

# A Natureza Jurídica dos Compromissos de Cessação realizados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Cláudia Ribeiro Pereira Nunes<sup>1</sup>

*Sumário: I. Introdução. II. O Papel do CADE no Estado Democrático de Direito Fundado no Princípio Constitucional da Livre Concorrência. III. A Competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. IV. Os Compromissos de Cessação como Instrumentos de Controle da Concorrência. V. A Natureza Jurídica dos Compromissos de Cessação realizados pelo CADE nas Decisões dos Atos de Concentração Econômica. VI. Conclusão.*

## I — Introdução

A livre concorrência constitui princípio basilar que informa o sistema político econômico do Brasil após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Nesse quadro, inclui-se a atividade consagrada aos Estados de preservar o ambiente concorrencial, oferecendo segurança jurídica aos agentes econômicos que nele atuem ou venham a operar, impedindo que práticas danosas ao sistema da livre iniciativa prosperem e frustrem os resultados que dela se esperam.

Essa modificação de comportamento coincide com o surgimento do fenômeno da globalização da economia, em que se registrou aumento significativo de aquisições, fusões e incorporações de empresas, em todo o mundo, fazendo com que decisões paradigmáticas em tempos passados se mostrassem impróprias para regular concentrações empresariais motivadas por realidades distintas, antes desconhecidas.

O presente estudo foi desenvolvido a partir da necessidade de compreender a forma de atuação e a competência do CADE — Conselho Administrativo de Defesa Econômica e assim obter uma melhor compreensão dessa autarquia frente ao fenômeno da concorrência e da concentração econômica no contexto da globalização.

Nesse contexto, a finalidade específica desse trabalho será a de identificar a natureza jurídica dos compromissos de cessação, analisando, inclusive,

<sup>1</sup> Consultora Jurídica, Professora de Direito da ESA/OAB-RJ, Pós-graduada pela FGV, Mestre em Relações Econômicas.

algumas decisões administrativas que tratam da natureza jurídica desses instrumentos de controle da concorrência realizados pelo CADE.

## **II — O Papel do CADE no Estado Democrático de Direito Fundado no Princípio Constitucional da Livre Concorrência**

O sistema de produção capitalista, fundado na propriedade privada, na liberdade de iniciativa e na premissa da auto-regulação dos mercados como mecanismo para assegurar a acumulação de riquezas, apresenta imperfeições que têm origem na atuação dos detentores privados do poder econômico e se caracterizam pelo emprego de meios não razoáveis na luta pela conquista de mercados, decorrência da liberdade de iniciativa. Estas imperfeições demonstram a incapacidade dos mercados para conduzirem-se de forma a assegurar que seja atingido o ideal maior de justiça social.

O ordenamento jurídico, inicialmente garantidor da ordem jurídica na concepção liberal, passou a ser instrumento disponível para o Estado intervir na economia passando a ter, hodiernamente, caráter criador e transformador da realidade econômica na persecução de uma justiça social substancial, finalidade da ordem econômica e não simplesmente formal, como ocorria perante o liberalismo, para o qual as leis de mercado proporcionariam a justiça social. Daí virem previstas na Carta diversas medidas destinadas a neutralizar ou reduzir distorções que possam advir do abuso da liberdade de iniciativa.

Sendo o Brasil país neo-industrializado, na abertura e integração econômica, nota-se resistência de setores do empresariado nacional, acostumados a dispor de mercado cativo e não-concorrencial e do auxílio do Estado, bem como da própria burocracia estatal nem sempre disposta a abrir mão de poder. Os longos anos de prática intervencionista deixaram marcas profundas que a nação resolveu apagar, ao optar, na Constituição de 1988, pela livre iniciativa e pela não-intervenção do Estado na economia. Essa opção se revela nos princípios gerais da atividade econômica, inscritos no art. 170 e seguintes da Constituição que dão ênfase à livre concorrência, à defesa do consumidor e defesa do meio ambiente, dentre outros, com o afastamento do Estado da exploração da atividade econômica, salvo quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou em virtude de relevante interesse coletivo (CRFB, art. 173).

Coerentemente, dispôs a Constituição, no parágrafo 4º do art. 173, que: “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Após haver, no parágrafo único do art. 170, CRFB, assegurado: “a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

A limitação da concorrência é, igualmente, aceita pela ordem jurídica, se decorre da atividade industrial ou mercantil melhor desenvolvida, com oferta de

produtos com melhor tecnologia e melhor preço, sem que haja abuso do poder econômico. A disputa pelo cliente tem como pano de fundo a diminuição do poder do concorrente e tende a eliminá-lo, não sendo, por si só, ilegítima essa eliminação se não houver abuso de poder econômico ou atividade desleal ou ilícita. Esta, a propósito, a norma do parágrafo 1º do art. 20 da Lei nº 8.884/94, que não caracteriza como ilícita a dominação de mercado relevante de bens e serviços, mediante processo natural, fundado na maior eficiência do agente econômico.

