

A MULTA ADMINISTRATIVA ANTITRUSTE E A SUA NATUREZA DE CONFISCO PESSOAL

*Eduardo Reale Ferrari**
*Dalton Tria Cusciano***

I – Introdução

O ordenamento jurídico brasileiro regido pela Constituição Federal de 1988 apresenta postulados normativos que são fundamentais para a estruturação, funcionamento e homogeneidade do quadro normativo estatal, servindo como norte a ser obrigatoriamente respeitado na atuação de órgãos administrativos, legislativos e jurisdicionais.

Infelizmente registramos em nosso cotidiano jurídico inúmeras negações desses postulados de proteção constitucional, seja por meio de controversas interpretações jurisdicionais e administrativas ou por má técnica legislativa, que transformam um sistema uno e lógico, caracterizado, como dizia Miguel Reale, “pelo diálogo e principalmente pelo bom senso”, em um sistema esquizofrênico, que confunde punibilidade com prevenção, como se sinônimos fossem, recorrendo costumeira e diretamente ao direito penal para dirimir conflitos que poderiam ser solucionados por outras esferas punitivas, transportando conceitos de uma esfera jurídica para outra, sem qualquer tipo de adequação.

Necessário ressaltar que tamanha é a gravidade do atual ordenamento punitivo brasileiro que inúmeros são os dispositivos que violam a Constituição Federal, sendo prova disso a punição confiscatória enunciada pela Lei Antitruste, punindo a pessoa física por meio de sanção pecuniária absurda prevista no inciso II, do art. 23 da Lei 8.884/94.

* Professor Doutor em Direito Penal e Membro do Corpo Docente da Faculdade de Direito da USP e da PUC/SP.

** Advogado e Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

II – O patente confisco enunciado pelo art. 23, inciso II, da Lei 8.884/94 (Lei Antitruste)

Estabelece o art. 23 e seus incisos:

“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, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável;

II – no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa, multa de dez a cinquenta por cento do valor daquela aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva ao administrador.

III – No caso das 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, a multa será de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente. *(Incluído pela Lei n. 9.069, de 29.6.95.)*

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

Note-se assim que, segundo o art. 23, II, da Lei 8.884/94, caberá ao administrador da empresa, mesmo que indiretamente responsável pela infração antitruste, a sanção de 10 a 50% do valor aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva do administrador.

Constata-se assim que a multa disciplinada pelo art. 23, inciso II, da Lei 8.884/94 de 10 a 50%, decorre de outra pecúnia, aplicada à empresa no valor de 1 a 30% sobre o valor do faturamento bruto desta, excluídos os impostos.

Causa estranheza imaginar como um administrador, que pode até ser funcionário de baixo escalão de uma empresa, que pode ou não ter participa-

ção nos lucros, poderá ser obrigado a pagar uma multa de 10 a 50% do valor aplicável à empresa, multa esta de responsabilidade pessoal e exclusiva!

Se o objetivo da sanção pecuniária é dissuasório, não seria melhor impor uma sanção punitiva e proporcional que pudesse efetivamente ser cumprida pela pessoa física? Não deveríamos obstar a que as empresas paguem por seus prepostos, por meio de um viés maior de sanções punitivas?

Por que impor um valor tão alto às pessoas físicas sem analisar com acuidade sua situação econômica, assim como o fato eventualmente praticado?

Após mais de 14 anos da edição da Lei Antitruste, é mais do que sabido que nem sempre são os acionistas controladores ou os proprietários das empresas os autores de eventual ilícito antitruste, não fazendo sentido equiparar um gerente de vendas que busca sua meta à margem das diretrizes da empresa com a figura do próprio dono da empresa.

