

PROCURADORES DA REPÚBLICA

ANO V - Nº 51 - JULHO - 2002

SEMINÁRIO DE DIREITO ECONÔMICO



O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO COMBATE AOS CARTÉIS
BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O COMPROMISSO DE CESSAÇÃO DE PRÁTICA

LIMITES DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR DANOS
DECORRENTES DE REGULAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA

E mais:

AÇÃO POPULAR. LEILÃO DE PRIVATIZAÇÃO.
RESTITUIÇÃO DO VALOR DO FINANCIAMENTO EFETUADO PELO BNDES

BOLETIM DOS
PROCURADORES DA REPÚBLICA
ANO V - Nº 51- JULHO 2002

Conselho Editorial: Aloísio Firmo, Elizabeth Kablukow Bonora Peinado, Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Maria Helena Nogueira de Paula, Paula Bajer Fernandes Martins da Costa, Odim Brandão Ferreira e Rosângela Pofahl Batista.

Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo e Silva:
Conselho Curador: Carlos Eduardo Vasconcelos, Cláudio Fontelles, Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, Flávio Paixão de Moura Júnior, Inês Virgínia Prado Soares, Márcia Nool Barboza e Marcos Antônio da Silva Costa.

Diretoria Executiva: Antonio Carlos Fonseca, Denise Vince Túlio, Humberto Jacques de Medeiros e José Leovegildo Oliveira de Moraes.

ANPR - Associação Nacional dos Procuradores da República:

Presidente: Carlos Frederico Santos

Vice-Presidente: Valquíria Oliveira Quixadá Nunes

Diretores: Alcides Alberto Munhoz da Cunha, Carlos Augusto da Silva Cazarré, Delson Lyra da Fonseca, Elton Venturi, José Adércio Leite Sampaio, Mauricio Gotardo Gerum, Nicolao Dino de C. e Costa Neto, Nívio de Freitas Silva Filho, Róberio Nunes dos Anjos Filho e Rose Santa Rosa.

Revisão: Luiza Cristina Fonseca Frischeisen e Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

Diagramação, Impressão e Distribuição:

Artchip Editora Ltda.: (11) 5044-7679 - 5041-8899

www.artchip.com.br - artchip@terra.com.br

Capa: Fornecida pela organizadora do "Seminário de Direito Econômico"

Tiragem: 2.500 - Distribuição gratuita

Os artigos são de inteira
responsabilidade de seus autores.

Na Internet:
www.anpr.org.br

Sumário

Apresentação 3

O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO COMBATE AOS CARTÉIS

Duciran Van Marsen Farena

PR/SP 4

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O COMPROMISSO DE CESSAÇÃO DE PRÁTICA

Geisa de Assis Rodrigues

PR/BA..... 12

LIMITES DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR DANOS DECORRENTES DE REGULAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA

Olindo Menezes

Desembargador Federal - TRF 1ª Região..... 18

PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO COMBATE AOS CARTÉIS

Francisco Ribeiro Todorov

Advogado em Brasília. 22

AÇÃO POPULAR. LEILÃO DE PRIVATIZAÇÃO. RESTITUIÇÃO DO VALOR DO FINANCIAMENTO EFETUADO PELO BNDES.

Maria Iraneide O. Santoro Facchini

PRR/3ª Região

Jacqueline Barbosa

Assessora Jurídica na PRR/3ª Região 26

BOLETIM DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA ISSN Nº 1519-3802

O código ISSN (International Standard Serial Number) é um número que identifica o título de uma publicação seriada, tornando-o único e definitivo. Possibilita um método eficaz e simples na identificação rápida da publicação, organização de acervos, serviço de indexação e resumos, serviços de aquisição bibliográfica etc.

Editorial

Seminário de Direito Econômico

A dinâmica dos mercados e o papel do Estado no controle jurídico do processo competitivo são fatores que têm marcado a evolução do direito econômico. O alcance de novas leis e o impacto da ação estatal nesse domínio criam a necessidade de novas reflexões que auxiliam na compreensão dos limites da intervenção e das possibilidades da utilização dos instrumentos de realização do direito pela sociedade. Esse foi o foco do **Seminário de Direito Econômico** que a **Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo e Silva** realizou com o apoio de diversos órgãos e entidades.

Dentre os temas, mereceram destaque a responsabilidade do Estado por dano decorrente da intervenção econômica, pontos controvertidos no combate a cartéis e o termo de cessação de prática como instrumento de aplicação negociada do direito. A atualidade dos temas e a alta formação dos conferencistas deram o tom da qualidade do evento, com o que a Fundação contribuiu para a difusão da cultura jurídica.

O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO COMBATE AOS CARTÉIS

Duciran Van Marsen Farena
PR/SP

1. Os cartéis em face da globalização 2. Cartel: conceito e características; 3. Os cartéis na legislação antitruste brasileira 4. Os instrumentos de combate aos cartéis. Acordo de leniência. 5. Os cartéis e a regulação dos serviços públicos. 6. O Ministério Público Federal e o combate aos cartéis.

1. Os cartéis em face da globalização.

A globalização da economia, os processos de integração regional e a privatização /desregulamentação de amplos setores econômicos antes protagonizados ou controlados estritamente pelo Estado são fatores recentes que demandam uma ampla revisão dos conceitos e instrumentos de livre concorrência e de defesa da concorrência, tanto no plano nacional quanto dos organismos internacionais.

A globalização da economia propiciou o surgimento de cartéis com atuação internacional, e de monopólios mundiais. Combater os cartéis e os monopólios, tornou-se imprescindível para fortalecer a economia e permitir o florescimento da concorrência.

A desregulamentação e a desestatização, em especial nos países do terceiro mundo, fizeram com que os antigos regimes de propriedade estatal ou do regime administrativo cedessem lugar a um regime de defesa da concorrência, no ambiente novo que antes se encontrava afeto à iniciativa e/ou controle estatais. Os organismos de controle estatal, por sua vez, são substituídos pelos de defesa da concorrência.

A eficácia da legislação antitruste torna-se crucial para evitar a transferência de um monopólio público para um privado, ou a conversão de prestadoras de serviços públicos privatizadas em cartéis.

Deve, pois, o direito da concorrência preparar-se para uma nova realidade, que lida com uma multiplicidade de fatores como desenvolvimento tecnológico, comércio internacional, e serviços regulados. Realidade que põe por terra velhas noções, como a de que os serviços públicos não se prestam à competição.

Não há como desprezar a importância da defesa da concorrência, que no momento assiste, no Brasil como em outros países, a um verdadeiro ressurgimento, até por força da preocupação com os processos de fusão e concentração que parecem característicos da globalização.

Por outro lado, o acirramento da competição a nível global estimula o surgimento de práticas lesivas como o cartel, decididas e conduzidas cada vez mais freqüentemente fora dos limites das fronteiras nacionais. Recente relatório da UNCTAD traça interessante paralelo entre o momento vivido hoje pelo capitalismo com aquele do final do século XIX e início do século XX, quando onda concentratória sem precedentes na economia americana levou ao nascimento da primeira legislação antitruste (Sherman Antitrust Act e Clayton Act, de 1890 e 1914, respectivamente).

Consoante Rubens Ricupero, Secretário Geral da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (Unctad):

"O relatório da Unctad estabelece um sugestivo paralelo entre o que acontece atualmente em dimensão internacional e aquele período. Na época, a tendência à concentração contribuiu muito para o surgimento de um mercado nacional unificado em todo o território americano, onde antes existiam apenas mercados regionais e, a essa unificação, correspondeu o aparecimento de um sistema integrado de produção. Perguntam-se os analistas se não estaria ocorrendo agora a emergência de um mercado global para empresas, em complemento a crescentes mercados regionais ou globais para produtos e serviços e a um sistema de produção que se forma em escala planetária". (...) "Se assim for, é de esperar que, ao mesmo mal, se aplique idêntico remédio", diz o Secretário-Geral da UNCTAD. Assim como a reação à excessiva concentração deu lugar ao surgimento e ao desenvolvimento da legislação antitruste e instituições como a Federal Trade Commission, "algo de similar terá de suceder em termos internacio-

nais para proteger a concorrência ameaçada. Esse é justamente um dos domínios em que a globalização em curso mais necessita de novas regulações. Os cartéis anticompetitivos como o das vitaminas, há pouco desmantelado nos EUA, são, realmente, como disse o comissário europeu Mario Monti, o "câncer da economia".

Quer estejamos, ou não, testemunhando uma repetição em escala mundial daquele processo, o certo é que não se pode negar a importância crescente da defesa da concorrência, quer nos fenômenos de integração regional (o Mercosul já possui, desde 1996, um protocolo de defesa da concorrência que está em gradual implementação) quer no plano do comércio internacional, onde a inexistência ou inoperância de um sistema antitruste é inclusive visto como barreira indireta ao livre comércio e entrave à entrada de produtos oriundos de países mais desenvolvidos neste setor.

O avanço de um sistema harmônico de defesa da concorrência no âmbito do Mercosul, caso se implemente, poderá oferecer vias mais lícitas contra o comércio desleal do que os mecanismos de proteção comercial, atualmente vedados mas continuam a ser empregados pelas partes, especialmente pela Argentina, trazendo expressivos transtornos à livre circulação de mercadorias.

No caso brasileiro, é notório que a inspiração política para a reforma das instituições antitruste decorre da necessidade imperiosa de combate aos cartéis, contra os quais o atual sistema tem revelado enormes dificuldades e deficiências.

2. Cartel: conceito e características.

Interessa-nos agora, examinar as concepções econômicas e doutrinárias acerca dos cartéis, onde a investigação e a punição tem encontrado, por parte das autoridades, as maiores dificuldades, as quais os recentes projetos de mudança na lei antitruste tentam superar.

Segundo a doutrina, cartel é um conchavo tendente ao estabelecimento de condições comuns, entre concorrentes, cujo resultado é o fechamento do mercado. Trata-se de uma ação concertada, uma maneira artificial de os integrantes obterem preços ou vantagens monopolísticas, preservada, no entanto, a individualidade de cada um dos seus membros.

Efetivamente, enquanto o cartel preserva a autonomia jurídica de seus integrantes, que eliminam a disputa através de uma ação programada (relativa a preços, divisão geográfica do mercado, quantidades, eliminação de diferenciais de qualidade, etc.), o trust a elimina.

Segundo Paula A. Forgioni, "podemos dizer que os cartéis são acordos entre agentes econômicos, que atuam no mesmo mercado relevante, destinados a regular

ou neutralizar a concorrência entre eles e que têm seu objeto ou efeito tipificado no art. 20 da Lei 8.884, de 1994."

A noção de acordo, aqui, envolve tanto os acordos formais, dos quais derivam obrigações juridicamente vinculativas, quanto "outros acordos, mesmo que tácitos ou não assinados, de onde derivem restrições, incluindo por meio de sanções morais ou econômicas, à liberdade de agir ou decidir autonomamente de uma ou algumas das partes. Ficam assim incluídos quer os gentlemen's agreements, quer os cartéis ou uniões informais e mesmo os actos preparatórios de contratos futuros. Ponto é que deles transpareça, como se exige em relação a qualquer forma de coligação, 'uma certa idéia de permanência, de continuidade', na regulamentação do comportamento.

Estes acordos tanto podem ser horizontais como verticais (ou seja, não são necessariamente efectuados entre partes concorrentes), podendo dizer respeito aos conteúdos mais diversos (vendas e comercialização, preços, troca de informações, uso e exploração de patentes e marcas, etc.)".

Pressupõe-se, em qualquer caso, "uma manifestação de vontade dirigida à produção de efeitos anticoncorrenciais", a substituição dos riscos da concorrência pela cooperação entre os partícipes.

Como exemplo da vontade comum de agir em conjunto, SANTOS, GONÇALVES e MARQUES citam "a publicação de anúncios de aumentos de preços, seguidas do alinhamento pelas empresas concorrentes no sentido dos comportamentos sugeridos". Figuremos, por exemplo, o caso de entidade de produtores que divulga comunicado informando que aumentos de preços de seus associados em tais níveis são inevitáveis, sendo imediatamente seguida por todos os fabricantes.

É a manifestação de vontade dos concorrentes, a partir da iniciativa do ente associativo, de seguir a conduta ali indicada que irá caracterizar o conluio tácito, discriminando-o dos casos de resposta racional a determinada situação do mercado, como por exemplo, aumentos derivados de variação cambial, que atinge uniformemente os partícipes do mercado. Despicienda, no caso, a demonstração da existência do conluio (o que é impossível no caso de conluio tácito) sendo suficiente a demonstração da manifestação de vontade na produção do efeito de alinhamento de preços.

Outrossim, cabe ressaltar, neste caso específico, que a entidade de produtores autora do comunicado também seria responsabilizada pelo cometimento de ilícito anticoncorrencial, embora não seja agente do mercado; o art. 20 da Lei n. 8.884/94 não delimita o sujeito, bastando a prática do ato para a incidência de suas disposições.

O CADE, através da Resolução nº 20, de 09 de junho de 1999, definiu cartéis como "acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado,

envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio".

A legislação e a doutrina brasileira não costumam diferenciar os cartéis de outras formas paralelas, tais como a fixação de preços de revenda, ou as práticas concertadas. NEIDE TERESINHA MALARD enuncia algumas características do cartel:

1) "o cartel orienta suas condutas tanto no sentido horizontal - fixando preços, dividindo mercados ou promovendo acordos com o objetivo de controlar a inovação de produto, estabelecer prazos de entrega, discriminar preços, uniformizar serviços que podem ser prestados ao consumidor, entre outras práticas: quanto no sentido vertical - fixando preço de aquisição de matérias-primas ou serviços, impondo a venda casada, organizando esquemas de distribuição, dentre outras estratégias;

2) o cartel é um fenômeno coletivo que, embora agindo de forma organizada, com objetivos claros e bem definidos, não se apresenta nem formal, nem materialmente estruturado. Trata-se de organização informal e clandestina, sancionada pelo ordenamento jurídico positivo como conduta criminosa e danosa ao interesse público, repugnada pela sociedade, a maior vítima de suas condutas;

3) o cartel tem plena consciência da ilegalidade de sua existência e das condutas que perpetra. Todavia, adota um conceito próprio de licitude, extraindo a pretensa juridicidade de suas ações do princípio da liberdade de concorrência, que defende ser livre a atuação dos diversos segmentos do mercado, sem qualquer intervenção do Estado;

4) o grupo cartelizado é predominantemente pequeno. Participam de um mercado oligopolístico, em que os preços, via de regra, são mais elevados do que aqueles que predominam num mercado mais competitivo;

5) entre os participantes do cartel, nem sempre o jogo é aberto, pois iminente a suspeita da não adesão e até de eventual traição. Se o cartel funciona na forma esperada ou acordada por seus organizadores, duas situações devem ocorrer: vende-se menos e os lucros obtidos são os esperados. "

Com efeito, o fato de que em todos os cartéis existem antagonismos, derivados da circunstância de que nem todos ganham com a quebra dos diferenciais inerentes ao mercado, parece corroborar a necessidade de instrumentos como o acordo de leniência. No caso dos cartéis de postos de gasolina, que se disseminaram pelo

país, é notório que os postos periféricos, incapacitados de oferecer as mesmas opções dos maiores (loja de conveniência, etc.) não poderiam ver com bom grado a eliminação do único diferencial a seu alcance para atração da clientela.

3. Os cartéis na legislação antitruste brasileira.

Dispõe o art. 21 da Lei nº 8.884, de 1994, no que diz mais de perto com as práticas de cartel e de conduta concertada:

"As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;

II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários;

(...)

(...)

VIII - combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa;

(...)

X - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição".

Para que sejam tidos como ilícitos, tais atos devem objetivar a produção de um dos efeitos descritos no artigo 20 da Lei Antitruste:

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agen-

te econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

§ 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia. (Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29/06/95)

Indispensável, assim, que os atos, dentre os quais se incluem os acordos entre concorrentes, preencham ao menos um dos requisitos do artigo 20, sem o que não podem ser considerados violações da lei. Na lição de Paula A. Forgioni, "É perfeitamente possível, pois, dentro do sistema estabelecido pela Lei 8.884, de 1994, que se verifique algum acordo previsto no art. 21 sem que haja infração à ordem econômica. Basta, para tanto, que não se dê a incidência de qualquer dos incisos do art. 20. Da mesma forma, um ato não tipificado no referido artigo 21 poderá ser ilícito se tiver por objeto ou produzir efeito previsto no art. 20".

A Lei 8.884/94 não prevê ato anticoncorrencial per se, vale dizer, a ilicitude cuja aplicação "desobriga a autoridade antitruste de uma profunda análise sobre o ato praticado pelo agente e seu contexto econômico: a partir do momento em que um ato é tomado como um "ilícito per se" e considerado como restritivo da concorrência, de forma não razoável, deverá ser repudiado".