Vê-se do texto constitucional que o fundamento para a repressão consiste sempre no abuso do poder econômico. E a Lei nº 8.884/94, ao dispor sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, tendo de se ater aos princípios constitucionais que a informaram, e deles não podendo apartar-se, sob pena de inconstitucionalidade, deve ser interpretada de acordo com tais preceitos. Dentro dessa ótica, o art. 1º da Lei nº 8.884/94 declara:

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

As infrações e condutas capituladas nos arts. 20 e 21 não podem, por isso, estar dissociadas daqueles ditames. Da mesma forma, o art. 54 da Lei nº 8.884/94, ao regular o controle de atos e contratos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultem na dominação de mercados, deve ser aplicado com observância dos mesmos princípios constitucionais referidos no art. 1º, quais sejam, liberdade de iniciativa e livre concorrência ao abuso do poder econômico. Daí estarem na base de qualquer interpretação que se queira dar a tal preceito os pressupostos da repressão ao abuso do poder econômico, da liberdade de iniciativa, livre concorrência e defesa dos consumidores.

A Constituição da República Federativa Brasileira dedica o Título VII à *Ordem Econômica e Financeira*, preceituada em quatro capítulos, dos artigos 170 a 192. Trata-se da Constituição Econômica, denominada como conjunto de institutos jurídicos garantidores dos fundamentos para o desenvolvimento do sistema econômico. O sistema brasileiro, baseia-se na livre iniciativa<sup>2</sup>, condicionada pelos fins públicos previstos no próprio texto constitucional como a valorização do trabalho hu-

2 O princípio da livre iniciativa, do ponto de vista jurídico, pode ser decomposto em alguns elementos que lhe dão conteúdo, todos eles devidamente desdobrados no texto constitucional. Pressupõe a existência da propriedade privada, isto é, de apropriação particular dos bens e dos meios de produção (CRFB, art. 5º, XXII e art. 170, II). Temos ainda, a liberdade de empresa, cujo conceito está materializado no parágrafo único do art. 170 da CRFB. Ademais, a liberdade de lucro, que é o lastro para a faculdade de o empreendedor estabelecer os seus preços, que hão de ser determinados, em princípio pelo mercado, por meio da chamada “livre concorrência”, locução estabelecida no art. 170, inciso IV da CRFB. E, por fim, a liberdade de contratar, decorrência lógica do princípio da legalidade, fundamento das demais liberdades, já que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei (CRFB, art. 5º, II)

mano e a finalidade de assegurar a todos existência digna e o bem-estar de todos (CRFB, art. 3º), conforme os ditames da justiça social (CRFB, art. 170, *caput*).

O ilustre administrativista Diogo de Figueiredo sistematiza os fundamentos da *Ordem Econômica e Financeira*, a saber:

*“O princípio da liberdade de iniciativa tempera-se pelo da iniciativa suplementar do Estado; o princípio da liberdade de empresa corrige-se com o da definição da função social da empresa; o princípio da liberdade de lucro, bem como o da liberdade de competição, moderam-se com o da repressão do poder econômico; o princípio da liberdade de contratação limita-se pela aplicação dos princípios de valorização do trabalho e da harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção; e, finalmente, o princípio da propriedade privada restringe-se com o princípio da função social da propriedade.”*<sup>3</sup>

Assim, no que tange à problemática da concorrência, os parâmetros traçados pela Constituição se fixaram no abuso do poder econômico que objetive a dominação dos mercados, que vise à eliminação da concorrência ou que resulte no aumento arbitrário dos lucros, significando isso que o que veda a Lei Maior é o abuso do poder econômico, por quaisquer das formas de que se revista e que tenda a alcançar um ou alguns dos fins previstos.

### III — A Competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica

O modelo adotado na Lei nº 8.884/94, estabelece que o CADE passe a ser autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça. Quaisquer atos que possam prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou de serviços devem ser submetidos à apreciação do CADE, para o exame de eventual abuso, em cumprimento ao que dispõe o art. 54 da mesma lei, assim redigido:

*“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 de serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.”*

Verifica-se que o artigo estabelece que os atos nele mencionados devem ser submetidos à *apreciação* do CADE, não os vedando, nem criando exceções nos seus parágrafos, que se limitam a prever parâmetros para essa apreciação. Mesmo porque a competência da autarquia nesse ponto, definida no art. 7º, XII, da Lei nº 8.884/94, é de: “*apreciar* as condutas, sob qualquer forma mani-

3 MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo, *Ordem econômica e desenvolvimento na Constituição de 1988*. Ed. Saraiva, São Paulo, 1989 p. 28.

festadas, sujeitas à aprovação nos termos do art. 54, fixando compromisso de desempenho quando for o caso”.

