

Ministério da Justiça**Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE****Processo Administrativo n.º 08000.022579/97-05****Representante:** Messer Grieshem do Brasil Ltda.**Representada:** S.A. White Martins**Conselheiro-Relator:** Celso Fernandes Campilongo**VOTO DE VISTA DO CONSELHEIRO RONALDO PORTO MACEDO¹**

Já foi devidamente esclarecido no presente julgamento que a matéria tratada no presente processo administrativo refere-se ao exame da existência ou não de limitação, falseamento ou prejuízo à livre concorrência, dominação de mercado relevante e abuso de posição dominante (art. 20, I, II e IV da Lei n.º 8.884/94), em razão das seguintes condutas imputadas à Representada: (i) criação de dificuldade à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente; (ii) impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo; (iii) açambarcar matéria-prima (art. 21, V, VI, e XV, da Lei n.º 8.884/94).

Entendo desnecessário retomar, neste voto, o histórico da conduta examinada nestes autos. A sua descrição minuciosa já foi feita especialmente nos votos do relator Celso Campilongo e do Conselheiro Afonso Arinos. Dividi o meu voto em quatro temas principais: I – A análise das preliminares argüidas; II – As objeções de mérito apresentadas; III – A aplicabilidade do princípio da proporcionalidade para a interpretação do artigo 23, I da Lei 8.884/94 e IV – A análise da dosimetria aplicável.

I - Das preliminares argüidas

A representada apresenta uma longa lista de preliminares: 1)- inconstitucionalidade por infração do princípio do juiz natural; 2)- a incompetência *ratione materiae* do CADE por se tratar de interesse meramente privado; 3)- a inépcia da inicial em face de inexistência de menção expressa à aplicabilidade do Código de Processo Penal; 4)- a nulidade e falta de motivação

¹ Para a elaboração deste voto contei com a preciosa colaboração dos estudantes e pesquisadores Rochelle Pastana Ribeiro, Ticiano Nogueira da Cruz Lima; Natasha Schmitt Caccia, Carlos Mauricio Sakata Mirandola, Maria Paula Costa Bertran, Henrique Motta Pinto, Melissa Terni Mestriner e Camila Duran Ferreira.

do despacho de instauração do PA; 5)- a violação do princípio da imutabilidade da inicial; 6)- a inicial seria também inepta por não apontar fato anticoncorrencial; 7)- haveria na inicial menção indevida a outros processos em andamento sem que neles houvesse trânsito em julgado.

Estas preliminares foram devidamente rebatidas no parecer da Procuradora Federal que atuou no feito, Dra. Áurea Regina Socio de Queiroz Ramim e também no voto do Conselheiro Relator. Reitero e torno parte integrante deste voto todos os argumentos que repeliram as preliminares elencadas. A estes, apenas acrescento o quanto segue.

Quanto à objeção feita pela Representada referente à mudança de acusação no decorrer do processo, cabem algumas considerações. Segundo a Requerida, o princípio do contraditório e o seu direito de defesa restaram prejudicados no voto do Conselheiro-Relator, na medida em que este teria se dedicado a tema estranho à imputação. O argumento não procede. Na falta de previsão expressa no Direito Administrativo, disciplinando a questão da correlação entre acusação e sentença, é preciso fazer analogias com o Processo Civil e com o Processo Penal.

Em realidade, no Processo Civil, não encontramos regra específica que discipline a correlação entre sentença e a narrativa dos fatos na petição inicial. Sabe-se que a causa petendi é constituída da narrativa dos fatos e pelos fundamentos jurídicos do pedido, que seriam uma proposta de enquadramento dos fatos narrados em determinada categoria jurídica. Tal proposta, como o próprio nome já diz, não vincula o juiz. Nesse sentido, dispõe o artigo 282, III do CPC: “Art 282. A petição inicial indicará: III- o fato e os fundamentos jurídicos do pedido”.

Deve-se diferenciar os fundamentos jurídicos dos fundamentos legais, de maneira que a exigência aqui é de mera indicação de categoria jurídica, e não de menção dos dispositivos legais. Trata-se do princípio conhecido como *Jura novit curia*. De tal sorte que o que delimita os limites do campo do exercício jurisdicional são os fatos e o pedido, e não a proposta de enquadramento normativo invocada pelo autor.

Trata-se da Teoria da Substanciação, de acordo com a qual o juiz é rigorosamente adstrito aos fatos trazidos na petição inicial, não lhe sendo lícito decidir com base em outros fatos que não estes, nem tampouco omitir-se quanto a algum deles. “Inexiste dissenso entre o julgado e o libelo quando considerados exatamente os fatos descritos na inicial, não importando que lhes tenha sido emprestada qualificação jurídica não mencionada expressamente na inicial.” (STJ). Tal entendimento é manifestação expressa do refrão narra mihi factum dabo tibi ius, conhecido de todos.

Vale lembrar ainda que ao disciplinar a contestação do réu, o legislador do Código de Processo Civil, deixou clara a influência da idéia de que o juiz conhece o direito, mas não conhece os fatos. O artigo 302 atribui ao réu o ônus de defender-se dos fatos alegados pelo autor, sob pena destes serem considerados verdadeiros (ônus da impugnação especificada), nada mencionando, contudo, sobre a falta de defesa quanto a qualificação jurídica desses fatos.

No que diz respeito ao Processo Penal, tendo em vista a importância dos bens jurídicos envolvidos, o assim chamado princípio da correlação entre a acusação e a sentença, ganha caráter de verdadeira garantia ao réu de que este não poderá ser condenado sem ter tido a oportunidade prévia de se defender.

Ainda assim, tudo o que foi dito até aqui em relação ao Processo Civil, é resultado de analogia com regra do Processo Penal, constante no artigo 383 do CPP, segundo a qual cabe ao juiz dar ao fato imputado a correta qualificação jurídica. No sistema de Processo Penal brasileiro, o pedido é sempre o de condenação pelo fato imputado (evento naturalístico), que é transportado para o processo na medida em que corresponde a um tipo penal. De sorte que não se exige que a acusação peça a fixação de determinada pena específica, proponha circunstâncias agravantes e nem pretenda certo regime inicial para o cumprimento das penas privativas de liberdade.

A adequação dos fatos a determinado tipo penal pelo Promotor de Justiça é meramente provisória, motivo pelo qual o réu se defende da imputação relativa a determinado fato descrito e não de sua capitulação jurídica. “O réu defende-se do fato que lhe é imputado na denúncia ou queixa, e não da qualificação jurídica feita pelo Ministério Público ou querelante.” (STF) “O réu se defende do crime descrito na denúncia, e não da capitulação nele constante” (STF)

A maioria dos doutrinadores segue esse entendimento, acreditando ser desnecessário que o julgador tome qualquer providência, ao se deparar com equívocos cometidos pelo acusador, devendo proceder a simples correção da qualificação, uma vez que o acusado defende-se dos fatos imputados e não de sua classificação jurídico penal.²

² Nesse sentido explica Fernando da Costa Tourinho Filho: “ Se a peça acusatória descrever o fato criminoso perfeitamente, mesmo tendo havido uma errada qualificação da infração, não será obstáculo a que se profira sentença condenatória. Afinal de contas, o réu não se defende da capitulação do fato, e sim deste. Quando o réu é citado, dá-se-lhe conhecimento do fato que se lhe imputa. É desse fato que ele se defende. Assim, uma errada classificação da infração não pode constituir obstáculo à prolação de eventual sentença condenatória. É que em todos esses casos, não há surpresa

Assim, é opinião majoritária na doutrina que a regra prevista no art. 384 do CPP só se aplica aos casos em que a nova qualificação jurídica dada aos fatos dependa, para sua configuração, de circunstância elementar não contida na denúncia. Tal possibilidade de correção é amparada mesmo quando procedida em segunda instância³.

Em face do exposto, há que se admitir que, podem ocorrer situações em que o erro na classificação do delito pode prejudicar a defesa. O artigo 383 do CPP, que é aplicado analogamente ao Processo Civil, deve ser aplicado em harmonia com o artigo 5º, inc. LV da Constituição Federal. Em tese, o contraditório não seria respeitado quando o réu fosse surpreendido e se visse prejudicado na sua defesa, pelo erro de capitulação da denúncia ou queixa.

Na verdade, a base de sua argumentação em favor da nulidade do processo administrativo fundada em suposta violação do princípio do contraditório, decorrente da mudança de acusação no curso do mesmo, reside em valorizar a importância da classificação da conduta. Afinal, por que se exige tal classificação na petição inicial? Certamente há uma finalidade.

Dentre as razões, pode-se destacar a determinação da competência e do rito procedimental adequado como razões para tal exigência, entre outras. Mas independentemente disso, não há como negar que a classificação jurídica, de fato, facilita a defesa, o que por outro lado, não faz com que ela seja essencial para seu exercício, podendo nessa medida sofrer modificações no curso do processo sem prejuízo à garantia constitucional do inc, LV do art. 5º.

Ainda nesse sentido, a retificação da acusação pela SDE visou justamente a corrigir a classificação jurídica da conduta imputada a White Martins, evitando sensíveis prejuízos ao processo (interesse público). Não houve acréscimo de fato novo, o que tornou possível o aditamento feito em consonância com o princípio da economia processual, tendo ainda sido resguardado o direito de defesa da empresa frente à nova acusação. Não há, portanto, que se falar em irregularidade do processo.

Por fim, a menção a outros processos, ainda que fosse indevida, jamais geraria a nulidade pretendida, visto que não importou em prejuízo para a Requerida.

para defesa. O fato do qual o réu vai se defender está perfeitamente descrito na peça acusatória.” (Processo Penal, v.4, p.198).

³ “A lei adjetiva penal não impede que a instância superior possa restabelecer o enquadramento jurídico do fato constante na denúncia, em decorrência de apelação do Ministério Público, ainda que importe agravação da pena para o réu. A proibição existiria se somente ele tivesse recorrido, na conformidade do que prescreve o artigo 617 do CPP, que não permite a *reformatio in pejus*.” (Revista dos Tribunais 585/401).

II - Objeções de Mérito da Requerida

A Requerida, no curso do Processo Administrativo, apresentou uma série de argumentos que foram posteriormente retomados em sede de memoriais, apresentados após o início do julgamento. Nos três memoriais apresentados após os votos dos conselheiros Celso Campilongo, Thompson Andrade e Afonso Arinos, a Requerida alegou, em síntese, que: 1)- “O Termo de Compromisso de Desempenho, ao contrário do que foi entendido, não produziu efeito de Termo de Compromisso de Cessação, mas, embora sob esse título unificado, é um instrumento que perfaz os dois”; 2)- Não teria sido demonstrada a racionalidade econômica da conduta e do contrato de fornecimento; 3)- Haveria plurisubjetividade no delito de açambarcamento por via contratual. Desta forma, tal delito somente se constituiria com ao menos dois agentes, visto tratar-se de prática colusiva; 4)- Não teriam sido respondidas perguntas pertinentes ao caso relacionadas a: a)- Qual empresa teria deixado de ingressar?; b)- As que o fizeram, em que prazo e período o fizeram?; c)- Como teria havido óbices à entrada da Representante se esta dispunha de fonte própria junto à controladora, Hoechst, que subseqüentemente ativou, após perder a licitação da fonte da Ultrafertil para a BOC? d)- Qual seria a responsabilidade do DPDE em protelar a imediata colocação no mercado do excedente da Ultrafertil, após a renúncia unilateral a este pela representada? 5)- Não teria sido respondida adequadamente a pergunta acerca do mercado relevante considerado. a)- Seria o de gás carbônico ou de subprodutos? b)- Por que não teria sido considerada a existência de “farta disponibilidade de matéria prima no mercado”? c)- Quem deteria posição monopolista, a representada ou a Ultrafertil, que impôs severas condições comerciais?; 6)- Os critérios econômicos utilizados pelo Conselheiro Thompson em seu voto seriam subjetivos, em face de inconsistências metodológicas. Ademais, os argumentos do conselheiro Arinos estariam fundados em suposições e não em provas materiais, ancoradas no princípio da verdade material. Desta forma, competiria à acusação provar a ausência de fontes alternativas. Ademais, os votos não teriam levado em consideração as fontes vizinhas da Ultrafertil, RPBC, da Petrobrás e outras refinarias como a REPLAN. Por fim, 7)- Enfatizou-se novamente os argumentos antes invocados no sentido de que a multa imposta violaria os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Ademais, teria levado em consideração, o faturamento bruto da empresa como um todo, e não somente o seu faturamento no mercado relevante, o que incluiria “(a) receitas de atividades estranhas à comercialização de gás carbônico, tais como as relativas a gases industriais e medicinais e (b) receitas consolidadas de operações realizadas no exte-

rior, mais precisamente no Mercosul”. A sanção imposta, uma vez que não teria ocorrido lesão ao mercado, violaria princípios constitucionais por ter natureza confiscatória. Passo a analisar as questões suscitadas:

1)- O Compromisso de Desempenho teria produzido os efeitos de um Compromisso de Cessação

A leitura do parecer encartado nos autos, elaborado pelos juristas Eros Roberto Grau e Paula A. Forgioni, poderia conduzir a uma tentação que deve ser afastada, qual seja, a consideração do Termo de Compromisso de Desempenho como um equivalente funcional do Termo de Compromisso de Cessação de Prática. Os motivos para esta conclusão são vários.

Primeiramente, deve-se analisar as diferenças dos Termos de Compromisso e de Cessação de Prática, quanto aos seus: objetos, finalidades e efeitos. Assim procedendo, se verá que tais institutos não se confundem.

O objeto do Termo de Compromisso de Desempenho é a imposição, por parte do CADE, de certas condições indispensáveis à aprovação do Ato de Concentração que lhe for submetido. Estas restrições visam mitigar os riscos potenciais à concorrência relacionada à operação. Tais condições são, assim, conforme voto do eminente Conselheiro Relator Celso Campilongo, “cláusulas que fixam as metas qualitativas e quantitativas (Lei 8.884/94; art.58, § 2º), de natureza prioritariamente estrutural”.

A finalidade desse instituto é fazer com que as estruturas de mercado venham a se adequar, de forma que a concentração em questão não cause danos à concorrência. Trata-se, assim, de “ajustar as estruturas de mercado (em primeiro plano) e as condutas (em segundo plano) das empresas requerentes, visando a manutenção das condições de livre concorrência no mercado, após a aprovação pelo controle prévio”, conforme bem salientado pelo ilustre Conselheiro Relator. Como efeitos, tem-se que, se respeitado, o Termo de Compromisso de Desempenho atinge, em regra, seus objetivos. Se descumprido injustificadamente ou não atingidos seus objetivos, cabe a determinação que consta no art.58, § 3º da Lei Antitruste, qual seja, a revogação da aprovação do CADE, conforme previsto no art. 55, além da abertura de processo administrativo para a adoção de medidas cabíveis.

O Compromisso de Cessação de Prática tem objeto, finalidade e efeitos diversos. Seu objeto consiste em um benefício que é dado ao representado em um processo administrativo, nos casos em que o transcorrer natural do processo poderia significar um risco de prejuízo à concorrência. Assim, dispõe a autoridade antitruste de discricionariedade (delineada sempre pelos

parâmetros legais e constitucionais) para firmar ou não o compromisso de cessação. A sua finalidade é justamente evitar danos potenciais ao mercado. É um benefício pelo fato de que o representado, ao assinar o compromisso de cessação, não admite que sua conduta é anticompetitiva e ilícita. É o que se depreende do art.53, caput, in fine, que estabelece que o compromisso de cessação de prática investigada “não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada”.

Quanto aos efeitos do compromisso de cessação de prática, pode-se apontar a obrigação gerada de que cesse a prática investigada por parte do representado (art.53, § 1º, alínea “a”); multa diária a ser imposta se houver descumprimento, nos termos do art.25 (art.53, §1º, alínea “b”); obrigações de informação da autoridade sobre mudanças estruturais da empresa representada e necessidade de apresentação de relatórios periódicos sobre a atuação da mesma no mercado (art.53, §1º, alínea “c”); suspensão do processo durante o cumprimento do compromisso de cessação e arquivamento do mesmo em se encerrando o prazo fixado, quando atendidas todas as condições estabelecidas (art.53, § 2º); possibilidade de alteração das condições do termo de compromisso por parte do CADE, se se comprovar que o mesmo se tornou oneroso demais para o representado, excluída tal possibilidade, se a mesma implicar em prejuízos para terceiros ou para a coletividade, e se a nova situação se configurar em infração da ordem econômica (art.53, § 3º); havendo descumprimento ou colocação de obstáculos à fiscalização do compromisso de cessação, o mesmo constituirá título executivo extrajudicial, devendo ajuizar-se imediatamente a sua execução, conforme previsão dos arts. 60 e seguintes (art.53, § 4º).

Como se vê, a comparação direta entre Termo de Compromisso de Desempenho e Termo de Compromisso de Cessação é equivocada, dado à impossibilidade de confusão de aspectos tão diversos. Não se diferem apenas no que tange aos seus efeitos, mas também possuem objetos e finalidades distintas, heterogêneas.

No presente caso, a pergunta que é essencial ao exame da possibilidade de confusão entre os institutos tratados, se de fato teria o Compromisso de Desempenho o caráter de Compromisso de Cessação neste caso específico, é a seguinte: a prática de que a representada era investigada nesse processo administrativo cessou por causa do Termo de Compromisso de Desempenho assinado quando do encerramento do AC 78/96? Foi o Termo de Compromisso de Desempenho o motivo que levou ao fim da conduta objeto deste processo administrativo?

A resposta a tais perguntas, contudo, é negativa. Devemos ter em mente que a White Martins não era investigada quanto à possibilidade de infração à ordem econômica quando assinou o Compromisso de Desempenho.

Em outras palavras, tal possibilidade não era objeto de análise do AC 78/96. Cuidava ele de outros aspectos, principalmente estruturais e mercadológicos, e não de conduta anticoncorrencial. Dessa forma, impossível seria que o problema relativo ao açambarcamento de matéria-prima de CO₂ ou criação de barreiras à entrada ou criação de dificuldade de acesso à insumos estivesse resolvido.

Não se pode dizer, assim, que o Termo de Compromisso de Desempenho, celebrado em 08.12.99, determinou a cessação das práticas anticoncorrenciais investigadas (fazendo-a desistir da cláusula de exclusividade de excedente no contrato que mantinha com a Ultrafértil), isto porque o contrato da White Martins com a Ultrafértil foi alterado “na melhor das hipóteses” (como frisou em seu voto o ilustre Conselheiro Celso Campilongo) em 01.10.97, retirando da agora representada, a exclusividade na compra do excedente da matéria-prima de CO₂. Percebe-se, assim, que a cessação da prática de que era acusada ocorreu antes do compromisso de desempenho firmado somente em 1999. Logo, não se pode afirmar ter sido esta a causa de tal cessação. O lapso de tempo ocorrido torna ininteligível qualquer argumentação nesse sentido.

Dessa forma, à determinação constante do item 2.3 do Compromisso de Desempenho em questão, não se pode dar o mérito de ter encerrado a prática a qual o Processo Administrativo nº 08000.022579/97-05 agora cuida. Ela foi tão-somente uma imposição por parte do CADE à White Martins, para que o Ato de Concentração 78/96 pudesse ser aprovado. Assim, se tal determinação, insculpida no Compromisso de Desempenho, for descumprida injustificadamente, gerará a sanção prevista no art.58, § 3º, qual seja, a revogação da aprovação do Ato de Concentração 78/96, e também a abertura de um novo processo administrativo, que terá como objeto o descumprimento do Compromisso de Desempenho ocorrido.

Não se pode afirmar, assim, que o Compromisso de Desempenho firmado no âmbito do Ato de Concentração 78/96 solucionou o problema que agora é objeto deste Processo Administrativo. Se assim fosse dito, haveria uma prática que não seria corretamente investigada, o que seria inadmissível, mediante o caráter indisponível dos bens que são tutelados pela Lei 8.884/94, e que incumbe ao Plenário do CADE zelar (art. 7º, inciso I).

Concluindo, o objeto deste processo administrativo (cláusula de exclusividade sobre o excedente de matéria-prima do CO₂, presente no contrato firmado entre a White Martins e a Ultrafértil, relativo à planta de Cubatão, incluída em 01.07.96 e retirada em 01.10.97) não foi abarcado pelo Compromisso de Desempenho em questão.

Ressalte-se, ademais, que a conduta que é objeto deste processo administrativo cessou em 01.10.97, um mês depois da representação da Messer Grieshem, feita em 02.09.97, quando, na verdade, deveria ter cessado logo após a reunião ocorrida na SEAE/MF, em que verbalmente a representada renunciou aos excedentes da Ultrafertil, ocorrida em 23.03.97 (portanto sete meses antes), ponto esse que foi bem lembrado pelo ilustre Conselheiro Relator.

Em memorial entregue após o voto do Conselheiro Relator, argumentam os procuradores da White Martins que houve equívoco cognitivo do Conselheiro Relator quanto ao parecer apresentado, que teria se limitado a comparar os institutos do Compromisso de Desempenho e do Compromisso de Cessação quanto aos efeitos, quando na verdade, no caso em que se analisa, o Termo de Compromisso de Desempenho seria “um instrumento que perfaz os dois”. Cita para tal comparação, o exemplo de contratos múltiplos em um instrumento único, como a locação com cláusulas de fiança e arbitragem, em que coexistiriam os três institutos num único documento. Também argumenta ser, no caso presente, impossível a dissociação de um Termo do outro, “vez que o comando do Termo de Compromisso de Cessação é imanente aos princípios gerais do Compromisso de Desempenho, este sim, fruto de – no caso, ausente – análise econômica racional com efeitos ex tunc sobre a conduta”. Por fim, alega mais uma vez na determinação de que no “Termo conjunto” foi prevista a pena constante do art.25 da Lei Antitruste, que seria aplicável apenas aos Compromissos de Cessação e não aos de Desempenho.

Quanto à primeira questão levantada, penso que já foram analisados aqui e no voto do Conselheiro Relator as diferenças dos institutos tanto em relação aos efeitos quanto aos seus objetos e às suas finalidades, que demonstram a impossibilidade de se os assimilar.

Na hipótese citada acerca dos contratos múltiplos, deve-se ter claro que o princípio da autonomia da vontade, que rege o direito privado, confere maior liberdade (que, contudo, também hoje está longe de ser plena) para o estabelecimento de cláusulas que se entendam necessárias, de forma que o instrumento jurídico contratual possa se adequar ao caso concreto. O regime jurídico privado é estruturado de forma a permitir tal flexibilidade e liberdade. O direito concorrencial visa resguardar interesses da coletividade, e, portanto, indisponíveis pela autoridade antitruste, que não pode considerar institutos diferenciados como se fossem iguais. Tal equiparação lhe é vedada, vez que se assim agisse, estaria a ofender o princípio da indisponibilidade do interesse público.

Cabe aqui fazer uma breve distinção entre ‘transação’ e ‘compromisso’. O instituto da ‘transação’ é instituto próprio do Direito Privado, que é regido pelo princípio da autonomia da vontade das partes. Portanto, em sua

forma consagrada e de maneira geral, versa sobre direitos disponíveis e, por isso, apresenta a possibilidade de as partes (no caso, entes privados), por qualquer forma e procedimento adotados, decidirem arbitrariamente pela desconsideração de certos direitos.

Já o ‘compromisso’, assim como os Termos de Ajustamento de Conduta e o Acordo de Preservação de Reversibilidade de Operação, são instrumentos próprios do Direito Público que são regidos pela supremacia do interesse público sobre a vontade dos particulares. Eles constituem atos administrativos celebrados por agente do poder público, havendo, por conta disso, vinculação legal da atuação da administração a seus deveres funcionais. Desta forma, a ação do poder público é discricionária: pode agir livremente dentro do quadro legal preexistente. Ademais, cumpre ressaltar que, quando o poder público age, necessariamente responde aos interesses da coletividade e não a interesses próprios⁴.

Equivocam-se, pois, os I. pareceristas ao se remeterem ao instituto da ‘transação’, afirmando que “o que determina o caráter jurídico do ato é o seu objeto, não o local de sua formalização”⁵. Quando a parte envolvida é o poder público, a forma e os procedimentos adotados são essenciais para a celebração do ato administrativo. Tomando a conhecida “bipolaridade do Direito Administrativo”, tem-se a liberdade do indivíduo e a autoridade da Administração como elementos estruturais/organizacionais da orientação pública, dos quais decorrem dois princípios fundamentais de ordenamento jurídico pátrio e informadores de todo o Direito Público: princípio da legalidade e princípio da supremacia do interesse público pelo particular.

