

O risco de naufrágio da discussão do cartel da laranja perante o CADE

Em 1999 o Conselho Administrativo de Desenvolvimento Econômico (CADE) abriu processo administrativo para apuração de práticas anticoncorrenciais (cartel) por parte das indústrias processadoras de suco de laranja, especialmente a combinação de preços para a compra da fruta.

Antes de esse processo ser aberto, as indústrias já haviam celebrado com o CADE, em 1995, um TCC (termo de cessação de conduta) e através dele se comprometeram a não mais realizar malfeitos ligados à concorrência. Esse TCC, em 1995, foi acompanhado pelo CADE até 1999 quando foi considerado cumprido por não existirem provas de que as indústrias não andaram bem.

Alerte-se para o fato de que os processos são distintos: o primeiro em relação ao qual já havia sido selado um termo de cessação de conduta e cuja concreção importa no compromisso de não realização de atos anticoncorrenciais; o segundo em razão de denúncias e indícios diferentes do primeiro processo.

Pois bem.

O processo administrativo aberto em 1999 caminhou permeado pelas naturais dificuldades de colher provas da existência de um bem montado planejamento que engrossava o faturamento das indústrias ao mesmo tempo em que jogava os produtores no pesaroso da falência.

Lembre-se ser sintomático o paralelismo entre o aumento da musculatura do cartel em relação à compra da laranja e contínuo enfraquecimento financeiro dos produtores, ou seja, na mesma proporção que o cartel ganhava fôlego e alavancava os lucros das indústrias, os produtores perderam receita e se endividaram cada vez mais.

O processo administrativo junto ao CADE ganhou uma reviravolta quando o órgão obteve provas mais consistentes da existência do cartel, o que gerou a realização de quatro ações de busca e apreensão patrocinadas pela Advocacia Geral da União e pela Polícia Federal.

Esses quatro processos caminharam em marcha relativamente semelhantes.

Em todos eles foi deferida liminar de busca e apreensão, houve pronunciamento favorável em primeira e segunda instância e as indústrias ingressaram com recursos especiais junto ao Superior Tribunal de Justiça.

O maior problema enfrentado pela Advocacia Geral da União e pelo CADE na busca o processo administrativo decorreu do exercício imoderado do maior número de recursos possíveis de recursos e embargos processuais.

Para que se tenha uma ideia, em um dos processos que hoje está no Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.482.078) foi deferido pedido de efeito suspensivo que impediu que o CADE deslacrasse os documentos em 2006, efeito esse que permaneceu vigente até o ano de 2009. Considerando que as quatro ações de busca e apreensão possuem gênese no mesmo processo administrativo, o entrave processual em uma das ações fez com que o CADE ficasse de mãos atadas em relação aos demais processos.

Outro ponto importante foi que a indústria provocou, sob a alegação de que os documentos possuíam segredos industriais, outro incidente perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região e através dele houve proibição de extração de cópias de documentos, estabelecendo-se que apenas uma das partes envolvidas teria acesso ao material apreendido.

É muito importante dizer que essa série de estorvos foi criada e se desenvolveu a partir da iniciativa da própria indústria que obviamente sempre teve o maior interesse em atravancar o andamento do processo.

Incrível, no entanto, que essa mesma indústria que moveu montanhas para paralisar o curso das ações de busca e apreensão em primeira e segunda instância agora desfralda, no Superior Tribunal de Justiça, a bandeira "puritana" de que o longo decurso do prazo de duração do processo faz com que a busca e apreensão mostre-se descabida.

Trata-se de hipótese em que o

torpe tenta se beneficiar da própria torpeza...

Não é possível que as indústrias colham resultados positivos de sua própria incúria.

O primeiro dos recursos que chegou ao Superior Tribunal de Justiça foi julgado favoravelmente à UNIÃO FEDERAL (que representa processualmente o CADE) e desfavoravelmente às indústrias.

A 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, então composta pelos Ministros Arnaldo Esteves Neto, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Ari Pargendler, firmaram posicionamento no sentido de afastar os argumentos da indústria afirmando, com clareza, que o fato de ter havido o arquivamento do TCC (o primeiro) não impedia a busca e apreensão.

