

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

CLARISSA OLIVEIRA ALVES

ESTUDO DE CASOS ACERCA DA ATUAÇÃO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO
DE DEFESA ECONÔMICA COMO ÓRGÃO DE PROTEÇÃO DA ORDEM
ECONÔMICA, SOB A PERSPECTIVA DA LIVRE CONCORRÊNCIA E DA LEI
ANTITRUSTE

SOUSA
2014

CLARISSA OLIVEIRA ALVES

ESTUDO DE CASOS ACERCA DA ATUAÇÃO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO
DE DEFESA ECONÔMICA COMO ÓRGÃO DE PROTEÇÃO DA ORDEM
ECONÔMICA, SOB A PERSPECTIVA DA LIVRE CONCORRÊNCIA E DA LEI
ANTITRUSTE

Monografia apresentada ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Mestre André Gomes de Sousa Alves.

SOUSA

2014

CLARISSA OLIVEIRA ALVES

ESTUDO DE CASOS ACERCA DA ATUAÇÃO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO
DE DEFESA ECONÔMICA COMO ÓRGÃO DE PROTEÇÃO DA ORDEM
ECONÔMICA, SOB A PERSPECTIVA DA LIVRE CONCORRÊNCIA E DA LEI
ANTITRUSTE

Monografia apresentada ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Mestre André Gomes de Sousa Alves.

Data da Aprovação: 02 de abril de 2014

Banca Examinadora:

Orientador: Prof. Mestre André Gomes de Sousa Alves.

Examinador: Professora

Examinador: Professor

AGRADECIMENTOS

Primeiramente e acima de tudo, a Deus. Pela iluminação em meus caminhos e direcionamento nas minhas escolhas.

Aos meus pais, Quirino e Romenia, pelo apoio incondicional e amor desprendido. Por me ensinar os valores morais e éticos, por ser minha base e por me tornar a pessoa que sou hoje.

Ao meu irmão, Chico, por me proporcionar momentos de leveza e por ser meu exemplo de determinação e humildade. À Maria, sempre disposta a vir ao meu encontro quando precisei durante os anos fora de casa.

Às minhas amigas de longas datas, Jessica Guedes, Mariana, Jaionara, Lívia, Jéssica Cosme e Raiana, a melhor parte de mim, desde sempre, com quem tenho certeza de que posso contar em qualquer momento.

Ao meu namorado, tão paciente, pelo incentivo dado durante esse trabalho, por não hesitar em me confortar e ajudar quando precisei.

Às amigas que fiz durante o curso, Aymê, Bianca, Islânia e Thanara, meu alicerce durante os anos em uma nova cidade e em um novo cotidiano. E, obviamente, aos amigos que iniciaram comigo essa jornada, mas, por motivos diversos, seguiram caminhos diferentes: Otávio e Danilo.

Aos meus colegas de trabalho, em especial a Manu, por ser sinônimo de boas energias e pela significativa amizade.

Aos meus queridos alunos, que tornam a tarefa de ensinar tão agradável, por me fazer esquecer qualquer problema ou tristeza.

Às companhias das sextas-feiras em João Pequeno, em especial a George Caninha, pela sua lealdade e prestatividade durante e além dos dias em Sousa.

Ao meu orientador, André Gomes de Sousa Alves, que aceitou generosamente a tarefa da orientação, por ter adicionado sabedoria ao meu trabalho e pela confiança em mim depositada.

Aos meus colegas de sala.

A todos aqueles que estiveram próximos a mim, de alguma forma, durante essa jornada.

Obrigada!

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar o direito concorrencial sob a perspectiva da lei antitruste e da atividade do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), órgão que atua juntamente à Secretaria de Desenvolvimento Econômico (SEAE), compondo o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Antes de adentrar no cerne da pesquisa, a análise da atuação do CADE, o presente trabalho aborda a ordem econômica, realizando um histórico da atuação reguladora do Estado, desde o Regime Absolutista, e também um panorama geral acerca dos princípios e fundamentos daquela, dando especial atenção e enfoque à livre concorrência e à liberdade de iniciativa, nas quais a ordem econômica é notadamente fundada. Então, estuda-se detalhadamente o funcionamento do Conselho Administrativo de Defesa econômica, analisando suas origens, remontando do surgimento da legislação antitruste mundial e econômica, sua natureza jurídica, seu funcionamento e sua estrutura. Aborda-se, ainda, as infrações à ordem econômica e a maneira como o CADE tem atuado no decorrer dos anos em face à defesa da concorrência, evitando atos de concentração e infrações lesivas à concorrência saudável. Para isso, utiliza-se como método de abordagem o indutivo, partido do estudo de casos para se compreender e analisar a atuação do CADE. No que tange ao método de procedimento, é utilizado o hermenêutico, em razão da apreciação de ideias e casos. Por fim, como técnicas de pesquisas são utilizados documentos e bibliografias. Como resultado, infere-se que não há uma conclusão definitiva a respeito dos critérios utilizados pelo CADE para sua atuação, em virtude, talvez, do dinamismo da economia e de sua relação íntima com aquele.

Palavras-chave: CADE. Livre concorrência. Proteção à ordem econômica. Lei antitruste.

ABSTRACT

The aim of this study is to analyze the competition law from the perspective of the antitrust law and the activity of the Administrative Council for Economic Defense (CADE), an agency that operates along with the Department of Economic Development (SEAE). Both agencies compose the Brazilian System of Competition Defense (SBDC). Before entering at the core of the research, the analysis of the performance of the CADE, this paper discusses the economic order, performing a historical approach of the regulatory action of the State, since the Absolutist Regime. Also, it is made an overview about the principles and foundations of it, giving special attention and focus to free competition and freedom of initiative, in which the economic order is mainly founded. Then, it is studied thoroughly the functioning of the Administrative Council for Economic Defense, analyzing its origins, by tracing the emergence of the antitrust law in the world, its legal nature, its operation and its structure. It discusses also the infractions against the economic order and how the CADE has worked over the years in the defense of competition, avoiding harmful mergers and infractions to healthy competition. For this, it is used as a method of approach, the inductive one, through some case studies to understand and analyze the performance of CADE. Regarding the method of procedure, the hermeneutic is used, due to the appreciation of ideas and cases. Finally, as a techniques of research documents and bibliographies are used. As a result, it is inferred that there is no definitive conclusion about the criteria used by the CADE for its operations, due to, perhaps, the dynamism of the economy and its close relation with it.

Keywords: CADE. Free competition. Protection of the economic order. Antitrust law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ambev - Companhia de Bebidas das Américas
ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações
ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica
BRF - Brasil Foods S/A
CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CF - Constituição Federal
CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil
DEE - Departamento de Estudos Econômicos
FTC - Federal Trade Commission
SBDC - Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SDE - Secretaria de Desenvolvimento Econômico
SEAE - Secretaria de Acompanhamento Econômico
TCD - Termo de Compromisso de Desempenho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DA ORDEM ECONÔMICA	11
2.1 ORDEM, ECONOMIA E DIREITO.....	12
2.1 ORDEM CONSTITUCIONAL ECONÔMICA NACIONAL	14
2.2.1 Dos fundamentos	15
2.2.2 Dos princípios	17
2.3 ESTADO REGULADOR, INTERVENÇÃO NA ORDEM ECONÔMICA E LIVRE CONCORRÊNCIA.....	22
3 DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE – ENQUANTO ÓRGÃO DE PROTEÇÃO À LIVRE CONCORRÊNCIA NA ORDEM ECONÔMICA	25
3.1 CONCEITO	26
3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	27
3.3 NATUREZA JURÍDICA.....	30
3.4 FUNÇÕES.....	32
3.4.1 Função repressiva	32
3.4.1.1 Sanções por infrações à ordem econômica	33
3.4.1.2 Acordo de Leniência.....	34
3.4.2 Função preventiva	35
3.4.2.1 Atos de Concentração	36
3.4.2.2 O Compromisso de Desempenho	37
3.4.3 Função educativa	38
3.5 ESTRUTURA DO CADE	38
3.5.1 Tribunal administrativo de defesa econômica	39
3.5.2 Superintendência-geral	40
3.5.3. Departamento de estudos econômicos	41
3.5.4 Procuradoria federal especializada	41

4 CADE, ORDEM ECONÔMICA E PROTEÇÃO À LIVRE CONCORRÊNCIA A PARTIR DA LEI ANTITRUSTE.....	43
4.1 A RELAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA LIVRE-INICIATIVA E DA LIVRE CONCORRÊNCIA PARA O DIREITO ANTICONCORRÊNCIAL	43
4.2 INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA.....	45
4.2.1 Infrações à ordem econômica em sentido lato.....	45
4.2.1.1 Limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre-iniciativa.....	46
4.2.1.2 Dominar mercado relevante de bens ou serviços	46
4.2.1.3 Aumentar arbitrariamente os lucros	47
4.2.1.4 Exercer de forma abusiva a posição dominante.....	47
4.2.2 Infrações à ordem econômica em sentido estrito	48
4.2.2.1 Formação de cartel	48
4.2.2.2 Preços Predatórios (<i>underselling</i>)	49
4.2.2.3 Venda casada (<i>tying</i>).....	50
4.2.2.4 Acordo de exclusividade.....	51
4.2.2.5 Monopólio.....	52
4.2.2.6 Truste	54
4.3 ESTUDO DE CASOS	54
4.3.1 Caso Ambev.....	55
4.3.2. Caso Sadia/Perdigão.....	58
4.3.3 Cartel dos gases industriais e hospitalares ou Cartel do oxigênio	60
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	63
REFERÊNCIAS.....	65

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a regulação da ordem econômica através de um órgão estatal, o qual visa a apurar as práticas anticoncorrenciais que tem como efeito prejudicar o mercado econômico. O referido órgão é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o CADE, que foi constituído na forma de autarquia pela lei 8.884/94, a qual foi alterada pela lei 11.529/2011, que hoje traça as diretrizes de todo o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Ao longo dos anos, é patente o crescimento da atuação do CADE no cenário brasileiro, tanto em atos de concentração, isto é, no caso de fusão ou incorporação entre as empresas, como nos casos de análise de práticas de infrações contra a ordem econômica. Daí a importância do estudo do CADE e do exercício de suas funções, baseando-se na legislação antitruste, a fim de garantir a plena garantia dos princípios e fundamentos inerentes à ordem econômica, em especial a livre concorrência e a livre-iniciativa.

Assim, a julgar pelo exposto, as condutas anticoncorrenciais, que prejudicam a concorrência saudável e a liberdade de iniciativa e, por conseguinte, a ordem econômica, devem ser devidamente refreadas pelo CADE, instrumento essencial para restringir tais condutas. O CADE, em sua atuação, encerra-se na lei antitruste, ou, pode-se dizer, no direito antitruste, resguardando a sociedade dos impactos negativos que uma fusão indevida ou um ilícito anticoncorrencial podem trazer ao mercado econômico.

O objetivo do trabalho é oferecer bases para analisar a atuação do Conselho Administrativo de Defesa de Concorrência nos últimos anos, a partir da lei antitruste e de casos de relevância no cenário econômico brasileiro.

A metodologia utilizada tem caráter especialmente exploratório, visto que, além de explicar uma realidade determinada, tende a expô-la segundo a conjuntura econômica, social e política. Por sua vez, apresenta natureza qualitativa, pois não tem labor com dados. Sobre a metodologia de abordagem, tem conteúdo eminentemente indutivo, em razão de se empreender também estudos de caso. Já em relação à metodologia de procedimento, o método utilizado foi demasiadamente a hermenêutica e o estudo de casos, em função da interpretação destes e de ideias. Por último, as técnicas de pesquisa foram nomeadamente insculpidas sobre instrumentos documentais e bibliográficos.

No primeiro capítulo será analisada a noção de ordem econômica, a partir da aceção dos vocábulos ordem, economia e direito, demonstrando a correlação existente entre eles. Nesse primeiro capítulo, ainda, será abordada a ordem econômica no âmbito da Constituição Federal de 1988, baseada no seu artigo 170, e que, além de trazer suas diretrizes, estabelece os seus fundamentos, sendo estes a valorização do trabalho humano, a livre-concorrência, a existência digna e a justiça social, e seus princípios, que pautam a ordem econômica na soberania nacional, na propriedade privada, na função social da propriedade, na livre-concorrência, na defesa do consumidor, na proteção ao meio-ambiente, na redução das desigualdades regionais e sociais, na busca do pleno emprego e no favorecimento às empresas de pequeno porte brasileiras, com sede e administração no país e constituídas por leis nacionais. Por fim, tratar-se-á de uma análise histórica desde o Estado Absolutista até o Estado Regulador, nomeadamente fundado na livre concorrência.

O segundo capítulo será dedicado ao CADE, traçando breves noções acerca do funcionamento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC - e do órgão que o compõe juntamente do CADE, a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE. Será abordada sua evolução histórica, além do histórico da lei antitruste, que culminou na instituição do CADE para proteção da concorrência, sua natureza jurídica, funções e estrutura.

Em sequência, no terceiro e último capítulo, será apresentada uma análise dos princípios da livre concorrência e da livre-iniciativa, mais meticulosa, demonstrando a relação entre os dois princípios e a perspectiva antitruste. Em seguida, será abordada a questão das infrações à ordem econômica, tecendo comentários às principais e mais recorrentes práticas anticoncorrenciais, a fim de, em seguida, realizar um estudo de casos. Este será feito por meio da seleção de casos de renome no cenário brasileiro, tratando-se de atos de concentração e de cartel: o caso Ambev, o caso Sadia/ Perdigão e o caso do chamado Cartel dos Oxigênios.

2 DA ORDEM ECONÔMICA

Ordem econômica corresponde à organização do sistema econômico, englobando as atividades exercidas e os princípios que regem tal regime. Compreende a organização das atividades econômicas e a interação da sociedade e dos fatores de produção, formando o ciclo econômico, ou seja, a produção, a distribuição e o consumo.