O princípio da legalidade estabelece os limites da atuação administrativa. Enquanto se diz que ao Direito Privado aplica-se o princípio da autonomia da vontade das partes, o qual permite fazer tudo o que a lei não proíbe

⁴ Para a tutela dos interesses difusos e coletivos, o ‘compromisso’ é instrumento a ser utilizado pela Administração com o intuito de atingir os objetivos estabelecidos pela Constituição e as exigências legais, gerando a maior eficiência no alcance da finalidade e, ao mesmo tempo, o menor ônus possível para o particular/administrado/mercado. É observado, por exemplo, para a tutela de direitos ambientais (art. 15 do decreto 92323/96) e do consumidor (art. 113 do CDC), o ‘Termo de Ajustamento de Conduta’. Os termos de compromisso guardam semelhanças, motivo pelo qual se faz necessária breve citação de suas características similares, quais sejam: são ato da administração pública; podem ser revistos tendo em vista a manutenção dos interesses da coletividade; têm como objeto prática não permitida ou proibida pelo Direito, a qual somente poderá ser objeto de termo por expressa previsão legal; versam sobre a indisponibilidade do interesse público, etc...

⁵ Parecer, p. 25.

(arts. 5º, II; e 37, CF/88); no caso em que há atuação do Poder Público, a vontade da Administração Pública é aquela decorrente de lei.⁶

A Administração Pública fica vinculada à lei, na medida em que pode decidir discricionariamente como atuar observando os limites estipulados pela norma jurídica. Destarte, qualquer interpretação extensiva (ou ampliadora) atribuída à lei conformadora da atuação estatal implicaria em atuação contra legem. Relacionado ao princípio da supremacia do interesse público (ou da finalidade pública) está o princípio da indisponibilidade do interesse público.⁷

Este preceito é essencial para o entendimento da função que o CADE exerce. Como órgão que compõe a administração, a sua função está adstri-

⁶ É princípio essencial à garantia dos direitos individuais, uma vez que - conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro - “a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade” E continua Di Pietro: “em decorrência disso, não pode a Administração Pública, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, depende a Administração de lei” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo, Atlas, 2000, p. 67.

⁷ Sobre este afirma Celso Antônio Bandeira de Mello "(...) significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade - internos ao setor público - não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que o representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los - o que é também um dever na estrita conformidade do que dispuser a intentio legis.

(...) “As pessoas exclusivamente administrativas, autarquias, precisamente em razão do fato de assim se qualificarem, são entidades servientes. Isto significa que, por serem pessoas, podem – ao contrário da Administração – titularizar interesses públicos, embora, apenas, na condição de servas de uma vontade anterior, jungidas ao cumprimento exato dos fins que aquela vontade, por lei, lhes assinalou. Sendo pessoas administrativas, sua província é a da relação de administração, e, por isso mesmo, estão adstritas ao cumprimento de uma finalidade. Ainda aí, é o dever, a finalidade, e não a vontade, que comanda a sua ação. Não dispõe a seu talante sobre os interesses públicos; não os comandam com a sua vontade; apenas cumprem, ainda quando o fazem discricionariamente, em muitos casos, a vontade da lei. Esta, em toda e qualquer hipótese, lhes serve de norte, de parâmetro e de legitimação. As pessoas administrativas não têm, portanto, disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização. Esta disponibilidade está permanentemente retida nas mãos do Estado (e de outras pessoas políticas, cada qual na própria esfera) em sua manifestação legislativa. Por isso a Administração e suas pessoas auxiliares têm caráter meramente instrumental.” Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 1995, p.31-3.

ta ao cumprimento de uma finalidade: zelar pela observância da Lei que o instituiu, cujos preceitos estão inscritos no caput de seu art. 1º, dever este que está expresso no art.7º, inciso I.

Por fim, no que tange à utilização do art. 25 no Termo de Compromisso firmado, é de notar que tal uso não tem o poder de transformar um instituto em outro. A discutida cláusula 2.3 do Compromisso de Desempenho pode ser considerada, nos termos do art. 58 § 2º da Lei 8884/94, como “metas qualitativas ou quantitativas” a serem cumpridas. Ademais, ao estabelecer a incidência do art. 25 da Lei 8884/94 para o descumprimento do disposto na cláusula 2.3 (cláusula 6.2), utilizou-se o CADE de recurso de retórica, pois deixa expresso na mesma cláusula a necessária observância do devido processo legal e do princípio da ampla defesa, o que se dá em sede de processo administrativo, meio próprio previsto em lei para tanto. Tal recurso, conforme dito, não poderia desnaturar a essência do instituto utilizado.

Em conclusão, a afirmação feita pelos ilustres pareceristas não tem o condão de transformar o Compromisso de Desempenho em Compromisso de Cessação, ainda que somente no caso presente. Tal seria, como dito, uma afronta ao princípio da indisponibilidade do interesse público pela Administração. Deste modo a única conclusão possível, acompanhando as palavras e argumentos do ilustre conselheiro relator é no sentido de que “é inadmissível a confusão entre Desempenho e Cessação”

2)- não teria sido demonstrada a racionalidade econômica da conduta e do contrato de fornecimento

A representada alega que não teria sido demonstrada a racionalidade econômica da conduta e do contrato de fornecimento e que tal matéria seria estranha à acusação, motivo pelo qual sobre ela não teria sido exercido o direito da ampla defesa em violação ao princípio do devido processo legal.

Em primeiro lugar, é preciso notar que a afirmação não é correta, uma vez que a análise da racionalidade econômica do contrato constitui-se em pressuposto da análise da conduta anticoncorrencial praticada. Trata-se, em verdade da aplicação do bastante conhecido princípio da regra da razão.

É desnecessário dizer que para a análise das condutas deve-se procurar analisar se a mesma obedece ou não a uma racionalidade que a possa justificar. O princípio da regra da razão é admitido pela lei 8.884/94 e tornado expresso na resolução CADE n.º. 20. Não é por outro motivo que a própria Requerida fez da afirmação da racionalidade econômica do contrato um de

seus principais argumentos, inclusive mediante a apresentação de parecer técnico sobre o assunto.

Os argumentos que recusam a tese da racionalidade econômica das cláusulas de exclusividade poderiam ser resumidos em três principais pontos.

Em primeiro lugar, poderíamos dizer que a cláusula é estabelecida por um tempo exagerado, em relação ao ciclo de maturação do investimento. Isto porque ela advém de uma prorrogação de prazo de fornecimento – ela é acessória do contrato modificado, que prevê 10 anos para além do prazo inicial já estipulado.

Poder-se-ia justificar esta precaução em vista de eventuais planos de expansão da produção de CO₂ comercializável; todavia, nenhuma evidência neste sentido foi apresentada. E, do mesmo modo, verifica-se que a garantia de fornecimento de um mínimo de 470 t.p.d. (200 para a planta White Martins, 270 para a planta Liquid Carbonic) constante do contrato original implicava já num excedente de matéria- prima.

Isso contraria duas das justificativas: a da obtenção de informações relativas às condições de fornecimento – no caso, trata-se de uma renovação à qual foi adicionada uma cláusula de exclusividade – e à de que seria uma proteção quanto ao risco de se investir em ativos de baixa liquidez e alto custo.

Em segundo lugar, mais de 10 anos de exclusividade implicam em tempo incompatível com a natureza do ciclo do negócio: de acordo com informações prestadas pela própria empresa White Martins, antes da aquisição internacional da Liquid Carbonic pela Praxair, esta estava em processo de instalação de uma filial no país. Para isso, precisou de aproximadamente um ano para começar a produzir: assinou o contrato original com a Ultrafertil em 25.11.94, em março de 1995 já havia começado a construção de sua planta e em janeiro de 1996 iniciou a produção na unidade Cubatão.

Embora não haja dados precisos sobre o tempo de amortização do investimento, é razoável supor que ele não deva ser superior a dez anos. Ademais, a extensão de prazo que determina o período de validade da cláusula de exclusividade foi assinada no momento em que a empresa já era monopolista no mercado brasileiro, o que implica num tempo no mínimo inferior à média do mercado para maturação do negócio.

Em terceiro lugar, a cláusula versa sobre uma quantidade indefinida de insumo, denotando nítido intento de evitar que aquele fornecedor específico – a Ultrafertil – tivesse outros compradores que não a White Martins. O intento de assegurar que a produção não fosse interrompida e que o fornecedor não detivesse poder de barganha demasiado em relação à empresa fora alcançado através da garantia de fornecimento de um volume mínimo já elevado de gás-insumo por 10 anos. Não havia a necessidade, assim, da exclusi-

vidade do excedente disponível, já que a produção de CO₂ para consumo não aumentaria de nenhum modo, posto que a planta sempre operou com grande capacidade ociosa. Vejamos na tabela:

Tabela de Disponibilidade, utilização e sub-aproveitamento de matéria-prima.							
Ano Contratual	Unidade e Produtora	Capacidade média passível de utilização comercial em tpd	Adquirente	Volume Contratual Disponível Em tpd	Média Anual de consumo da WM e LCI em tpd	Vol. Médio não consumido em tpd	% não consumido
01/07/97 a 30/06/98	Complexo Cubatão	640	White Martins	370 até 10/12/97	59,7	310.3	83
				200 após 10/12/97	63,5	158.7	79
			Liquid Carbonic	270	106.3	163.7	61

Por fim, saliento que sobre o tema e já se manifestaram expressamente os votos anteriores, sendo desnecessário repetir os argumentos que acolho integralmente⁸.

3)- haveria a plurisubjetividade no delito de açambarcamento por via contratual

Alegou a requerida que o delito de açambarcamento somente se constituiria com ao menos dois agentes, visto tratar-se de prática colusiva.

⁸ No voto do Conselheiro Afonso Arinos as questões foram assim sumarizadas, em três indagações: a) Se não podia processar mais do que 200 ton/dia, para que a White Martins ampliou a capacidade disponível de subproduto pelo aditamento? b) Houve precedência temporal entre a oferta da Messer à Ultrafertil e assinatura do aditamento com a White Martins que permita interpretar esta última como uma resposta estratégica à ameaça de entrada? c) Se a White Martins pretendia utilizar o fornecimento de matéria-prima adicionado pelo aditamento, por quê então renunciou ao seu direito muito antes de ser obrigada? Todas elas analisadas de maneira consistente da fls. 13 e ss. de seu voto de vista, que aqui expressamente acompanho.

Com relação à natureza plurisubjetiva da conduta alguns esclarecimento merecem ser feitos.

Em primeiro lugar, é necessário notar que não há nos autos evidências de que a Ultrafértil tenha realizado a mesma conduta imputada à White Martins. Inexiste evidências de que a mesma pudesse, a partir do uso da regra da razão, beneficiar-se das condutas de açambarcamento e restrição à entrada de novos competidores.

Conforme visto, esta conduta demanda a existência da demonstração da racionalidade econômica visada pela conduta. A princípio não haveria racionalidade econômica por parte da Ultrafértil em impedir a entrada de novos players no mercado de CO₂, antes o contrário, em tese, tal fato seria do seu maior interesse. Isto, contudo, não impede que se no futuro, vierem a surgir evidências de que houve colusão e conduta concertada por parte da Ultrafértil, visando impedir a entrada de novos concorrentes no mercado relevante em questão, que contra ela não possa ser feita nova acusação, através de um novo Processo Administrativo, garantido o direito a ampla defesa, no qual se venha a concluir pela condenação.

Saliente-se que tal situação é bastante comum na própria Justiça Criminal, quando em face de novas provas, é feito seja um aditamento à denúncia ou mesmo nova denúncia, em novos autos (muitas vezes após a condenação de alguns dos réus) para incriminar co-autores desconhecidos no momento em que se iniciou a ação penal.

Do conceito de açambarcamento

Dois são os incisos do artigo 21 da Lei 8.884/94 que citam a ação de açambarcar sem, contudo, defini-la:

Art. 21 (...)

XV – destruir, inutilizar ou açambarcar, sem justificada necessidade, 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.

XVI – açambarcar ou impedir a livre exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

Existe alguma controvérsia sobre o efetivo significado do conceito de açambarcamento. Numa acepção mais ampla que podemos encontrar, por

exemplo no Dicionário Aurélio⁹, açambarcar significa 1. Chamar (algo) exclusivamente a si, privando os outros da respectiva vantagem; monopolizar: 2. Assenhorear-se de, apropriar-se. Neste sentido mais amplo, portanto, não existe restrição ou delimitação clara sobre as finalidades da conduta. Sempre que alguém chamar algo exclusivamente para si estará realizando a conduta de açambarcar. É possível, entretanto, definir o conceito de maneira mais restrita. No verbete Acaparamiento da Nova Enciclopedia Jurídica¹⁰, encontramos a seguinte definição: Açambarcamento é uma forma de manipulação ou ajuste de preços (*price fixing*, na terminologia americana¹¹), pela qual se tenta influir no processo formativo dos mesmos através de interferências na quantidade disponível de mercadoria no mercado. Acumula-se mercadorias de qualquer espécie, em quantidade superior àquela necessária para consumo próprio ou para o giro do negócio, com o ânimo de lucrar com o aumento do preço do produto ou mercadoria amealhados através de revenda controlada e escalonada dos mesmos. É considerado, inclusive, espécie de enriquecimento ilícito por parte do comprador, que vê aumentado o valor de seus produtos dada a escassez reinante dos mesmos sem causa a que se possa atribuir. Nas palavras de Fábio Nusdeo, o açambarcamento talvez constitua uma das formas mais primitivas do que se conceitua hoje como abuso de poder econômico¹².

Como pode ser perpetuado por um só infrator ou por uma coletividade deles, a doutrina¹³ costuma diferenciar o acordo a que se dá, comumente, nome de cartel de compras ou cartel de vendas do açambarcamento, praticado por mais de um player. Ambos suporiam um acordo com a fixação de preços e outras condições, tanto para a compra quanto para a venda do produto. Porém, o cartel teria escopo mais amplo e almejaria a uma duração mais prolongada no tempo. Em detalhe: cartéis de compras visam a concentrar os pedidos aos fornecedores de diversas empresas que se utilizam da mesma matéria-prima, para obter um fornecimento regular e a preços baixos; nos cartéis de venda, o

⁹ Versão eletrônica.

¹⁰ coordenação de Carlos E. Mascareñas, Tomo II, Barcelona: F. Seix Editor, 1950

¹¹ Aqui se traduziu *price fixing* como ajuste ou manipulação de preço. Por duas razões: (a) em inglês, *fixing* tem o sentido não só de fixação, mas também de ajuste; (b) a fixação de preço que a doutrina brasileira adota é compatível não com o que os americanos chamam de *price fixing*, mas com o que se convencionou a denominar *resales price maintenance*, e com o *price cartels* – duas espécies do gênero *price fixing*. Vide infra, notas 51 e 55.

¹² Fábio Nusdeo. Açambarcamento. Verbetes da Enciclopédia Saraiva do Direito, coordenação de Rubens Limongi França, Vol. 2, São Paulo: Saraiva, 1977.

¹³ Fábio Nusdeo Açambarcamento (...), p. 160; Acaparamiento, Nova Enciclopedia Jurídica, (...), pp 142-143.

que se quer é conseguir preços mais altos. Já o açambarcamento em sentido restrito seria plurifásico, comportando um planejamento detalhado e uma coordenação de natureza diferenciada da do cartel. São suas etapas: (a) a compra; (b) a retenção; (c) venda escalonada¹⁴.

Açambarcamento é, portanto, num sentido doutrinário restrito, prática restritiva de comércio, na modalidade horizontal, que independe de poder de mercado – basta que o agente ou o conjunto deles tenha capitalização o suficiente para levá-la a cabo. Exige um ou mais sujeitos, não necessitando obrigatoriamente ser colusiva. Comporta a intenção de dominar momentaneamente o mercado, mas não exige o ânimo monopolizador, no sentido de modificar estruturalmente o mercado, visto que a criação de condições monopolísticas tem a característica de ser temporária.

Conforme explicado, o conceito restrito de açambarcamento implicaria na intenção de revenda. Significa uma forma de manipulação de preços caracterizada pelo domínio da oferta por meio de aquisição de grandes quantidades de mercadoria qualquer – seja ela insumo ou produto final –, retenção e revenda escalonada, que faz o açambarcador obter lucros ilícitos com o aumento artificial de preços da mercadoria acumulada. Também faz parte do tipo um elemento circunstancial, que permite a prática. O lucro está relacionado, portanto, com a revenda da mercadoria – e não com sua transformação, inutilização ou destruição. A sua realização só se dá no momento em que a “desova” do produto amealhado acontece em cotações superiores às que originalmente se o adquiriu. Daí que a mera acumulação não ensejaria, segundo tal definição restrita, a configuração da conduta de açambarcar.

No caso analisado, existe uma provisão contratual que proíbe a White Martins de revender o subproduto a terceiros por preços mais vantajosos aos pagos por ela à Ultrafértil. Deste modo, acolhida a definição mais restrita, a conduta de açambarcamento estaria, a princípio, descartada.

É de se notar, contudo, que o texto da lei não traz uma definição restritiva sobre o significado de açambarcar. Em tal situação, é razoável admitir que o intérprete deva dar-lhe o significado mais amplo. Ademais, observo que mesmo que assim não se entenda, adotando-se o conceito mais restrito (como quer a Representada), é fato que a mesma conduta praticada pela empresa White Martins estaria tipificada no inciso IV do artigo 20 que define a hipótese de abuso de posição dominante. Isto porquanto persiste a infração de limitação, falseamento e prejuízo à livre-concorrência e à livre iniciativa com base

¹⁴ Fábio Nusdeo, Açambarcamento. (...), p. 160.

na subsistência da exclusividade não razoável. Assim, permaneceriam as incidências normativas previstas nos incisos V e VI do artigo 21 da lei 8.884/94.

4)- não teriam sido respondidas perguntas pertinentes ao caso

A White Martins, através de seus procuradores alega que não teriam sido respondidas as seguintes perguntas pertinentes ao caso: a)- qual empresa teria deixado de ingressar?; b)- as que o fizeram, em que prazo e período o fizeram?; c)- como teria havido óbices à entrada da Representante se esta dispunha de fonte própria junto à controladora, Hoechst, que subsequente ativou, após perder a licitação da fonte da Ultrafertil para a BOC? d)- Qual seria a responsabilidade do DPDE em protelar a imediata colocação no mercado do excedente da Ultrafertil no mercado, após a renúncia unilateral a este pela representada?

As alegações comprovadas demonstraram que a representada foi bem sucedida em seu intento de retardar o ingresso de competidoras no mercado. Assim, a entrada posterior de novos competidores não infirma a alegação contida no processo administrativo instaurado pela SDE e confirmado nos votos anteriores. É certo que o ingresso de novos competidores somente ocorreu em data posterior àquela fixada na condenação pela conduta. Assim, qualquer que seja a resposta dada a tal questão, ela não elide a alegação de que foram criadas barreiras artificiais à entrada, com abuso de posição dominante, que provocaram o retardamento na entrada de novos competidores, com prejuízo para a concorrência e para os consumidores.

A eventual co-responsabilidade da SDE no retardamento alegado é fato que foge do escopo desta análise da conduta da White Martins e não tem efeito sobre a responsabilidade desta. Por tal motivo, entendo que o argumento não altera as conclusões nestes autos.

Há um aspecto importante relativo à alegação de que havia outras fontes disponíveis. Esta pergunta se reporta à própria definição de mercado relevante e será analisada a seguir.

5)- A definição do mercado relevante

Alega a Requerida que não teriam sido respondidas adequadamente as seguintes perguntas sobre a definição do mercado relevante considerado. a)- seria o de gás carbônico ou de subprodutos? b)- Por que não teria sido considerada a existência de “farta disponibilidade de matéria prima no merca-

do? c)- quem deteria posição monopolista, a representada ou a Ultrafértil, que impôs severas condições comerciais?

Entendo que também esta objeção foi devidamente respondida na reformulação do conceito de mercado relevante operada no voto do Conselheiro Afonso Arinos. Mais uma vez acolho in totum seus argumentos que foram assim sintetizados:

“Há, portanto, dois mercados relevantes de produto verticalmente relacionados envolvidos pelas condutas apontadas no presente processo administrativo: 1) o mercado de CO₂ gerado com subproduto dos processos de fabricação de amônia, hidrogênio e gás sintético, não comprometido por contrato de fornecimento e portanto livre para negociação. 2) os mercados, não raro integrados verticalmente na mesma firma, de fabricação e distribuição de dióxido de carbono comercial. Quanto aos mercados relevantes geográficos referentes aos mercados de produto final e de matéria-prima, para ambos trata-se da área dos Estados da Região Sudeste, somada à área do Estado do Paraná.”

No que tange à alegada “farta disponibilidade de matéria prima”, cumpre ressaltar que novamente o tema foi objeto de análise em votos anteriores. Mais vez, conforme foi apontado em voto do conselheiro Afonso Arinos:

“Conclui-se, assim, da descrição das próprias requerentes que, dentre as fontes disponíveis de produção do CO₂ comercial, não se incluem dentre aquelas que são economicamente atraentes a combustão de matéria orgânica em planta própria, processos de fermentação de cerveja, gás de combustão de forno de cal ou poços de gás carbônico. Em contraste, as fontes efetivamente competitivas são as de subproduto da síntese de amônia e de subproduto da produção de hidrogênio e gás. Há nos autos farta evidência de que fontes de matéria-prima outras que as de subproduto da síntese de amônia e de subproduto da produção de hidrogênio e gás são empregadas somente em circunstâncias especiais, quando não existe opção de acesso aos subprodutos citados. Em particular, a fonte de combustão de matéria orgânica em planta própria é geralmente utilizada para produção em locais isolados, onde aparentemente não há concorrência de outras fontes. Com efeito, à época da conduta, a White Martins empregava fonte de combustão somente em Belém/PA, Fortaleza/CE, Cachoeirinha/RS e Hidrolândia/GO, que são localidades onde não há disponibilidade de subproduto e onde era a única ofertante de gás carbônico local.”

Deste modo, a matéria prima disponível, é aquela posta à disposição do mercado e não toda aquela que hipoteticamente poderia (desconsiderados

custos de produção, contratos, etc.) ser utilizada para a fabricação do CO₂¹⁵. Já foi também salientado que: “Em carta circular de 8 de outubro de 1997 a PETROBRÁS declara a várias empresas potencialmente interessadas que poderia disponibilizar dióxido de carbono como subproduto proveniente de geração de hidrogênio nas unidades REPLAN (Paulínia/SP) e RPBC (Cubatão, São Paulo - SP), para junho de 1998 e abril de 1999, respectivamente. Em 25 de novembro de 1997 a Petrobrás consulta as empresas. AGA, Air Liquide, Air Products, BOC, Messer e White Martins, sobre seu interesse em desenvolver um negócio com a Petrobrás para separar o CO₂ da corrente de gás de purga na REPLAN (Paulínia/SP) e posteriormente adquiri-lo (fls. 4465 do AC 78/96). “(voto do Conselheiro Afonso Arinos, pag. 21).