O CADE não poderá classificar o ato de ilegal — e, por isso, determinar-lhe a desconstituição — se dele advierem os resultados previstos nos quatro incisos do parágrafo primeiro do art. 54 da Lei nº 8.884/94, quais sejam: o aumento da produtividade, melhora da qualidade dos bens ou serviços, eficiência e desenvolvimento tecnológico ou econômico; distribuição equitativa desses benefícios entre os participantes do ato e os consumidores e a não-eliminação de parte substancial do mercado relevante dos bens e serviços objeto do ato, com observância estrita dos limites necessários a se atingir os objetivos visados.

Da mesma forma, deverá considerá-lo regular se três das quatro condições estabelecidas no referido parágrafo primeiro do art. 54 forem atendidas, desde que haja motivo de preponderante interesse da economia nacional e do bem comum, como esclarecido no parágrafo segundo do mesmo artigo.

A atuação do CADE está, dessa forma, subordinada à lei, qualificando-se seus atos como atos vinculados da Administração, não dispondo o administrador de ampla liberdade de decisão. Pois, como ensina Hely Lopes Meirelles, “Nessa categoria de atos administrativos, a liberdade de ação do administrador é mínima, pois terá que se ater à enumeração minuciosa do direito positivo para realizá-lo eficazmente. Deixando de atender a qualquer dado expresso na lei o ato é nulo, por desvinculado do seu tipo-padrão”<sup>4</sup>.

A jurisprudência dos tribunais brasileiros tem dado apoio à limitação do poder de decisão da Administração, em casos em que a lei estabelece critérios precisos para orientar sua atividade. A esse respeito, o mesmo Hely Lopes Meirelles reproduz julgado do Supremo Tribunal Federal, que sintetiza a matéria, com a ementa seguinte: “A legalidade do ato administrativo, cujo controle cabe ao Poder Judiciário, compreende não só a competência para a prática do ato e de suas formalidades extrínsecas, como também os seus requisitos substanciais, os seus motivos, os seus pressupostos de direito e de fato, desde que tais elementos estejam definidos em lei como vinculadores do ato administrativo”<sup>5</sup>.

Essa hipótese aplica-se inteiramente ao CADE, cuja competência, definida na Lei nº 8.884/94, restringe-se à apreciação de atos que possam prejudicar a livre concorrência ou resultarem na dominação de mercados, além das infrações à ordem econômica definidas como tal pelos arts. 20 e 21 da mesma lei.

4 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 88.

5 *Idem* nota 5, p. 89, e *Revista de Direito Administrativo*, n. 42, p. 227.

Já o parágrafo segundo do art. 54, por sua vez, dispõe que o CADE não poderá impugnar os atos referidos no *caput* se três das condições do parágrafo primeiro estiverem presentes, desde que demonstrada a necessidade por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum e ausência de prejuízos ao consumidor ou usuário final. Nesse caso, a atuação do CADE, na apreciação do ato de concentração, deve levar em conta os motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum que o inspiraram e que podem estar suportados por critérios de conveniência e de oportunidade, de competência exclusiva do Executivo. A discricionariedade para a identificação de motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum não se confunde com arbitrariedade, pois trata-se de poder exercido dentro de certos limites estabelecidos por lei, podendo, se ultrapassados tais limites, caracterizar desvio de poder<sup>6</sup>.

Como Celso Antonio Bandeira de Mello: "... a lei sempre indica, de modo objetivo, quem é competente com relação à prática do ato — e aí haveria inevitavelmente vinculação. Do mesmo modo, a finalidade do ato sempre é obrigatoriamente um interesse público, donde afirmarem os doutrinadores que existe vinculação também com respeito a este aspecto"<sup>7</sup>. Conseqüentemente, os limites desse poder estão claramente estabelecidos no parágrafo segundo do art. 54 da Lei nº 8.884/94, que justifica atos que prejudiquem a livre concorrência, ou resultem na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, se estiverem presentes pelo menos três das quatro condições previstas no parágrafo primeiro do mesmo artigo. Se apenas uma ou duas dessas condições forem atendidas, não poderá o CADE considerar regular o ato submetido à sua apreciação, ainda que se invoque motivo preponderante da economia nacional e do bem comum. E, se assim o fizer, poderão os interessados, ou o Ministério Público, impugnar o ato perante o Poder Judiciário, pois os pressupostos legais para sua admissão, não estando presentes, não poderão ser validamente considerados.