Segundo os ensinamentos de Eros Roberto Grau (2006, p.14):

A ordem econômica é o conjunto de normas (dever-ser) que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica (mundo do ser). Esta estará sempre atrelada a uma ordem política, que representa os fundamentos ideológicos do sistema ou do regime político adotado por uma determinada sociedade em um determinado tempo.

Já para Fabiano del Masso (2007, p. 35):

A ordem econômica é uma representação estrutural cuja finalidade é organizar a realização da atividade econômica em determinada comunidade. Para tal finalidade a ordem contempla alguns princípios que a informam e que deverão circunscrever os limites da legislação a ser criada. A interpretação de qualquer norma que compõe a ordem econômica induzirá a um dos vários princípios nela previstos. Da mesma maneira a ordem econômica existe devido aos seus fins, que nela deverão constar expressamente. A ordem econômica, na verdade, corresponde também à coerência do regime de regras criadas para regular determinados aspectos da atividade econômica.

E, ainda, no entendimento de Luciano Benetti Timm (2008, p. 90), há dois modelos de ordem econômica constitucional: um modelo liberal, nas suas palavras, “que respeita e institucionaliza as relações espontâneas de mercado, protetor da propriedade, do contrato e da livre iniciativa”; e um modelo constitucional social, o qual, “sem rejeitar os postulados liberais, busca o planejamento e a intervenção do Estado nas relações de mercado, estabelecendo programas de políticas públicas vinculadas aos Poderes do Estado”.

Assim, partindo dos dois conceitos e das perspectivas históricas da evolução da ordem econômica brasileira, identifica-se o sistema nacional como liberal, visto que é baseado na livre iniciativa e concorrência, porém, sem detrimento da possibilidade de intervenção estatal na economia.

Até a queda do Governo Militar, o Estado exercia papel em diversos setores econômicos, e, devido à economia globalizada, ao enfraquecimento do Estado em relação ao seu papel indutor na sociedade, à incapacidade de desenvolver atividades econômicas, dentre outros inúmeros fatores, cresceu-se a necessidade da desestatização da economia. Leonardo Vizeu Figueiredo (2013, p. 54) elucida que:

A transferência das funções de utilidade pública do setor estatal para o privado, ampliando o leque de atuação deste, com os fenômenos da publicização (...) e da privatização, resultou para o Estado, em poderes crescentes de regulação, de fiscalização e de planejamento da atividade econômica. A retirada do Estado da prestação direta de tais atividades não significou uma redução do intervencionismo, mas uma mudança de parâmetros no foco estatal.

Tal mudança de paradigma fez com que o Poder Público focasse esforços em suas vertentes reguladora e fiscalizadora. (...) Tais funções são, atualmente desenvolvidas pelos diversos entes reguladores de mercados econômicos e setores de relevante interesse coletivo, bem como pelas autoridades que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Assim, a desestatização da economia foi possível após o marco histórico mencionado e com o movimento de redemocratização, tomando o Poder Público a forma de Estado Regulador, enquanto as atividades antes prestadas por este eram gradualmente devolvidas à iniciativa privada.

2.1 ORDEM, ECONOMIA E DIREITO

Para que o conceito de ordem econômica seja plenamente entendido, é essencial que a concepção de ordem, economia e Direito seja abordada. Mister se faz compreender como a ordem e a economia se relacionam e qual o papel exerce o Direito na conjectura econômica do Estado.

João Bosco Leopoldino da Fonseca (2010, p. 80) em sua obra conceitua ordem como uma:

Seleção direcionada dos elementos que integram um conjunto. Essa seleção se faz com um objetivo, com uma finalidade. Toda organização tem um direcionamento para uma meta, um encaminhamento de elementos para um futuro.

Ordem é, pois, conforme exposto, relacionado com organização, ou seja, um conjunto selecionado, ou organizado, com uma meta compartilhada.

Economia, na lição de Leonardo Vizeu Figueiredo (2013, p. 14):

É a ciência que estuda a forma pela qual os indivíduos e a sociedade interagem com os fatores de produção, integrando-os em um ciclo econômico (produção, circulação e consumo). É a ciência que trata dos fenômenos relativos à produção, distribuição e consumo de bens.

Nesse sentido, encaixando os conceitos elucidados de ordem e Economia, tem-se que o conjunto organizado, que é a ordem, é o próprio ordenamento jurídico-econômico, com as leis e normas que regulam a Economia, direta ou indiretamente.

Destarte, as leis e as normas, ou seja, o Direito, têm por fim dar as diretrizes que regulam a ordem e direcionar a economia, sendo aquele, no ensinamento de Leonardo Vizeu Figueiredo (2013, p.4) “o conjunto de normas das ações humanas na vida social, estabelecida por uma organização soberana e imposta coativamente à observância de todos”.

Discorre Eros Roberto Grau (2006, p. 50) que a Ordem Econômica detém duas acepções: uma ampla, que é a parcela da ordem de fato, inerente ao mundo do ser. Isto é, o tratamento jurídico dispensado para disciplinar as relações jurídicas decorrente do exercício de atividades econômicas; e uma estrita, que é a parcela da ordem de direito, inerente ao mundo do dever-ser. Isto é, o tratamento jurídico dispensado para disciplinar o comportamento dos agentes econômicos no mercado.

Também, para o referido autor (2006, p. 63):

Ordem econômica é a reunião de normas que define, de maneira institucional, um dado modo de produção econômica. Dessa forma, ordem econômica seria uma parcela da própria ordem jurídica (encontrado no mundo do dever-ser); um conjunto de normas, portanto, que institucionaliza uma determinada ordem econômica (no mundo do ser).

E, ainda, para José Afonso da Silva (apud Leonardo Vizeu Figueiredo, 2013, p. 39), “a Ordem Econômica consiste na racionalização jurídica, da vida econômica, com o fim de se garantir o desenvolvimento sustentável da Nação”.

Por fim, entende-se o direito como um conjunto de normas imperativas, que norteiam a sociedade de modo geral. Exercendo o controle da sociedade e de suas condutas, garantindo a ordem e o bem-estar geral. O fim principal do Direito é,

portanto, a regulação, impedindo, pois, os conflitos. No ensinamento de Émile Durkheim (1960, p. 17), “o Direito é a grande coluna que sustenta a sociedade”. Assim, sendo o mercado econômico intimamente relacionado com a sociedade, o Direito também o regula, impondo condutas e comportamentos. Assim, o Direito exerce controle sobre o mercado, estabelecendo a ordem econômica e evitando práticas lesivas a esta.

2.1 ORDEM CONSTITUCIONAL ECONÔMICA NACIONAL

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 1988, trouxe em seu título VII, “Da Ordem Econômica e Financeira”, as diretrizes da atual ordem econômica do país e os princípios que regem e dão efetividade ao Direito Econômico. Assim, por essa razão, o Poder Constituinte incorporou a ordem econômica como preceito a ser regido pela Carta Magna de 1988, em um capítulo próprio.

Conceitua Leonardo Vizeu Figueiredo (2013, p. 56): “por Ordem Econômica entendem-se as disposições constitucionais estabelecidas para disciplinar o processo de interferência do Estado na condução da vida da nação”, e, ainda, conforme o autor (2013, p. 56), o Estado pode atuar de forma direta, atuando por si mesmo na economia, ou indireta, quando somente monitora a atividade econômica, “intervindo quando se fizer necessário para normatizar, regular e corrigir as falhas de seu mercado interno, em prol do bem comum e do interesse coletivo”.

Ademais, nas palavras de Leonardo Vizeu Figueiredo (2013, p. 57):

A Constituição da República prevê, como regra, a intervenção indireta do Estado na Ordem Econômica, e, excepcionalmente, a intervenção direta, tão somente, nas hipóteses taxativamente previstas no texto constitucional. Ao Estado brasileiro, portanto, no que tange a seara econômica, é permitido atuar como agente normativo e regulador e, por meio dessas posições, exercer uma tríplice função: fiscalizadora, incentivadora e planejadora, a teor do que preceitua o artigo 174 da CRFB, e como agente explorador de atividade econômica, no que se refere aos casos de monopólio constitucional (art. 177, CRFB), bem como nas hipóteses de exploração concorrencial com o particular (art. 173, CRFB).

O artigo 170, portanto, da Constituição Federal é a base da ordem econômica, já que indica seus princípios, valores, fundamentos e finalidades. A

Magna Carta entende-se, então, tem o objetivo de regular e lançar as diretrizes que guiarão as atividades econômicas.

2.2.1 Dos fundamentos

De fato, os fundamentos da ordem econômica encontram-se configurados no *caput* do mencionado artigo, que estabelece:

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

Destarte, compõem o rol dos preceitos fundamentais da ordem econômica: a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa, a existência digna e a justiça social.

A Constituição Federal de 1988, a exemplo da maioria das constituições do século XX, envolve em seus princípios e regras um diálogo entre os valores sociais e liberais, assim, em seu artigo 170, aborda como fundamento da ordem econômica, a valorização do trabalho, confiando que a existência digna por meio do trabalho é intimamente ligada ao desenvolvimento da nação. Nesse sentido, explica Leonardo R. Bocorny (2003. p. 42):

A valorização do trabalho humano, esclareça-se, não somente importa em criar medidas de proteção ao trabalhador, como foi destacado nos Estados Sociais. [...],o grande avanço do significado do conceito que se deu no último século foi no sentido de se admitir o trabalho (e o trabalhador) como principal agente de transformação da economia e meio de inserção social, por isso, não pode ser excluído do debate relativo às mudanças das estruturas de uma sociedade. Assim, o capital deixa de ser o centro dos estudos econômicos, devendo voltar-se para o aspecto, talvez subjetivo, da força produtiva humana.

Portanto, a valorização do trabalho humano implica que é garantido ao homem viver dignamente, com a remuneração devida. É assegurando, para esse fim, uma gama de direitos sociais, exemplificados por Ivo Dantas (2004, p. 68):

Neste sentido, salário mínimo, piso salarial, irredutibilidade do salário e sua garantia, duração do trabalho, repouso semanal remunerado, gozo de férias, licenças à gestante e à paternidade, aposentadoria, seguro contra

acidentes de trabalho, dentre outros, são alguns dos princípios que vêm caracterizar o trabalho e a sua valorização.

Leonardo Vizeu Figueiredo, em sua obra, escreve que (2013, p. 59):

Uma vez que o trabalho é fator de produção, no qual o ser humano atua, o Estado deve intervir para regulá-lo, mantendo-se o equilíbrio de mercado, a fim de garantir que todos tenham acesso e condições dignas de emprego, mediante prestação de uma série de condutas positivas na Ordem Social.

Ao assegurar ao trabalhador condições dignas de sobrevivência, é dado ao país melhores condições de desenvolvimento, sendo, por essa razão uma das bases da estrutura da ordem econômica.

O segundo fundamento da ordem econômica é a livre-iniciativa, também uma das bases do Estado Democrático de Direito, constando no primeiro artigo da CRFB.

A livre-iniciativa implica que o Estado deve garantir o livre acesso à entrada no mundo econômico, sendo vedada a restrição ao exercício da atividade econômica. Em uma interpretação mais abrangente, pode-se dizer que o princípio garante a liberdade do indivíduo para escolher e realizar o trabalho que desejar, conforme seu livre-arbítrio, sem interferência desmotivada e desnecessária do Poder Estatal.

José dos Santos Carvalho Filho (2012, p. 901) conceitua:

Trata-se, na verdade, da liberdade de exploração de atividades econômicas sem que o Estado as execute sozinho ou concorra com a iniciativa privada. A livre iniciativa é o postulado maior do regime capitalista. O fundamento em foco se completa, aliás, com a regra do art. 170, parágrafo único da CF, segundo o qual a todos é assegurado o livre exercício de qualquer atividade econômica, sem necessidade de autorização de órgãos públicos, à exceção dos casos previstos em lei.

Ainda acerca do tema, Leonardo Vizeu Figueiredo (2013, p. 59) leciona em sua obra:

É corolário do liberalismo econômico de Adam Smith, que se presente nos textos constitucionais, ainda que de forma bastante mitigada. Significa a liberdade de entrar, permanecer e sair o mercado, sem interferências externas. Observe-se que não há mais espaço para o *Laissez-faire, laissez-passer; le monde va de lui-même*, uma vez que, como veremos, o Estado atua como agente normativo e regulador de sua Ordem Econômica. Todavia, com base no princípio da subsidiariedade, a intervenção estatal

somente se fará presente onde for necessária. Nos nichos de nossa economia onde não se apontar para a necessidade de interferência do Poder Público, o mercado se autorregulará.

É necessário atentar para o fato de que por vezes o Estado toma para si o exercício de certas atividades econômicas, como nos casos de segurança nacional ou de interesse coletivo, não possuindo, portanto, caráter absoluto.

Por sua vez, o fundamento da existência digna dialoga com a valorização do trabalho, no sentido de que a garantia de um trabalho que, tão-somente por si só, promova o sustento do indivíduo, traduz a sobrevivência digna do ser humano.

Assim, o fundamento da existência digna corresponde ao Estado direcionar a atividade econômica para a erradicação da pobreza, a fim de acabar com as desigualdades e injustiças sociais. Aplicando, para essa finalidade, políticas que promovam a distribuição de renda.

O último dos fundamentos da ordem econômica é justiça social e, para Eros Roberto Grau (2006, p. 208), “justiça social, inicialmente quer significar superação das injustiças na repartição, a nível pessoal do produto econômico (...) passando a consubstanciar exigência de qualquer política econômica capitalista”. Já José Afonso da Silva (2001, p. 767) entende que a “justiça social só se realiza mediante eqüitativa distribuição da riqueza”.

Nas palavras de Leonardo Vizeu Figueiredo (2013, p. 60), a justiça social:

Trata-se, portanto, do compartilhamento social de todos os riscos e riquezas da Nação, a fim de que o desenvolvimento socioeconômico de um seja equitativamente distribuído a todos os membros da sociedade.

Justiça social traduz-se, então, na justiça distributiva, ou seja, na política de distribuição de renda, a fim de asseverar a todos o acesso indiscriminado à satisfação de suas necessidades fundamentais, repartindo os bens entre os membros da sociedade e garantindo uma proporção entre os mais e menos favorecidos.