Desta forma, somente nas datas referidas é que a matéria prima fornecida por estas indústrias foi colocada no mercado. Tal fato já foi devidamente alegado e demonstrado seja nos votos que me precederam, seja também no minucioso parecer elaborado pela SDE, que descreve as fontes comercialmente disponíveis à época. Note-se, mais uma vez que o conceito de fonte disponível, não equivale ao conceito de fontes potencialmente produtoras de CO₂ que incluiria, em tese, toda possível fonte de combustão. Em face da repetição do argumento, entendo oportuno reproduzir a tabela contida no parecer da SDE, que indica, inclusive os documentos que comprovam as alegações :

SEGUNDO A APROPRIAÇÃO DE FONTE

Atualmente, dezembro/ 98 existem como **capacidades instaladas e disponíveis de CO₂ a partir de subproduto e/ou outra fonte, nas diversas regiões brasileiras**, exclusive consumo cativo, as seguintes:

¹⁵ - Neste sentido também o parecer da SDE: “Obviamente que o gás em ambiente natural existe em abundância e economicamente não tem valor expressivo; entretanto, o produto questionado não é o gás carbônico da atmosfera e sim o CO₂ industrializado; que, efetivamente tem valor econômico, é raro na excelência de subproduto e finito quanto a sua disponibilização em dado momento do mercado conforme demonstrado em estudos desta SDE. Aliás, quanto ao item 61, realmente reconheça-se que, HOJE, existe excedente de fontes a partir da entrada de 70 tpd da Ultrafertil de Cubatão no mercado, assim como, de 440 tpd da REPLAN em Paulínea, de 420 tpd. da RPBC em Cubatão, além das não citadas pela Representada a saber: 7 tpd. da RLAM em Mataripe e de 20 tpd. da Lubnor em Fortaleza conforme se vê no relatório desta Secretaria de folhas 389.(pag. 34 do parecer de 10 de dezembro de 1998)”

Empresa Fontes/Local	Capacidade	Participação %	Instal. atual Tpd
SUDESTE			
WM	Comgás/SP	100	6,70%
LCI	Ultrafértil - Cubatão/SP	465	31,32%
	Oxitenno-Maua/SP	45	3,03%
	Petrobrás - Reduque/RJ	68 (45)	4,58%
	Petrobrás - Betim/MG	143 (50)	9,63%
	Ultrafértil - Araucária/PR	150	10,10%
total		971	65,39%
Air Liquide	Rhodia - Paulínea	80 (150)	5,39%
	Petrobrás - S J Campos	144 (80)	9,70%
	Peróxidos - Curitiba	70 (100)	4,71%
total		294	19,80%
AGA	Prosint - RJ	100	6,73%
	Jundiaí - SP	20	1,35%
total		120	8,08%
BOC	Ultrafértil - Cubatão	100	6,73%
total		100	6,73%
Total Geral		1485	100,00%
NORTE			
LCI	Belém/PA	10	100,00%
Total Geral		10	100,00%
NORDESTE			
LCI	Fortaleza/CE	5	2,94%
	FAFEN Laranjeiras/SE	125 (85)	73,53%
	FAFEN Camaçari/BA	40 (50)	23,53%
Total Geral		170	100,00%
SUL			
WM/LCI	Cachoeirinha RS -Copesul	70	41,18%
total		70	41,18%
BOC	Petrobrás -REFAP-Canoas 100	100	58,82%
total		100	58,82%

Total Geral		170	100,00%
CENTRO O-ESTE			
LCI	Hidrolândia/GO	24	100,00%
Total		24	100,00%
Total no País		1859	
Disponíveis	Ultrafértil - Cubatão	70	7,31%
	Petrobrás - REPLAN	440 (475)	45,98%
	Petrobrás - RBPC	420 (475)	43,88%
	Petrobrás - RLAM-Mataripe BA	7	0,74%
	Petrobrás - LUBNOR Fortaleza/CE	20	2,09%
total		957	100,00%

Atualmente, dezembro/ 98 existe uma **capacidade instalada de gases do ar** conforme descrita no parecer da SEAE no qual o Grupo WM/LCI detém 76% na região SE, 100% na região N, 100% na região NE, 100% na região Sul e 100 % na região CO, perfazendo um total de 9.440tpd correspondentes a 67% da capacidade instalada no País , aparecendo o segundo colocado AGA com 16%. (Fl. 1545/46).

SEGUNDO A MOMENTÂNEA POSIÇÃO NO MERCADO

Atualmente, dezembro/ 98 existem como **capacidades instaladas e disponíveis de CO2 a partir de subproduto e/ou outra fonte, nas diversas regiões brasileiras, exclusive consumo cativo**, as seguintes:

Empresa	Fontes/Local	Capacidade	Participação %
SUDESTE		Instal. atual Tpd	
WM	Comgás/SP	100	7,22%
LCI	Ultrafértil - Cubatão/SP	465	33,57%
	Oxitenno - Maua/SP	45	3,25%
	Petrobrás - Reduque/RJ	68 (45)	4,91%

	Petrobrás - Betim/MG	143 (50)	10,33%
	Petrobrás - S J Campos	144 (80)	10,40%
WM/LCI	Ultrafértil - Araucária/PR	150	10,83%
total		1115	80,51%
Air Liquide	Rhodia - Paulínea	80 (150)	5,78%
	Peróxidos - Curitiba	70 (100)	5,05%
total		150	10,83%
AGA	Prosint - RJ	100	7,22%
	Jundiaí - SP	20	1,44%
total		120	8,66%
Total Geral		1385	100,00%
NORTE			
LCI	Belém/PA	10	100,00%
Total Geral		10	100,00%
NORDESTE			
LCI	Fortaleza/CE	5	2,94%
	FAFEN Laranjeiras/SE	125 (85)	73,53%
	FAFEN Camaçari/BA	40 (50)	23,53%
Total Geral		170	100,00%
SUL			
WM/LCI	Cachoeirinha RS -Copesul	70	100,00%
Total Geral		70	100,00%
CENTRO OESTE			
LCI	Hidrolândia/GO	24	100,00%
Total		24	100,00%
Total no País		1659	
Disponíveis	Ultrafértil - Cubatão	70	7,31%
	Petrobrás - REPLAN	440 (475)	45,98%
	Petrobrás - RBPC	420 (475)	43,88%
	Petrobrás - RLAM-Mataripe BA	7	0,74%
	Petrobrás - LUBNOR Fortaleza/CE	20	2,09%
total		957	100,00%

Considerando que a WM/LCI receba a fonte da REPLAN, segundo momentanea posição no mercado:

Empresa	Fontes/Local	Capacidade Instal. atual Tpd	Participação %
WM	Comgás/SP	100	5,48%
LCI	Ultrafértil - Cubatão/SP	465	25,48%
	Oxitenó - Maua/SP	45	2,47%
	Petrobrás - Reduque/RJ	68 (45)	3,73%
	Petrobrás - Betim/MG	143 (50)	7,84%
	Petrobrás - S J Campos	144 (80)	7,89%
WM/LCI	Ultrafértil - Araucária/PR	150	8,22%
	REPLAN	440	24,10%
total		1555	85,21%
Air Liquide	Rhodia - Paulínea	80 (150)	4,38%
	Peróxidos - Curitiba	70 (100)	3,84%
total		150	8,22%
AGA	Prosint - RJ	100	5,48%
	Jundiaí - SP	20	1,09%
total		120	6,57%
Total Geral		1825	100,00%
NORTE			
LCI	Belém/PA	10	100,00%
Total Geral		10	100,00%
NORDESTE			
LCI	Fortaleza/CE	5	2,94%
	FAFEN Laranjeiras/SE	125 (85)	73,53%
	FAFEN Camaçari/BA	40 (50)	23,53%
Total Geral		170	100,00%
SUL			
WM/LCI	Cachoeirinha RS -Copesul	70	100,00%

Total Geral		70	100,00%
CENTRO O-ESTE			
LCI	Hidrolândia/GO	24	100,00%
Total		24	100,00%
Total no País		2099	
Disponíveis	Ultrafértil - Cubatão	70	7,31%
	Petrobrás - REPLAN	440 (475)	45,98%
	Petrobrás - RBPC	420 (475)	43,88%
	Petrobrás - RLAM-Mataripe BA	7	0,74%
	Petrobrás - LUBNOR Fortaleza/CE	20	2,09%
total		957	100,00%

Deste modo, nota-se que há fartas evidências e comprovações de que, apesar de existirem, já a época da conduta, fontes que hipoteticamente poderiam produzir CO₂, estas não eram fontes disponíveis comercialmente. Tais circunstâncias estão grifadas na tabela feita pela SDE. Tais fatos já tinham sido salientados nos votos que me antecederam, especialmente no voto de vista do Conselheiro Afonso Arinos.

O mesmo deve ser dito com relação à fonte da Hoechst, assim como qualquer outra fonte derivada de combustão que, em tese, poderia ser construída. A transformação de uma fonte potencial de CO₂ numa fonte comercialmente viável e disponível demanda investimentos, custos e tempo. É certo que, se é possível imaginar que algumas fontes potenciais poderiam se tornar, no futuro, fontes comercialmente disponíveis, tal fato não as transforma, de imediato e no momento da infração, em fontes disponíveis, consoante argumentado pela White Martins.

6)- A subjetividade dos critérios econômicos utilizados

Alega a White Martins que os critérios econômicos utilizados pelo Conselheiro Thompson em seu voto seriam subjetivos, em face de inconsistências metodológicas. Os argumentos do Conselheiro Arinos estariam fundados em suposições e não em provas materiais, ancoradas no princípio da verdade material.

Também estas alegações não merecem prosperar. Conforme se verá adiante, o direito econômico opera necessariamente com simulações de vantagens, custos e benefícios. Este é um corolário da incorporação pelo direito antitruste da metodologia de análise econômica.

Esta realidade faz com que na aplicação do direito e das sanções seja obrigatória a utilização de estimativas racionais, de modo a balizar as convicções do julgador. Nem se diga que fenômeno semelhante não ocorre em outras áreas do direito. Bastaria pensar nas constantes dificuldades e freqüente polemicidade dos valores arbitrados em ações indenizatórias diariamente apreciadas pelo Poder Judiciário.

Por tudo quanto foi dito, entendo existirem fundamentos sólidos, amplamente analisados nos votos que me antecederam, para justificar a condenação da White Martins pelas condutas que lhe são imputadas. Sendo assim, adiciono às razões de decidir, expostas nos votos dos Ilustres Conselheiros Celso Campilongo, Afonso Arinos e Thompson Andrade as razões aqui expostas no que forem complementares, e apóio sua conclusão pela condenação da representada com base nos incisos V, VI e XV do art. 21 e I, II e IV do art. 20 da Lei 8.884/94.

Resta agora, analisar a dosimetria da sanção imposta. Antes, porém, entendo necessário analisar com cuidado uma das alegações feitas.

7)- A multa imposta violaria os princípios da razoabilidade e proporcionalidade

A Requerida, enfatizou novamente em seus memoriais o argumento antes invocado no sentido de que a multa imposta violaria os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Ademais, teria equivocadamente levado em consideração o faturamento bruto da empresa como um todo, e não somente o seu faturamento no mercado relevante, o que incluiria “(a) receitas de atividades estranhas à comercialização de gás carbônico, tais como as relativas a gases industriais e medicinais e (b) receitas consolidadas de operações realizadas no exterior, mais precisamente no Mercosul.”

III- O princípio da Proporcionalidade e o artigo 23, I da lei 8.884/94

Para analisar a questão da dosimetria no caso concreto, entendo necessário enfrentar uma complexa questão envolvida na interpretação do artigo 23 da lei 8.884/94. Este dispositivo está assim redigido:

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 exercício¹⁶, 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.

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

A primeira vista, a compreensão literal do disposto no inciso I do dispositivo em questão poderia levar a uma conclusão simples e clara: a lei procurou estabelecer um critério objetivo para a quantificação máxima e mínima das multas impostas às infrações à ordem econômica. Segundo esta regra, os parâmetros mínimos para a imposição da sanção a uma empresa seriam dois: a)- multa deveria ser de, no mínimo, um por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos; b) - a multa nunca seria inferior à vantagem auferida, quando quantificável. O parâmetro máximo, seria de 30% do faturamento bruto da empresa.

A conclusão que se impõe, portanto, é a que de que jamais uma multa poderia ser inferior a um por cento do faturamento bruto da empresa. Em determinadas hipóteses, nas quais a vantagem auferida fosse superior a um por cento do faturamento bruto da empresa, este mínimo se elevaria até o

¹⁶ O artigo 11 da Lei no. 9.021, de 30/03/1995 dispôs que:

Para os fins previstos no art. 23 da Lei no. 8.884, de 1994, será considerado o faturamento da empresa no exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, corrigido segundo os critérios de atualização dos tributos federais pagos em atraso, até a data do recolhimento da respectiva multa

limite da vantagem obtida com a conduta. O limite máximo da multa não poderia ultrapassar o montante de trinta por cento do faturamento da empresa, como expressamente dito pelo texto legal, a menos que o valor da vantagem auferida superasse este mesmo limite.

Um importantíssimo elemento subjacente a esta interpretação reside na admissão de que a expressão “do faturamento bruto (da empresa) no seu último exercício” se refere ao faturamento global da empresa e não ao seu faturamento bruto no mercado relevante definido para a análise da conduta. Isto porquanto a lei não teria feito qualquer especificação restritiva ou extensiva.

Esta interpretação da lei teria em seu apoio, além do apelo da literalidade, a presunção de uma certa racionalidade, visto que ao fixar o montante da multa em função do faturamento da empresa, o legislador teria buscado um critério de individualização da sanção que leva em conta a situação econômica do infrator (aspecto que é expressamente tomado em consideração também no artigo 27, VII da mesma lei “a situação econômica do infrator”). A racionalidade jurídica e econômica do dispositivo seria, pois, sempre em tese, a de impor uma sanção proporcionalmente pesada para as grandes empresas que apresentam elevado faturamento global.

Apesar destas considerações, entendo que uma tal interpretação literal do dispositivo não é compatível com o sistema de regras e princípios nos quais se insere a lei 8.884/94.

Para demonstrar os motivos que me levam a tal convicção, quero partir de cinco hipóteses.

Hipótese I: a empresa A-BR-T

1)- Imagine-se uma empresa **A-BR-T** que atue em trinta mercados de produtos distintos e que tenha tido um faturamento bruto (total, i.e., incluídos todos os produtos e serviços) no mercado nacional equivalente a um bilhão de reais no ano de 2000. Dentre os inúmeros produtos que produz encontram-se veículos automotores (responsável por 80% de seu faturamento total), motocicletas (correspondente a 6% do faturamento global), vestuário (correspondente a 2% do faturamento global), óculos (correspondente a 5% do faturamento global), relógios (correspondente a 5% do faturamento global) e inúmeros outros produtos relacionados à indústria automobilística (4% do faturamento global).

Suponha-se ainda, que num mercado geográfico claramente delimitado, equivalente ao Estado do Paraná, correspondente a dez por cento do

mercado nacional de todos os produtos e serviços ofertados pela empresa **A-BR-T**, tenha sido comprovada a ocorrência de venda casada¹⁷ de relógios e óculos produzidos pela empresa. Suponha-se que neste mercado relevante geográfico as vendas de relógios e óculos correspondam a um décimo do total do faturamento nacional neste mercado de produtos (100 milhões de reais), equivalente a 10 milhões de reais.

Suponha-se ainda, que a vantagem auferida com a prática da venda casada totalizasse 1 milhão reais no ano de 2000, ou seja, 10% do total do faturamento da empresa nos mercados relevante geográfico e do produto.

Na aplicação da sanção prevista no artigo 23 da lei 8.884/94, segundo a interpretação literal acima sugerida, chegaríamos a uma multa mínima equivalente a 1% do faturamento global, que equivaleria a 10 milhões de reais. Este resultado, já a primeira vista se nos apresenta desproporcional, já que o valor da multa seria 10 vezes o valor da vantagem auferida! Ademais, este valor seria igual ao valor do faturamento total da empresa no mercado relevante geográfico (Paraná) dos produtos (óculos e relógio) ! Nesta hipótese, a multa máxima seria de 300 milhões de reais.

2)- Mas a hipótese não deve parar aí. Imagine-se que, neste caso, tenha sido identificado o administrador, direta ou indiretamente, responsável pela infração cometida pela empresa. A este indivíduo a pena mínima aplicável, nos termos do artigo 23, II da Lei 8.884/94 seria de 1 milhão de reais (“multa de dez a cinquenta por cento do valor daquela aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva ao administrador”), ou o equivalente a um milésimo do faturamento total da empresa. O resultado seria, mais uma vez, desproporcional em face do montante da vantagem obtida, que seria igual à vantagem auferida pela empresa com a prática anticoncorrencial. O valor da sanção imposta ao administrador seria igual ao faturamento da empresa no mercado relevante de óculos e relógios geograficamente definido.

Hipótese II: a empresa A-BR-OR

¹⁷ Lei 8.884/94, Art. 21 - As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no Art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

XXIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem.

Agora imaginemos uma segunda hipótese, em quase tudo idêntica à hipótese I, mas com uma importante diferença. Neste caso, um grupo empresarial **A**, com as mesmas características da empresa **A-BR-T**, teria suas atividades separadas em distintas empresas, todas atuando no mercado nacional, mas vinculadas ao mesmo grupo controlador. Assim, a empresa **A-BR-A** atuaria no setor automobilístico, a empresa **A-BR-M** no setor de motocicletas, a **A-BR-OR** no setor de óculos e relógios, a **A-BR-S** no setor de serviços de manutenção e assim por diante.

Nesta segunda hipótese, mantidos os valores da hipótese I, verificaríamos que o faturamento da empresa **A-BR-OR**, vinculada ao setor de óculos e relógios, seria de 100 milhões de reais. O seu faturamento no Paraná seria de 10 milhões de reais. Reconhecida a ocorrência da mesma infração concorrencial, a multa mínima aplicável à empresa **A-BR-OR** agora seria de 1 milhão de reais (ou 1% de 100 milhões de reais), i.e., um décimo do valor obtido para a mesma conduta na hipótese I. É evidente que a multa aplicável não precisaria ser a mínima, podendo atingir um máximo de 30 milhões de reais. De qualquer forma, esta multa máxima seria apenas o triplo do valor da multa mínima prevista na hipótese I, para a mesma conduta.

Contudo, o que mais importaria notar é que nesta hipótese II, um fator completamente alheio às circunstâncias, gravidade e dimensão da conduta, isto é, a forma de organização interna de um grupo empresarial, poderia implicar na imposição de um valor mínimo dez vezes menor.

As conseqüências desta nova circunstância, ocasional e aleatória (ou ainda decorrente do comportamento oportunista do grupo econômico), seriam de iguais proporções para o administrador responsabilizado pela conduta. Na hipótese II a multa mínima aplicável ao administrador seria reduzida para 100 mil reais, isto é, ela seria dez vezes menor do que a multa mínima prevista na hipótese I. Ao lado de uma continuada desproporção, ainda em que em bases menores, estaríamos diante de uma flagrante violação do princípio da isonomia¹⁸.

¹⁸ Uma outra circunstância poderia trazer novo problema. No caso do faturamento de uma empresa relacionar-se predominantemente para a exportação (digamos que 90% da produção seja voltada para o mercado externo), seria razoável tomar-se como referência o faturamento do comércio no mercado internacional como base para a imposição de sanção decorrente de prática ocorrida em mercado geográfico bem mais restrito?

Hipótese III: a empresa A-PR-T

Conservados os mesmos valores das hipóteses anteriores, suponhamos agora que uma empresa **A-PR-T** atue em todos os mercados relevantes de produto em que atua a empresa **A-BR-T**, nas mesmas proporções e faturamentos. Contudo, esta empresa limitaria suas atividades ao estado do Paraná. Neste caso, o seu faturamento total seria de 100 milhões de reais. Conseqüentemente, a multa mínima aplicável para empresa pela mesma prática enunciada acima, seria de 1 milhão de reais e a máxima seria de 30 milhões de reais. Para o administrador, os valores variariam entre um mínimo de 100 mil reais e um máximo de 3 milhões de reais.

Hipótese IV: a empresa A-PR-OR

Mais uma vez, conservados os mesmos valores das hipóteses anteriores, suponhamos agora que uma empresa **A-PR-OR** atue apenas nos mercados relevantes de óculos e relógios no estado do Paraná. Neste caso, o seu faturamento total seria de 10 milhões de reais. Conseqüentemente, a multa mínima aplicável para empresa, pela mesma prática enunciada na hipótese acima descrita, seria de 100 mil reais e a máxima seria de 3 milhões de reais. Para o administrador, os valores variariam entre um mínimo de 10 mil reais e um máximo de 300 mil de reais.

Por fim, saliente-se que caso a mesma conduta tivesse sido praticada por alguma “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” e “não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto”, a multa seria de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência - UFIR, ou padrão superveniente. Neste caso, então, temos que a multa mínima seria substancialmente inferior aos 10 milhões de reais previstos na hipótese I.

Estaria a interpretação da lei acima proposta aplicável às hipóteses I a IV em desacordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade? Pretendo mostrar, a seguir que é possível seguir outro caminho hermenêutico e proceder a uma interpretação conforme do dispositivo em comento, harmonizando-o com os princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade, para concluir que “o faturamento bruto” referido no texto da lei refere-se ao faturamento bruto no mercado relevante geográfico e do produto. Para tanto, contudo, entendo necessário assentar algumas premissas. A hipótese V, a seguir, descreve os valores a que chegaríamos se aplicássemos esta interpretação.

Hipótese V: a definição pelo mercado relevante

A partir das simulações acima expostas, poderíamos pensar quais seriam os resultados caso aplicássemos a sanção prevista no artigo 23 da lei 8.884/94 tomando por referência o faturamento no mercado relevante geográfico e do produto e não o faturamento total, consoante admitido no início.

Assim interpretando a lei, verificaríamos que o valor do faturamento no mercado relevante nas hipóteses I e II, indistintamente, seria igual a 10 milhões de reais. Neste caso, a multa mínima aplicável para a empresa seria de 100 mil reais e a máxima de 3 milhões de reais. Para o administrador, a multa mínima seria de 10 mil reais e a máxima de 300 mil reais.

A tabela abaixo sumariza as hipóteses enunciadas.

		Multa imposta à empresa	Multa imposta ao administrador	Faturamento total da empresa	Faturamento no Mercado Relevante	Vantagem auferida
Hipótese I A-BR-T	Valor Min. ¹⁹	10 milhões	1 milhão	1 bilhão	10 milhões	1 milhão
	Valor Máx.	300 milhões	30 milhões			
Hipótese II A-BR-OR	Valor Min.	1 milhão	100 mil	100 milhões	10 milhões	1 milhão
	Valor Máx.	30 milhões	3 milhões			
Hipótese III A-PR-T	Valor Min.	1 milhão	100 mil	100 milhões	10 milhões	1 milhão
	Valor Máx.	30 milhões	3 milhões			
Hipótese V A-PR-OR	Valor Min.	100 mil	10 mil	10 milhões	10 milhões	1 milhão
	Valor Max.	3 milhões	300 mil			
Hipótese V ²⁰	Valor Min.	100 mil	10 mil	1 bilhão	10 milhões	1 milhão
	Valor Máx.	3 milhões	300 mil			

¹⁹ Valores expressos em reais

²⁰ Utilização do critério de faturamento no mercado relevante

Passo agora para a análise das premissas jurídicas.

O Sistema Jurídico e a Lei 8.884/94

Um primeiro aspecto importante a ser notado é o de que não se pode interpretar uma lei fora do sistema jurídico ao qual pertence. Um segundo aspecto é o de que compete a todos os poderes realizar o controle de legalidade das normas aplicáveis na espécie. Sobre o assunto, lembra-nos Hely Lopes Meirelles:

“controle de legalidade ou legitimidade. É o que objetiva verificar unicamente a conformação do ato ou do procedimento administrativo com as normas legais que o regem. Mas por legalidade ou legitimidade deve-se entender não só atendimento de normas legisladas como, também, dos preceitos da Administração pertinentes ao caso controlado. Assim para fins deste controle, consideram-se normas legais desde as disposições constitucionais aplicáveis até as instruções normativas do órgão emissor do ato ou os editais compatíveis com as leis e regulamentos superiores. O controle de legalidade ou legitimidade tanto pode ser exercido pela Administração, quanto pelo Legislativo ou pelo Judiciário, com a única diferença de que o Executivo exercita-o de ofício ou mediante provocação recursal, ao passo que o Legislativo só o efetiva nos casos expressos na Constituição, e o Judiciário através de ação adequada”.²¹

Por tal motivo, até mesmo uma autoridade administrativa policial tem o poder-dever de realizar o controle de legalidade dos atos que pratica, conformando-os com os preceitos legais e constitucionais. Por tal motivo, lhe é vedado dar cumprimento à norma (ordem) inconstitucional ou ilegal.

A lei 8.884/94 claramente pertence ao sistema de normas positivas brasileiras e subordina-se aos mandamentos e princípios de ordem constitucional. Não é demais lembrar, que a sua própria previsão está expressa na Carta Constitucional, notadamente em seus artigos 170²² e 173²³, mas não

²¹ Direito Administrativo Brasileiro, 26 edição, Malheiros, 2001, pág. 627

²² Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;

apenas nestes, já que inclusive a eles se aplicam os demais dispositivos e princípios da Constituição. O trivial corolário desta constatação é que compete ao CADE não apenas aplicar a lei 8.884/94, como também, e necessariamente, fazê-lo de maneira harmônica com o sistema jurídico ao qual pertence e em respeito à ordem e aos princípios constitucionais. Este é inclusive, o sentido do artigo 2º da lei 8.884/94 ao dispor que “Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos”. A conclusão chega a ser trivial em face dos inevitáveis conflitos de normas e interpretação que podem decorrer da aplicação da lei. Assim tem reconhecido a própria jurisprudência do CADE.²⁴

Regras e Princípios

Desde há muito a doutrina jurídica vem insistindo na distinção entre princípios e regras. Ronald Dworkin distingue as regras de direito dos princípios em sentido genérico. Estes últimos podem ser separados em duas espécies: as políticas e os princípios, em sentido estrito. Os primeiros são um tipo de standard que fixa um objetivo a ser alcançado, geralmente uma melhoria em alguma característica econômica, política ou social de uma comunidade. Já o princípio (em sentido estrito) é um standard que deve ser observado, não porque desejável, mas porque ele é um requisito de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade²⁵. Para Dworkin “A diferença entre

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente;

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

²³ Art. 173.

