

PARECER PROFESSORES
EROS ROBERTO GRAU E PAULA FORGIONI

Consulta-nos o ilustre advogado, Dr. PEDRO LUIZ BARBOSA, integrante do Escritório de Advocacia Franceschini e Miranda Advogados, no interesse de sua cliente S.A. White Martins, sobre questões relacionadas ao Processo Administrativo nº 08000.022579/97-05, em que figura como representante Messer Grieshein do Brasil Ltda. e como Representada a mesma S.A. White Martins. Esse processo foi instaurado em junho de 1.998, após a realização de Averiguações Preliminares, e deverá ser brevemente levado a julgamento pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Vale destacar que, nos idos de 1.996, a S.A. White Martins, em conjunto com a Unigases Comercial Ltda., submeteu à apreciação das autoridades antitruste ato de concentração, nos termos do art. 54, § 3º da Lei nº 8.884, de 1.994 (Ato de Concentração nº 78/96). Esse ato de concentração foi a julgamento no ano de 1.999 e, em 8 de dezembro do mesmo ano, foi celebrado entre a S.A. White Martins, a Unigases Comercial Ltda. e o CADE “Termo de Compromisso de Desempenho”.

São propostas, então, as seguintes indagações:

“1.- Quais efeitos jurídicos decorrem da celebração do compromisso de desempenho e do compromisso de cessação referidos nos artigos 53 e 58 da Lei nº 8.884/94 ?

2.- No caso concreto, o compromisso celebrado entre o CADE e a White Martins (Termo de Compromisso de Desempenho firmado em 8 de dezembro de 1.999), caracteriza-se como compromisso de desempenho ou de cessação?

3.- Ainda no caso concreto, quais as conseqüências jurídicas produzidas pelo compromisso mencionado no quesito anterior em relação (1) às condutas anteriores da White Martins atinentes às matérias tratadas no compromisso e (2) ao Processo Administrativo 08000.022579/97-05?

4.- O conceito de açambarcamento do ponto de vista jurídico é aquele esposado pela Secretaria de Direito Econômico no âmbito do Processo Administrativo 08000.022579/97-05, ou, então, qual seria ele?

5.- Considerando que o despacho instaurador do Processo Administrativo nº 08000.022579/97-05 diz ‘Há que se verificar, portanto, a efetividade dessa afirmativa e o seu efeito quanto a terceiros do excedente do CO2, assim como, os efeitos gerados no período em que, tal cláusula, remanesceu, tendo em vista as informações de sua vigência no período de 23/03/97 a 01/10/97’ e que o processo teria por escopo a “apuração de práticas passíveis de infrin-

gência aos **incisos V, VI e XVIII do art. 21** c/c incisos I, II e IV do art. 20 da Lei nº 8.884/94”, poderia agora a Procuradoria ampliar o raio de discussão desse mesmo processo?”.

Para embasar nossa análise, foram-nos fornecidas cópias simples dos seguintes documentos:

Petição da Representação efetuada por Messer Griesheim do Brasil Ltda. contra S.A. White Martins, datada de 28 de agosto de 1.997, nos termos do art. 30 da Lei Antitruste;

Despacho instaurador do Processo Administrativo nº 08000.022579/97-05, datado de 9 de junho de 1.998, incluindo a Nota Técnica da lavra da Dra. Magali Klajmic que foi expressamente acolhida como razão de decidir;

Parecer Técnico da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE, datado de 27 de outubro de 1.998;

Relatórios da lavra da Dra. Eliane A. Lustosa Thompson Flores, então Diretora do Departamento de Proteção e Defesa Econômica – DPDE/SDE, datados de 24 de novembro e 10 de dezembro de 1.998;

Despacho do então Secretário de Direito Econômico, Dr. Ruy Coutinho do Nascimento, declarando encerrada a instrução processual no âmbito do Processo Administrativo nº 08000.022579/97-05, datado de 24 de novembro de 1.998;

Parecer técnico da Secretaria de Direito Econômico sobre o Ato de Concentração nº 08000.12075/96-14, envolvendo as sociedades S.A. White Martins e Unigases Comercial Ltda.;

Instrumento de contrato celebrado entre White Martins Gases Industriais S.A. e Ultrafertil S.A. Indústria e Comércio de Fertilizantes, datado de 25 de novembro de 1.994, bem como respectivo aditivo de 1º de julho de 1.996. Instrumento do contrato celebrado entre a Ultrafertil S.A. Indústria e Comércio de Fertilizantes e Liquid Carbonic Indústrias S.A., datado de 1º de setembro de 1.993, bem como seu primeiro termo de aditamento, datado de 1º de abril de 1.994 e 2º termo de aditamento, datado de 1º de julho de 1.996;

Voto proferido pelo Conselheiro Relator Mércio Felsky no Ato de Concentração nº 78/96, datado de 11 de agosto de 1.999;

“Termo de Compromisso de Desempenho” celebrado entre S.A. White Martins e Unigases Comercial Ltda., de uma parte e o CADE, de outra, datado de 8 de dezembro de 1.999;

Parecer da Procuradoria Geral do CADE, datado de 30 de março de 2.001 no âmbito do Processo Administrativo nº 08000.022579/97-05.

Parecer

I – Introdução

01. - Para aqueles que se dedicam ao estudo das normas de defesa da concorrência brasileiras, o seu atual estágio de aplicação acarreta, a um tempo só, satisfação e consternação. Satisfação porque, muito embora haja notícia da existência de típicas normas de repressão ao abuso do poder econômico entre nós desde 1.759¹ e um órgão encarregado da defesa da concorrência tenha sido criado em 1.945², apenas há pouco a efetiva aplicação de leis antitruste vem ocorrendo de maneira mais intensa e sistemática. A consolidação do poder do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE indubitavelmente ampliou o cuidado que os agentes econômicos dispensam aos termos da Lei nº 8.884, de 1.994, e, conseqüentemente, as possibilidades de concreção dos princípios insculpidos no art. 170 da Constituição do Brasil.

Por outro lado, delineia-se preocupante comportamento da Administração Pública que, almejando precipuamente a proteção da concorrência, renega a segundo plano os direitos do administrado. Embora louvável a intenção de imunizar o mercado a atitudes abusivas, é inadmissível que, a esse pretexto, venha a ser comprometida qualquer das garantias jurídicas das quais depende a sua própria estabilidade, de modo que o processo se transforme em via voltada, a todo custo, à condenação de um culpado. Por isso mesmo indicações de vício de procedimento não podem ser vistas como “fili-granas jurídicas” e tomadas como obstáculos introduzidos pelas partes com o escopo de “desviar o foco” da discussão econômica.

É inegável ser, a discussão econômica, imprescindível à análise antitruste (mesmo porque, sem ela, não se chega, na maioria das vezes, a conclusão alguma sobre a incidência ou não do art. 20 da Lei nº 8.884, de 1.994)³. Esse seguramente não é, contudo, o único parâmetro, nem o mais importante, a orientar os operadores do antitruste, modo singelo de referirmos a legislação antitruste. No Estado de direito prevalecem, sempre, a Constituição e a Lei.

02. - Dividiremos este parecer em duas partes, inicialmente cogitando de relevantes aspectos atinentes ao compromisso de desempenho (três pri-

¹ Cf. INGLÊZ DE SOUZA, Projecto do código commercial, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1.913, pág. 56.

