

Ministério da Justiça**Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE****Processo Administrativo n.º 08000.022579/97-05**

Representante: Messer Grieshem do Brasil Ltda.

Representadas: S.A. White Martins

Conselheiro-Relator: Celso Fernandes Campilongo

VOTO DE VISTA DO CONSELHEIRO ROBERTO PFEIFFER¹

O meu voto vista já é o quinto voto a ser proferido nos presentes autos. Assim, seria redundante apreciar todos os aspectos, dado que os Conselheiros que me antecederam já trataram exaustivamente sobre eles. Assim tratarei apenas de poucos aspectos, todos eles, no entanto de importância central para a elucidação do processo administrativo, uma vez que a acolhida dos argumentos da representada acarreta o necessário arquivamento do Processo Administrativo.

Como já me pronunciei sobre as preliminares argüidas, concordando com o seu afastamento e por entender que as fundamentações adotadas em votos anteriores são efetivamente suficientes para tanto, sendo redundante qualquer acréscimo, sobre as mesmas não me manifestarei, adotando os fundamentos dos votos dos Conselheiros Celso Campilongo e Ronaldo Macedo.

I-DA NÃO IDENTIDADE ENTRE COMPROMISSO DE DESEMPENHO E COMPROMISSO DE CESSAÇÃO

Previsto na Lei 8.884/94, em seu artigo 53, o compromisso de cessação é um instituto do Direito Econômico “decorrente da descaracterização da natureza penal e da aceitação político-econômica da lei da concorrência” como expõe o voto da ex-Conselheira Neide Teresinha Malard². É um instrumento que dispõe o Estado, em sua atividade interventora na economia, para compor conflitos concorrenciais, transigindo com o particular.

¹ Para a elaboração deste voto contei com a preciosa colaboração dos estudantes e pesquisadores Carlos Mauricio Sakata Mirandola e Camila Duran Ferreira.

² FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Lei da Concorrência Conforme Interpretada pelo CADE. São Paulo : Editora Singular, 1998, p. 258.

Compõe o compromisso de cessação o mesmo capítulo da medida preventiva. O legislador pátrio o fez intencionalmente. Assim como o compromisso, a medida preventiva destina-se a antecipar desejosos efeitos, que a delonga de um processo poderia prejudicar. Adotou nossa legislação atuação preventiva e funcional, visando o bem-estar da coletividade, uma vez que atende imediatamente ao interesse do consumidor.

A **medida preventiva** destina-se a assegurar a possibilidade de efetividade da decisão final, garantindo a presença do suporte fático em sua aplicação, impedindo, deste modo, que se frustre o objetivo primordial do processo. Instituto correspondente a este na doutrina norte-americana é o *cease and desist order*, medida judicial proposta pelo DOJ ao agente econômico.³

Para se conceder a medida preventiva é necessária a abertura do processo administrativo, na medida em que sua concessão só é realizada se houver **fundado** receio de que o representado possa tornar ineficaz o julgamento do processo ou causar dano irreparável.

O **compromisso de cessação**, tem como objetivo precípua fazer com que a prática de atos prejudiciais à economia cesse. É um benefício concedido ao agente econômico, que se cumprido integralmente em prazo estabelecido, conceder-lhe-á o arquivamento do processo. A origem deste instituto está no *consent decree* norte-americano. Tal categoria tem sido enriquecida em sua aplicação jurisprudencial, e pode ser separada em três grupos, os quais determinam suas funções e usos:

i) *Compromissos que explicam e interpretam disposições legais*: sua aplicação, em diferentes contextos, serve para “clarear” conceitos de *standards* já existentes.

ii) *Compromissos que estabelecem novas estruturas legais*: estendendo ou modificando casos julgados, formulam novas disposições antitrustes.

iii) *Compromissos que regulam o comportamento competitivo entre agentes econômicos*: adquire um caráter de instrumentalidade, na medida em que é utilizado com o objetivo de adequar o comportamento dos infratores à política da agência antitruste.

³ “These orders carry no criminal or civil penalties for past conduct, nor do they assess damages; rather, like a judicial injunction, they undo and prevent further unlawful action.”, conforme destacam KAPLOW & Areeda. *Antitrust Analysis: Problems, Text and Cases*, New York : Aspen Law & Business, 1997, p. 68.

As duas primeiras categorias não se aplicam ao direito brasileiro, haja vista sua gênese baseada no sistema de *civil law*. No entanto, na análise do terceiro item, constata-se que o compromisso de cessação de nosso diploma antitruste tem, precipuamente, tal função.

O compromisso serve como um “remédio” ao problema anticompetitivo, na medida em que prescreve detalhadas reformas, tanto estruturais como comportamentais, ao agente. A abstração da legislação ganha a concretude necessária para a solução do conflito com a ordem econômica.

Cumprir ressaltar que a celebração do debatido termo não implica em confissão de culpa, ou mesmo, o reconhecimento da ilicitude da conduta analisada. Este é seu principal *appeal*⁴, do ponto de vista do agente econômico visto que a parte acusada terá a vantagem do arquivamento de um processo que, em um possível desfecho, poderia levar à grave consequência. Por outro lado, o descumprimento do acordado implicará em multas e posterior retomada do processo. Cumprir ressaltar que as punições e a expectativa da retomada de um processo, rápido e eficaz, sejam suficientemente altas para assegurarem o cumprimento integral do termo pelo agente. Já, do ponto de vista da administração, sua grande vantagem é permitir celeridade na cessação da prática, em situações em que se sabe ou da dificuldade na obtenção de provas ou na complexidade da matéria, ou seja, situações que demandam uma profunda e demorada instrução probatória. Configura-se como um dos instrumentos mais eficazes na política de combate às infrações contra a ordem econômica, uma vez que estabelece a imediata restauração da concorrência, poupando-se as dilatações do processo administrativo.

Diferem o compromisso de desempenho e o compromisso da cessação de prática quanto ao momento processual a serem celebrados. O termo de desempenho é acordado em face da aprovação de ato de concentração. Contrariamente ao compromisso de cessação de prática que visa à imediata cessação de conduta anticompetitiva, submetida ao julgamento do CADE, por meio de processo administrativo. Cumprir ressaltar também que este versa sobre prática investigada, ao contrário daquele que trata de, tão somente, ato de concentração, no qual não se verifica, até então, conduta anticompetitiva.

É justamente este o primeiro obstáculo a ser suscitado em relação à engenhosa tese da representada. Com efeito, no presente caso, faria sentido a tese caso o compromisso fosse celebrado em um momento inicial do processo, ou, ainda que numa fase adiantada, caso a autoridade administrativa não tives-

⁴ Cf. MATTOS, César. O compromisso de cessação de práticas anticompetitivas no CADE: uma abordagem da teoria dos jogos. Revista do IBRAC, v.4, n.º 4, 1997, p. 45.

se evidências suficientes para a condenação ou absolvição. Porém, em um momento extremamente adiantado, com a devida vênia, nenhum sentido faz a celebração do compromisso de cessação, pois contraria toda a lógica ressaltada.

Por seu turno, o compromisso de desempenho necessariamente será celebrado em um momento extremamente adiantado. Na realidade, ele é celebrado após a decisão do órgão julgador sobre o mérito do ato de concentração, como instrumento viabilizador da implementação da decisão. Assim, do ponto de vista da conveniência e oportunidade são bastante distintos os escopos dos dois institutos.

Nem lhe socorre alegação de que o termo de compromisso de desempenho foi o momento culminante de um processo que se iniciou anteriormente, com a cessação da prática.

Se assim fosse, pergunta-se: a) Porque não fora, àquela época, celebrado o Termo de Cessação de prática; b) Porque a representada não se comportou, desde a instauração do processo administrativo até as vésperas do julgamento como se as tivesse havido um “termo de compromisso lícito”, posteriormente formalizado em um “termo de compromisso de desempenho” Em dupla função?

Porém, no caso concreto, dada a existência de um motivo administrativo já instaurado poderia contornar-se tal nulidade, desde que: a) não houvesse qualquer dúvida de que o termo de ajuste de conduta travertido indevidamente de compromisso de desempenho fizesse referência à conduta investigada;

b) houvesse o preenchimento de todos os requisitos necessários à validade da celebração do compromisso de ajuste de conduta; c) houvesse o termo celebrado produzido (ou ser apto a produzir) todos os efeitos típicos de um compromisso de ajuste de conduta.

Restou claro na redação do Compromisso de Desempenho firmado que o seu objetivo era regular a estruturação da operação, a fim de minorar eventuais impactos anticompetitivos. Dentro deste contexto explica-se a restrição de acesso a fontes. Porém, não houve uma menção detida e específica à conduta em si.

No entanto, ainda que fizesse uma menção pormenorizada, não haveria como se dar guarida à tese da representada. Ora, um dos pressupostos permissivos da celebração do compromisso de cessação de prática é que a conduta ainda esteja em curso. Com efeito, o art. 53, § 1º inclui dentre os requisitos para a celebração do termo de compromisso de cessação de prática:

“O termo de compromisso conterà, necessariamente, as seguintes cláusulas:

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

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

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

Ressalte-se também que os termos do compromisso devem ser fixados obedecendo-se às condições prescritas nos parágrafos do artigo 53, não se podendo dispor de qualquer delas. A autoridade irá transigir com o particular, assim com condições pré-fixadas.

A questão é que ele faz cessar uma determinada conduta, que é objeto de apuração. Assim, ela tem que estar especificamente referida e descrita. Já o compromisso de desempenho é mais genérico, pois traça condições a serem obedecidas pelas empresas envolvidas para que um determinado ato de concentração possa ser aprovado. Assim, tal caráter genérico não se coaduna com o do compromisso de cessação. Possui, na realidade, uma natureza prospectiva ou seja, estipular condições a serem estabelecidas visando um resultado no futuro. Já o compromisso de ajuste de conduta possui uma natureza retrospectiva: visa ele a modificar uma situação que vem do passado, que já ocorreu e permanece ocorrendo.

Importante salientar a parcimônia com que deve ser utilizado o instituto, que não pode acarretar incentivos ao cometimento da infração ao se extinguir a punição do agente.

Ressalte-se, por outro lado, a parcimônia com que devem ser analisados os requerimentos de celebração do compromisso de cessação. A este respeito, transcrevo as seguintes ponderações de César Mattos, à luz da teoria dos jogos, o efeito perverso que poderia assumir a indiscriminada celebração:

“(...) caso o CCP se torne prática recorrente, o mesmo poderá gerar um forte incentivo à infração ex-ante. O CCP seria visto como uma perspectiva de perdão que torna lucrativa a prática infratora.”⁵

Se tal efeito perverso pode assumir a celebração do Compromisso, de cessação o que se dirá de celebrar termos de compromisso de desempenho aos quais posteriormente possa ser dado o caráter de cessação de prática.

