

CATEGORIA ESTUDANTES DE GRADUAÇÃO

Tema

1^o Lugar

Defesa da Concorrência

**A DOSIMETRIA DAS MULTAS IMPOSTAS EM RESPOSTA ÀS INFRAÇÕES
CONTRA A ORDEM ECONÔMICA: UMA ANÁLISE DA LEI DE DEFESA DA
CONCORRÊNCIA E DE SUA APLICAÇÃO PELO CADE**

GABRIEL MOREIRA PINTO

Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP)

**V
PRÊMIO SEAE
2010**

Concurso de Monografias sobre os temas:
Defesa da Concorrência e Regulação Econômica

Aos meus queridos pais,
amigos e exemplos Arlete e Walter.

Agradecimentos

À Faculdade de Direito do Largo São Francisco, para sempre minha segunda casa;

Aos Professores José Marcelo Martins Proença e Ronaldo Porto Macedo Jr. pelas conversas e referências que tanto enriqueceram este trabalho;

Ao Professor José Maria Arruda de Andrade pela rica análise e pelo grande incentivo na jornada em busca da publicação desta pesquisa;

Ao Cade, pela oportunidade no Programa de Intercâmbio (Pincade);

Ao Departamento Jurídico da Alcoa, em especial ao Luciano Amaral, ao Marcelo Rangel, ao Nirceu Mendes, à Gláucia Petcov, ao Marcelo Arbix e ao Henrique Andrade pela contribuição com o meu desenvolvimento profissional e pelo apoio e compreensão naquela fase tão agitada da vida de quintanista;

Aos amigos Leopoldo Pagotto, Bruno Maggi e Felipe Paschoalini da Equipe Cade do XBB, por despertarem meu interesse pela área do Direito da Concorrência e por tantos aprendizados compartilhados;

À Maria Inês Dolci e à Ana Luisa Ariolli da Pro Teste, pela contribuição com a minha formação e pelo incentivo ao estudo da área concorrencial;

Ao amigo Thiago Tannous, por suas inteligentes críticas e sugestões que possibilitaram um significativo aprimoramento da versão original;

À jovem jurista Martina Müller, pelo apoio e pela revisão desse trabalho;

Aos meus pais, Walter de Paula Pinto Filho e Arlete Alves Moreira Pinto, pelo inestimável apoio e incentivo em toda minha vida, e, mais uma vez, durante a elaboração deste trabalho.

Resumo

Este trabalho analisa a dosimetria das multas impostas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) às empresas infratoras da ordem econômica. O tema, de enorme relevância na jurisprudência, foi surpreendentemente esquecido pela literatura brasileira.

A multa é o principal instrumento de que o Estado lança mão para punir e, principalmente, prevenir novas condutas anticoncorrenciais. A matéria é regulada na lei concorrencial pela aplicação conjunta dos artigos 23 (prevê multa de 1% a 30% do faturamento bruto da empresa) e 27 (institui os balizadores daquela ponderação).

A investigação da aplicação desses dispositivos em 14 condenações paradigmáticas revela que a matéria tem evoluído, mas persiste certa inconsistência quanto (i) à interpretação do conceito de “faturamento” na fixação da base de cálculo da multa; e (ii) à metodologia de avaliação de agravantes e atenuantes. A principal conclusão é que as falhas do modelo vigente são inerentes à estrutura legal atual.

À luz desses desafios, a análise (i) da proposta de alteração legislativa que tramita no Senado (PLC n. 06/2009) bem como (ii) de diferentes soluções construídas no exterior, em especial pela Comissão Europeia, aponta um norte para o desenho de um sistema de multas antitruste mais previsível e eficiente no Brasil.

Palavras-chave: dosimetria; multa; Cade.

Sumário

1	Introdução	413
2	As multas no contexto da defesa da concorrência	415
2.1	A importância e as finalidades das multas na defesa da concorrência	415
2.2	As multas concorrenciais na Lei n. 8.884/1994	418
2.2.1	Análise do artigo 23	419
2.2.1.1	A multa nunca será inferior à vantagem auferida. Mas e equivalente a ela?	419
2.2.1.2	A indeterminação da base de cálculo prevista no inciso I	420
2.2.1.3	A interpretação literal do conceito de “faturamento”	420
2.2.1.4	A interpretação sistemática do conceito de “faturamento”	425
2.2.1.5	A reincidência	426
2.2.2	Análise do artigo 27 e os critérios para dosagem da multa	426
2.2.2.1	Gravidade da infração	426
2.2.2.2	A boa-fé do infrator	427
2.2.2.3	Vantagem auferida ou pretendida pelo infrator	427
2.2.2.4	A consumação ou não da infração	428
2.2.2.5	O grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores ou a terceiros	428
2.2.2.6	Os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado	428
2.2.2.7	A situação econômica do infrator	429
2.2.2.8	A reincidência	429
2.2.2.9	Conclusões sobre os balizadores do artigo 27	430
3	A dosimetria das multas na jurisprudência do Cade	430
3.1	Extensão da interpretação do artigo 23, I	431
3.1.1	Casos em que o Cade aplicou a interpretação literal	431
3.1.1.1	Cartel da Areia (2008)	431
3.1.1.2	Caso Ambev “Tô Contigo” (2009)	432
3.1.1.3	Cartel dos Gases (2010)	432
3.1.2	Caso em que o Cade não declarou a interpretação adotada	433
3.1.2.1	Caso White Martins (2002)	433
3.1.3	Casos em que o Cade aplicou a interpretação sistemática	433

3.1.3.1 Caso Microsoft/TBA (2004)	433
3.1.3.2 Cartel da Ponte Aérea (2004)	434
3.1.3.3 Cartel dos Jornais do Rio de Janeiro (2005)	434
3.1.3.4 Cartel das Vitaminas (2007)	434
3.1.3.5 Cartel dos Frigoríficos (2007)	435
3.1.4 Casos em que o Cade adotou ambas as interpretações	435
3.1.4.1 Caso do Porto de Santos (2005)	435
3.1.4.2 Cartel das Britas (2005)	435
3.2 As diferentes metodologias de aplicação do artigo 27	437
3.2.1 Casos em que o Cade não detalhou a dosagem da multa	437
3.2.2 Casos em que o Cade não explicitou o peso de cada agravante	437
3.2.2.1 Caso Microsoft/TBA (2004)	437
3.2.2.2 Cartel dos Jornais do Rio de Janeiro (2005)	438
3.2.2.3 Cartel das Britas (2005)	438
3.2.2.4 Cartel dos Frigoríficos (2007)	438
3.2.2.5 Cartel dos Vigilantes (2007)	439
3.2.2.6 Cartel das Vitaminas (2007)	439
3.2.2.7 Caso Ambev “Tô Contigo” (2009)	439
3.2.2.8 Cartel dos Gases (2010)	440
3.2.3 Caso em que o Cade atribuiu o mesmo peso a cada agravante	441
3.2.3.1 Cartel dos Vergalhões de Aço (2005)	441
3.2.4 Caso em que o Cade partiu de um patamar superior em vista da natureza do ilícito	441
3.2.4.1 Cartel da Areia (2008)	441
3.2.5 Caso em que o Cade se baseou nos lucros auferidos pela infratora	442
3.2.5.1 Caso White Martins (2002)	442
4 Desafios do modelo vigente no Brasil	443
4.1 Análise sistemática dos julgados (acerca da aplicação dos arts. 23 e 27)	443
4.1.1 A inconsistência na aplicação do artigo 23, I	444
4.1.2 As interpretações do artigo 23, I, e a finalidade preventiva da multa	445
4.1.3 As interpretações do artigo 23, I, e a finalidade retributiva da multa	446

4.2 A inconsistência na aplicação do artigo 27	448
4.3 Afinal, o problema está na lei ou em sua aplicação?	450
5 Subsídios para evolução do sistema brasileiro	452
5.1 Análise do Projeto de Lei da Câmara n. 06/2009	452
5.2 A dosimetria das multas antitruste na experiência internacional	455
5.2.1 A experiência europeia	455
6 Conclusões e propostas	457
Referências	461

Lista de figuras, gráficos e tabelas

Figura 1. Cartel das Empresas de Bebidas	422
Gráfico 1. Multa versus % faturamento	443
Tabela 1. O conceito de “faturamento” da empresa aplicado pelo Cade	444

1 Introdução

A defesa da concorrência tem passado por um significativo processo de consolidação desde a promulgação, em 11 de junho de 1994, da Lei n. 8.884. A difusão da cultura da competição nos mercados e o fortalecimento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) perante o sistema político e a própria opinião pública têm contribuído para o desenvolvimento da economia de mercado brasileira e sua integração à ordem globalizada.

Os primeiros anos da tutela da concorrência no país foram marcados pelo emprego da maior parte da energia e dos recursos públicos no controle das estruturas econômicas de mercado. Superada uma série de desafios jurídicos, econômicos e institucionais, as autoridades concorrenciais seguiram a tendência internacional e definiram como novo foco de atuação o controle das condutas anticompetitivas, em especial o combate aos cartéis.

A partir de 2003, a Secretaria de Direito Econômico (SDE), órgão responsável pela investigação das condutas anticompetitivas, passou a empregar novas ferramentas em conjunto com o Ministério Público e com a Polícia Federal, tais como busca e apreensão e escuta telefônica. O significativo salto qualitativo nas instruções probatórias, combinado com a disseminação do acordo de leniência, resultou em um número crescente de apurações de infrações à ordem econômica.

Comprovada a conduta anticompetitiva, o processo administrativo sancionador culmina, dentre outras medidas, com a imposição de multa de até 30% do faturamento da empresa infratora. A sanção pecuniária consiste no principal instrumento de que lança mão o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) tanto para punir os infratores quanto para desencorajar os demais agentes econômicos a prejudicarem a concorrência. Por esse motivo, seguindo a tendência internacional, a severidade nas punições tem sido crescente.

Se no fim da década de 1990 eram comuns as multas mínimas (1% do faturamento da empresa), em 2005 as multas alcançaram 15% no Cartel das Britas;¹ em 2008, no Cartel da Areia, chegaram a 22,5%; e em 2010, a 50% no Cartel dos Gases Industriais (o fator reincidência duplicou a multa de 25%).

Traduzidos para valores absolutos, destacam-se os R\$ 345 milhões impostos às empresas Gerdau, Barra Mansa e Belgo-Mineira, condenadas pelo Cartel no Mercado de Vergalhões de Aço, bem como a condenação da Ambev no valor de R\$ 352 milhões. Recentemente, a condenação do Cartel dos Gases culminou na aplicação de multas da ordem de R\$ 2,3 bilhões (sendo 1,7 bilhão apenas à White Martins) às sociedades empresárias envolvidas.

1 As referências aos processos administrativos correspondentes aos casos citados nesta Introdução localizam-se na seção 3, na qual esses e outros julgados serão analisados com profundidade.

A severidade das multas impostas tem contribuído para uma crescente preocupação dos agentes econômicos com a Lei de Defesa da Concorrência. Em muitos casos, inclusive, agentes econômicos interromperam práticas anticompetitivas e passaram a colaborar com as investigações das autoridades por meio da celebração de Termos de Cessação de Conduta (TCC) e Acordos de Leniência com o objetivo de escapar dessas punições.

Contudo, são recorrentes as críticas sobre a dificuldade do Cade em recolher as multas impostas, que são sempre questionadas pelas empresas condenadas no Poder Judiciário. Segundo o Relatório de Gestão e Correição da Procuradoria-Geral do Cade (2006-2007), entre 1994 e 2005, apenas 16,2% das condenações do Conselho em Processos Administrativos foram cumpridas (CADE, 2008b). De acordo com levantamento divulgado recentemente, 82% das multas impostas por infração à ordem econômica são questionadas judicialmente (FOLHA ON-LINE, 2009, p. 1).

É claro que mesmo decisões claramente nos limites legais podem ser questionadas judicialmente. No entanto, é importante lembrar que as empresas condenadas são obrigadas a realizar o depósito integral do valor da multa imposta como requisito de ingresso no Poder Judiciário (artigos 65 e 66 da lei concorrencial), e aqueles dispositivos têm sido aplicados amplamente pelos juízes (ainda que se aceite a apresentação de carta-fiança como substituto ao depósito). Não obstante esse mecanismo desencorajador, os questionamentos persistem, resultando em mais de R\$ 600 milhões depositados em juízo (BORGES, 2009, p. 1).

As multas “astronômicas” impostas pelo Cade às empresas, que despertam tamanhas controvérsias em âmbito administrativo e judicial e são amplamente divulgadas pela mídia, foram surpreendentemente esquecidas pela literatura concorrencial brasileira. Este trabalho destina-se a contribuir para o preenchimento desse hiato, aprofundando-se no estudo da aplicação da Lei n. 8.884/1994 quanto à dosimetria das multas aplicadas às empresas condenadas por infrações à ordem econômica.²

Não obstante a lei concorrencial preveja outras sanções administrativas às empresas (art. 24), bem como sanções pecuniárias imputáveis aos administradores³ (art. 23, II) e às entidades não empresariais (art. 23, III), este estudo, estruturado em seis seções, limita-se às multas imputáveis às empresas infratoras, tema por si só complexo e vasto.

Após esta Introdução, a seção 2 apresenta, com base na literatura específica e, analogamente, na teoria da pena, a importância e os objetivos das multas administrativas no contexto do antitruste. Mais especificamente, analisam-se de modo aprofun-

2 Entre os diversos fundamentos que motivam as empresas a buscarem a Justiça, os critérios usados pelo Cade na dosagem da multa são uma constante (CANTERGIANI, 2006, p. E2).

3 As infrações à ordem econômica também sujeitam as pessoas físicas infratoras a sanções de natureza penal (reclusão de dois a cinco anos), nos termos do art. 4º da Lei n. 8.137/1990.

dado seus artigos 23 e 27, que regulam os parâmetros legais e os limites na aplicação dessas multas.

Na terceira seção desenvolve-se uma pesquisa empírica de como esses dispositivos têm sido aplicados pelo Cade nas principais condenações por infrações à ordem econômica, revelando as mais importantes controvérsias que resultam no elevado índice de questionamento judicial dessas decisões. A sistematização desse robusto material na quarta seção permite uma análise de como a jurisprudência evoluiu ao longo dos anos e os desafios remanescentes.

Dissecados os problemas, parte-se em uma jornada em busca de soluções. A quinta seção é inaugurada pelo exame do tratamento conferido à matéria pelo Projeto de Lei da Câmara n. 06/2009, que tramita no Senado com o objetivo de reformar o SBDC. Aproveitando o momento oportuno de alteração legislativa, investiga-se em que medida a rica experiência do direito comunitário com a dosagem das multas antitruste poderia contribuir com a evolução do modelo brasileiro.

Por fim, na seção final, com base em todos os elementos estudados – a Lei n. 8.884/1994, a jurisprudência do Cade, o Projeto de Lei n. 06/2009 e a experiência europeia – apontam-se propostas para uma aplicação mais coesa da lei atual pelo Cade e, sobretudo, um norte para a construção de um novo modelo de imposição de multas que sancione as condutas anticompetitivas com o devido rigor, sem, entretanto, extrapolar os limites constitucionais.

2 As multas no contexto da defesa da concorrência

Este trabalho investiga o controle das condutas, em especial a principal forma de repressão às empresas infratoras à ordem econômica: a imposição de sanções administrativas. Em prol do interesse público, o Cade pode impor, como de fato impõe, diversas sanções, tais como a vedação de contratar com instituições financeiras oficiais e de participar de licitações públicas, perda de benefícios fiscais, obrigatoriedade de dar publicidade à condenação e até mesmo a cisão da sociedade (artigo 24). Sobretudo, a multa aplicada à pessoa jurídica infratora é a punição básica e o principal instrumento punitivo e dissuasório do SBDC.⁴

2.1 A importância e as finalidades das multas na defesa da concorrência

De modo geral, um sistema sancionatório é considerado eficiente se reduz no maior grau possível o número de novas infrações à ordem econômica em vista dos recursos públicos escassos, observados os limites constitucionais.

4 As multas impostas pelo Cade são revertidas ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), cujos recursos são destinados à reparação de interesses difusos prejudicados. O referido fundo é vinculado ao Ministério da Justiça e administrado por dez conselheiros (três da sociedade civil, dois de órgãos de Estado e cinco indicados por ministérios).

Este estudo emprestará conceitos valiosos do direito penal, cuja bagagem relacionada à sanção apresenta correntes bastante sedimentadas. É claro que “pena” e “sanção administrativa” são institutos diferentes, mas ambas possuem muitos pontos de identidade, de modo que a analogia pode ajudar a suprir parte da lacuna sobre o tema na literatura concorrencial. Afinal, no antitruste, a importância da multa também decorre de uma dupla finalidade: preventiva e retributiva.⁵

No direito penal, a finalidade preventiva tem a função de deter ou impedir o delito por meio de seu efeito intimidatório sobre a coletividade, ou seja, inibir o delinquente ocasional, reeducar o criminoso corrigível ou tornar inofensivo o incorrigível (CARVALHO NETO, 2008, p. 22).

No campo concorrencial em específico, agentes econômicos calculam os custos e os riscos da conduta ilícita, levando em conta no seu cálculo as probabilidades de (i) detecção de sua conduta, (ii) de condenação, (iii) de efetivação da punição, multiplicadas pelas multas aplicáveis no caso de condenações ou necessárias para celebração de um acordo (OCDE, 2002, p. 72 e 85).⁶

Desse modo, considerando que boa parte das condutas não é identificada (e, conseqüentemente, punida), a multa ótima seria um múltiplo (i) dos ganhos esperados (ii) pela probabilidade de a prática ser efetivamente punida.⁷ Há, nesse sentido, certo consenso entre os especialistas de que uma multa três vezes superior aos lucros potenciais seria eficiente para desestimular infrações concorrenciais (OCDE, 2002, p. 73).

No mesmo sentido, os agentes econômicos avaliam o custo-benefício das infrações, concluindo que determinadas condutas são sancionadas de modo mais severo do que outras. Se as punições fossem as mesmas independentemente do dano causado, os agentes econômicos teriam um incentivo à imposição de preços mais elevados (BERTRAN, 2004, p. 133).

Assim, a punição deve ser proporcionalmente maior quanto maior for o dano ao mercado, incentivando infratores a escolherem condutas que imponham menores perdas sociais. É seguindo esse raciocínio que, por exemplo, o artigo 157, § 3º do Código Penal atribui uma pena substancialmente maior ao latrocínio (vinte a trinta anos) em comparação à do roubo (quatro a dez anos).

A ideia por trás das sanções elevadas é, portanto, sinalizar ao mercado que as infrações à ordem econômica não compensam. João Bosco Leopoldino da Fonseca

-
- 5 No contexto da Lei de Defesa da Concorrência, inclusive de prevenção a infrações contra a ordem econômica (art. 1º), o art. 27 (que será examinado na próxima subseção) indica que a sanção deve ser simultaneamente reparatória (“grau ou perigo de lesão” à coletividade e aos “efeitos econômicos negativos no mercado”) e punitiva (“situação econômica do infrator” e a “reincidência”).
- 6 Vale admitir a limitação dessa abordagem econômica ao desconsiderar o elemento moral, que, em determinados casos, pode impedir o indivíduo de realizar uma conduta anticompetitiva, ainda que seja muito lucrativa. Em outros casos, ele pode desencorajar o indivíduo em algum grau a praticar a infração, exigindo, portanto, uma taxa de retorno mais elevada para que o imoral “valha a pena”.
- 7 Como as condutas anticompetitivas são em sua maior parte secretas, não é possível dizer-se ao certo na prática qual o risco de uma prática ser detectada pelas autoridades concorrenciais.

(2007, p. 34) destaca que os lucros visados por condutas anticoncorrenciais são, de modo geral, muito elevados,⁸ de forma que multas brandas seriam “ridículas”, pois não superariam os ganhos de condutas ilícitas. Por esse motivo, sanções efetivamente severas são necessárias para desestimular condutas anticompetitivas.

O efeito dissuasório (ou deterrente) é potencializado com a transparência conferida às severas decisões e aos critérios agravantes da conduta anticompetitiva (CALVIÑO, 2007, p. 5). Daí a importância da promoção da concorrência ante a sociedade e das penalidades administrativas acessórias (art. 24), tais como a inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor e a publicação da condenação em jornal de grande circulação à custa do infrator.

O efeito dissuasório, no contexto concorrencial, exerce outra função relevante: incentivar os infratores a interromperem as práticas presentes e a cooperarem com as investigações das autoridades. A abordagem de combinar incentivos com penalidades (*stick and carrot*) pressupõe que a sanção imputável seja severa o suficiente a ponto de tornar vantajoso para o agente infrator a celebração de um Acordo de Leniência⁹ ou de um Termo de Cessação de Conduta (TCC).¹⁰

O efeito dissuasório assegura a efetividade da sanção, mas esta não se resume àquele. Se esse fosse o único objetivo da sanção, a problemática revelar-se-ia extremamente simples: para “dar o exemplo” e desencorajar os demais agentes a praticarem condutas anticompetitivas, bastaria o Estado impor sanções como a tortura, a prisão perpétua ou a pena de morte.

Tais penalidades já foram amplamente usadas, ao arbítrio do monarca, em um período de escuridão na história da humanidade. No contexto do Iluminismo, Cesare Beccaria (1997, p. 28) defendeu novos valores de justiça que mais tarde se revelariam essenciais ao Estado de direito. Sustentou o pensador que toda pena que supere a absoluta necessidade é tirânica, arrematando: “Eis, então, sobre o que se funda o direito soberano de punir os delitos: sobre a necessidade de defender o depósito da salvação pública das usurpações particulares”.

8 Sobre este assunto, o jurista Luciano Sotero Santiago (2008, p. 231) destaca o voto do conselheiro Luis Fernando Rigato contrário à celebração do TCC proposto pela Lafarge (Processo Administrativo n. 08012.011142/2006-79): se o suposto acordo tivesse levado ao sobrepreço de apenas R\$ 1 por saco de cimento, as empresas teriam ganho R\$ 800 milhões por ano.