2.2.2 Dos princípios

O artigo 170 da Constituição Federal elenca em seus incisos os princípios basilares da ordem econômica, dispondo que esta deve ser pautada na soberania

nacional, na propriedade privada, na função social da propriedade, na livre-concorrência, na defesa do consumidor, na proteção ao meio-ambiente, na redução das desigualdades regionais e sociais, na busca do pleno emprego e no favorecimento às empresas de pequeno porte brasileiras, com sede e administração no país e constituídas por leis nacionais.

Ensina André Ramos Tavares (2003, p.134):

Além daqueles princípios fundamentais – livre iniciativa e valor social da iniciativa humana – enumerados em seu *caput*, o art. 170 das Constituição relaciona em seus nove incisos os princípios constitucionais da ordem econômica, afirmando que esta tem por fim assegurar a existência digna, conforme os ditames da justiça social, respeitados os seguintes princípios: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país. Estes princípios perfazem um conjunto cogente de comandos normativos, devendo ser respeitados e observados por todos os “Poderes”, sob pena de inconstitucionalidade do ato praticado ao arrepio de qualquer deles. Portanto, serão inadmissíveis (inválidas) perante a ordem constitucional as decisões do Poder Judiciário que afrontarem estes princípios, assim como as leis e qualquer outro ato estatal que estabelecer metas e comandos normativos que, de qualquer maneira, ponham-se ou violem tais princípios.

O primeiro inciso do artigo 170, da CRFB, traz como princípio a soberania nacional, a qual é um dos elementos do Estado e o artigo 1º da Carta Magna a traz como o fundamento do Estado Democrático de Direito:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I – a soberania; (...)

A soberania nacional é pressuposto para a existência do Estado, sendo a soberania política um complemento à soberania econômica, esta traduzida no objetivo de conceder a todos um padrão de vida digno.

Na visão de Leonardo Vizeu Figueiredo (2013, p. 61):

A soberania nacional somente se efetiva, tanto interna quanto externamente, quando a Nação alcança patamares de desenvolvimento econômico e social que lhe garantam a plena independência nas suas decisões políticas, sem a necessidade de auxílios internacionais. Em outras palavras, somente existirá Estado soberano onde houver independência econômica. Assim, as normas de direito econômico devem, antes de tudo,

primar pela plena garantia de desenvolvimento socioeconômico da Nação, pautando suas políticas de planejamento em ações efetivas que promovam o crescimento sustentável do Brasil.

Nesse sentido, a soberania almeja o desenvolvimento econômico e social, através da valorização do trabalho humano, a fim de proporcionar a dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, o desenvolvimento social econômico da Nação.

A propriedade privada é o segundo princípio esculpido no artigo 170 da Magna Carta. Como já dito, a garantia da propriedade privada além de encontrar-se disposta no dispositivo mencionado, é também assegurada no artigo 5º, inciso XVII da referida Carta. O princípio envolve o poder de usar, gozar, dispor e perseguir um bem, em caráter exclusivo e perpétuo.

Tal garantia, consoante Leonardo Vizeu Figueiredo (2013, p. 62), garante “aos agentes econômicos o direito à propriedade dos fatores de produção e circulação de bens em seus respectivos ciclos econômicos, sendo instrumento garantidor da livre-iniciativa de empreendimentos privados”.

Embora a propriedade privada seja um direito fundamental, o seu caráter absoluto caiu em desuso, visto que deve esta ser disposta atendendo a sua função social, conforme se verá a seguir.

Como dito anteriormente, a propriedade privada é assegurada por dispositivos constitucionais, porém, tal concepção não é absoluta e universal, pois a propriedade deve atender sua função social, a qual vem a ser outro princípio da ordem econômica e, sua inobservância pode incidir na desapropriação.

De acordo com Leonardo Vizeu Figueiredo (2013, p. 63), o princípio em questão:

Consiste no condicionamento racional do uso da propriedade privada imposto por força de lei, sob pena de expropriação, no qual o Poder Público interfere na manifestação volitiva do titular da propriedade, garantindo que a fruição desta atinja fins sociais mais amplos de interesse da coletividade, tais como o bem-estar social e a justiça distributiva.

Assim, a função social da propriedade encerra-se no uso da propriedade atendendo a um objetivo maior, previamente estabelecido em lei, e a inobservância deste possibilita a interferência do Poder Estatal na esfera privada do proprietário, podendo causar, como mencionado, a expropriação. Seguindo essa lógica, a

propriedade não sofrerá intervenção estatal enquanto for utilizada segundo sua finalidade social.

Por sua vez, o princípio da livre concorrência encontra-se disposto no inciso IV, do artigo 170, CRFB. O princípio em análise é um complemento ao fundamento da livre-iniciativa, e é através dele que aquele se orienta. São, pode-se afirmar, as principais bases da Ordem Econômica, e o alvo de proteção por parte do SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

A livre concorrência assegura aos agentes econômicos a existência da competição entre eles e, ainda, a presença de oportunidades iguais a todos. Sobre o assunto, Tércio Sampaio Ferraz Júnior (apud Eros Roberto Grau, 2006, p.233) esclarece:

A livre concorrência de que fala a atual Constituição como um dos princípios da ordem econômica (...) trata-se, modernamente, de um processo comportamental competitivo que admite gradações tanto de pluralidade quanto de fluidez. É este elemento comportamental – a competitividade – que define a livre concorrência. A competitividade exige, por sua vez, descentralização de coordenação como base da formação de preços, o que supõe livre iniciativa e apropriação privada dos bens de produção. Neste sentido, a livre concorrência é a forma de tutela do consumidor, na medida em que a competitividade induz a uma distribuição de recursos a mais baixo preço. De um ponto de vista político, a livre concorrência é garantia de oportunidades iguais a todos os agentes, ou seja, é uma forma de desconcentração de poder. Por fim, por um ângulo social, a competitividade deve gerar extratos intermediários entre grandes e pequenos agentes econômicos, como garantia de uma sociedade mais equilibrada.

Por meio da livre concorrência, alcança-se o equilíbrio do mercado, pois é assegurado aos agentes econômicos a liberdade de competição e a permanência de todos que concorram entre si em seus respectivos mercados. É vital a proteção ao princípio, para que não se cometa atos abusivos, que possam ferir ou até eliminar a competição saudável.

Por conseguinte, o princípio da defesa do consumidor dialoga intimamente com o princípio da livre-concorrência, posto que ambos são princípios de integração e defesa de mercado, compondo-se de fornecedores e consumidores.

Rizzato Nunes (2004, p. 56) em sua obra defende:

Ao estipular como princípios a livre concorrência e a defesa do consumidor, o legislador constituinte está dizendo que nenhuma exploração poderá atingir os consumidores nos direitos a eles outorgados (que estão regrados na Constituição e também nas normas infraconstitucionais). Está também

designando que o empreendedor tem para oferecer o melhor de sua exploração, independentemente de atingir ou não os direitos do consumidor. Ou, em outras palavras, mesmo respeitando os direitos do consumidor, o explorador tem de oferecer mais. A garantia dos direitos do consumidor é o mínimo. A regra constitucional exige mais. Essa ilação decorre do sentido da livre concorrência.

A defesa do consumidor consiste na proteção que o Estado confere ao consumidor, que é a base do ciclo econômico e, portanto, o ponto de partida para a produção e circulação dos bens ou serviços. O ciclo econômico inicia-se com a produção ou fornecimento do bem ou serviço, desenvolve-se com sua circulação ou distribuição e é concluído pela aquisição por parte do consumidor final, tornando este a parte fundamental do ciclo.

O princípio age como um “freio” à livre-iniciativa, a qual assegura que as empresas ajam livremente, porém, devendo respeitar a dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, a primazia do trabalho, o meio ambiente, os direitos do consumidor, dentre outros.

O sexto princípio, a defesa ao meio-ambiente, consiste na preservação e utilização racional dos bens e fatores de produção naturais. Consiste, também, em utilizar planejadamente os bens de produção naturais, evitando, assim, o esgotamento deles. Outro ponto que merece destaque quando a esse princípio é o objetivo de promover a proteção ao meio ambiente contra a poluição, causadora de alterações anormais e degradação da fauna e da flora.

A redução das desigualdades regionais e sociais, além de princípio da ordem econômica, constitui um fundamento da República Democrática brasileira, sendo exteriorizado pelo artigo 3º da Constituição Federal.

O princípio reside na ideia de que é preciso buscar a equiparação das riquezas entre as diversas regiões do país, ou seja, o compartilhamento em igualdade do desenvolvimento social advindo da exploração econômica, alicerçando-se no conceito de justiça distributiva.

Já o princípio da busca do pleno emprego tem como finalidade assegurar que a população economicamente ativa esteja exercendo atividades geradoras de renda, para si e para o país.

Para muitos autores, tal princípio é considerado utópico, em razão do alto índice de desemprego no país, além de constituir uma política de médio a longo prazo, não tendo possibilidade de ser concretizada a curto prazo

Por fim, o inciso IX do artigo 170 estabelece o favorecimento às empresas de pequeno porte, constituídas sob leis brasileiras e que tenham sede e administração no país, visando o tratamento igualitário, apoiando-se na máxima que busca tratamento igual para os iguais, e desigual para os desiguais, na medida de suas diferenças.

Nas palavras de Lafayete Josué Petter (2005, p. 266),

A economia deixada a agir tão-somente segundo as livres forças do mercado, tende a situações monopolísticas e oligopolísticas: empresas de grande vulto controlam parcela significativa do mercado, impondo aos concorrentes a dura realidade através do poder econômico que representam. São naturais, então, as dificuldades de criação e desenvolvimento a que pequenas e micro ficam expostas. Neste sentido, a adoção de um tratamento favorecido pode fomentar a sobrevivência dos pequenos, provocando maior presença de agentes econômicos na economia, o que invariavelmente se traduz em benefícios a consumidores e ao próprio mercado em face do estímulo da concorrência.

Busca-se compensar as empresas de médio e pequeno porte em razão das fraquezas ou inferioridades a que possam ser submetidas, em razão de sua grande parcela de atuação no mercado econômico atualmente.

2.3 ESTADO REGULADOR, INTERVENÇÃO NA ORDEM ECONÔMICA E LIVRE CONCORRÊNCIA

O estudo da atual concepção da intervenção na ordem econômica deve tomar como ponto de partida o declínio do Estado Absolutista, regime que tinha raízes na máxima "*L'état c'est moi*" (O Estado sou eu), e era caracterizado pela concentração de poderes nas mãos do rei, sendo garantido a este o poder e a soberania absolutos.

O absolutismo impedia o surgimento de ideias que se opusessem ao regime, propiciando os casos de abusos cometidos pelo Monarca. A situação gerou insatisfação à sociedade, que via cada vez mais a necessidade de estipular direitos e garantias individuais os que os protegessem. Assim, o ideal absolutista e o poder político centralizado deu lugar ao Estado Liberal.

O Estado Liberal garantia a absoluta liberdade aos indivíduos no plano político e econômico e condenava toda e qualquer intervenção estatal, devendo a

economia ser regulada por uma ordem natural. À luz de Maria Luiza Feitosa (apud André Gomes de Sousa Alves, 2011, p.78):

O Estado teria poderes e funções limitados pelas mediações jusnaturalista e contratualista, configurando-se a matriz do Estado Liberal que se estruturava no ordenamento jurídico e se justificava numa ordem natural da economia.

A plena liberdade dos cidadãos assegurava o exercício da atividade econômica sem restrições e a liberdade de mercado, ou seja, o mercado era autorregulado, sem interferência estatal. Nas palavras de Fernando Herren Aguillar (2009, p. 62), “a Economia deveria movimentar-se livremente, sem interferência do Estado, deixando que a lei da oferta e da procura resolvesse os problemas que surgissem”. Era o chamado Estado Mínimo.

A concepção da liberdade pressupunha equilíbrio, de modo que, para o pleno liberalismo, era necessário igualdade entre os concorrentes, e, através desta, o surgimento da concorrência perfeita, para que fossem alcançados os interesses coletivos dos indivíduos. A ausência de tais pressupostos implicaram no surgimento dos monopólios, no acirramento das desigualdades sociais e no advento de diversas crises econômicas, o que culminou na crise do liberalismo, e, em maior escala, nos conflitos bélicos da Primeira e Segunda Guerras Mundiais.

Num contexto de concentração de poder nas mãos de poucos, de práticas abusivas e atentados à livre-concorrência, surgiram as primeiras leis antitruste nos Estados Unidos, em defesa ao intervencionismo do Estado no mercado.

Logo, surgiu o Estado Intervencionista em resposta às calamidades existentes à época e ao desastre do Regime Liberal. O intervencionismo estatal era caracterizado pela atuação do Estado visando evitar os abusos econômicos próprios do Regime Liberal.

Também chamado de Estado Social, Estado do Bem-Estar Social, ou *Welfare State*, buscava-se o desempenho de atividades que promovessem o desenvolvimento social, garantindo aos hipossuficientes suas necessidades básicas e, aos cidadãos, o bem estar e os direitos sociais. À citação de Leonardo Vizeu Figueiredo (2013. p.43):

Neste modelo, o Estado assume responsabilidades sociais crescentes em caráter de prestações positivas, como a previdência, habitação, saúde,

educação, assistência social e saneamento, ampliando, cada vez mais, seu leque de atuação como prestador de serviços essenciais. Outrossim, o Estado atua como empreendedor substituto em áreas e setores considerados estratégicos para o desenvolvimento da nação.