² Tratava-se da CADE – Comissão Administrativa de Defesa Econômica, instituída pelo art. 19 do Decreto Lei nº 7.666, de 1.945.

³ Conforme a orientação dada pelo CADE aos agentes econômicos, constante da Resolução nº 20, de 1.999.

meiros quesitos); em seguida cuidaremos das demais questões que nos foram apresentadas (quesitos quatro e cinco).

Parte Primeira

O Compromisso de Desempenho e Compromisso de Cessão na Lei Antitruste Brasileira e no processo administrativo nº 08000.022579/97

II – Os instrumentos previstos na Lei Antitruste para a consecução de seus objetivos

03. - Não há estudioso do direito econômico que, no mundo todo, em determinado momento não mencione dificuldades que encontra na aplicação das normas antitruste: falta de informações seguras sobre o mercado e sobre os hábitos dos consumidores, ausência de estudos econômicos que viabilizem a identificação da market share dos agentes, leis de bloqueio etc. O que geralmente se deixa de dizer é que grande parte dos obstáculos é ínsito ao próprio sistema legal.

Essa última afirmação por certo causará espanto mesmo a alguns juristas, pois não é fácil admitir a existência de uma tensão entre o escopo da lei antitruste e a proteção das garantias individuais dos cidadãos. Mas é justamente em torno de problemas desse tipo que se desenvolve a evolução do direito. Quem negaria, nos dias de hoje, que uma das principais questões do processo civil inclui a busca do meio termo perfeito entre a segurança das partes e a celeridade do procedimento? Quem refutaria que a busca da tomada de decisões administrativas em “tempo econômico” resvala na necessidade da análise cuidadosa dos atos praticados pelos agentes econômicos e do seu impacto sobre o mercado? Por um lado, é preciso decidir rápido, por outro --- o que é mais importante decidir bem.

04. - Em vista disso, os sistemas antitruste colocam à disposição das autoridades instrumentos voltados a elevar o grau de eficácia material da legislação.

O direito posto poderia, apenas e simplesmente, conferir às autoridades antitruste⁴ a faculdade de aplicar sanções ou determinar a desconstituição de concentrações prejudiciais à livre concorrência. Mas essas disposições isoladamente consideradas, mercê do próprio caráter das normas antitruste e

⁴ Inclusive aos Tribunais.

dificuldade de sua efetivação, não atingiriam, em determinados casos, o grau de eficácia necessária (i.e., não propiciariam a concreção dos objetivos gerais perseguidos pelo sistema antitruste)⁵. A título exemplificativo: é fato que a autoridade antitruste pode aplicar as sanções previstas no art. 23 da Lei nº 8.884, de 1.994, ao agente que praticou ato tipificado no art. 20 do mesmo diploma. Mas também é certo que o procedimento a ser percorrido até a imposição dessa condenação é longo e tortuoso, além do mais porque há de ser pautado em garantias constitucionais como o contraditório, a ampla defesa etc.. De outra banda, o desfazimento de uma concentração nos termos do art. 54, §9º, envolve custos efetivamente altos.

05. -Entre os instrumentos que procuram compatibilizar essas tensões no seio da lei antitruste, interessam-nos mais de perto o (i) **compromisso de desempenho** e (ii) o **compromisso de cessação**.

Em ambos busca-se a cooperação dos administrados que aceitam a orientação dada pela Administração. As partes então abrem mão da faculdade de contestar a determinação, acatando-a plenamente, nos limites negociados. A Administração, por sua vez, vê-se dispensada de acionar o complicado e lento aparato jurídico tendo em vista a aplicação de sanção negativa.

III – O compromisso de desempenho

06.- Definido pelo art. 58 da Lei Antitruste, o compromisso de desempenho corporifica um acordo entre a Administração Pública e os partícipes de uma operação restritiva da concorrência (seja um acordo entre agentes econômicos, seja uma concentração), para viabilizar sua aprovação, conforme faculta o art. 54 da Lei nº 8.884, de 1.994.

Como já tivemos a oportunidade de ressaltar inúmeras vezes, o art. 54 encerra procedimento típico da regra da razão norte-americana. A administração deve, de uma banda, ponderar os prejuízos à concorrência decorrentes da prática analisada; de outra, os benefícios (ou as “eficiências”) que são por ela produzidos. Se os benefícios superarem os prejuízos, o ato há de ser aprovado.

Para garantir que as eficiências venham a ser realmente atingidas, celebra-se o **compromisso de desempenho**, por força do qual o administrado assume, perante a Administração, a obrigação de amoldar **a prática** às condi-

⁵ Sobre esses objetivos, v. PAULA A. FORGIONI, Os fundamentos do antitruste, São Paulo, RT, 1.998, pág.149 e seguintes.

ções impostas para a sua aprovação. As vantagens de ambas as partes são evidentes: o administrado obtém a aprovação do ato, embora com limitações; a Administração o aprova, segura de que as eficiências alegadas serão alcançadas.

07. - Encontramo-nos, aqui, no campo da estrutura do mercado. E o ato considerado no compromisso de desempenho é aquele submetido à apreciação das autoridades antitruste.

Repise-se: por força da Lei, o escopo do compromisso de desempenho não é outro senão o de garantir a concreção das eficiências delineadas no § 1º do art. 54 da Lei Antitruste. Gravita em torno do ato (acordo ou concentração) apresentado por força do caput do mesmo artigo⁶. Além dessa moldura não pode ir, sob pena de extrapolar a hipótese normativa prevista no art. 58 da Lei Antitruste.

A lei, a esse respeito, é bastante clara: o compromisso de desempenho esculpe o ato submetido “a exame na forma do art. 54” e não outros atos que possam ser imaginados.

IV- O compromisso de cessação

08. - Já o compromisso de cessação previsto no art. 53 da Lei Antitruste desempenha função bem diversa. Por seu intermédio, a Administração e o agente econômico que está sendo **acusado** da prática de ato tipificado no art. 20 da Lei nº 8.884, de 1.994, fazem um **acordo**, mediante o qual: (i) a Administração abre mão de dar prosseguimento ao processo administrativo (e, portanto, de penalizar o agente), enquanto estiverem sendo cumpridos os termos do compromisso e (ii) o administrado compromete-se a fazer cessar imediatamente a prática analisada, sem confessar matéria de fato ou reconhecer a ilicitude da prática. Vale, aqui, transcrever os termos do texto legal:

“Art. 53. Em qualquer fase do processo administrativo poderá ser celebrado, pelo CADE ou pela SDE ad referendum do CADE, compromisso de cessação de prática sob investigação, que não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada.

§ 1º O termo de compromisso conterá, necessariamente, as seguintes cláusulas:

⁶ Em se tratando de concentrações, caso sejam atingidos os parâmetros impostos pelo § 3º do mesmo art. 54.

a) obrigações do representado, no sentido de fazer cessar a prática investigada no prazo estabelecido;

b) valor da multa diária a ser imposta no caso de descumprimento, nos termos do Art. 25;

c) obrigação de apresentar relatórios periódicos sobre a sua atuação no mercado, mantendo as autoridades informadas sobre eventuais mudanças em sua estrutura societária, controle, atividades e localização.