9 O acordo de leniência consiste em um instrumento análogo à delação premiada do direito penal. Introduzido nos arts. 35-B e 35-C do diploma concorrencial pela Lei n. 10.149/2000, esse acordo garante imunidade parcial ou total das sanções aplicáveis ao infrator da ordem econômica que resolve denunciá-la às autoridades concorrenciais. O leniente deve contribuir efetivamente com informações e provas relativas à conduta dos demais envolvidos.

10 O Termo de Cessação de Conduta (TCC), previsto pelo art. 53 da lei concorrencial, é um instrumento análogo ao termo de ajustamento de conduta (TAC). O acordo, celebrado entre o representado proponente e o Cade, à sua discricionariedade, visa à imediata interrupção da suposta prática anticoncorrencial investigada e uma rápida restauração do funcionamento do mercado. O TCC não implica necessariamente o reconhecimento de culpa do agente, mas, em casos de cartel, exige-se recolhimento de valor não inferior ao mínimo da multa legal. A solução consensual em muitos casos revela-se menos onerosa que o litígio, tanto para a administração quanto para o administrado.

Esse conceito ilustra bem a finalidade retributiva da sanção, que se encontra lado a lado com a finalidade preventiva. A retribuição diz respeito à restauração da ordem atingida pelo ilícito. A grande virtude dessa abordagem encontra-se na limitação do poder do Estado ao substituir a ideia de vingança pelo princípio da culpabilidade, de sorte que a pena deverá ser proporcional à gravidade do ilícito cometido (CARVALHO NETO, 2008, p. 34).¹¹

As ideias penalistas em tela traduzem-se com facilidade para o campo antitruste. Nas palavras de Leopoldino da Fonseca (2007, p. 35), “o peso da pena deve corresponder à gravidade da infração contra a ordem econômica e às consequências daí decorrentes, ou seja, deve haver uma adequação entre pena e infração”, e, na mesma linha, Macedo Júnior (2003, p. 44) complementa: “Uma sanção será excessivamente alta se impuser um ônus muitas vezes superior à vantagem potencial máxima associada à conduta ilícita”.

O campo concorrencial apresenta ainda uma peculiaridade quanto à desproporcionalidade da sanção. Mais do que violadora das garantias individuais do administrado, uma multa excessiva pode afetar a capacidade competitiva da empresa, não só no mercado infringido, mas também nos outros em que atua. Nesse caso, a penalidade iria de encontro à principal função do sistema: a tutela da livre concorrência.

Por fim, as duas finalidades estudadas – preventiva e repressiva – acabam se tangenciando. A proporcionalidade da sanção relaciona-se com seu efeito dissuasório à medida que multas excessivas são mais suscetíveis à reforma judicial, podendo levar, inclusive, ao descrédito das penalidades (na ótica de potenciais infratores).¹²

2.2 As multas concorrenciais na Lei n. 8.884/1994

O controle de condutas anticompetitivas realizado pelas autoridades concorrenciais tem clara natureza repressiva e sancionadora, que pode ser conceituada como uma resposta de caráter negativo imposta pela administração a um comportamento ilícito (GILBERTO, 2008, p. 302).

A função repressiva da defesa da concorrência é disciplinada pela Lei n. 8.884/1994 nos artigos 20 e 21, que definem as infrações à ordem econômica; nos artigos 23 a 27, que regulam as sanções aplicáveis naquelas hipóteses (objeto deste

11 No mesmo sentido vem o ensinamento do professor de direito penal David Teixeira de Azevedo (AZEVEDO, 1998, p. 18): “A dogmática penal é o resultado da lenta evolução do direito punitivo, que parte desde a irracionalidade da resposta vindicativa, passa pelo modelo evoluído do talião para alcançar, com a constituição do Estado e o aperfeiçoamento da organização social, o sentido de uma resposta jurídica racional, proporcional ao fato ilícito, com respeito aos direitos e garantias do acusado, a ser proferida pelo Estado, detentor do *jus puniendi* e do *jus persequendi*”.

12 Nessa linha prossegue Ronaldo Porto Macedo Júnior (MACEDO JÚNIOR, 2003, p. 44-45): “A elevação excessiva da sanção pode frequentemente levar ao descrédito da própria penalidade, gerando uma diminuição de seu potencial desencorajador de condutas infracionais similares. Ora, a imposição de multa que se sabe de antemão ser desproporcional já no seu mínimo legal produz tal efeito na medida em que se saberá que há grandes chances de que venha a ser anulada pelo Poder Judiciário”.

trabalho); e nos artigos de 30 a 53, que disciplinam as fases do processo administrativo sancionador.

2.2.1 Análise do artigo 23

O artigo 23 da Lei n. 8.884/1994 estabelece os parâmetros para fixação da multa-base bem como os limites mínimo e máximo das multas aplicáveis às empresas autoras de condutas anticompetitivas:

Art. 23. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I – no caso de empresa, multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício,¹³ excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável; [...].¹⁴

Parágrafo único. Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

Do texto legal, depreende-se a correta severidade com que a lei responde aos comportamentos anticompetitivos. As condenações variam do mínimo de 1% ao máximo de 30% do faturamento da empresa condenada, podendo exceder, inclusive, a margem de lucro anual de diversas atividades comerciais e industriais.¹⁵

Na realidade, os limites mínimo e máximo são variáveis por força da parte final do inciso I, que estabelece que a multa “nunca será inferior à vantagem auferida”. Caso os lucros auferidos pelo infrator sejam superiores a 1% do faturamento da empresa, a multa mínima a que ele está sujeito se eleva àquele patamar. Na outra ponta, a multa pode superar o teto de 30%, se necessário para alcançar a vantagem auferida pelo infrator.¹⁶

2.2.1.1 A multa nunca será inferior à vantagem auferida. Mas e equivalente a ela?

Salta aos olhos o problema da previsão legal, que permite uma multa aplicada em patamar equivalente à vantagem auferida pelo infrator. Analogamente, a hipótese

13 A Lei n. 9.021/1995, em seu art. 11, traz um vetor de interpretação ao art. 23, I, *verbis*: “Para os fins previstos no art. 23 da Lei n. 8.884/1994 será considerado o faturamento da empresa no exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, corrigido segundo os critérios de atualização dos tributos federais pagos em atraso, até a data do recolhimento da respectiva multa”.

14 Conforme observado anteriormente, os incisos II e III não serão objeto de análise deste trabalho por versarem sobre as penalidades imputáveis às “não empresas”, ou seja, respectivamente, ao administrador e às “demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto”.

15 Argumento levantado pelo Sindicato das empresas na Adin n. 1094-8 DF, relativo à inconstitucionalidade de dispositivos da Lei n. 8.884/1994.

16 Por decorrência lógica, nessa hipótese a multa deverá ser equivalente aos lucros auferidos, inviabilizando a aplicação de atenuantes e de agravantes.

corresponde ao absurdo da punição de um criminoso com a mera devolução do objeto furtado, que jamais seria suficiente para punir e desencorajar novos ilícitos (MACEDO JÚNIOR, 2003, p. 43).¹⁷

Suponha-se que os lucros auferidos por um cartel de fixação de preços seja de R\$ 1 milhão e que a lei atribua a essa conduta uma sanção equivalente aos seus lucros. Calculando-se que, por hipótese, a probabilidade de punição pelas autoridades concorrenciais seja de 0,25, o valor da punição aos olhos do infrator será de apenas R\$ 250.000,00. Logo, o valor necessário para dissuadir a conduta seria obtido por meio da divisão do lucro da infração pela probabilidade de sancionamento – nesse exemplo, a multa ideal seria de R\$ 4 milhões (POSNER, 2001, p. 269).

Nessa linha de raciocínio, uma sanção equivalente ao valor da vantagem auferida será incapaz de desencorajar os agentes econômicos de atentarem contra a livre concorrência, revelando-se ineficaz sobre o prisma da deterrência. É nesse sentido que vem a conclusão da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) de que o princípio basilar das multas antitruste é que excedem os ganhos da conduta (OCDE, 2002, p. 85).¹⁸

2.2.1.2 A indeterminação da base de cálculo prevista no inciso I

A seguir, outro (e o principal) problema relativo à redação do artigo 23, I, da Lei n. 8.884/1994 consiste na ausência de uma especificação clara de qual seria a base de cálculo para a quantificação das multas impostas às infrações à ordem econômica.

2.2.1.3 A interpretação literal do conceito de “faturamento”

À primeira vista, a leitura do inciso I do dispositivo leva à conclusão de que a expressão “do faturamento bruto (da empresa) no seu último exercício” se refere ao faturamento global da empresa infratora. A lógica por trás desse critério seria a utilização do faturamento como uma *proxy* (representação, substituto) da situação financeira da infratora, garantindo-se que a sanção imposta sempre será suficientemente pesada a ponto de se fazer sentir pela condenada.

Segundo essa corrente literal, na Lei n. 8.884/1994 como um todo e especialmente no art. 23, I, mesmo que de forma atécnica, o termo “empresa” teria sido empregado no sentido de sociedade empresária, subsidiando a tese com a menção aos

17 Como visto na seção 2.1., o agente econômico racional, ao buscar a maximização de seus lucros, pondera se os ganhos decorrentes da prática contrária à livre concorrência são superiores aos custos de praticá-la. Considerando que no “mundo real” a chance de ser punido é inferior a 100%, o infrator em potencial desconta (multiplica) a probabilidade de ser punido pelo custo da punição provável.

18 Uma rápida passagem pelas legislações internacionais revela que, dentre outros limites pecuniários, os limites da multa administrativa antitruste são: (i) na Colômbia, de 150% dos lucros auferidos (art. 25 da Lei n. 1.340/2009); (ii) nos Estados Unidos, desde a alteração de 2004 no *Sherman Act*, o dobro dos lucros auferidos ou dos danos causados ao mercado, quando quantificáveis (CALVIÑO, 2007, p. 4); e, por fim, (iii) na Nova Zelândia, de três vezes o valor dos lucros auferidos pela prática (OCDE, 2002, p. 73-74). A comparação, como não poderia ser diferente, revela que não se limita a aplicação da multa ao valor equivalente aos lucros obtidos pela infração.

“arts. 2º, §§ 1º e 2º, 6º, III e IV, 7º, XI, 16, 17, 21, XXI (deixa claro distinção entre empresa” – no sentido de “sociedade empresária” – e “atividade empresarial”), 35, 2º, 35-B, §§ 1º e 2º, I e II e IV, 6º, 7º etc.”.¹⁹

A tese seria reforçada pela análise (i) do vocábulo “faturamento” (art. 23, I), pois o ato de registrar contabilmente vendas só poderia ser realizado por empresário individual ou sociedade empresária; (ii) da expressão infração cometida por “empresa” (art. 23, II), uma vez que apenas um sujeito de direitos poderia cometê-la; e (iii) do artigo 23, III, que define “empresa” e “administrador” como “pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado”.²⁰ Arthur Badin (2006, p. E2) sustentou que o operador do direito deve ater-se à lei, sendo-lhe vedado estender o significado da norma para abranger outras espécies que não foram previstas expressamente, ou seja, “onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir”.

Argumentos tão contundentes aparentemente sugerem que essa seria a única interpretação possível para o dispositivo. É necessário atentar, no entanto, que se vincula o valor da multa-base exclusivamente à estrutura societária do agente econômico. Essa abordagem vem de encontro à noção expressa por Salomão Filho (2002, p. 254) de que o combate à realidade das formas é essencial para a adequada compreensão e interpretação do sistema concorrencial brasileiro.

De fato, por meio de um breve exercício hipotético é possível visualizar claramente os problemas intrínsecos à aplicação de multas baseadas na realidade das formas do infrator. Imagine-se dois grupos empresariais atuantes em âmbito nacional nos mercados de bebidas (A e B) que apresentam o mesmo faturamento anual de R\$ 1 bilhão e as mesmas participações em cada um dos cinco mercados que disputam, quais sejam: chás gelados, sucos, refrigerantes, cervejas e isotônicos. Cada um dos cinco mercados citados representa fatias iguais de 20% do faturamento de cada grupo, isto é, R\$ 200 milhões. A única diferença entre os grupos reside em suas estruturas societárias. O Grupo A prefere segmentar suas atividades constituindo pessoas jurídicas para cada atividade, quais sejam: Companhia A de Chás Gelados, Companhia A de Sucos, Companhia A de Refrigerantes, Companhia A de Cervejas e Companhia A de Isotônicos, ao passo que o Grupo B exerce essas cinco atividades econômicas diretamente, por meio de diferentes departamentos da Companhia B de Bebidas.

Suponha-se que o Cade se convença da existência de cartel coordenado por executivos de ambos os grupos para fixação de preços no mercado nacional de chás gelados. As investigações apuraram que, devido àquela infração, cada participante aumentou seus lucros naquele mercado em 10% do seu faturamento anual, isto é, em R\$ 20 milhões cada. O caso é ilustrado a seguir:

19 Parecer da Procuradoria-Geral do Cade datado de 25 de janeiro de 2006 nos autos do Processo n. 08012.002127/2002-14, p. 3. 20 *Ibid.*, p. 3.

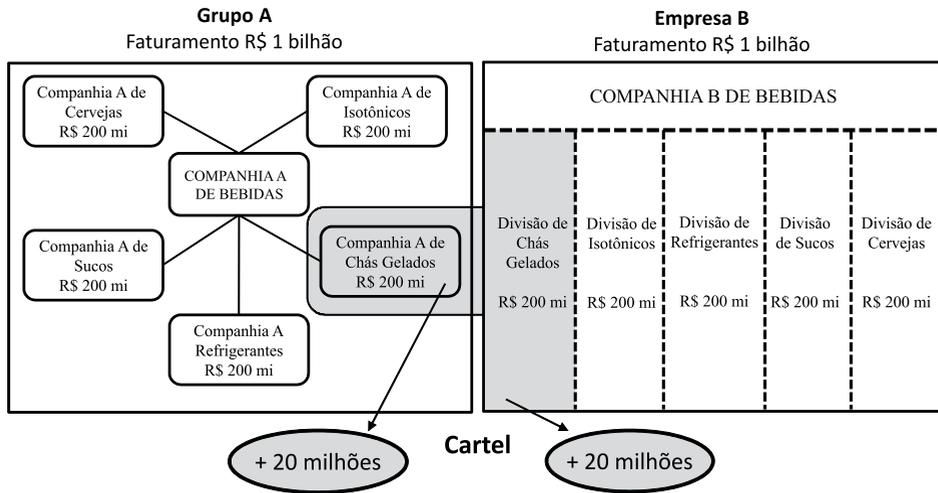


Figura 1. Cartel das Empresas de Bebidas

Fonte: elaboração do autor

O Cade, levando em conta a gravidade da infração, a ausência de boa-fé e a situação econômica fixa a multa em 20% do faturamento total das empresas infratoras, que se traduzem em R\$ 40 milhões para a Companhia A de Chás Gelados e R\$ 200 milhões para a Companhia B de Bebidas.

Salta aos olhos a gritante disparidade entre as multas aplicadas. As duas empresas desempenham atividades econômicas idênticas e foram co-autoras em igual grau à infração, mas as multas são radicalmente diferentes devido a um fator alheio ao ilícito cometido: a organização societária dos grupos empresariais.

Ao lado do tratamento anti-isonômico, observa-se uma perigosa desconexão entre a gravidade e a dimensão da infração e a punição imposta. O faturamento da pessoa jurídica infratora não guarda relação necessária com os danos causados ao mercado nem com os lucros auferidos, de modo que dependendo da estruturação societária da empresa a sanção mínima já pode ser absolutamente desproporcional.

No exemplo, os R\$ 200 milhões impostos à Companhia B de Bebidas são dez vezes o valor dos lucros auferidos pela conduta e equivalem ao faturamento total da sua atividade econômica de chás gelados, e caso a empresa atuasse em mais mercados, a distorção seria ainda maior.

Os mesmos efeitos obtidos verificam-se em outras hipóteses. Suponha-se que a Companhia B de Bebidas supracitada realize práticas abusivas na venda de todos os seus cinco produtos, mas somente no Estado de Pernambuco. Uma multa imposta com base no faturamento total da sociedade levaria em consideração suas atividades nas 27 Unidades Federativas, importando em igual incoerência.

Ainda relativamente ao âmbito geográfico, imagine-se o caso de a Companhia B de Bebidas supracitada exportar 90% de sua produção de bebidas, sendo marginais suas receitas auferidas no Brasil. Caso a Companhia B pratique uma conduta anticompetitiva de pequena proporção no território nacional, o faturamento de suas exportações fará com que a multa seja muitas vezes superior ao dano causado no mercado nacional.

Essas hipóteses mostram claramente que a interpretação literal do artigo 23, I, não comporta a situação fática de uma mesma pessoa jurídica desempenhar uma série de atividades econômicas diferentes.²¹ A utilização do faturamento da pessoa jurídica como base de cálculo resulta em multas mais elevadas aplicadas às empresas com maior faturamento global ao invés de às práticas infrativas mais graves (que geraram um lucro maior ao infrator bem como um dano maior ao mercado), comprometendo a individualização da sanção.²²

Importa notar que, com o advento da economia globalizada, o átomo rapidamente deu lugar à molécula, de modo que os grupos societários são os protagonistas do sistema econômico vigente. O fenômeno da empresa multissocietária configura um novo modo de organização, no qual distintos entes jurídicos são submetidos a uma única diretriz econômica (ANTUNES, 2005, p. 35).

Parte desses grupos opta por uma estruturação concentrada, exercendo suas atividades econômicas sob uma ou poucas sociedades empresárias que desempenham atividades econômicas tão diversas como uma fazenda, enquanto a outra parte opta por uma estruturação mais pulverizada em diversas pessoas jurídicas distintas.

A verdade é que os agentes econômicos realizam um exame de custo-benefício para definir suas estruturas societárias,²³ de sorte que o faturamento bruto total de uma única sociedade não necessariamente guarda correlação com a situação econômica do grupo a que pertence.²⁴ Desse modo, a adoção da interpretação literal do

21 Maria Paula Costa Bertran (2004, p. 191) corrobora esse raciocínio crítico: “Uma despreparada exegese da lei é, portanto, capaz de gerar conseqüências absurdas, em que condutas de pequeno porte recebam sanções altíssimas apenas porque o faturamento bruto das empresas – envolvendo, pois, mercados outros que não apenas aquele no qual teve lugar a prática ilícita – é alto”.

22 “Desta forma, se uma empresa pratica várias condutas, de gravidade variável, em diversos mercados relevantes, as sanções impostas a cada uma delas devem levar em consideração seu impacto (ou gravidade) em cada mercado relevante. Caso contrário, a pena seria a mesma independentemente da quantidade e gravidade das condutas, sempre que o valor mínimo fosse muito elevado, o que, mais uma vez, contrariaria o princípio da individualização da sanção” (MACEDO JÚNIOR, 2003, p. 45).

23 Frequentemente, um fator preponderante nessa análise é a elisão fiscal. Por exemplo, respeitando os limites legais, agentes de médio porte têm alguma margem para estruturar-se societariamente de modo mais pulverizado visando a enquadrar-se em regimes tributários mais favoráveis, ao passo que conglomerados podem optar por exercer diversas atividades econômicas sob uma mesma pessoa jurídica, valendo-se de eventuais prejuízos em determinadas atividades para reduzir os tributos incidentes sobre os lucros.

24 A conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva, quando do julgamento do Ato de Concentração no caso Sherwin Willians/Lazzuril/Elgin (Ato de Concentração n. 08012.002730/1998-41), manifestou-se da seguinte maneira: “[...] se se adotasse como parâmetro o faturamento de uma simples sucursal, estar-se-ia menosprezando dramaticamente o potencial que um grande conglomerado tem de exercer poder econômico; e não é esse o alicerce que sustenta as diretrizes adotadas pelo Cade. A matriz e suas filiais mantêm vínculo jurídico-econômico entre si, o que basta para as caracterizar como partes do mesmo grupo empresarial perante a legislação antitruste”.

art. 23, I, pelo Cade pode até mesmo incentivar os grandes conglomerados (especialmente aqueles com intenções de praticar condutas anticompetitivas²⁵) a adotarem uma organização pulverizada, minimizando assim os riscos de uma condenação concorrencial elevada.²⁶

Por fim, nos casos em que a personalidade jurídica do infrator coincide com o(s) mercado(s) relevante(s)²⁷ envolvidos na infração, ambas as interpretações levam à mesma penalidade. Quanto mais marginal para a sociedade empresária for a atividade econômica em que se verificou a infração, maior será a discrepância entre os dois modelos.

São claras as distorções inerentes à aplicação literal do dispositivo previsto no artigo 23, I, da Lei de Defesa da Concorrência.²⁸ O direito é uma ciência, acima de tudo, finalística, tanto do ponto de vista social quanto econômico, de forma que a lei deve ser interpretada no sentido que melhor atenda aos seus objetivos sociais.^{29, 30}

25 José Engrácia Antunes (2005, p. 39) bem lembra que: “Tem sido revelado por vários estudos empresas operando num número crescente de segmentos de mercado (tais como, por exemplo, a indústria nuclear, aeronáutica, farmacêutica, biotecnológica, química, transportadora, e outras semelhantes) optam tipicamente por se organizar artificialmente sob a forma de complexos agregados de sociedades individuais subcapitalizadas às quais são adscritas as suas actividades mais melindrosas (*dirty business*) ou com elevadas externalidades socioeconómicas, como forma de evitar a exposição ao risco empresarial”.

26 Nessa linha, veja-se a argumentação do ex-conselheiro Macedo Júnior (2003, p. 45): “A imposição de multas excessivas pode levar as empresas a adotar um comportamento estratégico e oportunista, visando à criação de novas empresas setoriais, voltadas para a atuação em determinados mercados relevantes específicos, sempre que estiverem sujeitas à condenação por condutas anticoncorrenciais, de modo a reduzirem os riscos de serem sancionadas com base no faturamento bruto global do grupo econômico a que pertencem”.