Há, ainda, outros traços distintivos entre os dois institutos que não permitem sejam considerados idênticos. Com efeito, o compromisso de desempenho é um instituto estabelecido pela Lei 8.884/94 em seu artigo 58. Traduz-se por metas – quantitativas e qualitativas - a serem cumpridas pelas empresas que buscam junto ao CADE a aprovação de um ato de concentração econômica que possa “limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercado relevantes de bens ou serviços”⁶. Configura-se como uma válvula de escape para que uma operação concluída, que possa acarretar em elevado custo social, seja eficiente.

Ressalte-se também o caráter impositivo do termo de desempenho que não se encaixa ao aspecto transacional do compromisso de cessação. Assim, com a devida vênia, os diversos traços distintivos não permitem o aproveitamento do compromisso de desempenho firmado como compromisso de cessação de prática.

Um último argumento merece ser destacado. Como já referido, a suspensão do processo administrativo, enquanto se aguarda o cumprimento das obrigações estipuladas no compromisso de cessação, é uma de suas características primordiais. No entanto, constitui fato incontroverso que após a sua celebração a aludida suspensão não foi efetivada e não foi requerida pela representada, portando-se, assim, como e o termo celebrado não fosse apto a tanto.

Assim, mesmo após a celebração do compromisso de desempenho a representada continuou a agir como se ele não tivesse o condão de suspender o andamento do feito, apresentando o parecer em que defendia a tese da equivalência entre os dois institutos apenas na véspera da data marcada para o primeiro julgamento.

⁵ Franceschini, José Inácio Gonzaga, Edgard Antonio Pereira e Eleni Lagroteria da Silva, “Denúnciação de práticas anticompetitivas”, (Revista de Direito Econômico, nº 26 – agosto/dezembro de 1997 – pág. 47).

⁶ Artigo 54 da Lei 8.884/94

Com efeito, nem ela, nem a administração entenderam que estavam celebrando compromisso de cessação de prática, tanto que, posteriormente, não se comportaram como se o tivessem feito. Não há como deixar de aplicar a teoria do fato próprio.

II. ANÁLISE DA CONDUTA

II.1. Breve descrição

Em 13.03.1996, sabedora de que ainda havia disponibilidade de fornecimento de matéria prima junto a uma planta de amônia, a Messer entrou em contato com a Ultrafertil para contratá-la. Tal planta era capaz de ofertar mais de 640 t.p.d. de insumo e teria, até aquele momento, compromissos de apenas 470 t.p.d. – 200 t.p.d. contratados pela Planta White Martins e 270 t.p.d. contratados pela Planta Liquid Carbonic, ambas do grupo White Martins.

As negociações evoluíam, a ponto da Messer fazer por escrito em 10.05.96 proposta firme de parceria e aquisição de subproduto. Segundo informações das Requerentes, intrigadas com a demora na resposta e com receio de que algum impedinte das negociações tivesse surgido na reta final, solicitaram em 04.07.96 uma resposta formal quanto à proposta firme feita. No entanto, em 09.07.96 são informadas que o grupo White Martins havia exercido direito advindo de compromisso de opção na forma de primeira recusa e modificado os termos dos contratos que tinha anteriormente com a Ultrafertil para ampliar o prazo do fornecimento e acordar a exclusividade de venda de toda disponibilidade de insumo.

O aditamento celebrado pelas duas últimas empresas, datado de 01.07.96, modifica (i) as cláusulas 2.1 e 2.2 aumentando por um período adicional de 10 anos – para além do já acordado; (ii) a cláusula 3.2 para aumentar o montante de insumo disponibilizado pela Untrafertil à planta White Martins de 200 t.p.d. para 370 t.p.d.; (iii) na mesma cláusula, as condições de preço para o fornecimento da matéria prima; (iv) a adição de uma cláusula de exclusividade, pela qual a Ultrafertil disponibilizaria toda a oferta excedente de subproduto que tivesse disponível.

É justa e somente esta última cláusula que examinaremos por agora. Seu texto, *ipsis literis*, é o seguinte:

“9.2. – A FORNECEDORA neste ato assegura à COMPRADORA exclusividade para a compra de qualquer excedente que porventura dispuser, observando-se, para tanto, as mesmas condições ora pactuadas.”

II.2. Breve digressão histórica a respeito do açambarcamento

Açambarcamento é conduta tradicional e historicamente caracterizada pela acumulação de 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*⁷ 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 econômico⁸.

Açambarcar deriva de *sambarco* e significa monopolizar, apropriar-se, sonegar. Historicamente, muitos relatos dessa prática já nos chegaram. Na antiguidade grega, há indicações de que as atividades de agentes econômicos - como chamaríamos hoje - que detivessem um razoável “poder de mercado” eram regulamentadas pelo governo das cidades-Estados, com o intuito de proteger a população da escassez artificial de produtos essenciais. O comércio de grãos era rigorosamente regulamentado em épocas de guerra. No Império Romano, o Édito de Zenão, de 483 d.C., regulou a política de monopólios e também os acordos com o objetivo de acertar preços; já havia a constante preocupação de se impedir práticas de açambarcamento de mercadorias essenciais aos consumidores, com o intuito de, posteriormente, elevar-se os preços. As disposições legais na antiguidade, tanto na grega como na romana, eram esporádicas, buscando resultados eficazes e imediatos, tendo em vista proteger a população de comportamentos nocivos de comerciantes – as razões eram absolutamente práticas.

No período compreendido pela Idade Média, surgem as corporações de ofício. Estas se inserem em um contexto de desenvolvimento do comércio e artesanato nas vilas medievais. Comerciantes e artesãos se reúnem com vistas à proteção dos interesses mercantis comuns, positivando regras de controle de suas atividades nos estatutos das corporações e na Comuna Medieval. Al-

⁷ Vide o verbete *Acaparamiento*, na Nova Enciclopedia Jurídica, coordenação de Carlos E. Mascareñas, Tomo II, Barcelona: F. Seix Editor, 1950.

⁸ Nusdeo, F. Açambarcamento. Verbetes da Enciclopédia Saraiva do Direito, coordenação de Rubens Limongi França, Vol. 2, São Paulo: Saraiva, 1977.

gumas regras, no entanto, eram inseridas no interesse do consumidor. Uma delas é a de vedação de açambarcamento de produtos. Em Florença, punia-se com multas acordos monopolísticos e, na Ordenança de Messina de Ricardo e Felipe Augusto, no ano de 1190, assegurava-se pão a um preço acessível aos membros das Cruzadas. Nas Comunas, havia também a proibição de aquisição de mercadorias acima da necessitada, bem como a compra para revenda⁹, normas estas estabelecidas por atos de governantes das cidades.

Com o nascimento do mercantilismo, surge quase que concomitantemente a escola de glosadores. Os comentários ao Édito de Zenão estabeleceram o princípio da condenação *per se* de monopólios ou acordos que o visassem. Com esse espírito, estabelecem as cidades italianas da época a proibição de *acaparramento* de mercadorias, que buscassem controlar ou fixar preços praticados por comerciantes, afastando, desta maneira, os efeitos prejudiciais advindos do monopólio. No entanto, há que se acrescentar uma observação, visto que àquela época, os monopólios outorgados pelos soberanos, visando ao “bem comum”, eram legais.

Percebe-se que a amplitude dada ao conceito de açambarcamento limitou-se a abranger seu objetivo comum à época: provocar uma escassez artificial de um produto para, logo após, aumentar seu preço. Para que isso fosse possível, a prática de açambarcamento pressupunha poder de mercado suficiente do agente, ou mesmo, a detenção de monopólio.

II.3. O requisito da plurisubjetividade não é essencial para a caracterização do açambarcamento

Neste item procuro afastar a alegação de que o açambarcamento pressupõe a colusão, sendo, assim, necessariamente plurisubjetivo. Na realidade, como pode ser perpetuado por um só infrator ou por uma coletividade deles, a doutrina¹⁰ costuma a diferenciar o acordo a que se dá comumente o 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. Neste contexto, cartéis de compras visam a concentrar os pedidos aos fornecedores de diversas empresas que se utilizam da mesma matéria-

⁹ FORGIONI, Paula. Os fundamentos do Antitruste, p. 41 a 42.

¹⁰ Nusdeo, F. Açambarcamento (...), p. 160; Acaparramento, Nova Enciclopedia Jurídica, (...), pp 142-143.

prima, para obter um fornecimento regular e a preços baixos; nos cartéis de venda, o que se quer é conseguir preços mais altos. Já o açambarcamento 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 escalonada¹¹.

Para a doutrina existe ainda um elemento *circunstancial*, que liga o açambarcamento a conjunturas do mercado, como eventos excepcionais, tais quais a quebra de safra, uma distensão econômica, crises setoriais ou sazonais, “alteraciones de la vida social derivadas de la acción del hombre, tales como guerras, revoluciones, o de la naturaleza, como el hambre, peste, terremotos o inundaciones.”¹²

Tal exigência não é desmotivada: apoderar-se de imensas quantidades de produto, carregar este fardo econômico – refletido, para a empresa ou para a pluralidade responsável pela infração, como custo de compra, armazenagem, manutenção, organização e desova – pelo período necessário para que o novo equilíbrio (mais alto) de preços se materialize e, por fim, escalonar a venda de modo organizado para manter os preços nas alturas, muitas vezes só é possível tendo em vista uma confluência de fatores que permita o sucesso da prática. Longe de ser costumeiro no cotidiano dos mercados, o açambarcamento é fadado ao fracasso, caso a parte que o leve a cabo não tenha condições econômicas de sustenta-lo.¹³

Em vista desta dificuldade, talvez possamos entender porque Fábio Ulhôa Coelho coloca, entre as exigências do tipo infrativo, a colusão necessária¹⁴. No entanto, não acredito que a plurissubjetividade seja parte integrante da infração. Apenas que, em razão dos requisitos *fáticos* que acercam a prática, certas circunstâncias específicas necessitam existir. Dentre elas, podemos citar: uma grande capitalização, que se reflita numa grande capacidade de compra, na viabilidade dela manter seus estoques elevados pelo tempo necessário para a consecução do preço desejado, e no escalonamento das liberações; fatores exógenos (do ambiente econômico) que facilitem a sobrevivência de uma empresa descapitalizada no mercado pelo tempo que durar a ação; certas e condições de mercado que protejam a empresa de eventuais ofertantes

¹¹ Nusdeo, F. Açambarcamento. (...), p. 160.

¹² Acaparamiento, Nova Enciclopedia Jurídica, (...), p. 143.

¹³ Muitas vezes: diz-se que pode levar “a la bancarrota de los que lo han intentado, por no haber podido absorber o controlar toda la producción económica” Acaparamiento, Nova Enciclopedia Jurídica, (...), p. 142.

¹⁴ Vide autor citado no memorando de defesa das rés, fls [...]

impeçam a alta dos preços. Todas estas condições são desfrutadas pela White Martins.