#### **IV — Os Compromissos de Cessação como Instrumentos de Controle da Concorrência**

O compromisso de cessação é um dos instrumentos mais eficazes na política de proteção do mercado, e tem por objetivo a imediata restauração da concorrência, sem as delongas do processo administrativo, poupadas as *démarches* das ações judiciais. Ao comprometer-se a cessar a prática ou abster-se

6 Segundo Hely Lopes Meirelles, "A discricionariedade administrativa encontra fundamento e justificativa na complexidade e variedade dos problemas que o Poder Público tem que solucionar a cada passo e para os quais a lei, por mais casuística que fosse, não poderia prever todas as soluções, ou pelo menos a mais vantajosa para cada caso ocorrente". Idem Nota 5, p. 137.

7 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. p. 249. Malheiros.

de condutas anticoncorrenciais tem direito o agente a que o processo fique suspenso e, finalmente, dando mostra de que se portou de acordo com os padrões concorrenciais, será o processo arquivado. Ao contrário, se descumprir o acordo, o processo seguirá.

Por força do disposto no artigo 53 da Lei Antitruste, o compromisso de cessação é um instrumento de controle da concorrência que, de acordo com os julgados analisados abaixo, tem a sua utilização limitada da seguinte forma:

### **A) A inadmissibilidade do Compromisso de Cessação na fase de averiguações preliminares no processo administrativo na SDE e no CADE:**

“Compromisso de Cessação — Pretendida Celebração diante de Simples Representação ou em Fase de Averiguação Preliminar — Inadmissibilidade — Inteligência do art. 53 da Lei nº 8.884/94.

Embora seja uma prerrogativa das partes, a celebração de compromisso de cessação em qualquer fase processual, sem que implique confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, não é o documento passível de celebração diante de simples Representação ou em fase de Averiguações Preliminares.

Do Voto vencedor do Conselheiro Renault de Freitas Castro:

“1. A Minuta de Termo de Compromisso de Cessação submetida ao Plenário do CADE em Sessão Ordinária realizada em 11 de dezembro, tendo em um único instrumento, como compromissárias, as empresas Labnew e Becton & Dickinson, decorre de três procedimentos. O primeiro diz respeito ao Processo Administrativo nº 49/92, originário de representação formulada por Labnew contra Becton & Dickinson por prática de *underselling*. O segundo trata da Representação nº 196/93, em que Becton & Dickinson apresenta denúncia contra Labnew pela mesma prática. Este procedimento foi apensado ao citado processo administrativo. O terceiro e último procedimento, Averiguação Preliminar nº 0800.018076/94-20, resultou de uma reiteração de denúncia apresentada por Labnew contra Becton & Dickinson, razão pela qual também foi apensada ao Processo Administrativo nº 49/92.

2. Prevê o art. 53 da Lei nº 8.884/94, *verbis*:

“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 implicará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada.” (Grifei).

Como pode se constatar da leitura do disposto acima transcrito, o compromisso de cessação requer para sua celebração a existência de processo administrativo, ou seja, a presunção de indício de prática anti-concorrencial é pressuposto para a celebração do compromisso.

Verifica-se que o procedimento existente contra a Labnew nada mais é que uma simples representação, que, indevidamente apensada ao Processo Administrativo nº 49/92, não legitima a celebração do compromisso, porquanto não assegura que a conduta imputada à empresa tenha sido objeto de suficiente investigação para que se possa concluir pela necessidade de instauração do competente processo administrativo”.

**Referência:** Voto no Processo Administrativo nº 49/92, na Averiguação Preliminar nº 0800.018076/94-20 e na Representação nº 196/93, de 18 de dezembro de 1996, Conselheiro-Relator: Edison Rodrigues Chaves, Representantes e Representados: Labnew Indústria e Comércio Ltda. e Becton & Dickinson Indústrias Cirúrgicas Ltda.

## **B) A não-presunção da confissão de culpa do concorrente com a realização do Compromisso de Cessação:**

*“Compromisso de Cessação — Presunção Legal de Não-Confissão de Culpa — Reconhecimento*

A celebração de compromisso de cessação não implica confissão de culpa, notadamente quando firmado antes da conclusão do procedimento investigatório junto à Secretaria de Direito Econômico.

(...)