27 O mercado relevante é aquele pertinente à análise concorrencial, ou seja, “aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado” (FORGIONE, 2005, p. 396). Em sua delimitação, deve ser levado em conta tanto o aspecto material – características do produto ou serviço – quanto o espaço geográfico, considerando as óticas da oferta e da demanda. A definição do mercado relevante é realizada por meio do reconhecimento do conjunto de agentes econômicos, consumidores e produtores que determinam as decisões relativas a preços e quantidades de um determinado produto ou serviço. Em um dado mercado relevante, a resposta dos consumidores e dos produtores ao grau de substituição entre os produtos e serviços ou fonte de produtores é mais intensa do que além desses limites. Em uma visão mais técnica, de acordo com o teste do monopólio hipotético constante no Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal anexo à Portaria Conjunta Seae/SDE n. 50, de 1º de agosto de 2001, p. 9: “O mercado relevante é definido como o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um ‘pequeno porém significativo e não transitório’ aumento de preços”.

28 Vale notar que uma multa desproporcional e irrazoável imposta à empresa infratora estenderá seus efeitos aos administradores condenados, uma vez que a multa destes varia de 10% a 50% da multa daquela (art. 23, II).

29 “O hermeneuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. A norma enfeixa um conjunto de providências, protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesses para a qual foi redigida” (MAXIMILIANO, 1996, p. 151-152).

30 O próprio Cade já se valeu diversas vezes do recurso hermenêutico para melhor atender aos fins da defesa da concorrência. Para ilustrar, vale lembrar a aplicação do art. 54, § 3º da lei concorrencial que estabelece como Atos de Concentração econômica aqueles em que qualquer dos participantes tenha registrado “faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00”. Aplicando esse critério literalmente, o Cade viu-se julgando uma série de atos sem qualquer relevância para o mercado nacional apenas porque o grupo de uma das partes registrava faturamento daquela monta no exterior. Nesse contexto globalizado, visando a evitar custos públicos e privados da notificação desnecessária de milhares de atos de concentração insignificantes, o Cade passou a interpretar o dispositivo de forma restritiva, resultando em 2005 na edição da Súmula n. 1, estabelecendo que “é relevante o faturamento bruto anual registrado *exclusivamente no território brasileiro* pelas empresas ou grupo de empresas participantes do ato de concentração”.

2.2.1.4 A interpretação sistemática do conceito de “faturamento”

É nesse sentido que uma segunda corrente busca pôr um fim às distorções do artigo 23, I, lendo o vocábulo “empresa” no seu perfil funcional,³¹ isto é, como “atividade empresarial”, de modo que a multa concorrencial incidiria somente sobre o faturamento da pessoa jurídica no(s) mercado(s) relevantes(s) da infração. Por delimitar os valores utilizados como base de cálculo, diz-se restritiva; por observar os demais objetivos da ordem constitucional brasileira, diz-se sistemática.

A título de exemplificação, Salomão Filho (2002, p. 256) assevera que o parágrafo terceiro do artigo 54 da lei faz referências ao termo “empresa” e também à “sociedade” como “qualquer agrupamento societário” e argumenta que, no direito concorrencial, “essa maior abrangência, antes que um defeito é um mérito. Com efeito, no direito concorrencial, muito mais que no direito societário, é necessário ter em consideração a realidade econômica, e não as formas jurídicas”.

No mais, não se pode perder de vista o fato de que o legislador costuma empregar vocábulos no sentido atécnico. A interpretação técnica atribuída ao conceito de “faturamento”, inscrito no artigo 23, I, levaria à incorreta conclusão, por exemplo, de que instituições financeiras que não emitem faturas para suas atividades-fim não seriam enquadradas no referido dispositivo.

A mesma questão da extensão do conceito jurídico de “faturamento” tem sido enfrentada pelo Poder Judiciário. Recentemente, a 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região julgou uma disputa tributária entre a Fazenda e o Banco Real que envolve valores da ordem de R\$ 2 bilhões, entendendo que PIS e Cofins incidem sobre receitas geradas por meio da intermediação ou da aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, mesmo não envolvendo a emissão de faturas (CONSULTOR JURÍDICO, 2009, p. 1).

Em suma, o artigo 23, I, pode ser interpretado restritivamente, de sorte que “o faturamento bruto da sociedade representada, obtido na atividade econômica relativa ao objeto do processo administrativo, é o mínimo do conjunto das bases de cálculo juridicamente admitidas”.³² A indeterminação do dispositivo, inclusive, foi reconhecida pela revisão interpares da OCDE, que ponderou que a lei brasileira não especifica se o faturamento bruto deve ser entendido como o faturamento global da condenada ou

31 O jurista Italiano Alberto Asquini (1996, p. 109) destaca a natureza poliédrica do conceito de “empresa”, que pode ser vista sob quatro ângulos ou perfis, quais sejam: (i) o subjetivo, pelo qual empresa se identifica com empresário; (ii) o funcional, pelo qual empresa significa “atividade empresarial”; (iii) o perfil objetivo ou patrimonial, para o qual empresa representa o patrimônio afetado ao exercício de uma atividade empresarial; e (iv) o perfil corporativo, uma organização de pessoas em função de um só fim econômico.

32 Voto do conselheiro Luis Fernando Schuartz em sede da celebração do Termo de Cessação de Conduta do Cartel dos Frigoríficos (Processo Administrativo n. 08012.002493/2005-16, p. 3).

como o faturamento específico das vendas no mercado afetado pela infração (OCDE, 2005, p. 60-61).³³

2.2.1.5 A reincidência

Concluindo que as duas interpretações estudadas se encontram inscritas na moldura hermenêutica do artigo 23, I,³⁴ passemos ao exame do último ponto controverso do artigo 23: a previsão constante em seu parágrafo único da duplicação da multa em caso de reincidência. O entendimento de que o teto legal de 30% permanece inflexível é possível, mas há quem argumente que o agente reincidente está sujeito a multa entre 2% a 60% do seu faturamento bruto.³⁵

Analisados os limites legais relacionados às multas imputáveis às empresas infratoras da ordem econômica, prosseguir-se-á à análise dos balizadores que pautam a dosagem entre 1% e 30% do faturamento da empresa (ou de 2% a 60% em caso de reincidência).

2.2.2 Análise do artigo 27 e os critérios para dosagem da multa

O artigo 27 enumera *numerus clausus* quais os critérios que devem ser observados na dosagem das penalidades impostas às infrações contra a ordem econômica (OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 240). Considerando-se que inexiste resolução ou diretriz que os pormenorize, a seguir se encontra sistematizada a pouca literatura existente sobre o tema no Brasil, enriquecida com alguns elementos da dogmática penal e de pesquisas internacionais sobre antitruste.

2.2.2.1 Gravidade da infração

Todos os ilícitos previstos na Lei n. 8.884/1994 têm o condão de prejudicar a livre concorrência,³⁶ de modo que o dano causado pela conduta não decorre fundamentalmente de sua natureza (preço predatório, venda casada, contrato de exclusividade, etc.),

33 No original: "*For cases involving conduct in violation of Article 20 (that is, for unlawful conduct not involving mergers), the statutory minimum fine is 1 per cent of gross pre-tax revenues for the previous year, provided that the amount assessed may not be less than the gain realized from the violation (Art. 23, I). The statute does not specify whether gross revenues are to be determined by reference to worldwide revenues of the defendant or only to revenues generated by sales in the Brazilian market affected by the violation*".

34 "Em todos os casos de indeterminação, intencional ou não, do escalão inferior, oferecem-se várias possibilidades à aplicação jurídica. [...] O direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível" (KELSEN, 2003, p. 212).

35 "A reincidência, portanto, é causa de aumento de pena, o que muda os limites da multa previstos no inciso I do art. 23 para 2% a 60%. Isto é importante porque, pelo sistema legal, uma empresa pode ter multa estabelecida no teto ordinário de 30% mesmo sem ser reincidente. Para isso, basta que todos os outros critérios do art. 27 sejam-lhe desfavoráveis". Voto proferido pelo conselheiro Paulo Furquim de Azevedo no Cartel da Areia (Processo Administrativo n. 08012.000283/2006-66, p. 34).

36 No Código Penal, por exemplo, enquanto o tipo normativo do homicídio simples enseja uma pena de reclusão de seis a vinte anos (art. 121), o de furto, por sua vez, apenas de um a quatro anos e multa (art. 153). Aquelas margens serão individualizadas no caso concreto, mas certo é que o mais grave dos furtos será apenado de forma mais branda que o mais atenuado dos homicídios. Isso se deve à diferença de bens jurídicos tutelados: a vida, de um lado, e a propriedade, do outro.

mas também, e principalmente, de elementos quantitativos e qualitativos. Quanto mais a conduta examinada prejudicar, no caso concreto, a livre concorrência, mais grave terá sido a infração e mais severa deve ser a sanção.

A exceção dessa abordagem casuística é o cartel, universalmente considerada a mais deletéria das condutas anticompetitivas.³⁷ No Brasil, as autoridades concorrenciais têm sinalizado reiteradamente por meio de julgados, publicações e declarações a gravidade máxima dessa infração.

2.2.2.2 A boa-fé do infrator

É bem verdade que, na maior parte das vezes, as empresas que violam a lei concorrencial visam, deliberadamente, a maximizar seus lucros ilícitamente. Cretella Júnior (1995, p. 96), pouco após a promulgação da Lei n. 8.884/1994, chegou a afirmar que a boa-fé raramente se verificaria no campo do ilícito antitruste, mencionando como raro exemplo o abandono ou destruição de lavouras ou plantações sem justa causa comprovada (artigo 21, XVII, da Lei n. 8.884/1994).

A prática do antitruste tem revelado, no entanto, que a boa-fé do investigado pode verificar-se de maneira mais frequente que o imaginado. Em razão da fluidez dos conceitos e da complexidade da análise do direito da concorrência, em alguns casos é tênue a linha entre o lícito e o ilícito concorrencial.³⁸ Nessas hipóteses, pode ser reconhecida uma “dúvida razoável” quanto à legalidade de uma determinada conduta, especialmente quando ela teve sua licitude sinalizada pelo setor público ou quando inexistem julgados sobre a matéria (CALVIÑO, 2007, p. 8).

Há também casos em que, a despeito dos melhores esforços institucionais, como treinamentos e programas de *compliance* antitruste, funcionários de médio escalão envolvem a corporação em acordos ilícitos sem o conhecimento dos sócios e dos dirigentes. Por isso, programas efetivos de prevenção de infrações à ordem econômica podem ser um indício da boa-fé da empresa condenada aos olhos das autoridades, podendo ensejar a redução da penalidade (RIBAS, 2008, p. 332-333).

2.2.2.3 Vantagem auferida ou pretendida pelo infrator

De forma simplificada, os lucros auferidos são obtidos por meio da multiplicação do (i) aumento de preço gerado pela prática anticompetitiva pelo (ii) total

37 O conluio aumenta o preço além do competitivo e reduz a oferta, tornando produtos e serviços injustificadamente mais caros para uma parcela dos consumidores e inacessível para outros, que acabam optando por substitutos mais baratos, porém menos eficientes. O acordo ainda reduz as pressões competitivas que levariam seus membros a inovar e a reduzir custos (OCDE, 2002, p. 71).

38 Como exemplo na jurisprudência nacional, veja-se a condenação do Cartel dos Anestesiologistas (Processo Administrativo n. 08012.007042/2001-33). Dos sete votos, quatro conselheiros votaram pela condenação, considerando a conduta como anticompetitiva, ao passo que três votaram pelo arquivamento do processo, sustentando a inexistência de infração à ordem econômica. Na mesma linha, mais recentemente, quatro votos condenaram a Siemens por infração à ordem econômica em um caso de sham litigation (Processo Administrativo n. 08012.004484/2005-51). Os três conselheiros restantes tiveram seus votos vencidos em favor do arquivamento do processo.

de unidades vendidas ao preço supracompetitivo. O desafio é determinar o valor do sobrepreço praticado pela empresa no caso concreto, uma vez que para calculá-lo é necessário saber o preço que teria sido praticado na inexistência da infração.

Para estimar o “preço de referência”, dois métodos podem ser usados. O primeiro utiliza estimativas econômicas para apurar qual teria sido o preço competitivo no mercado da infração. O segundo, por seu turno, utiliza o preço praticado em um ou mais mercados comparáveis ao da infração, nos quais, obviamente, não tenha havido infração à ordem econômica. Ambos são complexos e, no “mundo real”, requerem o uso de diversas suposições e substitutos (*proxies*) (OCDE, 2002, p. 77).

A avaliação desse critério tem dois objetivos principais. Primeiramente, evita o enriquecimento sem causa do agente econômico infrator à custa do sobrepreço pago pelos consumidores, fator primordial em vista da previsão do art. 23, I, de que “a multa nunca será inferior à vantagem auferida” (MACEDO JÚNIOR, 2003, p. 37).

Em segundo lugar, o objetivo é assegurar uma relação de proporcionalidade entre a vantagem obtida pela conduta e a dosagem da punição. Mesmo que uma infração à ordem econômica não chegue a causar efeitos no mercado ou traga prejuízo aos conspiradores, considera-se o quanto se esperava lucrar com aquela conduta.

2.2.2.4 A consumação ou não da infração

Qualquer ato que, independentemente de culpa (dolo), “produza realmente” ou que “possa eventualmente produzir” um dos efeitos previstos nos seus incisos I a V do artigo 20 da Lei n. 8.884/1994 é considerado infração à ordem econômica, sendo a pena maior, obviamente, em caso de consumação (CRETELLA JÚNIOR, 1995, p. 96).

2.2.2.5 O grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores ou a terceiros

A legislação não especifica em que medida o grau de perigo ou de lesão se diferencia da “gravidade da infração”, disposta no inciso I, tampouco dos “efeitos negativos ao mercado”, inciso VI.

2.2.2.6 Os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado

A lógica econômica é predominante na definição do que é lícito ou ilícito na legislação antitruste. Assim, de modo geral, as infrações à ordem econômica terão impactos negativos no mercado, mesmo que, em raras hipóteses, possam trazer no curto prazo benefícios aos consumidores, como, por exemplo, a prática de preços predatórios visando à exclusão de concorrente.

Observe-se que os danos ao mercado são frequentemente superiores aos lucros auferidos. O lucro decorrente da infração é aquele pago a custa do prejuízo do consumidor. O dano ao mercado, por seu turno, inclui também as ineficiências alocativas geradas pela conduta infrativa.³⁹

Economicamente, a análise do dano demandaria uma comparação entre a situação de mercado atual e aquela que existiria em um mercado competitivo hipotético. Não é preciso dizer que, na prática, a quantificação desses danos envolve uma série de variáveis, sendo muito difícil e, por vezes, impraticável.

2.2.2.7 A situação econômica do infrator

A análise da situação financeira do agente é indispensável para a eficácia da sanção. Somente à luz desse critério o Cade poderá estabelecer uma sanção que não seja, no caso concreto, excessivamente branda, equivalente a um sinal verde a novas infrações, nem excessivamente elevada, perdendo sua credibilidade à luz do controle judicial. Desse modo, a situação econômica do infrator pode demandar tanto o aumento da multa, no caso de um infrator abastado, quanto uma redução, em caso de crise setorial, por exemplo.⁴⁰

2.2.2.8 A reincidência

A matéria em tela já foi exaustivamente tratada pelo parágrafo único do artigo 23, que prevê que a multa será aplicada em dobro em casos de reincidência. Por isso, Fábio Ulhoa Coelho (1995, p. 95) argumenta que não há “pertinência em sua menção junto às causas de auferição da justa pena”. Em outras palavras, no microsistema concorrencial, os antecedentes não configuram atenuante ou agravante na dosagem da multa, tão somente podem duplicá-la ou não.

A lei antitruste não regula em detalhes esse instituto e, tratando-se de direito administrativo sancionador, recorre-se, por analogia, ao Código Penal. A reincidência só se verifica se, no momento em que o agente comete a nova infração, já tiver transitado em julgado a sentença que o condenou pela infração anterior (artigo 63) e se esse ínterim não for superior a cinco anos (artigo 64). A nova infração não precisa ser da mesma natureza da anterior, isto é, não mais existe distinção entre reincidência genérica ou específica (antigos 46 e 47 da Lei n. 7.209/1984).⁴¹

39 As falhas alocativas resumem-se basicamente a dois tipos: (i) à redução da produtividade na economia como um todo, devido à redução na oferta que acompanha a elevação dos preços; e (ii) aos consumidores, não só aqueles que pagam um preço mais elevado para ter o bem, mas especialmente aqueles que deixam de comprá-lo em razão do sobrepreço e adquirem substitutos menos eficientes.

40 Em uma economia na qual predominam os grupos econômicos, a situação econômica da pessoa jurídica em análise não necessariamente guarda relação com a do grupo a que pertence. Por exemplo, uma sociedade pode estar enfrentando grave crise mas pertencer a um grupo abastado.

41 Voto do conselheiro-relator no Processo Administrativo n. 08012.006636/1997-43 (Representante: Procuradoria-Geral do Cade. Representada: Condomínio Shopping Iguatemi), p. 32-34.

2.2.2.9 Conclusões sobre os balizadores do artigo 27

De modo geral, os critérios previstos pelo artigo 27 são semelhantes aos encontrados na dosimetria da sanção de outros campos do direito. São específicos do direito concorrencial apenas os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado e o grau da lesão específico à livre concorrência, à economia nacional e aos consumidores (OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 239-240).

Vale ressaltar que os critérios “gravidade da infração”, “vantagem auferida ou pretendida”, “grau ou perigo de lesão” e “efeitos negativos ao mercado” serão frequentemente diretamente proporcionais (i) à participação do agente infrator no(s) mercado(s) relevante(s) envolvidos na prática do ilícito e (ii) à duração da prática (pressupondo-se uma infração consumada com êxito).

Se por um lado a maior parte dos critérios é conhecida pelo direito penal, não se pode afirmar o mesmo quanto à sua metodologia de aplicação. Na justiça criminal, é comum a partida do mínimo legal acrescido dos agravantes, verificando-se a pena máxima apenas na presença de todos os agravantes. Na prática, o método resulta na frequente aplicação da pena mínima.

No antitruste, revela-se inconcebível a aplicação da multa mínima quando o lucro auferido for superior a ela, sob pena da institucionalização do enriquecimento ilícito. Idealmente, portanto, o primeiro critério que deve ser analisado no *quantum* da sanção antitruste é o valor do dano provocado ao mercado, quanto quantificável, e, na sua ausência, ao menos os lucros auferidos pelo infrator. A partir desse ponto é que devem incidir os agravantes (MACEDO JÚNIOR, 2003, p. 39).

Diante do até aqui exposto, a análise combinada dos artigos 23 e 27 deixa claro que, ao mesmo tempo em que a lei conferiu ao Cade uma ampla margem para aplicação da multa, ela se preocupou em disciplinar a atuação administrativa, especialmente no que tange aos limites mínimo e máximo aos quais o administrado está sujeito bem como aos critérios que norteiam essa dosagem.

No silêncio de um maior detalhamento legal ou infralegal desses critérios, cumpre analisar a evolução da jurisprudência do Cade nos últimos anos em face das duas interpretações possíveis – literal ou sistemática – do artigo 23, I, bem como das diferentes metodologias de aplicação dos balizadores constantes do artigo 27.

3 A dosimetria das multas na jurisprudência do Cade

Nesta seção, será analisada a dosimetria concreta das multas impostas nas condenações por infrações à ordem econômica mais significativas na jurisprudência do Cade.⁴² Para cada caso, são destacados os principais argumentos que fundamentaram a

42 Uma seleção de julgados usando o critério de relevância para o tema requer um corte necessariamente arbitrário em alguma

decisão dos conselheiros (i) ao interpretarem a extensão do conceito de “faturamento” (artigo 23, I) e (ii) ao ponderarem os balizadores do artigo 27.⁴³

As 14 decisões analisadas nesta seção dizem respeito a 11 casos de cartel nos mercados de aços planos, ponte aérea Rio–São Paulo, jornais do Rio de Janeiro, portos de Santos, britas, vergalhões de aço, vitaminas, frigoríficos, vigilantes, areia e gases industriais, além de três condutas anticompetitivas de diferentes naturezas – casos White Martins, Microsoft/TBA e Ambev “Tô Contigo”.

3.1 Extensão da interpretação do artigo 23, I

3.1.1 Casos em que o Cade aplicou a interpretação literal

Na condenação dos cartéis dos aços planos (1999),⁴⁴ dos vergalhões de aço (2005)⁴⁵ e dos vigilantes (2007),⁴⁶ os conselheiros aplicaram a multa sobre o faturamento total das sociedades condenadas (interpretação literal), sem se aprofundar nessa discussão.

3.1.1.1 Cartel da Areia (2008)⁴⁷

A aplicação da multa sobre o mercado relevante específico (permissão de extração de areia por terceiros em áreas das representadas) foi arguida pela Smarja, porém rechaçada pelo Cade com base na literalidade da lei.⁴⁸

medida. No entanto, vale esclarecer os três critérios que foram combinados para realizá-lo: (i) a utilização dessas condenações como referência em publicações oficiais, em vista de sua relevância à defesa da concorrência no Brasil, como o Guia prático do Cade (CIEE, 2007); (ii) a percepção da relevância desses casos pela comunidade concorrencial, tanto pela revisão interpares da OCDE (2010) quanto por apresentações de advogados especializados no setor (TODOROV, 2009, p. 10-11); (iii) *leading cases* na jurisprudência quanto ao tema específico da dosimetria da pena, tanto pelo valor pecuniário fixado quanto pelas discussões jurídicas que se travaram no seu cálculo, representados por artigos específicos sobre o tema (MACEDO JÚNIOR, 2003) e por referências (menções expressas a precedentes específicos) reiteradamente constantes em Votos de Conselheiros. Por fim, a recente condenação do Cartel dos Gases foi incluída por ser a mais alta condenação da história do Conselho, além de se ter tornado o novo caso líder do Conselho em relação a diversos pontos no tema da dosimetria da multa.

43 Em vista dos objetivos deste trabalho, o foco estará nos critérios utilizados na fixação das multas às empresas investigadas, não constituindo objeto de análise as imputadas a pessoas físicas e a entidades não empresariais envolvidas, tais como sindicatos. Note-se que, daqui em diante, a expressão “faturamento da empresa” deve ser lida como faturamento bruto da “empresa”, *excluído os impostos*, no ano anterior ao da instauração do Processo Administrativo (art. 11 da Lei n. 9.021/1995). Outras questões relevantes na prática do Cade que não serão objeto de análise nesse trabalho são: (i) o índice de correção das multas impostas; e (ii) a extensão da interpretação do vocábulo “impostos”.