§ 2º O processo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso de cessação e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo respectivo”.

Nosso compromisso de cessação tem nítida inspiração no consent decree norte americano, previsto no art. 4º do Sherman Act, bem como no art. 15 do Clayton Act⁷. Naquele sistema, como é sabido, a Administração, se não

⁷ Art. 4º do Sherman Act: “The several district courts of the United States are invested with jurisdiction to prevent and restrain violations of sections 1 to 7 of this title; and it shall be the duty of the several United States attorneys, in their respective districts, under the direction of the Attorney General, to institute proceedings in equity to prevent and restrain such violations. Such proceedings may be by way of petition setting forth the case and praying that such violation shall be enjoined or otherwise prohibited. When the parties complained of shall have been duly notified of such petition the court shall proceed, as soon as may be, to the hearing and determination of the case; and pending such petition and before final decree, the court may at any time make such temporary restraining order or prohibition as shall be deemed just in the premises”.

Art. 15 do Clayton Act: “The several district courts of the United States are invested with jurisdiction to prevent and restrain violations of this Act, and it shall be the duty of the several United States attorneys, in their respective districts, under the direction of the Attorney General, to institute proceedings in equity to prevent and restrain such violations. Such proceedings may be by way of petition setting forth the case and praying that such violation shall be enjoined or otherwise prohibited. When the parties complained of shall have been duly notified of such petition, the court shall proceed, as soon as may be, to the hearing and determination of the case; and pending such petition, and before final decree, the court may at any time make such temporary restraining order or prohibition as shall be deemed just in the premises. Whenever it shall appear to the court before which any such proceeding may be pending that the ends of justice require that other parties should be brought before the court, the court may cause them to be summoned whether they reside in the district in which the court is held or not, and subpoenas to that end may be served in any district by the marshal thereof”.

concordar com a concentração levada a efeito pelos agentes econômicos ou, ainda, se pretender aplicar uma sanção, deve ir ao Poder Judiciário buscar o acolhimento de sua pretensão. Assim, o consent decree é ato ligado ao procedimento judicial, isto é, um acordo que a Administração e o administrado assumem perante a Corte⁸. A lide tem fim desde logo, inviabilizando a penalização do agente pela prática negociada durante o cumprimento do consent decree. Por isso, diz-se que a Suprema Corte norte-americana “conferred upon the consent decree immunity from attack equal to that of litigated decrees”⁹.

09. - As razões para a celebração desse agreement são esmiuçadas pela doutrina norte-americana e plenamente aplicáveis à nossa realidade, destacando-se, inicialmente, a vantagem da condução do caso sob a égide de um espírito negocial e não litigioso¹⁰. Do ponto de vista da empresa, (i) o trabalho a ser realizado e os (ii) recursos a serem dispendidos são bem menores, se comparados àqueles ligados ao processo¹¹; (iii) os executivos não têm sua atenção distraída para o problema judicial; (iv) evita-se os efeitos danosos à imagem que normalmente decorrem de uma condenação. E, acima de tudo, (v) é produzida a segurança de uma não condenação, pois, como lembram ISENBERGH e RUBIN, “[u]nder the circumstances, the consent decree, offering as it does the only certain avenue of escape from possible fine or imprisonment, must tempt the hardiest business man”¹².

Para a Administração, face aos “limitados recursos de que dispõe o departamento antitruste, a única maneira factível de obter-se a efetiva aplica-

⁸ Nas palavras de MILTON GOLDBERG: “The consent decree is, of course, a compromise between two parties in a civil suit, the exact terms are fixed by negotiation between the parties and formalized by the signature of the federal district judge” (“Nature, purpose and use of consent decrees”, paper nº 08, Bureau of Business and Economic Research, Michigan State University, 1962, pág. 1). Mais recentemente, disse JAMES ROB SAVIN: “The decree is essentially a court-approved contract between the defendant and the Attorney General with the legal effect of a litigated judgment. Due to the frequency of their use, the dictates of consent decrees govern a substantial number of businesses and even entire industries” (“Tunney Act ’96: two decades of judicial misapplication”, <http://www.law.emory.edu/ELJ/volumes/win97/savin.html>, escrito em 1.997 e acessado em 28 de maio de 2.001).

⁹ MAXWELL S. ISENBERGH e SEYMOUR J. RUBIN, “Antitrust enforcement through consent decrees”, Harvard Law Review 53:389, 1.939.

¹⁰ ISENBERGH e RUBIN, cit., pág. 391.

¹¹ GOLDBERG, ob. cit., pág. 3.

¹² Ob. cit, pág. 403.

ção das normas antitruste é mediante o **consent decree**¹³. Com efeito, consent decree oferece um modo de atingir os resultados desejados em um determinado setor da economia, sem que a Administração seja compelida a despende os recursos e o tempo normalmente requeridos para a obtenção de uma sentença judicial¹⁴. Ademais, com o consent decree há a segurança da obtenção do resultado enquanto que o sucesso da demanda não é certo. A idéia central é “criar uma situação onde as violações das leis antitruste sejam eliminadas e, ademais, evitadas no futuro”¹⁵. Já em 1.939, KATZ anotava que o consent decree era tratado pelo setor público como um “instrumento de administração” e não como um “by-product of suits in equity”¹⁶.

Hoje, os consent decrees são largamente utilizados nos Estados Unidos, constituindo um dos principais instrumentos de efetivação das leis antitruste. Seu uso foi crescente desde o primeiro caso registrado, em 1.906¹⁷ e, nos últimos anos, algumas das práticas que mais bulha causam são assim resolvidas¹⁸⁻¹⁹.

10. -Voltando ao nosso texto normativo--- e à nossa realidade --- temos que o compromisso de cessação versa sobre a interrupção de um ato que está sendo investigado pela Administração (**conduta** do agente econômico, portanto).

Acorda-se a cessação no âmbito extra-judicial: a Administração exercitando o dever/poder no qual investida segundo a pauta normativa da proporcionalidade enquanto **necessidade** [mandamento de uso do meio mais brando] (**Erforderlichkeit** - Gebot des mildestem Mittels)²⁰, opta pelo com-

¹³ SAVIN, cit., parte I, tradução livre nossa. Se reputa insuficientes os recursos das autoridades antitruste norte-americanas na década de 90, o que diria da nossa realidade?

¹⁴ GOLDBERG, ob. cit., pág. 3.

¹⁵ GOLDBERG, ob. cit., tradução livre nossa.

¹⁶ MILTON KATZ, “The consent decree in antitrust administration”, Harvard Law Review 53:415.

¹⁷ United States v. Otis Elevator Company, 9th Cir., 1.906, referido por ISENBERGH e RUBIN, cit., 53:387.

¹⁸ Por exemplo, são famosos os consent decrees celebrados nos casos AT&T e IBM.

¹⁹ É digno de nota o grau de organização da sociedade civil – e a importância das normas antitruste para o cidadão comum americano. Há até mesmo sites onde os consumidores trocam informações e “fiscalizam” o cumprimento de um consent decree celebrado entre o governo norte-americano e companhias seguradoras no ano de 1.963! (www.consentdecree.com).