Em vista à atuação pública em todas as esferas sociais e econômicas, o Estado foi sobrecarregado, já que assumiu atividades superiores a sua capacidade, gerando um déficit no orçamento público. Em outras palavras, o Estado interventor se mostrou ineficiente, não promovendo o necessário aos cidadãos e, ainda, provocando vultuosos endividamentos aos cofres públicos. Ensina Luciana Pires Dias (apud André Gomes de Sousa Alves, 2011, p. 80):

Os Estados, no entanto, a fim de atender ao interesse público, tornaram-se máquinas enormes, burocráticas e ineficientes, mormente utilizadas em prol do interesse público da elite (política ou econômica), e raramente norteadas pela ideia de interesse público. Diversos monopólios estatais ineficientes foram criados em setores cuja estrutura permitiria a participação não predatória de uma multiplicidade de agentes. Ou seja, o modelo intervencionista também acabou por demonstrar-se incapaz de atender às demandas da complexa sociedade moderna.

Assim, o controle estatal chegou à exaustão, o que resultou no surgimento do Estado Neoliberal, ou Estado Regulador. No novo regime, o Poder Público não mais intervém na economia de modo direto, atuando, agora, para corrigir imperfeições do mercado, quando este não for capaz de autorregular-se. Busca-se, então, a promoção da dignidade da pessoa humana e da liberdade de mercado, baseada livre-iniciativa e na livre concorrência.

A regulação da Ordem Econômica evita a concentração de poder e os abusos econômicos e, para alcançar esse propósito, o Estado promove a livre concorrência e a liberdade de iniciativa, a fim de que haja equilíbrio no âmbito concorrencial e seja alcançada a plenitude dos interesses coletivos.

A iniciativa privada detém a predominância de atuação no mercado, dessa forma, o Estado somente pode atuar quando aquela, por si só, não conseguir alcançar seu fim, que, como já mencionado, é os interesses coletivos. Dessa maneira, é atribuída às autoridades reguladoras, a exemplo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, a regulação da Ordem Econômica.

3 DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE – ENQUANTO ÓRGÃO DE PROTEÇÃO À LIVRE CONCORRÊNCIA NA ORDEM ECONÔMICA

O CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica – compõe o chamado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, juntamente com a SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico.

Tal órgão foi instituído com a finalidade de proteger o interesse coletivo, visto que o CADE regula as relações da cadeia econômica brasileira, garantindo a livre concorrência e a livre iniciativa no Brasil.

A proteção à livre concorrência no Brasil é exercida por um órgão julgante, denominado Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, o qual é auxiliado pela Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, os quais compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC.

Durante a vigência da Lei nº 8.884, de 1994, o SBDC era composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, porém apenas na forma de um tribunal administrativo, pela Secretaria de Direito Econômico, órgão subordinado ao Ministério da Justiça, com funções investigativas e instrutórias, e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico, órgão subordinado ao Ministério da Fazenda, com atribuições de assessoramento técnico.

A principal missão do Sistema de Defesa da Concorrência é impulsionar as práticas concorrenciais econômicas, por meio da repressão e prevenção contra abusos econômicos que prejudiquem a economia competitiva.

Assim, nos dizeres de Leonardo Vizeu Figueiredo (2013, p. 234), as três bases do SBDC são:

- a) o controle de estruturas do mercado: via apreciação de fusões e aquisições entre empresas (atos de concentração);
- b) a repressão das condutas anticompetitivas; e
- c) a promoção da livre concorrência.

Disciplinada pelo artigo 19, da Lei nº 12.529/2011, a Secretaria de Acompanhamento Econômico é um órgão auxiliar ao CADE, incumbido de realizar consultoria e assessoramento técnico, emitindo pareceres técnicos a fim de subsidiar as decisões da Autarquia.

À SEAE compete a regulação tarifária, ou seja, acompanhar os preços da economia e subsidiar decisões em matéria de reajustes e revisões de tarifas públicas.

Da mesma forma, é atribuição da SEAE apreciar os atos de concentração entre empresas e reprimir condutas anticoncorrenciais, além de promover a concorrência em órgãos do governo e perante a sociedade, por meio da identificação de falhas em estruturas reguladoras vigentes, assim como em diversos setores, falhas essas que induzem a um desempenho menos eficiente. Atua, dessa maneira, em conjunto com as Agências Reguladoras federais, a exemplo da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, ou da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL.

Em decorrência dos avanços na economia brasileira, o Estado se viu na necessidade de implementar um órgão capaz de tutelar a concorrência, logo, foi criado a partir da Lei nº. 4137/1962 o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, também chamado de CADE, transformado em autarquia federal por meio de uma lei posterior, a Lei nº. 8.884/94.

3.1 CONCEITO

Em resumo, o Conselho Administrativo de Defesa econômica é um órgão que busca a igualdade de condições no enfrentamento e na conquista do mercado econômico. Coube ao Estado, pois, a implementação deste órgão, incumbido da chamada promoção da concorrência, com vistas ao combate do abuso econômico.

José Inácio Gonzaga Franceschini (1998, p. 281) aponta o CADE como

o mandatário da coletividade e o advogado da livre concorrência na tarefa de restaurar a paz e a ordem econômico-jurídicas atingidas pela infração à ordem econômica, ou seja, pela violação dos preceitos assecuratórios da livre concorrência, instrumento vital da livre iniciativa.

Portanto, segundo o autor, o órgão tem como objetivo principal o equilíbrio dos interesses econômicos, agindo conforme o princípio da livre concorrência, estabelecido no *caput* do artigo 170 da Constituição Federal, além de punir as violações à livre iniciativa e à livre concorrência.

3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Conforme aponta Fernando Herren Aguillar (2009, p. 254), ao tratar das origens do Direito Concorrencial, a primeira lei antitruste contemporânea foi o *Act for the Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraint of Trade*, criado em 1889, no Canadá. Tal normal pioneira tinha a finalidade de evitar ajustes com fins de restringir o comércio, por meio da fixação de preços ou a limitação da produção. Porém, ainda de acordo com o mesmo autor (2009, p. 254):

(...) o texto legislativo mais conhecido e influente entre nós é o *Sherman Act*, instituído em 1890, nos Estados Unidos. O período em que se originou corresponde a uma época de excepcional desenvolvimento da economia norte-americana, iniciado por volta da década de 1870, com importantes transformações tecnológicas e um fortalecimento contínuo da economia industrial. Os Estados Unidos se tornaram um centro de atração de imigrantes e de capitais de todas as partes do mundo, devido ao seu intenso vigor produtivo.

Inicialmente, o Sherman Act, ou Lei Sherman, foi promulgado com o objetivo de proteger o consumidor em face ao poder econômico abusivo do mercado. Mas, como se vê, os avanços econômicos fizeram mister a criação de uma lei que regulasse a economia, portanto, aplicou-se a referida lei aos casos de práticas desleais entre concorrentes.

Paula Forgioni (2005, p.200) ensina:

O Sherman Act de 1890 representa, para muitos, o ponto de partida para o estudo dos problemas jurídicos relacionados à disciplina do poder econômico. Com efeito, essa legislação deve ser entendida como o mais significativo diploma legal que corporificou a reação contra a concentração de poder em mãos de alguns agentes econômicos, procurando discipliná-la. Não se deve dizer que o Sherman Act constitui uma reação ao liberalismo econômico, pois visava, justamente, a corrigir distorções que eram trazidas pela excessiva acumulação de capital, ou seja, corrigir as distorções criadas pelo próprio sistema liberal. Não obstante a opinião contrária da parte da doutrina americana, o Sherman Act tratou, em primeiro momento, de tutelar o mercado (ou sistema de produção) contra seus efeitos autodestrutíveis.

O *Sherman Act* foi complementado em 1914, pela edição do *Federal Trade Commission Act*, de 26 de setembro, e do *Clayton Act*, de 15 de outubro. De acordo com William Kovacic e Carl Shapiro (1999, p.6):

¹O Clayton Act reduziu a discricionariedade judicial proibindo algumas uniões arranjadas, tais como os acordos de exclusividade, a fixação de preços e outras variáveis concorrenciais e concentrações obtidas pela compra de fundos. O FTC Act finalizou o executive branch's public enforcement monopoly (formação de um corpo administrativo para construção de uma política antitruste).

O Direito Antitruste norte-americano foi de grande importância para o Direito Concorrencial de vários países, inclusive do Brasil, tendo exercido vasta influência nas normas que tratam do mérito. O próprio CADE, abordado no presente trabalho, teve sua criação baseada no instituto americano anteriormente citado, o *Federal Trade Commission Act*. Aponta Lúcia Helena Salgado (2007, p.2):

A lei criou o Cade como um tribunal administrativo inspirado no desenho norte-americano de agências, em particular da Federal Trade Commission, sua congênere naquele país.

No mesmo sentido, ao se verificar os fundamentos do chamado FTC, é notável a influência de tal órgão na legislação brasileira e no CADE, conforme demonstra o autor Marc Winerman no artigo *The Origins of The FTC* (2003, p.97):

²Ainda assim, muito da estrutura de 1914 permanece intacta. Então, como agora a Comissão pôde editar ordens para proibir formas de concorrência desleal. Então, como agora, as suas atribuições legais foram complementadas pelo controle da autoridade sobre violações da lei especificamente definidas, inicialmente aqueles no âmbito da Lei Clayton. O

¹ The Clayton Act reduced judicial discretion by specifically prohibiting certain tying arrangements, exclusive dealing agreements, interlocking directorates, and mergers achieved by purchasing stock. The FTC Act ended the executive branch's public enforcement monopoly by forming an administrative body to make antitrust policy. (KOVACIC, William. SHAPIRO, Carl. *Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking*. 1999. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=506284. Acesso em: 13/01/2014.)

² Still, much of the 1914 framework has remained intact. Then, as now, the Commission could issue orders to prohibit unfair methods of competition. Then, as now, its general statutory mandate was supplemented by enforcement authority over specifically defined law violations, initially those under the Clayton Act. Most importantly, then, as now, the agency combined formal powers to investigate (those emphasized in the House debate), formal powers to prosecute (those emphasized in the Senate debate), and informal authority to educate and work with business to facilitate compliance with the law (those emphasized by Wilson). These authorities would provide fertile ground for the agency to grow and adapt as it addressed changing times and, at its best, to shape its broad mandate to the needs of those times. (WINERMAN, Marc. *The Origins of The FTC: Concentration, Cooperation, Control and Competition*, *Antitrust Law Journal*, v. 71, p.2. Disponível em: <http://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/federal-trade-commission-history/origins.pdf>.> Acesso em: 09/01/2014.)

mais importante, então, como agora, a agência combinou poderes formais para investigar (aqueles enfatizado no debate House), poderes formais para processar (aqueles enfatizado no debate do Senado), e autoridade informal para educar e trabalhar com as empresas para facilitar o cumprimento da lei (aquelas enfatizadas por Wilson). Estas autoridades forneceriam terreno fértil para a agência crescer e se adaptar, uma vez que abordou tempos de mudança e, no seu melhor, a moldar seu amplo mandato para as necessidades daqueles tempos.

No Brasil, a partir do século XIX, buscou-se privilegiar a concentração, com o objetivo de fortalecer a indústria nacional, e, desta forma, a formação de grandes conglomerados era vista com bons olhos pelo sistema econômico. Tal concepção somente mudou na década de 1990, quando houve o fortalecimento do Direito Concorrencial no país, em razão do entendimento da concorrência como um instrumento de controle de preços e de qualidade e de serviços.

No âmbito constitucional, somente com o advento da Constituição de 1934 houve importante modificação nas questões de ordem econômica. Nesta constava um título destinado à Ordem Econômica e Social, no qual era garantida a liberdade econômica. Estabelecia em seus artigos 116 e 117:

Art. 116. A União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica;

Art. 117. A lei deverá promover o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito; da mesma forma deverá providenciar a nacionalização das empresas de seguros.

A Constituição de 1946 seguiu as normas antitrustes norte-americanas. O seu artigo 148 dispunha:

Art. 148. A lei reprimirá a toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas, individuais ou sociais, seja qual for sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

Foi, pois, durante a vigência da Constituição de 1946 que foi editada a Lei nº 4.137/62, cujo artigo 8º criou o CADE, responsável pela averiguação e combate aos abusos do poder econômico. Entretanto, o CADE não constituía um órgão eficaz, tendo agido em poucos casos. Alegou Moniz Bandeira (1979, p.136):

O CADE, em todos os seus anos de existência [na época] sempre se caracterizou pela inoperância, jamais tomando qualquer atitude para coibir os abusos do poder econômico, que lhe chegaram ao conhecimento.

A “defesa da economia popular”, que havia se iniciado na vigência da Constituição de 1937, foi consolidada em 1994, com o advento da Lei nº. 8.884, de 1994, a qual transformou o CADE em autarquia federal, fortalecendo sua autonomia e reformulando seu papel no controle da concorrência, e, ainda, regulou o chamado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Nas palavras de Fernando Aguillar (2006, p. 262):

A Lei nº 8.884 trata das questões concorrenciais em dois planos fundamentais: o controle da concentração empresarial (também chamado de controle estrutural) e o controle das condutas anticoncorrenciais (controle de conduta)

A tutela da livre concorrência foi reforçada pela edição da Lei nº. 12.529, de 2011, a denominada Nova Lei Antitruste, atuando no controle das condutas anticoncorrenciais e no controle das estruturas.

3.3 NATUREZA JURÍDICA

Com o advento da Lei nº 8.884, de 1994, o CADE foi transformado em autarquia federal, vinculado ao Ministério da Justiça. Tal transformação foi obtida em razão da descentralização administrativa, que, segundo Bandeira de Mello, (2004, p. 139), acontece quando “o Estado transfere o exercício de atividades que lhe são pertinentes para particulares, ora cria pessoas auxiliares suas para desempenhar os cometimentos dessarte descentralizados”.

Ainda nas anotações de Bandeira de Mello (2004, p.147):

Autarquia é a pessoa jurídica de direito público de capacidade exclusivamente administrativa que goza de liberdade nos limites da lei que a criou; não é subordinada a órgão algum do Estado, mas apenas controlada pelo Estado.

Da mesma forma, define Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003, p. 365):

A autarquia é pessoa jurídica de direito público, o que significa ter praticamente as mesmas prerrogativas e sujeições da Administração Direta.