44 Processo Administrativo n. 08000.015337/1997-48. Representante: SDE *ex officio*. Representados: Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais (Usiminas), Cia. Siderúrgica Paulista (Cosipa), Cia. Siderúrgica Nacional (CSN).

45 Processo Administrativo n. 08012.004086/2000-21. Representantes: Sindicato das Empresas de Compra, Venda e Administração de Imóveis do Rio de Janeiro (Secovi-RJ) e Sindicato da Indústria da Construção Civil de Grandes Estruturas no Estado de São Paulo (Sinduscon-SP). Representadas: Siderúrgica Barra Mansa S.A., Gerdau S.A., Companhia Siderúrgica Belgo-Mineira.

46 Processo Administrativo n. 08012.001826/2003-10. Representante: DPDE/SDE/MJ *ex officio*. Representados: Associação das Empresas de Vigilância do Rio Grande do Sul (Assevirs); Airtom Rolim Araújo; Alexandre Luzardo da Silva; Angra Log. de Segurança Ltda.; e outros.

47 Processo Administrativo n. 08012.000283/2006-66. Representante: Secretaria de Direito Econômico (SDE) *ex officio*. Representadas: Sociedade dos Mineradores do Rio Jacuí Ltda. (Smarja); Aro Mineração Ltda.; Sociedade Mineradora Arroio dos Ratos (Somar); e Consultoria e Perícia Contábil Cível S.C. (Comprove).

48 Voto do conselheiro Paulo Furquim de Azevedo em sede de embargos de declaração do Cartel da Areia (Processo Administrativo n. 08012.000283/2006-66), p. 2.

3.1.1.2 Caso Ambev “Tô Contigo” (2009)⁴⁹

Na proposta de acordo oferecida ao Cade, a Ambev utilizou como base de cálculo 1% do faturamento do mercado relevante, que, sob sua ótica, envolveria apenas cervejas de garrafa de 600 ml, atingindo 10% do canal de venda “bares e restaurantes”. O Cade rebateu no sentido de que uma melhor exposição da marca nos pontos de venda conduziria a um posicionamento melhor em todos os canais de venda, de sorte que os efeitos da conduta refletiriam em toda a cadeia de cerveja. Portanto, a multa foi aplicada sobre o faturamento total daquela sociedade.

3.1.1.3 Cartel dos Gases (2010)⁵⁰

Mencionando expressamente a tendência de aplicação literal do artigo 23, I, em julgados recentes,⁵¹ o conselheiro-relator Fernando de Magalhães Furlan considerou a aplicação da multa sobre o mercado relevante da infração “inaceitável”, uma vez que a lei concorrencial é “claríssima quanto à base de cálculo aplicável. A defesa deseja que o Cade viole a lei para beneficiá-los”, o que seria incompatível com o “dever do Cade de fixar uma multa proporcional à gravidade do delito”. Apenas em situações excepcionais o Conselho cogita do uso de uma base de cálculo diferenciada. No caso concreto, no entanto, as condenadas teriam realizado acordos que impactaram em todos os mercados em que atuavam.

Furlan reforçou ainda que o objetivo da definição do mercado relevante para o antitruste é aferir se a empresa investigada possui poder de mercado. Desse modo, usou o exemplo das práticas verticais para argumentar que o efeito da prática ocorre em um setor diverso daquele em que a empresa investigada detém poder, de modo que o faturamento da empresa como um todo constituiria um elemento mais eficaz para a base de cálculo do que o faturamento no mercado relevante. No mais, reiterou a confiabilidade da informação pelo primeiro método, diferentemente do segundo, que dependeria de considerável colaboração das partes e sujeita-se a diversas possibilidades de distorção ou até mesmo inviabilidade prática.

Por último, o conselheiro julgou a tese de defesa de que a base de cálculo da multa deveria considerar apenas o faturamento da White Martins Gases Ltda. (pessoa jurídica investigada nos autos). A resposta foi negativa, uma vez que o grupo White Martins também atuava no setor de gases por meio de outras sociedades, apresentando faturamento em todos os gases analisados, ou seja, os ganhos do cartel teriam beneficiado todas as sociedades do grupo.⁵²

49 Processo Administrativo n. 08012.003805/2004-10. Representante: Primo Schincariol Ind. Cervejas e Refrigerantes. Representada: Companhia de Bebidas das Américas (Ambev).

50 Processo Administrativo n. 08012.009888/2003-70. Representante: SDE *ex officio*. Representadas: AGA S.A., Linde Gases Ltda., Air Liquide Brasil Ltda., Air Products Brasil Ltda., Indústria Brasileira de Gases Ltda., S.A. White Martins, White Martins Ltda., White Martins Gases Industriais Ltda. e outros (administradores).

51 Cartel dos Vigilantes, Cartel da Areia, Caso Ambev “Tô Contigo” e o caso dos tacógrafos (Processo Administrativo n. 08012.004484/2005-51. Representante: Seva Engenharia Eletrônica S.A. Representada: Siemens VDO Automotive Ltda.).

52 E assim concluiu o conselheiro: “O fato de a pessoa jurídica White Martins Gases Ltda. ser a sociedade representada no processo

3.1.2 Caso em que o Cade não declarou a interpretação adotada

3.1.2.1 Caso White Martins (2002)⁵³

O conselheiro-relator Celso Campilongo proferiu seu voto utilizando como base de cálculo da multa o faturamento bruto total da White Martins.

O conselheiro Ronaldo Porto Macedo Júnior (2003) inaugurou a discussão jurisprudencial a esse respeito apontando as distorções intrínsecas à interpretação literal do artigo 23, I (subseção 2.2.1 deste trabalho), cuja aplicação invariavelmente leva à violação de princípios constitucionais – proporcionalidade, razoabilidade, isonomia e integridade. Apenas a interpretação sistemática possibilitaria uma relação de proporcionalidade entre o ambiente econômico no qual o infrator provocou os danos e auferiu os lucros, de um lado, e a resposta punitiva do Cade, do outro.

Os conselheiros chegaram a um impasse e, aproveitando-se do fato de que, no fim, ambas as interpretações alcançaram a mesma expressão pecuniária (em vista dos diferentes percentuais aplicados), preferiram determinar a imposição da multa em R\$ 24.000.000,00 ao invés de definir a base de cálculo utilizada.

3.1.3 Casos em que o Cade aplicou a interpretação sistemática

3.1.3.1 Caso Microsoft/TBA (2004)⁵⁴

O Cade considerou que, em face do artigo 2º da lei concorrencial, a sanção não poderia alcançar o faturamento da Microsoft obtido no exterior. Por esse motivo, a base de cálculo da multa (artigo 23, I) foi restringida, incidindo sobre seu faturamento no mercado de licenciamento de produtos ao governo federal. Assim, a multa poderia guardar relação com a gravidade do ilícito, seguindo expressamente a jurisprudência firmada nos casos White Martins e Matec/Power-Tech.

Em vista do princípio constitucional da isonomia, a mesma interpretação restritiva foi aplicada à TBA, incidindo sua multa sobre as receitas provenientes de produtos e serviços informáticos associados da Microsoft.

constitui apenas um fato processual. Citar cada uma das pessoas jurídicas controladas pelo grupo para se defender formalmente nos autos seria inútil. A White Martins Gases Ltda. fala em nome de seu grupo, que é o responsável último por arcar com multas resultantes de infração contra a ordem econômica. Se o argumento da WM fosse aceito, ter-se-ia uma brecha na lei que criaria quase uma imunidade a cartéis. Se um grupo de porte isolasse todos os funcionários responsáveis pela administração do conluio em uma pessoa jurídica específica, esse grupo evitaria que todo o restante de seu faturamento fosse atingido por penalidades. Trata-se de um expediente plenamente incompatível com a lógica de responsabilização dos envolvidos e beneficiários da prática” (voto do conselheiro-relator Fernando de Magalhães Furlan no Processo Administrativo n. 08012.009888/2003-70, p. 121).

53 Processo Administrativo n. 08000.022579/1997-05. Representante: Messer Gieshem do Brasil Ltda. Representada: S.A. White Martins.

54 Processo Administrativo n. 08012.008024/1998-49. Representante: SDE *ex officio*. Representadas: TBA Informática Ltda. e Microsoft Informática Ltda.

3.1.3.2 Cartel da Ponte Aérea (2004)⁵⁵

Em um primeiro momento, o Cade aplicou a multa sobre o faturamento das sociedades condenadas declarando que aquele seria o correto entendimento da lei. Houve, entretanto, uma drástica guinada, não em vista de uma nova tese jurídica, mas da situação econômica das empresas cujo mercado passava por uma crise não resolvida até aquele momento. O conselheiro-relator Delorme Prado proferiu, portanto, voto no sentido da aplicação da multa sobre o faturamento das empresas apenas na ponte aérea Rio-São Paulo e foi seguido pelos demais.⁵⁶

3.1.3.3 Cartel dos Jornais do Rio de Janeiro (2005)⁵⁷

A interpretação sistemática foi adotada sem maiores detalhamentos.

3.1.3.4 Cartel das Vitaminas (2007)⁵⁸

O conselheiro Ricardo Cueva argumentou que a interpretação sistemática não condiz com a letra da lei, mas seria “útil” e “adequada”, “tendo em vista as peculiaridades do caso e o princípio da proporcionalidade, que tem orientado este Conselho na aplicação de multas em situações em que a sanção possa revelar-se desproporcional à infração apurada”, e foi acompanhado pelos demais.^{59,60}

55 Processo Administrativo n. 08012.000677/1999-70. Representantes: Secretaria de Direito Econômico (SDE/MJ) *ex officio* e Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae/MF). Representados: Viação Aérea Rio-Grandense (Varig S.A.); Transportes Aéreos Regionais S.A. (TAM); Transbrasil S.A. Linhas Aéreas; Viação Aérea São Paulo S.A. (Vasp), e seus administradores.

56 “Considerando-se que a citada infração realizou-se há cinco anos, em uma situação de mercado particular, depois da rápida desvalorização do real de 1999, quando todas as empresas passaram por grandes dificuldades financeiras; que essas empresas, ainda, não se recuperaram dessas dificuldades, sendo que inclusive uma dessas não mais existe e que não é o papel do Cade inviabilizar a operação das empresas, mas contribuir para a preservação de um ambiente competitivo, entendendo ser mais adequado dadas as peculiaridades desse caso, restringir a pena a 1% do mercado relevante, isto é, da venda de passagens da ponte aérea no ano de 1998. Portanto, reformulo meu voto, alterando apenas a pena imposta para 1% do faturamento da ponte aérea no ano de 1998” (Voto-Vogal do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado no Processo Administrativo n. 08012.000677/1999-70, p. 12).

57 Processo Administrativo n. 08012.002097/1999-81. Representante: Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (Seae/MF). Representadas: Sindicato das Empresas Proprietárias de Jornais e Revistas do Município do Rio de Janeiro, Editora O Dia S.A., Infoglobo Comunicações Ltda. e Jornal do Brasil S.A.

58 Processo Administrativo n. 08012.004599/1999-18. Representantes: Secretaria de Direito Econômico/MJ (*ex officio*) e Secretaria de Acompanhamento Econômico/MF. Representados: F. Hoffmann – La Roche Ltd., Produtos Roche Químicos e Farmacêuticos S.A., Basf Aktiengesellschaft, Basf S.A., Aventis Animal Nutrition do Brasil Ltda., Aventis Animal Nutrition (atual denominação de Rhône-Poulenc Animal Nutrition) e outros. Sobre o caso, cf. o artigo Cartel das Vitaminas S.A. (FARINA; MAGGI, 2008, p. 75-105).

59 Voto do conselheiro-relator Ricardo Villas Bôas Cueva, de 14 de fevereiro de 2007, p. 21.

60 Nesse sentido, o Conselho requereu que as empresas fornecessem os valores totais das exportações ao Brasil, discriminados por vitamina. A Aventis exportava ao Brasil A, D3 e E; a Basf, as vitaminas A, B1, B2, B5, C, D3, E, H, beta caroteno e carotenóides; e a Roche, vitaminas A, B1, B2, B5, B6, C, D3, E, H, ácido fólico, beta caroteno e carotenóides.

3.1.3.5 Cartel dos Frigoríficos (2007)⁶¹

O conselheiro-relator Luis Fernando Schuartz reconheceu as distorções da aplicação da interpretação literal como regra absoluta⁶² e asseverou que a aplicação da multa sobre o faturamento da empresa no mercado relevante da infração consiste na menor base de cálculo admitida juridicamente pelo dispositivo, de modo que a contribuição imposta à Friboi para celebração do TCC seria superior ao mínimo legal.⁶³ O mesmo entendimento foi seguido, implicitamente, quando da condenação dos demais frigoríficos (que não celebraram o TCC).

3.1.4 Casos em que o Cade adotou ambas as interpretações

3.1.4.1 Caso do Porto de Santos (2005)⁶⁴

Os conselheiros aplicaram, por maioria, as multas com base no faturamento total da pessoa jurídica infratora. Excepcionalmente no caso da Usiminas, atuante em diversos mercados não ligados a serviços de movimentação terrestre de carga, a multa incidiu apenas e tão somente sobre o faturamento bruto relativo à sua atividade portuária no terminal em questão. O conselheiro Delorme Prado teve seu voto vencido ao propor essa mesma interpretação para todas as condenadas.

3.1.4.2 Cartel das Britas (2005)⁶⁵

O plenário posicionou-se expressamente no sentido de que a correta interpretação do dispositivo do artigo 23, I, abrangeria o faturamento total da sociedade empresária infratora. Como consequência, as multas impostas às gigantes multissetoriais Embu e Holcim alcançaram valores muito superiores aos impostos às demais empresas que exploravam prioritariamente o negócio de britas.

Inconformadas, essas empresas ingressaram com pedido de revisão, uma vez que a divisão de britas correspondia a um negócio marginal daquelas sociedades, de

61 Processo Administrativo n. 08012.002493/2005-16. Representantes: Confederação Nacional de Agricultura (CNA); Comissão de Agricultura Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural da Câmara dos Deputados. Representados: Indústria e Comércio de Carnes Minerva Ltda.; Frigorífico Mataboi S.A.; Frigorífico Estrela D'Oeste Ltda.; Marfrig Frigoríficos e Comércio de Alimentos Ltda.; Frigol Comercial Ltda.; Franco Fabril Alimentos Ltda.; Tatuíbi Indústria de Alimentos Ltda.; Bom Charque Indústria e Comércio Ltda. e outros (administradores).

62 "A aplicação inflexível da regra nesses casos pode levar a resultados desproporcionais do ponto de vista do dano causado e dos benefícios auferidos pelo agente infrator, pois o insumo adquirido em condições de cartel pode representar um percentual relativamente pequeno, em valor, das compras totais do agente" (voto do conselheiro Luis Fernando Schuartz em sede da celebração do Termo de Cessação de Conduta do Processo Administrativo n. 08012.002493/2005-16, p. 4).

63 "Os valores definidos para as contribuições pecuniárias da Friboi e das pessoas físicas são superiores ao mínimo legal previsto no art. 23 da Lei n. 8.888/1994 (faturamento bruto da sociedade na atividade econômica relacionada ao objeto do processo administrativo, excluídos os impostos) (grifo nosso)" (ibid., p. 2).

64 Processo Administrativo n. 08012.007443/1999-17. Representante: Secretaria de Direito Econômico (SDE), ex officio. Representadas: Santos Brasil S.A.; Terminal de Contêineres (TECON); Companhia Siderúrgica Paulista (Cosipa) e Libra Terminais S.A.-T-37.

65 Processo Administrativo n. 08012.002127/2002-14. Representante: SDE ex officio. Representadas: Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo (Sindipedras) e outras.

sorte que a base de cálculo utilizada não guardava proporção com o ilícito, levando a desproporcionalidades evidentes.^{66,67}

O conselheiro-relator Delorme Prado reconheceu o dever de corrigir esses resultados, que se mostraram pouco razoáveis e desproporcionais e poderiam até mesmo afetar a capacidade de concorrer das empresas em todos os mercados em que atuam.⁶⁸ A solução jurisprudencial, utilizada diversas vezes anteriormente, seria a aplicação restritiva do art. 23, I (faturamento no mercado relevante da infração). Dessa vez, entretanto, o Conselho sustentou a interpretação literal como a única juridicamente admissível em vista de sua maior severidade.⁶⁹

Delorme Prado então declarou que “razões supervenientes” justificaram a revisão da dosimetria da multa, nesse caso em face de sua desproporcionalidade, que só teria sido verificada após sua liquidação pela Comissão de Acompanhamento de Decisões do Cade. Trilhou, portanto, um “caminho alternativo”, reduzindo as multas da Holcim e da Embu para valores próximos aos das demais condenadas em respeito ao princípio da proporcionalidade. Curiosamente, para tanto, usou como “mera referência” as receitas dessas empresas com a unidade de negócios de britas em 2002 (mercado relevante), culminando na redução das multas para 1,3% do valor original, isto é, R\$ 2.682.714,69 para a Holcim e R\$ 5.172.637,60 para a Embu.

Indignada, a Mineradora Pedrix requereu a extensão dos efeitos da revisão concedida à Holcim e à Embu para seu caso, reiterando seu pleito de que compusesse a base de cálculo da multa apenas o faturamento advindo do mercado relevante de

66 “[...] i) o valor da multa fixada à Holcim é maior que o faturamento no mercado de britas de todas as empresas representadas juntas; ii) o valor da multa fixada à Holcim é 6 vezes o valor da multa aplicada a todas as demais representadas; iii) o valor da multa fixada à Embu é equivalente a 66% da multa aplicada a todas as demais representadas; iv) o valor das multas fixadas à Holcim e Embu seria 125 e 12,5 vezes o valor da multa média a ser aplicada a todas as representadas; v) Holcim e Embu não podem ter sua penalidade agravada de forma tão desproporcional em relação às demais representadas pelo fato de não terem optado pelo mesmo desenho organizacional dos respectivos grupos econômicos, deixando de segregar, em uma empresa independente, a atividade de britas; vi) as multas fixadas à Holcim e Embu são 29 e 3 vezes o valor da maior multa fixada às demais representadas, respectivamente” (voto do conselheiro-relator Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado nos Pedidos de Revisão n. 08700.003868/2005-37 e 08012.002127/2002-14 (recorrentes: Embu S.A. e Holcim (Brasil) S.A.) no Processo Administrativo n. 08012.002127/2002-14, p. 3-4.

67 A Procuradoria do Cade também admitiu que os faturamentos daquelas sociedades compreendiam vendas nos mercados de cimento, concreto, argamassa, areia, agropecuária, entre outros, de modo que não poderiam ver suas penalidades agravadas (se comparado às outras representadas) “pelo fato de não terem optado pelo mesmo desenho organizacional dos respectivos grupos econômicos, deixando de segregar, em uma empresa independente, a atividade de britas” (Parecer da Procuradoria do Cade nos mesmos pedidos de revisão indicados na nota anterior, p. 8).

68 “[...] não é o objetivo das multas levar as empresas a uma situação em que a penalidade seja tão superior aos ganhos obtidos na atividade lícita que possa levá-las a uma situação financeira que afete sua capacidade de concorrer, não apenas nas atividades em que a infração foi cometida (que poderia beneficiar seus concorrentes, que não participavam do cartel), mas também em vários outros mercados, onde sua atuação possa ter sido correta e adequada aos interesses dos consumidores” (voto do conselheiro-relator Luiz Carlos Delorme Prado citado na nota 110, p. 4)

69 “[...] a Lei Antitruste brasileira, ao determinar que a pena seja calculada sobre o faturamento das empresas, tem por objetivo estabelecer penalidades que sejam suficientemente severas para reprimir as práticas ilegais, punindo as empresas na proporção de sua capacidade financeira. Portanto, não é necessário que as multas tenham exata correlação com os ganhos obtidos nas atividades analisadas” (Voto do Conselheiro-Relator Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado nos Pedidos de Revisão n. 08700.003868/2005-37 e n. 08012.002127/2002-14 (Recorrentes: Embu S.A. e Holcim (Brasil) S.A.) no Cartel das Britas (Processo Administrativo n. 08012.002127/2002-14), p. 4).

britas (R\$ 8.804.126,97 ao invés de R\$ 16.943.730,34), evidenciando o caráter desproporcional e anti-isonômico também da nova decisão.⁷⁰

Mesmo diante de argumentos contundentes, a Procuradoria e os conselheiros foram uníssonos em rechaçar o recurso, sustentando que o fundamento da reforma da decisão não teria sido a aplicação restritiva do artigo 23, I, mas, sim, a desproporcionalidade entre aquelas multas e as aplicadas às demais condenadas. Mesmo reconhecendo a existência de diversos julgados em sentido oposto, asseverou-se que tais decisões não vinculam o órgão.⁷¹

Em suma, formalmente, o Cade aplicou a interpretação literal para todas as condenadas; na essência, entretanto, aplicou a sistemática para a Holcim e a Embu e a literal para as demais.

3.2 As diferentes metodologias de aplicação do artigo 27

3.2.1 Casos em que o Cade não detalhou a dosagem da multa

Nos casos de Cartel dos Aços Planos (1999), da Ponte Aérea (2004) e dos Portos de Santos (2005), a multa mínima (1% do faturamento) imposta às condenadas não foi justificada à luz dos critérios do artigo 27.

3.2.2 Casos em que o Cade não explicitou o peso de cada agravante

3.2.2.1 Caso Microsoft/TBA (2004)

O conselheiro-relator Roberto Pfeiffer considerou na quantificação da multa da Microsoft os seguintes critérios: (i) a extrema gravidade das restrições impostas aos concorrentes e aos usuários por meio da exclusividade; (ii) a ausência de boa-fé, a vantagem auferida ao alcançar a inexigibilidade de licitações; (iii) a comprovada consumação da infração em numerosos contratos; (iv) o grau máximo de lesão; (v) os efeitos econômicos negativos no mercado; e a (vi) situação econômica do infrator, resultando na aplicação da multa na ordem de 10% do faturamento específico.