**“VI — TERMO DE COMPROMISSO DAS PRODUTORAS ULTRAFÉRTIL E FOSFÉRTIL**

6.1 A Cláusula Primeira dispõe sobre a presunção legal de que a celebração do Termo de Compromisso de Cessação, conforme expresso no art. 53 da Lei nº 8.884/94, não importa confissão quanto à matéria de fato e nem reconhecimento de ilicitude da conduta investigada. Na verdade, é este o elemento indutor do compromisso para a parte indiciada no processo administrativo. Por certo, ninguém a ele se submeteria se tivesse de confessar a culpa.”

**Referência:** Voto no Processo Administrativo nº 0800.061384/94-11, de março de 1996, Representante: *Votufértil Fertilizantes Ltda.*, Representadas: *Ultrafértil S.A. Indústria e Comércio de Fertilizantes Fosfatados S.A. — Fosfértil, Fertifós S.A., Takenaka S.A. Indústria e Comércio, Fertiza, Companhia Nacional de Fertilizantes e Fertibrás S.A. Adubos e Inseticidas.*

**C) A inadmissibilidade da celebração conjunta de compromisso de cessação envolvendo o Representante e o Representado se existirem acusações mútuas:**

**“Compromisso de Cessação — Acusação Recíproca de Underselling entre Representante e Representado — Pretendida Celebração Conjunta — Rejeição”**

Inadmissível é a celebração conjunta de compromisso de cessação envolvendo o Representante e o Representado que se acusam mutuamente da prática de **underselling**, sob pena de se dar respaldo legal a acordo entre concorrentes visando à cessação da concorrência de preços.

**Do Voto vogal vencedor da Conselheira Lúcia Helena Salgado:**

“1. Eu já tive oportunidade de manifestar meu desconforto com a minuta de termo de compromisso de cessação examinado na última sessão. Eu mantenho minhas razões de decidir, já expostas e a serem incorporadas em voto escrito ao processo, para rejeitar a proposta apresentada de compromisso de cessação envolvendo igualmente as empresas Labnew e Becton & Dickinson.

2. A proposta de compromisso de cessação de prática, envolvendo as duas empresas, apresenta inconsistências lógicas que prejudicam a compreensão de seu alcance.

3. Não é clara a racionalidade econômica da venda por preço abaixo de custo, o que corresponde ao objeto da mútua acusação, por parte de duas empresas que compartilham o mercado.

4. A prática de *underselling* só faz sentido econômico como parte de uma estratégia, empreendida de forma unilateral, para dominação de um mercado. Nesse caso, a firma calcula que os ganhos futuros que obterá, uma vez afastado do mercado o concorrente, descontados ao valor presente serão maiores que as perdas realizadas com a cobrança temporária de preço abaixo do custo. Assim, para identificar a existência do ilícito seria necessário evidenciar a ocorrência da estratégia.

5. De outra parte, a cobrança simultânea de preço abaixo do custo por parte das duas empresas ocorre, de forma mais verossímil, como um “acidente de percurso” em uma “guerra de preços” entre empresas que disputam acirradamente um mercado. Ao perceberem as perdas que involuntariamente estão realizando no processo concorrencial, as firmas podem procurar chegar a um acordo, de modo a cessar a concorrência em preços. Esta, lembra-se, é historicamente a origem do instituto do cartel, em sua forma clássica.

6. A proposta de compromisso de cessação, tal como apresentada, implica a chancela por parte do CADE, de um acordo para cessar a concorrência em preços entre as empresas Labnew e Becton & Dickinson no mercado de tubos de vidro para coleta de sangue à vácuo. Como tal é inaceitável, por agredir fortemente os objetivos da defesa da concorrência, ao dar respaldo legal a um acordo entre empresas com potencial de dano evidente à concorrência. Há fortes indícios que o acordo de natureza privada, ao qual se propõe ganhe estatuto público com a chancela do CADE, encobre nova infração à ordem econômica, tipificado no inciso primeiro do art. 21 da Lei nº 8.884/94.

7. Entendo, contudo, que tratamento em separado dos casos que vieram à mesa, respeita ao mesmo tempo o direito da representada de procurar firmar compromisso de cessação a qualquer tempo e, de outro lado, a obrigação da autoridade administrativa de investigar suficientemente para verificar a procedência ou não de acusações, a presença ou não de indícios de dano ao bem público representado pelo mercado. Afasta, por outro lado, o tratamento separado, a suspeita de que o compromisso entre as empresas encubra novo ilícito. Entendo que a disposição da Labnew em firmar conjuntamente com a Becton & Dickinson compromisso de cessação é motivada mais pela intenção de alcançar uma solução para o problema que enfrentam do que pelo temor da continuidade e do resultado do processo. Por essa razão, rejeito a proposta de cessação envolvendo a Labnew e a Becton & Dickinson”.