Ressalte-se que gerentes e funcionários do setor de vendas não podem ser equiparados aos sócios ou administradores, sendo prova disso o fato de que dificilmente auferirão renda que alcance minimamente a 0,1% do faturamento bruto da empresa, destacando que, consoante a Lei Antitruste, 0,1% do faturamento bruto será a menor multa possível na esfera administrativa punitiva, caso a pessoa física seja condenada, bastando citar o seguinte exemplo:

Imaginemos uma empresa que tenha um faturamento bruto no seu último exercício de R\$ 900 milhões. Caso tal pessoa jurídica seja condenada a uma conduta antitruste, o patamar mínimo será de 1%, o que significa que a empresa deverá pagar R\$ 9 milhões. A ser assim, a pessoa física que eventualmente tenha praticado uma conduta antitruste será sancionada com uma multa de no mínimo 10% do valor da multa à pessoa jurídica, ou seja, uma quantia de no mínimo R\$ 900.000,00, a tornar absolutamente confiscatória tal sanção administrativa, vez que raríssimos são os profissionais que terão recursos para pagar tão vultosa multa.

Como impor R\$ 900 mil a uma pessoa física independentemente de sua remuneração ou do nível de seu cargo dentro da empresa? O administrador de uma empresa não é necessariamente o Chief Executive Officer, ou seja, o Chefe Executivo ou Diretor-Geral da empresa, podendo ser, como já dito anteriormente, um funcionário do escalão comercial da empresa.

Já a sanção máxima à pessoa jurídica enunciada pela Lei 8.884/94, segundo o próprio art. 23, poderá alcançar até 30% do faturamento bruto,

sendo tal percentual muitas vezes maior do que o próprio lucro anual de diversos setores industriais, sendo inimaginável e claramente confiscatória a punição de 10% a 50% à pessoa física que tenha ultimado uma conduta anti-truste enquanto responsável pela empresa punida no parâmetro de 30%!

Se não bastasse a punição à pessoa jurídica já configurar uma possível falência à empresa, e conseqüentemente conduzindo ao desemprego inúmeras pessoas, inquestionável ser a multa à pessoa física uma via indireta de confisco, ferindo claramente não apenas o princípio da preservação da empresa, mas especialmente a dignidade à pessoa humana e o seu patrimônio pessoal, utilizando o Estado do abuso do seu poder econômico, excedendo em seu poder de impor penalidades.

Ressalta-se que, contabilmente, empresas com receita bruta de até R\$ 2.400.000,00 são consideradas empresas de pequeno porte, de acordo com a Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, sendo, portanto, cabível aduzir que dificilmente empresas cartelizadoras serão enquadradas como pequenas, vez que é necessário constituir seu poder de mercado, com conseqüente faturamento superior às centenas de milhões de reais.

O CADE, aliás, por meio da Resolução 20, de 1999, Anexo I – Práticas Restritivas: definições e classificações, assim conceitua os cartéis:

“Acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio.”¹

Independentemente do conceito fluido e subjetivo da expressão cartel, importa para o presente artigo assumir que o poder de mercado é fundamento basilar para a tentativa de se estabelecer um cartel, assumindo-se que as empresas envolvidas nessa tentativa terão um faturamento bruto alto, normalmente superior a centenas de milhões de reais, a legitimar a indagação: *pode a multa administrativa antitruste aplicada à pessoa física ser comparada a um confisco?*

Não podemos negar que, diante do exemplo citado no decorrer deste artigo, a sanção pecuniária de R\$ 900.000,00 pode absorver grande parte,

¹ Disponível em: www.cade.gov.br, acesso em: 10 set. 2008.

senão todas as propriedades da pessoa física, tornando-a completamente insolvente, convertendo-se a sanção administrativa, portanto, em verdadeiro confisco.

A proibição constitucional do confisco está enunciada em nossa Lei Maior, sendo incisivo o art. 150 da Constituição Federal de 1988:

“Art. 150: Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

IV – utilizar tributo com efeito de confisco.”²

Tal postulado normativo deve ser utilizado como guia obrigatório a ser seguido quando da elaboração das leis, não apenas tributárias, vez que tal colocação não se ateve a este ou àquele subsistema, mas ao próprio sistema do direito, caracterizado pela sua univocidade, ou seja, como fundamento a ser seguido por todos os subsistemas legais dentro de um mesmo ordenamento jurídico, que obedece necessariamente à nossa Carta Maior.

O confisco caracteriza-se por uma violação abrupta e arbitrária ao direito de propriedade de quaisquer tipos de bens, sendo o objetivo da vedação constitucional impedir qualquer pretensão governamental que possa conduzir a uma injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos cidadãos, comprometendo-lhes o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais básicas.