70 "Nobre conselheiro, o faturamento da Holcim em 2002 é 59 (cinquenta e nove) vezes superior ao da Mineradora Pedrix; como justificar então que, após a revisão, responda por multa de valor praticamente igual à da Pedrix (R\$ 2.682.714,69 – Holcim; e R\$ 2.541.559,00 – Pedrix). ??? Seria esse um resultado proporcionalmente admitido?" e "Sob a ótica da proporcionalidade e isonomia em relação ao tamanho do faturamento, vale dizer que o esforço necessário para a Holcim pagar o valor de R\$ 2.682.714,69 é o mesmo que para a Pedrix pagar R\$ 45.266,74". Pedido de Reapreciação da Mineradora Pedrix n. 08700.000560/2006-82 no Processo Administrativo n. 08012.002127/2002-14, p. 6-7, datado de 5 de junho de 2006.

71 "Para verificar a procedência do pleito é necessário recorrer às razões de decidir no caso referido pela peticionária, que apresento infra: Reafirmo o entendimento, manifestado naquela ocasião, de que a lei determina que a aplicação de multa se dá sobre o faturamento das empresas e não sobre o mercado relevante objeto da infração; Reafirmo, também, que considero que decisões em sentido oposto, por razões detalhadamente justificadas nessas ocasiões, não vinculam o Cade" (voto do conselheiro-relator Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado no Pedido de Revisão n. 08700.000560/2006-82 no Processo Administrativo n. 08012.002127/2002-14, p. 3).

O Conselho aplicou à TBA os mesmos agravantes. Como atenuante, valendo-se analogamente do artigo 29, § 1º do Código Penal,⁷² considerou-se que sua conduta teria sido menos determinante para a configuração da infração, reduzindo o *quantum* para 7% do faturamento.⁷³

3.2.2.2 Cartel dos Jornais do Rio de Janeiro (2005)⁷⁴

Considerando a gravidade da infração, o grau de lesão à concorrência e a situação econômica dos infratores, o Conselho condenou as representadas ao pagamento de multa de 1% do seu faturamento específico.

3.2.2.3 Cartel das Britas (2005)

Em um primeiro momento, o Conselho fixou a multa-base de 15% do faturamento total das pessoas jurídicas condenadas, levando em conta os critérios do artigo 27 (a má-fé das representadas, a gravidade da infração e a grave lesão à concorrência decorrente da formação do cartel). A seguir, as participantes do Comitê Gestor – Holcim, Embu, Lafarge, Pedreira Cachoeira, Pedreira Sargon e Sarpav – tiveram suas penas acrescidas em 5%, totalizando 20% do faturamento.

Em um segundo momento, buscando corrigir a desproporcionalidade entre as condenações, o Cade reduziu drasticamente os valores pecuniários impostos às líderes Embu e Holcim. Não houve, entretanto, justificativa em termos de percentual do faturamento da sociedade (redução de 20% para 0,26%) à luz dos balizadores do artigo 27, resultando na penalidade mínima a despeito de uma série de agravantes. Paradoxalmente, outras condenadas que não exerceram papel de liderança viram mantidas suas condenações em 15% do faturamento total, a despeito de insistirem no pedido de extensão dos efeitos da revisão.

3.2.2.4 Cartel dos Frigoríficos (2007)

Sem se aprofundar na justificativa metodológica, o conselheiro-relator Luis Fernando Schuartz considerou a menor gravidade da prática em comparação com outras condutas investigadas no SBDC, bem como a comprovada eficiência econômica por trás da conduta, resultando na multa de 5% sobre o faturamento proveniente da compra de gado com os descontos tabelados.

72 "Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. § 1º Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço".

73 As condenadas questionaram a decisão no Poder Judiciário, onde tiveram seus pedidos liminares indeferidos. As empresas então propuseram um acordo pelo qual encerrariam as ações mediante o pagamento das multas com desconto de 20%. A proposta foi aceita pelo Plenário do Cade, constituindo o primeiro caso de transação judicial do direito concorrencial brasileiro e culminando no recolhimento de R\$ 5 milhões em dezembro de 2006.

74 Processo Administrativo n. 08012.002097/1999-81. Representante: Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (Seae/MF). Representadas: Sindicato das Empresas Proprietárias de Jornais e Revistas do Município do Rio de Janeiro, Editora O Dia S.A., Infoglob Comunicação Ltda. e Jornal do Brasil S.A.

3.2.2.5 Cartel dos Vigilantes (2007)

O conselheiro-relator Abraham Sicsú, mencionando a metodologia utilizada anteriormente no Cartel das Britas, dividiu a dosimetria da multa em dois momentos. Primeiramente, considerou (i) a gravidade máxima da infração, por se tratar de um cartel, ainda mais de licitações públicas; (ii) a consumação da infração, uma vez que o conluio obteve êxito na divisão de licitações por no mínimo 13 anos; e (iii) o grau de lesão à concorrência, aos consumidores e à economia como um todo, uma vez que falseou o processo competitivo e transferiu recursos públicos (dos administrados) às empresas. Assim, fixou a multa-base daquelas empresas em 15%.

Na fase seguinte, considerou que não haveria nos autos elementos capazes de diferenciar as representadas que permaneceram mais tempo no conluio ou venceram uma maior quantidade de contratos ou obtiveram lucros mais altos. Portanto, aplicou apenas a agravante de liderança, acrescentando a multa das empresas líderes em 5% (totalizando 20%).⁷⁵

3.2.2.6 Cartel das Vitaminas (2007)

O conselheiro-relator Ricardo Cueva levou em conta (i) a gravidade da infração; (ii) a vantagem auferida; (iii) o grau de lesão ao mercado; e (iv) a situação econômica das infratoras. Com base nesses fundamentos, sem maiores detalhamentos, a Aventis e a Basf foram sancionadas, respectivamente, em 10% (R\$ 12.112.558,32) e 15% (R\$ 847.125,19) sobre o faturamento das exportações de vitaminas ao Brasil no ano anterior à instauração do processo administrativo. A F. Hoffman – La Roche Ltd. teve sua sanção agravada por ter desempenhado papel de liderança no conluio e foi multada em 20% sobre o mesmo mercado relevante (R\$ 4.726.362,37).⁷⁶

3.2.2.7 Caso Ambev “Tô Contigo” (2009)

Para a quantificação da multa-base considerou-se (i) a média gravidade da infração, em comparação com condenações anteriores de abuso de posição dominante; (ii) a consumação da infração; (iii) o perigo de causar lesão aos concorrentes e aos consumidores dos diversos mercados de cerveja; (iv) a grande probabilidade de a infração ter causado efeitos negativos no mercado, embora impossíveis de quantificar; (v) a situação abastada do infrator; e (vi) ausência de reincidência, resultando na multa-base de 1,5% do faturamento da empresa.

Em uma segunda etapa, avaliaram-se as agravantes e as atenuantes. As investigações apuraram que a condenada tinha a intenção de excluir os concorrentes dos pontos de vendas com o conhecimento de que se tratava de uma conduta ilícita (até mesmo escondendo-a das autoridades antitruste), inexistindo boa-fé na conduta

⁷⁵ As multas impostas excederam R\$ 40 milhões (OCDE, 2010, p. 22), e a sentença já foi confirmada em 1ª instância.

⁷⁶ O Cartel das Vitaminas constitui o único caso de valor expressivo na jurisprudência do Cade em que as multas não foram questionadas judicialmente (TERRA NOTÍCIAS, 2009, p. 1).

praticada. A vantagem pretendida também se provou por meio das apresentações colhidas. Ambas as circunstâncias agravantes aumentaram a sanção em 0,5%, resultando na multa de 2% (aproximadamente R\$ 352,7 milhões).

3.2.2.8 Cartel dos Gases (2010)

Ao realizar a dosagem da multa, o conselheiro-relator considerou: (i) a gravidade máxima da infração (cartel); (ii) a inexistência de boa-fé (além de ser difícil se verificar no cartel, os documentos mostraram a intenção dos infratores em esconder a prática das autoridades antitruste); (iii) a enorme vantagem pretendida e auferida, uma vez que a infração foi estruturada em 1998 e perdurou por todos esses anos; (iv) a consumação da infração, que compreendia até mesmo um mecanismo de “conta corrente” para assegurar a divisão dos lucros; (v) o grau de lesão à concorrência, à economia, aos consumidores ou terceiros e os efeitos econômicos negativos no mercado, ambos “colossais”, uma vez que as condenadas dominavam totalmente o mercado e os mercados envolvidos na infração abrangiam vários setores, inclusive a área da saúde (pacientes, hospitais e sistema de saúde público). Sustentou que seria difícil mensurar o prejuízo do cartel, mas mencionou o estudo estatístico de John M. Connor (2005), que, com base em centenas de casos, concluiu em um aumento mediano de 25% e médio de 49%; e (v) a situação econômica abastada das condenadas, grupos que faturavam bilhões de euros anualmente.⁷⁷ Com esses elementos em mente, fixou 25% para AGA, AP, AL e White Martins.⁷⁸

A White Martins já havia sido condenada pelo Conselho em 2002, um ano e meio antes da instauração deste caso, e, devido à reincidência, teve sua multa aplicada em dobro (parágrafo único do artigo 23), totalizando 50%.

À IBG foram aplicadas duas atenuantes: (i) o grau de sua participação no cartel, uma vez que foi excluída do acordo (já amadurecido) pelas demais conspiradoras; e (ii) porque, em 1995, seu presidente denunciou o cartel (do qual ele mesmo viria a participar posteriormente). Assim, sua multa foi reduzida para 10%.⁷⁹

77 A ausência de cooperação das representadas, agravante sugerida pela SDE, não prosperou. “A Secretaria de Direito Econômico recomendou que a ausência de cooperação das representadas fosse ponderada no momento de apuração da multa cabível. A sugestão não é explicitamente vedada pela lei, que não estabelece uma lista exaustiva de critérios. A praxe do Cade tem sido favorecer as empresas que colaboram com o andamento do processo e com a restauração da concorrência no setor [...]. O Cade não pode aceitar comportamentos de nítido caráter protelatório, como os visualizados em diversos momentos neste processo. [...] Tem-se assim que “cooperação” não poderia jamais ser suscitada como item a favorecer os representados. Por outro lado, não parece necessário adotar esse critério como favor negativo na aferição da multa. Já há suficientes elementos a versar contra as representadas, dispensando assim análise mais aprofundada desse novo elemento no cálculo” (voto do conselheiro-relator Fernando de Magalhães Furlan no Processo Administrativo n. 08012.009888/2003-70, p. 116).

78 “[...] A conduta das representadas merece alto nível de reprovação, segundo todos os critérios previstos na Lei. Por outro lado, há o interesse do Cade em efetuar progressão gradual das penalidades impostas por cartéis. O Conselho vem tendendo a aumentar os percentuais exigidos, passando de 1% a 20%, e, recentemente, a 22,5%. Embora o caso em tela possua potencial para uma condenação no limite legal, o aumento gradual das condenações parece constituir procedimento mais condizente com a evolução recente da cultura de defesa da concorrência no país” (ibid., p. 117).

79 As multas aplicadas às condenadas superaram R\$ 2,3 bilhões, sendo aproximadamente R\$ 1,75 bilhão, à White Martins; R\$ 197,6 milhões, à Air Liquide; R\$ 179,2 milhões à Air Products; R\$ 188,4 milhões à Linde Gases; e R\$ 6,7 milhões à Indústria Brasileira de Gases.

3.2.3 Caso em que o Cade atribuiu o mesmo peso a cada agravante

3.2.3.1 Cartel dos Vergalhões de Aço (2005)

O conselheiro-relator Luiz Alberto Esteves Scaloppe acresceu à multa mínima (1%) mais 1% para cada uma das agravantes verificadas, quais sejam: (i) a gravidade da infração, considerando o setor da construção civil essencial à economia nacional; (ii) a ausência de boa-fé; (iii) a vantagem pretendida (as condenadas buscaram impedir a atuação das concorrentes); (iv) a consumação da infração; (v) o grau de lesão aos consumidores em face da insubstituíbilidade desse mercado; e (vii) o alto poder de mercado e o consequente poder de articulação das condenadas. No mais, ainda que possivelmente houvesse danos consideráveis ao mercado, diante da ausência de provas específicas não se aplicou essa agravante. A ausência de reincidência também não levou à duplicação das penalidades. Como resultado, obteve-se a multa de 7% do faturamento para cada uma das representadas. A decisão foi confirmada na íntegra pelo Plenário, por maioria.⁸⁰

3.2.4 Caso em que o Cade partiu de um patamar superior em vista da natureza do ilícito

3.2.4.1 Cartel da Areia (2008)

O conselheiro-relator Paulo Furquim de Azevedo aprofundou-se na dosimetria da multa, apresentando claramente a metodologia utilizada para sua quantificação, buscando conferir maior transparência aos critérios utilizados.⁸¹ Ao mencionar a nova fase institucional do SBDC relativa à “caça aos cartéis”, sustentou que esse objetivo deve influenciar no aumento do rigor no processo de dosimetria da multa.⁸² Nessa linha, buscou sedimentar a tese de que casos de cartéis deveriam partir da multa-base no patamar de 15% para empresas com atenuantes até 30% para as líderes, de acordo com as peculiaridades de cada representada, garantindo a individualização da sanção.

No caso, o piso de 15% relativo à natureza da conduta foi agravado para a Aro em vista (i) do papel de líder, a despeito de sua menor participação de mercado; (ii) da pressão exercida para que a Somar aderisse ao cartel; (iii) da contratação da consultoria; (iv) dos efeitos concretos da infração (aumento de preços); e (v) da previsão de continuidade, que não ocorreu somente devido à intervenção das autoridades, resultando na penalidade de 25%. A seguir, sua situação financeira foi percebida como atenuante, reduzindo a multa para 22,5% (aproximadamente R\$ 540 mil).

80 O conselheiro Roberto Pfeiffer foi vencido ao votar pela redução da multa aplicada à Barra Mansa para 6%, considerando que ela não era uma distribuidora própria e, portanto, não poderia ser acusada de verticalização.

81 “[...] penso que este Conselho pode dar mais transparência, coerência e, conseqüentemente, segurança jurídica à sua atuação como órgão decisório, estabelecendo, no bojo de suas decisões, critérios para a dosimetria da multa que levem em conta, principalmente, o tipo de infração à ordem econômica praticada e seu potencial lesivo aos bens jurídicos tutelados pela Constituição da República e pela Lei n. 8.884/1994” (voto do conselheiro Paulo Furquim de Azevedo no Cartel da Areia, Processo Administrativo n. 08012.000283/2006-66, p. 34).

82 “Cabe ressaltar um outro ponto essencial à evolução da defesa da concorrência no Brasil. Este Conselho deve avançar no estabelecimento de punições mais duras em ilícitos de cartel, aquele que é, de modo incontroverso, o mais grave dos ilícitos antitruste, alcançando nas mais variadas jurisdições a pena máxima prevista” (ibid., p. 35).

A Smarja, por sua vez, teria exercido com a Aro a liderança do conluio. Enquadrando-se nas mesmas agravantes da Aro, com exceção da contratação da consultoria, resultando no *quantum* de 22,5%. Contudo, sua situação econômica serviu de atenuante, reduzindo a multa para 20% (R\$ 1,3 milhão). Ainda que a Somar apenas se tenha juntado ao cartel após pressão das demais empresas, sua participação foi essencial à prática, uma vez que sua localização privilegiada lhe permitia praticar preços menores que as concorrentes. Os agravantes acrescidos à sanção de 15% foram (i) efetivo aumento de preços; e (ii) previsão de continuidade da prática, elevando-a para 20%, ao passo que sua situação financeira serviu de atenuante, reduzindo-a para 17,5% (1 milhão).

Por fim, a consultoria Comprove teve sua penalidade agravada em razão da essencialidade de seus estudos econômicos para a viabilidade do cartel, bem como seu conhecimento quanto à gravidade das condutas que estava fomentando. Pesaram a seu favor, entretanto, o fato de não ter participado diretamente do cartel e sua modesta situação financeira, concluindo-se pela penalidade de 10% sobre seu faturamento bruto (totalizando aproximadamente R\$ 3.000,00).

Um ponto de controvérsia na sentença foi a curta duração da infração (poucos meses), limitando substancialmente os lucros auferidos e os danos causados ao mercado. A questão foi alegada pela ARO,⁸³ porém refutada pelo conselheiro-relator, sob o argumento de que (i) o tempo de duração da conduta não constituiria critério de dosagem da multa (artigo 27), revelando-se apenas de maneira indireta na análise dos efeitos no mercado (inciso VI); e (ii) a situação econômica das empresas já teria sido levada em consideração em seu faturamento (cálculo-base).

3.2.5 Caso em que o Cade se baseou nos lucros auferidos pela infratora

3.2.5.1 Caso White Martins (2002)

O conselheiro-relator Celso Campilongo considerou que a White Martins preenchia, com “soberba e sobejo”, sete dos oito incisos previstos no artigo 27: (i) a gravidade da infração; (ii) a ausência de boa-fé; (iii) a vantagem auferida; (iv) a consumação da infração; (v) o elevado grau de lesão; (vi) os efeitos negativos no mercado (retardamento e obstáculo à entrada de novos competidores); e (vii) a situação abastada do infrator. Destacou, a seguir, que a retenção de matéria-prima contribuiu para a consolidação dos preços monopolistas praticados pela White Martins, verificando-se clara tendência de elevação de preços de cilindros de CO₂ em São Paulo. Considerou ainda os prejuízos qualitativos aos consumidores, que se viram obrigados a comprar substitutos mais baratos, porém menos eficientes, nos mercados de congelamento de alimentos, aplicações siderúrgicas, etc. Com base nesses argumentos, fixou a multa em 5% do faturamento da representada.

83 “Que circunstâncias desfavoráveis justificariam a aplicação de multa no limiar do percentual máximo? Qual a lesão ou perigo de lesão causados à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores ou a terceiros? Quais os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado?” (Embargos de Declaração da Aro no Cartel da Areia, Processo Administrativo n. 08012.000283/2006-66, acostado a fls. 2288).

O conselheiro Ronaldo Porto Macedo Júnior, por sua vez, argumentou que o ponto de partida da multa antitruste deve ser os danos causados ao mercado e, na sua ausência, nos lucros auferidos pelo infrator. Valendo-se de estimativas que apontavam que o lucro ilícito da White estaria entre R\$ 17,9 e R\$ 44,3 milhões, chegou-se ao *quantum* equivalente a 30% do seu faturamento no mercado relevante da infração. O conselheiro argumentou ainda que a multa deveria corresponder ao dobro dos lucros obtidos pelo infrator para atingir seu efeito dissuasório. Mas, no caso, como ela já havia partido do teto legal de 30% (art. 23, I), não poderia ser agravada, e, ao mesmo tempo, não poderia ser atenuada, sob pena de enriquecimento ilícito. Em suma, a análise dos parâmetros do artigo 27 foi inviabilizada.

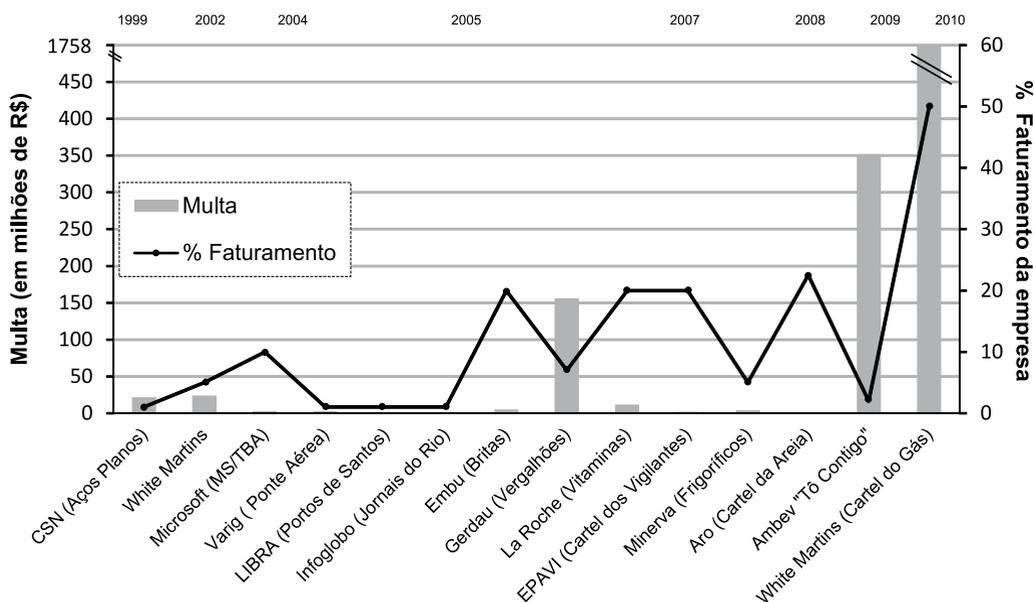
A seguir, os julgados desta seção serão analisados sob uma perspectiva sistêmica, com o objetivo de evidenciar em que direção a jurisprudência do Cade se tem desenvolvido visando a superar os principais desafios relacionados ao tema da dosimetria da multa antitruste.

4 Desafios do modelo vigente no Brasil

4.1 Análise sistemática dos julgados (acerca da aplicação dos arts. 23 e 27)

O estudo dos casos confirmou a percepção generalizada na sociedade de que a dosagem das multas acompanhou a tendência da nova fase institucional do SBDC de priorizar o controle das condutas anticompetitivas. O cenário é ilustrado pelo gráfico a seguir.

Gráfico 1. Multa versus % faturamento



Fonte: elaboração do autor

A tendência de severidade das multas a partir de 2005 é clara. Constatam-se condenações em patamares recordes tanto em termos relativos, chegando a 20% nos cartéis das Vitaminas e dos Vigilantes (2007), 22,5% no Cartel da Areia (2008) e 50% no Cartel dos Gases (2010), quanto absolutos, passando pelas condenações da Gerda em R\$ 152 milhões (2005) e da Ambev em R\$ 352 milhões (2009) e culminando em 1,7 bilhão à White Martins (2010).