§ 4.º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

²⁴ Cfr., dentre outros o Ato de Concentração n.º 08012.006762/2000-09 Requerentes: Banco Finasa de Investimentos S/A; Brasmetal Indústria S/A e Zurich Participação de Representações.

²⁵ - Taking Rights Seriously, pag. 22. Harvard University Press, 1977.

princípios jurídicos e regras jurídicas é uma distinção lógica. Ambos grupos de standards apontam para decisões particulares sobre uma obrigação jurídica em circunstâncias particulares, mas elas diferem na maneira da direção que conferem. Regras são aplicáveis de uma maneira “tudo ou nada”. Se os fatos que uma regra estabelece são dados, então a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou ela não é, caso em que ela em nada contribui para decisão.”²⁶ Já os princípios, por não possuírem esta mesma dimensão, envolvem uma dimensão de balanceamento de seu peso e importância. Deste modo, dois princípios podem coexistir, sem que a validade de um deles exclua a validade de outro que a ele se contraponha. De maneira próxima, outros autores, dentre os quais Alexy²⁷, Canotilho²⁸ vêm também acompanhando estas distinções²⁹ e salientado a importância dos princípios na interpretação legal em geral e constitucional em particular.

²⁶ - Nas palavras de J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 6 edição, pág. 1221: “ A agitação metódica e teórica em torno do método de balanceamento ou ponderação no direito constitucional não é uma “moda” ou um capricho dos cultores de direito constitucional. Várias razões existem para esta viragem metodológica: (1) inexistência de uma ordenação abstrata de bens constitucionais o que torna indispensável uma operação de balanceamento desses bens de modo a obter uma norma de decisão situativa, isto é, uma norma de decisão adoptada às circunstâncias do caso; (2) formatação principal de muitas das normas de direito constitucional (sobretudo das normas consagradoras de direitos fundamentais) o que implica, em caso de colisão, tarefas de “concordância”, “balanceamento”, “pesagem”, “ponderação” típicas dos modos de solução de conflitos entre princípios (que não se reconduzem, como já se frisou, a alternativas radicais de “tudo ou nada”); (3) fractura da unidade de valores de uma comunidade que obriga a leituras várias dos conflitos de bens, impondo uma cuidadosa análise dos bens em presença e uma fundamentação rigorosa do balanceamento efectuado para a solução dos conflitos.”

²⁷ - Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 81 e ss.

²⁸ - J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 6 edição, capítulo 2. Pag. 1239: “Regras – insista-se neste ponto – são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer excepção (direito definitivo). Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de “tudo ou nada”; impõem a optimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a “reserva do possível”, fáctica ou jurídica.”

²⁹ - Entre os brasileiros caberia destacar Eros Roberto Grau, *A Ordem Económica na Constituição de 1988*, Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, Malheiros, 9ª edição, 2000 e Gilmar Mendes Ferreira, *Jurisdição Constitucional*, Saraiva, SP, 1996.

É possível afirmar que boa parte da mais recente legislação econômica brasileira, como o Código de Defesa do Consumidor e a Lei Antitruste está decisivamente marcada pelo emprego dos princípios. Desta forma, é impossível interpretá-las sem o emprego intensivo do recurso aos princípios que informam a sua interpretação. É importante lembrar que estes princípios manifestam-se na própria legislação, como também na ordem constitucional e sistema jurídico a que pertencem.

Os Princípios e a Lei 8.884/94

A lei 8.884/94 é farta em exemplos desta natureza³⁰. Assim, a própria definição das condutas infrativas à ordem econômica invariavelmente requerem o emprego da chamada “regra da razão”, e dos princípios da eficiência, análise econômica, igualdade, liberdade contratual¹¹⁰, etc.

Além destes, é certo que a aplicação da Lei 8.884/94 subordina-se à aplicação de outros princípios constitucionais como o princípio do devido processo legal, ampla defesa, razoabilidade, proporcionalidade, etc. Isto decorre não apenas da subordinação desta lei à constituição federal, como também da referência expressa destes princípios em legislações também aplicáveis subsidiariamente ao processo administrativo no âmbito do CADE. Tal é o caso da lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que em seu artigo 2º prevê expressamente o princípio da razoabilidade³¹ (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.”). Certo é, portanto, que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade incidem sobre a legislação ordinária, inclusive a lei 8.884/04.

³⁰ Já o artigo 1 da lei enuncia que “Art. 1º - Esta Lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.”

¹¹⁰ Sobre estes princípios ver de João Bosco Leopoldino da Fonseca, Lei de Proteção da Concorrência, 2ª edição atualizada, Forense, RJ, 2001, pags. 55-79.

³¹ Sobre a distinção entre o princípio da razoabilidade (que na verdade seria um “princípio” em sentido diverso do princípio da proporcionalidade, veja-se o artigo “O proporcional e o razoável”, de Luís Virgílio Afonso da Silva, mimeo, a ser publicado na Revista dos Tribunais.

Razoabilidade e Proporcionalidade

A doutrina e a jurisprudência parecem reconhecer uma certa sobreposição entre os conceitos de razoabilidade e proporcionalidade. Conforme bem aponta Germana de Oliveira Moraes³² “Inexiste sobreposição entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. De toda sorte, embora com matriz histórica diversa e conteúdos distintos, guardam vários pontos de identidade. Por isso, há quem os trate indistintamente como noções fungíveis; há, por outro lado, quem considere o princípio da razoabilidade como uma das vertentes do princípio da proporcionalidade (Eros Roberto Grau); e ainda, por vezes, o princípio da proporcionalidade é visto como uma das expressões do princípio da razoabilidade (Celso Antônio Bandeira de Mello). Eros Roberto Grau, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, considerou um equívoco tratar o princípio da razoabilidade, como princípio distinto da proporcionalidade, atribuindo-a à circunstância de a Constituição do Estado de São Paulo referir-se ao princípio da razoabilidade no artigo 111. Para ele, a razoabilidade é uma feição da proporcionalidade e não o inverso³³. Na opinião do acatado Celso Antônio Bandeira de Mello, “em rigor, o princípio da proporcionalidade não é senão uma faceta do princípio da razoabilidade”³⁴.

³² In Controle Jurisdicional da Administração Pública, Dialética, São Paulo, 1999, pag. 132.

³³ GRAU, Eros Roberto. “Crítica da Discricionariedade e Restauração da Legalidade”. Estudos de Direito Administrativo em Homenagem ao Professor Seabra Fagundes, Coordenadora Carmen Lúcia Antunes Rocha, Belo Horizonte, Del Rey, 1995.

³⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo, 4ª ed., Malheiros, São Paulo, 1993, p. 56. Em sentido contrário, com substantivos argumentos veja-se Luís Virgílio Afonso da Silva, op. cit., e também Helenilson Cunha Pontes, O princípio da proporcionalidade e o direito tributário, Dialética, São Paulo, 2000, pag. 190/191, que aponta quatro principais diferenças: “Primeiro. A exigência motivação racional da decisão jurídica que aplica o princípio da proporcionalidade é sensivelmente maior, e diferente, daquela que aplica o princípio da razoabilidade. O princípio da proporcionalidade impõe ao intérprete-aplicador deveres de três níveis, diante dos quais deve ser analisada e justificada a decisão. Segundo. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade distinguem-se pelo conteúdo. O princípio da proporcionalidade consubstancia notadamente, mas não exclusivamente, um juízo acerca da relação meio-fim, entre a medida tomada e o fim com ela buscado. A razoabilidade, por outro lado, prescinde da consideração daquela relação de meio-fim; exige apenas que a decisão jurídica seja racionalmente motivada, aprecie os interesses concretamente em discussão e seja uma dentre as várias decisões igualmente razoáveis, mediante um

Já na tradição do direito anglo-saxão, o princípio da razoabilidade tem outra conotação, “ora significando a referência à tomada em consideração, pela autoridade decisória, de elementos impertinentes, ou ao esquecimento de outros elementos pertinentes, ora compreendendo a proibição de conduta que contrarie, de forma manifesta, o senso comum”. Neste sentido, este princípio guarda correspondência com o conteúdo do princípio da proporcionalidade, tal como inicialmente apresentado, uma vez que o chamado teste de racionalidade possa envolver o juízo de adequação e de exigibilidade. Por outro lado, pondera a autora, “por vezes (nem sempre), no teste de razoabilidade, em sentido estrito, pode haver justaposição do mesmo raciocínio concernente à idéia de proporcionalidade em sentido estrito, à medida que a valoração dos interesses em conflito possa ter por fonte o consenso popular, e não o juízo do aplicador da norma jurídica.”

A longa citação serve para que se possa encontrar os critérios capazes de nortear o conceito de razoabilidade e proporcionalidade que deveriam ser adotados para a interpretação da lei 8.884/94.

Violação do Princípio da Proporcionalidade e Razoabilidade

A questão precípua que deve ser analisada no presente julgamento poderia ser assim sintetizada: Estaria a interpretação literal do artigo 23, anteriormente empregada na análise das hipóteses I a IV, em conformidade com

juízo de exclusão; desnecessário que o juízo. (...) Terceiro. A razoabilidade e a proporcionalidade distinguem-se ainda quanto à natureza. A razoabilidade constitui exigência geral da razão humana, aplicável, portanto, a todos os setores do “agir social”, nas relações morais, éticas, econômicas e também jurídicas. A proporcionalidade, por outro lado, além de princípio de interpretação, consubstancia também princípio jurídico material decorrente da opção constitucional por um Estado Democrático de Direito, e por tudo o que este significa, desde a afirmação dos direitos fundamentais, passando pela salvaguarda constitucional de um catálogo de princípios jurídicos opostos. Quarto. Em consequência do retro-exposto, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade distinguem-se ainda quanto às respectivas funções eficaciais por ele desempenhadas. A razoabilidade é norma jurídica com exclusiva função de bloqueio, isto é, objetiva impedir a consumação de decisões socialmente inaceitáveis, arbitrárias ou injustas. O princípio da proporcionalidade, além da função de bloqueio, desempenhada por este como norma que veicula a vedação ao arbítrio (*Übermassverbot*), caracteriza-se também pela função de resguardo, isto é, de norma que exige e assegura a concretização dos interesses constitucionalmente consagrados, na melhor medida possível.”

os princípios da razoabilidade e proporcionalidade? Para responder tal pergunta, cumpriria entender melhor o significado e natureza de tais princípios.

Fábio Medina Osório, analisando o princípio da proporcionalidade salienta que “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, nem deve gravar em excesso o afetado, i.e., deve poder dele exigível.”³⁵ É possível dizer que o teste da racionalidade pressupõe o agrupamento objetivo e lógico da relação meios- fins. “Es irracional algo que pretende ser um medio para alcançar un fin y, en realidad, no tiene nada que ver con la consecución de dicho fin.”³⁶ Deve existir uma relação positiva entre meios e fins.”³⁷ Desta forma, o princípio da proporcionalidade de certo modo condiciona o exercício das funções legislativa, executiva e judicial, visando impedir abusos, excessos ou interpretações desarrazoadas que possam violar os direitos constitucionalmente consagrados³⁸.

Suzana de Toledo Barros, em monografia específica sobre o tema, sintetiza este princípio, na trilha do pensamento de Robert Alexy³⁹, da seguin-

³⁵ Luís Afonso Heck, O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais – Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã, Fabris, Porto Alegre, 1995, pag. 177.

³⁶ GARCIA, Enrique Alonso, La interpretación de la Constitución, Madrid, Centro de estudios Constitucionales, 1984, pág.207. O autor trata da razoabilidade como critério de interpretação, salientando sua conexão com o princípio da igualdade e com a teoria dos valores.

³⁷ Direito Administrativo Sancionador, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, pág. 176.

³⁸ Cfr. J.J. Gomes Canotilho, Constituição Dirigente e Vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das Normas Constitucionais Programáticas, Coimbra, 1982, pags. 261 e ss.

³⁹ Robert Alexy, Teoria de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pág. 111/112. “Ya se há insinuado que entre lá teórica de los principios y lá máxima de lá proporcionalidad existe una conexión. Esta conexión no puede ser más estrecha.: el carácter de principio implica lá máxima de lá proporcionalidad, y ésta implica aquélla. Que el carácter de principio implica lá máxima de lá proporcionalidad, com sus três máximas parciales de lá adecuacion, necesidad (postulado del médio más benigno) y de lá proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propriamente dicho) se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir, es deducible de el. El Tribunal Constitucional Federal há dicho, en una formulacion algo oscura, que lá máxima de lá proporcionalidad resulta “en el fondo ya de lá

te forma: “O princípio da proporcionalidade tem por conteúdo os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Entendido como parâmetro a balizar a conduta do legislador quando estejam em causa limitações a direitos fundamentais, a **adequação** traduz a exigência de que os meios adotados sejam apropriados à consecução dos objetivos pretendidos; o **pressuposto da necessidade** é que a medida restritiva seja indispensável à conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa; pela **proporcionalidade em sentido estrito**, pondera-se a carga de restrição em função dos resultados, de maneira a garantir-se uma equânime distribuição de ônus”.⁴⁰

O princípio da proporcionalidade exige, em primeiro lugar, um juízo de adequação. Esta pode ser avaliada, no caso concreto, a partir da resposta a seguinte pergunta: o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido?⁴¹ O que este subprincípio visa discriminar é a existência de uma

própria esencia de los derechos fundamentales”(BverfGE 19, 342 (348 s.); 65, 1 (44). (...) Los principios son mandatos de optimización con respecto a las posibilidades jurídicas y facticas. Lá máxima de lá proporcionalidad en sentido estricto, es decir, el mandato de ponderacion, se sigue de lá relativizacion con respecto a las posibilidades jurídicas. Si una norma de derecho fundamental con caracter de principio entra en colision con um principio opuesto, entonces lá posibilidad jurídica de lá realizacion de lá norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. Para llegar a una decision, es necesaria una ponderacion en el sentido de lá ley de colision. Como de aplicacion de principios validos, cuando son aplicables, está ordenada y como para lá aplicacion en el caso de colision se requiere una ponderación, el caracter de principio de las normas iusfundamentales implica que , cuando entran en colision con principios opuestos, está ordenada una ponderacion. Pero, esto significa que lá máxima de lá proporcionalidad en sentido estricto es deducible del caracter de principio de las nomas de derecho fundamental. De lá máxima de proporcionalidad en sentido estricto se sigue que los principios son mandatos de optimizacion con relacion a las posibilidades jurídicas. En cambio, las máximas de lá necesidad y de lá adecuacion se siguen del caracter de los principios como mandatos de optimizacion con relacion a las posibilidades facticas”

⁴⁰ O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, 2ª edição, Brasília Jurídica, 2000, pag. 212.

⁴¹ Cfr. Suzana de Toledo Barros, op. cit., pag. 76. Robert Alexy afirma que o caráter de princípio implica a máxima da proporcionalidade e esclarece que “o princípio de proporcionalidade com suas três máximas parciais de adequação, necessidade (postulado do meio mais benigno) e proporcionalidade em sentido estrito (postulado de ponderação propriamente dito), infere-se logicamente da natureza do princípio, a

adequação do meio ao fim visado, pois uma medida restritiva não idônea para consecução de seu objetivo deve ser considerada inconstitucional.

No caso em exame, é de se destacar desde logo, que a sanção pecuniária fundada no critério do faturamento bruto da empresa constitui-se, a princípio, em meio idôneo para a consecução do fim colimado na lei, qual seja, punir e desencorajar futuras condutas infrativas.

O subprincípio da necessidade visa garantir que seja utilizado o meio mais idôneo e o menos gravoso. Ainda nas palavras de Suzana Toledo, “a necessidade de uma medida restritiva, bem de ver, traduz-se por um juízo positivo, pois não basta afirmar que o meio escolhido pelo legislador não é o que menor lesividade causa. O juiz há de indicar qual o meio mais idôneo e por que objetivamente produziria menos conseqüências gravosas, entre os vários meios adequados ao fim colimado”⁴². A avaliação do grau de afetação no caso concreto depende de uma análise específica da forma pela qual o meio veio a afetar o destinatário da norma.

É por este motivo, que ao lado da tarefa negativa de demonstrar como a interpretação inicial é violadora do princípio da proporcionalidade, cumpre mostrar, positivamente, qual é a interpretação da lei que se harmoniza com o mencionado princípio.

No caso em exame, resta evidente também, que a imposição de sanção ao agente que comete a infração constitui-se em medida necessária. Não vejo, assim, que estivesse atingida, na espécie a incidência do subprincípio da necessidade.

Já o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito visa acrescentar um juízo de equilíbrio aos juízos de adequação e necessidade “A diferença básica entre o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito está, no fato de que o primeiro cuida de uma otimização com relação a possibilidades fáticas, enquanto este envolve apenas a otimização de possibilidades jurídicas”⁴³.

O que se procurou demonstrar é que a otimização das possibilidades jurídicas somente pode ser feita através da adoção de um critério que mantenha um equilíbrio ótimo entre sanção e infração e dano causado. Para que tal ocorra, é necessária a interpretação do faturamento bruto “no mercado relevante”. Afinal, uma pena excessiva (como nas hipóteses I, II e III) imporá

saber, deste se deduz” Robert Alexy, Teoria de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 111/112.

⁴² Cfr. Suzana de Toledo Barros, op. cit., pag. 80.

⁴³ Robert Alexy, op. cit., pags. 112-113.

ônus desproporcional, desnecessário. Conforme se verá, a ótima proporção deverá associar o montante do prejuízo ou dano causado e sobre este fazer incidir um coeficiente de majoração adequado ao fim preventivo e punitivo da sanção.

Origem Constitucional do Princípio

Comentando a inserção do princípio da proporcionalidade no ordenamento constitucional brasileiro, Germana de Oliveira Moraes salienta que “No Direito Brasileiro, o princípio da proporcionalidade, não existe enquanto afirmação escrita de direito positivo, mas “existe como norma esparsa no texto constitucional, consoante afirma o Professor Paulo Bonavides”⁴⁴ ao escrever: “**O princípio da proporcionalidade**, é por conseguinte, Direito Positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como ‘norma jurídica global’, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º do artigo 5º, o qual abrange a parte não escrita ou expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias, cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição”⁴⁵.

Vale lembrar que a Constituição da República, dispõe, no parágrafo 2º do artigo 5º, que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil faça parte”. Ao fazê-lo, incorporou, a exemplo do que fez também a lei 8.884/94, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Desta forma, embora a Constituição de 1988 não tenha adotado de forma expressa o princípio da proporcionalidade, sua aplicação é corolário dos direitos e garantias nela expressos e implícitos, em especial o princípio do Estado Democrático de Direito, e do devido processo legal substantivo. Como salientado, a lei do processo administrativo contempla expressamente tais princípios. O curioso é que no Brasil a consagração do princípio da proporcionalidade tenha se demonstrado pioneiramente na jurisprudência brasileira, no domínio do Direito Constitucional, e não no Direito Administrativo, contrariamente ao que se deu no direito Europeu.

⁴⁴ Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional, 6ª ed., Malheiros, São Paulo, p. 395

⁴⁵ Germana de Oliveira Moraes, op. cit., pag. 128 / 129.

Consagração jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal

Creio também oportuno salientar que o princípio da proporcionalidade está consagrado do ponto de vista jurisprudencial.⁴⁶ Conforme aponta Gilmar Ferreira Mendes⁴⁷, o primeiro julgado significativo a incorporar o princípio no âmbito do STF ocorreu no julgamento do RE no. 18.331, da relatoria do Ministro Ozório de Almeida, quando se afirmou que:

“O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, comércio e da indústria e

⁴⁶ Germana de Oliveira Moraes, *op. cit.*, pag. 191/192, chega a estabelecer uma clara cronologia da afirmação do princípio no STF: “Na evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é possível distinguir, em síntese, nitidamente três fases distintas quanto aos fundamentos da adoção dos critérios de razoabilidade e de proporcionalidade. Numa fase inicial, o emprego desses critérios no controle das atuações públicas – legislativas e administrativas, valeram-se do Direito Comparado, apresentando-se, ora sob a feição da teoria do desvio legislativo, adaptada da doutrina francesa acerca do desvio do poder dos atos administrativos para o controle da constitucionalidade das leis, como na referida decisão pioneira em que se consignou que “o poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir” (RE 18.831), e nas decisões relativas aos testamentos políticos, influenciados pelos pareceres do acatado administrativista Caio Tácito (MS 7.243), ora fundado em suprimentos do Direito Argentino, na decisão em que pela primeira vez há menção expressa à razoabilidade, versando sobre o poder de polícia das profissões (Rep. 930 de 1969), e do Direito Americano, no julgamento relativo à Lei de Segurança Nacional (HC de 21 de fevereiro de 1969). Na fase subsequente, passaram-se a inferir, na Corte Suprema Brasileira, essas noções de proporcionalidade e de razoabilidade dos princípios constitucionais implícitos, como no último julgamento, ou explícitos, havendo vários precedentes nos quais se reconhece a razoabilidade como ínsita ao conteúdo do princípio da igualdade, a partir das memoráveis lições de Santiago Dantas e da construção teórica de Celso Antônio Bandeira de Mello acerca do conteúdo jurídico da igualdade. Finalmente, nos últimos julgamentos, invocam-se de modo expresso, nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, extraídos do princípio do “devido processo legal”, sob o influxo da interpretação americana – jurisprudencial e doutrinária deste último (v. ADIN 966-4 e 958-3 e ADIN n.º 1158, em 19 de dezembro de 1994).”

⁴⁷ - “A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, *Repertório IOB de Jurisprudência*, no. 23/94, 1ª dezembro de 1994.

como o direito de propriedade. É um poder cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do “détournement de pouvoir”.

Contudo, é provavelmente a Representação no. 1077, de 28/03/84, que teve como relator o Ministro Moreira Alves aquela que mais claramente enfatizou o princípio ao se decidir que:

“Sendo – como já se acentuou – a taxa judiciária, em face do atual sistema constitucional, taxa que serve de contraprestação à atuação de órgãos da justiça cujas despesas não sejam cobertas por custas e emolumentos, tem ela – como toda taxa com caráter de contraprestação – um limite, que é o custo da atividade do Estado, dirigido àquele contribuinte. Esse limite, evidentemente, é relativo, dada a dificuldade de se saber, exatamente, o custo dos serviços a que corresponde tal contraprestação. O que é certo, porém, é que não pode taxa desta natureza ultrapassar uma equivalência razoável entre o montante a que pode ser compelido o contribuinte pagar, tendo em vista a base de cálculo estabelecida pela lei e o quantum da alíquota põe esta fixado”.

Uma vez fixada da idéia de equivalência razoável (ou proporcionalidade em sentido estrito) entre o custo do serviço e a prestação cobrada, concluiu o voto pela inconstitucionalidade do artigo 118 da lei estadual que de forma genérica, fixava em 2% sobre o valor do pedido o quantum devido pelo contribuinte.

Mais recentemente, o mesmo princípio foi invocado a propósito do julgamento da ADIN 855-2 acerca da lei estadual paranaense no. 10.248, de 14/01/93, que tornava obrigatória a pesagem, pelos estabelecimentos que comercializassem GLP, a vista do consumidor, por ocasião da venda de cada botijão ou cilindro vendido ou trocado. Neste caso, reconheceu-se que a impraticabilidade da pesagem obrigatória conduzia a invalidade da norma que a tornava obrigatória, por ofensa ao princípio da razoabilidade.⁴⁸

⁴⁸ Nas palavras do relator Ministro Sepúlveda Pertence: “De sua vez, os esclarecimentos de fato- particularmente a manifestação do Instituto Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial – INMETRO, do Ministério da Justiça, são de múltipla relevância para este julgamento liminar. Eles servem, de um lado, como proficientemente explorados na petição,- não só para lastrear o questionamento da proporcionalidade ou da razoabilidade da disciplina legal impugnada, mas também para indicar a conveniência de sustar, ao menos provisoriamente - as inovações por

Por fim, também no julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade de no. 966-4 e 958-3, julgadas em 1994 os princípios da razoabilidade e proporcionalidade voltaram a ser invocados na declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da lei 8.713/93 que estabeleceu normas gerais para as eleições gerais de 03 de outubro de 1994.⁴⁹

Merece destaque ainda, o julgado na ADIN no. 1.521, que teve o Ministro Marco Aurélio de Mello como Relator, na qual se reconheceu, mais diretamente, o sentido de razoabilidade enquanto proibição do excesso:

“As intervenções legislativas não podem gerar conseqüências desproporcionais àquelas exigidas para a realização dos fins propostos, nem resultarem demasiadamente onerosas sob uma equação de custo-benefício mais ampla. Assim, a exclusão do valor-limite das mensalidades escolares dos valores adicionados às mensalidades de 1995, que estivessem sob questionamentos administrativos ou judiciais, não era razoável e ofendia ao devido processo legal substantivo, pois importava que a impugnação feita por um ou alguns estudantes pudesse inviabilizar a inclusão da parcela controvertida no valor das mensalidades de todos os alunos de uma determinada instituição de ensino⁵⁰”

A primeira vista e até o presente momento, a conclusão a que se chegaria é a de que a norma contida no artigo 23, I da Lei 8.884/94 seria inconstitucional, porquanto violadora dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Esta contudo, não é a conclusão a que vou chegar, conforme procurarei demonstrar a seguir.