No anteprojeto da Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência as práticas de cartel são arroladas dentre as infrações absolutas, aquelas cuja caracterização não se torna mais amoldável a juízos de eficiência ou razoabilidade, no que podem ser consideradas infrações per se.

Outra inovação interessante do anteprojeto diz respeito à inversão do ônus da prova quanto aos benefícios econômicos decorrentes da conduta, no caso das infrações relativas (art. 21).

4. Os instrumentos de combate aos cartéis. Acordo de leniência.

Como visto, o cartel é, assim, uma organização informal, nascida e mantida na clandestinidade. Sendo assim, torna-se quase impossível a obtenção de prova direta de sua constituição- acordo escrito e assinado, por exemplo.

Jurisprudência e doutrina têm admitido provas indiretas - como presunções e indícios - como indicativos da existência de acordo de colusão. A prova do acordo, assim, seria feita através do contexto do caso e seus efeitos.

Esse entendimento encontra-se presente também na jurisprudência do CADE, como que se observa do Voto do Conselheiro-Relator do CADE, Ruy Santacruz, no Acórdão proferido no processo administrativo nº 08000.015337/94-48, de 27 de outubro de 1999 (que analisou, dentre outros aspectos, representação por prática de cartel na comercialização de aço plano comum), às fls 5, quando afirma, "in verbis": (...) "Nesta linha de raciocínio, tem-se reconhecido sobejamente que a prova indireta tem o mesmo valor da prova direta. Provas indiretas são, segundo Júlio Fabrini Mirabete, as presunções e os indícios".

Muito pouco, porém, se tem conseguido com os instrumentos tradicionais com relação aos cartéis, especialmente no âmbito da repressão criminal, indubitavelmente a mais eficiente, dada a facilidade com que os membros de um cartéis podem absorver ou transferir ao consumidor os custos dos processos cíveis e administrativos e mesmo eventuais condenações.

Durante a década de noventa firmou-se a convicção de que os tradicionais instrumentos de repressão aos abusos do poder econômico eram insuficientes para o combate dos cartéis que, de resto, como as empresas, passaram a operar em escala global.

A partir do claro paralelo com o delito de formação de quadrilha, tem ganhado força nas legislações a concepção de que o cartel deve ser combatido com instrumentos similares aos de combate ao crime organizado.

Inspirados pelos programas de réu colaborador que se popularizaram nas políticas criminais de combate ao crime organizado, viram-se os legisladores na contingência de adotar a novidade, com vistas a uma maior eficácia na repressão dos abusos do poder econômico.

Os programas de leniência são tidos como um sucesso nos Estados Unidos (recentemente um acordo permitiu desbaratar o cartel das vitaminas), e serviram de inspiração para a Comunidade Européia e o direito brasileiro.

De um modo geral, estes programas prevêm anistia ampla ao primeiro integrante do cartel que comparece perante a autoridade e entrega provas da ação do cartel. Na lei brasileira, a celebração do acordo de leniência é considerada causa extintiva de punibilidade, impedindo o oferecimento da denúncia. O benefício não está acessível aos cabeças da conduta tida como infracionária. Consoante os artigos 35-B e C, acrescidos à Lei 8.884/94:

ART.35-B - A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a

extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais co-autores da infração; e

II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

§ 1º O disposto neste artigo não se aplica às empresas ou pessoas físicas que tenham estado à frente da conduta tida como infracionária.

§ 2º O acordo de que trata o "caput" deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a empresa ou pessoa física seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;

II - a empresa ou pessoa física cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;

III - a SDE não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo; e

IV - a empresa ou pessoa física confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

§ 3º O acordo de leniência firmado com a União, por intermédio da SDE, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 4º A celebração de acordo de leniência não se sujeita à aprovação do CADE, competindo-lhe, no entanto, quando do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo:

I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à SDE sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou

II - nas demais hipóteses, reduzir de um a dois terços as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 27 desta Lei, devendo ainda considerar na graduação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.

§ 5º Na hipótese do inciso II do parágrafo ante-

rior, a pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior à menor das penas aplicadas aos demais co-autores da infração, relativamente aos percentuais fixados para a aplicação das multas de que trata o art. 23 desta Lei.

§ 6º Serão estendidos os efeitos do acordo de leniência aos dirigentes e administradores da empresa habilitada, envolvidos na infração, desde que firmem o respectivo instrumento em conjunto com a empresa, respeitadas as condições impostas nos incisos II a IV do § 2º deste artigo.

§ 7º A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de investigação ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a SDE, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual não tenha qualquer conhecimento prévio a Secretaria.

§ 8º Na hipótese do parágrafo anterior, o infrator se beneficiará da redução de um terço da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4º deste artigo em relação à nova infração denunciada.

§ 9º Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

§ 10. Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada pelo Secretário da SDE, da qual não se fará qualquer divulgação.

§ 11. A aplicação do disposto neste artigo observará a regulamentação a ser editada pelo Ministro de Estado da Justiça.

ART.35-C - Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de novembro de 1990, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia.

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o "caput" deste artigo.

Contudo, o sucesso do programa passa pelo fortalecimento dos poderes de investigação e punição por parte dos órgãos de defesa da concorrência e do Ministério Público, bem como o reforço das punições criminais, sem o que o membro do cartel que quiser retornar à senda da legalidade não será estimulado a colaborar.

A condescendência com que os crimes econômicos são tratados pela legislação brasileira e a cultura

nacional que não os considera -caso típico o da sonegação fiscal - como verdadeira criminalidade, certamente desestimularão qualquer interessado em celebrar o acordo de leniência. Um balanço de custo e benefício, pois, pode tornar para o eventual interessado preferível não a colaboração, mas a discussão judiciária, onde, na ausência de deserções, boas perspectivas podem sorrir ao partícipe no tocante à formação da prova.

Enfim, é preciso lembrar que o acordo de leniência não confere imunidade quanto a ações cíveis por parte dos consumidores ou terceiros lesados, ou mesmo por parte do Ministério Público, na defesa coletiva de interesses metaindividuais.

5. Os cartéis e a regulação de serviços públicos.

Antes de mais nada, cumpre esclarecer que a livre concorrência, prevista no art. 170, IV, da Constituição Federal, refere-se a um plano mais amplo do que o de defesa da concorrência. A ambos corresponde uma política de concorrência e uma política de defesa da concorrência, sendo que a primeira envolve também o dever de favorecer a concorrência inclusive nos campos dos serviços regulados (antes infensos à livre iniciativa) enquanto que a segunda envolve o dever do Estado de reprimir "...o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros" (Art. 173, § 4º, da Constituição Federal).

Tradicionalmente, se tem entendido que a concorrência é dispensável em setores de serviços públicos, ainda que concedidos, em virtude da existência de monopólios naturais, tais como transporte ferroviário, água e luz, telefonia, etc. Dizia-se, assim, que não faz sentido a existência de duas redes de telefonia ou duas redes de gôto ou de trilhos.

Tal concepção, contudo, tem evoluído de forma a permitir uma competição eficiente nesses setores, através de, por exemplo, manutenção da propriedade estatal da infraestrutura (por exemplo, da rede ferroviária, permitindo, no entanto, vários operadores de carga) ou obrigações de compartilhamento (disponibilização das redes de telefonia ou linhas de transmissão de eletricidade a outros operadores, por exemplo).

Portanto, a obrigação de manter a concorrência no campo dos serviços públicos transmuda-se em competitividade, devendo a administração fomentar o ambiente competitivo próprio nos serviços públicos concedidos a particulares.

A existência de um mercado regulado não impede o surgimento de cartéis. Havendo certa liberdade de ação, operadores de um mercado de serviços públicos podem formar cartéis, com o objetivo de uniformizar preços (o que pode significar o teto máximo tarifário, mediante a supressão de descontos anteriormente prati-

cados) ou padronizar para baixo o serviço prestado. Tais condutas são facilitadas pelo fato de que o acesso ao mercado regulado sofre, via de regra, uma considerável barreira que é a necessidade de autorização, concessão ou permissão do poder público para o ingresso de novos partícipes.

Entende-se que, no campo dos serviços públicos, as agências reguladoras operando como instância técnica e econômica, devem zelar pelo respeito aos direitos dos usuários e pela livre concorrência, implantando um ambiente de competitividade entre os operadores, quando mais de um, e permitindo o acesso de novos agentes (concessionários, permissionários ou autorizatários), quando o mercado for explorado por apenas um, sem que poderosas razões técnicas em prol do próprio usuário não justifiquem a opção única.

Constatando-se agressão à concorrência pela própria Agência reguladora, que promove a supressão da competitividade ou perpetua monopólios mediante a vedação injustificada ao acesso de novos competidores, cabe a intervenção do CADE ou do Ministério Público Federal com a finalidade de restaurar a aplicação da Lei Antitruste e, quanto ao último, defender os consumidores.

Com efeito, a existência de um ente regulador de serviços públicos, nem de um mercado regulado cujo acesso é condicionado a autorização, concessão ou permissão não afasta a competência do órgão de defesa da concorrência.

Em rigor, não pode haver dúvida possível quanto à integração entre o CADE, dotado de atribuição ampla no que diz respeito à concorrência, e as agências, dotadas de poderes de igual extensão no que tange à atividade regulatória, mas ressentido-se a legislação de uma melhor definição dos papéis de ambos, deixando margem para dúvidas e discussões, como se vê na questão das concentrações bancárias. Por outro lado, ainda não tem o CADE enfrentado como deveria a questão dos cartéis notórios no serviço público, com é o caso dos transportes coletivos.

6. O Ministério Público Federal e o combate aos cartéis.

São consideráveis as dificuldades enfrentadas pelo Ministério Público Federal no combate aos cartéis.

Não raro se defronta o Ministério Público Federal com fundamentações do tipo incompetência da Justiça Federal ou a impossibilidade de tutela de interesses individuais homogêneos - como se de mera tutela dos concorrentes prejudicados se tratasse a ação, ou enfim, da "ausência de prejudicados" pelo ato anticoncorrencial.

A herança individualista, manifesta em muitos operadores do direito, não poderia deixar de produzir seus efeitos em matéria de defesa da concorrência.

A atitude ostensiva de certos postos de gasolina, de se unirem em cartéis, como reação à concorrência implantada após a liberação de preços, provocou a atuação do Ministério Público Federal e forneceu interessante exemplo das vicissitudes enfrentadas no combate à prática colusória.

Os cartéis de posto de gasolina são típicos cartéis de preço, nos quais os componentes encontram-se, de um modo geral, em posição de igualdade. O cartel preserva certa margem de manobra para seus membros, o que contribui também para um menor grau de coesão entre seus membros. O posto integrante do cartel poderá ainda concorrer, por exemplo, através de serviços diferenciados, oferecendo, por exemplo, lavagem, lojas de conveniência, etc. embora o estímulo para a competição seja menor.

Já um cartel formado por empresas de transporte rodoviário que disputam o mesmo mercado, num ambiente de tarifas tabeladas pelo poder concedente, tenderá a abolir os diferenciais de qualidade nos veículos que podem consistir em fator de atração dos passageiros, como por exemplo, ar condicionado, serviço de bordo, etc.

É possível, no caso de postos de gasolina, divisar considerável barreira de ingresso à entrada de novos competidores, em face dos custos de instalação do negócio, negociação com distribuidora (bandeira), necessidade de autorização, etc.

Tais cartéis de postos têm-se verificado em cidades de porte pequeno e médio, onde o número de operadores pode ser mais facilmente controlado. O mercado relevante tem sido considerado o município onde atua o cartel, a partir da premissa de que não é razoável esperar-se que o consumidor se dirija a outra cidade apenas com a finalidade de adquirir combustível. O comparção com o preço de cidades vizinhas tem sido importante fator de determinação do aumento injustificado de preços (Na ACP nº 2000.71.05.006971-1, proposta pelo MPF e MPE contra postos de gasolina em Santa Rosa-RS, o magistrado, ao conceder a liminar, salientou a diferença de preços apurada em contraste com cidades vizinhas, como Cruz Alta).

De um modo geral, a prática de cartel no caso dos postos de gasolina tem sido associada à imposição de preços excessivos, considerando-se que a formação do cartel faz com que seus detentores, dotados de posição relevante, possam impor os preços abusivos na ausência de concorrência. Foi o que considerou o MM. Juiz da 3ª Vara Federal de Santo Ângelo-RS, na decisão liminar proferida na mencionada ACP n. 2000.71.05.006971-1, passagem que merece transcrição:

"Reputo, dessarte, comprovada a excessividade do preço de comercialização do combustível pelas rés. No entanto, entendo fundamental ressal-

tar que, mesmo com excessivo preço de revenda, não vislumbraria nenhuma ilegalidade caso um posto de combustível desejasse vender o produto por preço muito superior aos seus concorrentes. Certamente que teria lucro elevado, mas o sucesso de seu negócio seria facilmente regulado pelas leis de mercado, tendo em vista o princípio da livre concorrência. No entanto, quando todos os postos de combustíveis da cidade, coincidentemente, apesar de terem fatores de custos diferenciados, fixam seus preços de forma padronizada, com lucros elevados, evidente que estão abrindo mão de entre si concorrerem para lucrarem cifras altamente significativas, sem a preocupação de ocorrer prejuízo no negócio. É exatamente nessa particularidade, de abrirem mão da concorrência em prejuízo dos consumidores, que residem as infrações à Ordem Econômica. Observe-se o levantamento de preços da fl. 2.101 (realizada em fevereiro deste ano) e não se terá dúvidas da padronização dos preços (a variação não chega a três centavos de real) realizada entre os dezessete postos de combustível réus desta demanda".

A padronização dos preços, como se verifica, tem sido elemento importante na prova da formação do cartel. No entanto, não raro o conluio é demasiado explícito para escapar à percepção do Poder Judiciário. Tome-se como exemplo, a decisão abaixo, que considerou tanto declarações dos integrantes como o alinhamento dos preços após o acordo:

"A diversidade de preços praticados anteriormente pelos mesmos comerciantes cotejada com as notícias veiculadas pela imprensa local e especialmente a entrevista publicada no jornal O Estado do Maranhão de 03/05/2000, onde o empresário do setor (Ubiratan Costa) afirma que os empresários decidiram que o valor mínimo do litro de gasolina comum seria de R\$ 1,35 (fl. 378), em irrefragável alusão a um acerto entre os fornecedores, sintomática da formação de cartel e afrontosa ao artigo 10 e 21 da Lei 8.884/94 e da Constituição Federal, art. 170, IV e V. Não deslembrando que tal atitude pode configurar a infração penal incorporada na norma do art. 4.º, II, a da Lei 8.137/90.

Neste contexto, o *fumus boni juris* resultou perfeitamente configurado (Ação Civil Pública n.º 2000.2891-0, 5.ª Vara da Justiça Federal no Maranhão).

No tocante ao pedido deduzido em juízo, a principal dificuldade se mostra na impossibilidade de se obter adequado controle da abusividade dos preços (seu desalinhamento). Algumas ações têm enveredado, as-

sim, pela trilha da fixação de margens de lucro, como ocorreu na referida ACP contra o cartel de postos em Santa Rosa-RS:

"As penalidades para essas práticas anticoncorrenciais vão desde a cessação temporária das atividades até a perda definitiva da bandeira sob a qual os postos operam. Entendo que a cessação temporária da atividade, embora fosse a reprimenda mais adequada para as infrações cometidas, poderia ocasionar maiores prejuízos aos consumidores, que seriam obrigados a se deslocar para cidades vizinhas para abastecerem seus veículos, já que apenas um posto na cidade não é réu desta demanda. A perda definitiva da bandeira sob a qual o posto opera (punição possível para essa espécie de infração) é instrumento que, por ora, parece desnecessária, ante a possibilidade do mercado recuperar sua credibilidade e ficarem de vez afastados os perniciosos efeitos da eliminação da concorrência. Esses, talvez, os motivos pelos quais o Ministério Público reduziu sua pretensão simplesmente à fixação temporária de percentual máximo de preço de revenda.

Tenho, assim, que a pretensão postulada pelo Ministério Público (fixação de percentual máximo de lucro) garantirá, paulatinamente, o ajuste do mercado, já que a regra vigorante é a de liberdade na fixação dos preços. A liberdade na fixação dos preços, destaque, não é sinônimo de possibilidade de cometimento de abusos contra os consumidores, como os que vêm acontecendo. (liminar na ACP n. 2000.71.05.006971-1).

Esta solução, contudo, além de acarretar dificuldades quase insuperáveis em eventual execução, ainda não escapa do risco de ser considerada, conforme os argumentos dos réus, tabelamento indireto de preços.