Importante salientar que, embora o posicionamento da Turma fosse sólido, o Ministro Napoleão Nunes Maia proferiu voto divergente posicionando-se diferentemente de todos os demais Ministros da 1ª Turma. Mencionou o insigne Ministro que a intervenção estatal na economia não é recomendável, que a ação de busca e apreensão não possui um processo principal hábil a permitir o debate a respeito dos documentos apreendidos (enuncia, com isso, que o CADE não estaria credenciado para tal análise por não ser um órgão jurisdicional), que houve o arquivamento do processo administrativo que apreciou o cumprimento do TCC junto ao CADE [o primeiro] e que o processo administrativo que gerou a busca e apreensão era carente de fatos novos (os fatos estariam cobertos pelo arquivamento do TCC).

Com o máximo respeito possível ao Ministro Napoleão Nunes Maia, os argumentos delineados no seu posicionamento merecem ser interpretados sob outras perspectivas.

A primeira delas é que a economia de mercado atual é permeada pela necessidade de que o Estado intervenha na economia justamente para preservar a concorrência leal e honesta.

Nesse sentido, a leitura da obra do professor FRIEDRICH VON HAYEK – um dos esteios do voto do Ministro Napoleão –, não pode passar

despercebida ao fato de que o autor filou-se às correntes tradicionais do conservadorismo e do liberalismo para formular tese neoliberal flagrantemente crítica ao Estado de Bem-estar e à democracia nos anos sessenta e oitenta.

De lá para cá, a livre concorrência passou a constituir-se um dos princípios estruturantes da ordem econômica prevista na Constituição Federal (artigo 170, IV).

Segue-se que liberdade de competir pressupõe uma atuação correta e honesta, livre de negociatas artificiais aptas a sabotarem o desenvolvimento de atividades econômicas.

A livre concorrência não é ilimitada, pois cabe ao Estado corrigir as distorções no desempenho da atividade, nos termos do artigo 173, § 4º, da Constituição Federal: *"A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros"*.

O papel do Estado outro não é senão regular a atividade econômica e esse papel perpassa necessariamente a repressão ao abuso do poder econômico, à dominação dos mercados como forma de estimular a própria concorrência e com isso evitar atos que sejam prejudiciais aos integrantes da cadeia produtiva, como o que ocorre no caso dos citricultores que, há décadas, suportam os efeitos danosos da atuação da indústria.

Não se esqueça que o artigo 219 da Constituição Federal é enfático ao prever que "O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem estar da população e a autonomia tecnológica do país, nos termos da lei federal."

A intervenção do Estado na economia tem como norte a preservação dos princípios fundamentais e estruturantes da ordem econômica e para tanto é necessário coibir as condutas abusivas, o que é feito nos termos da Lei Antitruste que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Ninguém menos que a Lei definiu que devem ser submetidos à apreciação do CADE os atos que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercado de bens ou serviços.

Não se quer, com esse preâmbulo, criticar a posição do Ministro

Napoleão, mas apenas registrar que é preciso alterar o ponto de vista de quem observa a questão para enxergar a problemática sob outro ângulo dos flagrantes danos ocorridos na cadeia citrícola, em especial aos citricultores.

Ao invés de verna atuação do CADE uma intervenção arbitrária do Estado na economia, como fez o Ministro Napoleão, é preciso notar que o desempenho do órgão antitruste é fundamental para preservar a própria concorrência na medida em que mira eliminar as práticas anticoncorrenciais e com isso manter a pulsação e a respiração dos citricultores ativa, pois sem essa intervenção a citricultura praticada por pequenos e médios produtores deixarão o estado moribundo e entrarão rapidamente em óbito.

Não há como descuidar o fato de que o CADE, embora não integrado por juízes togados, é um respeitado órgão administrativo, composto por Conselheiros de inegável capacidade técnica e imparcialidade ímpar para apreciar a questão.

Tudo isso leva a crer que o posicionamento adotado pelo Ministro Napoleão Nunes Maia nos dois votos que proferiu não se afigura, data venia, a melhor solução para o caso.

A interpretação que há de imperar é a que será atribuída pelos demais Ministros do Superior Tribunal de Justiça.

É neste cenário é de importância capital o posicionamento firmado pelo Ministro Benedito Gonçalves ao julgar o Recurso Especial n.º 1.286.258, momento em que fez questão de exteriorizar seu pensamento em voto separado e grifar, de forma concisa e clara, que:

"Nessa esteira, resulta incontroverso, conforme assertivas da Corte de origem, que o pedido de busca e apreensão está embasado no Processo Administrativo n.º 08012.008372/99-14, instaurado a partir de fatos supervenientes ao Termo de Compromisso de Cessação celebrado em 1995. Além disso, a ação cautelar foi proposta com os documentos necessários para a demonstração e comprovação da necessidade da tutela de urgência e que o mandado de busca e apreensão, expedido por autoridade judicial competente, foi devidamente efetuada por analistas judiciários executantes de mandados."