A afastar definitivamente a alegação de que o açambarcamento necessariamente seria plurisubjetivo temos que a White Martins ostentava a condição de monopolista quando da prática da conduta objeto de investigação. Pergunta-se: como poderia praticar colusão com outros concorrentes se estes não existiam?

Outrossim, através da diferenciação entre açambarcamento *ring* e *corner*, chega-se a mais uma interação entre as práticas açambarcadoras e especulativas: *ring* é “uma combinação entre várias pessoas que se reúnem para a prática de uma ação monopolística isolada”; *corner* é a “compra ou tentativa de compra da totalidade das disponibilidades de uma dada mercadoria com a intenção de controlar o seu mercado e fixar os preços, segundo a vontade dos controladores.”¹⁵. No mercado acionário, *corner* envolve a aquisição da totalidade das ações ofertadas de uma certa empresa, para revendê-las a especuladores *comprados*, que delas necessitam para adimplir contratos. É intuitivo que, na modalidade *corner*, não se faz necessário mais de um agente para a prática.

II.4. Exemplos de repressão ao açambarcamento na jurisprudência norte-americana.

O caso clássico para os americanos é *Socony*¹⁶. Em meio à grande depressão dos anos 30, uma crise atingiu o setor petrolífero. As refinadoras de óleo produziam mais do que era consumido, já que a oferta estava, na década anterior, em regime de *boom*: produtores independentes proliferavam; quando da crise de 29, a demanda retraiu-se. Sem infra-estrutura para armazenagem, as independentes começaram a inundar o mercado com gasolina barata, o que jogou os preços para níveis bastante baixos.

Em resposta, um grupo de grandes refinadores se organizou para comprar o excesso de “*distress*” *gasoline* e armazená-lo, para futuramente, desová-lo de maneira ordenada num mercado já organizado, de modo a não deprimir os preços. Cada um dos grandes *players* iria escolher um parceiro (“*dancing partner*”, como foram chamados na época) e se encarregaria dele comprar sua superprodução. A gasolina, no final das contas, chegaria ao mercado; porém o efeito depressivo seria menor.

¹⁵ Nusdeo, Fábio. Açambarcamento (...), p. 160.

¹⁶ U. S. v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150 (1940).

Mesmo a justificativa de inexistir autoridade pública reguladora autorizada a normalizar o trabalho dos mercados pôde salvar os réus da condenação pela Suprema Corte: os juízes afirmaram que toda e qualquer ação para elevar artificialmente os preços deveria ser condenada em vista do Sherman Act. Sua seção I terminantemente proibia que os consumidores fossem aliados das forças do mercado, mesmo que uma tal ação tivesse como objetivo apenas o restabelecimento de um preço sadio. *In verbis*:

“Any combination which tampers with price structure is engaged in an unlawful activity. Even though the members of the price fixing group were in no position to control the market, to the extent that they raised, lowered, or stabilized prices they would be directly interfering with the free play of market forces. The Act places all such schemes beyond the pale and protects that vital part of our economy against any degree of interference. Congress has not left with us the determination of whether or not particular price fixing schemes are wise or unwise, healthy or destructive. (...) Under the Sherman Act a combination formed for the purpose and with the effect of raising, depressing, fixing, pegging, or stabilizing the price of a commodity in interstate or foreign commerce is illegal per se. (...) Market manipulation in its various manifestations is implicitly an artificial stimulus applied to (or at times a brake on) market prices, a force which distorts those prices, a factor which prevents the determination of those prices by free competition alone.”¹⁷

É interessante que se tenha depreendido deste caso uma regra geral para a interdição de toda e qualquer manipulação ou ajuste de preços (*price fixing*), segundo a seção I¹⁸. Afinal, na espécie a Suprema Corte proibiu de

¹⁷ U. S. v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150 (1940).

¹⁸ A regra instituída em Socony serviu de maneira exemplar à repressão desta prática, ao que parece: ao longo de uma longa pesquisa jurisprudencial que fiz, não consegui encontrar mais nenhum outro caso além de Socony que se assemelhasse às características do açabarcamento, tal como concebemos em nosso direito. O que outros julgados vieram a trazer de novo foi o esclarecimento de novas práticas relativas ao ajuste ou manipulação de preços, como estabelecimento de preços de revenda (*Kiefer-Stewart Co. v. Joseph E. Seagram & Sons, Inc*, 340 U.S. 211 – 1951; *Arizona v. Maricopa County Medical Society*, 457 U.S. 332 – 1982); estabelecimento de taxas-padrão para o desconto de cheques ou para os serviços de crédito (*Catalano, Inc. v. Target Sales*, 446 U.S. 643 – 1980); proibição de regras corporativas relacionadas com o não oferecimento de preços (*National Society of Professional Engineers*, 435 U.S. 679 – 1978); entre outras.

O que na verdade aconteceu é que a persecução do açabarcamento também foi delegada a outras instâncias, algumas até administrativas. Vejamos: nos tempos dos anti-

empresas irem a mercado comprar grandes quantidades de combustível com o intuito provocar uma redução de oferta e conseqüente aumento os preços, *mesmo que o mercado esteja em depressão*. Pode-se dizer que a regra geral do *price fixing* saiu da proibição do açambarcamento. Noto que existem aqui todos os elementos que, como anteriormente discutido, definem a infração de açambarcamento: a ação de comprar grandes quantidades para revender com lucro; as fases – (a) compra, (b) retenção, (c) desova; a circunstância especial do mercado que permitia a ação; a capitalização dos infratores. Neste caso, ela foi executada de maneira colusiva.

II.5. Açambarcamento no direito brasileiro: breve retrospecto.

Entre nós, o primeiro diploma a tratar do açambarcamento foi a lei 1.521/51 – referente aos crimes contra a economia popular. Seu art. 3º, inciso IV, proibia “reter ou açambarcar matérias-primas, meios de produção ou produtos necessários ao consumo do povo com o fim de dominar o mercado em qualquer ponto do país e provocar a alta de preços”; a pena era de 2 a 10 anos.

gos romanos e gregos, o produto mais comum passível de açambarcamento eram os grãos. Pois dado que a forma de negociá-los na atualidade se modificou – hoje em dia, as chamadas commodities são objetos de intensas negociações nas bolsas de mercadorias e futuros – a manipulação de preços relativa às quantidades ofertadas passou a ser supervisionada pela Commodity Futures Exchange Commission (CFEC), que dita regras de solvência e anti-manipulação dos mercados as quais, por sua vez, devem ser aplicadas pelas bolsas de valores. A este respeito, vide o interessantíssimo *Merril Lynch, Pierce, Fenner & Smith v. Curran*, 456 U.S. 353 (1982) – em que é trazida à análise da Suprema Corte um caso que (i) envolve a uma ação de indenização movida por um investidor contra um marchand de commodities e futuros ou broker por violação de dispositivos antifraude do CEA (Commodity Exchange Act) e (ii) três ações de indenização de especuladores contra a Bolsa de Valores de Nova York. In casu, um grupo de especuladores apostou na queda do preço de batatas do Maine, outro na subida. Todavia, em vista de um possível aumento de preços por causa de baixa produção, o primeiro grupo agiu para comprar a presente (portanto açambarcar) diversos contratos, quebrando regras da Bolsa para a alavancagem; com isso, buscava sinalizar aos produtores que estes deveriam produzir mais, já que a safra já estava comprada e os preços eram altos. Sabendo desta ação, o outro grupo passou a comprar a termo e vender a presente outros contratos, jogando para baixo as cotações – também através de alavancagem proibida, só que desta vez tentando manter as cotações baixas e evitar que futuramente elas aumentassem. Os comissários da Bolsa intervieram e exigiram o vencimento antecipado das opções, o que fez com que nenhum dos dois grupos fosse capaz de adimplir suas obrigações.

Neste caso, o tipo objetivo envolve dois tipos de ações: açambarcar – que é comprar para revender com lucro qualquer gênero de produto, principalmente os necessários ao consumo do povo; e reter – do mesmo modo, qualquer espécie. Existe um duplo dolo específico: (i) dominar mercado e (ii) provocar alta dos preços. O bem tutelado era a economia popular.

Já no âmbito administrativo, a lei 4.137/62, em seu art. 2º, considerava o açambarcamento figura do abuso de poder econômico. Ademais, arrolava-o como uma das quatro alíneas que dizem respeito à infração de “especulação abusiva e a criação de condições monopolíticas com vistas a provocar alta temporária de preços”, no inciso III.

Art. 2º: Consideram-se formas de abuso de poder econômico:

(...)

III – Provocar condições monopolísticas ou exercer especulação abusiva com o fim de promover a elevação temporária de preços por meio de:

- a) destruição ou inutilização, por ato próprio ou de terceiros, de bens de produção ou consumo;
- b) açambarcamento de mercadorias ou de matéria-prima;
- c) retenção, em condições de provocar escassez, de bens de produção ou consumo;
- d) utilização de meios artificiosos para provocar a oscilação de preços em detrimento de empresas concorrentes ou de vendedores de matérias-primas.”

Manteve-se a definição histórica no texto legal brasileiro. Todavia, fazia-se uma exigência: a existência de poder econômico. Por isso, verificação da infração de açambarcamento, segundo a legislação antitruste anterior à lei 8.884/94 requeria a prospecção das condições de mercado em que ela teria ocorrido.

Segundo a sistemática da lei antiga, define-se como infração *provocar condições monopolísticas ou exercer especulação abusiva*, em primeiro lugar. Exige-se daí um *animus* específico: o de promover elevação de preço. Portanto, fala-se aqui da tradicional *price fixing*, como no sistema americano; todavia.

Do *caput*, ainda, há mais um elemento a notar: o elemento de *temporiedade*. Não é necessário que as condições monopolísticas permaneçam – o que faz cair por terra a possibilidade aventada anteriormente, de que deva impreterivelmente haver perigo de monopolização ou exclusão de rivais. Esta

prática, assim, não se relaciona com a tentativa de monopolização – aliás, objeto do inciso I do mesmo artigo.

Outra constatação importante é a sua relação com a elevação de preços. Assim, eram dois os efeitos provocados pelo açambarcamento passíveis de punição: elevação de preços ou monopolização. Não eram, assim, punidos os demais prejuízos à livre concorrência como faz a lei atual. Trata-se de distinção de suma importância para as conclusões a que chegarei mais adiante.

A interpretação sistemática nos leva a ver que o poder de mercado exigido na lei, portanto, não necessita ser grande – advindo, portanto, de posição dominante – nem mesmo é necessário que seja o poder de monopólio. O poder de mercado a que se refere o texto é apenas a capacidade de modificar as condições de concorrência.

Em segundo lugar, a manipulação de preços acontece de quatro meios: o primeiro é por via de redução não natural da oferta por meio de destruição de produtos. O segundo é o açambarcamento: compra para revenda com lucros de grandes quantidades de produto, que serão armazenadas até serem paulatinamente desovadas após a elevação dos preços. O terceiro envolve a retenção de mercadoria – outra forma de restrição da oferta, todavia sem destruir a mercadoria e sem comprá-la no mercado e estocá-la. O quarto meio é definido residualmente.