Um processo cível dificilmente poderá quebrar um cartel. Mesmo punição pecuniária, em termos de multa ou indenização aos lesados, poderá, como vimos, ser absorvida ou repassada pelos participantes. A efetividade da atuação dos órgãos antitruste e do Ministério Público pressupõe, a nosso ver, pela definição da conduta de cartel como violação absoluta (nos moldes do anteprojeto da ANCC) e pelo reforço das punições criminais no âmbito de um programa de leniência, sem o que continuará a sociedade brasileira exposta às metástases do "câncer da economia".

1 RITTERSHAUSEN, Heinrich. Economia. Lisboa: Meridiano Fischer, 1967.

2 Os Fundamentos do Antitruste. São Paulo: RT, 1998, pag. 328.

3 Direito Econômico, António Carlos Santos, Maria Eduarda Gonçalves e Maria Manuel Leitão Marques, Almedina, Coimbra, 1991, pags. 374/5.

4 Direito Econômico, citado, pag. 375/6.

5 Direito Econômico, citado, pag. 376.

6 Divergimos, nesse particular, de Paula A. Forgioni, Os Fundamentos do Antitruste, citado, pag. 142.

7 Estudos Introdutórios de Direito Econômico, Ed. Brasília Jurídica, 1ª edição, 1997, fls.65/74. Citada no Relatório final da CPI dos Medicamentos.

8 Os Fundamentos do Antitruste. São Paulo: RT, 1998, pag. 328.

9 Disserta Isabel Vaz acerca da doutrina das infrações per se: "Durante um certo tempo, as leis e a jurisprudência norte-americanas perfilharam a teoria do "ilícito em si", segundo a qual determinados atos seriam incapazes de encontrar guarida perante as leis antimonopólio. Não haveria argumentação que justificasse, por exemplo, uma combinação de preços entre empresas, ou uma fusão. Todos esses atos ou condutas constituiriam, em si, e independentemente das consequências provocadas, infração à legislação antitruste. Dessa opção resultou, na prática, a classificação da "livre concorrência" como um valor absoluto, ainda que o ato considerado não fosse capaz de causar distorções aos mercados e mesmo que seus participantes não possuíssem qualquer intenção de domínio ou de monopólio. Nem argumentos nem provas seriam capazes de justificar atos que pela "sua própria natureza anticoncorrencial são ilegais per se, não se lhes podendo aplicar a regra da razão".

Com o decorrer dos anos, e devido à desvantagem que essa posição radical impunha às empresas norte-americanas, principalmente em face da racionalização empreendida pelas companhias exportadoras concorrentes, as autoridades decidiram abrandar o rigorismo da teoria do ilícito em si (per se condemnationem). Em alguns julgados, o mais famoso dos quais foi o da Standard Oil Co. of New Jersey v. U.S., pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1911, foi adotada a regra da razão (rule of reason) segundo a qual passaram a ser condenadas apenas as restrições desarrazoadas à concorrência" (Os interesses do consumidor nas fusões e incorporações de empresas. In: Revista de Direito do Consumidor, n. 35, julho-setembro de 2000. São Paulo: RT, págs. 222/23).

10 FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. São Paulo: RT, 1998, pag. 186.

11 Não se cuida aqui, por óbvio, da razoabilidade enquanto princípio jurídico, mas sim da razoabilidade econômica, em termos de benefícios para o conjunto social da prática questionada.

12 Conforme a redação proposta para o artigo 20:

"Constituem infração absoluta da ordem econômica, independentemente de culpa, e são nulos, os atos sob qualquer forma manifestados, adotados mediante acordo, arranjo ou conluio entre concorrentes, que tenham por objeto ou possam produzir quaisquer dos seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - fixar, elevar, concertar ou manipular, de forma direta ou indireta, preços de venda ou de compra de bens ou de prestação de serviços, ou trocar informações com o mesmo objeto ou efeito;

II - estabelecer obrigações de produzir, processar, distribuir ou comercializar tão somente uma quantidade, qualidade ou variedade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume, frequência, qualidade ou variedade restrita ou limitada de serviços;

III - dividir, distribuir ou impor porções ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a alocação de clientes, fornecedores, territórios ou períodos, determinados ou determináveis;

IV - estabelecer, concertar ou coordenar preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública administrativa.

Parágrafo único. A punição das infrações previstas neste artigo não exclui aquelas decorrentes da lei penal, exceto nos casos em que o infrator celebrar com a Agência acordo de leniência, nos termos desta Lei."

13 "Constituem infração relativa da ordem econômica, independentemente de culpa, excetuadas as hipóteses previstas no art. 20, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir quaisquer dos seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

§ 2º A caracterização da infração prevista no inciso III do caput deste artigo dependerá da constatação de abuso de posição dominante do infrator.

§ 3º Para efeito do disposto no inciso IV do caput deste artigo, e conforme as características do mercado em questão, inclusive no que se refere às barreiras à entrada de novas empresas e à parcela de mercado dos concorrentes, ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 4º São excluídos da ilicitude das infrações previstas neste artigo os benefícios econômicos decorrentes da conduta subjacente à infração, desde que tais benefícios tenham por objeto, cumulada ou alternativamente, propiciar a eficiência e o desenvolvimento econômico, cabendo ao representado o ônus da prova, e que, cumulativamente:

I - não possam ser obtidos de outro modo que implique menores riscos ou prejuízos à livre concorrência;

II - os benefícios gerados não sejam meramente pecuniários, mas impliquem efetiva economia de recursos produtivos; e

III - que tais benefícios compensem as restrições causadas à livre concorrência".

14 Cf. Relatório final da CPI dos Medicamentos.

15 Lei 8.884, Art. 7º;

Compete ao Plenário do Cade:

(...)

X - requisitar dos órgãos do Poder Executivo Federal e solicitar das autoridades dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta lei; (...)

16 Dispõe o Art. 89. da Lei n. 8884/94 que "Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta lei, o Cade deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente". Entendemos que não cabe ao CADE silenciar sobre seu interesse, devendo sempre manifestar-se se intervém ou não no feito, no último caso, motivadamente.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O COMPROMISSO DE CESSAÇÃO DE PRÁTICA

Geisa de Assis Rodrigues
PR/BA

I. Considerações iniciais. II. O regime do compromisso de cessação de prática: princípios, natureza, legitimidade, objeto, obrigações, prazos, publicidade, fiscalização. Implicações na esfera cível e penal. Comparação com figuras afins. III. Considerações finais

I- Considerações iniciais

No Estado democrático de direito a regulação da ordem econômica pelo Estado só tem sentido se tiver como fim a proteção de direitos da comunidade, direitos que não são de titularidade pública em sua acepção tradicional, mas de toda ou de parcela significativa da coletividade.

A nossa Constituição determina que o trabalho humano e a livre iniciativa são os valores a serem promovidos na ordem econômica. Estabelece, outrossim, como princípios reitores desta última a soberania nacional; a propriedade privada; a função social da propriedade; a livre concorrência; a defesa do consumidor; a defesa do meio ambiente; a redução das desigualdades regionais e sociais; a busca do pleno emprego; o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. A esses valores e princípios correspondem direitos de natureza singular, cujas características mais importantes são a transindividualidade, a indeterminação objetiva, a conflituosidade que sua tutela enseja, a sua indisponibilidade coletiva.

Os direitos transindividuais são o gênero que engloba três espécies: os direitos difusos, os direitos coletivos e os direitos individuais homogêneos. A proteção dos direitos transindividuais é considerada uma segunda onda de acesso a uma ordem jurídica mais justa. Com efeito, apenas com a criação de mecanismos de garantia desses novos direitos o sistema passa a tutelar plenamente o indivíduo porque não olvida sua dimensão coletiva, típica das sociedades de massa. A tutela desses direitos não ocorre apenas em âmbito judicial, mas também pode ser realizada através dos meios extrajudiciais.

A Administração pública ao limitar a propriedade e a liberdade o faz para promover direitos, para evi-

tar ou reparar danos causados a direitos da comunidade. Nesse sentido, Agustín Gordillo nos adverte que a concepção tradicional de poder de polícia é equívoca porque enfatiza o controle que o Estado exerce sobre os administrados, quando a lógica da regulação estatal é justamente promover o direito de todos, ou de quase todos, sujeitos à violação por alguns. Por isso afirmamos que a aplicação de sanções administrativas aos transgressores da norma jurídica é também uma forma de tutela extrajudicial de direitos transindividuais.

Há uma tendência em se privilegiar a solução negociada, também no âmbito administrativo. Esta é uma forma de solução de conflitos que possui uma lógica própria, pois enseja a participação ativa das partes interessadas, distinguindo-se das formas adjudicatórias de resolução de conflitos. O caminho para se chegar ao resultado conciliatório passa necessariamente pela negociação, entendida esta como a entabulação de um diálogo, é uma "comunicação bidirecional" sobre os pontos de vista de cada parte e a melhor forma de compor os interesses em jogo. Ao se configurar como uma alternativa ao processo judicial, a conciliação permite uma maior economia.

Todavia, tendo em vista a singularidade desses direitos, especialmente sua indisponibilidade, reputamos que existe um regime peculiar da solução extrajudicial dos conflitos envolvendo direitos transindividuais, que pode ser resumido a duas regras que devem necessariamente ser observadas, sendo a primeira relacionada à ausência de renúncia e de concessão do direito em jogo, e a segunda no sentido da observância de um sistema que garanta que a vontade manifestada coincida com os interesses dos titulares do direito, seja através da consulta efetiva dos interessados, seja através da presunção de que órgãos públicos poderão adequadamente representar os direitos da coletividade.

Uma outra característica da solução extrajudicial dos conflitos transindividuais, que nem sempre está presente nas resoluções alternativas dos conflitos individuais, é o seu potencial preventivo, posto que ocorre, em muitos casos, a disciplina de alguns aspectos da relação entre aqueles que participam do acordo, não só apresentando a solução para um dissídio concreto mas também dispondo para o futuro, a fim de evitar novos

pontos de atrito em relacionamentos às vezes inevitáveis.

A década de 1990 nos legou alguns institutos que tratam justamente da tutela extrajudicial de direitos transindividuais, como o compromisso de ajustamento de conduta, previsto no §6º do artigo 5º da lei 7347/85, no artigo 216 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90) e no artigo 76-A da Lei da Natureza (lei 9605/98), e, na seara da defesa da ordem econômica, o compromisso de desempenho e o compromisso de cessação de prática. Este último está regulado no artigo 53 da lei 8884/94, que será objeto de nossas reflexões seguintes.

II- Regime jurídico do compromisso de cessação: princípios que devem reger a celebração do compromisso, natureza, legitimidade, objeto, obrigações, prazos, procedimento adequado para a negociação, publicidade, fiscalização, implicações na esfera penal. Comparação com figuras afins.

O compromisso de cessação de prática é um meio alternativo de solução de conflitos envolvendo direitos transindividuais em risco diante de determinadas práticas econômicas. Exatamente porque o compromisso de cessação é um instrumento de tutela de direitos transindividuais, não deve ser celebrado sob a perspectiva do compromissário ou segundo o seu exclusivo interesse. Conforme tivemos oportunidade de abordar, as novas formas de solução extrajudicial de conflito devem ser regidas pelos princípios do acesso à justiça, da tutela preventiva, da tutela específica, da aplicação negociada da norma jurídica e do princípio democrático.

No caso do compromisso de cessação, o princípio do acesso à justiça se revela nos seguintes fatos: a) a cessação da prática deve ser suficiente para a proteção da ordem econômica; b) os prazos e as condições de atendimento das obrigações devem ser razoáveis; c) as obrigações impostas ao compromissário devem ser as menos gravosas possíveis, numa justa medida de proporcionalidade; d) sempre que possível deve o compromissário ser assessorado por advogado no momento da definição das cláusulas do ajuste, o que no caso do direito antitruste é a regra devido à capacidade econômica dos envolvidos no litígio.

O princípio da tutela preventiva corresponde ao potencial de prevenção do dano e do litígio processual insito ao compromisso de cessação. A oportunidade de celebração do compromisso é fundamental para que ele realmente desempenhe todo o seu potencial preventivo, mesmo porque na tutela dos direitos transindividuais a lesão depois de configurada dificilmente encontra remédio eficaz para sua reparação integral.

O princípio da tutela específica se aplica ao compromisso de cessação porque neste acordo o que inte-

ressa é o cumprimento efetivo das cláusulas ajustadas e não de uma eventual reparação financeira. Por outro lado, a multa cominatória desempenha um importante papel na garantia do cumprimento do compromisso, não podendo, assim, ser irrisória ou extorsiva.

No compromisso de cessação temos a possibilidade da participação ativa de destinatário da lei, e dos demais interessados, em consonância com o princípio da aplicação negociada da norma. Daí resulta que em todo processo de investigação de prática lesiva à ordem econômica no CADE se deva tentar, sempre que possível, celebrar o compromisso de cessação, dando oportunidade para que o investigado possa optar por essa solução harmônica. Já tivemos a oportunidade de nos manifestar sobre a necessidade da cultura da solução negociada: "Assim, a condução do ajuste deve ser realizada em uma perspectiva não repressiva, sem idéias preconcebidas. Por isso não precisa haver um reconhecimento explícito de culpa por parte do obrigado, mesmo porque esta em muitos casos é absolutamente irrelevante, o que se quer é realmente a cessação da conduta transgressora ao direito transindividual. A desnecessidade de confissão ou reconhecimento de culpa é elemento facilitador da celebração do ajuste, o que muitas vezes não se consegue em juízo, quando a imagem do responsável já pode ter sido arranhada publicamente pelo só fato do ajuizamento da ação. Nesse sentido a norma do caput do artigo 53 da Lei 8884/94 que determina que a celebração do compromisso de cessação, espécie de ajustamento de conduta, 'não importará confissão quanto à matéria de fato nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada', deve ser interpretada como um estímulo à negociação".

O princípio democrático pressupõe que a prática do compromisso seja motivada, pública e participativa, uma vez que representa em certa medida a tomada de uma decisão política, que deve estar sujeita ao controle da sociedade.

Está o CADE obrigado a celebrar o compromisso de cessação? Existe um direito à celebração do compromisso de cessação? Entendemos que há discricionariedade na apreciação da conveniência e da oportunidade quanto à celebração do compromisso. Ao órgão público cumpre adotar alguma medida de tutela do direito transindividual, dentre elas a celebração do compromisso. Deve-se verificar, por outro lado, qual a situação mais compatível com as especificidades do caso concreto. É óbvio que se houver as condições para a celebração do compromisso deve-se privilegiar essa forma de composição do conflito, e é dever dos órgãos públicos tentá-la de forma exaustiva. Todavia, não há um direito a celebração do compromisso, o que não impede que o violador do direito transindividual cesse espontaneamente a prática da conduta.

Na forma como foi concebido pela lei 8.884/94,

consideramos que o compromisso de cessação é um negócio jurídico bilateral, um acordo, sem ter contudo, índole transacional. Como é cediço, a transação tem como característica essencial "a troca de prestações equivalentes", o que não ocorre na hipótese, ainda que o professor João Bosco Leopoldino da Fonseca entenda que no caso há efetivamente uma transação, porque "com esse acordo se extingue ou paralisa a investigação, havendo reciprocidade de concessões: a autoridade não investiga mais e o representado paralisa a prática de atos que geraram suspeitas de infração contra a ordem econômica".

Na verdade, não compreendemos que o compromisso de cessação possa conter uma concessão do CADE ao agente privado que esteja violando ou ameaçando violar a ordem econômica. Não há nenhum tipo de disposição do direito transindividual de proteção à ordem econômica, porque não se permite que um ato contra a mesma possa ser realizado. A questão de não se continuar a investigação administrativa não significa uma renúncia do CADE ao agente privado, mas um efeito próprio da negociação. No compromisso de cessação de prática não se flexibiliza em nenhuma medida a garantia dos valores da ordem econômica, apenas se estimula o sujeito econômico a cessar sua atividade.

Conforme já tivemos a oportunidade de nos pronunciar, só consideramos que seja possível o compromisso de cessação se não houver danos plenamente caracterizados à ordem econômica. As obrigações que devem constar do compromisso de cessação estão previstas na lei 8884/94, não havendo nenhuma alusão à reparação de danos causados. Ao nosso juízo, o compromisso de cessação, nos moldes em que foi concebido pelo legislador, pressupõe a inexistência de dano configurado. Enquanto a investigação não tenha resultado em definição de danos causados pela conduta pode haver o compromisso de cessação, atuando o benefício da dúvida em favor do agente econômico. No caso contrário, quando a investigação já chegou a um resultado desfavorável ao agente econômico, não haverá mais espaço para o compromisso de cessação.

O compromisso de cessação, por outro lado, se constitui em título executivo extrajudicial segundo expressa previsão do §4º do artigo 53 da lei em comento.