4.1.1 A inconsistência na aplicação do artigo 23, I

Da análise qualitativa da jurisprudência do Cade, a primeira conclusão que salta aos olhos é que, por diversas vezes, o Conselho contrariou julgados anteriores. A alternância de critérios a partir do mesmo conceito de “faturamento da empresa” previsto no artigo 23, I, na aplicação das multas é sintetizada na Tabela 1.

Tabela 1. O conceito de “faturamento” da empresa aplicado pelo Cade

Caso	Interpretação (literal ou sistemática)	Ano
Cartel dos Aços Planos	Faturamento total (lit.)	1999
Caso White Martins	Valor em R\$ (não se chegou a um consenso)	2002
Caso Microsoft/TBA	Mercado relevante* (sist.)	2004
Cartel da Ponte Aérea	Mercado relevante (sist.)	2004
Cartel dos Jornais do Rio	Mercado relevante (sist.)	2005
Caso dos Portos de Santos	Faturamento total (lit.)/mercado relevante (sist.)	2005
Cartel das Britas	Faturamento total (lit.)/mercado relevante (sist.)	2005
Cartel dos Vergalhões	Faturamento total (lit.)	2005
Cartel das Vitaminas	Mercado relevante (sist.)	2007
Cartel dos Vigilantes	Faturamento total (lit.)	2007
Cartel dos Frigoríficos	Mercado relevante (sist.)	2007
Cartel da Areia	Faturamento total (lit.)	2008
Caso Ambev “Tô Contigo”	Faturamento total (lit.)	2009
Cartel dos Gases	Faturamento total (lit.)	2010

Fonte: elaboração do autor

O caso White Martins foi o primeiro passo no sentido de enfrentar a questão da dosimetria da sanção antitruste. A partir desse momento, o assunto passou a receber maior atenção do Cade. Em seu julgamento, surgiu a tese da interpretação sistemática, que, embora não acolhida explicitamente naquele julgado, posteriormente viria a ser aplicada diversas vezes.⁸⁴

84 De sorte que, poucos meses depois, o Plenário, por maioria, adotaria expressamente a interpretação sistemática (pelos mesmos

A análise da trajetória jurisprudencial revelou que o Cade manuseou a base de cálculo da multa, alterando sua interpretação do critério do “faturamento” em vista do caso concreto, como explicado pelo então conselheiro Delorme Prado:⁸⁵ “[...] a base de cálculo da multa é uma decisão que se baseia na margem de discricionariedade da autoridade administrativa, permitida na Lei Antitruste”, tanto é que, em duas oportunidades (Casos dos Portos de Santos e das Britas), chegou-se a adotar interpretações diferentes da lei para as coautoras condenadas.

Entretanto, esse entendimento substituiu a segurança legal por uma discricionariedade quase ilimitada. A lei concorrencial conferiu ao Cade o poder de fixar um percentual entre 1% e 30%, mas não o de escolher a base de cálculo, que foi fixada pelo artigo 23, I, como uma só para todos os casos: o “faturamento da empresa” (qualquer que seja a extensão atribuída a essa expressão). É nesse sentido que vem a crítica da comunidade concorrencial, ilustrada pelas palavras de Bruna Cantergiani (2006, p. E2):

A mais surpreendente das decisões do Cade refere-se à apuração da base de cálculo da multa aplicada nos casos de cartel: ora entende ser o faturamento bruto total da empresa infratora, ora o faturamento bruto sobre o mercado relevante (o faturamento advindo da comercialização de determinado produto em determinada região na qual se verificou a incidência do cartel). [...] O que se espera do Cade é que mantenha a coerência.

Mais recentemente, nos últimos anos, houve uma tendência clara de o Conselho adotar a interpretação literal como regra inflexível, salvo em raríssimas exceções. À luz da jurisprudência e das finalidades da sanção concorrencial estudadas, serão analisadas as prováveis implicações dessa postura em comparação à aplicação da interpretação sistemática.

4.1.2 As interpretações do artigo 23, I, e a finalidade preventiva da multa

Comparando as duas bases de cálculo que o Cade poderia utilizar para aplicar as multas, ou seja, sobre o faturamento total da pessoa jurídica infratora ou mais restritivamente sobre o mercado relevante da infração, por implicação lógica, as multas sempre serão superiores se for utilizada a interpretação literal,⁸⁶ tanto é que as maiores condenações da história do Cade (White Martins e Ambev) só foram possíveis por meio dessa interpretação.

fundamentos sustentados no caso White Martins) no caso Matec/Power-Tech (Processo Administrativo n. 08012.000172/1998-42. Representante: Power-Tech Teleinformática Ltda. Representada: Matel Tecnologia de Informática S.A. (Matec), bem como em outros casos estudados neste trabalho.

85 Voto do conselheiro Delorme Prado em sede dos Pedidos de revisão n. 08700.003868/2005-07 e 080700.0067/2005-54 no Cartel das Britas (Processo Administrativo n. 08012.002127/2002-14).

86 Exceto na hipótese já mencionada (na subseção 2.2.1.3) de coincidência entre a personalidade jurídica da sociedade infratora e o(s) mercado(s) relevante(s) envolvidos na infração, pela qual ambos os métodos levam ao mesmo resultado.

Aplicando-se a penalidade sobre o faturamento total da empresa, as multas sempre se fazem sentir pelo infrator, independentemente da proporção do ilícito cometido. Esse fator sinaliza rigorosamente ao mercado a gravidade das condutas anticompetitivas e aumenta o engajamento institucional das empresas com questões concorrenciais em todos os mercados atuantes. Por esses motivos, o Cade advogou reiteradamente sua aplicação como regra geral.

A aplicação da corrente sistemática também é, geralmente, capaz de atingir seu efeito dissuasório, ainda que infrações pequenas cometidas por grandes empresas possam ser apenadas com multas brandas. O maior problema aparece nas infrações cujos autores auferiram lucros superiores a 30% do seu faturamento naquele mercado relevante, situação normalmente verificada por condutas que perdurem por mais de um ano.⁸⁷ Nessa hipótese, a multa poderá ser superior ao teto de 30% (“nunca será inferior à vantagem auferida”), mas, por decorrência lógica, será igual aos lucros, incapaz, portanto, de desencorajar futuros ilícitos.

À primeira vista, a interpretação literal proporciona multas mais elevadas, atingindo melhores resultados dissuasórios do que a sistemática. Mas esse estudo já considerou que a elevação excessiva da sanção pode levar ao seu descrédito em face do controle judicial. É nesse sentido que a proporcionalidade, que será analisada no próximo item, influencia o efeito dissuasório da multa.

4.1.3 As interpretações do artigo 23, I, e a finalidade retributiva da multa

Como analisado na subseção 2.1, a função retributiva diferencia-se do instituto da vingança, uma vez que a sanção deve guardar proporção com o ilícito cometido, observando-se os princípios constitucionais inerentes ao Estado de direito.

O Cade sustentou reiteradamente que a interpretação literal se encontraria nos limites constitucionais.⁸⁸ Os argumentos, detalhados no exame dos casos da seção anterior, relacionam-se em suma ao estabelecimento de um critério objetivo para imposição das penalidades e à necessidade de a multa ser alta o suficiente para que não seja insignificante, tornando-se inócua.

87 Ronaldo Porto Macedo Júnior (2003, p. 52) considerou que ao utilizar como base de cálculo o faturamento no mercado relevante, o valor da vantagem auferida frequentemente será superior ao teto legal de 30%, uma vez que “a vantagem auferida pode ter sido obtida em período superior a um ano (exercício), limite máximo para a fixação do valor do faturamento”. Eis aí a razão pela qual sabiamente o legislador previu que a multa “nunca será inferior à vantagem auferida” (art. 23, I).

88 À guisa de ilustração: “A lei criou um critério razoavelmente objetivo para a dosimetria da pena que guardasse alguma relação de pertinência com a situação econômica do infrator (art. 27, VII, da Lei n. .884/1994). Obviamente, a pena pecuniária – para que cumpra sua função dissuasória e propeleutiva – deve guardar proporção com a situação econômica do infrator (o faturamento é uma *proxy*). [...] Para que a multa cumpra suas funções dissuasória (preventiva) e retributiva (repressiva), deve guardar proporção não apenas com a vantagem econômica auferida em decorrência da prática infrativa, mas também com a situação econômica do infrator (da qual o faturamento é uma *proxy*)” (Parecer da Procuradoria-Geral do Cade datado de 25 de janeiro de 2006 nos autos do Cartel das Britas, Processo Administrativo n. 08012.002127/2002-14, p. 4).

Por sua vez, a análise dos julgados demonstrou como a adoção de uma base de cálculo fundamentada sobre a realidade das formas invariavelmente leva a casos de multas desproporcionais já em seu mínimo legal, violando, entre outros,⁸⁹ os princípios constitucionais da proporcionalidade⁹⁰ e da razoabilidade.⁹¹

Apesar de o instituto da multa ser *adequado* para alcançar as finalidades da defesa da concorrência (punir os infratores e impedir novas infrações, protegendo a livre concorrência), no caso concreto pode ser *desnecessário*, se um percentual menor pudesse ser igualmente adequado para estimular a observância da lei e menos restritiva aos direitos de propriedade (art. 5º, XXII, CF)⁹² e à liberdade de exercício de atividade econômica do administrado (art. 170, parágrafo único, CF).⁹³

A multa com base no faturamento total da sociedade para uma infração de impacto reduzido no mercado é também *desproporcional em sentido estrito*, uma vez que inexistente proporção entre a vantagem obtida com a multa (desestímulo às infrações à ordem econômica) e a restrição causada (restrição extrema dos direitos constitucionais de propriedade e liberdade econômica).

E mais, considerando que nessa hipótese inexistente equivalência entre a gravidade da penalidade (percentual do faturamento total de todas as atividades da empresa) e a gravidade do ilícito cometido (pequena infração à ordem econômica), chega-se à conclusão de que a multa será *irrazoável*.

89 Nessa seara, vale mencionar a crítica de Bruna Cantergiani (2006, p. E2): “É preciso levar em conta que muitas vezes uma empresa tem diversos ramos de atividade e aquele em que há acusação de cartel corresponde a apenas uma pequena parcela de seu faturamento total. Entendo que, ao estabelecer como base o faturamento total da empresa condenada, o Cade fere os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e vedação ao confisco e, conseqüentemente, da legalidade”.

90 Entre nós, o princípio da proporcionalidade é entendido como uma norma esparsa no texto constitucional, decorrendo da essência do Estado Democrático de Direito (PIETRO, 1991, p. 126), além de expressamente previsto no art. 2º, *caput* da Lei n. 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo Federal). A atuação administrativa deve guardar a proporcionalidade entre os meios e os fins, de modo que mesmo que a decisão não transgrida nenhuma norma concreta e expressa, será ilegítima se resultar desproporcional em relação ao que se deseja alcançar, demandando o controle do Poder Judiciário que poderia resultar, inclusive, na anulação da decisão. O exame da proporcionalidade avalia a relação entre a medida adotada, a finalidade pretendida e o grau de limitação causado nos direitos fundamentais atingidos. O método amplamente difundido para sua aplicação no caso concreto envolve três etapas: o exame de adequação (o meio deve contribuir para a promoção do fim), de necessidade (o meio deve ser o mais suave entre os disponíveis) e de proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens da medida devem ser superiores às suas desvantagens) (AVILA, 2005).

91 Assim como o princípio da proporcionalidade, o princípio da razoabilidade também não se encontra expresso na Carta Magna e decorre do Estado de Direito, além de vir positivado no mesmo art. 2º da Lei n. 9.879/1999. A proporcionalidade e a razoabilidade costumam guardar diversos pontos de identidade, motivo pelo qual há aqueles que os tratam como noções fungíveis, enquanto outros apontam distinções entre eles. Segundo Humberto B. Avila (2005, p. 166), “no exame de razoabilidade-equivalência, o aplicador precisa tão somente investigar se o montante da multa guarda relação de equivalência com a gravidade do comportamento que se quer punir”. Em outras palavras, a razoabilidade exige que a resposta da administração deve ser proporcional à dimensão e ao significado dos fatos que a motivaram.

92 Inclusive, muitos tributaristas entendem que uma multa desproporcional tem natureza confiscatória. Segundo Rafael Bielsa (1951, vol. II, p. 93) “[...] confiscatório em nossa opinião o ato que em virtude de uma obrigação fiscal determina uma injusta transferência patrimonial do contribuinte ao fisco, injusta pela sua monta ou pela falta de causa jurídica, ou porque aniquile o ativo patrimonial; em suma, quando não é ‘justa nem razoável’”.

93 Sobre o assunto, confira as considerações de Humberto B. Avila (2005, p. 166) quanto à constitucionalidade da multa de mora da ordem de 60% prevista pelo art. 4º da Lei n. 8.620/1993.

Na prática, a desproporcionalidade e a irrazoabilidade dos resultados decorrentes da interpretação literal obrigaram o Cade a abrir mão daquela regra e a aplicar a interpretação restritiva como “válvula de escape” para corrigir eventuais distorções de grande proporção.⁹⁴ Nesse sentido, citem-se o caso dos Portos de Santos bem como os Cartéis da Ponte Aérea, dos Frigoríficos e das Vitaminas.

Ficou evidente, ainda, tanto de modo hipotético (nos exemplos dos Grupos de Bebidas) quanto na prática do Cade (caso dos Portos de Santos e no Cartel das Britas) como a interpretação literal leva a decisões anti-isonômicas⁹⁵ com relação às partes condenadas em um mesmo caso sempre que apresentarem estruturas societárias distintas (pulverizada/concentrada). Sobre o assunto, José Carlos da Silva Nogueira (2003, p. 88) reitera que os agentes econômicos na mesma situação devem ser tratados de forma igualitária, sob pena de anulação judicial.⁹⁶

4.2 A inconsistência na aplicação do artigo 27

A inconsistência na aplicação do artigo 23, I, também provocou uma distorção na coerência do *quantum* da multa imposta (artigo 27). Isso significa que, em determinados casos, o faturamento total da empresa (em razão de outras atividades econômicas) era elevado demais, demandando uma dosagem mais próxima do 1%,⁹⁷ mesmo quando verificada uma série de agravantes; em outros casos, o faturamento da empresa no mercado relevante da infração era relativamente baixo, demandando a aplicação de uma porcentagem de multa mais próxima do 30%, mesmo que não houvesse agravantes suficientes para justificá-la.

À guisa de ilustração, no Cartel das Britas, uma série de agravantes resultou na multa inicial de 20% às líderes do cartel. Devido à distorção do critério legal do faturamento, entretanto, a reforma da multa para 1% desconsiderou completamente o artigo 27. Do mesmo modo, na condenação da Ambev, apesar de uma série de agravantes, o percentual da multa foi fixado em apenas 2%. Na outra ponta, o conselheiro Ronaldo Porto Macedo Júnior viu-se obrigado a votar pela aplicação da multa máxima (30%) no caso White Martins para alcançar os lucros auferidos, inviabilizando a apuração de agravantes e atenuantes.

94 “Não se pode, todavia, perder de vista que as decisões do Cade, como todo ato administrativo, estão sujeitas à revisão pelo Poder Judiciário no que tange ao controle de legalidade, finalidade, razoabilidade e proporcionalidade. Nesse sentido, não parece ser boa política pública manter, de forma empedernida, uma decisão eivada dos vícios de legalidade, finalidade, razoabilidade e proporcionalidade, já que estará fadada à ineficácia, por inexecutável judicialmente, em detrimento do interesse coletivo” (Parecer da Procuradoria do Cade nos Pedidos de Revisão n. 08700.003868/2005-37 e n. 08012.002127/2002-14, em sede do Processo Administrativo n. 08012.002127/2002-14, p. 2.).

95 Entre os princípios de maior destaque do Estado de Direito encontra-se o princípio da igualdade. Nos termos do art. 5º da Carta Magna, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”. Aplicado ao âmbito antitruste, o princípio da isonomia demanda das autoridades concorrenciais um tratamento desigual para os desiguais, reconhecendo que um agente econômico não se encontra necessariamente em paridade aos demais em seu mercado, tanto sob o prisma do seu poderio financeiro quanto das suas relações comerciais (NOGUEIRA, 2003, p. 88).

96 *In verbis*: “Qualquer condenação na matéria antitruste, na esfera administrativa, que contrarie [...] o princípio constitucional da igualdade, que em face de sua natureza axiológica e da sua força normativa maior deve permear as decisões e os atos das pessoas que compõem uma sociedade, bem como os atos de seus representantes, deve ser revisto e rechaçado pelo Poder Judiciário”.

97 Cartel do Aço Plano, Cartel da Ponte Aérea, Cartel dos Frigoríficos e Caso Ambev.

Também se verificou que diferentes metodologias foram empregadas na aplicação do artigo 27. Em um momento incipiente da defesa da concorrência, ilustrado aqui pela condenação do estudado Cartel dos Aços Planos,⁹⁸ os conselheiros ainda não se haviam aprofundado na fundamentação do percentual da multa imposta vis-à-vis os balizadores do artigo 27.

A partir do caso White Martins (2002), essa questão passou a receber maior atenção dos conselheiros. Nesse julgado, o conselheiro Ronaldo Porto Macedo Júnior partiu do dano causado ao mercado, ou, na sua ausência, dos lucros auferidos, garantindo-se a inexistência de enriquecimento ilícito, para então se aplicarem os demais balizadores desse artigo.

A propósito, dos 14 julgados de expressão estudados, apenas esse se preocupou com a quantificação das estimativas dos lucros auferidos pela infração, critério previsto pelos artigos 23, I, e 27, III, da lei da concorrência. Sem esse dado, é impossível analisar em que medida as multas foram superiores aos ganhos auferidos pelos ilícitos (ou pelo menos equivalentes àqueles, conforme artigo 23, I). Desse modo, não se pode assegurar que as multas aplicadas foram capazes de inibir futuras condutas ou se, pelo contrário, constituíram, de certo modo, um sinal verde a novas infrações à ordem econômica.

A inexistência da apuração dos lucros auferidos impacta na individualização da sanção de cada infrator. De modo geral, os danos causados ao mercado e os lucros obtidos por cada participante são proporcionais à participação de mercado de cada um (que é uma expressão do número de vendas realizadas com sobrepreço).

No entanto, a maioria das decisões desconsiderou as participações de mercado de cada agente. Por exemplo, no caso do Cartel da Areia, ainda que as participações de mercado da Aro e da Somar fossem substancialmente diferentes (7,12% e 17,34%, respectivamente), as multas fixadas para aquelas empresas não foram diferenciadas à luz desse fator.

Uma metodologia bastante diferente foi adotada no julgamento do Cartel dos Vergalhões de Aço (2005). O dispositivo foi aplicado de forma mais objetiva, estabelecendo-se 1% de multa-base e mais 1% para cada uma das circunstâncias agravantes verificadas no caso. No entanto, não se fundamentou a adoção da atribuição de 1% para cada requisito, que levaria a uma multa máxima de 9% (1% do mínimo legal somado a 8% dos oito requisitos), ao invés dos 30% (máximo legal).⁹⁹

98 Outros casos da mesma época em que não se aprofundou na análise da dosimetria da pena foram os cartéis dos combustíveis de Florianópolis (Processo Administrativo n. 08012.002299/2000-18. Representante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Representados: Posto Divelin e outros) e o de Goiânia (Processo Administrativo n. 08012.004712/2000-89. Representante: Secretaria de Direito Econômico (SDE), *ex officio*. Representados: Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado de Goiás (Sindiposto e seu presidente, José Batista Neto).

99 Observe-se que inexistiu exigência legal de que os requisitos exerçam igual peso na quantificação da multa, até mesmo porque o máximo legal (30%) não é divisível por oito (quantidade de critérios de ponderação previstos na lei concorrencial).

Diferentemente, em sede do julgamento do Cartel da Areia (2008), o Cade sustentou que em casos de cartel deveria ser privilegiado o critério da gravidade da infração na quantificação da multa, sinalizando ao mercado a severidade da repressão daquela conduta. Desse modo, partiu-se do patamar de 15% para o cartel, sobre o qual incidiriam as agravantes e as atenuantes do caso concreto. No caso, as três condenadas tiveram suas multas reduzidas em 2,5% em vista de suas situações financeiras, sem, entretanto, se justificar a origem desse *quantum*.

Uma quarta metodologia identificada foi a usada mais vezes nos casos estudados neste trabalho,¹⁰⁰ inclusive nas recentes condenações da Ambev (2009) e do Cartel dos Gases Industriais (2010). Por meio dela, os conselheiros simplesmente apontaram os agravantes presentes no caso e a porcentagem final que lhes parecia justa, sem detalhar a parcela correspondente a cada uma delas.

4.3 Afinal, o problema está na lei ou em sua aplicação?

Em suma, a análise das principais condenações do Conselho revela que tanto o artigo 23, I (base de cálculo e limites da multa), quanto o artigo 27 (critérios para a dosimetria) foram aplicados de formas bastante diferentes ao longo dos anos. Em diversas oportunidades, o Conselho contrariou frontalmente julgados anteriores.

A uniformidade da interpretação e a aplicação da norma são pilares da segurança jurídica, que se resumem à exigência de que os indivíduos possam ter certeza e calculabilidade quanto às consequências dos seus atos, das relações que participam e dos atos a que estão submetidos.

A previsibilidade jurídica desempenha papel de destaque na promoção do investimento e da eficiência econômica, objetivos consoantes com os da política de defesa da concorrência. Os agentes econômicos esperam que as instituições assegurem a clareza e a estabilidade das regras do jogo, conferindo certeza às transações econômicas, reduzindo custos de transação e estimulando uma alocação eficiente de recursos (PINHEIRO, 2005, p. 1-5).

Dúvida em economia significa custos. Quanto menor o grau de segurança jurídica, mais arriscadas se tornam as relações econômicas. A imprevisibilidade aumenta o custo Brasil ao distorcer o sistema de preços e desencorajar investimentos e o uso de capital disponível, como fusões e aquisições com empresas investigadas por condutas anticompetitivas que possam receber multas brandas ou “astronômicas”, dependendo dos critérios aplicados pelo Cade no caso.

