

Ministério da Justiça

Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

Processo Administrativo n.º 08000.022579/97-05

Representante: Messer Grieshem do Brasil Ltda.

Representadas: S.A. White Martins

ADITAMENTO DE VOTO

1- Os votos que se seguiram ao meu – dos Conselheiros Thompson Andrade, Afonso Arinos Neto e Ronaldo Macedo Júnior – acresceram argumentos importantes para a fundamentação da decisão. Quanto ao mérito, importante frisar que todos os votos prolatados, até o momento, são unânimes na identificação, comprovação e punição da conduta anticoncorrencial da Representada.

2- Há, contudo, no voto-vista do Conselheiro Thompson, importante demonstração econômica do valor da vantagem auferida. O cálculo é essencial para que se possa aferir se a multa aplicada encontra-se dentro dos parâmetros, especialmente os mínimos, fixados em Lei. Isso porque, para a legislação antitruste, a multa não poderia, em nenhuma hipótese, ser inferior à vantagem auferida. Incorporo às minhas razões de decidir as considerações do voto-vista do Conselheiro Thompson.

3- O voto-vista do Conselheiro Afonso Arinos Neto, por seu turno, oferece uma definição mais detalhada e precisa dos mercados relevantes abarcados pelas condutas investigadas. Tomo de empréstimo e faço minhas, igualmente, as definições do Conselheiro Arinos.

4- O voto-vista do Conselheiro Macedo introduz, no conjunto de manifestações do Plenário disponíveis até o momento, uma dimensão nova. Sabidamente, mesmo reconhecendo-se os avanços da doutrina e da jurisprudência concorrencial brasileiras posteriores à publicação da Lei nº 8.884/94, em alguns aspectos o direito antitruste nacional se recente da falta de experiência. Ainda são poucas, na história deste CADE, as condenações por condutas e, conseqüentemente, as imposições das penalidades previstas nos artigos 23 e seguintes da Lei. Isso exige do aplicador um esforço redobrado de interpretação e aplicação do Direto. Por isso mesmo, o voto do Conselheiro Macedo merece todos os encômios. Ele reflete, com clareza, uma etapa importante da evolução do antitruste nacional e de desdobra, com invulgar refinamento teórico, para oferecer uma solução original e criativa à questão dos critérios de quantificação da multa, especialmente na interpretação conforme a Consti-

tuição que faz da expressão “multa de um a trinta por cento do **faturamento bruto**”, constante do inciso I, do art. 23, da Lei nº 8.884/94.

5- Entende o Conselheiro Macedo, com razão, que, em determinadas hipóteses, a multa mínima de 1% pode ofender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Basta imaginar situação em que a empresa atue em vários mercados relevantes, com elevado faturamento, mas esteja sendo apenada por conduta anticoncorrencial num mercado muito delimitado e inexpressivo, em termos de faturamento. Qual deverá ser a pena mínima: 1% do “faturamento bruto” da empresa, na expressão literal do art. 23, ou 1% do “faturamento bruto no mercado relevante”, como sugere a interpretação do Conselheiro Macedo?

6- Como se sabe, um tribunal, ainda que administrativo, ao decidir cria vínculos para si próprio. A decisão orienta aos jurisdicionados e, quando reiterada, cria precedentes que vinculam também à Administração (confira-se, por exemplo, os artigos 2º, XIII, da Lei de Processo Administrativo – Lei nº 9.784/99 –, que veda a aplicação retroativa de nova interpretação, e 100, III, do CTN – Lei nº 5.172/66 –, que atribui o caráter de normas complementares das leis às “práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas”). O entendimento conferido ao inciso I do art. 23, pelo Conselheiro Macedo – s.m.j. inaugural, justamente por abrir uma nova lógica interpretativa –, comporta maior reflexão e, da minha parte, maior amadurecimento da convicção sobre sua correção. Porém, como procurarei demonstrar mais adiante, no caso concreto o debate sobre o “*quantum*” da pena mínima, ainda que relevante, é dispensável.