A ADIN n. 1094-8-DF

Em primeiro lugar, frise-se que o artigo 23, I da Lei 8.884/94, no que tange ao seu limite máximo, já foi objeto de apreciação pela ADIN no.

ela impostas, as quais onerosas e de duvidosos efeitos úteis – acarretariam danos de incerta reparação para a economia do setor, na hipótese – que não é de afastar – de que se venha ao final declarar a inconstitucionalidade da lei”.

⁴⁹ Também esta decisão é objeto de cuidadosa análise por parte de Gilmar Mendes Ferreira e Suzana (págs. 103-128), nos trabalhos citados.

⁵⁰ RTJ, vol. 173, t.2, pag. 424.

1094-8-DF, julgada em 21 de setembro de 1995. Ao julgá-la o Ministro relator Carlos Velloso assim se exprimiu:

“sustenta-se, ademais, que seria inconstitucional a multa de trinta por cento inscrita no inciso I do art. 23. (...) Sustenta-se que a multa, no percentual de 30% do valor do faturamento bruto é confiscatória, pelo que atenta contra o direito de propriedade garantido no artigo 5º, XXII. Não se tem, no caso, entretanto, multa de 30%. Tem-se, sim, multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto, excluídos os impostos. Concedo que, em certos casos, poderá ocorrer inconstitucionalidade material, vale dizer, inconstitucionalidade em concreto, no caso de aplicação da multa no seu grau máximo. Em abstrato, entretanto, não vejo configurada, pelo menos ao primeiro exame, a inconstitucionalidade argüida. Não tem relevância, portanto, a argüição. Inde-firo a cautelar, no ponto” (grifo meu).

O caso em exame, contudo, não se refere ao limite máximo da sanção imposta, mas sim ao limite mínimo, a partir do qual, em tese o aplicador da lei não poderia recuar. Nas hipóteses I, II e III pelas quais iniciei meu raciocínio, não se trataria de definir a dosimetria da sanção desproporcionalmente acima do mínimo permitido, mas sim do reconhecimento de que já o mínimo importaria em desproporção caso a hermenêutica da lei se fizesse sob limites da mera literalidade aparente. Neste sentido, a questão agora discutida envolve, sim, exame de eventual inconstitucionalidade genérica e abstrata da lei e não apenas a potencial inconstitucionalidade concreta derivada da aplicação da lei in concreto, no seu limite máximo.

Vale admitir também, que a desproporcionalidade concreta na aplicação da lei não será um resultado necessário decorrente da interpretação que ora estou a atacar. Isto porque é evidente que sempre que houver uma correspondência entre o mercado relevante do produto e geográfico em que se realizou a conduta e o faturamento global da empresa sancionada, não se haverá que falar em nenhum tipo de distorção ou desproporção na dosimetria da sanção (como ocorre na situação descrita pela hipótese IV). Ocorre, contudo, que esta poderá ser comumente a exceção e não a regra no mundo dos fatos econômicos.

A racionalidade econômica e as sanções

Conforme salienta João Bosco Leopoldino da Fonseca, “As normas pertinentes à preservação da concorrência no mercado não podem aplicar-se

em abstrato. Deve-se sempre proceder a uma análise do caso concreto, seguindo os parâmetros e os métodos da economia.”⁵¹ É bem verdade que inexistente consenso estável no campo da teoria da economia aplicada ao direito antitruste (Especialmente no Brasil. Provavelmente tal afirmação deveria ser matizada num país como os Estados Unidos, onde se identifica claramente a hegemonia teórica de um paradigma de análise econômica no debate sobre o direito concorrencial). Não obstante, é certo que a utilização da racionalidade econômica, em que pese a polemicidade envolvida neste conceito, constitui-se num dos critérios balizadores para a definição dos limites da razoabilidade na interpretação da lei 8.884/94.

Na análise de uma determinada conduta praticada por um agente econômico é racional que a sanção imposta seja proporcional à vantagem econômica envolvida com a prática da infração. Assim, uma sanção inferior ao valor da vantagem auferida pela conduta infracional será uma sanção ineficaz, tendo em vista que um agente econômico racional não se verá desencorajado a praticar a infração. É por tal motivo que o próprio artigo 23, I da Lei antitruste prevê que o valor mínimo da sanção jamais poderá ser inferior ao valor da vantagem auferida.⁵²

Contudo, uma sanção eficaz deverá manter uma certa proporcionalidade com a vantagem econômica auferida, bem como com o risco de que a punição ocorra. Uma sanção, será excessivamente alta se impuser um ônus muitas vezes superior à vantagem potencial máxima associada à conduta ilícita⁵³. Isto se demonstra verdadeiro não apenas do ponto de vista do princípio constitucional da proporcionalidade (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito), de claro matiz valorativo, como também do ponto de vista econômico. Isto porque a imposição de multas excessivas pode levar as empresas a adotar um comportamento estratégico e oportunista, visando a criação de novas empresas setoriais, voltadas para a atuação em determinados mercados relevantes específicos, sempre que estivessem sujeitas a condenação por

⁵¹ João Bosco Leopoldino da Fonseca, op. cit., . 65.

⁵² Cfr. Sobre o assunto e tal premissa escreveu de maneira pioneira Gary Becker, “crimen y castigo: un enfoque económico, in Derecho y Economía. Una revision de lá literatura, Andres Roemer (org), ITAM, Mexico, 2000, pasgs.383-420.

⁵³ Tal preocupação já era presente em Jeremy Bentham ao enunciar a sua quinta norma sobre a dosimetria das sanções no capítulo “A proporcionalidade entre as punições e os crimes”, Princípios da Moral e da Legislação, Col. Os Pensadores, São Paulo, 1979, pag.62,: “Quinta Norma: O ultimo objetivo é, qualquer que seja o crime que se tencione coibir, proibi-lo da maneira menos dispendiosa possível; e por isso, a punição não deve em caso algum ser maior do que for necessário para que esta seja conforme às normas aqui indicadas.”

condutas anticoncorrenciais, de modo a reduzirem os riscos de serem sancionadas com base no faturamento bruto global do grupo econômico a que pertencem.

Ademais, ainda do ponto de vista econômico, importa considerar que a elevação excessiva da sanção pode freqüentemente levar ao descrédito da própria penalidade, gerando uma diminuição de seu potencial desencorajador de condutas infracionais similares. Ora, a imposição de multa que se sabe de antemão ser desproporcional já no seu mínimo legal, produz tal efeito na medida em que se saberá que há grandes chances de que venha a ser anulada pelo Poder Judiciário. É sobre este ponto que chamava a atenção o Ministro Carlos Velloso em seu voto no julgamento da ADIN no. 1094-8-DF (“Concedo que, em certos casos, poderá ocorrer inconstitucionalidade material, vale dizer, inconstitucionalidade em concreto, no caso de aplicação da multa no seu grau máximo”).

Assim, conclui-se que também do ponto de vista econômico sanções desproporcionais são irracionais e, como tal, violadoras do princípio da razoabilidade utilizável também na análise antitruste.

A doutrina americana do *treble damages*

A jurisprudência antitruste internacional tem admitido como limite ótimo para a fixação do valor da sanção em ações indenizatórias o montante equivalente a três vezes o valor do dano provocado. No direito norte-americano, trata-se da doutrina do *treble damages*. No direito deste país, embora seja possível a aplicação ao infrator de sanção administrativa pecuniária⁵⁴, a cominação de multa se dá precipuamente em casos em que são objetos de controvérsia condutas penalmente tipificáveis ou passíveis de reparação

⁵⁴ Neste ordenamento, a equity action (ação que visa restaurar as condições de competitividade do mercado e não propriamente multar os infratores econômicos) é o meio preferido pelo Departamento de Justiça e pelo Federal Trade Commission para a adjudicação das práticas infrativas à ordem econômica. Este último (FTC) sequer possui competência para sancionar civil e criminalmente condutas passadas. “Because it controls future behavior rather than punishing past acts, the equity action has proved an admirable vehicle for the development of antitrust law. Its main purpose is to restore competitive equity relief rather than to penalize conduct or compensate injured parties. However, equity relief may include, where appropriate, the disgorgement of improperly obtained gains.” (Philip Areeda, Antitrust Law. Paragraph 325: Equitable Relief – Nature, Objectives and Scope)

civil. A medida de caráter punitivo-pecuniário por excelência no direito antitruste norte-americano é a ação civil indenizatória chamada *private suit for treble damages*.⁵⁵

Trata-se, na verdade, de ação civil, proposta pelos indivíduos diretamente lesados por competidores que cometeram graves infrações à ordem econômica, tais como cartelização de preços, monopolização de produtos e concentrações empresariais ilegais, sendo o pedido o ressarcimento do valor do dano triplicado. Tal critério tipificador, contudo, é expresso e irrenunciável, mas retrata algum tipo de presunção de racionalidade econômica⁵⁶. O remédio *treble damages*, apesar de sua aparência privatista, serve, como bem reconhecido pelos tribunais do país em que é utilizado, a dois propósitos: compensação do dano e prevenção. Prevenção porque desencoraja os competidores a praticarem condutas ilegais, uma vez que, além de terem que restituir a vantagem ilicitamente auferida, estarão contribuindo para o restabelecimento, no mercado, daquele competidor que ele tentara destruir.⁵⁷ O *treble damages*, desta forma, assume uma função de vital importância para a difusão da cultura de obediência às leis antitruste. Além do caráter de reparação civil, assume essa sanção um caráter coercitivo desencorajados de novas condutas infracionais.⁵⁸

⁵⁵ O parágrafo 4º do Clayton Act institui o *treble damages* para as infrações antitruste, in verbis: (...) any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefore in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee.

⁵⁶ Cfr. PRIVATE TREBLE DAMAGE ANTITRUST ACTIONS: AN OUTLINE OF FUNDAMENTAL PRINCIPLES; John M. Desiderio, Brooklyn Law Review; Spring, 1982; ARE ANTITRUST "TREBLE" DAMAGES REALLY SINGLE DAMAGES?; Robert H. Lande, Ohio State Law Journal, 1993.

⁵⁷ Areeda, Antitrust Law. Paragraph 325: Equitable Relief – Nature, Objectives and Scope, assim descreve o impacto do *treble damages* sobre o direito antitruste: "Such a remedy not only compensates private persons for their injuries, but gives them a powerful financial incentive to enforce the antitrust laws. The result is that public enforcement, which is inevitably selective and least likely to concern itself with local, episodic, or less than flagrant violations, is supplemented by private enforcement, which increases the likelihood that a violator will be found out, greatly enlarges penalties, and thereby helps discourage illegal conduct. Some antitrust violators have found the cost of violation to be very high."

⁵⁸ Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Princípios Gerais de Direito Administrativo, 2. Ed, vol. I, Forense, 1979, a multa administrativa "pode ter caráter coercitivo ou de reparação civil. Se coercitiva, visa a forçar, ante a intimidação da sua

Importante ressaltar que, nos casos em que o *treble damages* é aplicado, dificilmente será necessária interferência dos órgãos antitruste, eis que esta ação também tem função coercitiva. O *treble damages*, apesar de não impedir o ajuizamento das referidas *equity suits* pelo poder público, acaba por indiretamente compelir o réu à cessação da prática. Fato é que, nos últimos quarenta anos, nos Estados Unidos, cada vez mais o governo afastou-se da propositura de ações perante o Judiciário, enquanto que o *treble damages* tornou-se elemento essencial da política de repressão anticoncorrencial.⁵⁹

Conclui-se que o *treble damages* não possui um caráter exclusivamente privatista, mas assume também uma função punitiva que, em essência, não difere da sanção antitruste norte-americana de natureza penal. Disto decorre que a medida de triplicação do dano tem servido de medida para a quantificação do valor da sanção suficientemente alta para desencorajar condutas anticoncorrenciais.

Exemplos na legislação brasileira e europeia

Também a legislação brasileira recente tem demonstrado inclinação para a adoção deste critério de triplicação do dano como medida de quantificação do valor das sanções. Este é o caso da recente legislação que estabelece parâmetros para sanções aplicáveis pela Comissão de Valores Mobiliários com a nova redação dada pela Lei n.º 9.457, de 5.5.1997:

Art. 11, parágrafo. 1º A multa não excederá o maior destes valores:

I - R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais);

II - cinquenta por cento do valor da emissão ou operação irregular;

ou

III - três vezes o montante da vantagem econômica obtida ou da perda evitada em decorrência do ilícito.

aplicação, não torne o infrator a desobedecer as determinações ordinatórias de serviço ou legais. Se de composição patrimonial de prejuízos, simplesmente compensar o dano presumido pela infração cometida. (Apud Régis Fernandes de Oliveira, in *Infrações e Sanções Administrativas*, RT, 1985.

⁵⁹ “Private enforcement has become increasingly important in the last forty years because of the significant decrease in the number of government prosecutions of antitrust violations.” (CHARNAS, Charles N. *California Law Review*, May, 1984.)

§ 2º Nos casos de reincidência serão aplicadas, alternativamente, multa nos termos do parágrafo anterior, até o triplo dos valores fixados, ou penalidade prevista nos incisos III a VIII do caput deste artigo.

É certo, contudo, que os parâmetros de uma lei não se definem pelos critérios utilizados por outra legislação, em particular aquela adotada em outra jurisdição. O que se quer salientar, contudo, é a existência de uma racionalidade econômica neste parâmetro dosimétrico que restaria desrespeitado caso fosse acolhida a interpretação literal utilizada na análise das hipóteses I a III, em especial a hipótese I. Isto porquanto, naquelas hipóteses, o valor mínimo da multa poderia ultrapassar o limite prudencial de triplicação do valor do dano para o cálculo do valor da sanção.

É de se lembrar também, que o valor do dano não equivale ao valor da vantagem auferida. Isto porque o valor do dano causado pode, exceder em muitas vezes o valor da vantagem. Além disso, os danos provocados no mercado concorrencial têm muitas vezes natureza difusa e coletiva, além de individual, o que torna bastante complexa a sua quantificação. Retomarei o argumento ao final.

A conclusão que se chegaria até o presente momento é no sentido de que o critério mais racional do ponto de vista econômico para a fixação da dosimetria da multa deveria levar em consideração o faturamento da empresa no mercado relevante definido para a análise do caso e não pura e simplesmente o seu faturamento bruto nacional. Isto porque tal critério proporcionaria o estabelecimento de uma relação econômica de proporcionalidade entre o ambiente econômico no qual teriam sido auferidas as vantagens e provocados os danos, mantendo-se, assim, certa relação entre ambos. Afinal, a vantagem auferida e o dano provocado mantêm relação direta com o mercado relevante definido para a análise da conduta. Vale notar que tal metodologia é adotada pelas Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 15(2) of Regulation No 17 and Article 65(5) of the ECSC Treaty⁶⁰ aos estabelecerem o critérios para a dosimetria no campo concorrencial.

Neste documento podemos verificar a inclusão de semelhantes critérios de proporcionalidade em face da extensão dos danos em seus mercados relevantes, estabelecendo critérios máximos incidentes sobre o faturamento das empresas⁶¹. A metodologia lá utilizada toma por base um valor básico

⁶⁰ Published in the Official Journal: OJ C 9, 14.01.98

⁶¹ The principles outlined here should ensure the transparency and impartiality of the Commission's decisions, in the eyes of the undertakings and of the Court of Justice

definido a partir da gravidade e duração da infração⁶². A gravidade, por sua vez, é definida levando-se em consideração o mercado relevante afetado⁶³.

alike, whilst upholding the discretion which the Commission is granted under the relevant legislation to set fines within the limit of 10% of overall turnover. This discretion must, however, follow a coherent and non-discriminatory policy which is consistent with the objectives pursued in penalizing infringements of the competition rules. (...) (5) General comments

(a) It goes without saying that the final amount calculated according to this method (basic amount increased or reduced on a percentage basis) may not in any case exceed 10% of the world-wide turnover of the undertakings, as laid down by Article 15(2) of Regulation No 17. In the case of agreements which are illegal under the ECSC Treaty, the limit laid down by Article 65(5) is twice the turnover on the products in question, increased in certain cases to a maximum of 10% of the undertaking's turnover on ECSC products.

O texto realça, assim, a existência de um limite máximo do percentual do faturamento no âmbito do mercado do produto no mercado geográfico formado pelos países que integram o mercado comum europeu.

⁶² The new method of determining the amount of a fine will adhere to the following rules, which start from a basic amount that will be increased to take account of aggravating circumstances or reduced to take account of attenuating circumstances.

(1) Basic amount

The basic amount will be determined according to the gravity and duration of the infringement, which are the only criteria referred to in Article 15(2) of Regulation No 17.

⁶³ A. Gravity

In assessing the gravity of the infringement, account must be taken of its nature, its actual impact on the market, where this can be measured, and the size of the relevant geographic market.

Infringements will thus be put into one of three categories: minor infringements, serious infringements and very serious infringements.

- Minor infringements: These might be trade restrictions, usually of a vertical nature, but with a limited market impact and affecting only a substantial but relatively limited part of the Community market.

Likely fines: ECU 1 000 to ECU 1 million

- Serious infringements: These will more often than not be horizontal or vertical restrictions of the same type as above, but more rigorously applied, with a wider market impact, and with effects in extensive areas of the common market. They might also be abuses of a dominant position (refusals to supply, discrimination, exclusion, loyalty discounts made by dominant firms in order to shut competitors out of the market, etc.).

Likely fines: ECU 1 million to ECU 20 million.

- Very serious infringements: These will generally be horizontal restrictions such as price cartels and market-sharing quotas, or other practices which jeopardize the pro-

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

Ademais, o valor da sanção sempre deverá ser superior à vantagem auferida de modo a desencorajar a prática sancionada⁶⁴. Importante consignar,

per functioning of the single market, such as the partitioning of national markets and clearcut abuses of a dominant position by undertakings holding a virtual monopoly (cf. Decisions 91/297/EEC, 91/298/EEC, 91/299/EEC, 91/300/EEC and 91/301/EEC - Soda Ash (1); 94/815/EC - Cement (2); 94/601/EC - Cartonboard (3); 92/163/EC - Tetra Pak (4); and 94/215/ECSC - Steel beams (5).

Likely fines: above ECU 20 million

Within each of these categories, and in particular as far as serious and very serious infringements are concerned, the proposed scale of fines will make it possible to apply differential treatment to undertakings according to the nature of the infringement committed.

It will also be necessary to take account of the effective economic capacity of offenders to cause significant damage to other operators - in particular consumers - and to set the fine at a level which ensures that it has a sufficiently deterrent effect.

Generally speaking, account may also be taken of the fact that large undertakings usually have legal and economic knowledge and infrastructures which enable them more easily to recognize that their conduct constitutes an infringement and be aware of the consequences stemming from it under competition law.

Where an infringement involves several undertakings (e.g. cartels), it might be necessary in some cases to apply weightings to the amounts determined within each of the three categories in order to take account of the specific weight and, therefore, the real impact of the offending conduct of each undertaking on competition, particularly where there is considerable disparity between the sizes of the undertakings committing infringements of the same type.

⁶⁴ (2) Aggravating circumstances

The basic amount will be increased where there are aggravating circumstances such as:

- repeated infringement of the same type by the same undertaking(s);
- refusal to cooperate with or attempts to obstruct the Commission in carrying out its investigations;
- role of leader in or instigator of the infringement;
- retaliatory measures against other undertakings with a view to enforcing practices which constitute an infringement;
- need to increase the penalty in order to exceed the amount of gains improperly made as a result of the infringement when it is objectively possible to estimate that amount;

contudo, é que a metodologia lá utilizada faz referência expressa ao mercado relevante onde ocorre a conduta, uma vez que as vantagens auferidas, bem como os danos provocados guardam relação direta e necessária com o mercado relevante no qual as mesmas ocorrem.

Outras Questões

Haveria ainda, outras questões a responder:

a)- É factível do ponto de vista prático a consideração do faturamento no mercado relevante?

As provas trazidas aos autos demonstram, em primeiro lugar, que tal providência é factível e recomendável. Caso a informação não seja prestada pela própria empresa sancionada, tais informações poderão ser estimados a partir de cálculos baseados em informações tributárias.

Em segundo lugar, é importante notar que a lei não determina que o valor da multa deverá ser um coeficiente exato da percentagem do faturamento. Ela apenas fixa limites máximos e mínimos. Desta forma, o aplicador da sanção pode se valer de todos os meios disponíveis para chegar a uma estimativa razoável para justificar o cálculo da dosimetria. Os percentuais de 1% e 30 % referidos no artigo 23, I da Lei 8.884/94 são apenas limites máximos e mínimos. Consigne-se que tanto a doutrina como a jurisprudência em matéria antitruste têm reconhecido a dificuldade na fixação exata de valores no momento da dosimetria, sendo curial que o cálculo da mesma deve se dar por estimativas e sempre em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

b)- Eventuais falhas na fixação do faturamento da empresa no mercado relevante poderiam importar em gravame excessivo para o particular?

A resposta aqui é negativa. Sendo o limite máximo do faturamento no mercado relevante o próprio faturamento global da empresa, é certo que esta metodologia de análise e interpretação da lei jamais importaria em ônus excessivo para o particular que, na pior das hipóteses, se veria submetido a uma cálculo de faturamento no mercado relevante igual ao faturamento nacional, nunca, porém superior.

c)- Esta metodologia de análise tornaria ineficaz a imposição de sanções pecuniárias aos grandes agentes econômicos?

Mais uma vez aqui a resposta é negativa, uma vez que a fixação do limite mínimo e máximo do faturamento, levando em consideração o mercado relevante, não importa necessariamente na imposição da multa mínima. Muito

ao contrário, na verdade, este critério torna a aplicação da sanção mais flexível e consentânea com os objetivos da individualização da pena. Assim, a multa para empresas de grande porte econômico, em homenagem ao disposto no artigo 27, II da lei antitruste (“na aplicação das penas previstas nesta Lei serão levados em consideração: VII – a situação econômica do infrator”) recomendável seria a aplicação de multa bem acima do valor mínimo. A lei conferiu limites mais flexíveis para a correta individualização da sanção para que se pudesse levar em consideração a situação econômica do infrator, a qual se define não apenas pelo faturamento global da empresa, como também do próprio grupo econômico a que pertence.

Contudo, acolhida a interpretação literal que se buscou atacar, quase sempre que a empresa infratora detivesse situação econômica privilegiada, com substancial faturamento bruto em todas as suas atividades de âmbito nacional, haveria constrangimentos legais para a imposição de multa acima do mínimo legal. Na verdade, consoante se argumentou, os constrangimentos poderiam importar na ilegalidade já na imposição da sanção em seu mínimo legal, consoante se verificou na análise das hipóteses I, II e III.

Bastaria lembrar que todas as 100 maiores empresas com sede no Brasil apresentaram faturamento em 2001 superior a um bilhão de reais. A maior delas atingiu a cifra de 34 bilhões de reais. Todas as grandes empresas apresentam um grande portfolio de produtos e atuam em diversos mercados regionais⁶⁵. Segundo dados extraídos de AC, recentemente por este Plenário,

⁶⁵ A título de exemplo veja-se o imenso leque de produtos e serviços de algumas grandes empresas:

Petrobrás Distribuidora: Produtos: distribuição de gasolina, álcool, diesel, querosene, lubrificantes e gás natural veicular para segmentos da indústria automotivo, marítimo, ferroviário e na aviação; comércio varejista de produtos de conveniência (Lojas BR Mania); prestação de serviços de reparos mecânicos (Siga Bem Caminhoneiro); serviços de troca de lubrificantes (óleos, fluidos, etc.), filtros (Lubrax Center); prestação de serviços de lavagem de veículos (Lavamania).