O juízo exteriorizado pelo Ministro Benedito Gonçalves no referido precedente satisfaz plenamen-

te a ordem constitucional vigente na medida em enfatiza que o processo no CADE foi instaurado a partir de fatos supervenientes ao Termo de Cessação de Conduta celebrado em 1995 e deixa claro que a propositura da ação cautelar está amparada em requisitos que autorizam a medida, sem qualquer risco para a indústria.

A postura do Ministro Benedito Gonçalves harmoniza-se ao posicionamento do Eminentíssimo Ministro Arnaldo Esteves Lima – que proferiu voto condutor do acórdão que negou provimento a um dos Recursos Especiais –, bem como aos Ministros Sérgio Kukina e Ari Pargendler que votaram com o Ministro Relator e, por conseguinte, com o Ministro Benedito Gonçalves.

Todos os elementos jurídicos anunciados trazem um cenário de boas perspectivas na medida em que, mantida a coerência e a segurança dos Ministros integrantes da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, hão de imperar as decisões de primeira e segunda instância que reconheceram a plena legalidade da busca e apreensão.

A maior preocupação das entidades representativas da citricultura, no entanto, é que, caso se siga a linha preconizada pelo Ministro Napoleão Nunes Maia e o voto por ele divulgado, o trabalho realizado pelo CADE e pela Advocacia Geral da União e principalmente as últimas esperanças das entidades representativas da citricultura naufragarão.

O risco que afeta a apuração do CADE está em que, caso os Eminentíssimos Ministros do Superior Tribunal de Justiça decidam acompanhar o entendimento manifestado pelo Nobre Relator Ministro Napoleão, as provas que foram colhidas na busca e apreensão serão defenestradas e excluídas do processo administrativo, comprometendo a apuração do CADE e enterrando de vez a esperança dos citricultores em participar de um cenário concorrencial justo e honesto.

Esse quadro de intensa instabilidade e o principal argumento tirado pelas indústrias no sentido de que a passagem do tempo retiraria credibilidade da investigação faz com que seja enfatizado que o processo no CADE somente teve seu trâmite interrompido por força da série de recursos interpostos pelas próprias indústrias.

Tome-se, por exemplo, o que ocorreu nos autos da ação que ensejou a interposição do Recurso Especial n.º 1.482.078 (que também tramita

perante o Superior Tribunal de Justiça). Embora a liminar houvesse sido concedida aos 23 de janeiro de 2006, em 23 de fevereiro de 2006 o Tribunal Regional da 3ª Região concedeu efeito suspensivo ao recurso interposto pela indústria para “impedir o deslacre”. Apenas aos 11 de novembro de 2009 foi proferida sentença revogando os efeitos da liminar em 30 de novembro de 2009. Seguiram-se embargos declaratórios decididos aos 18 de dezembro de 2009. Em 18 de janeiro de 2010 foi expedido ofício à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça informando sobre a revogação do efeito suspensivo.

Em 13 de outubro de 2010 ocorreu uma reunião no Tribunal Regional Federal da 3ª Região e nela foi deliberado pela Eminente Relatora dos recursos, Desembargadora Consuelo Yoshida, as seguintes medidas: 1) que seja facultada às partes vista do processo administrativo nas dependências das SDE, sem o fornecimento de cópias das peças e documentos, mediante assinatura de termo de compromisso para não utilização das informações fora do âmbito do respectivo processo administrativo; 2) que seja determinado o prosseguimento das investigações, com a indicação dos documentos sigilosos pelos investigados; 3) que seja promovida a discussão no âmbito do CADE das propostas de Termo de Cessação de Conduta (TCC) protocoladas pelos investigados.

Intriga o fato de que em retro referida reunião as indústrias utilizaram como base argumentativa a perspectiva de realização de um novo TERMO DE CESSAÇÃO DE CONDUCTA (TCC) – isto em 2010! –, o que foi feito com claro propósito de arrefecer a intensa atuação do Poder Jurisdicional do Estado em referendar a utilização dos documentos apreendidos, estratégia essa que foi bem sucedida para as indústrias porque as medidas acabaram por criar obstáculos processuais nos domínios do processo administrativo que reduziram o ritmo.

O que gera desconforto é saber que esta mesma indústria que propagou em referida reunião o interesse em celebrar um novo TCC, comportou-se nos autos dos processos judiciais de forma absolutamente contrária à postura propagada na reunião porque judicialmente utiliza todos os recursos possíveis para derrubar a busca e apreensão utilizando como principal fundamento justamente a suposta demora na conclusão do processo adminis-

trativo que ela própria, indústria, não mede esforços em atravancar.