7- Porém, antes de justificar meu voto, importante dizer algo sobre o recurso – diga-se de passagem, adequado à tese do Conselheiro Macedo – ao princípio da proporcionalidade. Entendo que, mais do que ponto de chegada que determine futuras decisões (p.e., afirmando que a multa mínima do art. 23, I, da Lei nº 8.884/94, deve ser **sempre** interpretada como 1% do faturamento no **mercado relevante**) diante da complexidade, dinamismo e variabilidade do mercado, o recurso ao princípio da proporcionalidade, além de excepcionalíssimo, deve ser apenas o ponto de partida para a apreciação jurídica de um fato concreto, nunca a certeza de distribuição igualitária para todos os casos. Cada situação específica roga sua própria proporcionalidade. Por isso, o socorro dos princípios, em especial o da proporcionalidade, por sua intrínseca mutabilidade, não pode e nem deve criar a ilusão de segurança da decisão correta e, muito menos, a confiança vinculante para julgamentos futuros. Não há nada que garanta que o **faturamento do mercado relevante** seja sempre mais proporcional ou mais justo do que o **faturamento global**. Basta que se imagine a situação, freqüente nos chamados países emergentes, de empresas entrantes num nicho particular do mercado, que sequer tenha faturamento no

mercado relevante, mas que, eventualmente, ingressem no setor, com práticas anticompetitivas, com o amparo do nome, da marca, dos capitais, dos financiamentos, etc, acumulados pela empresa nos seus outros mercados de atuação. O que seria, neste caso, o mais proporcional: multa mínima de 1% sobre o faturamento no mercado relevante ou de 1% sobre o faturamento bruto?

8- Não é demais notar que a Constituição afirma que a lei reprimirá o abuso do **poder econômico**, o que vem repetido no art. 1º da Lei nº 8.884/94. Poder econômico, posição dominante e faturamento da empresa me parecem, sistematicamente, conceitos perfeitamente harmonizáveis. Poder econômico é conceito bem mais amplo e indeterminado do que o de mercado relevante. Razoabilíssimo, assim, que a medida de proporção albergada pelo legislador tenha sido o abuso de **poder econômico** do infrator (e, assim, o **faturamento bruto**), e não o faturamento no mercado relevante. Não é impossível imaginar, apenas para argumentar, situações nas quais as condutas abusivas num mercado relevante em particular só se viabilizem por conta do poder econômico angariado pela empresa em outros mercados. De tal modo, não visualizo nenhuma inconstitucionalidade, quer em concreto, quer, muito menos, em abstrato, no disposto no inciso I do art. 23.

9- Assim, entendo que, “caso-a-caso” – com a casuística inerente ao antitruste –, sempre na dependência dos fatos, das provas e das situações empíricas, o recurso à proporcionalidade pode, excepcionalmente, ser utilizado. Mas não como regra geral, e muito menos para identificar uma inconstitucionalidade que afastaria a aplicação do disposto literalmente no art. 23, I.

10- Não é demais lembrar – ainda que não seja essa, sequer longinquamente, a interpretação do Conselheiro Macedo – que há quem defenda que “o CADE poderá infligir multa inferior ao limite mínimo referido na lei, sempre que entender compatível essa medida com a política econômica do Governo, de que é um dos agentes”¹. Ora, critério assim elástico, com a devida vênia, tolheria do CADE o papel judicante que a lei lhe atribui, transformando-o em mero instrumento de política industrial.

11- Para concluir, qualquer que seja o critério adotado pelo Plenário, a multa sugerida em meu voto – 5 % do faturamento bruto – não teria nada de inconstitucional ou ilegal. Não fica abaixo do valor da vantagem auferida (como se viu no voto do Conselheiro Thompson), mas também não ultrapassa sequer o limite máximo de 30% do faturamento no mercado relevante (como se deduz, indiretamente, do voto do Conselheiro Macedo). Finalmente, se

¹ Cf. Fábio Ulhoa Coelho. Direito Antitruste Brasileiro. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 87.

descontados os tributos, o “*quantum*” da pena é bastante próximo àquele fixado pelo Conselheiro Macedo. Entretanto, como a tradução em dinheiro do percentual de 5% indicado em meu voto, descontados os impostos – conforme demonstrado nos votos dos Conselheiros Macedo e, agora, Pfeiffer, com os critérios lá indicados –, equivale a aproximadamente R\$ 24,85 milhões, valor muito próximo aos R\$ 24 milhões fixados pelos dois Conselheiros, entendo ser possível, inclusive para harmonizar o “*quantum*” e o critério de fixação da penas dos diferentes votos, acompanho os dois Conselheiros nesse particular. Assim, fixo a sanção no valor de R\$ 24 milhões, atualizados na forma da lei, seguindo nesse passo, as razões de decidir dos Conselheiros Macedo e Pfeiffer.

É o que cabia aditar.

Brasília, 26 de junho de 2002

Celso Fernandes Campilongo

Conselheiro-Relator