²⁰ A pauta normativa da proporcionalidade (Verhältnismässigkeit) desdobra-se em três subpautas: a de adequação (Geeignetheit), a de necessidade [mandamento de uso

promisso em lugar da condenação; o administrado comprometendo-se a fazer cessar a prática e a não contestar os termos da determinação do órgão. Este o seu objeto e o seu limite, impostos pelo art. 53 da Lei Antitruste.

V – Algumas observações sobre a estrutura da norma jurídica

11. - Há de ser extremamente útil à clareza de nossa exposição uma breve alusão a tema fundamental da Teoria Geral do Direito: o da estrutura da norma jurídica.

A norma jurídica --- observa LOURIVAL VILANOVA²¹ --- compreende um enunciado disposto segundo a seguinte fórmula de linguagem lógica: "se se dá um fato F qualquer, então o sujeito S deve fazer ou deve omitir ou pode fazer ou pode omitir conduta C ante outro sujeito S". Integram-na um **pressuposto de fato** (Tatbestand, hipótese, facti species) e uma **estatuição** (Rechtsfolge, injunção).

Evidentemente, se em determinado caso não se realizar o **pressuposto de fato [hipótese normativa]** de certa norma, sobre tal caso não pode incidir a **estatuição [conseqüência jurídica]** disposta por esta mesma norma.

Referindo-nos também a Norberto Bobbio e a Pontes de Miranda²², diremos que a hipótese normativa é a previsão, no texto legal, de uma situação fática. Assim, por exemplo, a hipótese faz referência ao ato de “matar alguém”; é previsão, no mundo do direito, de algo que poderá ocorrer no mundo dos fatos.

Ao mesmo tempo, o texto normativo encerra uma “conseqüência jurídica” ou “sanção”²³. Verificada, no mundo dos fatos, a hipótese normativa²⁴,

do meio mais brando] (Erforderlichkeit - Gebot des mildestem Mittels) e a de proporcionalidade em sentido estrito [mandamento de ponderação específica] (Verhältnismässigkeit im engeren Sinne - eigentliches Abwägungsgebot). Vide. ROBERT ALEXANDER, *Theorie der Grundrecht*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986, pág. 100.

²¹ As estruturas lógicas e o sistema do Direito Positivo, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.977, pág. 50.

²² PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1.954, tomo I, especialmente capítulos I e II; NORBERTO BOBBIO, *Teoria generale del Diritto*, Torino, Giappichelli, 1.993, especialmente capítulos I, III, V e VI.

²³ Que pode ser negativa (no caso de ser desfavorável ao agente) ou positiva (também conhecida como sanção premial).

²⁴ Na terminologia de PONTES DE MIRANDA diríamos: “composto o suporte fático”.

as conseqüências jurídicas são produzidas, querendo ou não o agente. Podemos representar graficamente o texto normativo:

Por isso, diz PONTES DE MIRANDA que “as regras jurídicas são de conteúdo determinado, e não se poderia deixar ao arbítrio de alguém a incidência delas, ou não”²⁵. E mais: “[a] incidência das regras jurídicas não falha; o que falha é o atendimento a ela”²⁶.

12.- No caso em tela, longe de ser um exercício acadêmico, essa digressão teórica é muito relevante porque, verificada a hipótese normativa do art. 53 da Lei, **as conseqüências jurídicas ali previstas serão produzidas, queira ou não a Administração.**

Se praticou o ato (e fez compor a hipótese normativa e o suporte fático) há de suportar as conseqüências jurídicas que dele advêm, sob pena de atropelar a Constituição²⁷, ademais subvertendo todo o sistema da Lei nº 8.884, de 1.994. A incidência da norma jurídica vincula a Administração, a

²⁵ Tratado de Direito Privado, cit., pág. 12.

²⁶ Ob. cit., pág. 12.

²⁷ Basta aqui mencionarmos o artigo 37, caput.

que já se chamou, com precisão, de serva da legalidade. Lembre-se, neste passo, a antológica frase de Seabra Fagundes: “administrar é aplicar a lei de ofício”.

VI – O compromisso de desempenho celebrado no processo de concentração nº 78/96

13. - Na hipótese que foi submetida à nossa análise, a Representada, no ano de 1.996, levou à apreciação das autoridades antitruste brasileiras um ato de concentração econômica com a Unigases Comercial Ltda. (Ato de Concentração nº 78/96 – “**Ato de Concentração**”)

No voto proferido pelo Conselheiro Mércio Felsky no âmbito daquele processo, em 11 de agosto de 1.999, foi feita expressa referência aos atos que estavam sendo reputados ilícitos no âmbito do processo administrativo nº 08000.022579/97 (“**Processo Administrativo**”)²⁸. Senão vejamos:

às fls. 7 de seu voto, faz referência ao “**AÇAMBARCAMENTO de matéria-prima**”, relatando a denúncia sobre “**a prática de contratos de exclusividade sobre excedentes de matéria-prima não utilizadas pela própria White Martins, em especial, junto à fonte da Ultrafertil, em Cubatão**”²⁹,

igualmente, às fls. 52/53 do mesmo voto, diz que “[e]m relação à proposta de instauração de Processo Administrativo dada a existência de cláusulas de natureza restritiva, **considero tal medida ineficaz uma vez que a correção das referidas cláusulas já são [sic] objeto do presente Termo de Compromisso**”³⁰.

²⁸ O Parecer Técnico da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça tratando da concentração entre a S.A. White Martins e a Unigases Comercial Ltda., datado de 4 de agosto de 1.998, faz a seguinte referência, ao comentar as barreiras de acesso à matéria prima (CO2): “... na conjuntura atual, e, em função das práticas contratuais do referido Grupo WM/LCI verifica-se um intento de açambarcamento de fontes, propiciado pelas cláusulas contratuais de exclusividade ...” (cf. item 4.9.1 desse documento).

²⁹ Destaques nossos.

³⁰ É bem verdade que se custa a ver o sentido dessas últimas palavras, a partir do momento em que o processo administrativo versando justamente sobre a prática indicada já estava instaurado desde o ano de 1.998.

Com base em tais considerações, do compromisso de desempenho celebrado no âmbito do Ato de Concentração (“Compromisso de Desempenho”) constou, expressamente, que:

“2.3 - As COMPROMISSÁRIAS venderão CO2 a PREÇOS NORMAIS de mercado, para concorrentes ou revendedores, sempre que se verificar capacidade ociosa nas unidades produtivas das COMPROMISSÁRIAS, caso ocorra manifesto interesse daqueles, por escrito”.

Como se pode depreender da cuidadosa análise do voto proferido pelo Conselheiro, a prática do assim chamado “açambarcamento”, que decorreria, inclusive, da existência “das cláusulas de natureza restritiva” em alguns contratos de fornecimento de CO2, **ficou resolvida pelo Compromisso de Desempenho**.

14.- Ora, é inegável que a prática mencionada no voto e no Compromisso de Desempenho é a mesma investigada pela SDE e que deve ser levada a julgamento no CADE no âmbito do Processo Administrativo.

Realmente, quando da instauração do Processo Administrativo, em relatório da lavra da Dra. Magali Klajmic corroborado pela Secretária de Direito Econômico Substituta Eliane Aleixo Lustosa Thompson-Flôres, ficou expressa a órbita do feito:

“Tais condições, à priori, permitem concluir que, em tese, a Representada tem potencialmente condições de promover uma estratégia mais agressiva para a manutenção da [sic] seu domínio de mercado, via cláusulas de exclusividade nos contratos com fonte de matéria-prima por subproduto, criando dificuldades a concorrentes no mercado e a potenciais entrantes mediante políticas comerciais restritivas.