O seu regime jurídico pouco difere do estabelecido para esta, aparecendo, perante terceiros, como a própria Administração Pública; difere da União, Estados e Municípios – pessoas públicas políticas – por não ter capacidade política, ou seja, o poder de criar o próprio direito; é pessoa pública administrativa, porque tem apenas o poder de autoadministração, nos limites estabelecidos em lei.

Aponta a referida autora que as autarquias detêm as seguintes características: a criação por lei, a personalidade jurídica, a capacidade de auto-administração, a especialização dos fins ou atividade e a sujeição a controle ou tutela.

Portanto, sendo estas características das autarquias, por conseguinte serão do CADE, o que se explicita na sua liberdade administrativa e sua sujeição a controle, e não subordinação.

O artigo 3º da Lei nº 8.884/1994 se refere ao CADE como “um órgão julgante com jurisdição em todo território nacional”. Tal afirmação, de que o CADE é um órgão julgante é criticada por parte da doutrina, sendo alegado por alguns, e exemplo do Professor Washington Peluso A. de Sousa, que as decisões do CADE não fazem coisa julgada, assim, não podem ser tidas como decisões judiciais. Afirma (2005, p. 263):

Sempre considerado como um ‘órgão julgante’, embora, como vimos, suas ‘decisões’ não constituam ‘sentenças’ no sentido de fazerem ‘coisa julgada’, tem sido tomado como um ‘quase-tribunal’, uma espécie de prenúncio do Tribunal Administrativo, ou equiparado ao Tribunal Marítimo, segundo o voto de um dos seus conselheiros, ‘pela singularidade dentro da ordem pública, por ter um caráter, uma missão, um fim jurídico-administrativo de executor e fiscal de uma lei de repressão e punição a abusos e crimes que possam ocorrer na ordem econômica’. Analisado pelos mais diversos prismas, especialmente com relação à justiça comum, por essa autonomia agora conquistada, a sua situação não se modifica a esse respeito. No entanto, na medida em que a economia nacional se desenvolve, e tanto o crescimento das empresas nacionais quanto a presença de empresas alienígenas se fazem sentir no mercado brasileiro, a presença do CADE vem sendo solicitada com crescente insistência. A própria natureza das atividades negociais leva a essa situação, seja pela vigilância contra atos considerados legalmente abusivos, porém que constituem sua rotinas de ação na busca do lucro, como na maior conveniência de encontrar soluções administrativas ou negociadas, na área da competência julgante do CADE, evitando as delongas e os inconvenientes das lides judiciais. (...)

A autonomia decorrente da natureza da autarquia confere ao CADE maior poder de ação, que embora não chegando à equiparação com o Poder Judiciário, liberou-o de um dos passos burocráticos de dependência da administração central para certos tipos de atuação que requerem maior presteza na objetivação.

Apesar de opiniões contrárias, a definição do CADE como um órgão judicante prepondera na doutrina majoritária.

3.4 FUNÇÕES

O CADE atua de três formas, tendo, portanto, basicamente três funções: repressiva, preventiva e educativa. A função repressiva, também chamada de controle comportamental, ou controle de condutas, tem como fim reprimir as condutas anticoncorrenciais; enquanto a preventiva, também chamada de controle estrutural, visa controlar os atos ou contratos que possam implicar em concentração ou abuso econômico. A educativa se relaciona com a necessidade de instruir a população acerca das infrações de ordem econômica;

A absoluta proteção do sistema econômico será alcançada com a aplicação em concomitância do controle estrutural e comportamental, assim, como acredita Calixto Salomão Filho (1998, p. 19), “o controle dos comportamentos é o complemento necessário para o controle das estruturas”.

3.4.1 Função repressiva

A função repressiva está prevista no artigo 36, em seus incisos e no parágrafo terceiro, da lei nº 12.529/2011, tipificando as infrações à ordem econômica.

No exercício do controle de condutas, a autoridade antitruste analisa, nos dizeres de Lúcia Helena Salgado (2007, p.6), os seguintes aspectos:

- a) a existência de racionalidade na conduta denunciada ou cujos indícios são identificados; b) os efeitos sobre o mercado consumidor; e c) a geração de eficiências, compartilháveis com os consumidores, a partir da adoção da conduta em questão.

O artigo 36 estabelece as condutas que se caracterizam como prejudiciais à economia, em sentido amplo, o que quer dizer que basta que haja o objetivo, mesmo que não cumprido de realizar alguma das consequências dispostas: 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; ou, iv) exercer de forma abusiva posição dominante.

Por sua vez, o parágrafo 3º do artigo mencionado traz em rol exemplificativo hipóteses que configuram ilícitos concorrenciais, desde que se encaixem nas práticas descritas no caput do artigo, ou seja, desde que produzam ou possam produzir os efeitos mencionados neste dispositivo.

3.4.1.1 Sanções por infrações à ordem econômica

Se identificado um caso de infração econômica, é deliberado sua cassação, além das penalidades determinadas nos artigos 37 e 38, da Lei nº 12.529/2011, como uma multa administrativa, “correspondente a de um a vinte por cento do valor do faturamento bruto no seu [da empresa] último exercício (...)”, ou punições administrativas, a exemplo de proibição de contratar com instituições financeiras e de participar de licitações.

Determinam os artigos 37 e 38, da Lei nº 12.529/2011:

Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;

II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais);

III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.

Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

I - a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas;

II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal,

estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos;

III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;

IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito;

b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;

V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade;

VI - a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e

VII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

Com o recebimento de uma denúncia, o Superintendente-Geral do CADE, que detém poderes de investigação pode tomar três medidas, a explanar Leonardo Vizeu Figueiredo (2013, p. 239):

Ao receber a denúncia, o Superintendente-Geral pode tratá-la por três tipos distintos de processo, à sua escolha, por decisão discricionária: a) procedimento preparatório; b) inquérito administrativo; e c) processo administrativo. Caso o Superintendente Geral escolha o primeiro tipo e decida, em seguida, arquivar a denúncia, sua decisão é irrecorrível, isto é, se o Tribunal não poderá, em hipótese alguma revê-la. Caso o Superintendente-Geral escolha o segundo tipo, é admitida tão somente, a avocação do inquérito pelo Tribunal, mas o interessado não poderá recorrer. Apenas se o Superintendente-Geral escolher o terceiro tipo, o processo será necessariamente encaminhado ao Tribunal para julgamento.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência deve realizar processo administrativo no caso de denúncia com indícios contundentes, com finalidade de analisar os fatos e verificar a ocorrência de atos anticoncorrenciais e, além disso, deve-se também ser dada a ciência ao Ministério Público para que o processo seja encaminhado para esfera criminal.

3.4.1.2 Acordo de Leniência

O acordo de leniência, introduzido pela Lei nº 10.149/2000, é celebrado quando o membro de um cartel colabora com as investigações e denuncia a existência daquele. Em troca, sua pena pode ser reduzida em de um a dois terços, ou pode haver a extinção da ação punitiva. O acordo será celebrado entre o agente

e a União, por meio da Superintendência-Geral do CADE. À luz de Leonardo Vizeu Figueiredo (2013, p. 335), o programa de leniência visa a:

Detectar, investigar e punir infrações contra a ordem econômica, notadamente aquelas expressas na Lei de Proteção à Concorrência; informar e orientar permanentemente as empresas e os cidadãos em geral, a respeito dos direitos e garantias previstos na legislação antitruste; conscientizar os órgãos públicos a respeito da importância do acordo de leniência como instrumento fundamental de repressão e punição das infrações contra a ordem econômica; e assistir, apoiar, orientar e incentivar os proponentes à celebração de acordo de leniência.

Ademais, a referida lei, em seu artigo 35B, indica que para que possa haver o acordo de leniência, os seguintes requisitos devem ser preenchidos cumulativamente, conforme a Cartilha de Combate a Cartéis e Programa de Leniência (2009, p. 20):

- (a) O proponente (empresa ou pessoa física) deve ser o primeiro a se apresentar à SDE e a admitir sua participação na prática denunciada. Se uma empresa se habilita para leniência, todos os seus funcionários que admitirem seu envolvimento no cartel receberão o benefício da leniência da mesma forma que a empresa, desde que assinem o Acordo de Leniência juntamente com a empresa e colaborem com a SDE durante as investigações. Por outro lado, caso a empresa não queira aplicar para o Programa de Leniência, seu funcionário pode fazê-lo individualmente, caso em que a proteção não se estende à empresa.
- (b) O proponente deve cessar seu envolvimento na prática denunciada.
- (c) O proponente não pode ser o líder da prática denunciada.
- (d) O proponente deve concordar em cooperar plenamente com a investigação.
- (e) A cooperação deve resultar na identificação dos outros membros do cartel e na obtenção de provas que demonstrem a prática denunciada.
- (f) No momento da propositura do Acordo, a SDE não pode dispor de provas suficientes para assegurar a condenação do proponente.

O acordo de leniência é considerado fundamental para garantir a livre concorrência, com propósito de assegurar o combate às infrações à ordem econômica, a partir da colaboração dos autores do ilícito, que, como dito, em retorno, têm suas penas reduzidas.

3.4.2 Função preventiva

O controle de condutas, ou de estruturas, é exercido no tocante à análise dos atos ou contratos que possam vir a configurar-se como concentração e domínio de mercados.

O artigo 54 da Lei nº 8.884/1994 determina que devem ser submetidos à apreciação do CADE “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”.

3.4.2.1 Atos de Concentração

Como já mencionado anteriormente, os atos de concentração são operações empresariais que implicam em qualquer forma de concentração econômica, podendo abranger, conforme do artigo 54 da lei citada acima, fusões, incorporações ou agrupamentos societários.

Art 54 (...)

§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

O artigo 90 da Lei nº 12.529 traz um rol exemplificativo dos casos que são considerados como ato de concentração:

- a) Duas empresas anteriormente independentes se fundem
- b) Uma ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;
- c) Uma ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas;
- d) Duas ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*

O papel da autoridade antitruste é apurar quais são os atos que prejudicarão a concorrência, pois, há aqueles de efeito positivo, ou negativo. Seguindo os ensinamentos de Leonardo Vizeu Figueiredo (2013, p. 235):

Os efeitos negativos decorrem de um eventual exercício de poder de mercado pela empresa concentrada, podendo gerar aumento de preços, fundamentalmente. Outrossim, os efeitos positivos derivam de economia de escala, de escopo, de redução de custos de transação, entre outros, que podem proporcionar vantagens competitivas para as empresas participantes.

Portanto, como visto, nem sempre os atos de concentração serão configurados como anticoncorrenciais, revestindo-se apenas como expressões da livre iniciativa.

Nos dizeres de Lúcia Helena Salgado (2007, p.6), há três espécies de atos de concentração: a) os que não afetam estruturalmente mercados, gerando maior concentração econômica; b) os que geram efeitos negativos sobre a concorrência, que podem ser afastados ou neutralizados por medidas adotadas compensatórias; e c) os que afetam de forma tão negativa a estrutura de mercado, gerando incentivos e condições para práticas restritivas que, para proteger a concorrência, devem ser bloqueados.

Assim, para cada espécie, há uma possível decisão do CADE. Assim, este pode a) aprovar a operação; b) aprovar a operação com restrições; ou c) vetar a operação.

3.4.2.2 O Compromisso de Desempenho

Os atos de concentração poderão ser autorizados pelo CADE nas hipóteses dispostas no artigo 54, §1º, da Lei 8.884/1994, e, para que sejam cumpridas tais condições, é celebrado o compromisso de desempenho. Este acordo é, por conseguinte, um apanágio para a aprovação do ato. São as condições:

Art 54 (...)

§ 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.

O Compromisso de Desempenho fixará objetivos, a fim de que a empresa garanta que haja a compensação da redução da concorrência no mercado. Tais

objetivos variarão de caso a caso, sendo exemplos destes: a) programas de investimento a curto e médio prazos; b) manutenção ou incremento de produção e vendas no mercado interno; c) melhoria na qualidade de produtos ou serviços; d) investimento em redes de comercialização e distribuição; dentre outros.

Na hipótese de descumprimento dos termos do compromisso, a aprovação o ato de concentração poderá ser revogada, havendo a possibilidade, ainda, de ser instaurado processo administrativo para apurar casos de infração econômica.

3.4.3 Função educativa

O papel educativo do CADE corresponde à difusão da cultura da concorrência no país. Nesse diapasão, o artigo 7º, XVIII, da Lei nº 8.884/1994, demonstra o caráter pedagógico do instituto, determinando que é competência do Plenário do Conselho “instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica”.

É destinada às autoridades concorrenciais a promoção da política de competição saudável, da livre iniciativa, garantindo, dessa maneira, o incentivo da concorrência.

O SBDC - Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência- deve atuar divulgando os benefícios da livre concorrência à sociedade, agindo de duas formas, conforme Leonardo Vizeu Figueiredo (2013, p. 241):

A primeira – interna – é na forma de consultoria e promoção de políticas públicas em defesa da concorrência em órgãos governamentais como Ministério Público, Órgãos do Poder Judiciário, Polícia. A segunda – externa – ocorre com o trabalho de conscientização da sociedade civil por meio de instituições acadêmicas, entidades de classe, câmaras de comércio.

Portanto, para cumprir o papel educativo do CADE, são realizadas palestras, cursos, seminários, a fim de que as regras da livre concorrência sejam difundidas na sociedade.

3.5 ESTRUTURA DO CADE

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica é composto pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência-Geral e pelo

Departamento de Estudos Econômicos, divisão esta firmada pelo artigo 5º da Lei nº 12.529/2011, a qual trouxe inovações quanto às estruturas do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e do CADE.

3.5.1 Tribunal administrativo de defesa econômica

A seção II da Lei nº 12.529/2011 trata dos aspectos do Tribunal Administrativo. Este é considerado um órgão julgante e é composto por um Presidente e seis Conselheiros, escolhidos dentre cidadãos com mais de 30 (trinta) anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal. O mandato corresponde a 4 (quatro) anos, não coincidentes, vedada a recondução.

O Plenário do Tribunal é competente para, de acordo com o artigo 9º da lei mencionada acima: zelar pela observância desta Lei e seu regulamento e do regimento interno; decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei; decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral; ou ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar; dentre outras medidas.