Petrobrás Petroquímica: produtos: exploração de petróleo; produção de combustível; gasolinas automotivas; combustíveis de aviação; óleo diesel; óleos lubrificantes acabados e graxas; óleos lubrificantes; óleos combustíveis; glp; gás natural; produtos asfálticos; querosenes de iluminação; solventes; parafina; matéria prima para fertilizantes; nafta petroquímica; coque verde de petróleo; enxofre; bunker

CVRD: Produtos: Minerais ferrosos: minério de ferro ("in natura") e pelotas, minério de manganês e ligas de manganês; Minérios não ferrosos: ouro⁹, cobre, potássium e caulim¹⁰; Alumínio¹¹; Celulose e papel¹²; energia: tem como missão produzir energia para o suprimento de instalações industriais da CVRD e para a venda de excedentes para o mercado. Aços:

Volkswagen: produtos: Automóveis: Gol, Golf, Parati, Santana, Bora, New Beetle, Passat, Variant, Kombi e Saveiro; Caminhões e ônibus: linhas de leve, médios e pesados, família Titan e ônibus; Serviços: Banco Volkswagen, Volkscard e Volkservice, Laboratório de Calibração¹³

Eastman Kodak Company: Produtos filmes negativos coloridos e preto e branco para amadores e profissionais; pilhas, fitas de vídeo e câmaras fotográficas; filmes de alto contraste para gravação de imagens médicas, utilizando processadores à laser, para ultrassom, ressonância magnética e tomografia computadorizada; impressoras à laser, inclusive para impressão de resultados de ressonância magnética, tomografia computadorizada e outras imagens médicas em filme digital; processadoras, reveladores e fixadores (fotoquímicos); scanners de filmes e impressoras a jato de tinta de amplo formato; serviços de revelação, duplicação e ampliação de filmes relacionados à fotografia profissional e amadora.

Gerdau: Produtos para a construção civil: Vergalhões GG;50 e CA;25; Vergalhões CA;60; Arames Recozidos; Barras de Transferência; Treliças; Alambrados; Telas Nervuradas Gerdau; Colunas POP; Malhas POP; Estribos; Armafer ; Serviço de Corte e Dobra; Produtos para a indústria; Barras e Perfis ; Fio; Máquina ; Sistema Construtivo; Multiviga; Produtos para Suinocultura ; Gerdau Cor; Produtos agropecuários: Arame Galvanizado; Arame para Cerca Elétrica; Arame para Culturas Aéreas; Arames Farpados; Arames Ovalados Gerdau; Cercafix; Cordoalha de Aço; para Culturas Aéreas; Cordoalha de Aço para Curral; Grampo Farpado; Grampos; Mourão de Aço; Pregos de diversos tipos: Aços especiais:

Siemens: atua em mais de 170 mercados de produtos e serviços.

Copesul Principais Produtos: Eteno ; Propeno ; Benzeno ; butadieno; Tolueno Xilenos; aromático ; Solvente C6 ; Solvente C9 ; Refinado C6C8 ; Resíduos aromáticos ; C7C8 aromático ; MTBE ; Buteno 1; Propano

Usiminas: Chapas grossas: dezenas de tipos de ações e estruturas em geral.

Basf: Químicos: inorgânicos, petroquímicos e intermediários; Plásticos e fibras: estirênicos, polímeros de performance e poliuretanos; Produtos de reforma e tintas: químicos de performance, polímeros funcionais e tintas (imobiliárias, automobilísticas e repintura automotiva); Produtos para a agricultura e nutrição: química fina e produtos para a agricultura; Petróleo e gás:

Dow Química S/A: atua nos mercados mundiais de produtos químicos e petroquímicos. Em 1998 mais de 3.500 produtos. No mercado brasileiro, o grupo Dow comercializava hidrocarbonetos (petroquímicos básicos),

produtos químicos e químicos especiais, plásticos e plásticos especiais, defensivos agrícolas, corretagem de seguros e serviços financeiros de previdência.

Embratel: serviços telefônicos de longa distância nacionais (incluindo serviços de telefonia intra; regionais e inter regionais em todo Brasil); serviços telefônicos de longa distância internacionais, serviços de comunicação de dados (incluindo serviços de comunicação de dados de alta velocidade arrendados, comunicação de dados por satélite, comunicação de dados via comutador e sistemas de relê e manuseio de men-

uma única grande empresa produziria mais de 3.500 produtos⁶⁶. Para todas elas problemas e inconsistências evidenciadas através das hipóteses I, II e III se colocariam.

A tabela abaixo, com a receita líquida das 50 maiores empresas brasileiras dá uma dimensão da situação

**Ranking por Receita Operacional Líquida das Maiores Sociedades Anônimas do Brasil
2001**

Exercício-base: 2000

Rank por Receita	Razão Social	Setor	UF*	Ativo Total (R\$ mil)	Receita Operac. Líquida (R\$ mil)	Patrimônio Líquido (em R\$ mil)
1	Petróleo Brasileiro SA - Petrobras	Refino de petróleo e produção de álcool	RJ	65.018.487	44.627.657	25.258.884
2	Petrobrás Distribuidora SA	Comércio por atacado	RJ	3.324.426	12.233.276	1.471.642
3	Shell Brasil SA	Comércio por atacado	RJ	2.419.008	7.648.921	934.403
4	Telecomunicações de São Paulo SA - Telesp	Telecomunicações	SP	19.878.949	7.137.463	14.466.06
5	Cia. Brasileira de Petróleo Ipiranga	Comércio por atacado	RJ	1.576.799	7.127.423	994.606
6	Cia. Brasileira de Dis-	Comércio varejista	SP	6.613.939	6.866.268	3.006.914

sagens); transmissão de texto, som e imagem e comunicações via satélite móvel e marítimo.

Telefônica: telefonia fixa ; móvel; Internet; call center; guias telefônicos; tráfego de dados; cabos submarinos; business to business.

Shell: venda de combustíveis a varejo; distribuição de lubrificantes; extração de petróleo; produção de combustível; produção e comercialização de GLP; geração elétrica; fornecimento de óleo combustível e diesel; fornecimento de combustível para motor a combustão e turbinas, fluidos hidráulicos e graxas de aviões; produção de químicos: solventes, glicóis, polióis, produtos químicos básicos e poliolefinas

Ipiranga: refino de petróleo; distribuição de combustível; comercialização de combustível e outros produtos; produção de óleos brancos, produtos químicos básicos, polietileno de alta densidade, polipropileno e fluidos especiais; fabricação e distribuição de produtos para pavimentação e conservação de rodovias, impermeabilização para construção civil e para fins industriais.

⁶⁶ - Cfr. Ato de Concentração nº 08012.007759/1999. Requerentes: Dow Química S/A e Union Carbide Química Ltda.

tribuição - CBD						
7	Empresa Brasileira de Telecomunicações SA - Embratel	Telecomunicações	RJ	11.749.441	6.691.921	6.150.187
8	Furnas Centrais Elétricas SA	Eletricidade e gás	RJ	15.169.051	6.107.022	9.859.183
9	Texaco Brasil SA Produtos de Petróleo	Comércio por atacado	RJ	1.283.758	5.558.928	437.392
10	Fiat Automóveis SA	Fabricação e montagem de veículos automotores, partes e peças	MG	4.279.922	5.471.298	2.052.309
11	Varig SA - Viação Aérea Riograndense	Serviços de transporte	RS	3.027.188	5.322.011	-148.652
12	Cia. Vale do Rio Doce	Extração mineral	RJ	20.100.000	4.980.000	0
13	Embraer - Empresa Brasileira de Aeronáutica SA	Aeronaves, embarcações e veículos ferroviários	SP	5.159.079	4.962.000	1.605.592
14	Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo SA	Eletricidade e gás	SP	8.807.838	4.631.925	2.557.800
15	Brasil Telecom SA	Telecomunicações	DF	12.493.482	3.809.703	7.173.923
16	Cia. Energética de Minas Gerais SA - Cemig	Eletricidade e gás	MG	11.886.978	3.627.563	7.817.533
17	Bunge Alimentos SA	Produtos alimentícios	SC	3.464.635	3.451.751	777.832
18	Cia. De Saneamento Básico do Estado de São Paulo - Sabesp	Saneamento	SP	15.192.145	3.355.751	8.268.473
19	Cia. Siderúrgica Nacional - CSN	Metalurgia básica	RJ	15.477.448	3.239.141	5.746.058
20	Ericsson Telecomunicações SA	Material eletrônico e equipamentos de comunicações	SP	3.102.733	3.016.442	1.003.419
21	Cargill Agrícola SA	Produtos alimentícios	SP	2.280.995	2.963.251	478.748
22	Light - Serviços de Eletricidade SA	Eletricidade e gás	RJ	9.119.904	2.907.515	2.185.833
23	Cia. Cervejaria Brahma	Bebidas	RJ	5.943.393	2.849.150	2.576.768
24	Copene - Petroquímica do Nordeste AS	Produtos químicos	BA	3.800.602	2.826.830	2.267.793
25	Gerdau AS	Metalurgia básica	RJ	4.469.777	2.796.488	2.365.207
26	Telesp Celular SA	Telecomunicações	SP	6.178.761	2.766.706	3.255.421
27	Cia. Paulista de Força e Luz - CPFL	Eletricidade e gás	SP	6.258.731	2.413.585	4.264.526

28	Copesul - Cia. Petro- química do Sul	Produtos químicos	RS	2.437.518	2.399.997	903.855
29	Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais AS - Usiminas	Metalurgia básica	MG	8.579.364	2.394.514	3.493.847
30	Bandeirante Energia SA	Eletricidade e gás	SP	2.632.698	2.356.456	656.912
31	Telecomunicações do Rio de Janeiro AS - Telemar Rio de Janeiro	Telecomunicações	RJ	5.780.511	2.305.976	3.760.024
32	Globex Utilidades SA	Comércio varejista	RJ	1.200.292	2.186.779	520.122
33	Casas Sendas Comércio e Indústria AS	Comércio varejista	RJ	877.787	2.184.793	242.741
34	Credicard SA Adminis- tradora de Cartões de Crédito	Serviços creditícios e conexos	SP	3.222.704	2.148.485	233.698
35	Basf SA	Produtos químicos	SP	2.534.711	2.145.767	955.309
36	Cia. Hidro Elétrica do São Francisco – CHESF	Eletricidade e gás	PE	17.612.648	2.117.764	10.212.007
37	Cia. Paranaense de Energia - Copel	Eletricidade e gás	PR	7.956.321	2.021.257	4.898.154
38	Cia. Siderúrgica de Tubarão - CST	Metalurgia básica	ES	6.511.483	1.972.921	3.750.363
39	Souza Cruz SA	Produtos do fumo	RJ	2.258.771	1.913.304	1.199.213
40	Telecomunicações de Minas Gerais SA - Telemar Minas Gerais	Telecomunicações	MG	3.572.496	1.906.083	2.246.995
41	Makro Atacadista SA	Comércio por atacado	SP	704.166	1.785.407	348.621
42	Perdigão Agroindustrial SA	Produtos alimentícios	SP	2.156.138	1.660.121	538.195
43	Bompreço SA Super- mercados do Nordeste	Comércio varejista	PE	1.440.446	1.657.102	533.209
44	Construtora Norberto Odebrecht SA	Construção	RJ	2.245.535	1.636.869	1.363.732
45	Distribuidora de Produ- tos de Petróleo Ipiranga SA	Comércio por atacado	RS	546.307	1.618.625	435.966
46	Alcoa Alumínio SA	Metalurgia básica	MG	2.221.598	1.529.196	1.119.047
47	Multibrás SA Eletrodo- mésticos	Máquinas e equipa- mentos	SP	1.901.363	1.508.641	1.330.027
48	Cia. Siderúrgica Paulis- ta - Cosipa	Metalurgia básica	SP	4.954.766	1.457.962	1.802.078
49	Votorantim Celulose e Papel SA – VCP	Celulose e papel	SP	3.487.641	1.436.981	2.318.446
50	Nec do Brasil SA	Material eletrônico e	SP	2.291.566	1.388.017	41.269

		equipamentos de co- municações				
112	White Martins Gases Industriais SA	Produtos químicos	RJ	2.661.775	744.265	952.128
470	White Martins Gases Industriais do Nordeste SA	Produtos químicos	PE	424.662	127.067	245.737

Foram incluídas nesta pesquisa as empresas brasileiras que divulgaram balanços em órgãos oficiais de imprensa até o dia 20 de junho de 2001

Os valores das demonstrações contábeis das cinco empresas restantes, para efeito de comparação, foram ajustados para o período de janeiro a dezembro de 2000 segundo a variação do IGP-DI da FGV 1 – Exercício findo em 30 de junho de 2000 2 – Exercício findo em 30 de setembro de 2000. 3 – Exercício findo em 31 de março de 2000.

O conceito de receita operacional líquida utilizado é de receita bruta menos impostos indiretos, devoluções e descontos.

Fonte: FGV-CEAE (Centro de Estatísticas e Análises Econômicas)

A Interpretação e o Princípio da Integridade

Poder-se-ia argumentar que somente nos casos em que a interpretação da lei levasse a uma desproporção in concreto deveria o intérprete da lei invocar o princípio da proporcionalidade para condicionar a validade da interpretação literal da norma contida no artigo 23 da Lei 8.884/94. Neste caso, a questão a ser respondida pelo intérprete seria a seguinte: Diante de uma interpretação legal que pode produzir conseqüências jurídicas inconstitucionais, qual deve ser a posição do intérprete? 1)- Deve ele procurar, apenas nas situações concretas em que isto ocorrer fazer incidir os princípios que lhe garantam o restabelecimento da legalidade, ainda que isto importe numa interpretação contra legem? 2)- Ou deve ele procurar uma interpretação sistemática que devolva a legalidade ao dispositivo em todas as hipóteses em que se aplica, de modo a garantir uma aplicação uniforme e isonômica da norma?

A questão é complexa. Ela envolve, de um lado, a preservação de um princípio hermenêutico poderoso que consagra a literalidade da norma e a segurança jurídica nela implícita e, de outro, os princípios da igualdade na aplicação da lei e da integridade do sistema jurídico. Entendo, que, nesta nova situação de colisão de princípios, a segunda hipótese é preferível à primeira. Passo a expor os meus motivos.

Em primeiro lugar, conforme já apontado acima, o problema encontrado na interpretação que chamei de literal não se refere à sua aplicação in concreto, pelo órgão sancionador, mas sim a uma situação abstrata e genérica relativa às condições de aplicabilidade da norma. As hipóteses I, II, III e IV demonstraram-no na medida em que nelas restou configurada a possibilidade de resultados distintos e incongruentes a partir da mera análise da incidência do limite mínimo da sanção. Naquelas hipóteses, não se tratava de excesso ou desproporcionalidade na aplicação concreta da norma, mas sim, desproporcionalidade genérica, derivada dos próprios limites legais.

Em segundo lugar, entendo que uma interpretação caso-a-caso do princípio da proporcionalidade acabaria por provocar um resultado manifestamente discriminatório e não-isonômico em favor das grandes empresas, que apresentam elevados faturamentos e com frequência atuam em diversos mercados relevantes geográficos e do produto. Ora, já foi visto que a intenção da lei foi justamente apenar com maior severidade justamente os infratores em melhor situação econômica (artigo 26, VII da Lei 8884/94). Com grande frequência são os grandes infratores aqueles que contam com maior chance de exercer poder de mercado, dominá-lo e causar-lhe os maiores prejuízos. É muito provável que as infrações cometidas por empresas que atuam em mercados únicos de produtos e restritos geograficamente não gerassem as incongruências apontadas, uma vez que nelas as condições fáticas mais se assemelhariam àquelas descritas na hipótese IV. Neste caso, a violação do princípio constitucional de isonomia seria patente.

Em terceiro lugar, a aplicação caso-a-caso importaria em dois novos problemas de interpretação. O primeiro deles se refere ao fato de que nas hipóteses em que as inconsistências ocorressem, como na hipótese I, o remédio jurídico da diminuição do mínimo legal abaixo do parâmetro normativo importaria na adoção de uma interpretação contra legem in concreto do dispositivo da lei 8.884/94. Entretanto, como se verá adiante, isto contraria o princípio da presunção de constitucionalidade das leis⁶⁷. Por outro lado, a declara-

⁶⁷ Tratando do assunto pondera Marcelo Neves, in Teoria da Inconstitucionalidade das Leis, Saraiva, 1988, pags. 145-146: “A doutrina e a prática jurisprudencial formularam o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, presunção esta de caráter *juris tantum*, prevalecendo enquanto não se manifeste em sentido contrário o órgão competente, isto é, até que ele decida pela inconstitucionalidade da lei. Com base nesse princípio construíram-se duas regras tradicionais de hermenêutica: I – Na dúvida, deve decidir-se pela constitucionalidade. Pressupondo-se que a inconstitucionalidade não se presume, sustenta-se que o órgão competente só deve decretá-la quando manifesta, ou seja, clara e inequívoca. II – Deve-se adotar a interpretação que torne a lei compatível com a Constituição. Se a lei oferece dupla interpretação, uma

ção da inconstitucionalidade in concreto da norma deixaria o intérprete sem outros critérios para a aplicação da sanção.⁶⁸ Como visto, esta foi a conclusão (já citada) do julgamento da Representação no. 1077, de 28/03/84, que teve como relator o Ministro Moreira Alves e que declarou ser inconstitucional o valor da taxa judiciária⁶⁹. Neste caso, entendeu o Judiciário que não lhe com-

que implique a sua constitucionalidade e outra que importe a sua incompatibilidade com a Constituição, o órgão competente não decidirá pela sua inconstitucionalidade, devendo preferir a exegese que lhe de um sentido compatível com a Constituição, baseado na presunção de que o legislador teve a pretensão de elaborar norma jurídica válida”. Cfr. Também Lúcio Bittencourt, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, 2ª edição, Forense, RJ, 1968, pags. 93-95 e 118-120.

⁶⁸ Tratando mais uma vez do assunto, Fábio Medina Osório, op. cit., pag. 341, salienta que: “Parece-me que o princípio da proporcionalidade fornece bom caminho hermenêutico para que o intérprete não aplique automaticamente determinadas sanções legais aos atos de improbidade administrativa. Nem sempre todas as sanções incidirão automaticamente, sendo esse rigor abstrato facilmente controlável pelo princípio da proporcionalidade. Aqui, uma das críticas que se pode fazer à Lei 8.429/92 é exatamente essa de haver consagrado algumas sanções abstratamente fixas e sem flexibilidade. Claro que o caminho da inconstitucionalidade seria absurdo, pois equivaleria à eliminação da sanção, deixando a sociedade ao desabrigo. Seria uma solução radical, desarrazoada e contrária ao princípio constitucional da proporcionalidade e ao princípio da moralidade administrativa. Há outros caminhos viáveis. É possível uma interpretação em conformidade com a Constituição, resgatando-se a possibilidade de atenuação do rigor abstrato da norma, adaptando-se às peculiaridades do caso concreto, afastando-se eventualmente, ou reduzindo sua carga punitiva, consoante se faça necessário.”

⁶⁹ Naquele acórdão se concluía que: “... Por isso, taxas cujo montante se apura com base em valor do proveito do contribuinte (como é o caso do valor real do pedido), sobre a qual incide alíquota invariável, tem necessariamente de ter um limite, sob pena de se tornar, com relação às causas acima de determinado valor, indiscutivelmente exorbitante em face do custo real da atuação do Estado em favor do contribuinte. Isso se agrava em se tratando de taxa judiciária, tendo em vista que boa parte das despesas do Estado já são cobertas pelas custas e emolumentos. Não estabelecendo a lei esse limite, e não podendo o Poder Judiciário estabelecê-lo, é de ser declarada a inconstitucionalidade do próprio mecanismo de aferição do valor, no caso concreto, da taxa judiciária, certo como é que conduzirá, sem dúvida alguma, a valores reais muito superiores aos custos a que servem de contraprestação. A falta desse limite torna incompatível o próprio modo de calcular o valor concreto da taxa com a natureza remuneratória desta, transformando-a, na realidade, num verdadeiro imposto.” (grifo meu), Apud, Gilmar Mendes Ferreira, “A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, *Repertório IOB de Jurisprudência*, no. 23/94, 1ª dezembro de 1994.

petiria fixar um novo limite para a taxa, mas apenas declarar a inconstitucionalidade da norma. É este também o entendimento de diversos doutrinadores.⁷⁰

Por fim, e em quarto lugar, entendo que uma interpretação caso-a-caso como esta estaria em desarmonia com o princípio da integridade “que condena a incoerência de princípios entre os atos do Estado Personificado” (Dworkin). Para Ronald Dworkin este princípio pode ser assim enunciado:

“Estabeleci uma distinção entre duas formas de integridade ao arrojar dois princípios: a integridade na legislação e a integridade na deliberação judicial. A primeira restringe àquilo que nossos legisladores e outros participantes de criação do direito podem fazer corretamente ao expandir ou alterar nossas normas públicas. A segunda, requer que, até onde seja possível, nossos juizes tratem nosso atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas. (...)”⁷¹

⁷⁰ Cfr. Régis Fernandes e Oliveira, *Infrações e sanções Administrativas*, RT, 1985, pág. 73/74: “Interessante questão que se coloca é de se saber se ao Judiciário é permitido efetuar redução do valor da sanção pecuniária imposta. Os tribunais têm admitido tal procedimento. Entendemos inadmissível tal orientação jurisprudencial. Ao Judiciário não é dado efetuar dosagem da pena administrativa. O enquadramento realizado pela autoridade administrativa ou é legal – e eventual pretensão desconstitutiva da sanção será recusada – ou a adequação é ilegal e, pois, incumbe ao Judiciário anular o castigo imposto. Vedado lhe é reduzir o montante da sanção pecuniária, porque estaria substituindo o critério administrativo pelo judicial e haveria infração ao disposto no art. 6º da CF. Se a sanção imposta pela Administração Pública extrapola os limites legais, ao judiciário apenas é dado eliminar a lesão ao direito individual do particular. Não lhe é dado reduzir o gravame. Se a administração Pública desobedece ao princípio da proporcionalidade, causa lesão ao particular e esta deve ser retirada do mundo jurídico. Como assevera Jesús González Perez, deve o agente administrativo “eleger os meios menos restritivos à liberdade, os que resultem menos lesivos aos direitos dos administradores, não impor nenhuma carga, obrigação ou prestação mais gravosas que as que sejam necessárias para cumprir com a exigências do interesse público”. (...) Descumprida a aplicação proporcional das sanções, legítimo é ao Judiciário anular não apenas o excesso, mas a própria imposição, por incompatível com o sistema jurídico brasileiro. À administração Pública restará a possibilidade de, se ainda não ocorrida decadência ou prescrição, impor nova sanção, já então adequada à disposição legal.”

⁷¹ O Império do Direito, Martins Fontes, São Paulo, 1999, pag. 261. “O conceito não se identifica com a mera coerência. Será a integridade apenas coerência (decidir casos

Nosso sistema legal prevê situações como estas e previne o intérprete da lei de realizar interpretações casuística e desconformes com o princípio da integridade. Acredito ser esta a forma mais harmoniosa de integração dos princípios constitucionais com a norma em questão. Rejeitada a interpretação caso-a-caso, sempre que for possível uma interpretação integradora e coerente do sistema legal. Cumpre agora propor uma interpretação positiva do dispositivo.

Interpretação Conforme do Dispositivo

Como é trivial em todo procedimento hermenêutico, o intérprete do direito deve sempre procurar realizar a interpretação da lei que lhe preserve a legalidade e constitucionalidade. Conforme lembra Gilmar Mendes Ferreira, “Na doutrina menciona-se, freqüentemente, a frase de Cooley: “The court, if possible, must give the statute such a construction as will enable it to have effect.”⁷² Os Tribunais devem, portanto, partir do princípio de que o legislador busca positivar uma norma constitucional.”

semelhantes da mesma maneira) sob um nome mais grandioso? Isso depende do que entendemos por coerência ou casos semelhantes. Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção.”, op. cit., pag. 263-264. Na mesma linha de pensamento ver de Klaus Gunther, “Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica”, publicada in Cadernos de Filosofia Alemã, no. 6, pags. 85-102, agosto de 2000.