**Referência:** Voto no Processo Administrativo nº 49/92, na Averiguação Preliminar nº 0800.018076/94-20 e na Representação nº 196/93, de 18 de dezembro de 1996, Conselheiro-Relator: Edison Rodrigues Chaves, Representantes e Representados: Labnew Indústria e Comércio Ltda. e Becton & Dickinson Indústrias Cirúrgicas Ltda.

## **V — A Natureza Jurídica dos Compromissos de Cessação realizados pelo CADE nas Decisões dos Atos de Concentração Econômica**

O compromisso de cessação não é um contrato com as feições do Direito Privado, em que as partes contratantes pactuam livremente suas obrigações. Também não tem a natureza de contrato administrativo, porque o conteúdo econômico do seu objeto, ainda que de interesse público, não diz respeito à gestão da Administração Pública. Discrepa das formas normais de pôr termo ao processo administrativo — arquivamento ou condenação — em função de uma realidade econômica a exigir uma solução imediata, da qual se beneficia

toda a coletividade. Ganha maior relevo à medida em que os resultados almejados pelos mecanismos repressores levam tempo e nem sempre se concretizam.

Fica mais fácil entender este novo instrumento no quadro das relações jurídicas do Direito Econômico, que se movem nos campos do Direito Público e do Direito Privado, compondo, afinal, um “Direito de Síntese”<sup>8</sup>. Insere-se, pois, o compromisso de forma bem adequada no contexto das relações do Direito Econômico, que têm como uma de suas características marcantes a aproximação dos elementos do Direito Público e do Direito Privado, em busca de novos mecanismos jurídicos para que o Estado possa empreender eficazmente sua tarefa interventora na ordem econômica.

Com muita precisão salienta Izabel Vaz, referindo-se ao espírito dos objetivos a serem alcançados pela ordem econômica, que não é mais o de reprimir os agentes econômicos por sua ação abusiva, mas de convocá-los a exercer uma ação positiva. “Trata-se de uma missão de cunho positivo e eminentemente ativo, onde mais do que reprimir, o Estado se propõe a orientar, persuadir e a convocar os agentes econômicos para contribuir com a efetivação da democracia econômica.”<sup>9</sup>

Por isso mesmo, a transação há de pautar-se pela lei, pois o poder concedido ao CADE para transigir deve ser exercido com o único propósito de defender os interesses da coletividade, o interesse público, que é a finalidade legal do compromisso. E, como não poderia deixar de ser, deve obedecer aos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade. A posição do CADE quanto à natureza jurídica do compromisso de cessação é também nesta linha, como demonstram as decisões abaixo arroladas:

“Compromisso de Cessação — Natureza Jurídica — Instituto de Direito Econômico

Compromisso de Cessação — Aprovação pelo CADE — Revisão Judicial — Admissibilidade

O compromisso de cessação é um instituto de Direito Econômico decorrente da descaracterização da natureza penal e da aceitação da natureza político-econômica da lei de concorrência. Originário do *consent decree* norte-americano, realça a atuação preventiva do Estado e visa adequar, de imediato, o comportamento dos agentes econômicos aos padrões concorrenciais determinados pela Carta Magna.

8 SOUZA, Washigton Peluso Albino de. *Direito Econômico*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1980, p. 234.

9 *Direito Econômico da Concorrência*. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1993, p. 273

Compete ao CADE a aprovação final do Compromisso de Cessão, cabendo-lhe decidir sobre o interesse público da composição, observado o princípio da revisão judicial.

Do voto da Conselheira-Relatora, Neide Teresinha Malard:

(...)

#### 4.1 O Instituto

Sabe-se que a economia de mercado é o pilar de sustentação do sistema capitalista. A livre iniciativa, princípio consagrado na Constituição, requer para a sua concreção indivíduos livres que possam exercer a atividade econômica de sua escolha, evidentemente, nos limites da lei. Mas não existe liberdade sem tutela. Aliás, foi precisamente para resolver o problema da liberdade do homem que foi criado o Estado. Renunciando cada indivíduo a uma parcela de sua liberdade, pode-se instalar a liberdade de todos.

De uma concepção liberal da liberdade, passou-se a uma concepção social, que transformou o Estado de guardião da propriedade privada e do contrato livremente pactuado em promotor do interesse público. Conta-se, assim, a história da intervenção do Estado na atividade econômica, não só como agente regulador mas, também, como indutor do desenvolvimento, atuando ele próprio em atividade produtiva, não apenas com intenções sociais, mas com objetivos nitidamente econômicos, visando à própria sustentação do sistema capitalista que, certamente teria sucumbido se tivesse prevalecido o *laisser-faire*, que Gournay proclamou tão candidamente nos primórdios do sistema.