Destarte, verifica-se aqui a incorporação da definição tradicional de açambarcamento pela legislação brasileira.

A lei 4.137/62 teve vida longa e só foi emendada em 1.991 pela lei 8.158. Nesta, o legislador manteve diversos dispositivos da anterior, mas adotou outra forma de definir as infrações à ordem econômica. Em seu art. 2º, listou os 6 *objetivos* que norteariam a atuação da recém criada SNDE (Secretaria Nacional de Direito Econômico) e, no art. 3º arrolou os ilícitos anti-concorrenciais. Todavia, equiparou-os a “acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins visados não sejam alcançados”.

Este longo *caput*, que abarca tanto formas tentadas como efetivas, não diferencia as práticas unilaterais (monopolísticas) das concertadas, não define a diferença entre prática e conduta, nem de acordo e deliberação conjunta, não cita em nenhum momento a necessidade de se discutir as infrações sob o ponto de vista das condições de mercado: não há qualquer menção à “poder de mercado”, “posição dominante” ou “poder de monopólio”. Tais elementos nos levam a crer que o diploma tratou todos estes elementos como infrações *per se*. De outro modo, ele presta um desserviço doutrinário e não

traz nenhuma das consagradas distinções e sistematizações surgidas ao longo da história do antitruste.

O açambarcamento constava do inciso XII, como exemplo de infração:

“Art. 3º (...)

XII – destruir, inutilizar ou açambarcar sem justificada necessidade, matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir ou inutilizar equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los, transportá-los, ou dificultar a sua operação.”

Já nesta redação não havia mais remissão a nenhuma forma de manipulação de preços – esta, inclusive, é tratada no inciso I do mesmo artigo¹⁹.

A lei 8.884/94 veio a modificar mais uma vez todo sistema de organização. Como venho ressaltando, a tipificação das infrações contra a ordem econômica vem estipulada no *caput* do art. 20, sendo que no art. 21 arrolou condutas exemplificativas.

Não há na atual sistemática a identificação automática da conduta com a infração – o que leva a crer que uma conduta pode caracterizar mais de uma infração ou, ao menos, diferentes infrações, conforme os requisitos de cada uma.

De fato, são dois os incisos que citam a ação de açambarcar:

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;

Apesar de o inciso XV do atual art. 21 ser praticamente idêntico ao inciso XII do art. 3º, seus significados são diversos; enquanto o antigo inciso XII nos levava diretamente a uma *infração*, o inciso XV é meramente o indicador de uma delas: na lei anterior tínhamos 18 infrações *tipificadas* por meio de condutas, enquanto na atual temos 4, das quais os *indicadores* podem ser 24 condutas (ou mais, assim reza o *caput* do art. 21 da lei 8.884/94).

Assim, tal redação reforçou o afastamento do tratamento legislativo do açambarcamento no Brasil de seu conceito clássico: : 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.

Ora, na exemplificação de açambarcamento não foi mencionada qualquer relação necessária dele com o aumento de preços ou obtenção artificial de lucros. Por seu turno, o art. 20, *caput*, é extremamente amplo, considerando como infração contra a ordem econômica toda a conduta apta a (incluindo-se, por óbvio, o açambarcamento) a produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: (I) limitação, falseamento ou prejuízo à livre concorrência e livre iniciativa; (II) dominação de mercado relevante; (III) aumento arbitrário de lucros e (IV) exercício abusivo de posição dominante – o que é plenamente compatível aliás, com a jurisprudência americana²⁰.

Fica absolutamente clara, assim, a não limitação do açambarcamento com o aumento de preços. Assim, na realidade, uma vez provado que o açambarcamento ocorreu, a sua configuração como infração contra a ordem econômica não se dará apenas na hipótese de ele levar a um aumento dos preços. Ela se dará, na realidade, caso ele era apto a produzir, ou veio a produzir, algum dos efeitos descritos no art. 20, *caput*, da Lei nº 8.884/94. A este assunto voltarei no tópico seguinte.

II.6. Da incidência do açambarcamento no processo em análise

No processo administrativo nº 08000.022579/97-05, no qual a representante Messer Grieshem do Brasil Ltda. acusa a S.A. White Martins de açambarcamento da matéria-prima CO₂, as condutas tipificadas nos incisos V, VI e XV do artigo 21 da Lei 8884/94 foram imputadas à representada. Mediante uma cláusula contratual de exclusividade, garantiu-se a White Martins toda a produção das plantas da Ultrafertil, detentora de privilegiada fonte de CO₂. Ergue-se, então, elevada barreira à entrada de concorrentes no mercado, uma vez que a representada passou a deter a melhor fonte do subproduto, assim como monopolizou seu excedente.

²⁰ Vide *supra*, o comentário a respeito de ser possível que a exclusividade seja considerada violação à seção I e II do Sherman Act, dependendo do preenchimento dos requisitos de cada uma delas, e o item I.4 a respeito de concurso formal de infrações.

A figura do açambarcamento está configurada. A representada detém poder de mercado tamanho que possibilitou atuação independente, haja vista seu monopólio no segmento. A empresa White Martins açambarcou a melhor e constante fonte do subproduto, elevando consideravelmente as barreiras à entrada de concorrentes de grande porte que, com ela, pudessem disputar o mercado. Seu objetivo foi o de assegurar os preços de monopólio. Tal conduta afetou consideravelmente o abastecimento regular do mercado, visto que se retirou do tráfego mercantil um bem econômico. O exercício abusivo de posição dominante está caracterizado²¹. Da mesma forma ficou bem caracterizado que houve limitação à concorrência no mercado relevante. São estes os efeitos cuja produção (efetiva ou potencial) deve ser objeto de análise para a eventual configuração de infração contra a ordem econômica e não apenas a elevação do preço da matéria prima ou do produto final.

Finalmente, resta analisar um argumento recorrente nos memoriais da representada: o de que o açambarcamento pressuporia a retenção de todas as fontes de matéria prima existentes e não apenas aquelas da Ultrafertil. Em tais memoriais sustenta a representada que é inverídica a tese de que a Ultrafertil era a única fonte de matéria prima para a produção de CO₂ para fins industriais, já que, posteriormente, outras empresas vieram a utilizar outras fontes, inclusive de combustão. Alude, inclusive, para fonte da Replan, que, seria, em seu entendimento a melhor de todas as fontes, em virtude da qualidade da matéria-prima e a sua localização, ainda mais estratégica do que a da Ultrafertil.

Seria fechar os olhos à realidade negar a existência destas outras fontes e mesmo da sua viabilidade comercial. Porém, duas considerações servem para rebater, com propriedade, o argumento da representada.

Em primeiro lugar, é incontroverso nos autos que a Ultrafertil era, à época da prática da conduta, a única fonte conhecida de CO₂. Ademais, diversos documentos demonstram que a melhor maneira de extrair o CO₂ dá-se em plantas como a Ultrafertil e não através do processo de combustão. Também

²¹“O simples exercício do poder de mercado não seria suficiente para a caracterização do pressuposto de existência de infração estabelecida pelo inciso IV do artigo 20 da Lei nº 8.884/94. Há que buscar-se (sic) a caracterização da abusividade, cujo conceito independe da intenção dos agentes. Existe abusividade quando dos atos praticados decorre concretamente, objetivamente a possibilidade de limitação ou de prejuízo da concorrência, o que, a meu sentir, ocorre no presente caso”.(voto proferido pelo Cons. João Bosco Leopoldino da Fonseca, no P.A. nº08000.000128/95-98. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei de Proteção da Concorrência – Comentários à Legislação Antitrust, p. 172).

não foi negado o fato de que as potenciais entrantes consideravam, à época da prática da conduta não ser viável a entrada no mercado brasileiro com a utilização de fonte de combustão.

Em segundo lugar há o fato também incontroverso nos autos de que a mais provável entrante – a Messer – via, sempre à época dos fatos, como única maneira viável de entrada no mercado brasileiro a contratação da fonte de CO₂ da Ultrafertil.

Assim, não resta dúvida de que a White Martins procurou assegurar a totalidade da produção da única fonte conhecida à época e vista como essencial para possibilitar a entrada de outra empresa no mercado brasileiro. A reforçar este argumento há um terceiro fato, também incontroverso: a circunstância de que a apropriação da totalidade da matéria prima apta a produção da Ultrafertil impediu, por vários anos a entrada de outros concorrentes. E, a esta circunstância adiciono um quarto fato, novamente incontroverso: a primeira concorrente da White Martins entrou no mercado brasileiro apenas quando teve acesso à fonte da Ultrafertil. Aliás, tão importante era tal fonte que a Messer disputou-a com a outra entrante e, tendo-a perdido, viu possibilitada a sua entrada no mercado, apenas anos depois.

Ressalte-se, finalmente, que há na doutrina quem defenda que para a configuração do açambarcamento não se faz necessária a detenção da totalidade da matéria prima. Frederico Abrahão de Oliveira ressalta que *“Retomando De Plácido e Silva, temos o açambarcamento como o ‘ato pelo qual um comerciante procura apoderar-se da quase totalidade de uma produção, (...). Tendo em suas mãos elementos para controlar todas as negociações relativas a essas mercadorias ou produtos. O açambarcamento pode ser promovido individualmente por um comerciante ou por meio de associações ou cooperações, como o truste, etc’”*.²²

Em relação à definição acima, por sua vez, há que se fazer algumas considerações. Primeiramente, deve-se atentar para o fato de que, para a caracterização da figura do açambarcamento, não é necessário que a **totalidade** da produção seja, de alguma forma, retida. Na legislação antitruste, a infração à ordem econômica está configurada quando os atos manifestados produzirem determinados efeitos, quais sejam: "limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; e exercer de forma abusiva posição dominante". Conclui-se, portanto, que não se leva em conta a **quantidade** da produção monopolizada - seja ela matéria-prima, produto in-

²² OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. Direito Penal Econômico, p. 35.

termediário ou acabado - mas sim se a retenção, de alguma forma, incorreu em efeito tipificado como infração.

II.7. Desnecessidade de provar que ela configura efetivamente açambarcamento para que ela tipifique infração contra a ordem econômica

No entanto, não se afigura imprescindível, a meu ver, a demonstração de que efetivamente ocorreu a configuração de açambarcamento. Assim, ainda que se entenda que ele não veio a ocorrer (seja por não estar configurada a sua feição clássica, relacionada à revenda do produto açambarcado por um preço superior, seja por não ter sido açambarcado a totalidade do produto potencialmente existente) isto não seria suficiente para o arquivamento do processo. Mais importante do que demonstrar se ocorreu a configuração do açambarcamento é provar que: a) foi efetivada a conduta descrita na Portaria inaugural; b) que tal conduta tinha o potencial de ou veio a produzir os efeitos descritos no art. 20 da Lei nº 8.884/94.