O Estado não pode agir imoderadamente punindo o cidadão exageradamente, pois a atividade governamental acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da proporcionalidade, que se qualifica como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais.

Sérgio de Andréa Ferreira, na obra *O direito de propriedade e as limitações e ingerências administrativas*,³ enuncia:

“O confisco ou confiscação é a extinção de direitos sobre bens patrimoniais, ou de todo um patrimônio, sem indenização, ou sem a

² Constituição Federal de 1988.

³ São Paulo: RT, 1980.

indenização nos termos constitucionalmente estabelecidos, ou seja, no Direito brasileiro, indenização prévia, justa ou em dinheiro, salvo as exceções em que a Constituição Federal admite a compensação em títulos da dívida pública. A Constituição Federal veda o confisco, inclusive como pena, garantindo, subjetivamente, o patrimônio individual.”

Na análise do art. 23, inciso II, da Lei 8.884/94, patente parece-nos a presença da possibilidade do confisco, ou seja, da tomada da propriedade privada pelo Estado por meio da sanção administrativa aplicada ao administrador.

Ademais deve-se ressaltar, como já dito anteriormente, que a vedação do confisco não se resume a tributos, como bem enuncia nosso Supremo Tribunal Federal no RE 91.707, Rel. Min. Moreira Alves, cujo acórdão foi assim ementado:

“Redução de multa de feição confiscatória. Tem o S.T.F. admitido a redução de multa moratória imposta com base em lei, quando assume ela, pelo seu montante desproporcionado, feição confiscatória. Dissídio de jurisprudência não demonstrado. Recurso extraordinário não conhecido.”

Qualquer sanção pecuniária deve obrigatoriamente seguir o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, para não se tornar confiscatória, como pode acontecer com a sanção inscrita no caso do art. 23, II, da Lei 8.884/94.

Se não bastasse a clara natureza confiscatória da possibilidade da multa antitruste, não podemos nos olvidar que, independentemente da sanção administrativa enunciada pela Lei 8.884/94, haverá também a possibilidade da aplicação das sanções de multa de natureza penal esculpidas no art. 4.º da Lei 8.137/90, a ensejar outra indagação: como será possível impor a pena de multa de natureza penal quando a multa administrativa per si já configurou um confisco?

Ainda que seja difícil estabelecer o que seria confisco, o bom senso e a lógica nos fazem rememorar que as sanções aos empregados e/ou administradores podem facilmente alcançar os milhões de reais, bastando para tanto ter uma participação em uma mínima porcentagem dos lucros, quedando-se os lucros oriundos do cartel com os proprietários, que não são abarcados obrigatoriamente pela sanção esculpida no art. 23 da Lei 8.884/94.

Neste sentido cabe salientar o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que na ADIn 551-1 do Rio de Janeiro, julgada em 24/10/2002, enuncia: “Também não sei a que altura um tributo ou uma multa se torna confiscatório; mas uma multa duas vezes o valor do tributo, por mero retardamento de sua satisfação, ou de cinco vezes, em caso de sonegação, certamente sei que é confiscatório e desproporcional”.

Importantíssimo ressaltar, como já dito anteriormente, que o funcionário não sofrerá apenas uma multa decorrente da Lei 8.884/94, mas também outra multa, oriunda da persecução penal que ocorre pelo art. 4.º da Lei 8.137/90 (define os crimes contra a ordem econômica), ocorrendo, portanto, uma dupla sanção, muitas vezes impossível pragmaticamente de impor.

Se analisarmos a possibilidade da multa decorrente do crime previsto na Lei 8.137/90, perceberemos que, além da multa da esfera administrativa, o funcionário e/ou administrador poderá estar sujeito a sanção pecuniária na esfera penal, devendo-se ressaltar que para a sanção pecuniária de natureza criminal levar-se-á em conta tanto a gravidade do ato praticado pelo agente como sua situação econômico-financeira.

Trata-se do denominado sistema dias-multa, utilizado pelo Código Penal brasileiro e criado desde os idos do século XIX, prevendo a aplicação da pena de multa da seguinte maneira: o magistrado, atendendo à culpabilidade, à gravidade da conduta e às demais circunstâncias legais e judiciais, estabelecerá o número de dias-multa a ser aplicado (art. 59 do Código Penal), determinando posteriormente o *quantum vale* cada dia-multa, considerando para tanto a situação econômico-financeira do acusado (art. 60 do Código Penal), multiplicando ao final o *quantum* de cada dia-multa pelo número de dias-multa enunciado, obtendo-se o valor total da sanção pecuniária de natureza criminal.