Cabe indagar ainda quem tem legitimidade para celebrar o compromisso de cessação. No pólo ativo temos o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e, no pólo passivo, qualquer pessoa natural ou jurídica, de natureza pública ou privada, que esteja sendo investigada em processo administrativo de apuração de prática lesiva à ordem econômica. Vale registrar que o membro do Ministério Público Federal que deve atuar perante o CADE, em virtude do disposto no artigo 12 da lei 8.884/94, não tem atribuição para celebrar termo de ajustamento de conduta, pois oficia como fiscal da

lei nos processos administrativos sujeitos à apreciação do órgão, e não como parte.. Todavia, tem o Ministério Público, Federal ou Estadual, a depender do caso, legitimidade para celebrar compromisso de ajustamento de conduta que verse sobre infração à ordem econômica, podendo este fato resultar na cessação da prática de conduta. Porém, o Ministério Público não celebra propriamente um compromisso de cessação, como veremos mais adiante.

Qual pode ser o objeto do compromisso de cessação? O compromisso de cessação pode ser celebrado em todos os processos em que se investigue conduta lesiva à ordem econômica, salvo as listadas na lei no 10.149, de 21 de Dezembro de 2000. Assim, estão fora do âmbito do compromisso de cessação as diversas condutas caracterizadoras de cartel, quais sejam: afixação ou prática, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, de preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços; obtenção ou influência na adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; divisão de mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou das fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários; combinação prévia de preços ou ajuste de vantagens na concorrência pública ou administrativa.

O que pretende o legislador claramente é que, em relação a determinados tipos de infração à ordem econômica, o CADE deva esgotar todos os meios de investigação, partindo-se do pressuposto que a mera cessação das atividades não produz a reparação integral da ordem jurídica.

Segundo a dicção da lei o compromisso de cessação conterá, necessariamente, as seguintes cláusulas: a) obrigações do representado, no sentido de fazer cessar a prática investigada no prazo estabelecido; b) o valor da multa diária a ser imposta no caso de descumprimento da obrigação principal, que não pode ser inferior a 5.000 (cinco mil) UFIR, "podendo ser aumentada em até 20 vezes se assim o recomendar sua situação econômica e a gravidade da situação", nos termos do art. 25 da lei 8884/94; 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.

O compromisso de cessação tem dois tipos de cláusulas básicas: uma consistente na obrigação de não fazer, de não mais praticar a conduta investigada, e outra relativa a obrigação de fazer de apresentar os relatórios periódicos sobre a sua atuação no mercado, submetendo o agente privado a uma situação de vigilância especial. Como o compromisso de cessação é um título executivo extrajudicial, a redação dessas cláusulas é de fundamental importância para que se possa obter o cumprimento do ajustado caso o compromissário frustrar o seu cumprimento. A conduta cuja prática será vedada

deve ser explicitada com maior rigor possível, assim como a forma da entrega dos relatórios e os itens que devem nele constar.

Os prazos fixados para o cumprimento desses obrigações são fundamentais, devendo estar expressos no termo e não podem inviabilizar o cumprimento do ajuste, nem prejudicar a ordem econômica. Sempre que possível a cessação da conduta deve ser estipulada de forma imediata, uma vez que a investigação será imediatamente suspensa. Quando a cessação demandar tempo e recursos para sua efetivação, o prazo para a abstenção da atividade deve ser o estritamente necessário e devidamente motivado. Do mesmo modo o prazo da periodicidade da entrega do relatório deve ser compatível com a necessidade de vigilância da atuação do compromissário no mercado, podendo, eventualmente, o primeiro prazo de entrega do relatório ser diferenciado dos demais. Também deve haver prazos específicos para que as alterações significativas na atividades da empresa sejam notificadas ao CADE, ainda que o relatório tenha que ser entregue em momento posterior. O compromisso de cessação pode ter vigência por um prazo determinado, desde que esse prazo seja razoável para se assegurar que a conduta ofensiva à ordem econômica não seja mais realizada.

O compromisso de cessação versa sobre a aplicação de sanções administrativas aos violadores da ordem econômica. O artigo 19 da lei 8884/94 afirma peremptoriamente que "a repressão das infrações da ordem econômica não exclui a punição de outros ilícitos previstos em lei". Segundo Fábio Ulhoa Coelho "o legislador preocupou-se em ressaltar que a responsabilização administrativa do empresário, por infração contra a ordem econômica é totalmente independente da civil e penal, em razão da mesma conduta. A absolvição ou a condenação do empresário em nível administrativo não implica a responsabilização ou não do mesmo agente nas esferas de direito civil ou penal".

Ora, a celebração do compromisso de cessação só tem influência no âmbito administrativo, não podendo elidir a aplicação de sanção civil de reparação de danos ou de sanção penal, quando o fato eventualmente constituir crime.

O compromisso de cessação será necessariamente celebrado no processo administrativo que investiga a conduta. Deve ser escrito e motivado, inclusive relacionando expressamente o atual estágio da investigação e a inexistência de lesão à ordem econômica configurada, bem como a adequação de sua celebração.

Um aspecto fundamental é a publicidade do compromisso de cessação. Na esfera dos direitos transindividuais a publicidade assume dois importantes aspectos: a uma possibilita o controle da atividade do órgão que tem legitimidade para celebrar o compromisso, mas não é titular dos direitos em questão; a duas

permite que o resultado pretendido com o compromisso seja eficaz, por exemplo, no caso de eventuais beneficiários da cessação da prática da conduta terem a real noção de que podem exigir a cessação da atividade que lhes poderia causar algum prejuízo.

No caso do processo administrativo do CADE ter sido provocado por uma representação, os autores desta devem ter ciência pessoal da celebração do compromisso de cessação, assim como outros interessados que participarem do processo.

Ao nosso juízo todo, compromisso de cessação deve ser previamente submetido ao membro do Ministério Público Federal que atua perante o CADE, nos termos do artigo 12 da lei 8884/94. Na prática, esse importante papel do Ministério Público não vem sendo realizado, diante da ausência de nomeação do representante do Ministério Público Federal perante o CADE, o que impede que o Parquet exerça relevantíssimas atribuições, dentre elas o importante papel de fiscalizar o processo de celebração do compromisso de cessação.

No sistema brasileiro de jurisdição una e plena a prática do compromisso de cessação não está infensa ao controle jurisdicional. Pode o compromisso de cessação, portanto, ser impugnado através de ação popular, de ação civil pública ou de mandado de segurança individual ou coletivo dependendo da situação concreta.

O compromisso de cessação de prática tem como resultado imediato a suspensão do andamento do processo, e após o seu cumprimento impõe o arquivamento do feito administrativo.

O § 3º do artigo 53 da lei 8884/94 admite que as condições do termo de compromisso sejam alteradas pelo CADE, se comprovada a sua excessiva onerosidade para o representado e desde que não acarrete prejuízos para terceiros ou para a coletividade, e a nova situação não configure infração da ordem econômica. Essa alteração deve ser motivada e pública.

Além do compromisso de cessação a lei 8884/94 prevê, com esse mesmo espírito, o compromisso de desempenho. No compromisso de desempenho a lei permite que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica autorize atos que, em tese, poderiam prejudicar o direito transindividual da livre concorrência, desde que sejam atendidas algumas condições específicas que demonstrem que a conduta empresarial pode ensejar um benefício maior para o sistema do que o eventual comprometimento desse valor. A norma expressamente supõe a ponderação de bens e valores de relevo para o ordenamento jurídico. Há uma amplitude maior de negociação na celebração do compromisso de desempenho do que no compromisso de cessação. No compromisso de desempenho, todavia, é possível a limitação a um direito transindividual, o da livre concorrência, desde que a não realização da conduta possa ser mais prejudicial a outros interesses igualmente tutelados pelo

sistema . Por exemplo, pode se admitir a fusão de duas empresas nacionais, ainda que resulte em domínio de parte do mercado, para proteger a empresa nacional em face de suas concorrentes internacionais, ou para preservar o nível de emprego, desde que "a empresa se comprometa formalmente a cumprir os objetivos fixados, bem como a distribuição equitativa dos benefícios, a preservação da concorrência de parte substancial e se observem os limites necessários ". Ademais, o compromisso de desempenho sempre deve levar em conta os direitos dos consumidores . O compromisso de desempenho não constitui, por si só, um título executivo extrajudicial, posto o que a lei dota de eficácia executiva é a decisão do Plenário do CADE que comina multa ou impõe a obrigação de fazer e de não fazer nos termos do compromisso assumido.

A lei também prevê a possibilidade da celebração do acordo de leniência, nos termos do artigo 35-B da lei 8884/94 , que visa estimular a colaboração dos partícipes em condutas lesivas à ordem econômica que não estejam à frente das infrações, podendo ensejar a extinção da ação punitiva ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável. A ação punitiva em jogo é, obviamente, a administrativa. O acordo de leniência se distingue do compromisso de cessação principalmente em vista de seu objetivo, que é obter colaboração em sede de investigação da prática de infrações de ordem econômica de grande monta praticados por outros agentes privados. O compromisso de cessação, como vimos, soluciona o próprio conflito administrativo.

De outra feita, o compromisso de cessação distingue-se do compromisso de ajustamento de conduta pelos seguintes fatores: a) o compromisso de cessação versa sobre responsabilidade administrativa, enquanto o ajustamento de conduta sobre responsabilidade civil; b) o compromisso de cessação só pode ser celebrado pelo CADE, ao passo que o ajustamento de conduta pelo Ministério Público e por outros órgãos públicos, c) o compromisso de cessação só pode versar sobre as obrigações previstas na lei, mas o ajustamento pode conter vários tipos de obrigações; e d) o compromisso de ajustamento de conduta pode ser celebrado mesmo que tenha ocorrido dano a direitos transindividuais, desde que haja a previsão de uma completa reparação, o que não pode ocorrer no compromisso de cessação. Diante da diversidade dos institutos, a celebração do compromisso de cessação não impede a necessidade da celebração do ajustamento de conduta para que o empresário responda pelos danos causados pela prática anterior.

III- Considerações finais

É de fundamental oportunidade a reflexão sobre o compromisso de cessação e os outros institutos

congêneres, que inauguram uma nova cultura na esfera pública de estímulo à solução abertamente negociada ao invés do conchavo ou da rigidez impermeável. São opções extremamente desafiantes, porque pressupõem que os operadores públicos sejam firmes o suficiente na defesa do direito de toda a coletividade e flexíveis o bastante para garantir a construção de uma solução conciliatória. Na esfera do direito antitruste esse dilema é muito mais grave, porque as vantagens e os malefícios da condução de uma solução compromissada podem atingir o centro nervoso do sistema, e repercutir na vida de milhares de pessoas.

Mas, consideramos que o ordenamento jurídico já alinhavou as regras básicas para que seja firmado o compromisso de cessação, merecendo, apenas, que a sua prática seja mais conhecida e discutida pela comunidade interessada.

Texto elaborado para palestra no Seminário de Direito econômico, promovido pela Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo e Silva no dia 22 de Outubro de 2001.

Procuradora da República. Mestre e Doutora em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professora da Universidade Federal da Bahia. CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Brian. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Fabris, 1990.

GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo : la defensa del usuario y de administrado. 3 ed. Buenos Aires: Fundación de derecho administrativo, 1998

A negociação é uma prática cotidiana. "Queira ou não, você é um negociador. A negociação é uma verdade da vida. Você discute aumentos com seu patrão. Tenta entrar em acordo com um estranho acerca do preço da casa dele. Dois advogados tentam resolver um processo judicial decorrente de um acidente de automóvel. Um grupo de empresas de petróleo planeja um contrato de risco para a exploração conjunta de petróleo em plataformas marítimas. O Secretário de Estado dos Estados Unidos senta-se com o seu equivalente soviético para buscar um acordo sobre a limitação de armas nucleares. Tudo isso são negociações." pg. 15 (FISCHER, Roger & URY, William & PATTON, Bruce. Como chegar ao sim. A negociação de acordos sem concessões. Projeto de negociação da Harvard Law school. Rio de Janeiro: Imago, 1994.)

Como definem Roger FISCHER, William URY e Bruce PATTON: "A negociação é um meio básico de se conseguir o que se quer de outrem. É uma comunicação bidirecional concebida para chegar a um acordo, quando você e o outro têm alguns interesses em comum e outros opostos." pg. 15 Op. cit.

Drew Hyman analisou os custos de um processo de conciliação em comparação com o processo judicial e chegou aos seguintes dados: cada caso extrajudicial custa de U\$16,00 a U\$51,00, e os casos em juízo de U\$1000 a U\$1.500. "Utility consumer dispute settlement: a regulatory model for mediation, arbitration and class advocacy". in Conflict resolution and public policy edited by Miriam k. Mills. New York, Greenwood Press, 1990.. pg. 68

"Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial"

"Art.53 Em qualquer fase do processo administrativo poderá ser celebrado, pelo CADE ou pela SDE ad referendum do CADE, compromisso de cessação de prática sob investigação, que não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada. §1.º O termo de compromisso conterá, necessariamente, as seguintes cláusulas: a) obrigações do representado, no sentido de fazer cessar a prática investigada no prazo estabelecido; b) o 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. §2.º O processo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso de cessação e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo res-

pectivo. §3.º As condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo CADE, se comprovada a sua excessiva onerosidade para o representante e desde que não acarrete prejuízos para terceiros ou para a coletividade, e a nova situação não configure infração da ordem econômica. §4º O compromisso de cessação constitui título executivo extrajudicial, ajuizando-se imediatamente a sua execução em caso de descumprimento ou colocação de obstáculos à sua fiscalização, na forma prescrita no art. 60 e seguintes".

Desenvolvemos esse raciocínio em nossa tese de doutorado sobre compromisso de ajustamento de conduta, defendida no programa de Pós-graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro em Março de 2001.

No caso da responsabilidade administrativa no direito antitruste a aplicação da sanção independe de culpa.

Tese de doutorado citada.

BEVILAQUA, Clóvis. Código civil comentado. Vol. IV. RJ: Francisco Alves, 1934. Pg. 184

Op., cit. pg. 136.

Em nossa tese de doutorado.

Direito antitruste brasileiro. Comentários à lei 8884/94. São Paulo: Saraiva, 1995.

Como se percebe do Termo de Compromisso de cessação de prática no P.A nº 0800.015339/97-73.

"Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade. § 1º O Cade poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições: I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro; III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços; IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados. § 2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final." " Art. 58. O Plenário do Cade definirá compromissos de desempenho para os interessados que submetam atos a exame na forma do art. 54, de modo a assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no § 1º do referido artigo. § 1º Na definição dos compromissos de desempenho será levado em consideração o grau de exposição do setor à competição internacional e as alterações no nível de emprego, dentre outras circunstâncias relevantes. § 2º Deverão constar dos compromissos de desempenho metas qualitativas ou quantitativas em prazos pré-definidos, cujo cumprimento será acompanhado pela SDE. § 3º O descumprimento injustificado do compromisso de desempenho implicará a revogação da aprovação do Cade, na forma do art. 55, e a abertura de processo administrativo para adoção das medidas cabíveis."

Foi celebrado compromisso de desempenho no Ato de Concentração nº 54/95, no qual se investigava os acordos de fornecimento de matéria prima entre a Cia Petroquímica do Sul- COPESUL, OPP- Petroquímica S/A, Poliolefinas S/A (atual OPP- Polietilenos S/A) e Polisol Petroquímica S/A (atual Ipiranga Petroquímica S/A), que poderiam comprometer as possibilidades de mercado da Petroquímica S/A. O que restou evidenciado pela análise do extenso voto vencido, proferido pelo então Conselheiro do CADE Antônio Fonseca é a dificuldade em se estabelecer as condições técnicas para a aprovação do desempenho. Este tema merece uma reflexão acadêmica específica tendo em vista a singularidade da disciplina do direito antitruste.

João Bosco Leopoldino da Fonseca. Op., cit. pg. 155.

Segundo o disposto no inciso III do art. 4 do Código de Defesa do consumidor, a política nacional de relações de consumo deverá atender, dentre

outros, ao princípio da "harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica, sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores."

Art. 60. A decisão do Plenário do Cade, cominando multa ou impondo obrigação de fazer ou não fazer, constitui título executivo extrajudicial.

Art. 35-B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais co-autores da infração; e II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. § 1º O disposto neste artigo não se aplica às empresas ou pessoas físicas que tenham estado à frente da conduta tida como infracionária. § 2º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - a empresa ou pessoa física seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; II - a empresa ou pessoa física cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; III - a SDE não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo; e IV - a empresa ou pessoa física confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento. § 3º O acordo de leniência firmado com a União, por intermédio da SDE, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo. § 4º A celebração de acordo de leniência não se sujeita à aprovação do CADE, competindo-lhe, no entanto, quando do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo: I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à SDE sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou II - nas demais hipóteses, reduzir de um a dois terços as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 27 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência. § 5º Na hipótese do inciso II do parágrafo anterior, a pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior à menor das penas aplicadas aos demais co-autores da infração, relativamente aos percentuais fixados para a aplicação das multas de que trata o art. 23 desta Lei. § 6º Serão estendidos os efeitos do acordo de leniência aos dirigentes e administradores da empresa habilitada, envolvidos na infração, desde que firmem o respectivo instrumento em conjunto com a empresa, respeitadas as condições impostas nos incisos II a IV do § 2º deste artigo. § 7º A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de investigação ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a SDE, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual não tenha qualquer conhecimento prévio a Secretaria. § 8º Na hipótese do parágrafo anterior, o infrator se beneficiará da redução de um terço da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4º deste artigo em relação à nova infração denunciada. § 9º Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo. § 10. Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada pelo Secretário da SDE, da qual não se fará qualquer divulgação. § 11. A aplicação do disposto neste artigo observará a regulamentação a ser editada pelo Ministro de Estado da Justiça."