Importante ressaltar o caráter meramente exemplificativo e, portanto, não exaustivo, do rol de condutas descritas no art. 21. Em outras palavras: não são apenas as condutas exemplificadas no art. 21 que podem ser consideradas infrações à ordem econômica. Muito pelo contrário, qualquer outra conduta, na medida em configure as hipóteses previstas no *caput* do art. 20 rendem ensejo à sanção pelo CADE, pois se caracterizam como infrações à ordem econômica²³

Deste modo não é imprescindível provar no presente caso que a conduta praticada pela representada importou em açambarcamento. Importa sim, demonstrar que a conduta empreendida pela representada gerou um ou mais dos efeitos tipificados no art. 20.

No que pertine à efetivação da conduta descrita na Portaria inaugural há prova cabal nos presentes autos quanto à sua ocorrência. Ora, a exclusi-

²³ A este respeito já salientou o CADE: "É sabido que a lei estabelece no citado art. 21 formas meramente exemplificativas de indícios de práticas anticoncorrenciais, não esgotando nem limitando as práticas passíveis de punição. Assim, a eventual abusividade de tais condutas deverá ser investigada no contexto econômico que se deu, fazendo-se então necessário delimitar corretamente o mercado relevante, verificar o grau de poder dominante do agente e aferir os impactos que a conduta em análise pode eventualmente produzir nesse mercado, ou se já tenha causado algum efeito sobre o ambiente concorrencial" (PA nº 08000.020787/96-62, Rel. Conselheira Lúcia Helena Salgado, DOU de 05.11.97, seção I, p. 25083).

vidade foi contratualmente pactuada e rigidamente observada pelas partes durante o período de vigência do contrato. Ademais, é fato incontroverso, admitido pela própria representada, que havia um excedente de matéria prima não aproveitado, que correspondia a quantia superior à totalidade de TPD contratada por termo aditivo.

Assim, demonstrada a efetivação da conduta, o próximo passo seria a análise de se ela se enquadra nos tipos que descrevem o que constitui infração contra a ordem econômica. Antes disto, faz-se necessário averiguar se havia racionalidade econômica na conduta levada a cabo.

III. Ausência de racionalidade econômica na conduta

O contrato de exclusividade de fornecimento de matéria-prima, na terminologia americana e segundo o Anexo I da Resolução 20/99 é uma restrição de comércio de natureza vertical. Isto quer dizer que ela é uma restrição imposta “por produtores/ofertantes de bens ou serviços em determinado mercado (‘de origem’) sobre mercados relacionados verticalmente – a ‘montante’ ou a ‘jusante’ – ao longo da cadeia produtiva (mercado ‘alvo’)”²⁴.

Por atar fornecedor a comprador, o contrato de exclusividade tem fortes impactos sobre o regime de concorrência. Ele implica numa simbiose em que demanda e oferta são distorcidas. Em decorrência deste fato, os preços dos *dancing partners*²⁵ passam a se reger por uma lógica própria, pela qual apenas condicionantes ligados à operação das duas firmas contam. Isso quer dizer que elas se imunizam da força dos competidores, tanto do lado dos compradores, quanto pelo lado dos vendedores do produto objeto da cláusula:

Pelo lado da oferta, a exclusividade retira uma fonte de matéria-prima do mercado, fazendo com que a definição da quantidade e qualidade daquela seja excluída do processo de arbitragem deste. O valor do *by-product* é dado pela utilidade relativa dele em relação à outros produtos semelhantes. Assim, tanto é o insumo mais valioso quanto sua pureza, facilidade de obtenção, purificação, envasamento e distribuição são *relativamente* mais altos que os dos outros concorrentes.

Destarte, quando da exclusividade, os competidores do comprador exclusivo ficam impedidos de competir com ele pelo acesso ao fornecedor, o que faz com que aumente artificialmente o valor relativo das fontes alternati-

²⁴ Vide Anexo I da Resolução 20/99.

²⁵ Esta expressão foi utilizada no caso Socony. Vide *infra*.

vas. A utilidade de outros produtos de menor qualidade, concentração e características inferiores amplia-se de forma indevida, já que o acesso à fonte que seria o standard de qualidade máxima está fechado.

Já pelo lado da demanda, têm-se a eliminação de um dos elementos constituintes dela, o que implica numa distorção severa para o restante do mercado não suprido. Isso porque, em teoria, o poder de barganha dos outros compradores aumenta relativamente se a White Martins não participa com afinco, posto que a empresa, um dos que poderia forçar os preços para cima ou para baixo, excluiu-se de participar da arbitragem de valores. O corolário é que os ofertantes não beneficiados pela exclusividade confrontariam os compradores em desigualdade de condições, o que implicaria no estabelecimento de um patamar de preços sub-ótimo – em consequência, o mercado estaria trabalhando de forma ineficiente.

A teoria dos preços nos diz que o contrato de exclusividade *sempre* será redutor do bem-estar social. Todavia, a ela se contrapõe economia transaccional. Partindo do pressuposto de que certas relações escapam ao mercado, *transactional economics* nos diz que haveria motivos para se considerar que certos arranjos serão mais eficientes dos que são postulados pela economia clássica.

Quando se fala em custos transacionais, é preciso em primeiro lugar ter em mente que as economias de transação são em certa medida *externas* ao sistema de preço. Isso porque elas tem a ver com a redução dos chamados *sunk costs* – custos que não se relacionam com a atividade produtiva propriamente dita, mas com as imperfeições de mercado. Por exemplo, ao custo de produzir um determinado bem (chamado de custo marginal), deve ser acrescido o custo de vender e procurar um comprador; o custo de se manter as instalações de produção; o custo de se prospectar o mercado em busca de insumos.

Assim, há certa razão nos memoriais apresentados²⁶ quando afirmam que economias de transação *poderiam*, em tese, servir de justificativa para a assinatura de contratos de exclusividade. Todavia, é patente que há certo equilíbrio que necessita ocorrer no *trade off* entre a redução do bem-estar provocada pela celebração do contrato de exclusividade e o aumento do bem-estar causado pela redução dos custos de transação. Os ganhos com a redução dos custos externos ao sistema de preços terão de ser maiores que as perdas causadas pelo sistema de alocação descritos pela microeconomia clássica.

²⁶ Fls 619 e ss, e fls 819 e ss dos autos.

No caso concreto fica extremamente claro que a eventual redução de custos de transação não é suficiente para justificar como racional do ponto de vista econômico a cláusula em questão.

Antes de mais nada, tal conclusão é imposta pela ausência de qualquer demonstração de que o excedente contratado viesse a ser utilizado efetivamente pela White Martins. Deveria assim, o tão propalado plano de expansão jamais veio a ser juntado aos autos, sendo que oportunidades efetivamente não faltaram para que viesse a ocorrer. A ausência de demonstração de necessidade – ainda que futura – do excedente contratado. Assim concebida, ela, longe de implicar em economia de escala para a White Martins, significou um custo adicional, já que o excedente era pago e não utilizado. Neste contexto a única racionalidade econômica que poderia ter era, indubitavelmente, a intenção de fechar a fonte de matéria prima para os concorrentes potenciais.

Reforça esta impressão a análise do momento em que foi contratada a exclusividade. Apenas quando entrantes em potencial manifestaram interesse em contratar a matéria prima da planta da Ultrafertil é que a White Martins contratou a capacidade até então ociosa, que, aliás, ociosa permaneceu. Antes disto, não manifestou qualquer interesse. Fossem legítimos os seus planos de expansão, é óbvio que teria contratado o excedente antes.

Ademais, 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.

Ademais 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.

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 exclusividade 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 tabela já disponibilizada no voto vista do Conselheiro Ronaldo Macedo:

Tabela 2 – Disponibilidade, utilização e sub-aproveitamento de matéria-prima

Ano Contratual	Unidade 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	Volume 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%

Assim, impossível deixar de referir ao excessivo tempo da cláusula. Com efeito, mais de 10 anos de exclusividade implicam em tempo incompatível com a natureza do ciclo do negócio. A própria White Martins necessitou 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.

Ainda devo observar que a extensão para dez anos do 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 mais reduzido do que a média de mercado para maturação do negócio, tornando excessivo o prazo de dez anos estabelecido, retirando-lhe a lógica de mera proteção de investimentos e alçando-a à categoria de nítido fechamento de acesso a fonte de matéria prima.

Finalmente, ressalto que a compra do adicional estava desassociada de qualquer estratégia comercial, pois não há qualquer comprovação de que a White Martins tivesse um plano de expansão de suas atividades que justificasse a aquisição de matéria prima adicional. E não se alegue que não houve oportunidade para a empresa demonstrar que havia tal plano. Ocorre que este ponto vem sendo salientado nos pareceres e nos votos que me antecederam e, apesar de haver sido apresentada uma miríade de pareceres, nenhum deles veio acompanhado de qualquer demonstração de planos de expansão.

Ademais, há a prova cabal que não houve a expansão das atividades e atualmente, passados diversos anos da consecução da prática restritiva, não teria a White Martins condições de consumir o excedente por ela contratado no indigitado aditivo contratual.

Afastada, assim, a racionalidade econômica da conduta, passo a analisar a sua tipificação

IV- ENQUADRAMENTO DA CONDUTA NOS TIPOS QUE DESCRIVEM INFRAÇÃO CONTRA A ORDEM ECONÔMICA

IV.1. Do Mercado relevante

Já que concordo com a análise do Cons. Afonso Arinos, furtar-me-ei de repeti-la. Todavia, vale ressaltar suas conclusões, para efeito de constatação do poder de monopólio. Segundo o Conselheiro, teria a White Martins 98% de participação no mercado de CO2 comercial. De outro lado, a Ultrafértil seria responsável por 100% do fornecimento de matéria-prima para a produção do gás, dado que a ela pertenciam todas as fontes conhecidas do insumo.

IV.2. Da infração no caso concreto

Dentre os fatos arrolados, identifiquei os seguintes, como chave para a caracterização da infração: (i) a quantidade contratada de insumo, muito superior à utilizada e processada; (ii) a cláusula de exclusividade de fornecimento, depois renunciada; (iii) os longos prazos de vigência do contrato entre as empresas; (iv) as condições em que o contrato foi assinado; (v) a natureza da posição dominante da White Martins no mercado; (vi) a variação dos preços no mercado antes a assinatura dos contratos e após.

IV.2.1 Art. 20, inciso I: limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre-concorrência ou a livre-iniciativa.

Não resta dúvida quanto ao enquadramento da conduta da White Martins em tal inciso. Sua conduta, independentemente de ser considerada açambarcamento veio a prejudicar sensivelmente a concorrência, na medida em que atrasou a entrada de novos entrantes, que viam na fonte da Ultrafértil a maneira mais viável (ou mesmo, durante muito tempo, a única) de acesso à matéria-prima para a produção de gás carbônico para fins industriais.