No caso concreto, há que apurar a existência de objeto ou efeito nocivo às relações concorrenciais de mercado na estratégia do grupo White Martins/Liquid Carbonic de reservar fontes de matéria prima para posterior expansão de seus negócios, por meio de cláusulas de exclusividade nos contratos acima referidos”.

E, após comentar o ato da Representada de abrir mão da compra de excedentes de CO2 da Ultrafertil, conclui:

“Há que verificar, portanto, a efetividade dessa afirmativa e o seu efeito quanto a terceiros do **excedente do CO2**, assim como, os efeitos gerados no período em que, tal cláusula, remanesceu, tendo em vista as informações de sua vigência no período de 23/03/97 a 01/10/97”.

15.- Em suma, é fato que o Processo Administrativo tem por objeto a investigação da prática da Representada de, valendo-se de cláusulas de “exclusividade”³¹, adquirir maior quantidade de CO2 do que necessitaria imediatamente para sua produção.

A partir do momento em que o Compromisso de Desempenho vem e toca essa exata questão, solucionando-a (como admite o próprio Relator), é inegável que o objeto do Processo Administrativo foi abarcado pelos termos do Compromisso de Desempenho. Se deveria abrir mão do excedente, é porque não mais poderia se valer das cláusulas de “exclusividade” e “açambarcar”.

VII - A incidência do art. 53 da Lei nº 8.884, de 1.994, no caso em tela e a impossibilidade de penalização da Representada

16.- Encontram-se presente, no caso sub examinem, todos os elementos referidos na hipótese normativa do artigo 53 da Lei Antitruste. Vejamo-los, um a um:

“Em qualquer fase do processo administrativo...”

A Lei determina que, **estando pendente o processo administrativo**, o compromisso de cessação poderá ser celebrado. E nem se poderia admitir coisa diversa, pois o acordo não poderia alcançar uma sanção já aplicada pela Administração, desconstituindo-a.

Os apedeutas e os mais açodados poderiam concluir que a celebração do compromisso de cessação somente é possível nos **autos** do processo administrativo. Essa assertiva, no entanto, careceria de sentido jurídico desde o momento em que o instrumento fosse firmado por quem teria competência para fazê-lo. Lembre-se ser bastante comum, em processos judiciais, que as partes transijam e, posteriormente, levem o termo a conhecimento do juiz, que

³¹ Na realidade, as cláusulas cogitadas tratam de uma opção de compra e não de exclusividade.

o homologa. É também comum que a transação efetuada em determinado processo seja protocolada em outros, para neles produzir efeitos.

O que determina o caráter jurídico do ato é o seu objeto, não o local de sua formalização.

Assim, dizemos que houve o atendimento a esse requisito do art. 53, no caso presente, porque o Compromisso foi celebrado durante o trâmite do Processo Administrativo.

poderá ser celebrado pelo CADE ou pela SDE ad referendum do CADE

A autoridade competente para a celebração ou ratificação do compromisso de cessação é o CADE, na pessoa de seu presidente. No caso em tela, quem detinha competência para tanto firmou o Compromisso. Observe-se, por cautela, que o Conselheiro Relator do Compromisso de Desempenho é o mesmo que deverá relatar o Processo Administrativo.

compromisso de cessação de prática sob investigação

Como vimos acima, a Representada, assinando o Compromisso, concordou em fazer cessar a prática que estava sendo investigada a partir do momento em que aquiesceu à cessão do excedente de CO2 a seus concorrentes. Destarte, toda essa questão (referida no voto do Ato de Concentração, bem como no relatório da SDE) ficou resolvida.

o termo de compromisso conterà, necessariamente, as seguintes cláusulas: a) obrigações do representado, no sentido de fazer cessar a prática investigada no prazo estabelecido

No caso em tela, a partir do momento em que concordou em repassar o excedente de CO2 a seus concorrentes, a Representada assumiu a obrigação de, imediatamente, cessar qualquer tipo de “açambarcamento” ou privilégio decorrente de cláusula de “exclusividade” que a levasse a possuir maior quantidade de matéria prima do que necessitava. Houve, portanto, a assunção da obrigação de fazer cessar a prática investigada.

b) o valor da multa diária a ser imposta no caso de descumprimento, nos termos do art. 25

O art. 25, combinado com essa alínea “b”, determina que o Compromisso deverá prever uma multa diária por seu descumprimento, de valor não inferior a 5.000 UFIRs ou padrão superveniente.

Ora, para o descumprimento do disposto na cláusula 2.3, o Compromisso fixou a multa diária mínima no valor de 5.000 UFIRs, nos seguintes termos:

“6.2. – Caso restem definitivamente comprovadas, observado o devido processo legal e o princípio da ampla defesa, o descumprimento das obrigações referidas nas sub-cláusulas 2.3 (...) deste Termo, as **COMPROMISSÁRIAS** estarão sujeitas a multa diária mínima de 5000 (cinco mil) UFIRs, que poderá ser aumentada em 20 (vinte) vezes, **nos termos do art. 25 da Lei nº 8884/94**, no período em que se materializar a infração e até que se cumpra a obrigação prevista no presente Termo de Compromisso³².”

Aliás, aqui não podemos deixar de notar que o texto do Compromisso declara, expressamente, que **o descumprimento da obrigação prevista no item 2.3 acarretaria a incidência do art. 25**. No entanto, esse dispositivo legal trata da **multa aplicável ao descumprimento de compromissos de cessação³³ (e não dos de desempenho)**. Há de se convir que se estivéssemos diante de um compromisso de desempenho típico, a aplicação da sanção pelo descumprimento haveria de ser referida ao art. 55, que disciplina, exatamente, a hipótese de “descumprimento injustificado do compromisso de desempenho” (cf. art. 58, § 3º)!

c) obrigação de apresentar relatórios periódicos sobre a sua atuação no mercado, mantendo as autoridades informadas sobre eventuais mudanças em sua estrutura societária, controle, atividades e localização

Essa obrigação foi estabelecida nas cláusulas 4.1 a 4.4.

§ 2º - O processo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso de cessação e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo respectivo...

O Compromisso deve conter um prazo, findo o qual o processo será arquivado. No caso que analisamos, esse interregno é de 6 anos, contados a partir da assinatura do Termo de Compromisso (cf. cláusula sétima)³⁴.

³² Destacamos.

³³ Por força do disposto na alínea “b” do § 1º do art. 53 da Lei nº 8.884, de 1.994.

³⁴ In verbis: “As obrigações impostas neste Termo de Compromisso às COMPROMISSÁRIAS permanecerão em vigor por 6 (seis) anos, contados a partir da assinatura do presente Termo de Compromisso”.

17. - Vê-se nitidamente, destarte, que se deu, no caso, **a incidência do art. 53 da Lei nº 8.884, vez que Administração e administrado celebraram o Compromisso ali expressamente previsto.**

Decorrência obrigatória da verificação completa da hipótese normativa (ou seja, da composição do suporte fático) do art. 53 é a produção das conseqüências jurídicas gravadas no mesmo texto normativo, quais sejam, a “suspensão” do processo “enquanto estiver sendo cumprido o compromisso de cessação” e seu arquivamento “ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo respectivo” (cf. § 2º do art. 53).