BOLETIM DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA ISSN Nº 1519-3802

O código ISSN (International Standard Serial Number) é um número que identifica o título de uma publicação seriada, tornando-o único e definitivo. Possibilita um método eficaz e simples na identificação rápida da publicação, organização de acervos, serviço de indexação e resumos, serviços de aquisição bibliográfica etc.

LIMITES DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR DANOS DECORRENTES DE REGULAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA

Olindo Menezes

Desembargador Federal - TRF 1a Região

O estatuto da ordem econômica, no Brasil, tem suporte constitucional (constituição econômica), tendência que data da Carta de 1937 e que tem seqüência na ordem constitucional de 1988, que adota como diretrizes precípua a valorização do trabalho e a livre iniciativa, expressas nos princípios da soberania nacional, da propriedade privada, da função social de propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor e do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais, da busca do pleno emprego e do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede e administração no território nacional (art. 170).

Optou o constituinte, portanto, pelo sistema capitalista de produção, deferido em regra aos particulares, aos quais é assegurado o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Sem embargo disso, o Estado é o guardião do sistema, na medida em que lhe incumbe assegurar a livre concorrência, reprimindo o abuso do poder econômico, oriundo da acumulação de riqueza e de tecnologia, e o aumento arbitrário dos lucros.

É da essência da atividade econômica capitalista, como seu postulado supremo, a busca do lucro para a reprodução dos capitais empregados, mas a norma constitucional, realisticamente ou não, estabelece que ele não pode ter um aumento arbitrário (art. 173, § 4º). Também a obtenção do lucro (não necessariamente a mais-valia, como advogam alguns) deve ter uma perspectiva social.

O Estado é o agente normativo e regulador da atividade econômica, devendo, por via de consequência, exercer, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento - "a forma de ação estatal, caracterizada pela previsão de comportamentos econômicos e sociais, pela formulação explícita de objetivos e pela definição de meios de ação coordenadamente dispostos, mediante a qual se procura ordenar, sob o ângulo macroeconômico, o processo econômico, para funcionamento da ordem social, em condições de mercado" -, que é vinculativo para o setor público e indicativo para o setor privado (art. 174, caput).

A "atuação do Estado, assim, não é nada mais nada menos do que uma tentativa de pôr ordem na vida

econômica e social, de arrumar a desordem que provinha do liberalismo." No mundo moderno, aliás, o homem é muito dependente do Estado, não somente pela expansão dos serviços públicos, como também porque o Estado é garante da ordem jurídica.

A Constituição de 1988, apesar desses preceitos autorizadores da regulação estatal, adotou como regra a democracia econômica, pela qual vige a regra da livre iniciativa das forças produtivas, intervindo o Estado no mundo econômico apenas em caráter excepcional. A regra de ouro é a livre iniciativa (art. 1º IV), somente podendo atuar o Estado na exploração da atividade econômica quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou do relevante interesse coletivo (art. 173, caput).

O constituinte de 1988 tomou posição diametralmente oposta ao do constituinte de 1967, EC nº 1/69, que adotou como regra a intervenção do domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional - o que, neste particular, também consta da Carta atual - ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais (art. 163).

Sua intervenção, assim, pode ocorrer na vida econômica ou sobre a vida econômica, segundo a lição de Eros Roberto Grau. Atua na atividade econômica quando, em caráter excepcional - dentro dos mencionados princípios da segurança nacional e relevante interesse coletivo -, age como agente econômico, como uma empresa que explora uma determinada atividade, em regime de monopólio (intervenção por absorção), ou concorrendo com outros agentes da iniciativa privada (intervenção por participação).

A intervenção sobre a atividade econômica ocorre quando, na forma da lei, atua como agente normativo e regulador, expedindo atos normativos diretivos, ou indutivos, aqueles estabelecendo coativamente comportamentos dos agentes econômicos; estes para fomentar determinados comportamentos que interessam aos objetivos econômicos do poder público.

As instituições interventivas, postas em caráter taxativo - ao contrário do que acontecia na ordem constitucional de 1967 (EC nº 1/69), onde a intervenção na vida econômica era facultada em regra, a depender de

lei federal - segundo o magistério de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, podem ser classificadas em quatro modalidades: regulatória, concorrencial, monopolista e sancionatória.

Dá-se a intervenção regulatória (ordenação coativa dos processos econômicos - art. 174 da Constituição), quando o Estado regula os investimentos de capital estrangeiro, incentivando os reinvestimentos e regulando a remessa de lucros, com base no interesse nacional (art. 172); quando ordena o transporte aéreo, aquático e terrestre (art. 178, parágrafo único); quando restringe a propriedade da empresa jornalística e de radiodifusão sonora ou de sons e imagens a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos (art. 222); quando restringe a participação de pessoa jurídica no capital social de empresa jornalística ou de radiodifusão, exceto a partidos políticos ou a sociedade cujo capital pertença exclusivamente a brasileiros (art. 222, § 1º); quando regula a venda e a revenda de combustíveis de petróleo, álcool carburante e outros combustíveis derivados de matérias-primas não renováveis (art. 238); e quando regula a produção e o comércio de material bélico, para torná-la dependente da autorização e de fiscalização da União (art. 21, VI).

Cuida-se de normas diretivas que obrigam, que coagem os agentes da atividade econômica a certos comportamentos, sob pena de sanções, tidos como valiosos para as opções de política econômica do Estado, como o equilíbrio entre a expansão e a contração do mercado, a oportunidade para a pequena empresa, o reforço do direito dos trabalhadores, a abertura de mercados, o favorecimento da concorrência, etc.

Dá-se a intervenção concorrencial, também em caráter de exceção, quando o Estado, suplementando a iniciativa privada, atua no mundo econômico em nome da segurança nacional e do interesse coletivo, em atividades definidas em lei (art. 173). Aqui a atuação se dá por meio de empresas públicas e sociedades de economia mista, em igualdade de condições com as demais empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias (art. 173, § 1º, Inciso II), não podendo elas gozar de privilégios fiscais não extensivos às empresas privadas (§ 2º).

A intervenção monopolística, a mais drástica, pois afasta completamente a iniciativa privada do setor entregue à atuação do poder público, como nos casos do serviço postal e do correio aéreo nacional (art. 21, X); das telecomunicações em geral (art. 21, XI); da pesquisa e lavra de jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarburetos fluidos; da refinação de petróleo nacional ou estrangeiro; do transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no país, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; e a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de materiais nucleares e seus deriva-

dos (art. 177).

Quando a intervenção tem por objeto a prestação de serviços públicos e de atividades monopolizadas ("Ressalvados os casos previstos nesta Constituição..." - art. 170), tem-se entendido que as empresas estatais integram o conceito de fazenda pública, não estando sujeitas à disciplina do § 1º do art. 173, próprio das que atuam na atividade econômica em sentido estrito.

Nessa linha vem de decidir o Supremo Tribunal Federal, a respeito Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, que, por não dedicar-se à atividade econômica em sentido próprio, mas à prestação de serviço público em monopólio, integra o conceito de fazenda pública (autárquica), não está sujeita ao regime jurídico próprio das empresas privadas, tendo os seus bens impenhoráveis.

Por fim, a intervenção sancionatória, em que o Estado, como regulador da atividade econômica, sanciona os abusos do poder econômico, tendo como norte a função social da propriedade (a propriedade obriga), com o objetivo de evitar a dominação dos mercados - através de trustes, oligopólios e cartéis -, de estimular a concorrência e de evitar o aumento arbitrário de lucros (art. 173, § 4º).

Todas essas formas de regulação podem causar prejuízos econômicos aos agentes nelas diretamente envolvidos e mesmo aos administrados de forma geral, levando à fixação da responsabilidade civil do Estado: pagamento de condenação em dinheiro. Segundo o princípio geral civilista, "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano" (art. 159 - Cód. Civil).

Já constitui um truísmo afirmar que a consciência jurídica universal de há muito superou a concepção inglesa feudal e absolutista de que o Estado (o rei), como fonte do direito, é infalível ("The king can do no wrong"), não podendo ser chamado a reparar danos patrimoniais causados pelos seus agentes.

A influência do liberalismo econômico assemelhou o Estado ao indivíduo para que pudesse ser responsabilizado pelo atos culposos dos seus agentes, ao que se sucedeu a responsabilidade especial de direito público.

Superado o dogma da irresponsabilidade do Estado, seguiu-se a teoria civilista da responsabilidade, baseada na culpa (art. 15 - Cód. Civil), sobretudo quanto aos atos de gestão, pelo viés da culpa in vigilando e da culpa in eligendo (art. 1.521 - idem), que, todavia, não se revelou suficiente para a solução dos modernos problemas da responsabilidade estatal, já em face da impossibilidade de traçar-se uma linha divisória segura entre os atos de gestão e os atos de império, pois em ambos está o Estado, como também porque o danos podem igualmente ocorrer a partir de atos lícitos.

Seguiu-se a teoria publicística da culpa, inicialmente pela vertente da culpa administrativa, baseada na idéia da "culpa do serviço", em termos de inexistência,

mau funcionamento ou retardamento - independentemente de culpa subjetiva do agente -, a ser provada pela parte interessada na indenização; e, depois, a teoria do risco administrativo.

"Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do Erário, representado pela Fazenda Pública. O risco e a solidariedade social são, pois, os suportes desta doutrina, que por sua objetividade e partilha de encargos, conduz à mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual tem merecido o acolhimento dos Estados modernos, inclusive o Brasil, que a consagrou pela primeira vez no art. 194 da CF de 1946".

Aqui não se exige da vítima a demonstração da falta dos serviços, mas apenas da relação de causalidade entre o dano sofrido e a ação ou omissão do Estado, que, todavia, pode demonstrar a culpa da vítima, para excluir ou para reduzir (culpa parcial da vítima) a sua responsabilidade.

É dominante na atualidade, portanto, na dinâmica da responsabilidade civil do Estado, a teoria do risco administrativo, que conduz à responsabilidade objetiva (independe de demonstração da existência de dolo ou culpa do agente estatal), nos termos delineados no § 6º do art. 37 da Constituição, *ipsis verbis*: "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que os seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."

Conquanto os danos possam ocorrer em todas as formas de intervenção, eles são mais frequentes nos domínios da intervenção regulatória da economia. Na execução de normas desse tipo, diretivas ou indutivas, mas com carga coativa, o Estado pode não cumprir o planejado, fazê-lo em desconformidade, como pode também, ao editá-las, inobservar as exceções traçadas na Constituição, fazendo uma injustificada escolha da opção econômica objeto de regulação e, por consequência, maltratando o princípio da igualdade (situações desiguais tratadas desigualmente) e causando danos aos agentes econômicos, que igualmente podem advir da administração de cada norma reguladora.

A limitação do lucro, como opção de política econômica, por exemplo, que pode ser praticada através de tabelamento ou regulamentação de preços, inclusive em defesa do consumidor (art. 170, V), não pode ser predatória, de modo a impedir a recuperação dos custos (venda de produtos por preço inferior ao da produção) e a obtenção de uma margem razoável de lucro, em ofensa ao princípio da lucratividade, que é a alma do capitalismo.

Não é dado ao Estado que optou pelo modelo capitalista de produção, com a edição de normas

regulatórias, levar impunemente os agentes econômicos ao prejuízo. "Se o regime é de livre iniciativa não se pode impor um preço inferior ao custo da produção ou sem margem de lucro, porque isto, sem dúvida contraria a índole ideológica do regime e representaria um verdadeiro confisco de bens particulares a pretexto de interesse coletivo."

É muito importante, todavia, seja como preceito de direito, seja como prevenção de uma tendência leniente na apreciação do nexo de causalidade, especialmente por julgadores que vêem no Estado um inimigo, que na apuração dos prejuízos se faça a distinção (razoável, quando não puder ser perfeita) entre os danos que advêm diretamente da intervenção estatal e os que, não raro, advêm dos riscos normais da atividade ou da gestão ruínoza ou pouco eficiente de alguns gestores privados, que, acostumados com as benesses estatais (subsídios, financiamentos "amigos", perdão de dívidas), ainda não aprenderam a andar com as suas próprias pernas.

Os danos podem advir também do descumprimento de normas indutivas decorrentes do planejamento estatal, pela sua alteração intempestiva, depois de terem levado os agentes econômicos a agir de certa forma, em ofensa ao princípio do direito adquirido; ou pelo descumprimento, pelo Estado, da parte que lhe toca, em investimentos de infra-estrutura; na manutenção de uma política de preços mínimos que incentivou a produção de certos produtos, especialmente rurais; na firmeza de uma política de crédito; aquisição de produtos agrícolas para estoque de entressafra etc.

O Estado pode naturalmente alterar seus planos institucionais de política econômica, não podendo o agente privado invocar direito adquirido à sua manutenção, mas não o pode, sem arcar com os danos causados, quando, pela sua firmeza, precisão, concretude e exequibilidade (promessas governamentais), o planejamento leva o particular a fazer investimentos que se convertem em prejuízos pela mudança de rumo na atuação estatal.

Independentemente de cuidar-se de um dano causado pela atuação estatal, mesmo lícita, pode operar ainda, em prol da indenizabilidade, em tais situações, a noção de culpa in contrahendo, em função da quebra dos deveres de confiança e lealdade decorrentes do princípio da boa-fé, ao qual também se submete o Estado, tanto mais que a responsabilidade objetiva não distingue entre atos lícitos e atos ilícitos do agente estatal.

A situação fica mais nítida nos casos de "administração concertada", quando o particular e o Estado assumem compromissos bilaterais de atuação econômica em certa linha, depois quebrados por este, pois "...os comportamentos estatais, mais que os de qualquer outro sujeito, hão de presumir-se sérios, verazes e legítimos. Terão de ser responsáveis e estritamente esforçados no princípio da boa fé e da lealdade nas relações jurídicas. Além disso, mais do que qualquer outro, o Estado deve empenhar-se no rigoroso cumprimento da ordem jurídica, mostrando-se deferente em obedecer ao

Direito e em cumprir todas as suas estatuições."

No que se relaciona com os limites da responsabilidade do Estado - título do trabalho -, eles decorrem intrinsecamente do próprio sistema que concebe a responsabilidade, contrastado com eventuais omissões ou excessos da atuação do Estado, reguladora ou sancionatória, em ordem a causar danos às empresas concessionárias e aos usuários.

Constituem limites extrínsecos, por outro lado, a apuração objetiva do nexo de causalidade, a demonstração do direito adquirido, da quebra do princípio da igualdade, do princípio da lucratividade e do princípio da boa-fé, fatores probatórios que naturalmente delimitam a concepção do dano, para não falar na existência de culpa da vítima, em face da teoria do risco administrativo, como fator excludente ou redutor da responsabilidade.

Ademais, doutrina autorizada preconiza a observância dos caracteres da especialidade e da anormalidade como ornamentos do pedido indenizatório em decorrência de comportamentos estatais lícitos e indispensáveis, do que constitui exemplo a edição de lei reguladora da atividade econômica.

Somente o dano dessa natureza - especial e anormal - merece indenização: especial, quando atinge um particular ou particulares, não cabendo indenização se os prejuízos atingirem a esfera de atividade de todos os indivíduos, hipótese em que devem ser considerados como encargos sociais, compensados pelas vantagens proporcionadas pela máquina estatal; anormal, porque não deve o dano ter gênese nos riscos comuns da vida social ou, no caso, da atividade empresarial.

Embora a doutrina venha admitindo a responsabilidade civil por atos legislativos, especialmente de efeitos concretos (lei apenas formal), ela somente se perfaz, ou pode perfazer-se, quando o dano, devidamente identificado, não é suportado por toda a coletividade, mas apenas por um ou alguns administrados, como um dano especial e anormal (repita-se), a recair sobre determinadas pessoas, em detrimento do princípio da igualdade na distribuição dos encargos públicos.

Resenhados, na minha visão, os limites da responsabilidade, finalizo comentando o caso concreto e momentoso das várias ações indenizatórias ajuizadas contra a União (sucessora ex lege do IAA) por empresas do setor sucro-alcooleiro, alegando que, laborando num setor fortemente submetido à regulação estatal, quanto à composição dos preços do açúcar e do álcool, tiveram que vender a sua produção, em determinados períodos, por preços inferiores aos calculados pela Fundação Getúlio Vargas, que, contratada pelo então Instituto do Açúcar e do Alcool, fazia os levantamentos técnicos.