Há um fato incontroverso: a intenção da Messer entrar no mercado brasileiro era firme pois formalizou proposta de aquisição de matéria prima junto à Ultrafértil. Com o fechamento desta fonte, somente foi possível entrar

no mercado muito depois. Ademais, a primeira empresa a adentrar no mercado após a White Martins somente veio a fazê-lo por ter tido acesso à fonte da Ultrafertil.

Como é óbvio, não há que se perquerir da intenção da White Martins. Apenas deve ser salientado que a sua conduta não somente possuía o potencial de produzir os efeitos estabelecidos no inciso I do art. 20, como efetivamente veio a produzi-los.

IV.2.2 Art. 20, inciso II: dominar mercado relevante de bens ou serviços.

De todo o observado, o efeito foi o de estender o monopólio efetivado pela representada no mercado relevante, visando a impedir ou atrasar a entrada de novos agentes econômicos. Assim, é possível o enquadramento neste inciso.

IV.2.3. Art. 20, inciso IV: exercer de forma abusiva posição dominante.

O contrato de exclusividade tem o condão de conectar duas empresas atuantes em mercados diferentes. Ela implica num gasto: a menos que haja apenas um interessado no produto – o mercado funcionar em regime de monopólio – o comprador terá que pagar um sobrepreço por esta exclusividade, disputando-a junto a outros concorrentes. Este sobrepreço será tanto maior quanto for a quantidade de insumo retirada do mercado.

Este sobrepreço é dado de duas formas, não auto-excludentes: (i) o comprador pagará um preço maior por unidade vendida do produto objeto da exclusividade ou (ii) ele comprar-lo-á em maior quantidade do que o necessário para a seu uso. Nunca é demais frisar que tal sobrepreço é economicamente justificável – vale mais o que tem mais utilidade. Portanto, o aumento de preços do insumo permite auferir ganhos monopolistas, já que preclui a concorrência no mercado montante. É plenamente razoável que a empresa se disponha a pagar mais pela fonte, já que neste valor está imbutido o custo da exclusão do competidor.

Se se considerasse apenas a racionalidade econômica do negócio, o sobrepreço teria como limite para a empresa que compra o insumo os custos de transação a que ela incorre ao contratar sua fonte de matéria-prima (discutidos *supra*). Todavia, no caso de um monopolista, este limite é maior: são as próprias rendas monopolistas.

A empresa monopolista pode, perfeitamente, disputar com melhores condições contratos de fornecimento de matéria-prima, de forma a precluir a entrada de competidores. O ato de alavancagem é justamente este de transferir renda de um mercado a outro. Fecha-se o mercado, por exemplo, gastando-se para aumentar os custos dos insumos – ou seja, manipulando-se o preço no mercado relacionado. Esta manipulação está relacionada justamente com a capacidade de oferecer maiores preços pelos insumos no mercado montante, utilizando-se das rendas monopolísticas auferidas no mercado origem para financiá-los. Daí a razão porque a White Martins firmou os contratos objeto deste processo administrativo; daí porque suas ações configuram abuso de posição dominante.

No caso White Martins, os registros mostram que a empresa vigorosamente competiu por cada disponibilidade de matéria prima que surgisse no mercado, mesmo que não necessitasse dela para produzir. Ofereceu, inclusive, maiores valores que as concorrentes, a ponto de ganhar todas as disputas em que entrou pela exclusividade de fornecimento de matéria-prima entre 01.07.97 e 30.07.98. Foi deste modo que pôde celebrar o contrato com a Ultrafértil, como bem descreveram os Cons. Campilongo e Arinos. O relato da disputa com a Messer não deixa dúvidas a respeito. Firmava contratos de exclusividade com diversos fornecedores de modo a garantir para si mesma insumos – coisa que até pode ser considerada legítima devido às especificidades do processo produtivo.

Todavia, sua estratégia não previa apenas se precaver de eventual comportamento oportunista do fornecedor, como afirmou em sua defesa – ela incluía incorrer em altos gastos para adquirir quantidades muito superiores, por via de exclusividade. Pagava e muito para (i) retirar fontes do mercado, impedindo o acesso a insumos necessários à fabricação e (ii) elevar os custos dos competidores.

Fez isso através de sua capacidade de oferecer melhores condições às fornecedoras. Explico esta afirmação: no momento em que assinou o termo de aditamento com a Ultrafértil (1º de julho de 1996), a empresa já operava com excedentes de produção junto à planta de Cubatão – na verdade, mesmo que vencesse o contrato renovado que envolvia a planta WM do grupo, quantidade contratada pela LC (a outra empresa so grupo) já seria suficiente para cobrir a demanda das duas, necessitando de 0 (zero) t.p.d. do contrato da WM. O grupo tinha entre 01.07.97 e 30.06.98 a sua disposição 635 t.p.d. de by-product – 265 t.p.d contratadas pela planta LC e 370 t.p.d. (ou 200 t.p.d após 10.12.97) contratadas pela planta WM – enquanto consumia apenas 169.8 t.p.d.

Por que pagar tão caro por um excesso de gás que não seria aproveitado? Pior ainda: pagou a mais do que deveria porque (i) comprou quantida-

des superiores ao necessário e (ii) o preço pago por t.p.d. era superior ao anteriormente vigente no mercado. A única empresa não pertencente ao grupo que atuava no mercado pagava US\$ 16,00 por t.p.d. e a empresa White Martins, ao firmar o aditamento questionado, teve por bem oferecer-se a pagar US\$ 26,00, no período em questão. Ainda que se argumente que a fonte que a AGA obteve junto a seu fornecedor tenha menos utilidade do que a negociada pela WH junto à Ultrafertil, será que a diferença montaria a mais de 60%? A partir dos dados do processo, não estou em situação de inferir; a única constatação que posso fazer é de que as fontes conseguidas na seqüência deste negócio custaram a seus compradores valores acima de US\$ 40,00 patamar completamente diferente de preço, portanto.

É, portanto, de se perguntar: qual seria o preço competitivo do insumo, caso (i) as exclusividades de fornecimento envolvessem o estritamente necessário para a produção de cada uma das plantas e (ii) a White Martins não fosse monopolista no mercado-origem – portanto não tivesse a capacidade de pagar mais caro pelo insumo do que suas competidoras.

Não resta, assim, dúvida que a posição dominante da representada foi exercida de forma abusiva, com o objetivo de estender ao máximo o monopólio por ela detido, atrasando a entrada de novos concorrentes.

V. Tempo de duração da conduta

Em recente memorial, uma vez mais a representada diz que se deve investigar também o papel desempenhado pelo DPDE, que teria considerado que a cessação da exclusividade somente se daria a partir do momento em que a Ultrafertil expressasse o seu de acordo.

A questão foi muito bem rebatida pelo ilustre Conselheiro Afonso Arinos, que asseverou, detidamente, que as partes não se comportaram como se houvesse havido a renúncia unilateral, mantendo-se o desperdício do excedente, por um lado e a recusa de comercializa-lo com terceiros, de outro. Assim, não houve nada de absurdo na determinação da SDE.

Tal fato não impede, no entanto, seja procedida investigação a fim de averiguar o grau de comprometimento da Ultrafertil com tal conduta. Por isso, ao final, proporei a abertura de Processo Administrativo contra ela.

VI. Alusão a jurisprudência comparada

Por volta de 1940, Alcoa era uma das mais bem-sucedidas empresas em sua área: detinha tecnologia de ponta, a produção de alumínio era um processo pouco difundido, complexo e especializadíssimo – poucas firmas no mundo eram capazes de fabricá-lo, já que o metal, sua forma de extração e as técnicas de fabricação eram novas.

A estratégia da empresa baseava-se na expansão contínua da capacidade de produção: aproveitando-se de vantagens provenientes da economia de escala, a companhia antecipava sempre necessidades do mercado, tantos em termos quantitativos quanto qualitativos: através de intensos investimentos em P&D, ela podia suprir seus consumidores e criar nova demanda, com novidades e qualidade. Isso mantinha suas margens de lucro baixas, preços baixos e excelência.

No mercado de lingotes, a consequência foi de que Alcoa passou a dominar 90% do mercado, o que na opinião de Learned Hand era prova do poder de mercado da empresa – o que não era, no entanto, suficiente para se provar o uso abusivo da posição dominante. Na sua opinião: “It does not follow because ‘Alcoa’ had such monopoly, that it ‘monopolized’ the ingot market.”. Vê-se aqui a clara caracterização da diferença entre deter poder de mercado e abusar dele.

Apesar de ressaltar todas estas virtudes, o Juiz Hand acabou por condenar a Alcoa com base na seção II do Sherman Act. Isso porque, segundo seu raciocínio, o monopólio foi conseguido e mantido de forma voluntária e às expensas dos competidores: ela antecipava-se à demanda, contratava matéria-prima em maior quantidade (não em excesso, entretanto), firmava contratos de fornecimento de energia elétrica que só iria ser utilizada em no médio prazo e celebrava acordos com competidores estrangeiros que, apesar de não implicarem em ações de cartelização, serviam como desincentivo para a competição.

Os argumentos que ele utilizou para sustentar sua posição são os seguintes: (1) se a fixação de preços entre rivais é ilegal *per se*, seria ilógico não aplicar a seção II que define o preço competitivo unilateralmente; (2) Alcoa desencorajou reiterada e ativamente a entrada de novos players no mercado, tanto pela sua atitude de antever a demanda quanto pela de garantir insumos para futura expansão – isso, num mercado que exige intensos investimentos em capital imobilizado, desencorajaria novos entrantes, provocando o fechamento do mercado; (3) o fato de ser eficiente e inovadora não protegia Alcoa da persecução antitruste.

A decisão foi intensamente debatida e criticada, na seqüência, pela doutrina²⁷. A grande crítica que se faz a *Alcoa* é a de que ela não permitiu a visualização ou ao menos o estabelecimento de standards que servissem para futura aplicação da seção II.

De qualquer modo, os critérios estabelecidos em *Alcoa* foram seguidos nos casos *Griffith* e *United Shoe*. Estabeleceram, desta forma, uma definição diferente do conceito de *abuso* – esta, sim, que se perpetuou na doutrina e jurisprudência, apesar das falhas metodológicas relativas aos critérios de *afecção* do abuso – e não da identificação do que seria abusar de posição dominante

A definição de Hand de abuso de posição dominante (monopolization) como (1) poder de mercado adicionado a (2) conduta exclusionária permanece na jurisprudência americana como critério de identificação das infrações que tratam a seção II do Sherman Act.