A defesa da concorrência é o único mecanismo possível de se assegurar a livre iniciativa e conter o abuso do poder econômico. Este não é algo ruim, sendo às vezes até indispensável. Mas pode ser perverso, tanto na origem, em razão dos métodos utilizados para sua obtenção, quanto depois de consolidado, pelos artificios de que se vale para se manter.

Ao abuso do poder econômico, o direito pátrio respondeu com normas de Direito Penal e normas de Direito Econômico. As primeiras cuidaram de tipificar delitos, estabelecer penas e disciplinar medidas de segurança. As últimas trataram dos ilícitos econômicos que, em geral não são tipificados, porque o conteúdo de ilicitude da conduta do agente depende, em geral, de um contexto econômico. Na aplicação da lei há que se fazer a valoração econômica do fato, buscando-se a orientação da política econômica que a lei objetivou realizar.

Essa abordagem é feita não pelo prazer da discussão acadêmica, mas pela necessidade de se situar um dos mais eficazes institutos de proteção da concorrência que, inspirado no direito americano, integra hoje o Direito Econômico pátrio — o compromisso de cessação.

Naquele país, o *consent decree*, nome que tem o compromisso de cessação, é realizado no Poder Judiciário, cabendo ao juiz decidir se a composição é do interesse público. No Brasil, é do CADE a competência final de sua aprovação, observado, por óbvio, o princípio da revisão judicial.

É sobretudo a natureza político-econômica da lei de concorrência, e não a natureza penal, que permitiu fosse acolhido em seu bojo o compromisso de cessação, que busca, nitidamente, concluir as vantagens almejadas pelo agente econômico e o bem-estar social.

(...)

Na verdade, fazia-se necessária uma legislação que pudesse descaracterizar a natureza penal que se pretendia imprimir à Lei nº 4.137/62, cuja tipologia exaustiva tornava difícil, não impossível, porque o CADE o fez quando foi preciso, o enquadramento das variadas condutas adotadas pelos agentes econômicos, à medida em que se tornavam mais complexas as transações comerciais em que se envolviam.

As alterações vieram com a Lei nº 8.158/91, que se apresentou como um conjunto de normas de defesa da livre concorrência.

O novo diploma adotava o princípio do abuso, acolhendo uma tipologia legal aberta, suscetível de abranger qualquer ato ou conduta que, transcendendo os interesses particulares das partes, repercutisse no mercado, atingindo interesses difusos.

Adotou a atuação preventiva, cuja vantagem está precisamente na obtenção de resultados imediatos no mercado, com benefícios instantâneos para o consumidor.

Todavia, o agente teria de reconhecer a procedência da representação. O fato é que a norma meramente decretal jamais trouxe às partes e à autoridade administrativa a segurança necessária, não tendo o CADE ou a SDE firmado qualquer compromisso.

A Lei nº 8.884/94 trouxe, no entanto, a inovação esperada. Prevê expressamente em seu art. 53 o compromisso de cessação e declara não importar ele confissão quanto à matéria de fato e nem reconhecimento da ilicitude da conduta. Falou das condições gerais do termo, da suspen-

são do processo durante a vigência do compromisso, deixando por conta do CADE, na parte de sua competência, ditar a norma regulamentadora.

Essa omissão não deve ser vista como precariedade da lei, mas atribuída à necessidade do Direito Econômico de lidar com normas regulamentares que possam ser facilmente modificadas para se adaptarem à realidade econômica.

**Referência:** Voto no Processo Administrativo nº 8000.012720/94-74, de 17 de outubro de 1995, Representantes: Associação Brasileira de Citricultores — Associtrus e Associação dos Citricultores do Estado de São Paulo — Aciesp, Representadas: Bascitrus Agro-Industrial e outras. *In DOU* de 26 de outubro de 1995, Seção I, pág. 16920.

“Compromisso de Cessaçã — Natureza Jurídica — Caracterização como contrato de Direito Privado ou como Contrato Administrativo Repelida — Instrumento de Direito Econômico

O Compromisso de Cessaçã não é um contrato com as feições de Direito Privado, em que as partes contratantes pactuam livremente suas obrigações, nem tem a natureza do contrato administrativo, porque o conteúdo econômico de seu objeto não diz respeito à gestã da Administraçã Pública. Trata-se de um instrumento a serviço do Estado para compor conflitos concorrenciais, em que a sançã administrativa é substituída pela transaçã, e que se caracteriza como um contrato com força executória em proveito do Estado, com vistas à defesa dos interesses da coletividade.