A OCDE, em seu estudo Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento (2008, p. 48), lista dentre os princípios gerais da boa regulação a previsibilidade administrativa e a transparência: “A transparência do sistema regulatório é essencial para

100 Microsoft/TBA, Cartel dos Jornais do Rio de Janeiro, Cartel das Britas, Cartel dos Frigoríficos, Cartel dos Vigilantes, Cartel das Vitaminas, Caso Ambev “Tô Contigo” e Cartel dos Gases.

construir um ambiente regulatório estável e acessível, que promova a competitividade, a comercialização e os investimentos e ajude a prevenir a indesejável influência de grupos de pressão”.

No campo do antitruste, a transparência dos critérios adotados para as multas impostas às infrações à ordem econômica ainda desempenha papel-chave no caráter dissuasório da sanção (CALVIÑO, 2007, p. 2). Ciente das penalidades prováveis a que faria jus, o agente racional realizará uma análise de custo-benefício e, em um sistema bem formulado, optará por observar a lei. No sentido oposto, sanções imprevisíveis e contraditórias entre si podem levar ao descrédito da multa em face da sua provável reforma judicial (MACEDO JÚNIOR, 2003, p. 44-45).

Diante dessas considerações, conclui-se que a atuação do Cade, no que tange às multas antitruste, não proporciona até o presente momento a segurança jurídica almejada. Essa situação é (i) indesejável para o administrado, que não tem conhecimento a qual sanção está sujeito; (ii) fere o princípio da isonomia, uma vez que os infratores em igual posição acabam sendo tratados distintamente; e (iii) impacta negativamente na competitividade do mercado. Mas seria realmente possível a pacificação da atuação do Cade em apenas uma das interpretações de faturamento do artigo 23, I, da forma como são aplicadas hoje?

Como visto no item anterior, apesar dos pontos positivos da interpretação literal,¹⁰¹ sua desconexão com os lucros e com os danos da infração leva inexoravelmente a resultados contrários à ordem constitucional, de modo que seu uso como regra absoluta tem motivos contundentes para encontrar dificuldades em face do controle judicial. Além disso, do ponto de vista da sistematização dos julgados, o uso de multas-base muito elevadas demanda, em muitos casos, ajustes incoerentes na ponderação dos balizadores do artigo 27.

Por sua vez, ainda que a interpretação sistemática resolva parte dessas falhas¹⁰² quando aplicada a infrações que perduraram por vários anos, levaria a penalidades equivalentes aos lucros (“nunca será inferior à vantagem auferida”), de modo que poderia ser entendida pelo mercado como um sinal verde às práticas anticompetitivas. Nesse e em outros casos, uma análise coerente dos critérios do artigo 27 seria inviabilizada em vista da necessidade de aplicação da multa máxima ou próxima a ela para compensar os lucros obtidos, mesmo sem agravantes que a justifiquem.

101 A aplicação da interpretação do faturamento bruto total (literal) (i) possibilita a imposição de multas mais elevadas, com maior impacto na sociedade; (ii) estimula o engajamento institucional das empresas (qualquer pequena infração pode levar a multas elevadas); e (iii) permite que a multa seja calculada de forma simples e objetiva, ideal do ponto de vista da eficiência da administração pública.

102 Ao utilizar como base de cálculo da multa o faturamento da empresa no(s) mercado(s) relevante(s) envolvidos, a interpretação sistemática assegura que a penalidade será (i) proporcional ao ilícito cometido, isto é, tanto ao dano gerado no mercado quanto ao lucro obtido; e (ii) isonômica com relação aos coautores em comparação ao seus pares, sendo, portanto, harmônica ao Estado de Direito e menos suscetível à inexecutividade em face de questionamentos judiciais.

Sobretudo, conclui-se que a problemática da dosimetria da multa concorrencial não é fundamentalmente um problema hermenêutico; o próprio modelo legal é falho e, em determinadas hipóteses, impõe ao Cade a escolha entre multas elevadas e inconstitucionais ou brandas e ineficazes.

O artigo 27 já poderia ser aplicado de forma mais coerente na vigência da lei atual, isto é, o Cade poderia ater-se a uma só das metodologias estudadas. No entanto, mesmo assim, em diversos casos, seriam demandados ajustes bastante incoerentes para compensar a distorção da multa-base (art. 23).

Como conclusão, novas regras devem ser desenhadas para que multas previsíveis e eficientes se tornem possíveis. Considerando que tramita no Senado um projeto de lei que reestrutura a Lei de Defesa da Concorrência, será visto de que forma ele aborda os problemas estudados.

5 Subsídios para evolução do sistema brasileiro

5.1 Análise do Projeto de Lei da Câmara n. 06/2009¹⁰³

A reforma do SBDC foi amplamente discutida na Câmara dos Deputados. Diante de sua importância, desde janeiro de 2007 passou a integrar o Programa de Aceleração Econômica (PAC) do Poder Executivo e três meses depois se instaurou uma Comissão Especial sobre o tema.¹⁰⁴ Para efeitos deste trabalho, serão analisadas somente as disposições relativas à dosimetria da multa.

Em um primeiro momento, o Projeto n. 5.877/2005 apresentava uma solução diferente para o tema da dosimetria da sanção, abandonando a relação da multa com o faturamento da empresa infratora (artigo 23, I, da lei atual) e, no lugar, adotando um intervalo de valores – entre R\$ 6.000,00 e R\$ 200.000.000,00.¹⁰⁵

O dispositivo sujeitava o administrado a uma enorme discricionariedade do Conselho, que poderia fixar qualquer valor entre R\$ 6 mil e R\$ 200 milhões. Para empresas pequenas e médias, na prática, o céu seria o limite. Na outra ponta, para conglomerados de grande porte, dependendo da infração cometida, a multa poderia ser insuficiente.¹⁰⁶

103 Após a submissão deste trabalho ao prêmio SEAE, o Senado aprovou a Emenda nº 21, que resultou, entre outras, nas seguintes alterações à redação original do projeto: (i) o teto da multa foi reduzido de 30 para 20% do faturamento e (ii) a base de cálculo foi alterada para o faturamento no “no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração” relativo a “empresa, grupo ou conglomerado”. Atualmente, referidas emendas aguardam votação na Câmara dos Deputados. Dependendo da votação, parte das conclusões deste trabalho relativas ao projeto de lei podem perder aplicabilidade.

104 O Projeto de Lei n. 3.434/2008 foi apensado ao Projeto de Lei n. 5.877/2005, de autoria do Poder Executivo. O PL n. 5.877/2005, por sua vez, foi apensado ao PL n. 3.937/2004.

105 “Art. 33. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis à multa de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais). [...] § 2º Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro”.

106 Como exemplo, tome-se a recente condenação imposta pelo Cade à Ambev no valor de R\$ 352 milhões e à White Martins de R\$ 1,75 bilhão, que não seriam possíveis com aquela redação.

No entanto, a ampla margem teria a vantagem de conferir maior flexibilidade ao Cade de impor uma sanção mais adequada ao caso concreto, ao passo que a insegurança jurídica poderia ser significativamente minimizada com a edição de diretrizes, pormenorizando com o máximo grau de detalhes e transparência os critérios a serem utilizados na aplicação das multas.

De todo modo, o deputado Ciro Gomes proferiu seu parecer contrário àquela abordagem, defendendo que percentuais relativos ao faturamento no mercado relevante tendem a associar-se mais com os ganhos auferidos pela conduta do que valores fixos, obtendo uma relação mais direta da multa com os lucros obtidos e conferindo incentivos (negativos) mais adequados aos empresários.¹⁰⁷

Os dados referentes ao faturamento específico, entretanto, são de difícil acesso às autoridades, até porque a organização da contabilidade empresarial não coincide com a segmentação por mercados relevantes. Reconhecendo a dificuldade de implantar o novo critério, o deputado sustentou que o Cade poderia fazer uso do faturamento total da empresa nas hipóteses de ausência de informações relativas ao faturamento do mercado em tela.

Sobre esses fundamentos, o referido dispositivo foi alterado. O artigo 37 do substitutivo¹⁰⁸ adotou como regra absoluta a base de cálculo sobre o faturamento da empresa no(s) mercado(s) relevante(s) envolvidos na infração (a atual interpretação sistemática do artigo 23, I). No plano teórico, uma abordagem econômica é capaz de calcular os danos provocados ao mercado bem como os lucros auferidos pelo agente (CALVIÑO, 2007, p. 5-6). Na prática, entretanto, a situação é mais complicada não só porque pode o agente omitir ou informar o faturamento específico enganosamente, mas também porque em muitos casos essas informações são inalcançáveis até mesmo para os próprios agentes econômicos.

Por essa razão, o conselheiro César Mattos, na apresentação intitulada *Mudando a legislação da concorrência no Brasil* (2009, p. 15), destacou a complexidade da quantificação desse critério: “Multa incidindo sobre o faturamento no mercado relevante. Problema: dificuldade de mensuração”.

107 E prosseguiu o deputado: “Visando ampliar ainda mais a conexão da base de incidência da multa com os ganhos auferidos, introduzimos a previsão de que o faturamento a ser considerado é aquele obtido no mercado relevante. Não faz, de fato, sentido aplicar uma multa sobre todo o faturamento da empresa, incluindo suas atividades por meio das quais ocorreu a conduta com outras atividades (sic). Afinal, apenas o faturamento das atividades envolvidas na prática foi afetado sendo, portanto, sobre ele que se deve prever a aplicação dos percentuais definidos” (Relatório do deputado Ciro Gomes no Projeto de Lei n. 3.937 de 2004, datado de 28 de maio de 2008, p. 31).

108 Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: I – no caso de empresa, multa de 1% (um por cento) a 30% (trinta por cento) do valor 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, a qual nunca será inferior à vantagem auferida*, quando for possível sua estimação; [...].

§ 1º Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

§ 2º No cálculo do valor da multa de que trata o inciso I do *caput* deste artigo, o Cade poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no mercado relevante 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.

Inclusive, na vigência da lei atual, um dos argumentos do Cade em favor da interpretação literal foi justamente que o uso do faturamento total da sociedade seria simples e eficiente, ao contrário de uma definição mais restrita (interpretação sistemática), que dispararia uma complexa (e longa) nova discussão a respeito do faturamento obtido apenas nos mercados relevantes envolvidos na infração.¹⁰⁹

Em suma, aquela redação do projeto de lei colocaria um fim à indeterminação do critério do “faturamento” e institucionalizaria a interpretação restritiva do atual artigo 23, I, levando tanto aos seus benefícios (proporcionalidade, isonomia) quanto à sua dificuldade prática e às suas falhas estruturais, já estudadas na seção anterior – especialmente por manter a previsão de que a multa “nunca será inferior à vantagem auferida”, o que, em algumas hipóteses, obrigaria o Cade a impor uma multa equivalente ao lucro.

De qualquer forma, essa redação do artigo 37, combinada com a do 45, que reitera os mesmos critérios atuais para a dosimetria da sanção (artigo 27 da Lei n. 8.884/1994), foi aprovada pelo Plenário da Câmara dos Deputados no fim de 2008.¹¹⁰

No Senado, onde o projeto tramita atualmente, a matéria sofreu nova alteração. A Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática aprovou a Emenda n. 36, reduzindo o percentual mínimo da multa de 1% para 0,1% e restabelecendo a base de cálculo original, incidindo sobre o faturamento bruto total da sociedade empresária, com o intuito de conferir maior segurança jurídica e evitar uma desproporcionalidade no mínimo legal,¹¹¹ ou seja, a ampliação da discricionariedade desata as mãos do Cade para multas elevadas demais e fixa de uma vez por todas a base de cálculo da multa como o faturamento total da sociedade, um método simples e eficiente de cálculo.

Contudo, a proposta não oferece pistas de como deve ser feita a ponderação entre os 300 graus à disposição do Cade na fixação da multa (de 0,1 a 30,0), ou seja, o legislador, em grande medida, transfere ao Cade a tarefa de especificar e sistematizar a dosimetria das multas, resultando em sanções severas, proporcionais ao ilícito e, ao mesmo tempo, coerentes com os demais julgados.¹¹²

109 “É importante ter em consideração que essa objetividade do critério de dosimetria da pena atende também ao postulado de eficiência da administração pública na execução de suas decisões, tendo em vista que uma eventual discussão a respeito de qual seria o faturamento verificado no mercado relevante considerado inauguraria praticamente uma nova e longuíssima instrução processual” (BADIN, 2006, p. E2).

110 O projeto foi apoiado tanto pelo Cade e pela SDE quanto pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) e pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp).

111 “Pela lei em vigor, a multa mínima é de 1% do faturamento bruto da empresa condenada. E, pela emenda, a multa mínima passa a ser de 0,1% do faturamento bruto, o que auxiliará o Cade a julgar de forma mais justa e aderente à realidade econômica do infrator. E tal redução do piso da multa não incentivará a prática das infrações, dado que tal critério pode ser substituído pelo Cade pela imposição de multa aderente ao valor da vantagem econômica obtida pelo infrator com o ilícito, sempre que quantificável. O fato de a emenda restabelecer a base de cálculo prevista em lei, que é o faturamento bruto do infrator no seu valor global, contribui para a segurança jurídica na aplicação da multa. E não deve prevalecer a objeção de que tal critério poderá elevar significativamente o valor da multa, de modo a ofender o princípio da proporcionalidade em matéria econômica, porquanto pela Emenda n. 36 o valor do piso da multa caiu de forma considerável, de 1% para 0,1%” (Parecer do relator Cícero Lucena na Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática do Senado Federal, datado de 7 de julho de 2010).

112 Mais recentemente, dois senadores solicitaram a retirada do Projeto de Lei da pauta, alegando que o limite de 30% sobre o

Diante da falha estrutural da Lei n. 8.884/1994 e das lacunas remanescentes na redação atual do PLC n. 06/2009, vale investigar como a experiência internacional tem encarado essa questão e como sua experiência poderia contribuir para a construção de um sistema de quantificação de multas antitruste mais previsível e coerente no ordenamento jurídico brasileiro.

5.2 A dosimetria das multas antitruste na experiência internacional

A complexidade em elaborar um sistema que atinja a multa ótima é um desafio que tem sido amplamente discutido pelas principais autoridades antitruste no plano internacional.

O primeiro ponto que chama a atenção é a clara tendência de adoção de multas astronômicas em diversos países. Como ilustração, em 2008, a Comissão Europeia multou o Cartel dos Vidros de Carros em € 1,3 bilhão, sendo € 896 milhões apenas à Saint Gobain (EUROPA, 2008, p. 1), e, em 2009, condenou a Intel em € 1,06 bilhão por abuso de posição dominante (EUROPA, 2009, p. 1). Nos Estados Unidos, por seu turno, em 2008, o Departamento de Justiça impôs multas ao Cartel de Monitores LCD de U\$ 585 milhões, sendo U\$ 400 milhões apenas à LG (DEPARTMENT OF JUSTICE – DOJ –, 2008, p. 1).

Há ainda consenso de que os critérios de dosimetria da multa devem ser objetivos e transparentes, de modo que sendo os custos suficientemente altos e conhecidos o agente econômico racional analisará o custo-benefício e optará por não violar a lei. A multa ainda deve ser proporcional e isonômica, maximizando sua efetividade em face do controle jurisdicional (CALVIÑO, 2007, p. 2).

Esta seção busca estudar diferentes soluções para o modelo punitivo antitruste, tanto com relação à multa-base quanto aos agravantes e aos atenuantes. A escolha da experiência europeia justifica-se não somente pela notória bagagem¹¹³ daquela jurisdição quanto à imposição de multas concorrenciais, mas também pelo papel primordial desempenhado por elas na vertente repressiva daquele sistema com o objetivo de obter subsídios de aplicabilidade viável à ordem brasileira.

5.2.1 A experiência europeia

Nas últimas décadas, a comunidade europeia testou diferentes modelos de tratamento relativos à dosimetria da multa antitruste, de forma que sua experiência pode contribuir significativamente à evolução do modelo brasileiro.

faturamento bruto seria elevado demais. Tasso Jereissati chegou a afirmar que: "Isso não é multa, é quase uma expropriação do patrimônio" (VIANNA, 2010, p. 1). Atualmente, a matéria tramita na Comissão de Serviços de Infraestrutura.

113 No *ranking* da Global Competition Review, o Cade ocupa posição intermediária, recebendo três estrelas. Apenas duas jurisdições recebem cinco estrelas e são consideradas elite: a norte-americana e a europeia (BASILE, 2008, p. 1).

Até 1998, as multas impostas pela Comissão Europeia incidiam sobre uma porcentagem do faturamento no(s) mercado(s) relevante(s) envolvidos na infração. No entanto, os frequentes litígios quanto à extensão dos valores abrangidos no cálculo da multa levaram a autoridade a editar as *Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to article 15(2) of Regulation n. 17 and Article 65(5) of the ECSC Treaty* (CALVIÑO, 2007, p. 12).

As diretrizes estabeleceram que o valor basilar da penalidade fosse determinado de acordo com a gravidade e a duração da conduta, que poderia ser classificada como violação pequena, séria ou muito séria com base principalmente em sua natureza, complementada por fatores quantitativos, como o impacto no mercado e a dimensão afetada (mercado relevante do produto e geográfico).¹¹⁴

A aplicação desse guia permitiu justificativas mais objetivas quanto à dosimetria da multa e sinalizou claramente à sociedade a seriedade das condutas anticompetitivas, em especial do cartel. No entanto, o modelo *ex ante* mostrou-se inflexível, engessando o julgador. Para se observarem as peculiaridades dos casos concretos e a proporcionalidade, aquele sistema demandava ajustes casuísticos e nem sempre coerentes na base de cálculo da multa e na avaliação das circunstâncias atenuantes e agravantes (CALVIÑO, 2007, p. 13). Essas manobras levaram a um cenário de certa imprevisibilidade, análogo ao vivido pelo Cade nos últimos anos.

Aquela experiência convenceu a autoridade antitruste europeia da necessidade de uma abordagem mais econômica que levasse em conta fatores fundamentais, como a duração da infração e o tamanho do mercado relevante no caso concreto. Nesse sentido, em 2006, a Comissão Europeia editou as *Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation n. 1/2003*.¹¹⁵ O objetivo era conferir maior transparência aos critérios adotados pelo artigo 23 daquela norma, que estabelecia como teto à multa antitruste o índice de 10% do total das vendas da sociedade no ano anterior à infração.

114 "A. Gravity: In assessing the gravity of the infringement, account must be taken of its nature, its actual impact on the market, where this can be measured, and the size of the relevant geographic market. Infringements will thus be put into one of three categories: minor infringements, serious infringements and very serious infringements. – minor infringements: These might be trade restrictions, usually of a vertical nature, but with a limited market impact and affecting only a substantial but relatively limited part of the Community market. Likely fines: ECU 1 000 to ECU 1 million – serious infringements: These will more often than not be horizontal or vertical restrictions of the same type as above, but more rigorously applied, with a wider market impact, and with effects in extensive areas of the common market. There might also be abuse of a dominant position (refusals to supply, discrimination, exclusion, loyalty discounts made by dominant firms in order to shut competitors out of the market, etc.). Likely fines: ECU 1 million to ECU 20 million – very serious infringements: these will generally be horizontal restrictions such as price cartels and market sharing quotas, or other practices which jeopardize the proper functioning of the single market, such as the partitioning of national markets and clearcut abuse of a dominant position by undertakings holding a virtual monopoly (see Decisions 91/297/EEC, 91/298/EEC, [...]). Likely fines: above ECU 20 million Within each of these categories, and in particular as far as serious and very serious infringements are concerned, the proposed scale of fines will make it possible to apply differential treatment to undertakings according to the nature of the infringement committed. It will also be necessary to take account of the effective economic capacity of offenders to cause significant damage to other operators, in particular consumers, and to set the fine at a level which ensures that it has a sufficiently deterrent effect".

115 Disponível em: <www.ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/legislation/fines.html>. Acesso em: 01/09/2009.

As novas diretrizes abandonaram a classificação das infrações *a priori*, de modo que a gravidade da infração passou a ser avaliada de acordo com o caso concreto. A única exceção foi o cartel, que continuou considerado em abstrato como a conduta mais deletéria, sendo apenado sempre de forma mais severa.

Nesse novo modelo, primeiro estabelece-se um valor-base que visa a refletir o efeito anticompetitivo da infração por meio do valor das vendas relacionadas à infração multiplicado por seu tempo de duração (artigo 6º). A Comissão arbitrará um valor de até 30% do faturamento da empresa no mercado relevante infringido, normalmente no último ano de participação da empresa na infração (artigo 13).

Com base nesse indicador da importância econômica da infração bem como no peso de cada participante, acrescenta-se um fator “extra” com o objetivo de garantir o efeito dissuasório da penalidade perante o mercado (artigo 7º).¹¹⁶ Em casos de cartel, o valor deve ser acrescido entre 15% e 25%, valores considerados economicamente ótimos sob o ponto de vista do efeito dissuasório.

Na segunda etapa, aquele valor inicial será ajustado ao caso concreto com base em critérios predefinidos. O artigo 28 prevê como agravantes a reincidência, a recusa em cooperar ou a obstrução das investigações, o papel de liderança e a coação visando ao ingresso de outro agente. O artigo 29 estipula como atenuantes a interrupção imediata da infração, negligência ao invés de dolo, a cooperação com as investigações, a sinalização da licitude da conduta por autoridades públicas ou pela legislação e a limitação voluntária no engajamento na conduta.

Esse novo arcabouço regulatório europeu conseguiu conciliar em grande medida os objetivos da sanção concorrencial. Ao menos em tese, a multa pode ser proporcional ao ilícito cometido, por incidir sobre o mercado relevante da infração, ao mesmo tempo que pode ser bastante severa, devido ao adicional de deterrência e à multiplicação pelo número de anos que a conduta perdurou.

6 Conclusões e propostas

No contexto da consolidação institucional da defesa da concorrência no Brasil, o Cade tem reprimido as condutas anticompetitivas com multas cada vez mais severas. Houve uma clara evolução no trabalho de fundamentação dessas sanções, mas esse esforço não foi suficiente para sedimentar (e sinalizar ao mercado) critérios claros e coerentes ao longo dos anos.