VII- Considerações sobre o limite máximo da sanção a ser imposta a infrações contra a ordem econômica

O voto de vista do Conselheiro Macedo estabeleceu duas importantes conclusões: a) o art. 23, I, da Lei nº 8.884/94, caso interpretado literalmente, encerraria inconstitucionalidade material, por violação ao princípio da proporcionalidade, merecendo, assim, uma interpretação conforme, a fim de ser fixado que os limites mínimos e máximo nele estabelecidos dizem respeito ao faturamento bruto no mercado relevante e não em todos os segmentos de atuação da empresa; b) a metodologia de aplicação da sanção deve privilegiar sobretudo, quando possível for o seu cálculo, o valor da vantagem auferida.

Entendo de extrema valia e importância a sua segunda conclusão. Efetivamente, sempre que for possível arbitrar-se o valor da vantagem auferida, ela deve servir de referencial para a sanção deve ser fixada, devendo ser, sempre que o limite máximo o permitir, superior a tal vantagem auferida, a fim de constituir a sanção de força dissuasória.

Porém, manifesto as minhas reservas quanto à primeira conclusão. Farei brevíssimas considerações sobre o tema, em virtude do pouquíssimo tempo disponível, bem como pela circunstância de que não pretendo posicio-

²⁷ Vide, por exemplo, Baker, D., Government enforcement of section two, In: Notre Dame Law Review Vol 61, 1986, pp 898-927.

nar-me definitivamente sobre tal aspecto, o que, no presente caso, não será necessário, como veremos ao final.

O ilustre Conselheiro defendeu a tese de que a aplicação da sanção tendo como parâmetro mínimo e máximo o valor do faturamento bruto praticado em todas as atividades da empresa representada significaria afronta ao princípio da proporcionalidade e da igualdade. Ao da proporcionalidade por poder estabelecer uma sanção absolutamente desproporcional à conduta, quando o faturamento no mercado relevante fosse de pequena dimensão em comparação ao faturamento bruto obtido na exploração de todas as atividades da empresa. Ao da igualdade por permitir que empresas que praticassem a mesma conduta e tivessem um porte econômico, uma constituição²⁸ ou amplitude de atuação diversa²⁹.

Em todos os exemplos citados, creio que ficou bem configurada a disparidade a que a aplicação literal da Lei nº 8.884/94 pode levar em determinados casos concretos à violação ao princípio da proporcionalidade e da igualdade.³⁰

Porém, ao menos neste momento, não gostaria de aderir à extensão por ele conferida, de que tais padrões deveriam ser observados em todos os casos, como uma limitação ao alcance da norma e não apenas nos casos em que, concretamente e à luz das suas peculiaridades, fossem violados os princípios acima elencados.

No que tange à limitação imposta ao patamar mínimo, não irei me posicionar no presente momento, pois ela, definitivamente, não se coloca no caso concreto, dado que o ilustre Conselheiro fixou uma multa em valor prati-

²⁸ Nesta hipótese, levantou o exemplo de um grupo dividido em várias empresas, que receberia uma multa substancialmente menor do que uma empresa que não tivesse subdivisões.

²⁹ Neste caso, destaca a distinção entre uma empresa com diversos ramos de atividade (e, assim, um faturamento global que supera em muito o faturamento no mercado relevante atingido pela prática infrativa) e uma empresa que atua apenas no mercado relevante atingido, destacando a disparidade da sanção aplicada a cada uma delas.

³⁰ Não reproduzirei os seus argumentos para demonstrar isto, pois a) seria redundância, mesmo porque os elementos foram trazidos de forma percuciente e embasam corretamente as suas conclusões; b) a doutrina e jurisprudência em torno da aplicação do princípio da proporcionalidade não constitui exatamente novidade no constitucionalismo brasileiro, sendo que a sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal data desde ; c) o exíguo tempo de elaboração do voto não permitiria trazer muitos argumentos complementares.

camente idêntico ao do Conselheiro-Relator, motivo pelo qual se pode inferir que não a considerou desproporcional.

No entanto, se não irei me pronunciar quanto ao entendimento emprestado pelo ilustre Conselheiro Macedo no que pertine ao valor mínimo da multa, gostaria de tecer algumas considerações no que pertine à interpretação conforme conferida ao patamar máximo da multa, ainda que não manifestando uma posição definitiva sobre o tema.

Com a devida vênia ao brilhantismo com que o ilustre Conselheiro defendeu o seu ponto de vista, creio que a ela podem ser suscitadas duas sérias ponderações. Em primeiro lugar, farei breve menção aos requisitos permissivos da utilização da interpretação conforme à Constituição, que encerra limites estritos, os quais, a meu ver podem ter sido ultrapassados, ou, ao menos, não foram objeto de análise. Em segundo lugar procurarei demonstrar que a sua decisão, sempre ressaltando a sua excelente fundamentação, pode contrariar o sistema estabelecido para as sanções. Passo a desenvolver estes dois raciocínios.

No que tange à interpretação conforme, por ser técnica que encerra limitações à norma editada pelo Poder Legislativo, inserindo-se, assim, no sistema de controle mútuo entre os Poderes, deve, em conseqüência, respeitar limites estritos.

Não é o caso, obviamente, não só pelo amplo conhecimento de que todos detêm sobre tal técnica de controle da constitucionalidade das normas, como pelo fato do ilustre Conselheiro Macedo haver detido-se minuciosamente sobre o tema, de voltar a especificar o conceito e alcance do instrumento. Deter-me-ei, conseqüentemente, a respeito de alguns de seus limites.

A este propósito, transcrevo as seguintes observações de José Joaquim Gomes Canotilho³¹:

“Trata-se de um princípio geral de interpretação (cfr., supra, Parte I, Cap. 4, C) e que, no domínio específico da jurisdição constitucional, remonta ao velho princípio da jurisprudência americana segundo a qual os juízes devem interpretar as leis in harmony with the constitution. O princípio tem sido interpretado no sentido do favor legis, no plano do direito interno, e do favor conventionis, no plano do direito internacional. Conseqüentemente, uma lei ou um tratado só devem ser declarados inconstitucionais quando não possam ser interpretados conforme a Constituição.

³¹ José Joaquim Gomes Canotilho, Direito Constitucional, Coimbra, Coimbra Editora, 4ª edição, 1987, p. 840-841.

O sentido do princípio da interpretação conforme a Constituição não deve ser apenas o do favor legis ou do favor conventionis, conducente à sua redução a simples meio limitação do controlo jurisdicional (uma norma não deve considerar-se inconstitucional enquanto puder ser interpretada conforme a constituição). Se assim fosse, seria um mero princípio de conservação de normas. Ora, o princípio da interpretação conforme a Constituição é um instrumento hermenêutico de conhecimento das normas constitucionais que impõe o recurso às normas constitucionais 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.

Esses limites dizem respeito, em primeiro lugar, às relações entre os órgãos legislativos e jurisdicionais. Neste aspecto, justifica-se que se fale de uma preferência do legislador como órgão concretizador da constituição. Se os órgãos aplicadores do direito, sobretudo os tribunais, chegarem à conclusão, por via interpretativa, de que uma lei contraria a constituição, a sua atitude correcta só poderá ser a de desencadear os mecanismos constitucionais previstos, tendentes à apreciação da inconstitucionalidade da lei. 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. Argumenta-se, essencialmente, com o facto de a admissibilidade de uma correcção intrínseca da lei ser um processo muito mais atentório do favor legislatoris, ou seja, da preferência legislativa constitucionalmente concretizadora, do que a declaração ou reconhecimento de inconstitucionalidade. Aqui uma lei pode ficar sem efeito, mas o concretizador da constituição continuará a ser o legislador ao qual será sempre possível elaborar leis em substituição das consideradas irregularmente constitucionais. Pelo contrário, a alteração do conteúdo da lei através da interpretação pode levar a uma usurpação de funções, transformando os juizes em legisladores activos. Se a interpretação conforme a constituição quiser continuar a ser interpretação, ela não pode ir além dos sentidos possíveis, resultantes do texto e do fim da lei”.

Pressupõe ela, em primeiro lugar, a existência de mais de uma interpretação que se possa conferir ao texto constitucional. Com efeito, se apenas uma interpretação pode ser efetivada, a hipótese será ou de reconhecimento de sua constitucionalidade ou de declaração de inconstitucionalidade.

Ademais, uma (ou mais de uma das interpretações possíveis) devem infringir a Constituição Federal. Se todas elas forem harmônicas com o texto

constitucional não há como se aplicar tal técnica, pois o resultado deve ser o reconhecimento de sua constitucionalidade.

A este respeito, destaco as seguintes observações de 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 várias 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”.”³²

No caso em apreço, com a devida vênia, não temos este requisito adequadamente preenchido. Com efeito, tenho grandes dificuldades para supor que a norma, dada a sua clareza, comportaria mais de uma interpretação. Porém, vamos supor que ela demandasse, efetivamente as duas interpretações suscitadas pelo douto Conselheiro, ou seja: 30% do faturamento bruto do mercado relevante ou 30% do faturamento bruto de todos os mercados em que atua a empresa envolvida. Nenhuma destas interpretações, a meu ver encerra inconstitucionalidade em abstrato.

Com efeito, a possibilidade de, em tese, aplicar-se a sanção máxima não encerra violação a nenhum princípio constitucional, não acarretando, em abstrato, violação ao princípio da proporcionalidade, por exemplo. Não nego que, em determinados casos concretos, em que a infração não encerrar robusta gravidade e a vantagem auferida for diminuta, poderá haver, em concreto,

³² Paulo Bonavides, Curso de direito constitucional, São Paulo, Malheiros, 5ª ed., 1994, p. 473-474.

inconstitucionalidade material. Mas jamais, em tese, pode ser argüida inconstitucionalidade.

Sobre este específico ponto, inclusive, já se pronunciou de modo expresso o Supremo Tribunal Federal, quando da apreciação da constitucionalidade da sanção que pode ser aplicada em seu grau máximo. Resta assim, absolutamente claro que o STF, em sede de juízo cautelar, entendeu não incidir qualquer inconstitucionalidade em tese na norma do art. 23, I, da Lei nº 8.884/94. Disse apenas que poderia, no caso concreto, a depender do quantum estipulado para multa *vis a vis* as características peculiares do caso, haver inconstitucionalidade material.

Com a devida vênia, a solução preconizada pelo ilustre Conselheiro Macedo justamente parece inverter a lógica do STF. Ao invés de se preocupar com a solução preconizada em cada caso concreto e neles, isoladamente, verificar como poder-se-ia aplicar a norma a fim de não incorrer em inconstitucionalidade material em concreto, preocupa-se em estabelecer – contra a literalidade da lei – solução que muda o sentido abstrato de norma abstratamente considerada constitucional pela corte judicial que tem esta atribuição, ou seja, o Supremo Tribunal Federal.

Especificamente quanto ao limite máximo da multa que pode ser imposta, assim se pronunciou o Ministro Carlos Velloso:

“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 art. 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 da aplicação da multa em seu grau máximo. Em abstrato não vejo configurada, pelo menos no primeiro exame, a inconstitucionalidade argüida.

Não tem relevância, portanto, a argüição.