É este paradoxo criado pelas indústrias que o Poder Judiciário não pode cerrar os olhos!

Muito pelo contrário, é necessário que o Poder Judiciário, em especial os Eminentes Ministros da 1ª Turma da referida Corte Superior, estejam muito atentos ao fato de que o argumento lançado pela indústria no sentido de que o decurso do prazo do processo administrativo junto ao CADE serviria de sustentáculo para a extinção das ações de busca e apreensão não passa de uma vil e esperta estratégia para tirar proveito de sua própria torpeza.

Não é só.

Outro principal argumento veiculado pelas indústrias nos Recursos Especiais é o de que o arquivamento do TCC em 1999 (correspondente ao termo celebrado em 1995) serviria como uma espécie de salvo-conduto para que não houvesse a investigação e punição nos anos de 1995 a 2000.

Equivocam-se!

O argumento contraria as evidências dos autos porque as chamadas instâncias ordinárias (primeiro e segundo graus) foram categóricas em informar que os documentos utilizados para a obtenção da busca e apreensão não eram de conhecimento do CADE quando o TCC foi arquivado.

Ora, se os documentos eram desconhecidos pelo CADE quando o primeiro TCC foi arquivado, naturalmente não se pode atribuir ao ato de arquivamento a anistia ampla, geral e irrestrita que a indústria tenta propagar.

Como se não bastasse isso, a Lei é muito clara ao dispor que um dos compromissos para a celebração do TCC é a obrigação da compromissária em não mais praticar atos anticoncorrenciais. Dispõe o art. 53, § 1º, da Lei 8884/94 que “O termo de compromisso conterà, necessariamente, as seguintes cláusulas: a) obrigações do representado, no sentido de fazer cessar a prática investigada no prazo estabelecido”. Esse compromisso assumido pelas indústrias foi escandalosamente descumprido na medida em que os juízos de primeiro e segundo grau especificam que no mínimo até o ano de 2000 há indícios fortes de que o cartel atuou de forma permanente.

Aliás, qualquer homem de bom senso pode imaginar que, tendo as indústrias se comprometido em não praticar atos anticoncorrenciais, escon-

dido dos órgãos públicos a realização de tais atos (dizem as instâncias ordinárias no mínimo até 2000 houve sequência no cartel), mencionada intenção de celebrar outro termo de compromisso de cessação de conduta anticoncorrencial em 2010 com o propósito de frear o andamento do processo administrativo, não pode colher os frutos do argumento de que o decurso do prazo fulmina a busca e apreensão.

Também não se pode dar guarida ao argumento de que a ação de busca e apreensão encerra uma medida atípica porque não se completa com a propositura de uma ação principal. Embora a ação de busca e apreensão procure canalizar as provas obtidas para o processo administrativo, não pode ser esquecido que todos os mecanismos de proteção às provas foram adotados pelo CADE, inclusive com a concordância das indústrias em relação à forma de acesso aos documentos, ao que se acresça que, tendo as indústrias desempenhado o direito de defesa em sua plenitude máxima, caso sintam-se preteridas ou prejudicadas por qualquer atuação do CADE no âmbito do processo administrativo, bastar-lhe-á recorrer ao próprio Poder Judiciário para corrigir eventual violação.

O balanço que se faz em relação às ações de busca e apreensão e a intensa litigiosidade instalada no Superior Tribunal de Justiça pelas próprias indústrias é que, a essa altura dos acontecimentos, é muito mais plausível e prudente deixar o CADE concluir as investigações e finalizar o processo administrativo com as provas colhidas do que paralisar abruptamente o curso do processo administrativo e penalizar a citricultura.

Nesse sentido, valioso anotar que a continuação da investigação não trará qualquer prejuízo para as indústrias, enquanto a interrupção do processo administrativo por eventual decisão do Superior Tribunal de Justiça prejudicará – e muito – os citricultores.

Concluindo, a manutenção das buscas e apreensões é vital para dar segurança e credibilidade às várias instâncias públicas que despenderam esforços hercúleos para fazer imperar a Lei e para que as provas colhidas na busca e apreensão encontrem seu objetivo que é permitir ao que apenas julgue a questão de forma justa e imparcial, tudo para que o bem do sistema brasileiro de defesa da concorrência e para que faça imperar a verdadeira JUSTIÇA!