É absolutamente defeso à Administração, portanto, condenar a Representada com base nas alegações efetuadas no Processo Administrativo, porque, **por força de lei**, este deverá ser suspenso até o dia 8 de dezembro de 2.005. Naquela data, o Processo Administrativo deverá ser arquivado se a Representada não houver mais praticado qualquer ato de “açambarcamento” de CO2 (ou seja, se sempre disponibilizar a seus concorrentes o excedente de CO2 que adquirir, na forma estabelecida no Compromisso)³⁵.

18.- A incidência da norma – vimos acima não pode, desde o instante em que verificada a composição da hipótese normativa, ser afastada. Não pode a Administração, portanto, por ato de vontade seu, afastar ou suprimir os efeitos de Compromisso de Cessação que efetivamente celebrou. E não pode fazê-lo seja porque com isso cruzaria a fronteira da legalidade, seja porque descumpriria --- eis que inteiramente inadmissível a sua contradição com uma prévia conduta própria [a vedação do **venire contra factum proprium**] --- o dever de boa-fé pelo qual está vinculada. Esse afastamento, ou supressão de efeitos, eles, sim, colocariam os agentes da Administração, e ela própria, na situação de réus indefensáveis.

A incontestável incidência, no caso, da norma contida no art. 53 e o mínimo de segurança jurídica que o sistema brasileiro de defesa da concorrência requer coíbem qualquer desvio da Administração, no sentido de não acatar a suspensão do Processo Administrativo até o dia 8 de dezembro de 2.004.

E nem se diga que a Administração acordou a cessação da prática para o futuro, podendo penalizar o agente por sua conduta passada. **A não penalização do agente é conseqüência jurídica que decorre da incidência do art. 53 da Lei Antitruste [a partir do momento em que se verifica a**

³⁵ Se a prática do ato ocorrer após a expiração do prazo, as autoridades antitruste poderão iniciar outro processo administrativo para sua apuração, se o reputarem ilícito.

hipótese normativa ali prevista] e, desde que celebrado o compromisso, não depende de qualquer ato voluntário da Administração.

Lembre-se, por fim, que a interpretação de um contrato, ou mesmo de ato administrativo, há de sempre levar em conta seus elementos estruturais **segundo sua configuração legal [e não segundo o nome que se lhe tenha dado]**, bem como o interesse público. Permitimo-nos, a esse respeito, lembrar lição de EMILIO BETTI³⁶: “l’interpretazione [do ato administrativo] serve ... a identificare il provvedimento in questione con riguardo alla sua **conformità alla disciplina della legge**, essa deve **prendere in esame quelli che ne sono gli elementi di struttura secondo la loro configurazione legale** e la loro rilevanza in vista della tipica funzione d’interesse pubblico (causa) cui É destinato il tipo di provvedimento”.

Parte Segunda

VIII - Os demais quesitos apresentados

Quarto quesito: o conceito jurídico de açambarcamento

19.- Podemos dizer que a primeira norma de repressão ao abuso do poder econômico de que se tem conhecimento condenava o açambarcamento de víveres. Desde o tempo dos romanos, açambarcar sempre foi entendido como o ato de adquirir bens para, provocando sua escassez artificial, viabilizar o aumento dos preços praticados no mercado e sua posterior revenda com maior lucro³⁷. Essa, a idéia central e inafastável do conceito, conforme podemos deduzir de sua evolução histórica.

³⁶ Interpretazione della legge e degli atti giuridici, GiuffrÉ, Milano, 1.971, pág. 357 – colchetes e grifos nossos.

³⁷ De uma forma geral, podemos dizer que os ordenamentos jurídicos sempre repudiaram o açambarcamento. No entanto, houve momentos (principalmente correlatos a uma exacerbada teoria liberal) em que essa ilicitude foi contestada. Por exemplo, entre nós, alguns dizem que o ordenamento jurídico do Império não coibiu o açambarcamento porque era excessivamente individualista e liberal (ELIAS DE OLIVEIRA, Crimes contra a economia popular e o júri tradicional, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1.952, pág. 139. V., também, ROBERTO LYRA, Crimes contra a economia popular, Rio de Janeiro, Jacinto, 1.940, pág. 103). Igualmente, ADAM SMITH, em sua Riqueza das Nações, compara o temor popular contra o açambarcamento ao medo

É clássica a referência de ARISTÓTELES à prática engendrada por Tales de Mileto. Esse filósofo, prevendo uma abundante safra de azeitonas, alugou todos os lagares das cidades de Mileto e Chio. Chegada a época da colheita, detinha, com exclusividade, os instrumentos necessários a seu processamento, podendo cobrar por sua utilização o que hoje chamaríamos de “preços de monopólio”. Igualmente, relata ARISTÓTELES que um siciliano empregou o dinheiro que possuía comprando todo o ferro que provinha das minas. “Depois, quando vieram os negociantes de outras praças, ele foi o único em condições de o vender, e sem mesmo elevar demasiado o preço, fez um lucro enorme. Dionísio foi disso informado e, permitindo-lhe levar sua fortuna, não lhe concedeu ficar em Siracusa, pois ele havia imaginado, para enriquecer, meios contrários ao interesse do príncipe”³⁸. PAULA: se der tempo, vamos transcrever em francês, da tradução J. Vrin, que é a melhor do mundo!

20- Os gregos antigos também tinham suas leis sobre o açambarcamento. A pequena região da Ática, com alta densidade populacional, era caracterizada por um solo bastante pobre, com baixa produtividade de grãos, de sorte que sua quase totalidade era importada. Para proteger a população dos abusos dos comerciantes e importadores, havia uma série de leis que impunham algumas obrigações com o nítido escopo de inviabilizar o açambarcamento de mercadorias e a alta artificial dos preços.

O inverno de 388-387 a.C. parece ter sido bastante tumultuado para o comércio internacional de grãos, com as guerras que se travaram na região pela qual a mercadoria deveria ser transportada. Os comerciantes então, não obstante as vedações legais, adquiriram grandes quantidades de grãos, acumulando estoques muito além do que lhes era permitido. As mesmas práticas foram repetidas no inverno de 387-386.

A acusação contra os comerciantes, preparada por Lísias, foi baseada no seguinte argumento: em maus tempos, os comerciantes compraram

da bruxaria. E vai além, sustentando que uma lei que assegurasse a plena liberdade de comércio seria tão eficaz para fazer cessar esse temor quanto as leis que puseram fim à perseguição por feitiçaria (cf. transcrição de ALBERTO ERRERA, verbete “Accaparramento” na Enciclopedia Giuridica Italiana, Vallardi, vol I, parte I, Milano, 1.884, pág. 137). Hoje, o que devemos ter em mente é que o sistema jurídico não retira do agente econômico o direito de comprar e revender com lucro. Isso seria mesmo ilógico, na medida em que inviabilizaria a atividade comercial e empresarial. O que se reprime – e sempre se reprimiu --- é que o agente econômico, valendo-se de poder de mercado, crie uma escassez artificial para, depois, impor um preço “demasiadamente elevado”.

