerando o art. 27, inciso II, da Lei nº 8.884/94:

Para esses dois últimos critérios utiliza-se o dispositivo presente no art. 27, especificamente em seus incisos II e VI, cujas essências repousam no princípio da boa-fé e nos efeitos negativos advindos da prática. Desta forma, temos que:

“A boa-fé não é um elemento ou circunstância a ser considerada apenas no que diz respeito às relações de direito privado, entre particulares, ou de direito penal; a consideração de boa ou má-fé, tanto do particular que se relaciona com a Administração Pública quanto do agente público que se relaciona com o administrado é essencial, configurando, sim, um princípio de direito administrativo.

(...)

Em resumo, no processo administrativo, no tocante à decisão de validar ou invalidar um ato, de manter ou desconstituir uma situação jurídica, de aplicar ou não uma penalidade, a boa-fé do particular envolvido deve ser levada em consideração, pois sua intenção é efetivamente relevante para o Direito. Essa relevância está expressamente ressaltada no art. 2º, IV, da Lei nº 9.784/99, e reiterada em seu art. 4º”. (Sérgio Ferraz, in Processo Administrativo, p. 81-83).

IV – se há reincidência, art. 27, VIII, ambos da Lei nº 8.884/94, o acréscimo é de 60 mil UFIR;

V – o valor da operação e a situação econômica dos requerentes, levando-se em consideração, para tanto: (a) o valor da operação e (b) o Faturamento Médio Anual Bruto – no Brasil, do exercício anterior à apresentação do ato, dos requerentes envolvidos na operação. Neste critério, leva-se em consideração o disposto no art. 54, § 3º e § 5º, combinado com o art. 27, VII, todos da Lei nº 8.884/94. (A fórmula para a aferição dos valores apurados em razão desse inciso e sua relação como os demais incisos, encontra-se no ANEXO I desta Resolução).

É importante lembrar que, devido à relativa complexidade da relação das grandezas do valor da operação e situação econômica dos requerentes, foi desenvolvida uma fórmula matemática capaz de sopesá-las adequando-as aos demais incisos da Resolução. Esta fórmula está detalhada e explicitada no Anexo I da Resolução.