O limite mínimo de dias-multa será de 10 dias-multa e o máximo de 360 dias-multa, sendo que o menor valor do dia-multa será a de um trigésimo do salário mínimo, o que nos levará a uma pena mínima de 1/3 do salário mínimo (um trigésimo multiplicado por 10, vez que 10 é o mínimo de dias-multa), destacando, por outro lado, que o maior valor do dia-multa por dia será de 5 vezes o salário mínimo vigente, o que nos pode levar a 1.800 salários mínimos (5 salários mínimos x 360 dias), como sanção máxima.

Essa sanção pecuniária penal máxima de 1.800 salários mínimos ainda poderá ser aumentada (limite extraordinário), vez que em virtude da excepcional situação econômica do réu, o juiz, com base no art. 60, pará-

grafo 1.º do Código Penal, poderá elevá-la ao triplo, o que representará uma sanção pecuniária penal máxima extraordinária de 5.400 salários mínimos, lembrando que o atual salário mínimo base hoje vigente no Brasil está no valor de R\$ 415,00, de acordo com a Lei 11.709, de 19 de junho de 2008.

Conseqüentemente a sanção máxima da sanção penal pecuniária poderá chegar a um valor de R\$ 2.241.000,00, resultado da multiplicação de 5.400 salários mínimos pelo valor de R\$ 415,00, não se podendo esquecer que essa sanção máxima, por força do art. 10 da Lei 8.137/90, pode decuplicar, caso o juiz, considerando o ganho ilícito e a situação econômica do réu, verifique a insuficiência ou excessiva onerosidade das penas pecuniárias previstas nesta lei, podendo também diminuí-las até a décima parte ou elevá-las ao décuplo.

A ser assim, fácil fica a constatação de que a sanção máxima pecuniária criminal poderá chegar ao incrível valor de R\$ 22.410.000,00, enquanto o valor mínimo é de R\$ 138,33, quando aplicável o parâmetro de 1/3 do salário mínimo vigente no país.

Ora, comparando a seara criminal com a seara administrativa, pertinente a reflexão no sentido de que dificilmente o funcionário, após a sanção administrativa, terá possibilidade de pagar pela sanção pecuniária criminal a justificar a terceira indagação: *qual sanção tem maior efeito dissuasório? As regras sancionatórias administrativas e penais, quer previstas no art. 23 da Lei 8.884/94, quer enunciadas pelo art. 4.º da Lei 8.137/90, respectivamente, são efetivamente proporcionais? Independentemente da resposta, que, a nosso ver, parece claramente negativa, ainda é possível outra indagação: podem sanções pecuniárias antitruste e penais serem cumulativas?*

A nosso ver, as indagações expostas nos conduzem a respostas negativas, porquanto afrontam diretamente o princípio da proporcionalidade, temática obrigatória no campo das sanções.

III – Da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade em sentido amplo pode ser denominado de proibição do excesso, complementando o princípio da intervenção mínima, vez que em termos amplos consiste, como enuncia Canotilho,⁴ em

⁴ CANOTILHO, J. G., *Direito constitucional*, Coimbra: Almedina, 1993, p. 382-384.

um princípio constitucional normativo e materialmente constitutivo de toda a administração pública, que limita a interferência do poder estatal, contestando as ingerências desnecessárias, não adequadas, ou desproporcionais.

Esse princípio constitui-se em uma limitação legal às arbitrariedades do Estado, impedindo, de um lado, a fixação de sanções abstratas, desproporcionais à gravidade do delito, e, de outro, a imposição jurisdicional de sanções desajustadas à gravidade do delito ultimado.

Inegável que o princípio da proporcionalidade refuta a enunciação de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que não levem em conta o valor do fato cometido.