O Presidente do Tribunal, membro do Tribunal, nomeado pelo Presidente da República, que é incumbido de dirigir os trabalhos de pauta, é competente, ainda, nos ditames do artigo 10, da referida lei para: representar legalmente o Cade no Brasil ou no exterior, em juízo ou fora dele; presidir, com direito a voto, inclusive o de qualidade, as reuniões do Plenário; fiscalizar a Superintendência-Geral na tomada de providências para execução das decisões e julgados do Tribunal; assinar os compromissos e acordos aprovados pelo Plenário; orientar, coordenar e supervisionar as atividades administrativas do Cade; dentre outros encargos.

Também compõe o Tribunal, os Conselheiros, aos quais compete, nos termos do artigo 11, da referida lei, as funções de: emitir voto nos processos e questões submetidas ao Tribunal; proferir despachos e lavrar as decisões nos processos em que forem relatores; requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, a serem mantidos sob sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar as diligências

que se fizerem necessárias; adotar medidas preventivas, fixando o valor da multa diária pelo seu descumprimento; solicitar, a seu critério, que a Superintendência-Geral realize as diligências e a produção das provas que entenderem pertinentes nos autos do processo administrativo, na forma desta Lei; desincumbir-se das demais tarefas que lhes forem cometidas pelo regimento; propor termo de compromisso de cessação e acordos para aprovação do Tribunal; dentre outras competências.

3.5.2 Superintendência-geral

A Superintendência-Geral, a partir do advento da Lei nº 12.529/2011, passou a incorporar grande parte das funções da SDE – Secretaria de Desenvolvimento Econômico, sendo, em linhas gerais, tais incumbências a investigação dos casos condutas e o encaminhamento destes ao Tribunal Administrativo, além da análise prévia dos atos de concentração, valendo-se da função preventiva do CADE. Está disposta na seção III da referida lei, nos seus artigos 12 a 14.

O órgão é composto por um Superintendente-Geral e dois Superintendentes-Adjuntos, cujas funções específicas serão determinadas em Regimento Interno.

Atribui-se à Superintendência-Geral, de acordo com o artigo 13, da Lei nº 12.529/2011, em meio a outras funções zelar pelo cumprimento desta Lei, monitorando e acompanhando as práticas de mercado; acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e documentos necessários, mantendo o sigilo legal, quando for o caso; promover, em face de indícios de infração da ordem econômica, procedimento preparatório de inquérito administrativo e inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando os autos do inquérito administrativo ou de seu procedimento preparatório; ou, ainda instaurar e instruir processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, procedimento para apuração de ato de concentração, processo administrativo para análise de ato de concentração econômica e processo administrativo para imposição de sanções

processuais incidentais instaurados para prevenção, apuração ou repressão de infrações à ordem econômica.

Quanto ao Superintendente-Geral, membro desta estrutura, será ele escolhido dentre cidadãos com mais de 30 (trinta) anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada. Será nomeado pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal.

É de sua competência participar, quando entender necessário, sem direito a voto, das reuniões do Tribunal e proferir sustentação oral, na forma do regimento interno; cumprir e fazer cumprir as decisões do Tribunal na forma determinada pelo seu Presidente; requerer à Procuradoria Federal junto ao Cade as providências judiciais relativas ao exercício das competências da Superintendência-Geral; determinar ao Economista-Chefe a elaboração de estudos e pareceres; ordenar despesas referentes à unidade gestora da Superintendência-Geral; e exercer outras atribuições previstas em lei.

Já os Superintendentes-Adjuntos, que são em número de dois, são indicados pelo Superintendente-Geral. No período de vacância que antecede a nomeação do novo Superintendente-Geral, um dos Superintendentes-Adjuntos é escolhido para assumir o cargo interinamente, até a posse. Suas funções são definidas em Regimento Interno.

3.5.3. Departamento de estudos econômicos

O DEE – Departamento de Estudos Econômicos – é dirigido por um Economista-Chefe, nomeado pelo Superintendente-Geral e pelo Presidente do Tribunal Administrativo, em conjunto.

O Economista-Chefe deve elaborar pareceres econômicos, de ofício ou por solicitação do Plenário, do Presidente, do Conselho-Redator ou do Superintendente-Geral, consoante o artigo 17, da Lei nº 12.529/2011.

3.5.4 Procuradoria federal especializada

Além da estrutura apresentada do CADE, atua junto ao órgão uma Procuradoria Federal Especializada, vinculada a Advocacia-Geral da União, e tem suas atribuições fixadas no artigo 15, da lei supracitada, na Lei Complementar nº

73/1993, na Lei nº 10.480/2002, no artigo 18 do Decreto nº 7.783/2012 e no artigo 28 do Regimento Interno do CADE.

Tal estrutura tem como atribuições prestar consultoria e assessoramento jurídico ao CADE; representar o CADE judicial e extrajudicialmente; promover a execução judicial das decisões desta autarquia federal; postular ou defender, em juízo, os interesses do CADE; tomar as medidas judiciais solicitadas por órgãos do CADE (mais exatamente, a Superintendência-Geral e o Tribunal Administrativo), necessárias à cessação de infrações à ordem econômica ou à obtenção de documentos para a instrução de processos administrativos de qualquer natureza; em meio a outras funções.

4 CADE, ORDEM ECONÔMICA E PROTEÇÃO À LIVRE CONCORRÊNCIA A PARTIR DA LEI ANTITRUSTE

Ordem, como exposto em capítulo anterior, expressa organização, de forma que ordem econômica engloba a interação sociedade e fatores de produção, resultando na ideia de ciclo econômico, isto é, produção, circulação e consumo, baseando-se na conceituação de Leonardo Vizeu Figueiredo.

A ordem econômica está nomeadamente fundada na livre iniciativa e na livre concorrência, garantias estas que asseguram a competição saudável e garantias iguais para todos os agentes, além da liberdade de escolha da atividade econômica, firmada no livre-arbítrio.

Por vezes, tenta-se burlar a ordem econômica e a concorrência saudável, e, para vedar tais práticas, foi instituído um órgão capaz de preveni-las e reprimi-las, por meio de seu controle de condutas e estruturas – o Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Fundamental na sua finalidade, o CADE atua protegendo a liberdade de concorrência e de iniciativa dos indivíduos, a fim de ratificar o equilíbrio dos interesses econômicos, valendo-se da lei antitruste, a lei 11.529/2011, a qual complementa a lei anterior 8.884/94.

4.1 A RELAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA LIVRE-INICIATIVA E DA LIVRE CONCORRÊNCIA PARA O DIREITO ANTICONCORRÊNCIAL

A livre concorrência é um dos pilares da ordem econômica, pois, como alicerce, garante o regime de economia de mercado e promove a competição entre os agentes em igualdade. A livre-iniciativa, o outro pilar da ordem, traz a ideia de liberdade econômica, de facultar ao indivíduo a livre escolha das atividades que deseja exercer.

Assim, como exposto, a livre-iniciativa e a livre concorrência são conceitos distintos, contudo complementares.

Celso Ribeiro Bastos (2004, p. 144) demonstra como tais conceitos são complementares:

A livre concorrência é um dos alicerces da estrutura liberal da economia e tem muito que ver com a livre iniciativa. É dizer, só pode existir a livre concorrência onde há livre iniciativa. (...) Assim, a livre concorrência é algo que se agrega à livre iniciativa, e que consiste na situação em que se encontram os diversos agentes produtores de estarem dispostos à concorrência de seus rivais.

Enquanto a livre-iniciativa garante a prerrogativa de poder o agente econômico se inserir no mercado de acordo com seu livre-arbítrio, a livre concorrência limita o exercício daquela, ou seja, a liberdade prevista na Constituição deve sofrer restrições em face às distorções que possa a economia sofrer potencialmente.

Sobre o assunto, discorre Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues (2012, p.54):

Considera-se que a resultante da interação entre os princípios da livre-iniciativa e livre concorrência representa também uma liberdade, conquanto revestida de certo grau de responsabilização e limitação. Assim, por respaldo o princípio da livre concorrência visa a garantir aos agentes econômicos a liberdade de atuar nos mercados buscando a conquista da clientela, vale dizer, visa a garantir a aplicação universal do princípio da livre-iniciativa, isso com a expectativa de sua aplicação levar os preços de bens e serviços, fixados pelo jogo justo dos agentes em disputa pela clientela, em níveis razoavelmente baixos.

Em outras palavras, o princípio da livre concorrência limita a expressão absoluta do princípio da livre-iniciativa por parte de um agente econômico ou de um grupo de agentes econômicos em busca da aplicação universal da livre-iniciativa, i.e., a todos os agentes do mercado.

Dessa maneira, a livre-iniciativa não pode ser entendida como ampla liberdade, cabendo ao princípio da livre concorrência limitar as opções dos agentes econômicos, por meio do poder do Estado, o qual se vale de seus institutos reguladores da ordem econômica e protetores da concorrência saudável.

Carlos Ragazzo (apud Jocema Bittencourt da Cruz, 2012, p.41) aduz:

(...) Como nem todas as formas de competição são lícitas e benéficas à concorrência, torna-se necessário que o Estado atue de modo a preservar o ambiente concorrencial saudável, coibindo e impedindo a prática de condutas anticompetitivas por parte dos agentes econômicos, limitando a livre iniciativa desses agentes com fundamento no princípio da livre concorrência, fornecedor da base jurídica para impedir que as prerrogativas de liberdade de iniciativa sejam desvirtuadas.

Nos casos em que a concorrência se revela maléfica à sociedade, surge ao Estado o dever de regular o mercado, a fim de equilibrar as condições de

disputa e devolver ao cidadão consumidor a garantia de acesso a um produto de boa qualidade a preço justo.

Conforme o exposto, com o propósito de proteger a livre concorrência, o Estado passou a regular a ordem econômica por meio do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o CADE, e do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, atuando nas funções de prevenir e de punir as práticas que restrinjam ou eliminem a concorrência.

4.2 INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA

As condutas que constituem infrações à ordem econômica são vastas e de grande abrangência, por isso, encontram-se em um rol exemplificativo no artigo 36, da Nova Lei Antitruste (lei nº 12.529/2011).

São caracterizadas pelo abuso de poder econômico, o qual se exprime pelo ato revestido pela superioridade econômica exacerbada do agente, prejudicando, dessa forma, a competitividade e provocando o auferimento de lucro arbitrários. Para que o ato seja considerado uma infração, basta que esse provoque dano ao mercado e prejudique a concorrência, independentemente da vontade do agente de causar o dano.

4.2.1 Infrações à ordem econômica em sentido lato

São as condutas básicas que constituem infrações econômicas e estão dispostas nos incisos do artigo 36, da lei 12.529/2011:

Art. 36. 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; e
IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

O parágrafo 3º do mesmo artigo traz um rol exemplificativo de condutas que são tipificadas como infrações à ordem econômica, a saber:

Art 36 (...)

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: (...).

As condutas dispostas no dispositivo acima serão praticadas por um agente econômico e produzirão os efeitos mencionados no dispositivo em pauta. Conseqüentemente, pode-se depreender que as infrações são de caráter objetivo, bastando ser praticadas por um agente econômico, independentemente da vontade deste, e gerar os efeitos previstos.

4.2.1.1 Limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre-iniciativa

Compreende as práticas que barram ou dificultam a entrada ou permanência de entes econômicos no mercado, impedindo a competição, inerente à livre concorrência e à livre iniciativa.

A limitação é caracterizada quando determinadas práticas empresariais criam obstáculos ao acesso à esfera econômica. O termo falsear refere-se à ocultação da prática restritiva, fazendo parecer com que a conduta anticoncorrencial não existe e está de acordo com a estruturação do livre mercado. O agente econômico prejudica a livre concorrência ou a livre iniciativa quando, de qualquer forma, pratica uma conduta lesiva a tais princípios.

4.2.1.2 Dominar mercado relevante de bens ou serviços

Pode-se conceituar mercado relevante como, nas palavras de Leonardo Vizeu Figueiredo (2013, p.278), “o território no qual os agentes privados participantes de um mesmo ciclo econômico, concorrentes entre si, realizam trocas comerciais”, em outras palavras, o menor mercado possível, com a menor quantidade de produtos, distribuídos na menor área.

A Revista de Direito Econômico do CADE (1995) define mercado relevante:

Um mercado é definido como um produto ou um grupo de produtos e uma área geográfica na qual ele é produzido ou vendido tal que uma hipotética firma maximizadora de lucros, não sujeita a regulação de preços, que seja o único produtor ou vendedor, presente ou futuro, daqueles produtos naquela área, poderia provavelmente impor pelo menos um 'pequeno mas significativo e não transitório' aumento no preço, supondo que as condições de venda de todos os outros produtos se mantêm constantes. Um mercado relevante é um grupo de produtos e uma área geográfica que não excedem o necessário para satisfazer tal teste

Assim, o domínio é caracterizado quando ocorre uma prática monopolística que vise impedir os demais agentes concorrentes atuantes no mercado.

Contudo, conforme o previsto no artigo 36, §1º, da lei nº 12.529/2011, o qual explica que “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(...)”, deve-se atentar ao fato de que se o domínio de mercado se der por um processo natural, como, por exemplo, por maior eficiência do agente, a prática não é considerada ilegal.

4.2.1.3 Aumentar arbitrariamente os lucros

A infração é verificada quando o agente econômico impõe preços excessivos ou aumenta o preço do bem ou serviço sem justa causa, o que acarreta no desequilíbrio econômico-financeiro.

Para Leonardo Vizeu Figueiredo (2013, p. 279):

Ocorre quando um agente econômico experimenta aumento dos seus lucros (remuneração pelo fator de produção de uma empresa), sem que haja uma causa lícita ou justificável para tanto, se dando, via de regra, em detrimento dos demais agentes do mercado.

Contudo, vale atentar para a expressão “sem justa causa”, uma vez que o aumento excessivo que advém do devido processo competitivo, é considerado natural de mercado, não constituindo uma prática ilegal.