Inserese, pois, o compromisso de forma bem adequada no contexto das relações do Direito Econômico, que têm como uma de suas características marcantes a aproximaçã dos elementos do Direito Público e do Direito Privado, em busca de novos mecanismos jurídicos para que o Estado possa empreender eficazmente sua tarefa interventora na ordem econômica.

(...)

O compromisso de cessaçã, como bem realçado pelo ilustre Procurador-Geral Substituto Jorge Gomes de Souza “vem no bojo de uma legislaçã que privilegia o sentido preventivo sobre o repressivo, segundo os ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade e defesa dos consumidores”.

Trata-se de um instrumento a serviço do Estado para compor os conflitos concorrenciais. A sançã administrativa é substituída pela transaçã, e esta, como realça Georges Ripert, tem caráter de contrato

com força executória em proveito do Estado (Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno, Editora Livraria Freitas Bastos, São Paulo, 1947). Em proveito do interesse público que o Estado representa.

Por isso mesmo, a transação há de pautar-se pela lei, pois o poder concedido ao CADE para transigir deve ser exercido com o único propósito de defender os interesses da coletividade, o interesse público, que é a finalidade legal do compromisso. E, como não poderia deixar de ser, deve obedecer aos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade”.

**Referência:** Voto no Processo Administrativo nº 3000.012720/94-74, de 17 de outubro de 1995, Representantes: Associação Brasileira de Citricultores — Associtrus e Associação dos Citricultores do Estado de São Paulo — Aciesp, Representadas: Bascitrus Agro-Industrial e outras. *In DOU* de 26 de outubro de 1995, Seção I, pág. 16920.

## VI — Conclusão

A política de fusões e aquisições de empresas, em face da realidade econômica atual, está bem mais flexível, na verdade, constitui adaptação de conceitos a fatos não mais tidos como ilícitos ou violadores dos princípios que norteiam a livre concorrência. É a dinâmica da atividade empresarial que aconselha a revisão desses conceitos. Assim, se um ato é legítimo em determinado momento, pode ser considerado ilegal em outro, impondo-se sua revisão ante o novo quadro em que se verificou.

As aquisições ou associações de empresas têm sido apreciadas sob os critérios estabelecidos pelo art. 54 da Lei nº 8.884/94 e, via de regra, consideradas dentro de padrões aceitáveis, não se tendo registrado, ordinariamente, casos de abuso de poder econômico, mesmo em situações em que se constatou ampliação expressiva da participação das empresas envolvidas em determinado mercado relevante.

Essa orientação do CADE está afinada com a tendência internacional de formação de blocos econômicos e de concentração de empresas. Não foi, pois, por acaso que o legislador brasileiro, ao editar a Lei nº 8.884/94, quando a tendência internacional concentracionista já se manifestava há algum tempo, estabeleceu a competência do CADE, restringindo-a à aprovação de atos e contratos que “possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercado relevante de bens e serviços”, sem vedar as concentrações, antes admitindo-as, tratando apenas de estabelecer certos parâmetros, deixando de prever normas sobre o estímulo à concorrência.

À autarquia encarregada da defesa da concorrência cabe aferir se a concentração resultante é, ou não, lícita diante do que dispõe a Lei nº 8.884/94, e, não havendo limitação à concorrência existente, ou, ainda que tal ocorra, estando preenchidos os pressupostos dos parágrafos 1º e 2º do art. 54, não poderá impedi-la. Mesmo porque o CADE age sob o princípio constitucional da reserva legal, devendo suas decisões serem motivadas com base no texto da lei, para terem efeito jurídico vinculante.

Nesse contexto, percebe-se o novo enfoque dado à concorrência a partir da Constituição de 1988, que alçou a livre concorrência à categoria de princípio da ordem econômica (art. 170), tratando a repressão ao abuso do poder econômico como mero instrumento legal de realização do princípio aludido. Esse novo enfoque constitucional estava a reclamar modificações no regime da concorrência, exigindo do Estado, a par da função repressora, uma atuação preventiva, visando adequar o comportamento dos agentes econômicos aos padrões concorrenciais do novo modelo que se pretendia para o País, voltado para um mercado de dimensão global, a cuja concorrência a indústria brasileira ficaria exposta.

O CADE adotou a atuação preventiva, por meio dos compromissos de cessação, cuja vantagem está precisamente na obtenção de resultados imediatos no mercado, com benefícios instantâneos para o consumidor, que têm como uma de suas características marcantes a aproximação dos elementos do Direito Público e do Direito Privado, em busca de novos mecanismos jurídicos para que o Estado possa empreender eficazmente sua tarefa interventora na ordem econômica.