116 “6. The combination of the value of sales to which the infringement relates and of the duration of the infringement is regarded as providing an appropriate proxy to reflect the economic importance of the infringement as well as the relative weight of each undertaking in the infringement. Reference to these factors provides a good indication of the order of magnitude of the fine and should not be regarded as the basis for an automatic and arithmetical calculation method. 7. It is also considered appropriate to include in the fine a specific amount irrespective of the duration of the infringement, in order to deter companies from even entering into illegal practices”.

A análise da jurisprudência revela que o Cade aplicou por muitos anos o artigo 23, I, da Lei de Defesa da Concorrência de forma casuística, optando ora pelo faturamento total da sociedade empresária (interpretação literal), ora pelo faturamento da empresa no(s) mercado(s) relevante(s) objeto de investigação concorrencial (interpretação restritiva ou sistemática), em um esforço de conciliar o efeito dissuasório da multa com a proporcionalidade e a equidade.

Essa aplicação da lei em uma base caso a caso possivelmente resulta em tratamento anti-isonômico, além disso, cria insegurança jurídica, impactando negativamente no mercado (maior risco aos investidores) e até mesmo reduzindo o potencial desencorajador da própria sanção, uma vez que o administrado não tem conhecimento de antemão de quão severa é a multa a que está sujeito.

Recentemente, o Conselho tem advogado em favor da interpretação literal do 23, I, como regra quase absoluta.¹¹⁷ No entanto, por sua desconexão tanto com os lucros auferidos quanto com o dano causado e por dispensar tratamento anti-isonômico a diferentes estruturas societárias, julgados anteriores já mostraram que em muitas hipóteses essa abordagem acabará violando os princípios constitucionais da proporcionalidade, da razoabilidade e da isonomia, tendendo, portanto, a ser futuramente ineficaz perante o controle judicial.

Que fique claro: a conclusão deste trabalho não é que as multas do Cade sejam altas demais, pode ser até que sejam insuficientes ou mesmo perfeitamente justas. O que se questiona é justamente o fato de que nem o Cade nem a comunidade empresarial sabem quão altas estão sendo as multas aplicadas, ou seja, a proporcionalidade é a relação entre dano/lucro e a punição. Sem a primeira variável (nem sequer estimada), o discurso da proporcionalidade torna-se vazio.

De outra parte, a interpretação sistemática, ainda que harmônica aos preceitos constitucionais, levaria a condenações brandas ou mesmo equivalentes aos lucros auferidos, insuficientes para desencorajar novas infrações. Como conclusão, os desafios atuais são inerentes à aplicação pura do mecanismo legal e não podem ser solucionados apenas com o uso de uma dessas duas correntes hermenêuticas.

A análise jurisprudencial também revela os seguintes desafios: (i) ausência de quantificação dos lucros auferidos em condenações, sendo possível que a sanção tenha sido inferior àqueles;¹¹⁸ (ii) casos em que se interpretou a lei de forma diferente para

117 Na visão da Revisão Inter pares da OCDE (2010, p. 90): “A multa deve ser calculada como um percentual do faturamento bruto total dos acusados, e não somente do faturamento bruto oriundo do mercado relevante ou afetado. No entanto, em algumas ocasiões, o Cade calcula a multa com base exclusivamente no mercado afetado, para fins de equidade e proporcionalidade (por exemplo, quando um dos representados em um processo de cartel teve receita total muito maior que a de seus co-conspiradores)”.

118 Cartel dos Açós Planos, Caso Microsoft/TBA, Cartel da Ponte Aérea, Caso dos Portos de Santos, Cartel dos Jornais do Rio de Janeiro, Cartel das Britas, Cartel das Vitaminas, Cartel dos Frigoríficos e Cartel da Areia.

coautores;¹¹⁹ e (iii) frequente desconsideração dos balizadores do artigo 27, decorrente da distorção no critério do faturamento (artigo 23, I).¹²⁰

O Projeto de Lei da Câmara n. 06/2009 prossegue utilizando o faturamento bruto da sociedade infratora como base de cálculo da multa imputável, mas desata as mãos do Cade em relações desproporcionais já no mínimo legal, uma vez que amplia substancialmente sua discricionariedade (o piso passa de 1% para 0,1% do faturamento da infratora). A proposta transfere para o plano infralegal o estabelecimento de critérios específicos para uma quantificação nos trezentos níveis (décimos) possíveis. A pergunta que permanece é: como o Cade poderia dosar multas bastante severas e, ao mesmo tempo, isonômicas e proporcionais?

A experiência internacional oferece pistas para uma resposta regulatória responsável. Desde 1998, a Comissão Europeia editou três diretrizes sobre a dosimetria da multa concorrencial, além de ter julgado uma série de casos relevantes que trouxeram à baila profundas discussões sobre a matéria. Se em um estágio inicial aquela jurisprudência passou por um cenário de insegurança semelhante ao vivido hoje pelo direito concorrencial brasileiro, as adaptações realizadas no modelo tornaram o processo condenatório mais eficiente e previsível.

No contexto de uma legislação genérica, a Comissão Europeia buscou proporcionar maior transparência, objetividade e previsibilidade em suas condenações por meio da edição de atos normativos infralegais. O mesmo caminho deve ser seguido no Brasil, em especial após a aprovação da nova lei.¹²¹

Nessa trilha, certas ferramentas da atual diretriz europeia (fruto de testes empíricos) podem ser úteis como ponto de partida. Serão apontados os principais elementos que devem ser considerados na elaboração de uma eventual Resolução sobre o tema pelo Cade, conferindo um alto grau de transparência dos critérios (e de seus pesos) usados na dosagem das multas por infrações à ordem econômica.¹²²

Em primeiro lugar, tanto os desafios da aplicação atual da lei brasileira quanto a experiência europeia revelam que a aplicação de uma abordagem econômica é essencial para se obter uma condenação simultaneamente severa e proporcional. O faturamento das condenadas no mercado relevante da infração é a *proxy* mais coerente, proporcional e isonômica para se estimar os lucros auferidos e os danos causa-

119 Caso Microsoft/TBA, Caso dos Portos de Santos e Cartel das Britas.

120 Cartel da Ponte Aérea, Caso dos Portos de Santos, Cartel dos Jornais do Rio de Janeiro, Cartel das Britas, Caso White Martins, Ambev.

121 Vale lembrar que, no passado, já se viveu um período de enorme insegurança no que toca às multas decorrentes da intempetividade de atos de concentração (PAGOTTO, 2002, p. 177). Aquela situação foi significativamente reduzida após a edição da Resolução do Cade n. 44/2007, que estabeleceu critérios transparentes e mais objetivos para a multa (SÁ, 2007, p. 1).

122 Não se prega aqui uma adoção cega da norma europeia, desconsiderando a realidade brasileira. No entanto, como grande parte dos desafios enfrentados pelas duas jurisdições relativos à dosimetria da sanção antitruste é semelhante, algumas das ferramentas lá criadas podem ser úteis como ponto de partida para um eventual redesenho de nosso sistema. É claro que, nesse processo, peculiaridades locais devem ser respeitadas por meio das adaptações necessárias.

dos e deve ser usado na ampla discricionariedade legal como principal ferramenta de cálculo da dosimetria da multa-base.

O Cade por diversas vezes manifestou-se contrariamente a essa abordagem, porque ela é bastante complexa e custosa. No entanto, nossa ordem constitucional não faculta à administração impor multas desproporcionais, mesmo se encontrar o valor adequado ao ilícito for muito oneroso.^{123, 124} Em outras palavras, o postulado da eficiência da administração pública jamais poderá sobrepor-se às garantias constitucionais do administrado.¹²⁵

Ademais, os casos estudados (nos quais o Cade aplicou a multa apenas sobre o faturamento do mercado relevante)¹²⁶ indicam que o método seria viável por meio da segregação de informações contábeis alternativamente ou cumulativamente com o emprego de estimativas econômicas, embora sua implantação seja mais complexa e trabalhosa do que a metodologia atual.¹²⁷

Voltando ao modelo europeu, a definição da multa-base é sucedida por três procedimentos importantes: (i) o estabelecimento de um “adicional de deterrência” deliberadamente adicionado ao cálculo da multa-base para sinalizar a gravidade da infração ao mercado; (ii) o estabelecimento prévio de um patamar de percentual mais severo para casos de cartel,¹²⁸ sinalizando sua gravidade para o mercado; e (iii) a multiplicação da multa-base pela duração da infração (contada em semestres), assegurando que a punição supere os lucros ilícitos e diferenciando uma infração que dure um ou dez anos, por exemplo.

123 Nessa linha, era questionável a constitucionalidade da previsão legislativa de que, na ausência da informação precisa do faturamento do mercado relevante, o Cade poderia considerar o faturamento total da empresa ou do grupo de empresas, uma vez que esse valor pode ser muitas vezes superior ao mercado relevante da infração.

124 Note-se que, no curso do processo administrativo, o Conselho já define o mercado relevante da infração, e que a avaliação dos lucros auferidos e do dano causado pela infração ao mercado relevante, embora não seja atualmente executada na prática, já é dever implícito do Cade, nos termos dos supra-analisados arts. 23, I, e 27, III.

125 De modo geral, o princípio da eficiência é compreendido como a noção de que a administração deveria inspirar-se na eficiência privada para se estruturar e organizar de modo racionalizado, além de prestar suas atividades com boa qualidade e do modo mais rápido, simples e econômico. Entretanto, merece destaque a ressalva feita por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 110) de que a eficiência não pode, de nenhum modo, ser considerada um valor absoluto: é, diferentemente, o postulado que complementa os demais (legalidade, razoabilidade, proporcionalidade...), não se sobrepondo a nenhum deles, hipótese que colocaria em risco o próprio Estado de Direito.

126 Caso dos Portos de Santos, Caso Microsoft/TBA, Cartel da Ponte Aérea, Cartel dos Jornais do Rio de Janeiro, Cartel dos Frigoríficos e Cartel das Britas.

127 Sobre o assunto, veja-se um trecho do julgamento do caso White Martins: “É factível do ponto de vista prático a consideração do faturamento no mercado relevante? As provas trazidas aos autos demonstram, em primeiro lugar, que tal providência é factível e recomendável. Caso a informação não seja prestada pela própria empresa sancionada, tais informações poderão ser estimadas a partir de cálculos baseados em informações tributárias” (voto do conselheiro Ronaldo Porto Macedo Júnior no Processo Administrativo n. 08000.022579/1997-05, p. 62). A tese é corroborada pelo voto proferido pelo conselheiro Luis Fernando Schuartz em 28 de novembro de 2007 em sede de TCC no Cartel dos Frigoríficos (p. 4): “A possibilidade de diferenciação entre os tipos de gado supostamente sujeitos e supostamente não sujeitos ao cartel e seus diferentes usos por parte do adquirente garante maior confiabilidade à separação dos faturamentos associados a um e outro tipo à identificação daquele que deve servir de base de cálculo sobre a qual incidirá o percentual a recolher a título de contribuição”.

128 No Brasil, essa tendência começou a ser praticada no Cartel da Areia, sobre o faturamento total das condenadas. No entanto, provavelmente em vista das distorções estruturais estudadas do critério do faturamento bruto total quando aplicado a gigantes multissetoriais, não será possível aplicar essa regra em todos os casos sem violar garantias constitucionais dos administrados.

Na última etapa, ajusta-se essa multa-base, atenuando-a ou agravando-a em vista de critérios preestabelecidos e do seu efeito no caso concreto. Assim, há espaço para a autoridade antitruste corrigir uma punição muito branda ou severa. O Código Penal brasileiro traz uma “válvula de escape” interessante quanto à insuficiência da pena¹²⁹ que poderia em alguma medida ser incorporada a uma eventual Resolução do Cade que detalhasse a matéria.

A proposta deste trabalho é que o Cade utilize os parâmetros de 1% (ou 0,1, no projeto de lei) a 30% do faturamento total da empresa apenas como limites mínimos e máximos da multa aplicada. Para decidir o *quantum* nessa vasta margem, é importante que se estabeleça, por meio de uma Resolução, critérios claros que especifiquem a metodologia a ser empregada quanto às agravantes e atenuantes do artigo 27. Nesse processo, algumas das ferramentas desenhadas pela Comissão Europeia podem ser incorporadas. Acima de tudo, é necessário que estimativas dos lucros auferidos pela prática ou ao menos o faturamento da empresa no mercado relevante da infração o ponto de partida da multa-base.

Este estudo terá cumprido seu objetivo se suas reflexões contribuirão praticamente para uma aplicação mais coerente da lei atual e, especialmente, com reflexões para a regulamentação infralegal da matéria pelo Cade.

Referências

ABREU, Diego. Cartel do Aço é derrotado. *Correio Braziliense*, 15 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/182/2010/06/15/economia,i=197680/CARTEL+DO+ACO+E+DERROTADO.shtml>>. Acesso em: 25/08/2010.

ADIN n. 1.094-8 DF, relativa à inconstitucionalidade do art. 23, I da Lei n. 8.884/1994, apud BIELSA, Rafael. *Estudios de Derecho Público*. Buenos Aires: Depalma, 1951, vol. II, p. 93.

ANTUNES, José Engrácia. Estrutura e responsabilidade da empresa: o moderno paradoxo regulatório. *Revista DIREITOGV*, v. 2, p. 29-68, 2005.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Traduzido por Fábio Konder Comparato do artigo Profili dell'impresa, publicado em 1943 na *Rivista del Diritto Commerciale*, v. 41, I, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 104, p. 109-126, out.-dez. 1996.

129 “Art. 60. Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu. § 1º A multa pode ser aumentada até o triplo se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo.”

- AVILA, Humberto Bergmann. Multa de mora: exames de razoabilidade, proporcionalidade e excessividade. *Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 149-168.
- AZEVEDO, David Teixeira de. *Dosimetria da pena: causas de aumento e diminuição*. São Paulo: Malheiros, 1998. 173 p.
- BADIN, Arthur. As multas por cartel e o Judiciário. *Jornal Valor Econômico*, 7 dez. 2006. p. E2.
- BASILE, Juliano. Defesa da concorrência no Brasil “ganha” três estrelas. *Jornal Valor Econômico*, 12 jun. 2008. Disponível em: <http://www.mre.gov.br/portugues/noticiario/nacional/selecao_detalhe3.asp?ID_RESENHA=463668>. Acesso em: 08/09/2009.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 1997.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 56.
- BINENBOJM, Gustavo. Reforma do Cade: eficiência e garantismo. *Jornal Valor Econômico*, p. E1, 26 maio 2009.
- BERTRAN, Maria Paula Costa. Dosimetria das sanções no direito antitruste: análise da nova jurisprudência brasileira sob a perspectiva da deterrência. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 133, p. 94-192, 2004.
- BORGES, LARISSA. Cade tem 82% das condenações contestadas na Justiça. *Terra Notícias*, 2 ago. 2009. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/interna/0,0I3903551-EI8177,00.html>>.
- CALVIÑO, Nadja. *Public enforcement in the EU: deterrent effect and proportionality of fines*. Brussels, 2007. 16 p.
- CANTERGIANI, BRUNA. As multas por cartel e a ida ao Judiciário. *Jornal Valor Econômico*, p. E2, 29 nov. 2006.
- CARVALHO NETO, Inácio de. *Aplicação da pena*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.
- CENTRO DE INTEGRAÇÃO EMPRESA-ESCOLA. *Guia prático do Cade: a defesa da concorrência no Brasil*. 3. ed., revista, ampliada e bilíngue. São Paulo: CIEE, 2007. 228 p. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/publicacoes/guia_cade_3d_100108.pdf>. Acesso em: 01/09/2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1995. 171 p.

CONNOR, John M. *Price-fixing overcharges: legal and economic evidence (DRAFT)*. Selected Paper, annual meeting of the American Agricultural Economics Association. Providence, Rhode Island, July 26, 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=787924>>. Último acesso em: 28/02/2011.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Justiça confirma multa por cartel aplicada pelo Cade a São Matheus Lageado. *Cade Informa*, v. 16, 2008a.

_____. *Relatório de gestão e correção da Procuradoria-Geral do Cade (2006-2007)*. Brasília: Cade, 2008b. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20070605-1.pps>. Acesso em: 10/09/2009.

CONSULTOR JURÍDICO. TRF-3 abre precedente ao ampliar incidência da Cofins. *Consultor Jurídico*, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jun-22/trf-abre-precedente-ampliar-incidencia-cofins-bancos>>. Acesso em: 09/09/2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Lei Antitruste (Lei n. 8.884 de 11/06/1994)*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DEPARTMENT OF JUSTICE (DOJ). *LG, Sharp, Chunghwa agree to plead guilty, pay total of \$585 million in fines for participating in LCD price-fixing conspiracies*. 12 nov. 2008. Disponível em: <http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2008/239349.htm>. Acesso em: 02/09/2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

_____. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 110.

UNIÃO EUROPEIA. *Antitrust: commission fines car glass producers over 1.3 billion for market sharing cartel*. 12 nov. 2008. Disponível em: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/1685&guiLanguage=en>>. Acesso em: 02/09/2009.

_____. *Antitrust: commission imposes fine of €0.06 bn on Intel for abuse of dominant position; orders Intel to cease illegal practices*. 13 maio 2009. Disponível em: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/745>>. Acesso em: 02/09/2009.

FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido; MAGGI, Bruno Oliveira. Cartel das Vitaminas S/A. *Revista de Direito da Concorrência*, v. 13, p. 75-105, 2008.

FELIX, Natália Oliveira; GILBERTO, André Marques. Brazil. In: SHAUN, Goodman (Ed.). *The Public Competition Enforcement Review*. London: Law Business Research, 2009. p. 34-44.

FERRARI, Eduardo Reale; CUSCIANO, D. T. A multa administrativa antitruste e a sua natureza de confisco pessoal. *Revista do Ibrac*, v. 16, p. 273-288, 2009.

FOLHA ON-LINE. Multa da Ambev foi pequena, diz presidente do Cade. *Folha On-Line*, 28 jul. 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u601394.shtml>>. Acesso em: 07/09/2009.

FORGIONE, Paula Andréa. *Os fundamentos do antitruste*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 571 p.

GILBERTO, André Marques. Processo antitruste sancionador: a aplicabilidade dos princípios de direito. In: BRANCHER, Paulo; ZANOTTA, Pedro (Org.). *Desafios atuais do direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2008. p. 301-328.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Lei de Proteção da Concorrência: comentários à legislação antitruste*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1. 492 p.

LOPES, Maurício A. Ribeiro. O princípio da proporcionalidade no direito penal econômico. In: COSTA, Marcos da; MENEZES, Paulo Lucena de; MARTINAS, Rogério Granda da Silva (Coord.). *Direito concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro. América Jurídica, 2003. p. 281-285.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. O caso White Martins e a questão da imposição de multas no direito antitruste brasileiro. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília, p. 31-55, 2003. Edição Especial.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MATTOS, César. *Mudando a legislação concorrencial no Brasil*. Palestra proferida em 17 de março de 2009 no Seminário sobre o Projeto de Lei n. 6/2009, no Senado Federal, Brasília. 15 p. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/conleg/CENTRO_DE_ALTOS_ESTUDOS/SEMINARIOS/Seminario%20-%20CADE2009.ppt>. Acesso em: 10/09/2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

NOGUEIRA, José Carlos da Silva. A análise do mercado relevante e o princípio da isonomia na matéria antitruste. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 131, p. 75-90, 2003.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 571 p.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Competition law and policy in Brazil: a peer review*. 2005. 136 p. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/internacional/Peer-Review-Report-English.pdf>>. Acesso em: 03/08/2009.

_____. *Fighting hard core cartels: harm, effective sanctions and leniency programmes*. Paris, 2002. 108 p. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/41/44/1841891.pdf>>. Acesso em: 09/09/2009.

_____. *OECD reviews of regulatory reform Brazil: strengthening governance for growth*, 2008. Paris, 2008. 351 p.

_____. Interamerican Development Bank. *Lei e política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares*. 2010. 98 p. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/OCDE_Peer_Review_2010_portugues.pdf>. Acesso em: 29/08/2010.

PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. Da intempestividade da apresentação dos atos de concentração ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). *Revista do Ibrac*, v. 9, p. 177-200, 2002.

PINHEIRO, Armando Castelar. *Segurança jurídica, crescimento e exportações*. Rio de Janeiro: Ipea, 2005. 29 p. (Texto para discussão, n. 1125). Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/pub/td/2005/td_1125.pdf>. Acesso: 07/09/2009.

POSNER, Richard A. *Antitrust law*. Chicago: University of Chicago Press, 2001. 304 p.

RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. Programas de compliance antitruste. In: BRANCHER, Paulo; ZANOTTA, Pedro (Org.). *Desafios atuais do direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2008. p. 329-341.

SALOMÃO FILHO, C. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003. 334 p.

_____. *Direito concorrencial: as estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 374 p.

SANTIAGO, Luciano Sotero. *Direito da concorrência: doutrina e jurisprudência*. Salvador: JusPodivm, 2008. 427 p.

SÁ, Helena de; ZARZUR, Cristianne Saccab. A dosimetria das multas impostas pelo Cade. *Biblioteca Informa (Anexo)*, n. 1.949 – Pinheiro Neto Advogados. Publicado em março 2007. Disponível em: <http://www.pinheironeto.com.br/upload/tb_pinheironeto_artigo/imagem/160407120948anexo-bi1949-a.pdf>. Acesso em: 10/09/2009.

SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO (SDE). *Relatório de gestão SDE 2008*. Brasília, 2009. 210 p.

TERRA NOTÍCIAS. Cade tem 82% das condenações contestadas na Justiça. *Terra Notícias*, 20 ago. 2009. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/interna/0,,OI3903551-EI8177,00.html>>. Acesso em: 02/09/2009.

TODOROV, Francisco. *Antitrust law update in Latin America, US and Europe*. Apresentação proferida em São Paulo em 27 de agosto de 2009. 101 p.

VIANNA, Andrea Jubé. Novo Cade sai da pauta do Senado e fica para agosto. *Agência Estado*, p. 1, 7 jul. 2010. . Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/not_26456.htm>. Acesso em: 25/08/2010.