³⁸ A Política, 4ª ed., São Paulo, Atena, tradução de Nestor Silveira Chaves, 1.955, pág. 34.

grãos e recusaram-se a vendê-los ao público, estocando mais do que lhes seria lícito, de forma que, para haver o produto, pagava-se o preço exigido, ainda que demasiadamente alto. Em tempos de paz, transformavam-se em pessoas que afligiam a população.

Indubitavelmente, Lísias relatou uma prática de açambarcamento, fazendo referências a textos normativos que visavam a coibi-lo³⁹.

21.- Em Roma, os crimes de caráter anonário foram definidos pela Lex Iulia de Annona, provavelmente do ano 18 a.C., que condenou todas as formas de açambarcamento⁴⁰ e de especulação visando a uma artificial elevação dos preços de víveres (em especial grãos), punindo os transgressores com pena pecuniária de 20 áureos⁴¹.

22- Muitos autores sustentam que SÃO TOMÁS DE AQUINO, ao expor a teoria do “justo preço”, condenava os açambarcadores. Se, por um lado, reputava perfeitamente lícita a venda de trigo em momentos de escassez, pelo preço “che la comune stima determina in quel momento”, não entendia correto que fosse permitido ao comerciante aproveitar-se do momento para recusar a venda ao preço determinado pela “communis aestimatio”⁴².

23- No Brasil, embora haja referências a iniciativas governamentais anteriores para inibir o açambarcamento, vale lembrar, inicialmente, o Decre-

³⁹ LAMBROS E. KOTSIRIS, “An antitrust case in ancient Greek law”, *The international lawyer* 22:451 (1.988).

⁴⁰ Vários autores traduzem a palavra latina “dardanarii” empregada no Digesto (47, 11, 6) por “açambarcadores” – “acaparradores” em espanhol e “accaparratori” ou “incettatori” em italiano. Vide, por exemplo, a tradução para o espanhol do Digesto (Cuerpo del Derecho Civil Romano de ILDEFONSO L. GARCÍA DEL CORRAL -- reimpressão espanhola da edição de 1.897. Editorial Lex Nova, Barcelona, 1.988, tom. III, pág. 709). Para a língua italiana, v. ALBERTO ERRERA (ob. cit., pág. 137).

⁴¹ Digesto 48, 12, 2 e 47, 11, 6. A referência é feita pela quase totalidade dos romanistas. A título exemplificativo, MARIO TALAMANCA, *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano, GiuffrÉ, 1.979, pág. 503. As Instituições de Justiniano também dão notícia da mesma Lex Julia de Annona (XVIII, 11). V., igualmente, HAROLD FOX, *Trade and patents*, University of Toronto Press, Toronto, 1.947, pág. 23.

⁴² Conforme explicação de SAPORI, *Studi di storia economica medievale*, Sansoni, Firenze, 1.940, pág. 204. O mesmo autor dá notícia de várias outras leis que condenavam o açambarcamento (cf. pág. 217). Recomenda-se, também, a consulta à excelente obra de FRANCESCHELLI, onde há várias referências sobre a condenação do açambarcamento e do “dardanariato” tanto na roma antiga quanto na Idade Média (*Trattato di diritto industriale*, Milano, I, 1.960, especialmente páginas 54 e seguintes e 70 e seguintes).

to-Lei nº 869, de 1.938, que capitulava como crime contra a economia popular, em seu art. 2º, inciso IV,

“(...) **açambarcar** matérias primas, meios de produção ou produtos necessários ao consumo do povo, com o fim de dominar o mercado em qualquer ponto do país e provocar a alta dos preços”⁴³.

A doutrina brasileira, ao expor o conceito de açambarcamento, sempre o liga ao fenômeno da **alta artificial de preços e exploração dos adquirentes pela posterior venda com lucros excessivos**. Nelson Hungria, com precisão, ensinava que “[n]inguém pode contestar a licitude da obtenção ou aquisição de mercadorias para lucrar sobre a diferença entre o preço de custo da produção ou da compra e o preço da venda ou revenda; mas se intervém uma especulação arditosa, no sentido de perturbação do mercado e artificial majoração dos preços, ou grangeio de lucros usurários, já o fato se apresenta como lesivo da vasta multidão dos consumidores, cujo interesse, sobrelevando ao dos gananciosos especuladores, deve ser preferentemente protegido pelo Estado”⁴⁴. Roberto Lyra, por sua vez, foi preciso ao definir açambarcamento: “a aquisição da totalidade ou da maior parte dos produtos, mercadorias ou meios de produção, que se acham em certo lugar, para suprimir a concorrência e fixar preços arbitrários que os consumidores são obrigados a aceitar”⁴⁵.

24.- Toda essa digressão histórica e análise da evolução brasileira foram necessárias para fixar os seguintes pontos, insitamente ligados à prática do açambarcamento e à sua definição:

o agente econômico adquire o bem de forma tal que provoque a alta artificial dos preços;

o **mesmo** agente econômico aproveita-se dessa alta artificial para vender a **mesma** mercadoria, auferindo lucro excessivo (hoje diríamos: praticando preços muito acima de seu custo marginal);

⁴³ O mesmo dispositivo foi reproduzido, tal e qual, no art. 3º, inciso IV, da Lei nº 1.521, que também dispunha sobre “crimes contra a economia popular”.

⁴⁴ Dos crimes contra a economia popular, Rio de Janeiro, Jacintho, 1.939, pág. 41.

⁴⁵ Ob. cit., pág. 103. E mais: “[o]s especuladores em geral violam a média de probidade e de piedade indispensável à comunhão social e, com sua imoralidade, exploram, gananciosamente, a situação dos consumidores forçados a comprar, por qualquer preço, as mercadorias e os gêneros indispensáveis à sua subsistência”.

as leis contra o açambarcamento pautam-se na proteção da população contra os atravessadores (dardanarii); entre nós, a repressão ao açambarcamento sempre foi identificada com a tutela da economia popular).

25. - No caso sub examinem jamais se cogitou de que a Representada estivesse adquirindo gás carbônico para posterior revenda com lucros abusivos. Aliás, esse repasse seria mesmo impossível, dada a dificuldade de armazenamento da matéria prima cogitada. Assim, é incoerente acusar a Representada de açambarcamento, considerando o conceito jurídico historicamente talhado, pois falta-lhe um seu elemento essencial: possibilidade ou efetiva revenda a preço excessivo derivado de uma escassez artificialmente provocada pelo agente acusado.

Daí porque, também aqui de modo evidente, o quarto quesito deve ser respondido negativamente: o conceito de açambarcamento adotado pela SDE **não** corresponde ao seu conceito jurídico.

Quinto quesito: os limites da controvérsia

26. - É fato que o despacho instaurador do Processo Administrativo delimitou seu objeto como sendo a investigação sobre o comportamento, da Representada, consistente em adquirir maiores quantidades de matéria prima do que necessitava, valendo-se de cláusulas de “exclusividade” contratadas com fornecedores.

O despacho da Secretaria de Direito Econômico foi claro ao determinar que o processo teria por escopo a “apuração de práticas passíveis de infringência aos **incisos V, VI e XVIII do art. 21** c/c incisos I, II e IV do art. 20 da Lei nº 8.884/94”.

Ou seja, foi instaurado para verificar se os fatos ocorridos poderiam subsumir-se às hipóteses normativas de (i) criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços, (ii) impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição ou (iii) vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo.