O fundamento brandido - de que, em afronta ao princípio da lucratividade, foram obrigadas a vender seus produtos por preços inferiores aos de mercado e, muitas, vezes, inferiores aos custos, com vultosos prejuízos - é impressionante, mas sem base legal aceitável, com a devida vênua da maioria que pensa em contrário. (As

ações vêm obtendo sucesso na primeira e na segunda instância da Justiça Federal.)

Quando a Lei nº 4.870, de 1965, menciona o levantamento dos custos de produção agrícola e industrial, no triênio anterior, não o faz de forma vinculativa para a subsequente fixação dos preços dos produtos pelo IAA, tendo o levantamento apenas a finalidade de subsidiar a mensuração do custo médio nacional e regional ponderados, com vistas à fixação dos preços, inclusive e sempre que possível com índices mínimos de produtividade e outras técnicas complementares, como está expresso na lei.

A função do IAA, portanto, não era apenas burocrática - homologatória dos levantamentos da Fundação Getúlio Vargas -, mas de sentido regulatório dos preços do açúcar e do álcool, levando em conta, entre outros critérios - pesquisas contáveis, índices mínimos de produtividade e técnicas complementares -, o levantamento de custos daquela Fundação.

Na minha ótica, portanto, o exame da alegada violação do princípio da lucratividade, em verdade inócua, imporia limite obstativo aos pleitos indenizatórios.

- Eros Roberto Grau, apud José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, Revista dos Tribunais, 5ª Edição, p. 676.

- Cf. José Afonso da Silva, obra citada, p. 656.

- Cf. Elementos de Direito Econômico, pp. 63 e seguintes.

- Cf. Fernando Facury Scaff, Responsabilidade do Estado por Intervenção no Domínio Econômico, Cadernos de Direito Econômico e Empresarial - RPD - 87, p. 230.

- Curso de Direito Administrativo, Editora Forense, 11ª Edição, 1999, pp. 365 - 376.

- As classificações, como instrumentos didáticos para o aprendizado sistematizado de um tema, nunca são perfeitas, a ponto de não deixar de fora algum resíduo.

- Cf. Recurso Extraordinário nº 220.907-5/ Rondônia, Rel. Ministro Carlos Velloso - DJ 31/08/2001.

- Na França, a concepção de que o Estado não erra, não podendo, consequentemente, ser chamado a indenizar, foi apelidada de Tese Feudal.

- Cf. Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, Revista dos Tribunais, 14ª Edição, p. 549.

- Cf. Humberto Theodoro Júnior, Intervenção no Domínio Econômico e Responsabilidade Civil do Estado (parecer) -COAD - Centro de Estudos Superiores - Seleções Jurídicas - 1988 (maio).

- Cf. Hely Lopes Meirelles, obra citada, pp. 550-551.

- Cf. Fernando Facury Scaff - obra citada.

- Humberto Theodoro Júnior - obra citada, item 40.

- Um dos três juris praecepta, segundo as Institutas, é "dar a cada um o que for dele" (suum cuique tribuere) - Cf. Livro Primeiro, Título I, nº 3.

- A demonstração do nexo de causalidade está, muitas vezes, ligada diretamente ao montante dos prejuízos alegados, exigindo muito critério do julgador, para não condenar o poder público, que em princípio não quebra, mais por questão de justiça ideológica (ver o Estado como um gigante e o indivíduo como um pigmeu, que deve ser protegido) e menos por questão de demonstração técnica da causa do dano.

- Cf. Fernando Facury Scaff - obra citada: "Normas indutivas e o princípio do direito adquirido."

- Cf. Almiro do Couto e Silva, RESPONSABILIDADE DO ESTADO E PROBLEMAS JURÍDICOS RESULTANTES DE PLANEJAMENTO - Revista de Direito Público, nº 62, p. 34.

- Culpa de quem impede a formação de um contrato ajustado, ou enseja a formação de um contrato nulo ou anulável.

- Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello - Responsabilidade do Estado - Intervencionismo Econômico - Administração "Concertada" - Revista de Direito Público 81 (Pareceres), p. 110.

- Cf. Manoel Ribeiro, Direito Administrativo, Editora Itapoã Ltda., 1964, p. 187.

- O ato tem a forma de lei, mas o seu conteúdo é de ato administrativo, porque não ostenta o atributo da generalidade.

PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO COMBATE AOS CARTÉIS

Francisco Ribeiro Todorov

Master of Laws pela Columbia University em Nova Iorque.

Professor de Direito da Concorrência do Curso de Pós-Graduação em Direito da Economia

e da Empresa da Fundação Getúlio Vargas.

Advogado do escritório Trench, Rossi e Watanabe em Brasília.

CONCEITO DE CARTEL E SEUS EFEITOS

O cartel é a mais conhecida forma de restrição à concorrência, e também aquela em que o prejuízo é mais evidente. Isto porque o objetivo desta prática é eliminar diretamente os efeitos que o regime concorrencial traz ao mercado - menores preços e melhor qualidade de produtos e serviços. O cartel pode ser definido como o acordo entre concorrentes com o objetivo de aumentar preços, reduzir a produção (para aumentar preços), dividir mercados entre concorrentes, fixar quotas de vendas entre concorrentes, reduzir níveis de inovações tecnológicas em produtos, ou reduzir a qualidade de bens e serviços. Estas condutas dificilmente podem trazer algum benefício à sociedade, razão pela qual destaca-se a elas tratamento diferenciado e mais rigoroso do que às demais práticas comerciais.

Por seus efeitos prejudiciais diretos à concorrência e ao bem estar do consumidor, a percepção do cartel como sendo conduta indesejada é mesmo uma unanimidade entre os estudiosos de política antitruste no mundo inteiro, em uma área em que tudo mais é absolutamente discutido e questionado. Dos mais intervencionistas aos mais radicais defensores do liberalismo econômico, a posição, ao menos neste ponto, será a mesma - um acordo entre concorrentes cujo único objetivo seja a fixação de preços em comum será prejudicial à sociedade. Robert Bork, um dos ícones da Escola de Chicago, e um dos grandes críticos de uma política antitruste intervencionista, em sua obra clássica e controversa, *the Antitrust Paradox*, na qual defende uma aplicação da política antitruste atrelada a conceitos de eficiência econômica, afirma que acordos entre concorrentes cujo objetivo seja simplesmente eliminar a concorrência por meio de fixação de preços (as *naked restraints*) devem ser considerados como sempre ilícitos (como acontece nos EUA).

E isto porque, independentemente de qual seja o objetivo da política antitruste - defesa da concorrência em si; defesa do bem estar do consumidor; ou promoção da eficiência - tais acordos serão considerados pre-

judiciais - a fixação horizontal de preços elimina a concorrência, reduz o bem estar do consumidor (em decorrência do aumento de preços), e é contrário à eficiência (pois reduz a produção total no mercado e aloca recursos de forma ineficiente).

ILEGALIDADE PER SE, REGRA DA RAZÃO E A DEFESA POSSÍVEL DO CARTEL

Por esta clara percepção de ilicitude da prática de cartel ela é considerada ilegal per se nos Estados Unidos - o que significa dizer que não é possível defender a adoção da prática como sendo uma decisão comercial razoável e justificada por parte dos concorrentes. Normalmente, é possível defender a adoção de determinada prática comercial, mesmo que prejudicial à concorrência, desde que os benefícios à sociedade compensem tais prejuízos - é o que se entende por regra da razão. Nos Estados Unidos isto não é possível nos casos de cartel. No Brasil não existe a adoção da regra da ilegalidade per se.

O cartel é previsto como infração em dois diplomas legais - Na Lei n. 8.884/94, de defesa da concorrência, e na Lei n. 8.137/90, sobre crimes contra a ordem econômica. Em ambos os casos é necessário demonstrar, ao menos, a existência de poder de mercado dos agentes envolvidos no acordo. Isto porque, sem poder de mercado - que é a capacidade de influenciar, unilateralmente ou coordenadamente, preços e quantidades produzidas em determinado mercado - não é possível restringir a concorrência, tornando a infração e o crime impossíveis. Além disso, no ilícito criminal também é possível alegar excludentes de, por exemplo, estado necessidade (os chamados "cartéis de crise", muito embora seja difícil achar um caso concreto para se enquadrar na hipótese).

O anteprojeto de lei que propõe alterações na lei de defesa da concorrência restringe expressamente a possibilidade de apresentação de defesa de razoabilidade e eficiência das condutas de cartel. Entretanto, ainda assim entendo que seria necessária a demonstração de

poder de mercado, visto que condutas que não podem sequer teoricamente prejudicar a concorrência não podem ser consideradas ilícitas. A discussão sobre a conveniência de se restringir a aceitação de argumentos de defesa em prática de cartel é certamente muito interessante, mas foge aos nossos objetivos de hoje.

CARTEL EM MERCADOS LIVRES E REGULADOS

Definida a importância do combate aos cartéis, resta saber qual é o alcance no Brasil das normas de defesa da concorrência - se elas se estendem também aos mercados regulados. Com efeito, há vários regimes legais diferentes nas mais diversas atividades econômicas - desde aquelas sujeitas às regras de mercado, àquelas cujos preços são controlados e até mesmo fixados pelo Estado. A resposta é simples - cartéis podem existir em todos os tipos de mercado, independentemente de sua normatização, sempre que houver, dentro do universo desta regulação, algum espaço para a operação das forças de mercado. E mais, a repressão aos cartéis deve se estender também a todas essas atividades em que tais forças possam, mesmo que de forma limitada, operar.

Cabe notar que a concorrência não se dá apenas em preço. Há mercados em que o principal fator da concorrência é a qualidade do bem ou do serviço, a qualidade do atendimento no momento da compra, a prestação de serviços pós-venda (assistência técnica, peças de reposição). Por exemplo - em um mercado em que o preço seja rigidamente fixado pelo Estado, é possível ainda haver cartéis cujo objetivo seja reduzir o nível de inovações tecnológicas dos produtos. Há neste caso uma redução em um dos aspectos da concorrência - a busca por produtos de melhor qualidade. E esta possibilidade justifica a repressão antitruste - e eu não vejo porque a lei de defesa da concorrência não seria aplicável. Outros mercados podem ter preços máximos fixados pelo Estado, sendo que, nestes casos, haveria a possibilidade de cobrança de preços menores. Por mais diversas circunstâncias, as forças de mercado podem levar a uma redução de preços para um valor menor do que o máximo fixado pelo Estado. Nestes casos, tais concorrentes poderiam vir a firmar acordos para elevar os preços de volta ao patamar máximo. Não há dúvidas da existência de um cartel, e, mais uma vez, entendo que seria devida a aplicação das normas de repressão a tais práticas. Nestas hipóteses, parece-me que a lei de defesa da concorrência opera no espaço não regulado do mercado - seria uma atuação residual.

Situação diversa me parece ser aquela em que a própria conduta concertada é imposta ou induzida pela ação estatal. Por exemplo, há alguns anos atrás era comum que o Estado organizasse reuniões com empresas de determinado setor para discutir aumentos de preços,

com vistas ao controle da inflação. Nestes casos, parece-me que a tais empresas jamais poderia ser imputada a prática de qualquer ilícito concorrencial, visto que a discussão entre concorrentes sobre preço tinha sido induzida pelo próprio Estado. Isto independentemente do fato de ser ou não a política Estatal lícita - haveria, de qualquer forma, a presunção de legitimidade da conduta, e a empresa estaria agindo com a crença de ser a prática lícita.

E, note-se, a caracterização do ilícito concorrencial independe de saber que órgão estatal deverá ser encarregado da repressão - seja ele o CADE, o Ministério Público e o Judiciário, o Banco Central (no caso de instituições financeiras) ou eventuais agências reguladoras, ou se mais de um deles. É óbvio que a definição clara da competência é essencial. Mas a discussão sobre quem deve aplicar a lei não deve se sobrepor ao fato de que a lei deve ser aplicada.

FORMAS DE REPRESSÃO AOS CARTÉIS

Há várias formas diferentes de políticas de repressão a infrações à concorrência, e, mais especificamente, aos cartéis. Estes, assim como aquelas em geral, podem ser punidos: civilmente, administrativamente, ou criminalmente. A "repressão" civil - conduzida diretamente pelos agentes econômicos, ocorre meio de ações de indenização de concorrentes ou consumidores prejudicados pela infração. A repressão administrativa se dá por meio de órgão especializado, encarregado de aplicação de punições de caráter administrativo. Por fim, a repressão criminal, obviamente, ocorre por meio do órgão estatal encarregado da promoção da ação penal, perante o Poder Judiciário. Cada forma de repressão tem suas características próprias.

A repressão de caráter civil, promovida por agentes privados, é uma das formas mais marcantes no direito antitruste norte-americano. E isto em decorrência do Artigo 4º do Clayton Act, uma das duas normas mais importantes da política antitruste americana, ao lado do lendário Sherman Act. Referido artigo estabelece que qualquer pessoa que seja prejudicada por conduta anticoncorrencial de terceiro poderá ingressar em juízo solicitando reparação no equivalente ao triplo do dano sofrido (treble damages). O objetivo desta norma é claro - pulverizar o número de agentes de repressão à infração econômica. Os treble damages vêm neste contexto - é preciso incentivar que os agentes privados incorram em todos os custos e incertezas envolvidos na promoção de uma ação de natureza antitruste. A reparação simples dos danos provavelmente não seria suficiente para incentivar tais iniciativas. Esta é a figura do private attorney general, responsável por grande parte das discussões de natureza concorrencial

nos tribunais americanos, que geraram a mais sólida jurisprudência sobre direito antitruste no mundo.

Entretanto, a eficácia do private attorney general tende a ser maior em discussões que não as de cartel. Nos casos em que a conduta em si não é controversa, mas apenas seus impactos sobre a concorrência, mais fácil é a promoção de ações privadas. Em casos de cartel, em que as evidências do acordo não são de fácil obtenção, normalmente faz-se necessário dispor de instrumentos de investigação que tendem a ser próprios de órgãos de Estado.

Outra forma de repressão é por meio de órgão estatal administrativo - as agências de defesa da concorrência. Este modelo é adotado na Comunidade Européia e também no Brasil. Nos Estados Unidos a Federal Trade Commission, agência administrativa independente, também exerce o papel de defesa da concorrência, mas não em casos de cartel. A idéia por trás deste modelo é a de que as questões concorrenciais são extremamente complexas, sendo que, então, seria necessário criar um órgão especializado, e ágil, para cuidar da repressão a tais condutas. A estes órgãos cabe reprimir a adoção de condutas anticoncorrenciais.

É o caso do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, que, por força de lei, é composto por conselheiros com notório saber jurídico ou econômico, que são os ramos do conhecimento necessários à correta defesa da concorrência. Esta dualidade de experiências e conhecimentos tem por objetivo dar ao órgão o conhecimento técnico específico exigido. A grande dificuldade deste modelo é a excessiva concentração dos agentes de repressão. No Brasil, a instrução dos processos administrativos a serem julgados pelo CADE cabe à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, que, infelizmente, não dispõe dos recursos materiais e humanos necessários para promover a defesa da concorrência em todo o Brasil.

A terceira forma de repressão é a criminal, a cargo do órgão constitucionalmente encarregado da promoção da ação penal - o ministério público. É certo que a repressão criminal não é a mais indicada para a grande maioria de discussões de natureza concorrenciais, nas quais as condutas comerciais dos agentes tanto podem prejudicar a concorrência, como podem beneficiá-la, dependendo das circunstâncias específicas. Mas este não é o caso dos cartéis clássicos (que visam apenas à fixação de preços), que, como visto, dificilmente podem ser considerados como benéficos à sociedade.

As vantagens da repressão criminal de tais condutas são muitas. Em primeiro lugar, pela multiplicação dos agentes repressores. Os crimes em geral são investigados pela polícia e sua repressão é promovida pelo Ministério Público. E a polícia e o ministério público estão em todo o País, e tem muito mais condições de detectar as infrações ocorridas em seus estados e cida-

des do que um órgão central localizado em Brasília.

Além disso, os instrumentos de investigação disponíveis em casos criminais são bastante abrangentes. Além da possibilidade de determinação de busca e apreensão (com mandado judicial), a instrução criminal conta com outro aliado não disponível a qualquer outro agente (privado ou público) de investigação - a possibilidade de realização de escutas telefônicas, desde que haja autorização judicial. Conforme mandamento constitucional, a escuta telefônica só é disponível para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. E isto é especialmente importante em se tratando de um crime de difícil prova - normalmente não há documentos ou claras evidências da prática, mas os agentes podem, e costumam, se comunicar por telefone para acertar as condutas criminosas. Significativo é o caso da investigação criminal conduzida pelo Ministério Público de Santa Catarina contra alegado cartel de combustíveis em determinadas cidades do Estado. Um dos principais instrumentos de obtenção de provas foi a escuta telefônica, que teria demonstrado o acerto de aumento de preços entre os concorrentes. Este aliado somente o Ministério Público tem.