⁷² Cooley, A treatise on the constitutional, Boston, 1878, p.228. Cf. também Bittencourt, O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, p.93. Apud, Jurisdição Constitucional. O controle abstrato de normas no Brasil e Alemanha, Saraiva, 1996, pag. 268. Nesta mesma obra continua: “Também entre nós utilizam-se doutrina e jurisprudência de uma fundamentação diferenciada para justificar o uso da interpretação conforme à constituição. Ressalta-se, por um lado, que a supremacia da constituição impõe que todas as normas jurídicas ordinárias sejam interpretadas em consonância com o texto. Em favor da admissibilidade da interpretação conforme a constituição milita também a presunção da constitucionalidade da lei, fundada na idéia de que o legislador não poderia ter pretendido votar lei inconstitucional.”

No caso em comento, a preservação da legalidade e constitucionalidade do artigo 23, I da lei 8.884/94, somente pode ser feita se tornada compatível com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.⁷³ Em verdade, o controle de constitucionalidade pressupõe e envolve o controle da proporcionalidade.

Para tanto, é necessário que se proceda a uma interpretação conforme da lei, para mantê-la dentro dos limites e balizamentos constitucionais. Para apresentar este método, valho-me da didática síntese realizada pelo professor Paulo Bonavides:

“A interpretação das leis “conforme a constituição”, se já não tomou foros de método autônomo na hermenêutica contemporânea, constitui fora de toda a dúvida um princípio largamente consagrado em vários sistemas constitucionais. (...) em rigor não se trata de um princípio de interpretação da Constituição, mas de um princípio de interpretação da lei ordinária de acordo com a constituição. (...) Uma norma pode admitir varias interpretações. Destas, algumas conduzem ao reconhecimento de inconstitucionalidade, outras, porém, consentem tomá-la por compatível com a Constituição. O intérprete, adotando o método ora proposto, há de inclinar-se por esta última saída ou via de solução. A norma, interpretada “conforme a constituição”, será portanto considerada constitucional. Evita-se por esse caminho a anulação da lei em razão de normas dúbias nela contidas, desde naturalmente que haja a possibilidade de compatibilizá-las com a Constituição. A aplicação desse método parte, por conseguinte, da presunção de que toda lei é constitucional, adotando-se ao mesmo passo o princípio de que em caso de dúvida a lei será interpretada “conforme a constituição”. Deriva outrossim do emprego de tal méto-

⁷³ Cfr. Gilmar Mendes Ferreira, op. cit., pag. 201: “O certo é que o princípio da proporcionalidade, de matiz constitucional, é de ser aplicado pelos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo na elaboração e concretização das normas de Direito Administrativo Sancionador, seja na própria tipificação do ato ilícito, deixando de fora dos tipos legais comportamentos que não se mostrem materialmente lesivos aos valores tutelados pelo legislador e pelo constituinte de 1988, seja na adequação da resposta estatal, através das sanções, a ilícito de menor gravidade, seja, finalmente, na manutenção de uma coerência mínima entre os tipos sancionadores e os resultados obtidos com a intervenção pública repressiva. Verifica-se, pois, a importância do princípio em exame na aplicação de todo o Direito Administrativo Sancionador, eis que tal princípio jurídico limita, de um lado, a aparição e os contornos dos deveres jurisdicionados e administrados, e, de outro, vincula o Estado na compreensão das condutas proibidas, definindo o âmbito de alcance dos tipos repressores e suas concretas aplicações.”

do a consideração de que não se deve interpretar isoladamente uma norma constitucional, uma vez que do conteúdo geral da Constituição procedem princípios elementares da ordem constitucional, bem como decisões fundamentais do constituinte, que não podem ficar ignorados, cumprindo levá-los na devida conta por ensejo da operação interpretativa, de modo a fazer a regra que se vai interpretar adequada a esses princípios ou decisões. Daqui resulta que o intérprete não perderá de vista o fato de que a Constituição representa um todo ou uma unidade e, mais do que isso, um sistema de valor.”

O método, segundo Bonavides, toma como ponto de partida a afirmação da presunção de legalidade da norma infraconstitucional. “Presume-se, pois, da parte do legislador, como uma constante ou regra, a vontade de respeitar a Constituição, a disposição de não infringi-la. A declaração de nulidade da lei é o último recurso de que lança mão o juiz quando, persuadido da absoluta inconstitucionalidade da norma, já não encontra saída senão reconhecê-la incompatível com a ordem jurídica. Mas antes de chegar a tanto, faz-se mister tenham sido empregados todos os métodos usuais e clássicos de interpretação e que os mais importantes dentre eles levem à conclusão irrecusável e evidente da inconstitucionalidade da norma.”⁷⁴

Ora, no caso em exame é exatamente o que se verifica, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade da lei para as grandes empresas, que apresentam um faturamento elevado e relacionado frequentemente ao mercado relevante geográfico nacional pode implicar na declaração da inconstitucionalidade da sanção justamente para estas empresas. O resultado é iníquo e contrário a intenção do legislador que foi a de penalizar mais duramente justa-

⁷⁴ O autor continua: “(...) Com respeito à determinação dos limites do método em apreço, é decisivo, segundo Michel, averiguar desde logo se será atribuído ao princípio da interpretação conforme à constituição um grau mais alto do que o que possuem todos ou pelo menos certos meios gerais de interpretação (Helmut Michel, “die Verfassungskonforme Auslegung”, JuS, 1961, Heft9, p. 278). Diz aquele publicista que o ponto nevrálgico da interpretação conforme a Constituição não reside propriamente entre as teorias objetivas e subjetivas, mas em determinar se também a vontade do legislador será ou não obedecida, caso conduza a uma interpretação viciada de ilegitimidade constitucional”. Na mesma linha J.J. Canotilho, op. cit., pág. 1292: “Ora o princípio da interpretação conforme a constituição é um instrumento hermenêutico de conhecimento das normas constitucionais que impõe a recurso a estas para determinar e apreciar o conteúdo intrínseco da lei. Desta forma, o princípio da interpretação conforme a Constituição é mais um princípio de prevalência normativo-vertical ou de integração hierárquico-normativa de que um simples princípio de conservação de normas.”

mente as empresas de maior porte econômico (consoante reza o disposto no artigo 27, VII da lei 8.884/94, outrora citado). Poder-se-ia objetar que este método de interpretação implica na invasão indevida pelo intérprete da lei na função legislativa, visto que a operação hermenêutica acabaria por criar uma nova norma de direito.⁷⁵

Mais uma vez Bonavides refuta tal conclusão ao afirmar que: “na medida em que o método confessadamente se emprega para manter a lei com o máximo de constitucionalidade que for possível nela vislumbrar, em face de situações ou interpretações ambíguas, não resta dúvida de que ele não só preserva o princípio da separação de poderes como reconhece ao legislador uma posição de hegemonia no ato da concretização constitucional, o que está de todo acorde com o princípio democrático encarnado no legislativo.”⁷⁶ Cabe

⁷⁵ Ao Tribunal é possível, dentre vários caminhos interpretativos de uma mesma norma jurídica, optar pela declaração da “ compatibilidade da norma com uma determinada interpretação”, sendo objeto da decisão- suscetível de operar coisa julgada- “a constatação de que a norma, naquela interpretação, é constitucional. Eventual referência aos fundamentos da decisão na parte dispositiva serve como advertência (warnfunktion) com vista a evitar uma possível aplicação inconstitucional da lei.” MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., p. 228-229. Saliento que o autor não está tratando especificamente do controle difuso de constitucionalidade, eis que refere apenas uma importante modalidade de decisão do Tribunal alemão, pela qual uma das possíveis interpretações “ se revela compatível com a lei Fundamental”, p. 221. O autor alerta, todavia, que a constatação de que uma determinada lei é compatível com a Constituição, dentro de dado caminho interpretativo, “não significa que apenas naquela interpretação deva ela ser considerada constitucional, uma vez que a Corte constitucional não pode proferir decisão sobre todas as interpretação. A norma declarada constitucional continua, também depois da decisão do Tribunal, carecendo de interpretação em suas outras aplicações e os Tribunais ordinários, que também são componentes para aplicações do direito, podem desenvolver outras interpretações em conformidade com a constituição”, p. 228. (Cfr. 473-475 – Paulo Bonavides)

⁷⁶ Curso de Direito Constitucional, 9º Edição, Malheiros, São Paulo, 2001, pags. 479/480 Assinalando a relevância e os préstimos desse método, chegou Haak à seguinte conclusão: “Tal como foi até agora cultivado pela Corte constitucional federal, o método de interpretação conforme a Constituição permite aos juízes fazer valer a Constituição sem contudo anular a lei contestada – nem completamente, nem parcialmente – e sem aguardar que o legislador cumpra suas obrigações constitucionais. Ao invés de anular a lei contestada por violação de direitos fundamentais, os juízes não lhe reconhecem a existência senão na medida em que ela se acha autorizada pelas reservas previstas pela Constituição para a limitação legislativa dos direitos fundamentais. Ou expresso doutra maneira: eles não reconhecem a existência de uma norma legislativa suscetível de estar em conflito com a Constituição. Tendo recurso

acentuar, como fez Michel, que o método de interpretação conforme a Constituição se distingue da interpretação usual num ponto básico, a saber: o sentido da lei é extraído da própria lei. De tal modo que se recorre ao “Verfassungskonforme Auslegung” após o emprego normal dos métodos clássicos. Em suma, o método é relevante para o controle da constitucionalidade das leis e seu emprego dentro de razoáveis limites representa, em face dos demais instrumentos interpretativos, uma das mais seguras alternativas de que pode dispor o aparelho judicial para evitar a declaração de nulidade das leis. Por via de semelhante princípio, adotado sem excesso, o ato interpretativo não desprestigia a função legislativa nem tampouco enfraquece a magistratura nos poderes de conhecer e interpretar a lei pelo ângulo de sua constitucionalidade.”⁷⁷.

Em conclusão, o que se afirma é que a interpretação razoável do dispositivo, contido no artigo 23 da lei 8.884/94 condiciona a sua validade à conformidade com os princípios constitucionais. A limitação do faturamento bruto àquele obtido no âmbito do mercado relevante busca definir os limites em que a norma preserva a sua validade in abstracto.

Nesta mesma linha de pensamento, Fábio Medina observa que: “A atividade judicante não se configura apenas no reconhecer e no expressar de decisões do Legislativo. A tarefa do poder Judiciário pode particularmente exigir o trazer à luz e o realizar em decisões representações de valores, que são imanentes à ordem jurídica constitucional, mas que não, ou apenas in-

assim a uma concepção restritiva da lei e de sua interpretação, escolhem os juízes um caminho muito mais brando que o da anulação para chegar no fundo a resultados análogos. Comporta isto uma certa moderação em face do legislador e consente, doutra parte, reservar a anulação àqueles casos em que é absolutamente necessária.”(Volker Haak, “Quelques aspects ou controle de la constitutionnalité des lois exercé par la Cour Constitutionnelle de la République Fédérale d’ Allemagne”, pp. 86-87.) Cabe ainda acentuar, como fez Michel, que o método de interpretação conforme a Constituição se distingue da interpretação usual num ponto básico, a saber: o sentido da lei é extraído da própria lei. De tal modo que se recorre ao “Verfassungskonforme Auslegung” após o emprego normal dos métodos clássicos. (H. Michel, *Die Verfassungskonforme Auslegung*, ob. cit., p. 275.) Em suma, o método é relevante para o controle da constitucionalidade das leis e seu emprego dentro de razoáveis limites representa, em face dos demais instrumentos interpretativos, uma das mais seguras alternativas de que pode dispor o aparelho judicial para evitar a declaração de nulidade das leis. Por via de semelhante princípio, adotado sem excesso, o ato interpretativo não desprestigia a função legislativa nem tampouco enfraquece a magistratura nos poderes de conhecer e interpretar a lei pelo ângulo de sua constitucionalidade.

⁷⁷ Bonavides, Op. cit., pag. 480.

completamente, chegaram à expressão nos textos da leis escritas, em um ato de reconhecimento valorizador, ao qual também não faltam elementos volitivos. Nisso, o juiz deve preservar-se da arbitrariedade; a sua decisão deve descansar sobre argumentação racional. Isso precisa poder ser feito com razoabilidade porque a lei escrita não preenche a sua função de resolver com justiça um problema jurídico.”⁷⁸ No caso, quando o Tribunal Constitucional deixa de reconhecer uma flagrante desproporcionalidade entre dois tipos legais ligados ao mesmo bem jurídico, um sendo instrumento do outro, em flagrante parado-

⁷⁸ op. cit., pag. 210. Tal interpretação também é acolhida por J.J. Canotilho, op.cit., pág: 1210 a 1211: “O princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição é fundamentalmente um princípio de controlo (tem como função assegurar a constitucionalidade da interpretação) e ganha relevância autônoma quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma. Daí a sua formulação básica: no caso de normas polissémicas ou plurissignificativas deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a constituição. Esta formulação comporta várias dimensões: (1) o princípio da prevalência da constituição impõe que, dentre as várias possibilidades de interpretação, só deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais; (2) o princípio da conservação de norma afirma que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os fins da norma, ela pode ser interpretada em conformidade com a constituição; (3) o princípio da exclusão da interpretação conforme a constituição mas ‘contra legem’ impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a constituição, mesmo através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais. Quando estiverem em causa duas ou mais interpretação – todas em conformidade com a Constituição – deverá procurar-se a interpretação considerada como a melhor orientada para a Constituição. Este princípio deve ser compreendido articulando todas as dimensões referidas, de modo que se torne claro: (i) a interpretação conforme a constituição só é legítima quando existe um espaço de decisão (= espaço de interpretação) aberto a vários propostas interpretativas, umas em conformidade com a (ii) no caso de se chegar a um resultado interpretativo de uma norma jurídica em inequívoca contradição com a lei constitucional, impõe-se a refeição, por inconstitucionalidade, dessa norma (= competência de refeição ou não aplicação de normas inconstitucionais pelos juízes), proibindo-se a sua correção pelos tribunais (= proibição de correção de norma jurídica em contradição inequívoca com a constituição); (iii) a interpretação das leis em conformidade com a constituição deve afastar-se quando, em lugar do resultado querido pelo legislador, se obtém uma regulação nova e distinta, em contradição com o sentido literal ou sentido objetivo claramente recognoscível da lei ou em manifesta dessintonia com os objetivos pretendidos pelo legislador”. É de se notar que todos os requisitos foram identificados na hipótese em análise.

xo legislativo, creio que abre mão de suas prerrogativas constitucionais e legais, deixando ao desabrigo a pessoa que busca a tutela de seus direitos. Uma vontade de cumprir a Constituição também é necessária no âmbito dos órgãos judiciários, sem dúvida alguma. Uma vontade de interpretar as normas constitucionais e legais em conformidade com os superiores valores do ordenamento constitucional, de acordo com critérios de razoabilidade e prudência, é imperativa.”⁷⁹

Em síntese, pois, entendo que a interpretação mais coerente, razoável e consistente do artigo 23, I da lei 8.884/94 é aquela a expressar “faturamento bruto” como “faturamento bruto no mercado relevante”. Tal interpretação decorre tanto da aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, como também dos princípios da integridade e isonomia, incidentes através da técnica da interpretação conforme do texto legal. Ao assim proceder, entendo que a hermenêutica emprestada ao dispositivo melhor condiz com a própria vontade do legislador, bem como os princípios e racionalidade que o inspiraram.

Por fim, poder-se-ia perguntar se a interpretação do dispositivo segundo o critério do faturamento no mercado relevante imporá a mesma interpretação sempre que a expressão faturamento surgisse no texto da lei 8.884/94. Contudo, observo que não se haveria que argumentar que a lei 8.884/94 não poderia utilizar o conceito de faturamento bruto total, não vinculado ao mercado relevante. Isto porque a lei efetivamente utiliza tal critério, por exemplo, no artigo 54, § 3º. Ocorre que nestes e noutros contextos inexistente a exigência da interpretação conforme de modo a preservar a constitucionalidade da norma. Em outras palavras, nestes outros contextos a interpretação mais literal da norma não conduz a nenhum tipo de inconstitucionalidade por violação de princípio fundamental, hipótese que se configura apenas na análise do dispositivo que acabo de comentar⁸⁰.

Seria razoável perguntar, por derradeiro, se esta interpretação não importaria na redução excessiva dos limites máximos para a imposição da sanção. Sobre isto cabe notar que a interpretação da norma não pode avançar

⁷⁹ Op. cit, pag. 191.

⁸⁰ Mais uma vez aqui cabe a advertência de Canotilho, op. cit., pág. 1293: “Daqui se conclui também que a interpretação conforme a constituição só permite a escolha entre dois ou mais sentidos possíveis da lei mas nunca uma revisão do seu conteúdo. A interpretação conforme à constituição tem, assim, os seus limites na “letra e na clara vontade do legislador”, devendo “respeitar a economia da lei” e não podendo traduzir-se na “reconstrução” de uma norma que não esteja devidamente explícita no texto. (cfr. Acs. TC 254/92, in Acórdãos, 22, p. 83; 162/95, DR I-A, 8-5).”

na direção da crítica do conteúdo da opção feita pela legislador. O fato é que o legislador quis fixar um limite máximo para as sanções e assim o fez de maneira clara. Lembraria, contudo, que o limite máximo é dado não pelo percentual de 30% do faturamento, mas sim pela vantagem auferida, que poderá, em tese, superar muitas vezes este limite. Também a regra da reincidência contida no parágrafo único do artigo 23 vem admitir a superação do limite de 30% sempre que a multa cominada exceder 15% (uma vez que o dispositivo estabelece em caso de reincidência "as multas cominadas deverão ser aplicadas em dobro).

IV - Dosimetria

Passo agora a análise da dosimetria cabível ao caso concreto em exame.

Conforme aponta Fábio Konder Comparato, “a estrutura de qualquer norma ou instituto jurídico deve ser interpretada em vista das funções, próprias ou impróprias, do conjunto de seus elementos ou disposições: e toda função é limitada pela estrutura do conjunto”⁸¹. Assim, cumpre analisar quais seriam as finalidades da sanção contra a ordem econômica.

Vejamos, então quais são os seus fundamentos na lei 8.884/94:

Art. 27 - Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei serão levados em consideração:

I - a gravidade da infração;

II - a boa-fé do infrator;

III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

IV - a consumação ou não da infração;

V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional aos consumidores, ou a terceiros;

VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;

VII - a situação econômica do infrator;

⁸¹ Direito Empresarial, Saraiva, São Paulo, 1994, pag. 4, Apud Helenilson Cunha Pontes, O princípio da proporcionalidade e o direito tributário, Dialética, São Paulo, pag. 139.

VIII - a reincidência.

A partir da leitura dos itens acima, é claro perceber que a sanção deve cumprir a sua finalidade que é ao mesmo tempo compensatória ou indenizatória (em face dos danos difusos e coletivos por ela provocados – Tanto assim que os valores são revertidos em favor do Fundo de Direitos Difusos) e também punitiva (ou coercitiva como se mencionou anteriormente), visto que visa desencorajar a prática de condutas semelhantes. Daí porque o seu valor nunca deverá ser apenas equivalente ao dano causado, mas sim superior até mesmo o valor do dano, conforme já argumentado anteriormente, quando se analisou a teoria do *treble damages*. A sua natureza reparatória é evidente nas referências ao “grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional aos consumidores, ou a terceiros” e aos “efeitos econômicos negativos produzidos no mercado”. Já a sua natureza punitiva e desencorajadora fica manifesta nas referências feitas pelo legislador em relação à “situação econômica do infrator e à reincidência”. Ainda que não seja medida do valor do dano, o legislador incluiu ainda a referência à “vantagem auferida ou pretendida pelo infrator” (também incluída no artigo 23, I da mesma lei). Tal dispositivo visa prevenir tanto o enriquecimento sem causa, como também jamais permitir que a sanção seja inferior à vantagem obtida. Afinal, caso fosse a sanção inferior à vantagem, restaria evidente que a mesma não produziria os efeitos desencorajadores pretendidos.

Ao lado destas duas funções o legislador introduziu também parâmetros balizadores da individualização da pena relacionados à intenção, boa-fé e consumação da conduta “a gravidade da infração, a boa-fé do infrator, a consumação ou não da infração”.

Vale notar que estes balizamentos distinguem substancialmente as sanções antitruste das sanções penais, por exemplo, voltadas primordialmente para a análise da conduta subjetiva do agente. Entendo inadequada, assim, a metodologia de imposição de multas que parte do mínimo legal e sobre ele vai fazendo incidir as agravantes, pressupondo que o limite máximo somente deve ser aplicado quando presentes todas as circunstâncias hipoteticamente mais graves e que concretamente jamais se verificam. Este método, comum na Justiça Criminal, onde a responsabilidade individual está em questão, tem gerado a consequência da imposição de sanções quase sempre próximas do mínimo legal, em freqüente desatenção ao princípio da individualização da pena. No direito econômico sancionador este método é particularmente inadequado, por não levar em consideração os danos causados, consoante se demonstrará.

Vale aqui enfatizar uma distinção importante já mencionada. O valor do dano não equivale necessariamente ao valor da vantagem auferida, que

freqüentemente é menor do que aquele. Vejamos: A partir de uma situação inicial de equilíbrio competitivo no mercado relevante, uma conduta infrativa em geral leva à uma redução da oferta do produto, acompanhada por um aumento do preço e uma queda do custo para os infratores (já que menor número de unidades serão produzidas). Como resultado, o lucro do infrator tende a aumentar. Todo esse aumento de lucro é roubado dos consumidores, que passam a pagar mais por menos produtos. Existe aqui uma importante questão redistributiva envolvida a qual se vincula ao problema, a saber: Quem se beneficia do aumento de lucro gerado pela conduta?

Em tese, devido à ineficiência inerente ao fato de que o produto será vendido a um preço maior do que o seu custo marginal de produção, o aumento de lucro será sempre menor do que a perda de bem estar (medida em reais) decorrente do exercício do poder de mercado, ou seja, liquidamente, a economia como um todo perde com a infração. Perde a economia pela redução da produção, e perdem os consumidores, porquanto são obrigados a pagar preços mais elevados pelos mesmos produtos.

Assim, em geral, o ganho de lucro das firmas decorrente da conduta infracional, ou a vantagem auferida (incentivo privado à infração), é maior do que o valor líquido da perda por ineficiência alocativa da conduta, mas é menor do que (ou no máximo igual) ao prejuízo experimentado pelos consumidores que não são titulares daquele lucro. Isto porque o lucro do infrator é “financiado” pelo prejuízo do consumidor.

É de se notar, contudo, que a lei 8.884/94 contempla em seu artigo 1º de maneira expressa a defesa dos interesses dos consumidores entre seus objetivos. Da mesma maneira o faz o artigo 170 da Constituição Federal. Daí a necessária consideração dos efeitos redistributivos envolvidos numa determinada conduta⁸². Segue que a tomada em consideração dos danos provocados aos consumidores somados às ineficiências alocativas geradas será sempre, em tese, superior à vantagem auferida. Afinal, o aumento do lucro do

⁸² Este também o pensamento de Calixto Salomão, para quem: “a defesa dos consumidores, incluída expressamente na lei como objeto de proteção do sistema concorrencial (Lei 8.884/94, art. 1º), leva à consideração dos consumidores como titulares imediatos das regras concorrenciais. Conseqüência dessa concepção é a preocupação necessária com a eficiência econômica e com a correta distribuição de seus benefícios entre produtores e consumidores”. A forma desta equação nos atos de concentração, seria aquela prevista no artigo 54, II da mesma lei, i.e., os benefícios “sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro.” Direito Concorrencial, As estruturas, Malheiros, São Paulo, 1998, pag. 31/32.

infrator repercutirá diretamente no prejuízo do consumidor para custear a elevação no preço do produto.

Entendo, assim, que o primeiro critério a ser analisado para a fixação do quantum da sanção antitruste deve ser o valor do dano provocado. É evidente, e muitos autores têm mostrado isto, que muitas vezes é difícil quantificar com exatidão o seu montante. Isto, contudo, não tem sido razão suficiente para a sua não aplicação na justiça concorrencial e fora dela. Afinal, o Judiciário tem aplicado diariamente condenações em ações indenizatórias (muitas em razão de dano moral, de ainda mais difícil quantificação) com base em estimativas e cálculos econômicos.

Uso do instituto da responsabilidade civil e a moderação de seus elementos no campo do direito da concorrência

A responsabilidade civil pressupõe três elementos: um ato, um dano e o nexo causal entre ambos. O Direito Concorrencial, a princípio, segue os princípios gerais da responsabilidade civil, sendo que o dano causado por uma conduta anticoncorrencial deve ser provido do liame de causalidade entre o ato e a consequência. As especificidades do Direito da Concorrência fazem com que o modelo da responsabilidade civil tenha seus elementos de composição flexibilizados. Por tratar-se de um direito público, a punição de um ato desprende-se da obrigatoriedade de danos visíveis imediatos. Ainda assim, não se deve dizer que o modelo de responsabilidade civil esteja sendo afastado. Ele é apenas flexibilizado para abarcar a intenção de proteção da sociedade. Entendo oportuno analisar os elementos que compõem o instituto da responsabilidade civil e suas peculiaridades em referência ao direito da concorrência: i) ato; ii) dano; iii) nexo de causalidade.