4.2.1.4 Exercer de forma abusiva a posição dominante

O abuso de posição dominante é também chamado de abuso de poder de mercado, e visa à eliminação da concorrência, por meio de concentração de parcela

do mercado. Tal conduta concede uma posição vantajosa injusta ao demais concorrentes, caracterizando, pois, a infração à ordem econômica.

Em regra, quando uma empresa controlar a partir de vinte por cento do mercado relevante, é caracterizada tal conduta. Exercendo a posição dominante de maneira abusiva, o agente econômico está mais propenso e tem mais oportunidade para adquirir vantagens indevidas, impondo sua vontade de modo arbitrário, em detrimento dos consumidores.

4.2.2 Infrações à ordem econômica em sentido estrito

As condutas que infringem a ordem econômica são tratadas nos incisos do parágrafo 3º do artigo 36, da Nova Lei Antitruste (lei nº 12.529/2011), em um rol exemplificativo.

Merecem destaque as práticas infracionais a seguir descritas.

4.2.2.1 Formação de cartel

A formação de cartéis remonta de séculos atrás, havendo referências históricas datadas dos séculos XV e XVI de que a conduta era praticada e de forma muito próxima aos moldes atuais.

O cartel é um acordo entre agentes econômicos que prejudica e restringe a livre iniciativa e a livre concorrência, visando à situação de oligopólio, ou seja, mais de um agente que pretende obter o domínio de produtos no mercado relevante. Entretanto, deve-se atentar ao fato de que os acordos concorrenciais podem promover ou prejudicar a economia, cabendo às autoridades antitrustes apurá-los.

Em uma conceituação básica, portanto, o cartel constitui um acordo entre um conjunto de empresas ou produtores, para, através da restrição da concorrência, obter maiores lucros.

Nas palavras de Thallyta Borges e Rebah Belaidi (2010, p.2):

Pode-se, portanto, conceituar cartel como sendo um acordo anticoncorrencial, explícito ou tácito, entre concorrentes do mesmo mercado, visando a fixar preços comuns, estabelecer restrições de produção ou cotas, ou partir ou dividir mercados, com a divisão do território, controlar a oferta, fraudar licitações, dentre outros. Envolvem parte

substancial do mercado relevante, na busca incessante pelo aumento do lucro e dos preços para níveis mais próximos dos de monopólio.

O Guia Prático do CADE (2007, p. 34) define:

É um acordo entre agentes econômicos que ofertam produtos substitutos, visando a elevação de preços e lucros por meio da divisão de mercado, da combinação de preços, da divisão de cotas da produção, do controle das quantidades produzidas/distribuídas ou da divisão territorial.

A prática consubstancia-se no inciso I, do parágrafo 3º, do artigo 36, da lei nº 12.529/2011, assim sendo:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
- d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

Assim, conforme a Cartilha de Combate a Cartéis na Revenda de Combustíveis (2009, p. 34), o cartel pode envolver:

(...) a prática de fixação de preços, por meio da qual as partes definem, direta ou indiretamente, os preços a serem cobrados no mercado; o estabelecimento de restrições/quotas na produção, que envolve restrições à oferta ou produção de bens ou serviços; a adoção de prática concertada com concorrente em licitações públicas (e.g., combinação quanto ao teor de cada uma das propostas); e a divisão/alocação de mercados por áreas ou grupos de consumidores.

Depreende-se do exposto que a prática de cartel tem como finalidade a obtenção de lucros que seriam inferiores se não houvesse o acordo, por meio do aumento de preços, tornando o ambiente econômico pernicioso à livre concorrência.

4.2.2.2 Preços Predatórios (*underselling*)

A prática de preços predatórios pode ser conceituada através do inciso XV do parágrafo 3º do artigo 36, da lei nº 12.529/2011, o qual dispõe: “vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo”.

Para Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues (2012, p. 144),

A infração antitruste de preços predatórios pode ser entendida como a prática de preços abaixo do custo de produção, por um período significativo de tempo e como objetivo de excluir rivais do mercado (ou discipliná-los) para que, num segundo momento, as perdas incorridas com a prática possam ser recuperadas por meio da elevação de preços a níveis supracompetitivos, tal como se a empresa infratora desfrutasse de uma situação de monopólio.

Nesse mesmo sentido, explica o Conselheiro Relator, Luís Fernando Rigato Vasconcellos (apud Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues, 2012, p. 144):

Uma conduta anticoncorrencial baseada na prática de preços predatórios é aquela na qual uma empresa passa a cobrar preços injustificavelmente baixos pelos seus produtos e/ou serviços por um período suficiente para forçar a saída dos competidores do mercado e, mais tarde, auferir lucros extraordinários decorrentes do aumento de preços. A prática de preços predatórios, desta forma, verifica-se quando um concorrente, por um período temporal considerável, reduz o preço de venda de seu produto abaixo do seu custo, incorrendo em perdas no curto prazo, objetivando eliminar rivais do mercado, ou possíveis entrantes, para, posteriormente, quando os rivais saírem do mercado, elevar os preços novamente, obtendo ganhos no longo prazo.

Pode-se observar, contudo, que é de alto grau de dificuldade apurar se o preço estipulado pela empresa é realmente abaixo do preço de custo da produção. A longo prazo, o mercado ficará sujeito à formação de monopólios, oligopólios e carteis e outras práticas ilícitas, visto à gradual eliminação da concorrência, enquanto o consumidor sofrerá com o aumento posterior de preços.

4.2.2.3 Venda casada (*tying*)

Está prevista também no artigo 36, da lei em estudo, no inciso XVIII do seu parágrafo 3º: “subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem”. E, além de previsto em tal dispositivo, a venda casada

encontra vedação também no Código de Defesa do Consumidor - art 39, I: “condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos”, e também no artigo 5º, II, da lei nº 8.137/90: “subordinar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de outro bem, ou ao uso de determinado serviço”.

A venda casada impõe que um produto ou serviço seja adquirido mediante a aquisição de outro, irracionalmente, causando, nas palavras de Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues (2012, p.147), “uma ‘alavancagem’ de poder de mercado de um produto para outro”, sendo, este o efeito anticoncorrencial da prática. Em consequência, os consumidores pagariam um preço mais alto por um produto do qual não necessitam, o que restringe a liberdade da compra e venda; e ademais, causa uma barreira aos demais concorrentes que já se encontrem no mercado e aos já presentes.

4.2.2.4 Acordo de exclusividade

A contratação em regime de exclusividade é alvo tanto do controle de condutas como do controle de estruturas. A prática é de grande abrangência no cenário econômico, podendo englobar diversos incisos do artigo em estudo, a exemplo do inciso III (“limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado”), IV (“criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços”), V (“impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição”), ou VI (“exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa”), dentre outras condutas.

Pronunciou-se o CADE no caso “Distribuição de Bebidas Oásis de Cabo Frio Ltda v. Companhia Cervejaria Brahma”, julgado em 2009:

No mercado de distribuição de cerveja e refrigerante, os acordos de exclusividade são feitos para evitar condutas oportunistas do distribuidor. Para tanto, tem-se tornado comum o acordo entre fabricante e distribuidor, em que se pactuam, entre outras cláusulas, a exclusividade de venda, a fixação de preços, e divisão de território, restrições a clientes ou obrigações quanto à prestação de certos serviços. Para o distribuidor esses acordos proporcionam, no mais das vezes, o retorno dos investimentos, uma vez que reduzem a competição intramarca.

No pacto de exclusividade para a distribuição e revenda, o fabricante indica apenas um distribuidor ou revendedor para uma certa região, área ou zona. Esses acordos podem, em geral, gerar polêmica ao restringir a concorrência entre distribuidores ou revendedores de uma mesma marca, mas podem, por outro lado, conduzir a uma maior concorrência no mercado em que existem outros produtos que disputam a preferência do consumidor, na medida em que o distribuidor ou revendedor exclusivo adota táticas mais agressivas de marketing e de maior eficiência na distribuição ou revenda. (...) pode-se afirmar que a exclusividade característica destes mercados não caracteriza “per se” um ilícito, uma vez que a análise das eficiências líquidas pode indicar um resultado positivo para o mercado.

Os efeitos anticoncorrenciais de exclusividade na distribuição ou revenda são marcantes em mercados onde o fabricante é monopolista de produto ou serviço, de maneira que a distribuição exclusiva poderá ser um instrumento de manutenção e extensão de seu poder de mercado e afastamento de concorrentes potenciais. (...) Não cabe ao CADE, entretanto, avaliar a existência de descumprimento de relação contratual entre as partes que não gere como consequência um prejuízo à ordem econômica e à defesa da concorrência, ou mesmo a existência de exercício abusivo de uma prerrogativa contratual, como o é o direito conferido à representada de fixar os preços de revenda, se este não vier a interferir nas relações da concorrência no mercado.

Destarte, mister salientar que nem sempre os acordos de exclusividade representam infração à ordem econômica, pois, segundo o entendimento do CADE, somente serão considerados infrações nos casos em que a contratação gere fechamento de mercado, e por conseguinte, traga prejuízos a concorrência.

4.2.2.5 Monopólio

Trata-se da prática econômica que ocorre quando há apenas um produtor ou empresa atendendo a um único mercado, estipulando o preço que desejar. Caso seja um único mercado e mais de uma empresa ou produtor, configura-se a hipótese de oligopólio.

Para caracterizar um monopólio, barreiras naturais ou artificiais impostas devem ser verificadas. Estas podem ser uma patente, concedida pelo governo, dando ao inventor o direito exclusivo de vender seu novo produto durante determinado período de tempo; uma concessão do governo, no caso de este conceder, implicitamente, o poder do monopólio, permitindo que associações industriais restrinjam o número de empresas no mercado. Um exemplo dessa hipótese é a Petrobrás; ou, o licenciamento ou franquia – o governo designa uma única empresa para vender determinado bem. (Arthur O’Sullivan, Steven Sheffrin, Marislei Nishijima, 2004, p. 150).

Constitui-se um monopólio natural quando somente um produtor oferta determinado serviço ou bem, em decorrência de uma impossibilidade física que comprometa a atividade econômica de mais de um agente. Tal impossibilidade tem como consequência a máxima efetivação da produção somente com a exclusividade do agente econômico, onde apenas uma empresa pode produzir qualquer quantidade de produto a um custo menor, aumentando a eficiência competitiva.

Gregory Mankiw (2006, p. 316) traz em sua obra um exemplo de monopólio natural:

Um exemplo de monopólio natural está na distribuição de água. Para levar água aos moradores de uma cidade, uma empresa precisa construir uma rede de tubulações. Se duas ou mais empresas competissem na prestação desse serviço, cada empresa teria que pagar o custo fixo na construção da rede. Assim, o custo total médio da água é menor se uma só empresa supre o mercado.

O monopólio convencional é vedado pela Constituição Brasileira, tendo que vista que essa prática decorre de abusos dos agentes econômicos e de acordos com fins de eliminar os demais competidores do mercado.

Constitui uma infração à ordem econômica, infringindo a livre concorrência e a livre-iniciativa e, conseqüentemente, os artigos 173, da Constituição e 36, da lei 12.529/2011.

A terceira forma de prática de monopólio, o convencional, constitui-se quando o Poder Público toma para si ou para terceiros, com exclusividade, a atividade econômica de determinado setor, por meio de atos normativos. Como exemplo, no Brasil, a ECT – Empresa de Correios e Telégrafos – foi instituída com monopólio das atividades de serviços postais.

O monopólio legal pode ser caracterizado nos casos de patentes e de direitos autorais, por exemplo, a fim de atender ao interesse público. Para Gregory Mankiw (2006, p.316):

É fácil perceber os efeitos das leis de patentes e direitos autorais. Como essas leis concedem monopólio a um produtor, levam a preços mais elevados dos que os que ocorreriam se houvesse competição. Mas, ao permitir que esses produtores monopolistas cobrem preços mais altos e obtenham lucros maiores, as leis também encorajam alguns comportamentos desejáveis. Permite-se que as companhias farmacêuticas monopolizem os medicamentos que descobrem com o objetivo de incentivar a pesquisa. Permite-se que os autores monopolizem as vendas de seus livros para incentivá-los a escrever mais e melhores livros.

Vale dizer, ainda, que, em respeito à livre-iniciativa e à livre concorrência, é vedado ao Estado promover a exclusividade da atividade econômica a terceiros, a não ser nos casos permitidos em lei, ou, com finalidade de fomento à economia. Sobre o assunto discorre Leonardo Vizeu Figueiredo (2013, p.85):

A atual Carta Política, por considerar principiologicamente a liberdade de iniciativa, veda, expressamente, ao Estado, por razões lógicas, a assunção exclusiva de qualquer atividade econômica. Em outras palavras, seja por via executiva, legislativa ou judiciária, é defeso ao Estado afastar a iniciativa dos particulares de qualquer atividade econômica, salvo nos casos excepcionados no próprio texto constitucional. (...) Cabe ressaltar que não é defeso ao Estado a outorga de privilégios a particulares, como forma de fomento da atividade econômica, desde que seja feito de forma isômica.

Sendo assim, a modalidade de monopólio sancionado pelo governo pode ser mais benéfica do que a competência natural, no sentido de que é uma maneira que o Estado desenvolveu para incentivar a pesquisa e inovações em determinada área, em detrimento dos custos despendidos pelo Estado.

4.2.2.6 Truste

Tem-se a definição de truste como um desdobramento do conceito de monopólio, em razão de que o truste é considerado uma união ou associação de empresas que se fundiram em determinado momento com vistas ao controle do mercado, assim como a prática monopolista.

Oscar Valente Cardoso (2011) diferencia o cartel e o truste, afirmando que “enquanto no cartel as empresas acordam entre si a combinação abusiva, e agem isoladamente de acordo com esse contrato, no truste apenas uma empresa é a responsável por executar e controlar a conduta ilegal”.

Logo, o truste é uma fusão entre agentes econômicos concorrentes que enseja o controle do mercado, o aumento de preços e o enfraquecimento da concorrência.