Por fim, a repressão criminal conta com um outro fator importante de repressão - a prisão. É certo dizer que para o criminoso de colarinho branco a possibilidade de prisão é aterrorizadora, e pode funcionar como um importante fator de prevenção. Nos Estados Unidos, onde a repressão a cartéis tem caráter criminal, o Departamento de Justiça entende que a possibilidade de prisão de executivos é um elemento essencial na repressão. Mesmo nos casos em que há acordos com as empresas investigadas para o término do processo, é comum a exigência de que determinados executivos passem efetivamente algum tempo em prisões federais americanas. Já houve casos, inclusive, de empresários estrangeiros irem para os Estados Unidos cumprir pena de prisão em razão de acordo para conclusão de processo movido em face de empresas e de seus executivos.

A ADOÇÃO DE FORMAS DE REPRESSÃO - CONSTITUCIONALIDADE E EFICÁCIA

A opção pela adoção de uma ou mais das formas de repressão, e as características das formas adotadas, deve ser feita sob o ponto de vista da eficácia de cada uma delas para a consecução dos objetivos pretendidos. Ou seja, deve-se verificar qual é a meta a ser alcançada com a política antitruste, para então decidir-se pelos melhores meios para atingi-la. Entendo que não deveríamos nos preocupar tanto com o fato de determinada forma de repressão ser ou não "tradicional" em nosso sistema. A questão é saber se a forma de repressão será eficaz - e, aí, obviamente, restaria saber se a falta de tradição reduziria a esta eficácia.

Desta forma, parece-me interessante a discussão sobre a adoção dos treble damages em ações de indenização no Brasil, o que estaria sendo previsto no anteprojeto de alterações à lei de concorrência. A pergunta deve ser - a adoção dos treble damages violaria a Constituição Federal? Esta é uma questão bastante complexa, por envolver considerações sobre razoabilidade e proporcionalidade daquilo que seria uma "pena privada". Em considerando-se como constitucional, perguntar-se-ia: Será eficiente no combate às infrações à concorrência e aos cartéis (neste caso, a falta de "tradição" poderia ser considerada como redutora da eficácia)? Em caso positivo, por que não adotá-la?

As mesmas considerações são também cabíveis em relação à adoção do programa de leniência, que é um dos principais instrumentos de repressão a cartéis nos Estados Unidos. Entretanto, considerando que haverá um painel especificamente sobre este tema, deixo de tecer considerações adicionais sobre o programa, já que os palestrantes amanhã certamente o farão com maior propriedade.

De qualquer forma, cabe lembrar que a própria defesa da concorrência foi importada dos direitos norte-americano e europeu, e, por isso, seria também "não-tradicional" no nosso sistema.

O Brasil adota todas as formas de repressão - civil, administrativa e criminal. Cabe ao CADE julgar as infrações de caráter administrativo previstas na Lei n. 8.884/94, enquanto que cabe ao ministério público reprimir a prática de crimes contra a ordem econômica, incluindo especialmente o cartel, condutas de eliminação de concorrentes, preços predatórios e vendas casadas. E também é facultado ao particular, como não poderia deixar de ser, buscar reparação em juízo contra danos causados a ele em razão de tais infrações (agora com a discussão sobre a inclusão dos treble damages). Infelizmente, isto não quer dizer que o grau de repressão a tais infrações, e mais especificamente aos cartéis, seja satisfatório. E isto, parece-me, por algumas razões:

Em primeiro lugar, há uma percepção disseminada de que a repressão antitruste cabe primordialmente ao CADE e à SDE. Seriam esses os órgãos encarregados de defender a concorrência no País, então a eles devem ser encaminhadas quaisquer reclamações ou

denúncias sobre práticas infrativas. Entretanto, como visto, é humanamente impossível que um órgão apenas, localizado em Brasília, e com escassos recursos, possa defender a concorrência no Brasil.

Na realidade, a SDE e o CADE são apenas duas das peças no modelo legal criado de repressão.

Há ainda outro mito que reforça tal resultado de concentração de expectativas na SDE e no CADE - o de que as questões concorrenciais são muito complexas, e, por isso, devem ser cuidadas por especialistas, que, mais uma vez, estão no CADE e da SDE. De fato, muitas questões concorrenciais são complexas, e envolvem discussões econômicas controvertidas. Mas este não é o caso especificamente da prática de cartel. A compreensão da conduta, e a busca de provas, certamente não é mais complexa do que investigações de lavagem de dinheiro, desvio de recursos públicos, e de outras infrações que hoje são investigadas pelo Ministério Público e julgadas pelo Judiciário. O mito da complexidade não se aplica na punição aos cartéis.

Desta forma, faz-se necessário descentralizar a repressão aos cartéis, com um maior envolvimento do Ministério Público. Eventual falta de conhecimento da área pode ser resolvida, por exemplo, com programas de treinamento e de cooperação mais efetivos com a SDE e o CADE, ou com órgãos estrangeiros, como o Departamento de Justiça norte-americano; com a criação de câmaras especiais no Ministério Público para repressão do ilícito concorrenciais - tal como ocorre nos Estados Unidos; por meio de realização de eventos como esse; e, também, com a própria prática de investigação e punição de determinadas condutas. O antitruste nos Estados Unidos foi formado com a aplicação prática do Sherman Act, desde 1890 até hoje. A maioria dos presentes, como eu, certamente não teve a oportunidade de estudar a defesa da concorrência na faculdade de direito, muito embora o Brasil tenha uma legislação a respeito desde 1962. Entretanto, é possível verificar que hoje o direito econômico, e, mais especificamente, o direito à concorrência, começam a ser lecionados em um número maior de faculdades, que é onde deve começar a disseminação dessa cultura. O Ministério Público pode, e deve, ter um papel central neste processo de disseminação. Sem esta atuação, a livre concorrência no Brasil não estará efetivamente protegida.

"AÇÃO POPULAR. LEILÃO DE PRIVATIZAÇÃO. RESTITUIÇÃO DO VALOR DO FINANCIAMENTO EFETUADO PELO BNDES. IMPROVIMENTO DO AGRAVO"

Maria Iraneide O. Santoro Facchini
PRR/3ª Região

Jacqueline Barbosa
Assessora Jurídica na PRR/3ª Região

AGRAVO DE INSTRUMENTO

AUTOS DO PROCESSO Nº 1999.03.00.061536-0

AGRAVANTE: AES GERASUL EMPREENDIMEN-
TOS LTDA

AGRAVADO: JOÃO CARLOS ROXO SANCHES

RELATOR: DES. FED. BAPTISTA PEREIRA - TER-
CEIRA TURMA

Colenda Turma

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face da r. decisão de fls. 52/53 proferida pelo MM. Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo, nos autos da Ação Popular (Processo nº 1999.61.00.053597-4), ajuizada por João Carlos Roxo Sanches, com o objetivo de anular o leilão de venda das ações da Companhia de Geração Elétrica Tietê, realizado em 27.10.99, bem como de todo o procedimento licitatório das ações, em decorrência de vícios insanáveis, de natureza formal e material, que vulneram os princípios da igualdade entre os licitantes, da vinculação ao instrumento convocatório e da livre concorrência.

O autor popular afirma que, em 26.10.99, às vésperas da realização do leilão, o BNDES anunciou verbalmente que financiaria 50% do preço mínimo das ações da mencionada estatal para grupos de empresas estrangeiras. Este fato representou um subsídio de R\$ 360.871.337, 54 (trezentos e sessenta milhões, oitocentos e setenta e um mil, trezentos e trinta e sete reais e cinquenta e quatro centavos) para tais grupos. Inviabilizou-se, assim, a participação do consórcio brasileiro VBC, formado pelo Grupo Votorantim, Bradesco e pela Construtora Camargo Corrêa, vez que o financiamento foi anunciado quando já ultimado o prazo previsto no edital para a pré-qualificação das empresas que participariam do leilão. Assim sendo, reputa ter sido violado o disposto nos arts. 37, XXI e 175 da Carta Magna, bem como os arts. 4º e 21, § 4º, da Lei nº 8.666/93, vez que não restou garantida a igualdade de condi-

ções entre os concorrentes. Informa que a empresa AES BRASIL LTDA venceu o leilão, com o lance de R\$ 938.066.281,01 (novecentos e trinta e oito milhões, sessenta e seis mil, duzentos e oitenta e um reais e um centavo). Por fim, requereu, ainda, o autor popular, que os co-réus sejam condenados à reposição da importância a ser futuramente determinada, correspondente a eventual prejuízo ao erário público federal, em razão do financiamento ilegal para a aquisição das ações leiloadas.

A r. decisão hostilizada determinou que a agravante comprovasse, no prazo de 10 (dez) dias, que procedeu à restituição do valor (acrescido da taxa SELIC) que lhe foi transferido pelo BNDES, em razão do contrato de financiamento firmado em 04.11.99, com vistas à participação no leilão supramencionado. Fixou-se, ainda, a multa diária na proporção de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) por dia de atraso, caso haja descumprimento da determinação.

A agravante esclarece, inicialmente, que tanto o contrato de financiamento, firmado em 04.11.99, como a transferência do numerário à licitante, em 09.11.99, e o repasse deste, ao Estado de São Paulo (em 10.11.99) ocorreram antes da primeira decisão proferida na ação popular, (em 10.11.99 - fls.185/196), que concedeu em parte a liminar, para determinar ao BNDES que se abstinhasse de conceder financiamento à empresa vencedora do leilão de venda das ações da companhia privatizada. Por isso, sustenta que a r. decisão agravada, proferida em 01.12.99, não poderia determinar a restituição do valor que lhe foi transferido pelo BNDES, a título de financiamento, vez que implicaria no desfazimento do próprio negócio jurídico - compra e venda das ações da empresa privatizada -, que não é objeto da ação popular em comento. Aduz que a r. decisão agravada, ao ordenar a devolução do numerário, adotou os mesmos fundamentos da r. decisão de fls. 185/196, a qual declara expressamente estar concedendo a antecipação de tutela, e não liminar. Enfatiza que o autor popular não pleiteou a devolução dos valores do financiamento ou a desconstituição do contrato que celebrou com o BNDES.

Tampouco pleiteou a antecipação da tutela prevista no art. 273 do CPC. Ressalta que é vedado ao MM. Juiz conceder provimento jurisdicional não requerido pelo parte, a teor dos arts. 2º e 128 do CPC. E, ainda que assim fosse, assevera que estão ausentes os requisitos necessários à concessão da tutela antecipada ou liminar. No mais, sustenta que o financiamento em apreço sujeita-se às regras do direito privado e, por isso, não estava previsto no Edital de privatização de âmbito estadual. Afirma que o leilão das ações observou os ditames constitucionais e legais. Diante disso, requer o provimento do agravo para que seja cassada a r. decisão agravada que reputa ter extrapolado os limites delineados no pedido inicial da ação popular.

O Exmo. Des. Fed. Relator, Baptista Pereira, concedeu o efeito suspensivo a fls. 325/327, por entender que a r. decisão agravada atingiu negócios jurídicos paralelos e subjacentes, menos o principal. De outra parte, a r. decisão esclarece que o autor popular pretende a "anulação do leilão das ações" e, nos termos do art. 5º, § 4º, da Lei nº 4.717/65, solicitou providências no sentido de suspender o ato dito lesivo, ora impugnado. Por isso, ressalta que a primeira decisão liminar não era antecipativa, mas sim meramente preventiva. Mas a segunda decisão, ora agravada, tem natureza antecipativa, vez que determina a reposição de possível dano ao erário público. Entende que a devolução do numerário não tem o condão de sanar as eventuais irregularidades que maculam o processo licitatório em comento, vez que a agravante ainda assim permaneceria devedora do empréstimo ao BNDES, em razão das imposições contratuais. A par disso, continuaria no controle acionário da empresa leiloada. Além disso, considera que a imposição de multa cotidiana de um milhão de reais, sem esclarecer a favor de quem, acarreta grave lesão à agravante.

Irresignado, o autor popular interpôs Agravo Regimental a fls. 343/355, alegando que o preceito contido no art. 14, § 4º, da Lei de Ação Popular, não veda a concessão da tutela antecipada prevista no art. 273 do CPC. Afirma que a tutela antecipada tem a finalidade de dar efetividade e celeridade ao processo, e não elimina a prolação da sentença definitiva. Ademais, sustenta que não há risco de irreversibilidade da decisão de primeira instância, vez que o dinheiro, por ser fungível, poderá ser devolvido à agravante se restar comprovado que não há lesão ao patrimônio público.

O autor popular requer urgência no julgamento do agravo regimental a fls. 377/379 e 383.

É o relatório. Opino.

I. PEDIDO PREVENTIVO E SUBSIDIARIAMENTE REPRESSIVO

I.1 Extrai-se da inicial que o autor popular requereu a medida liminar, inaudita altera parte, em 04.11.99, com o fim de (fls. 74):

"a) determinar ao BNDES que se abstenha de conceder qualquer financiamento à empresa vencedora do leilão das ações da COMPANHIA DE GERAÇÃO ELÉTRICA TIETÊ, realizado dia 27.10.99; e

b) determinar às partes ESTADO DE SÃO PAULO, NOSSA CAIXA-NOSSO BANCO S/A, DAEE (DEPARTAMENTO DE ÁGUAS E ENERGIA ELÉTRICA), SABESP (COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO), E DERSA (DESENVOLVIMENTO RODOVIÁRIO S/A) que se abstenham de assinar contrato de compra e venda das ações da COMPANHIA DE GERAÇÃO ELÉTRICA TIETÊ S/A, previsto para ser assinado em 11.11.99". (g.n.)

Por fim, pleiteou, ainda, a anulação do leilão e a condenação dos réus a reporem, solidariamente, ao patrimônio público federal, a importância correspondente ao eventual prejuízo ao erário decorrente do financiamento ilegal para a aquisição das ações da dita companhia, consoante se infere do pedido principal (fl.73 destes autos).

I.2 Com a devida vênia, o em. Relator, ao proferir a r. decisão de fl.325/327, não procedeu com o costumeiro acerto quanto às considerações que expendeu sobre as providências requeridas liminarmente pelo autor popular.

Em verdade, tais providências estavam inseridas no âmbito do pedido do autor popular, de caráter eminentemente preventivo, à medida que visavam evitar tanto a ocorrência de dano ao patrimônio público federal gerido pelo BNDES, como a lesão ao patrimônio dos entes estaduais incluídos como réus. Pleiteou, subsidiariamente, a reparação da lesão, caso fosse concretizada, como de fato ocorreu.

Não se trata de admitir interpretação extensiva do pedido, mas de verificar profundamente tudo o que nele se contém.

I.3 Neste ponto, frise-se que a ação popular pode ser preventiva, como há muito já elucidado pela melhor doutrina:

"Como meio preventivo de lesão do patrimônio público, a ação popular poderá ser ajuizada antes da consumação dos efeitos lesivos do ato; como meio repressivo poderá ser proposta depois da lesão, para reparação do dano. Esse entendimento deflui do próprio texto constitucional, que a torna cabível contra atos lesivos do patrimônio público, sem indicar o momento de sua propositura" (Hely Lopes Meireles, "Mandado de Segurança, Ação Popular e Ação Civil Pública, 11ª edição, 1987, RT, pg. 88)

Ressalte-se, pois, que a ação popular de que aqui

se cogita revestia-se inicialmente de caráter preventivo e só se transmudou em pretensão repressiva por não ter sido dado a tempo provimento liminar.

II - DA LEGITIMIDADE DA DECISÃO AGRAVADA

II. 1 Por isso, com maior razão revela-se legítima a antecipação de tutela concedida inicialmente pelo MM. Juiz a quo, por entender presente na hipótese a "dificuldade em reverter atos jurídicos da magnitude dos relatados nos autos, após a concretização das operações de financiamento anunciadas", bem como a "violação aos princípios constitucionais da legalidade, moralidade e impessoalidade na concessão do financiamento descrito nos autos", demonstradas tanto por meio do edital de privatização, como pelas várias matérias jornalísticas "contendo manifestações de pessoas diretamente envolvidas nos fatos e circunstâncias" descritos na inicial da ação popular, consoante se verifica da r. decisão de fls. 185/196.