Merece destaque ainda a subdivisão do princípio da proporcionalidade em: a) princípio da necessidade, cuja consequência constitui o princípio da subsidiariedade; b) princípio da adequação, idoneidade ou suficiência; e c) princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da necessidade ou subsidiariedade constituem manifestações jurídico-constitucionais de proibição de excesso, destacando Fábio Medina Osório, citando Luís Afonso Heck, que enuncia:

“A proporcionalidade, juntamente com o preceito da proibição de excesso, é resultante da essência dos direitos fundamentais. Proíbem-se intervenções desnecessárias e excessivas. Uma lei não deve onerar o cidadão mais intensamente do que o imprescindível para a proteção do interesse público. Assim a intervenção deve ser apropriada e necessária para alcançar o fim desejado, não devendo gravar em excesso o afetado, *i.e.*, deve poder ser dele exigível”.⁵

Importante salientar também trecho do Manual de Redação da Presidência da República, elaborado por Comissão presidida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes:

“A simples existência de lei não se afigura suficiente para legitimar a intervenção no âmbito dos direitos e liberdades individuais. Faz-se mister, ainda, que as restrições sejam proporcionais, isto é, que sejam ‘adequadas e justificadas pelo interesse público’ e atendam ‘ao critério da razoabilidade’. Em outros termos, tendo em vista a observância do princípio da proporcionalidade, cabe analisar não só a

⁵ *Direito administrativo sancionador*, São Paulo: RT, 2000, p. 176.

legitimidade dos objetivos perseguidos pelo legislador, mas também a adequação dos meios empregados, a necessidade da sua utilização, bem como a razoabilidade, isto é, a ponderação entre a restrição a ser imposta aos cidadãos e os objetivos pretendidos.”

Canotilho, por sua vez, com sua maestria, se manifesta sobre o tema salientando:

“O princípio da exigibilidade, também conhecido como o princípio da necessidade, ou da menor ingerência possível, coloca a tônica na idéia de que o cidadão tem o direito a menor desvantagem possível. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para obtenção de determinados fins, não era possível adoptar outro meio menos oneroso para o cidadão”.⁶

Por seu turno, o princípio da adequação ou suficiência nos leva a enunciar que de nada adiantará concluir pela necessidade da intervenção penal se os objetivos a serem alcançados pela esfera penal possam ser alcançados pela esfera administrativa.

Sobre o princípio da adequação Canotilho aduz:

“(…) impõe que a medida adoptada para a realização do interesse público deva ser apropriada a prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Consequentemente, a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o acto do poder público é apto para e conforme os fins justificativos de sua adopção (...). Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim”.⁷

A Corte Alemã, ao tratar sobre o tema, estabeleceu:

“O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando, com seu auxílio, se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, menos prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental”.⁸

⁶ Op. cit., p. 268.

⁷ Idem.

⁸ Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen, 1971, p. 316, citado por GUERRA FILHO, Willis Santiago, *Processo constitucional e direitos fundamentais*, 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001.

Já o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que a nosso ver é totalmente ignorado no estabelecimento do patamar mínimo da sanção administrativa, deveria impedir a aplicação de penas desiguais, desajustadas e excessivas.

Há uma clara vedação à aplicação de pena que se represente desmedida ou excessiva diante da gravidade do ilícito-típico e da periculosidade do agente, servindo como função limitadora a função sancionatória do Estado.

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou sobre o tema no julgamento da ADIn-1.407 / DF (Relator Min. Celso de Mello), enunciando:

“O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* – acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, *que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade*, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (CF, art. 5.º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador” (grifamos). Votação: por maioria, vencido o Min. Ilmar Galvão, Julgamento: 07/03/1996 – Tribunal Pleno.

E acrescenta:

“De outro lado, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, tem prestigiado normas que *não se revelam arbitrárias ou irrazoáveis* em suas prescrições, em suas determinações ou em suas limitações.

Achando-se o conteúdo da norma legal tisonado pelo vício da irrazoabilidade, incide, o legislador, em causa configuradora do excesso

de poder, o que compromete a própria função jurídico-constitucional dessa espécie normativa, notadamente daquelas situações em que a lei se reduz a condição de deliberação estatal totalmente opressiva e arbitrária.”

A ser assim, absurda seria a possibilidade de uma dupla sanção pecuniária –administrativa e criminal – à pessoa física, vez que restaria impossibilitada de exercer o direito a uma existência digna e a regular satisfação de suas necessidades vitais básicas, vez que haverá uma cumulação de pesadas sanções.