Indefiro a cautelar, no ponto.”³³

Finalmente, a limitação do valor máximo apenas ao mercado relevante afetado encerra uma sistemática. Não resta dúvida que o sistema con-

³³ ADIMC-1094 – Relator: Min. CARLOS VELLOSO 21/09/1995 - Tribunal Pleno.

cernente à Lei de defesa da concorrência foi construído no sentido da sanção aplicada ser superior ao valor da vantagem auferida. Fosse diferente, o legislador teria simplesmente dito que a sanção deveria corresponder exatamente ao valor da vantagem auferida. Mas não, disse ele justamente o contrário, ou seja, que a sanção a ser aplicada jamais poderia ser inferior ao da vantagem auferida. Assim, acredito que o sistema sancionatório das empresas está assim orientado: o valor da vantagem auferida, quando ela puder ser calculada será sempre o patamar mínimo da sanção. Poderá o CADE sancionar acima deste patamar mínimo, desde que isto não supere o valor de 30% do faturamento bruto da empresa.

Aliás, somente neste contexto possuiria alguma eficácia dissuasória a sanção a ser empregada. Valor abaixo da vantagem auferida ou mesmo equivalente não servem para desestimular a prática de infrações. Com efeito, o agente econômico, se souber que o máximo que receberá de pena será equivalente à vantagem auferida, sempre que fizer o cálculo da probabilidade de ser processado, terá um saldo positivo. Em outras palavras: como sempre a probabilidade de uma agente econômico ser processado é inferior a 100%, sempre compensará a prática de infrações contra a ordem econômica, pois, por um lado, há uma chance considerável de ele jamais vir a ser sancionado e, assim, fruir a totalidade do proveito econômico auferido. Por outro lado, ainda que vier a ser processado e sancionado, na pior das hipóteses viria a perder aquilo que ganhara ilicitamente. Dito de modo direto: estaríamos diante da absurda situação em que a infração compensa!

Porém, com a devida vênia o sistema legal brasileiro parece ter sido expressamente orientado para evitar tal perniciosa situação. Assim, escolheu-se um patamar bem alto, a fim de que houvesse bastante margem para que a sanção pudesse superar a vantagem auferida. Porém, também se quis frear a possibilidade de sanção para que ela não se constituísse em fator que pudesse acarretar a inviabilização financeira da empresa. Por isso, em situações limites (mas que devem ser efetivamente limites) entendeu-se que a sanção poderia corresponder apenas à vantagem auferida, quando o valor desta superasse o patamar de 30% do faturamento bruto da empresa.

Surge aí, justamente a questão sistêmica de que eu falava. Ora, é de se supor que práticas infrativas que permitam grande vantagem econômica ao infrator, seja pelo tempo em que a prática infrativa perdure, seja pela natureza da infração (por exemplo, como no caso dos autos, que permitam a perduração de uma situação de monopólio, ou, então que possibilitem uma considerável elevação dos preços, etc.) , venham a ter um valor que irá superar o montante de 30 % do mercado relevante afetado pela conduta. Aí somente restaria aplicar sanção exatamente equivalente à vantagem auferida, que não possui

efeito dissuasório, como já destacado. Tal situação, a meu ver, poderá ser comum em infrações que tiverem um alargado período de existência.

Porém, aceito o critério de limite máximo tendo como parâmetro o faturamento global da empresa tal distorção não ocorre e será quase sempre possível preservar o caráter dissuasório da sanção.

Apenas limitar-se-á ao valor da vantagem auferida situações limites, mas que tem uma justificativa mais plausível: evitar a inviabilização econômica da empresa, pois serão situações em que a vantagem auferida irá superar os 30% do faturamento global da empresa. De qualquer modo, esta situação limite será extremamente rara e quicá inexistente. Menos raras, porém, serão as situações em que a vantagem auferida superará os 30% do mercado relevante, sendo, assim, necessária a preservação de tal eficácia dissuasória.

Uma questão poderia ser proposta: não haveria infringência ao princípio da igualdade, pois haveria situações em que poderia ocorrer distinção entre uma empresa que somente tivesse um ramo de atuação e, portanto, o seu faturamento global equivaleria ao faturamento no mercado relevante (empresa a) e outra empresa que se dedica a diversos ramos de atividade e teria o seu faturamento global superior ao faturamento do mercado relevante afetado (empresa b). Assim, suponhamos que a vantagem auferida fosse superior ao patamar de 30 % do faturamento de ambas as empresas. Poderia haver uma situação em que a sanção aplicada à empresa a fosse superior à b, infringindo-se o princípio da igualdade?

No entanto, a este argumento podem ser contraposta a seguinte ponderação: a) em primeiro lugar isto seria uma situação a ser resolvida em cada caso concreto, cabendo ao aplicador da norma justamente a prudência necessária para evitar uma situação de inconstitucionalidade em concreto, dotando-lhes a Lei nº 8.884/94 dos instrumentos necessários para tanto. Basta pensar que nada impediria, por exemplo, caso fosse o caso, de aplicar idêntica multa a ambas.

Retorno, inclusive, neste momento, ao argumento quanto aos estritos limites da interpretação conforme, que não permitem a alteração do sentido da norma. A este respeito valho-me novamente das lições de Paulo Bonavides³⁴:

“Mais convém advertir que na prática a elasticidade, assim proposta, de contemporizar com a dubiedade das normas e fazê-las tanto quanto possível constitucionais pode em casos extremos desfigurar o exercício do controle pelo órgão judicial. Assim vem acontecendo na Alemanha, onde, a pretexto de respeitar-se a lei como ato legítimo de um poder cujo exercício tem suas nas-

³⁴Op. cit., p. 476.

centes de controle na opinião pública e no debate democrático, qual é o legislativo, acaba o juiz ou o intérprete, valendo-se daquele método, por impor com a operação interpretativa conteúdos normativos que alteram o caráter da lei. Nesse caso a vontade do juiz, para salvar a lei, sem querer, e por excesso de zelo, se substituiu à vontade do legislador.

O Tribunal Constitucional de Karlsruhe tomou perfeita consciência desse grave risco, Verificas-se, pelo exame de alguns de seus extratos jurisprudenciais, que o juiz, em presença de uma lei cujo texto e sentido seja claro e inequívoco não deve nunca dar-lhe sentido oposto, mediante o emprego do método de interpretação conforme a Constituição. Não deve por consequência esse método servir para alterar conteúdos normativos, pois “isso é tarefa do legislador e não do tribunal constitucional” (Das ist Sache des Gesetzgebers, nicht des BVerifG).

Ora, se a vedação à alteração do sentido da norma já é vedada quando tal expediente é lançado para evitar a declaração de sua inconstitucionalidade, o que se dirá no caso concreto, quando a interpretação mais imediata e acorde com o sistema no qual ela está inserida é absolutamente compatível com o texto constitucional?

VIII- Sanção a ser aplicada

Parto, então, para o último ponto relevante no presente processo, qual seja, o critério de fixação do quantum a ser imposto como multa adequada à representada.

Temos, até o momento duas soluções. A primeira foi aquela que constou do voto do ilustre Conselheiro Relator, equivalente a 5% do faturamento bruto da empresa White Martins, excluídos os impostos. Aludido montante foi fixado a partir da análise da incidência das agravantes estatuídas nos incisos do art. 23.

O conselheiro relator foi acompanhado, em seu critério de fixação da sanção, pelos ilustres conselheiros Afonso Arinos e Thompson Andrade. O ilustre Conselheiro Thompson Andrade, professor titular de economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro estabeleceu o cálculo da vantagem auferida, conforme exposto no quadro abaixo destacado:

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 da demanda	Taxas de Retorno sobre Faturamento			
	10%	15%	20%	25%
0,3	R\$ 17.753.468,87	R\$ 26.630.203,30	R\$ 35.506.937,73	R\$ 44.383.672,17
0,4	R\$ 13.788.388,87	R\$ 20.682.583,30	R\$ 27.576.777,73	R\$ 34.470.972,17
0,5	R\$ 11.409.340,87	R\$ 17.114.011,30	R\$ 22.818.681,73	R\$ 28.523.352,17
0,6	R\$ 9.823.308,87	R\$ 14.734.963,30	R\$ 19.646.617,73	R\$ 24.558.272,17
0,7	R\$ 8.690.428,87	R\$ 13.035.643,30	R\$ 17.380.857,73	R\$ 21.726.072,17
0,8	R\$ 7.840.768,87	R\$ 11.761.153,30	R\$ 15.681.537,73	R\$ 19.601.922,17
0,9	R\$ 7.179.922,20	R\$ 10.769.883,30	R\$ 14.359.844,40	R\$ 17.949.805,50

O ilustre Conselheiro Ronaldo Macedo, fixou a sanção em R\$ 24 milhões, tomando por base a vantagem indevida da representada.

Adoto, igualmente, como patamar para a fixação da sanção também o valor de R\$ 24 milhões, explicando a adoção de tal critério.

Tal valor possui o mérito de ser alcançado com a adoção de dois critérios, ambos estabelecidos na lei. O critério do conselheiro procedo encerra um mérito: ter por base a vantagem auferida. Ao seu valor apenas uma crítica poderia ser levantada: corresponder exatamente à vantagem auferida, o que mitigaria em muito a sua eficácia dissuasória, essencial para qualquer sanção, especialmente em se tratando de infração contra a ordem econômica.

No entanto, tal crítica pode ser facilmente superada, por dois motivos. Em primeiro lugar porque ela é superior ao patamar mínimo da vantagem auferida adotada pelo ilustre Conselheiro Thompson Andrade, o que conservaria parcela significativa de tal eficácia.

Em segundo lugar por ela praticamente coincidir com o valor adotado pelo ilustre Conselheiro-Relator. Com efeito, cálculos efetivados pelo Conselheiro Ronaldo Macedo, demonstraram que, “[T]omado 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”. Creio, assim, que fixar, neste critério, um valor de R\$ 24 milhões afigura-se bastante seguro, para o caso da incidência de impostos ser superior à estimada.

Acredito também que será em cada caso concreto que se deverá observar o quanto acima da vantagem auferida deve ser imposta a multa para conferir-lhe eficácia dissuasória. Creio que no presente caso o montante já preserva tal efeito.

Deste modo, como tal valor foi alcançado através da estrita observância de parâmetros legais, fixo a sanção no valor de R\$ 24 milhões. Tal valor deverá ser corrigido e atualizado na forma da lei desde dezembro de 1997 até a data do recolhimento.

Sugiro, ainda, a remessa dos autos à SDE, para averiguar-se a possibilidade de instauração de processo administrativo contra a Ultrafértil, dada as alegações quanto à sua co-participação na conduta investigada no presente processo administrativo.

É como voto.

Brasília, 26 de junho de 2002

ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER

Conselheiro-Relator

DOCUMENTOS A-
PRESENTADOS PELA
WHITE MARTINS