Uma condenação sobre prática anticoncorrencial deve estar embasada em um ato materialmente comprovado, elemento em que a doutrina concorrencial mostra-se pacífica. No caso em análise, o ato já foi plenamente comprovado consoante demonstrado anteriormente. Importante salientar que a doutrina, dispensa dolo para caracterização do ato lesivo, muito embora ele possa ser levado em consideração para efeitos da dosimetria da sanção.

O dano é elemento que deve estar presente para a caracterização da infração concorrencial. Deve-se observar, porém, maior maleabilidade desse critério, uma vez que a experiência vem fazendo com os tribunais especializa-

dos tenham visão mais ampla do que possa ser caracterizado como dano.⁸³ Contudo, a doutrina e a jurisprudência européia entendem que determinados atos concorrenciais implicam, necessariamente, em dano, ainda que sua comprovação não seja quantificável ou expressa.⁸⁴ É o melhor modo de expressar

⁸³ DÉS lors que l'action em concurrence déloyale ou parasitaire est fondée sur le principe de la responsabilité délictuelle, on comprend que le préjudice doit exister. On constate, cependant, depuis plusieurs années, une tendance vers une exigence beaucoup plus comprehensive de l'exigence d'un préjudice. Id. Ibid. pág., 172.

⁸⁴ Esta afirmação, reconhecida expressamente pela Corte de Apelação de Douai tem por objetivo afirmar que as penalidades por condutas anti-concorrenciais têm por fim “non pas tant de réparer un préjudice cause à autrui que de sanctionner la déloyauté des actes commis...” Um trecho de uma decisão da Corte de Apelação de Douai expressa bem as condições desse entendimento: “Attendu qu'est dépourvu de pertinence l'argument de la société Smagghe selon lequel ces sociétés (demanderesse), ne justifiant pas d'un préjudice exactement quantifié, ne pourraient prospérer en leur demande. Que la preuve d'un préjudice chiffré n'est pas une condition nécessaire au succès d'une telle demande DÉS lors que la démonstration (faite au cas d'espèce) d'un risque de confusion entre deux produits concurrents s'infère nécessairement l'existence d'un préjudice. Qu'en effet, la particularité de l'action em concurrence déloyale, que a pour finalité non pas tant de réparer un préjudice causé à autrui que de sanctionner la déloyauté des actes commis, est de pouvoir se suffire pour sa recevabilité et son bien fondé d'un préjudice même éventuel, mais rattachable aux faits générateurs du trouble commercial. Attendu qu'en la présente instance il importe peu que les sociétés appelantes ne fassent pas la démonstration de ce que les agissements de la société Smagghe ont eu pour conséquence une baisse précise de leur chiffre d'affaires que serait la mesure de leur préjudice. Qu'elles demandent la réparation pouvant leur être accordée sous la forme de l'interdiction pour l'avenir d'actes semblables et d'allocation de dommages-intérêts dont le montant sera apprécié par la Cour à partir des éléments tels qu'ils ont été fournis et librement débattus par les parties. Id. Ibid. pág. 175. Id. Ibid. pág. 175 No mesmo sentido, J. Jonquieres, n/s/ Cass. Com 22 octobre 1985, RDPI 1985, p. 137, in apud Concorrence Deloyale et Parasitisme: “Il affirmait: ‘ce qui sera sanctionné par l'action em responsabilité particulière dite ‘concorrence déloyale’, action dont le caractère disciplinaire ne doit pas être perdu de vue, ce n'est pas cause un préjudice à autrui, c'est d'avoir cause un préjudice à autrui, c'est d'avoir pour ce faire, commis des actes déloyaux.’ Pour cet auteur, la preuve du préjudice n'est nécessaire que pour l'obtention de dommages-intérêts, mais elle n'est pas exigée pour le succès de l'action em general que sanctionne um abus de la liberte du commerce. Em effet, observait-il, ‘l'interdiction de ces moyens déloyaux pourra être obtenue sans autre condition que celle de l'intérêt né et actuel que possède nécessairement tout concurrent... à ne pas avoir à lutter contre de tels moyens...L'exigence d'un préjudice certain comme condition d'introduction de l'action em concurrence

que a sanção contra a conduta anticoncorrencial tem também caráter punitivo e não apenas indenizatório, consoante afirmado acima. Enfim, a verdade é que o dano ou prejuízo mensurável não deve ser visto como uma das condições imprescindíveis para a sanção, uma vez que “(...) il est, en effet, des cas où des actes abusifs, déloyaux doivent être sanctionnés sans qu’il y ait lieu d’exiger un préjudice.”⁸⁵

Ainda que o prejuízo não seja tão palpável, como ficou demonstrado, a possibilidade do dano já é elemento suficiente para determinação de sanção à conduta. Trata-se de um alargamento do que deva ser entendido como dano. Assim, ainda que não quantificável, certas práticas não podem, jamais, trazer benefícios à concorrência⁸⁶.

A legislação americana aponta o critério de triplicar o valor do dano causado para obtenção de um valor para sanção pecuniária. Em contraste com o critério de deterrência, diz-se que a mera multiplicação do dano por três não é, muitas vezes, capaz de inibir condutas semelhantes. Isso é especialmente considerado porque sabidamente não serão todas as práticas anticompetitivas que são detectadas pelos órgãos antitruste. Fixar um valor meramente determinado pelos prejuízos causados pode não surtir o efeito de desestimular outras condutas, reafirmando-se o caráter de dosagem da pena levando também em consideração o critério de deterrência.

déloyale est cond excessiv, car em réalité, l’action requiert simplement l’existence d’un intérêt né et actuel’.”

⁸⁵ O texto prossegue afirmando que é inegável que “l’action em concurrence déloyale est une action à caractÉre disciplinaire” E reforça: “la vie des affaires implique que des comportements anormaux soient sanctionnés au moins par l’interdictions de les poursuivre; si ces mêmes actes ont cause un préjudice, ce préjudice doit être repare. Lê préjudice ne doit être erige em condition de la concurrence déloyale; son existence ne doit être prise em compte que pour as réparation.” Portanto, “la jurisprudence se contente trÉs souvent d’un préjudice éventuel, voir hypothétique, renonçant ainsi à l’exigence d’un préjudice certain.” E finalmente: “Cette constatation renforce dans la conviction que l’exigence d’un préjudice em tant que condition de la concurrence déloyale doit être abandonnée. C’est évidemment lê caractÉre disciplinaire de cette action qui domine.”Id. Ibid. pág. 178

⁸⁶ Cite-se novamente o caso do acórdão de Douai, em que uma empresa é processada por lançar um nome comercial que induz o consumidor a confundi-lo com o de uma outra marca já estabelecida. Do mesmo modo podemos ver o caso em análise: como a compra com exclusividade, aliada ao desperdício da escassa matéria-prima (e indisponibilidade para que os concorrentes a adquiram) poderia ser vista como uma prática comercial comum? Mesmo que as duas novas entrantes tenham conseguido superar as altas barreiras imposta pela prática de açambarcamento, não se configuraria o prejuízo à concorrência? Evidentemente, sim. O prejuízo é implícito em toda a questão.

Segundo Gary Becker⁸⁷ os custos de uma conduta lesiva não são unicamente aqueles decorrentes da prática anticompetitiva. São, em verdade, três tipos: i) as perdas causadas pelas condutas em si mesmas; ii) os custos em detectar e quantificar a infração, seus responsáveis e os danos dela decorrentes, no sentido instrutório; e iii) os custos de imposição da sanção e condenação do agente, no sentido propriamente punitivo.

A identificação do nexo de causalidade é baseada nas perdas quantitativas do lesionado. Sua incidência pode ser diversificada em elementos variados, por exemplo, no lucro, na perda de consumidores ou no aumento nos custos de fabricação. O ato ao qual corresponde o dano deixa-se ver pelos impactos numéricos no mercado e na concorrência. No caso brasileiro, trata-se, conforme apontado de um dano de natureza transindividual que poderá assumir a natureza de dano coletivo (prejuízo para a economia), difuso (prejuízos para os consumidores) e individuais homogêneos, sem prejuízo ainda, da existência de prejudicados individuais (empresas).

A natureza do direito concorrencial e a especificidade dos resultados das práticas lesivas geram efeitos no mercado muitas vezes imperceptíveis a curto prazo. Portanto, o critério quantitativo que identificaria o nexo causal é elemento de difícil materialização.⁸⁸ Ainda que na doutrina pátria a possibilidade de supressão do nexo causal seja vista com certas reservas, resta evidente que a impossibilidade de quantificar o dano não deve ser determinante para a impossibilidade de punir a conduta.

No presente processo administrativo o voto de vista do Conselheiro Thompson Andrade quantifica a vantagem auferida pela Representada, caracterizando o nexo de causalidade. O valor atribuído, porém, não reflete o dano causado ao mercado e aos consumidores (conforme argumentado, sempre maior do que o primeiro). Não foram realizadas estimativas precisas sobre o valor do dano causado pela conduta. Contudo, é possível estimar o valor da vantagem auferida que, conforme argumentado, sempre será igual ou inferior ao valor do dano. Adoto, pois, como procedimento conservador para a análise do valor inicial para o cálculo do valor da sanção, o valor da vantagem auferida.

⁸⁷ Becker, Gary. *An Economic Approach*, 76 J. Pol. Econ. 181 (1968), citado por Hovenkamp, Herbert. “Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and its Practice”, St. Paul, West Publishing Co., 1994, pág. 587.

⁸⁸ “(...) toutes ces considérations [as mesmas referentes ao alargamento do entendimento de dano] font que l’exigence du lien de causalité, comme son caractÈre de certitude, sont alléges, voire supprimés.” GUYON, Yves. *Droit des affaires*, Paris, Economica, 6a. ed., pág. 840.

Antes de analisar os números alcançados, cumpriria salientar que o valor da vantagem auferida jamais será suficientemente alto para desencorajar a conduta infrativa. Isto porque, conforme alegado anteriormente, o desencorajamento da conduta pressupõe que as desvantagens decorrentes do sancionamento sejam superiores aos riscos envolvidos na realização da conduta. Por tal motivo, a sanção, em tese, jamais pode ser igual à vantagem auferida. Pelo mesmo motivo, uma sanção penal para o delito de furto que impusesse ao réu a mera devolução da quantia subtraída também seria insuficiente para punir e desencorajar novas condutas criminosas⁸⁹.

O valor da vantagem deve, pois, ser aumentado de modo a tornar a sanção eficaz. Qual deve ser o índice multiplicador que deve incidir sobre o valor do dano ou, no caso, da vantagem auferida? Há polêmicas na doutrina e na jurisprudência internacional. Conforme aponta Frank Easterbrook: “It is difficult to determine what this multiplier should be because, there is no right answer to the sanctions problem”⁹⁰. Tais dificuldades não têm, contudo, im-

⁸⁹ Hovenkamp distingue em duas vertentes o caráter da sanção econômica: análise feita pelo interesse de deterrência e pela medida dos danos. A idéia de deterrência é a de que o agente sinta-se temeroso em cometer um dano de grandes proporções, pois sua punição deve, em tese, ser proporcional aos danos causados. Cita, como introdução a essa concepção o exemplo de que se um roubo e um homicídio fossem igualmente apenados com morte, não haveria motivação para que o ladrão deixasse de matar sua vítima. In verbis: “The marginal deterrence argument applies to antitrust. For example, there is probably a correlation between the size of cartel’s monopoly overcharge and the chance of detention: a cartel which pushes the price of widgets from a competitive level of \$ 1,00 to \$ 1,20 is less likely to be detected than a cartel that pushes the price up to \$2,50. Since private damages actions yield three times the monopoly over-charge, the “fine” that a violator must pay if it is caught will be substantially larger if the price increase is larger. When the cartel members calculate the increased probability of detection and the increased size of the expected fine, they may well decide to be content with the relatively small \$1,20 cartel price. The result is that the cartel will probably impose smaller losses on society. However, if all instances of price fixing were punished by a fine of \$ 1,000,000, then the cartel would consider only the increased likelihood of detection and might well conclude that the larger monopoly overcharge would be better. If the probability of detection does not vary with the amount of the overcharge, a uniform fine of \$ 1,000,000 would give the cartel no legal incentive to charge a lower rather than a higher cartel price.” Hovenkamp, pág. 588.

⁹⁰ Frank Easterbrook, *Detrebbling Antitrust Damages*, 28 J.L. & ECON. 445, 447-48 (1985). No mesmo sentido, Hovenkamp, op. Cit., pag. 601. “Computation of damages is often far more speculative than the initial determination that a particular act is anticompetitive and should be condemned. For example, proof that a price fixing

pedido os tribunais de concorrência de aplicá-lo. No direito norte-americano, já foi observado, adota-se o fator multiplicador três. Em outras palavras, o valor do dano é triplicado nas ações civis. Já argumentei que esta medida vem sendo adotada também pela legislação brasileira no caso do Mercado de Capitais.

Talvez se pudesse argumentar que no contexto americano o *treble damages* constitui-se numa ação indenizatória. Assim, parte do valor final da demanda visaria indenizar o concorrente prejudicado. Se assim fosse, por hipótese, apenas duplicação do dano teria natureza punitiva (com caráter deterrente ou dissuasório). Adotando-se, mais uma vez, esta medida conservadora e aplicando-a ao caso em questão, teríamos que o valor da vantagem auferida deveria ser, no mínimo duplicado, para que se atingisse um valor adequado⁹¹ para desencorajar condutas semelhantes.

Passo agora, para a análise das estimativas obtidas para o caso concreto.

A estimativa da vantagem auferida

No caso em questão, a estimativa do valor do dano já foi feita no voto do ilustre Conselheiro, economista e professor titular de economia industrial da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Thompson Andrade. Segundo o seu voto e fundamentos, que aqui acompanho integralmente, o valor estimado da vantagem auferida, seria algo em torno de R\$ 17,9 milhões e R\$ 44,3 milhões. Os valores estão expressos na tabela apresentada em seu voto vista, aqui reproduzida:

Tabela III: Estimativa da vantagem auferida (em R\$) pela White Martins com o açambarcamento sob hipótese de diferentes taxas de retorno sobre o faturamento adicional e diferentes valores para a elasticidade-preço da demanda de CO2 no mercado relevante.

Elasticidade-preço da demanda	Taxas de Retorno sobre Faturamento			
	10%	15%	20%	25%

conspiracy existed and even that it raised the price of some product may be relatively easy to establish, but quantifying the increase can be very difficult.”

⁹¹ Trata-se, aqui do subprincípio da adequação referido anteriormente.

0,3	R\$ 17.753.468,87	R\$26.630.203,	R\$ 35.506.937,	R\$ 44.383.672,
00,4	R\$ 13.788.388,87	R\$ 20.682.583,	R\$ 27.576.777,	R\$ 34.470.972,
00,5	R\$ 11.409.340,87	R\$ 17.114.011,	R\$ 22.818.681,	R\$ 28.523.352,
00,6	R\$ 9.823.308,87	R\$ 14.734.963,	R\$ 19.646.617,	R\$ 24.558.272,
00,7	R\$ 8.690.428,87	R\$ 13.035.643,	R\$ 17.380.857,	R\$ 21.726.072,
00,8	R\$ 7.840.768,87	R\$ 11.761.153,	R\$ 15.681.537,	R\$ 19.601.922,
00,9	R\$ 7.179.922,20	R\$ 10.769.883,	R\$ 14.359.844,	R\$ 17.949.805,

Em seu voto o Conselheiro Thompson observou que “É bem provável que a taxa de retorno efetivamente obtida pela White Martins seja igual ou superior a 25%, o que indica que os ganhos advindos com o açambarcamento estão situados na faixa entre R\$ 17,9 milhões e R\$ 44,3 milhões.⁹² Sendo extremamente conservador e realista, admitindo uma elasticidade-preço da demanda de 0,50, a multa, para satisfazer a regra estabelecida no inciso I do art. 23 de que esta não pode ser inferior ao benefício auferido, deve ser fixada num patamar não inferior a R\$ 28, 5 milhões.”

A partir das análises feitas, cabe discutir e analisar a dosimetria da sanção imposta. A análise mais conservadora, quanto aos valores, é aquela que fixa o quantum da vantagem auferida em R\$ 17,9 milhões de reais. Fixemo-nos, por ora, neste valor. Caso façamos incidir sobre o mesmo o fator de multiplicação dois (igualmente conservador), chegaríamos a um resultado equivalente a R\$ 35,8 milhões de reais. Note-se, por outro lado, que caso adotássemos a média aritmética dos valores R\$ 17,9 milhões de reais e R\$ 44,3 milhões de reais, chegaríamos a um resultado de R\$ 31,1 milhões de reais. Caso fizéssemos incidir o fator multiplicador dois sobre este valor chegaríamos a R\$ 62,2 milhões de reais.

Caberia avaliar se, de acordo com a metodologia de análise do artigo 23, I, se algum destes valores não extrapolaria os limites legais fixados.

⁹² Isto porque a Representada era monopolista no mercado relevante de CO₂. O açambarcamento permitiu o afastamento de concorrentes e a manutenção da sua política de preços de monopólio, o que explica o fato dos preços de CO₂ no Brasil à época (US\$ 212 p/ ton/FOB) situarem-se em patamares substancialmente superiores ao observado nos EUA (US\$ 90) e Itália (US\$160), sendo que a margem de contribuição da matéria prima (participação do custo da matéria prima sobre o preço de venda do CO₂) era de apenas 7,3% no Brasil, contra 10% nos EUA e 11,43 % na Itália (dados fornecidos pela White Martins e constantes do relatório do Conselheiro Mércio Fel-sky no AC 78/96).

Após pedido de vista efetuado na 243ª Sessão Ordinária, realizada em 17 de abril de 2002, verifiquei a necessidade de retirar o presente Processo Administrativo de pauta, para a realização de diligências complementares. No intuito de complementar a instrução do feito, foi realizada a seguinte diligência: no dia 25 de abril de 2002, ofício/CADE n.º 815/02, determinei que fossem trazidos aos autos os faturamentos das empresas Liquid Carbonic e White Martins, nos anos de 1995 e 1996, respectivamente. Faturamentos estes referentes ao mercado nacional de CO2 nos Estados da região Sudeste mais o Paraná. Ressalte-se que as informações deveriam ter sido encaminhadas acompanhadas de documentação comprobatória.

No dia 14 de maio, por meio de petição protocolada no CADE, a Representada apresentou as informações solicitadas, quais sejam:

Faturamento da White Martins no ano de 1996 no mercado de CO2 = R\$ 166,7 milhões;

Faturamento da White Martins no ano de 1996, nos Estados da Região Sudeste mais o Paraná, no mercado de CO2 = R\$ 102,4 milhões;

Faturamento da Liquid Carbonic, no ano de 1995, no mercado nacional de CO2 = R\$ 160,9 milhões;

Faturamento da Liquid Carbonic, no ano de 1995, nos Estados da Região Sudeste mais o Paraná, no mercado de CO2 = R\$ 99,8 milhões.

Posteriormente, em atenção a outro ofício, a Representada informou que o valor estimado do faturamento da empresa White Martins no mercado relevante em questão, no ano de 1996, excluídos os impostos totalizaria R\$ 82,0 milhões.

Ocorre, que as informações acima mencionadas, não foram encaminhadas a este Gabinete acompanhadas de documentação comprobatória. Diante disso, foi feita nova diligência requerendo, novamente, documentação que comprove os faturamentos acima mencionados, as quais até a presente data não foram apresentadas. Entendi inoportuno e desnecessário o adiamento, por mais uma sessão do presente julgamento.

É de se relembrar que o valor da vantagem auferida freqüentemente pode ser maior do que 30% do faturamento da empresa (especialmente do faturamento da empresa dentro do mercado relevante). Isto porque a vantagem auferida pode ter sido obtida em período superior a um ano (exercício), limite máximo para a fixação do valor do faturamento.

Esta é, aliás, a hipótese tratada nos autos, onde a vantagem auferida corresponde a aproximadamente um ano e meio. A infração ocorreu de 1º de

julho de 1996, data de assinatura do aditamento ao contrato de fornecimento e 10 de dezembro de 1997, data em que foi assinado o distrato entre a Ultrafertil e White Martins. Assim, é certo que em muitos casos a vantagem auferida superará em muito o limite de 30% do faturamento. Eis aí a razão pela qual sabiamente o legislador previu que a multa “nunca será inferior à vantagem auferida” (artigo 23, I).

Adotados os valores informados pela própria Representada (ainda que sem comprovação), verificaríamos que o valor máximo da sanção impositiva seria o equivalente à 30% de R\$ 82,0 milhões, isto é, ou o valor da vantagem auferida, caso este supere aquele. No primeiro caso, chegaríamos a um valor de R\$ 24,6 milhões, descontados os impostos. Contudo, é de se notar que este seria também o valor mínimo, caso reconhecido que este foi o valor da vantagem auferida (Segundo estimativas do voto vista do Conselheiro Thompson, fixado entre R\$ 17,9 e 44,3 milhões).

Se tomássemos o valor fixado no voto do Conselheiro Campilongo, é curioso notar, chegaríamos a resultados surpreendentemente próximos. Tomado o valor do faturamento bruto da White Martins em 1996 (R\$ 809 milhões) e fazendo sobre ele incidir o mesmo desconto proporcional dos impostos informados pela Representada com relação ao faturamento no mercado relevante (faturamento com impostos = R\$ 102,4 milhões; faturamento sem impostos = R\$ 82 milhões), chegaríamos a um valor aproximado do faturamento bruto total, sem impostos equivalente a R\$ 497 milhões. Curiosamente, o percentual de 5% deste faturamento bruto equivale a aproximadamente R\$ 24,85 milhões, número próximo aos R\$ 24,6 milhões obtidos acima.

Seria cabível ainda no processo de individualização da sanção verificar a existência de fatores agravantes ou atenuantes. Vale lembrar que, em tese, seria possível a aplicação de multas em valores distintos a dois infratores que cometessem a mesma infração. Isto porquanto o mesmo valor poderia ser excessivamente alto para um dos infratores ao mesmo tempo em que excessivamente baixo para o outro.

No caso em exame, contudo, entendo desnecessária tal análise. Isto porquanto fixo o valor da vantagem auferida até a data da cessação da prática (10 de dezembro de 1997) em R\$ 24 milhões⁹³. Tal valor deverá ser corrigido e atualizado na forma da lei desde aquela data (10 de dezembro de 1997) até a data do recolhimento. Deixo de duplicar este valor em face do limite de 30% do faturamento no mercado relevante, conforme expus anteriormente. Mais

⁹³ - A discrepância entre este valor e aquele recomendado pelo voto do Conselheiro Thompson Andrade deve-se à adoção de um critério um pouco mais conservador para o cálculo da taxa de retorno.

uma vez saliento que mesmo que fosse da vantagem auferida fixada da maneira mais conservadora, no mínimo estimado no voto do Conselheiro Thompson (isto é R\$ 17,9 milhões), este valor, se multiplicado por fator de acréscimo 1,3407 (até mesmo menor do que dois), atingiria o valor final da sanção equivalente àquele agora definido.

Observo que não há divergências substanciais com os valores fixados no voto do Conselheiro relator. A discrepância encontrada deve ser antes atribuída à utilização de metodologia algo diversa (mas expressamente admitida e recomendada pelo relator em seus parágrafos finais), bem como ao reconhecimento de que incidiria na espécie sete agravantes, quando, na verdade, a boa-fé não seria circunstância agravante, mas tão somente circunstância atenuante, inexistente na espécie.

Saliento que não há que se alegar que tal multa afrontaria o princípio da proporcionalidade e razoabilidade. Conforme visto, a metodologia de interpretação da lei, benéfica para o infrator, visou justamente adequar o modelo sancionatório à exigências constitucionais. Ademais, o valor tomou como referência a vantagem auferida e não partiu da pena mínima para então fazer incidir as agravantes. A dosimetria das sanções concorrenciais, por tudo que foi dito, deve levar em consideração os danos e os limites economicamente adequados para desencorajar a conduta infracional (o seu caráter deterrente).

É o voto.

Brasília, 5 de junho de 2002

Ronaldo Porto Macedo Júnior

Conselheiro do CADE