Outra questão que pode surgir e também nos aflige nessa cumulatividade sancionatória refere-se ao momento em que será imposta a via penal sancionatória: será a pena de multa do art. 4.º da Lei 8.137/90 imposta após a sanção administrativa? Caso positiva a resposta, como calcular o sistema dias-multas, vez que alterado o critério da aferição da capacidade contributiva da pessoa física? Como poderá impor uma pena de multa em face do crime sem levar em conta a sanção imposta pela esfera administrativa?

Se a sanção pecuniária penal leva em conta a situação econômica e patrimonial do autor, como desconsiderar o confisco anteriormente imposto por meio da sanção administrativa? Caso se opte preliminarmente pela punição criminal antitruste antes da punição administrativa, não seria incoerente impor a sanção penal antitruste se nem mesmo é certa a conduta ilícita antitruste?

IV – Da necessária individualização da sanção pecuniária

Claro assim que, qualquer que seja a sanção pecuniária, imprescindível se faz a individualização da conduta – assim como a eventual penal –, que apenas poderá ser aplicada após analisadas a conduta do agente e sua situação econômica financeira.

Alberto Silva Franco salienta: “O princípio da individualização da pena garante, em resumo, uma pena particularizada, pessoal, distinta e, portanto, inextensível a outro cidadão, em situação fática igual ou assemelhada”.⁹

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, coloca a culpabilidade do agente como medida da aplicação da pena e destaca que a individualização

⁹ *Crimes hediondos*, 4. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2000, p. 237-238.

da pena, que deve ser motivada, é um direito público subjetivo do apenado (HC 72992/SP-963).

Consoante manifestação do Superior Tribunal de Justiça,¹⁰ o princípio da individualização da pena, materialmente, significa que a sanção deve corresponder às características do fato, do agente e da vítima. Ou seja, deve haver a adequada sintonia entre a sanção aplicada e todas as circunstâncias do delito.

Para José Eduardo Goulart,¹¹ o princípio da individualização da pena é consequência direta do postulado da personalidade. Esse postulado reza que a pena só pode ser dirigida à pessoa do autor da infração na medida de sua culpabilidade.

Não podemos compactuar como normal ou possível uma vinculação entre sanções, principalmente diante de entes tão diferentes, como uma pessoa jurídica de relevante participação no mercado, a ponto de conseguir participar de um cartel, e uma pessoa física, funcionário desta empresa, que recebe salário ao final de cada mês.

Novamente salientamos que a sanção administrativa que deverá incidir sobre a empresa deverá ser calculada com base no faturamento bruto, que nada mais é do que o valor total das vendas de mercadorias e serviços realizadas no período contábil em avaliação, não se descontando do faturamento os valores gastos com a produção, salários, tributos, não se incluindo também as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

Sobre esta base de cálculo, ou seja, sobre o total do faturamento, serão descontados para efeito do cálculo sancionatório apenas, segundo a lei, os impostos.

Mas qual é a extensão do conceito de impostos definido no art. 23 para efeitos de punição pecuniária à pessoa jurídica e conseqüentemente à pessoa física no âmbito da seara antitruste?

¹⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 6.^a Turma, Resp. n. 151.837/98, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Votação não unânime. DJ 28/05/98.

¹¹ *Princípios informadores do direito da execução penal*, São Paulo: RT, 1994, p. 95-97.

V – Alternativas e impostos

O art. 23 da Lei 8.884 dispõe que, para efeitos da punição administrativa, deverão ser excluídos da base de cálculo da multa os impostos, o que pode nos levar a duas interpretações:

A) Será excluída da base de cálculo qualquer espécie tributária, recebendo uma denominação genérica de imposto.

B) Serão excluídos apenas os impostos que recebem esta classificação, sendo que outros tributos como PIS e Cofins fariam parte da base de cálculo sobre a qual se estipularia o “quantum” da sanção, vez que não serão classificados como impostos e sim como contribuições sociais, e logo a proibição de integrarem a base de cálculo não está expressa na lei.