27. - A limitação da amplitude do processo administrativo é de suma importância para que a parte possa defender-se adequadamente, como lhe garante a Constituição do Brasil [art. 5º, LV]. É mesmo óbvio que não se pode sujeitar o acusado a modificações da acusação no curso do processo, sob pena de impedir-lhe a dedução de uma linha coerente de defesa.

O direito de defesa, na feliz síntese de CANUTO MENDES DE ALMEIDA⁴⁶, assenta-se na possibilidade que o litigante tem de se opor ao que contra ele se afirma. Por isso a imputação de qualquer acusação a quem quer que seja, mesmo no âmbito de processo administrativo, há de ser determinada e bem precisa.

Apenas na medida em que essa limitação seja rigorosamente observada poderá, o processo administrativo, realizar-se, na expressão de Jessé Torres Pereira Júnior⁴⁷, como “a última fronteira entre a discricionariedade --- atributo que ressaí da lei para uso legítimo da autoridade administrativa --- e a arbitrariedade --- agir contrário à lei, à margem dela ou por ela desautorizado”.

28. - Impõe-se, aqui, brevíssima exposição sobre certo aspecto do sistema da lei antitruste brasileira porque -- parece-nos -- esse ponto tem sido um tanto maltratado.

É bem verdade que as práticas descritas no art. 21 não configuram qualquer ato ilícito se não implicarem a concomitante incidência do art. 20. Por isso, sempre sustentamos que (i) o centro da Lei Antitruste é justamente o art. 20, onde estarão definidas as infrações contra a ordem econômica; (ii) é plenamente possível a caracterização do ilícito pela incidência do art. 20, sem que esteja previamente definido em algum inciso do art. 21 e (iii) inexistente a incidência autônoma de qualquer inciso do art. 21.

Mas essa necessária incidência conjunta do art. 20 e do art. 21 para a caracterização do ilícito não significa, em absoluto, que o processo administrativo possa, qual o inquieto vagalume de Machado de Assis, adejar pelos incisos do art. 21. Ora, o mínimo que se pode exigir para o respeito ao direito de defesa é que o agente saiba, ao menos, do que está sendo acusado (ou seja, qual ato ilícito cuja prática lhe está sendo imputada). Definida a acusação no despacho instaurador por intermédio da citação dos incisos do art. 21, não se pode, posteriormente, desconsiderá-la.

Insistimos nesse ponto, que é de alta relevância, destacando a dupla função do art. 21 da Lei nº 8.884, de 1.994: por um lado, fornece um rol de exemplos de práticas geralmente ilícitas, auxiliando o intérprete na árdua tarefa de verificar a incidência do art. 20 sobre o caso concreto; por outro, presta-se a definir o âmbito do processo administrativo se o

⁴⁶ Apud Edgard Silveira Bueno Filho, O direito à defesa na Constituição, Saraiva, São Paulo, 1.994, pág. 47.

⁴⁷ O direito à defesa na Constituição de 1988, Renovar, Rio de Janeiro, 1.991, pág. 63.

seu elenco é utilizado no despacho instaurador. Nesta hipótese, os incisos mencionados como base da acusação (i.e., as práticas investigadas) não poderão ser livremente alterados.

Essa sua única interpretação possível, face ao inciso LV do art. 5º da Constituição Federal.

29. - Portanto, se no despacho referido no art. 32 da Lei Antitruste imputa-se ao agente econômico a prática de “vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo”, é escancaradamente evidente --- no Estado de direito, no qual [e essencial que a Administração e seus agentes se curvem diante da Lei e da Constituição --- ao final do processo, condená-lo por “açambarcar matéria prima”. Presume-se que o agente econômico tenha canalizado suas energias no processo para defender-se da exata acusação que lhe foi feita e não do infinito leque de ilícitos capitulados no art. 21.

Condenação desse jaez, tamanha e tão gritantemente arbitrária, não resistiria por um segundo sequer quando dela tivesse conhecimento o Poder Judiciário.

De resto, também evidentemente não se pode admitir como justificativa para que se afronte e desacate o disposto no inciso LV do art. 5º e no art. 37, caput da Constituição do Brasil --- atropelando-se ainda o artigo 2º da Lei nº 9.784, de 1.999⁴⁸ --- a alegação da Procuradoria do CADE, no sentido de que o processo administrativo previsto na Lei Antitruste possui a natureza jurídica de mero “ato administrativo”. A Administração e seus agentes, repita-se, são tangidos pela Lei e pela Constituição, de modo que nenhum, absolutamente nenhum ato seu pode ser talhado ao arrepio do princípio da ampla defesa.

30. - Por tudo isso, é absolutamente defeso à Procuradoria do CADE alterar os limites da acusação, buscando condenar o agente econômico agora sob a acusação de ter praticado também o ilícito contido no inciso XV do art. 21, qual seja, “destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los”.

⁴⁸ “Art 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

IX – Conclusão

31.- Em face de todo o exposto damos as seguintes respostas aos quesitos propostos na consulta:

1.- Quais efeitos jurídicos decorrem da celebração do compromisso de desempenho e do compromisso de cessação referidos nos artigos 53 e 58 da Lei n. 8.884, de 1.994?

Vide itens III e IV, supra.

2.- No caso concreto, o compromisso celebrado entre o CADE e a White Martins caracteriza-se como compromisso de desempenho ou de cessação?

O Termo de Compromisso celebrado no âmbito do Ato de Concentração nº 78/96 é, indubitavelmente, um compromisso de desempenho, embora também um compromisso de cessação. Vide itens VI e VII, supra.

3.- Ainda no caso concreto, quais as conseqüências jurídicas produzidas pelo compromisso mencionado no quesito anterior em relação [i] às condutas anteriores da White Martins atinentes às matérias tratadas no compromisso e [ii] ao Processo Administrativo 08000.022579/97-05?

As condutas anteriores da White Martins, já cessadas, expressamente mencionadas e resolvidas no Termo de Compromisso, não podem ser penalizadas pelo CADE, no prazo estabelecido no mesmo Termo de Compromisso. Vide itens VI e VII, supra.

4.- O conceito de açambarcamento do ponto de vista jurídico é aquele esposado pela Secretaria de Direito Econômico no âmbito do Processo Administrativo 08000.022579/97-05, ou, então, qual seria ele?

Não; o conceito de açambarcamento do ponto de vista jurídico não é aquele esposado pela Secretaria de Direito Econômico no âmbito do Processo Administrativo 08000.022579/97-05. Vide números 19 a 25, supra.

5.- Considerando que o despacho instaurador do Processo Administrativo nº 08000.022579/97-05 diz ‘Há que se verificar, portanto, a efetividade dessa afirmativa e o seu efeito quanto a terceiros do excedente do CO2, assim como, os efeitos gerados no período em que, tal cláusula, remanesceu, tendo em vista as informações de sua vigência no período de 23/03/97 a 01/10/97’, poderia agora a Procuradoria ampliar o raio de discussão desse mesmo processo?

Não; seguramente a Procuradoria do CADE não pode ampliar o raio de discussão no Processo Administrativo nº 08000.022579/97-05.

É o que nos parece.

São Paulo, 31 de maio de 2.001.
Eros Roberto Grau , Paula A. Forgioni