II. 2 Não há óbice à concessão de tutela antecipada na ação popular, como bem ressalta Rodolfo de Camargo Mancuso, in Ação Popular, proteção ao erário público, da moralidade administrativa e do meio ambiente, págs. 200/201, Editora Revista dos Tribunais, 4ª ed., verbis:

"Por fim, registre-se que a tutela de urgência, que na ação popular se faz através de provimento liminar (§ 4º do art. 5º da Lei nº 4.717/65), está sensivelmente ampliada com o advento da tutela antecipada (CPC, art. 273, redação da Lei 8.952/94). Em sede doutrinária procuramos demonstrar que essa inovação não empece nem imbrica com o processo cautelar, que remanesce com seu fim específico: outorga de segurança atual a pessoa, coisa, situação ou ao próprio processo, tudo em ordem a garantir a utilidade, a eficácia prática do provimento futuro, perseguido principaliter.

O que se passa, como explica J. E. Carreira Alvim, é que o provimento antecipatório, 'que antes era possível quase só no âmbito do processo cautelar, espraia-se agora para todo o processo de conhecimento, numa indiscutível consagração do poder geral de cautela do juiz. Como a concessão do provimento jurisdicional não é uma graça do Estado, mas um direito da parte, preparem-se juízes e tribunais para o exercício de sua nobre missão de outorgar tutela na forma da lei, não devendo o termo poderá [o autor refere-se ao caput do art. 273] ser entendido como um passaporte para a omissão, deixando para a sentença o que, segundo a lei, deva ser, de logo, antecipado'.

Desse modo, sendo a ação popular uma demanda veiculada em rito ordinário, num processo de conhecimento, e desde que presentes os pressupostos para a antecipação dos efeitos da tutela (prova inequívoca, conduzindo a um juízo favorável

de verossimilhança da alegação, presentes os requisitos específicos - incs. I e II e § 2º do art. 273), afigura-se-nos possível a aplicação dessa tutela de urgência no âmbito da ação popular, até por que o CPC lhe é fonte subsidiária (art. 22 da Lei 4.717/65).

O fato de na ação popular se lobiarem interesses difusos, de cunho indisponível, não nos parece empecilho à antecipação dos efeitos da tutela, presentes os requisitos indicados no art. 273 do CPC, incisos e parágrafos. No ponto, aduzem Nery e Nery: 'a natureza do direito não constitui parâmetro sério para o exame do pedido de tutela antecipada. Como não há nenhuma restrição na lei, a medida é cabível quer a demanda trate de direitos disponíveis quer de indisponíveis'". (g.n.).

II. 3 Assim, a primeira decisão do MM. Juiz a quo veio para evitar o dano.

Porém, posteriormente verificou-se que à época da concessão da tutela, o BNDES já havia liberado o valor do financiamento para a agravante, que, em seguida, pagou o valor das ações leiloadas em 10.11.99.

Diante disso, o MM. Juiz a quo por entender que persiste "o temor pelo dano irreparável ao erário público, já que promoveu-se empréstimo de modo irregular, ao arrepio da Constituição e da Lei de Licitações", determinou, em 01.12.99, que a agravante restituísse, no prazo de 10 (dez) dias, o valor (acrescido da taxa SELIC) que lhe foi transferido pelo BNDES, em razão do contrato de financiamento firmado em 04.11.99, com vistas à participação no leilão supramencionado. Fixou-se, ainda, a multa diária na proporção de R\$ 1.000.000,00 (hum milhão de reais) por dia de atraso, em caso de descumprimento.

II.4 À evidência que o MM. Juiz a quo, ao determinar a restituição do empréstimo, elegeu, dentre as medidas cabíveis, aquela que melhor assegura a efetivação da tutela concedida anteriormente, bem como o provimento jurisdicional a ser proferido oportunamente, consoante facultado pelo disposto no art. 273 c. c. art. 461, § 5º, ambos do CPC.

II. 5 Neste ponto, cabe ressaltar que a pretensão do autor popular, não é só desconstitutiva, mas também condenatória. Realmente inicialmente preventiva a ação, uma vez consumada a lesão, a pretensão passou a dirigir-se à reparação e a ação adquiriu cunho desconstitutivo e condenatório. Assim, não se trata apenas de desconstituir contratos celebrados ao arrepio da lei, mas, também, de repôr o patrimônio público no estado anterior, mediante a condenação da agravante em indenizar o dano.

II. 6 Por essa razão, não procede a assertiva da agravante no sentido de ser incompatível a providência antecipada e o provimento final pleiteado. Há es-

treita relação entre a devolução do valor irregularmente tomado e a indenização do dano sofrido pelo patrimônio federal afeto ao BNDES.

Enfatize-se, ainda, que a antecipação de tutela é cabível em qualquer tipo de provimento judicial pretendido em ação de conhecimento. Ademais, não exige a lei que o provimento seja pertinente ao núcleo do pedido.

Assim é a doutrina:

"13. Ações que admitem a tutela antecipada. Em toda ação de conhecimento, em tese, é admissível a antecipação de tutela, seja a ação declaratória, constitutiva (positiva ou negativa), condenatória, mandamental etc. A providência tem cabimento, quer a ação de conhecimento seja processada pelo rito comum (ordinário ou sumário) ou especial, desde que verificados os pressupostos da norma sob comentário. O CPC, art. 273 prevê a tutela antecipatória de forma genérica enquanto o CPC, art. 461, § 3º regula o instituto nas ações de obrigação de fazer e não fazer.

14. Ação declaratória. Definida acima a tutela antecipatória como medida executiva em sentido lato, poder-se-ia pensar, à primeira vista, ser ela incabível nas ações declaratórias. Entretanto, tendo em vista que o adiantamento nem sempre respeita ao mérito considerado em seu sentido estrito, pode ser que os efeitos de uma sentença declaratória comporte execução, tendo cabimento o adiantamento desses mesmos efeitos. É o caso da ação declaratória de inexistência de relação jurídica tendo como causa de pedir o pagamento da dívida. O autor pode pedir, a título de antecipação de tutela, a sustação liminar do protesto de cambial já paga. O bem da vida por ele pretendido é a declaração judicial de inexistência da relação jurídica (sentença declaratória), mas o efeito pretendido é o de obstacularizar o protesto e a cobrança do título já pago (execução lato sensu)". (CPC Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, Nelson Nery Júnior e Rosa M. A. Nery, RT, 3ª Edição, pg. 548, notas ao art. 273, CPC - destaques nossos)

II. 7 Ressalte-se, ainda, que recentemente a Lei nº 10.444, de 07 de maio de 2002, tornou expressa a vinculação e fungibilidade entre os arts. 273 e 461, ambos do CPC - antes já existente mas implícita -, ao contemplar medidas que asseguram uma maior efetividade das decisões judiciais. Eis o teor destes dispositivos:

"Art. 1º Os artigos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, a seguir mencionados, passam a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 273.

.....
.....

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

.....
§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado." (g.n.)

"Art. 461.

.....
.....

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva." (NR)

Por óbvio, buscou a lei "oferecer os instrumentos idôneos a uma efetiva tutela para as situações apresentadas. É o que modernamente se vem chamando de instrumentalidade do processo, tema sobre o qual pontificou Cândido Rangel Dinamarco: 'O processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-política-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais"', como bem ressaltou o ilustrado Rodolfo de Camargo Mancuso, na obra supracitada.

III - A ESTREITA E IRREGULAR VINCULAÇÃO ENTRE O FINANCIAMENTO E O LEILÃO

III.1 Pelo antes exposto, é de se considerar escorreita a r. decisão agravada que em face da magnitude do dano demonstrado na inicial da ação popular, julgou ser necessária a devolução do empréstimo em apreço, vez que este não é negócio jurídico paralelo à alienação das ações leiloadas: é parte essencial do negócio, só formalmente destacado. Por isso, as disposições sobre tal financiamento deveriam constar do Edital de Privatização da Companhia de Geração Elétrica Tietê, realizado em 27.10.99.

Esta afirmação decorre da exegese dos arts. 1º e 2º da lei nº 9.491/97, que disciplina os procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, abaixo transcritos:

"Art. 1º O Programa Nacional de Desestatização - PND tem como objetivos fundamentais:

I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;

II - contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida;

III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;

IV - contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito;

V - permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;

VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integram o Programa.

"Art. 2º Poderão ser objeto de desestatização, nos termos desta Lei:

.....

§ 3º O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, por determinação do Conselho Nacional de Desestatização, definido nesta Lei, e por solicitação de Estados ou Municípios, poderá firmar com eles ajuste para supervisionar o processo de desestatização de empresas controladas por aquelas unidades federadas, detentoras de concessão, permissão ou autorização para prestação de serviços públicos, observados, quanto ao processo de desestatização, os procedimentos estabelecidos nesta Lei.

§ 4º Na hipótese do parágrafo anterior, a licitação para a outorga ou transferência da concessão do serviço a ser desestatizado poderá ser realizada na modalidade de leilão.

Como se vê, o BNDES exerce uma função determinante dentro do programa de privatização estabelecido pelo governo federal: a de supervisor das privatizações. Assim, com maior razão deveria ter constatado das regras editalícias a linha de crédito que a instituição pretendia oferecer com o objetivo de fomentar a privatização em apreço, como forma de garantir a lisura do procedimento licitatório.

III.2 E isto se explica porque o edital é a lei da licitação e, por conseguinte, a lei do contrato.

Aliás, de acordo com o art. 3º da Lei nº 8.666/93, "a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos".

A ausência de divulgação do financiamento, no Edital, impediu que outros grupos empresariais participassem do leilão. Referida ausência, além de ter resultado em flagrante quebra de isonomia, pode ser tida como fator de desvalorização das ações leiloadas, vez que vários concorrentes deixaram de fazer a pré-qualificação porque não tinham ciência do financiamento oferecido pelo BNDES. Sem dúvida que o montante obtido com a venda das ações teria sido maior se mais concorrentes tivessem participado do leilão. Por conseguinte, é evidente a violação aos princípios que norteiam o procedimento licitatório, notadamente o princípio da igualdade entre os licitantes.

III.3 Aliás, a violação a tais princípios resta patente conforme se infere da entrevista do empresário Antonio Ermírio de Moraes, do Grupo Votorantim, publicada na edição de 3.11.99 do Jornal "Folha de São Paulo" (fls.183), ora transcrita, verbis:

"Folha - Qual a avaliação que o sr. faz do socorro do BNDES ao capital estrangeiro na privatização da Tietê ?

Antonio Ermírio de Moraes - Rídiculo. E ainda por cima anunciado na última hora. Nós da VBC, tivemos falhas. Acho que devíamos ter colocado mais recursos em cima, mas não podiam mudar as regras do jogo 24 horas antes do leilão. Rídiculo.

Folha - Há justificativa para o financiamento público na privatização ?

Antonio Ermírio - Não sei se entendo bem o BNDES, mas acho que é um órgão destinado a criar novas obras. O nome diz tudo: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. Desenvolvimento significa fazer novas obras, desenvolver o país com o aumento da produção, mas esse não é bem o caso nessa privatização. Sou favorável ao capital estrangeiro, mas que venha para cá o capital. Eles têm dólar, nós temos real, dois para um é hoje a diferença. E ainda querem o nosso dinheiro.

Folha - Por que a VBC não participou do leilão, mesmo tendo depositado as quantias para disputar o controle da Tietê ?

Antonio Ermírio - Estávamos negociando com a Tractebel. Estava tudo caminhando bem, mas, quando o BNDES anunciou que ia dar financia-

mento, a Tractebel resolveu ir sozinha. O anúncio do empréstimo desarticulou tudo. A Tractebel não queria empréstimo, preferia entrar com recursos próprios, mas nos abandonou quando viu que o governo abriu a mão. Mas tudo bem, não há nada como aprender um dia atrás do outro". (g.n.).

III. 4 Diante deste quadro, resta evidenciado o dano ao patrimônio público, fato que justifica o comando contido na r. decisão agravada no sentido de promover a recomposição dele. A inviabilização da participação de um número maior de licitantes em igualdade de condições restringiu a concorrência entre as empresas já pré-qualificadas e reduziu o preço das ações.

III.5 Não se há de esperar que em casos como este o ato nulo e a fraude sejam praticados às escâncaras. Ao contrário, são praticados com aparência de regularidade. O normal é que apresentem forma sã, válida, regular. Isoladamente considerados, em geral até serão mesmo regulares. Mas não se pode considerar isoladamente atos que estão imbricados, umbilicalmente ligados, intrinsecamente amarrados para a produção de um só efeito, como no caso da venda e compra de ações financiada com dinheiro público, dirigida a uma determinada empresa, em detrimento de outros interessados.

A licitação, pois, só formalmente não foi atingida pela decisão liminar.

A determinação da r. decisão agravada de que seja devolvido o valor financiado só na aparência não atinge a licitação. Não atinge na mesma medida em que só aparentemente a concessão do empréstimo não era parte dele, do processo de venda, irregularmente omitido do edital.

IV - A DECISÃO AGRAVADA ATINGE BENEFICIÁRIO DO EMPRÉSTIMO IRREGULAR

A devolução do empréstimo não subtrai o caráter de ilegalidade da licitação, pois outras causas de ilicitude remanescem.

De qualquer forma, o cumprimento da r. decisão evita um dano maior do que o já proporcionado ao BNDES

E não importa que a agravante tenha transferido o valor do financiamento aos outros entes estatais, réus da presente ação popular. Ela o fez para quitar dívida sua. Obteve o benefício da quitação de sua dívida com a compra e venda das ações. Logo, infere-se que a decisão agravada atingiu quem era beneficiário do empréstimo irregular.

A agravante, se devolver o dinheiro ao BNDS, como mandou a decisão agravada, à evidência, deixará de ser devedora daquela quantia à instituição financeira.

É possível que no futuro possa ser responsabilizada pelos encargos da dívida quanto ao tempo transcorrido entre o momento em que recebeu os valores e aquele em que os devolver. Mas isso é ônus decorrente da irregularidade cometida.

A agravante assumiu o controle da empresa a cujo capital se referem as ações. A empresa emissora das ações, note-se, não é a devedora do empréstimo. E assumir o controle daquela empresa de energia elétrica não constituiu ônus para a agravante, mas é, justamente, a vantagem irregularmente buscada por ela.

V. BENEFICIÁRIO DA MULTA

V.1 De outra parte, ressalte-se que a omissão quanto ao beneficiário da multa cominatória, não impõe a reforma da r. decisão agravada

Referida omissão pode ser facilmente sanada pelo próprio Juízo que a prolatou; ou, poderia fazê-lo igualmente, esse E. Tribunal, conhecendo a questão neste agravo.

V.2 É verdade que não cabe a reversão da multa à pessoa do autor popular, pois ele age em nome e para proteção do direito da coletividade e como substituto processual do Poder Público.

Tal multa, com fundamento no art. 461, §3º, CPC, decerto há de ser revertida para o fundo de recomposição de bens e direitos lesados, na forma do art. 13 da LAC (Lei 7347/85) pois seu caráter também não é de antecipação da reparação do dano. Visa estabelecer meios de pressão que levem a parte renitente ao cumprimento da ordem dada nos autos; no caso, meios que levem a agravante a entender como mais conveniente cumprir a ordem de reconduzir o valor do financiamento ao BNDS do que tornar-se devedora também da multa cominatória.

V.3 Por último, esclareça-se, a título de ilustração, que a empresa Agravante, também vencedora nas licitações promovidas para a privatização da CEMIG/MG e ELETROPAULO/SP e também beneficiária de empréstimos do BNDES, à semelhança do que ocorreu neste processo, tem se recusado a quitar as parcelas dos financiamentos, alegando que só as pagará com o resultado da atividade econômica, quer dizer, com os lucros gerados no país. É um acinte sem tamanho (veja-se a matéria inserida na coluna Radar, da Revista Veja, edição de 08.05.2002, págs. 28/29).

Ante o exposto, o parecer é pelo improvido do recurso, com revogação da r. decisão de fls. 325/327, mantendo-se a r. decisão liminar do Juízo a quo, e seja declarado prejudicado o agravo regimental.

São Paulo, 15 de maio de 2002.

I CONCURSO NACIONAL DE MONOGRAFIAS

Direito à Informação e Publicação Opressiva



De 15 de julho a 31 de outubro de 2002

INSCRIÇÕES E INFORMAÇÕES

FUNDAÇÃO PROCURADOR PEDRO JORGE DE MELO E SILVA

AV. L2 - SGAS Quadra 603 Bloco A nº 23 - Sala 127 Ed. PGR - Térreo
CEP 70200-901 - Brasília - DF - Tel.: (61) 321-1495 - Fax: (61) 321-5414

e-mail: fpj@pr1.mpf.gov.br ou anpr@anpr.org.br

Regulamento: www.esmpu.mpu.gov.br - www.anpr.org.br - www.unb.br/fac/sos

REALIZAÇÃO

 **Fundação Procurador
Pedro Jorge de Melo e Silva**

APOIO INSTITUCIONAL

ANPR
Associação Nacional dos
Procuradores da República 

 **ESMPU**
Serviço Superior de Ministério Público de Goiás

 **SOS**
Associação de Promotores