De pronto, já se constata a má técnica legislativa na redação desse artigo, levando-nos a uma dúbia interpretação, ensejando mais uma insegurança jurídica, a qual poderia ser facilmente corrigida, caso o legislador utilizasse o termo “tributos”.

Não há dúvida de que as multas são uma das formas de se tentar dissuadir o agente da conduta ilícita, prevenindo que empresas se envolvam em comportamentos anticoncorrenciais, devendo, entretanto, fixar-se patamares para sanções pecuniárias, vez que ténue pode se tornar à linha entre dissuasão e desproporção.

Alternativas poderiam assim ser propostas, devendo o direito administrativo sancionador acreditar no seu poder simbólico, preventivo, educativo e repressivo, aplicando-se no âmbito da esfera administrativa sancionatória o próprio sistema dias-multa em substituição a esta absurda vinculação entre as sanções das empresas e dos administradores, que lesa o princípio da proporcionalidade e da individualização de penas, figurando o critério da valoração da conduta e da situação econômica do autor da conduta antitruste uma alternativa para barrar o verdadeiro confisco de proibição constitucional.

VI – Conclusão

Defendemos a tese da regulação única e exclusiva de um direito administrativo sancionador nos casos de cartéis, vez que devemos evitar ao máximo a interferência penal no âmbito econômico, recorrendo-se a um subsistema legal, mais célere e menos burocrático com plenas condições

de cumprir as funções almejadas pelo uso da esfera penal, revalorizando os agentes do Estado e, por via de consequência, toda a sociedade, evitando a constante negação dos postulados normativos de raiz constitucional.

A nosso ver, a sanção administrativa antitruste imposta à pessoa física não deve estar vinculada à sanção aplicada à pessoa jurídica, podendo-se utilizar o sistema dias-multa na esfera administrativa como critério valorativo que respeita os princípios da individualização da sanção, da proporcionalidade ou razoabilidade.

A terceira via constitui assim em uma alternativa à punição na seara do abuso do poder econômico, respeitando-se sempre os princípios constitucionais, conferindo aos julgadores os instrumentos garantísticos inerentes a qualquer julgamento imparcimonioso, tendo razão Reale Júnior ao afirmar ser essencial que a descriminalização dos crimes econômicos, relativos ao abuso do poder econômico, deve andar de par com a elaboração de uma nova legislação antitruste, a fim de superar as falhas gritantes de técnica legislativa e da lógica atual, que ignora não somente os princípios constitucionais, como também o diálogo entre os subsistemas e o bom senso.

Deve-se conferir primazia ao direito administrativo sancionador com enfoque na estrutura, orçamento e independência dos órgãos de julgamento, atuando o direito penal antitruste apenas como *ultima ratio*, primando na multa administrativa proporcional à pessoa física a sanção por excelência, fomentando, por outro lado, também a sanção administrativa da contrapropaganda, intervindo a seara penal em casos de extrema necessidade, propugnando pelo avanço do estudo do direito administrativo sancionador, que em nada reduz as garantias do direito penal, que continuará a interferir até que novos instrumentos sancionatórios administrativos sejam fomentados, denotando eficiência e razoabilidade do direito.

Referências bibliográficas

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE. <http://www.cade.gov.br>, acesso em: 10 de setembro de 2008.

BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acesso em: 30 de setembro de 2008.

BRASIL, Manual de Redação da Presidência da República, elaborado por comissão presidida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes.

- BRASIL, Presidência – Legislação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L8884.htm>, acessado em 30 de setembro de 2008.
- BRASIL, Presidência – Legislação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L8137.htm>, acessado em 30 de setembro de 2008.
- BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – Jurisprudência. Disponível em: www.stj.gov.br, acessado em 29 de setembro de 2008.
- BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Jurisprudência. Disponível em: www.stf.gov.br, acessado em 29 de setembro de 2008.
- CANOTILHO, J. G. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.
- FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*. São Paulo: RT, 2001.
- FERREIRA, Sérgio de Andréa. *O direito de propriedade e as limitações e ingerências administrativas*. São Paulo: RT, 1980.
- FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000. p. 237-238.
- GOULART, José Eduardo. *Princípios informadores do direito da execução penal*. São Paulo: RT, 1994. p. 95-97.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: RT, 2000. p. 176.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.