4.3 ESTUDO DE CASOS

Por meio do presente estudo de caso, serão analisados dois atos de concentração, o caso Ambev e o caso Sadia/Perdigão, e o caso do Cartel dos gases industriais e hospitalares, de renome nacional e, através destes, procura-se verificar a atuação e eficiência do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência.

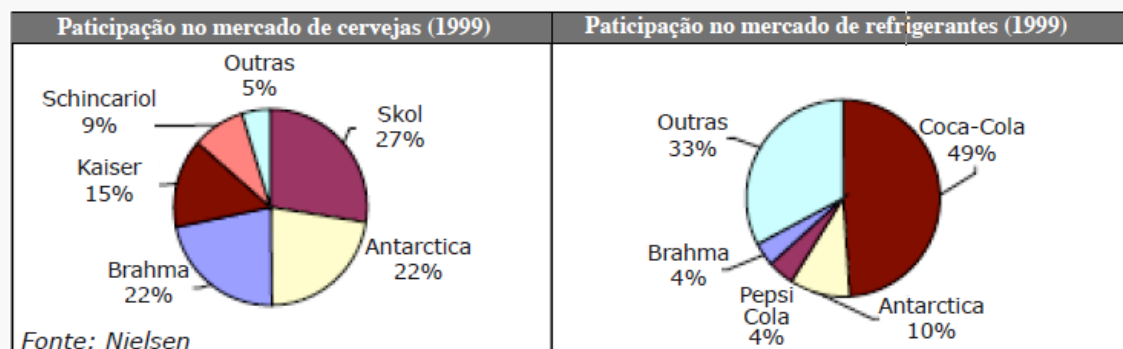
4.3.1 Caso Ambev

O caso Ambev está registrado sob a forma do ato de concentração nº 08012.005846/1999-12, requerido pela Fundação Antônio Helena Zerrenner – Instituição Nacional de Beneficência e pelas empresas Braco S/A e Empresa de Consultoria, Administração e participações S/A – ECAP.

Em 1º de julho de 1999, duas grandes empresas do ramo cervejeiro anunciaram sua fusão. As empresas Cia. Antártica Paulista e a Cia. Cervejaria Brahma, respectivamente controladas pela Fundação Antônio Helena Zerrenner e pelas Empresas Braco S/A e Empresa de Consultoria, Administração e participações S/A – ECAP, tinham o intuito de formar a Ambev, Companhia de Bebidas das Américas (American Beverage Company).

O mercado de águas e refrigerantes não seria alterado em grandes proporções, não gerando uma grande probabilidade de poder de mercado após a fusão. Entretanto, o anúncio surpreendeu o mercado nacional, já que a fusão resultaria na concentração de 73% do mercado de cervejas, o que representa um alto índice e, conseqüentemente, alarmou outros fabricantes do mesmo setor e provocou a atuação do CADE, o qual viu necessidade de analisar o referido ato de concentração.

Por essa razão, baseado na lei 8.884/94, então em vigência, o CADE suspendeu as atividades das duas empresas momentaneamente, até a análise dos efeitos que traria para o mercado a formação da Ambev, conforme se vê a seguir:



(Disponível em: <<http://www.espm.br/Publicacoes/CentralDeCases/Documents/AMBEV.pdf>> Acesso em: 20/02/2014.)

CERVEJA - PARTICIPAÇÃO PERCENTUAL EM VOLUME, POR MERCADO RELEVANTE E TOTAL BRASIL - 1998/1999						
Empresa	Sul	Sudeste	Oeste	Nordeste	Norte	Brasil
Antarctica	23,8	21,7	19,6	43,1	73,4	25,4
Bavária ¹	3,5	7,6	6,8	8,9	5,1	7,1
Brahma/Skol	41,3	52,1	53,1	37,7	18,4	48,1
Brahma	19,1	23,8	19,1	37,7	18,4	24,4
Skol	22,2	28,3	37,0	-	-	23,7
AmBev	65,1	73,8	75,7	80,8	91,8	73,5
Kaiser	21,4	14,3	13,3	9,8	8,2	15,9
Schincariol	5,8	-	-	6,0	-	7,5
Outros	7,7	11,9	11,0	3,4	-	3,1

Fonte: Voto do Conselheiro Ruy Santacruz

(Disponível em: <http://www.cade.gov.br/publicacoes/guia_cade_3d_100108.pdf> Acesso em: 20/02/2014)

No gráfico, vê-se a participação de cada empresa no mercado de cervejas. Somando-se a participação daquelas que viriam a originar a Ambev, o setor estaria concentrado em mais de 70%. Em seguida, a tabela apresenta o percentual de participação no mercado das empresas do ramo, inclusive da Ambev, demonstrando o alto índice de concentração que esta deteria em cada região brasileira.

Conforme aponta o Guia Prático do CADE (2007, p. 48):

Assim, a alta concentração de mercado que a operação acarretou em todos os mercados relevantes definidos e o fato de que o mercado de cervejas possui elevadas barreiras à entrada, ligadas a algumas características do mercado tais como a diferenciação de produtos (a Ambev reuniu três das maiores marcas de cerveja no Brasil) e a distribuição exclusiva, levaram o CADE à conclusão de que a operação limitava a concorrência no mercado relevante de cervejas.

Apesar da afirmação acima, o CADE decidiu por aprovar a fusão da Artártica e Brahma, por detectar a possibilidade de trazer mais vantagens do que desvantagens. Assim, em 31 de março de 2000, o CADE emitiu a decisão final, aprovando o surgimento da Ambev. Sobre a motivação do Conselho para tal aprovação, discorre Michelle R. Higuthi (2002, p. 11):

Por um lado, o ato de concentração ocasionaria a eliminação de um concorrente do mercado, a potencial redução de empregos no setor, restrição à possibilidade de escolha do consumidor (exclusividade no ponto-de-venda); por outro lado, a união das duas empresas permitiria um aumento do bem-estar econômico por meio de ganhos de eficiência da ordem de R\$ 177 milhões/ano.

Em contrapartida, a aprovação foi condicionada à assinatura do Termo de Compromisso de Desempenho (TCD) e foram impostas restrições às empresas, a fim de compensar a limitação à concorrência. Foi determinada:

A venda da marca Bavaria, a alienação de cinco fábricas e o compartilhamento de distribuição, o compartilhamento de sua rede de distribuição em cada um dos cinco mercados geográficos relevantes definidos e a manutenção do nível de emprego, não impor exclusividade nos pontos de venda, dentre outras medidas (Guia Prático do CADE, 2007, p. 48).

A venda da marca Bavaria, que detinha índice de 4,5% de consumo no mercado de cerveja, foi determinada com vistas à possibilidade de entrada de um novo concorrente no mercado e, portanto, foi vendida à empresa canadense Molson Inc., a qual também adquiriu as cinco fábricas alvos de alienação por determinação do CADE. A empresa Dado Bier utilizou o compartilhamento de distribuição nos mercados geográficos e os dados de emprego aumentaram em 15% em 2004, em relação ao ano da operação (Guia Prático do CADE, 2007, p. 50).

A decisão do CADE foi alvo de controvérsias. As cervejarias Kaiser e Schincariol foram prejudicadas pela fusão, pois foram excluídas das compras dos ativos da Ambev, por terem participação no mercado superior a 5%, conforme afirma Michelle R. Higuthi (2002, p. 14). A empresa também foi alvo de críticas por parte de jornais da época. O jornal Folha de São Paulo (apud Michelle R. Higuthi 2002, p. 14) publicou:

O gerente nacional de vendas da Schincariol, Francisco Martins, afirmou que as condições impostas prejudicariam frontalmente os interesses dos consumidores e das demais empresas que atuam no setor, sendo esta uma situação inadmissível em uma economia de mercado, que defende mecanismos éticos de concorrência. Percival Maricato, presidente do conselho Deliberativo da Abredi (Associação dos Bares e Restaurantes de São Paulo) declarou estar bastante temeroso, pois a aprovação da AmBev leva à formação de uma empresa muito forte, e um grupo grande, sempre quer aumentar seu poder, portanto é obrigação da Abredi exigir que as autoridades cuidem para que todos os pontos da decisão do Cade sejam cumpridos. De acordo com Maricato, as pressões para que haja vendas casadas e aumento de preços estão ficando cada vez maiores, o que o setor não pode suportar mais. Para Melquíades de Araújo, vice-presidente da Força Sindical, existem dois pontos positivos que podem ser destacados na decisão do Cade. O primeiro é o da obrigatoriedade da venda da cerveja Bavaria, o que diminui os riscos de cartelização. O outro é a garantia da manutenção do emprego por quatro anos. Ele espera que essa garantia se estenda também aos trabalhadores terceirizados. O presidente da Fiesp (Federação das Indústrias do Estado de São Paulo), Horácio Lafer Piva, considera a criação da AmBev um processo positivo; o Brasil começa a criar suas próprias multinacionais. Já Jorge Siqueira, gerente comercial e de marketing da Santa Marina, empresa fornecedora da Antarctica e da Brahma, afirmou que a fusão cria um potencial exportador e isso deverá aumentar a demanda por seus produtos e melhorar também a programação de fornecimento. Segundo ele, o lado negativo da união é que a AmBev poderá exercer uma pressão maior durante as negociações.

Diante do exposto, constata-se que o caso Ambev foi de grande repercussão na mídia e no mercado de cervejas do país. Atualmente, ainda questiona-se a decisão do CADE, em virtude dos altos índices de concentração de mercado e dos efeitos que produziu a aprovação da operação.

4.3.2. Caso Sadia/Perdigão

O caso sob análise está registrado como o Ato de Concentração nº 08012.004423/2009-18, submetido ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica em 09 de maio de 2009, com objetivo de exame do ato de fusão entre as empresas Sadia S/A e Perdigão S/A, que dariam origem a Brasil Foods (BRF) S/A.

A empresa resultante da fusão resultaria em um gigante do ramo alimentício, concentrando, portanto, o mercado em vários setores de produtos, o que gerou a preocupação por parte do CADE de que tal concentração poderia implicar na imposição de preços e no abuso de poder.

O acordo que criaria a BRF detinha o apoio da maioria dos conselheiros do CADE e, apesar de a nova empresa vir a dominar mais de 70% do mercado, a

operação foi aprovada. No quadro abaixo, pode ser visto em números o impacto que trouxe a fusão para o mercado:

PARTICIPAÇÃO DE MERCADO NO BRASIL (EM%)	Perdigão	Sadia	Brasil Foods
Carnes Refrigeradas	25	28	53
Carnes Congeladas	34	36	70
Massas	38	50	88
Pizzas smi-prontas	34	33	67
Margarinas	18	30	48

Fonte: Portal Exame (2009)

(Disponível em: http://www.fahor.com.br/publicacoes/jopec/2013/Fusao_da_Perdigao_.pdf> Acesso em 01/02/2014)

O caso em questão também foi alvo de controvérsias. A alta concentração de mercado levou muitos a questionar a decisão do CADE, afirmando que o domínio de mercado que a BRF obteve, a daria poder para aumentar os preços de forma arbitrária, o que era somado à possibilidade de redução da qualidade dos produtos. O Conselheiro Relator do CADE, Carlos Ragazzo, que votou contra a fusão, afirmou (apud Maria Júlia S. Pinheiro, 2011, p. 73): “Quando esse prejuízo for superior aos incrementos de bem-estar eventualmente gerados pelo ato de concentração, cabe, nos termos da Lei, a intervenção do CADE”.

Sandro Marciel Sarassa e Vonja Engel (2013, p. 6) especificam as preocupações daqueles opostos à Brasil Foods:

Os contrários à BRF afirmam que o domínio de mercado exercido pela empresa, pode dar-lhe o poder de impor preços e deixar os alimentos mais caros e com menor qualidade e que a redução de custos pela fusão não são repassados para o consumidor. Ainda nessa linha podemos dizer que os casos de fusão no Brasil não resultaram em menores preços, mas em menos opções para o consumidor.

No entanto, por outro lado, em opiniões favoráveis à fusão, argumenta-se que a operação traria benefícios ao consumidor, como diminuição de preços e melhoria nos produtos, compensando a limitação à concorrência.

À citação de Sandro Marciel Sarassa e Vonja Engel (2013, p. 6):

Os favoráveis que incluem na formação da BRF uma sinergia de operações que reduzirá custos e permitirá alimentos a menores preços e maior

qualidade para os consumidores, como também a impossibilidade de impor preços ao mercado visto sua natureza e dos demais competidores.

Outro ponto que foi levado em consideração pelos que apoiavam a BRF foi que a aprovação desta foi um incentivo à formação de multinacionais brasileiras, com capacidade de competir e integrar a economia mundial, alcançando novos mercados.

De acordo com Sandro Marciel Sarassa e Vonja Engel (2013, p.4), argumentou o CADE:

(...) que a natureza do mercado em relação aos competidores e produtos dificulta a capacidade de impor preços elevados. Assim sendo essa ideia foi levantada pelo presidente do conselho de administração da Sadia, Luiz Fernando Furlan, de que a Brasil Foods não colocará em risco a fidelidade do consumidor elevando preços devido à competição, mas, ao contrário, trará melhores benefícios de qualidade e também de preço. A BRF afirma a necessidade da criação de multinacionais brasileiras para elevar a integração e fortalecimento da economia do país frente à economia mundial.

Para minimizar os possíveis impactos lesivos à concorrência, a fusão foi aprovada com certas restrições. Primeiramente, foi assinado um Termo de Compromisso de Desempenho, com a determinação da venda de dez fábricas, dez granjas, quatro abatedouros, oito centros de distribuição e quatro fábricas de ração. Além dessa medida, foi imposta a limitação das empresas Perdigão e Batavo, de três a cinco anos, a depender do produto, apenas funcionando integralmente a Sadia e a manutenção dos níveis de emprego das empresas, dentre outras medidas.

4.3.3 Cartel dos gases industriais e hospitalares ou Cartel do oxigênio

O cartel em estudo trata-se do Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70, com início em dezembro de 2003 e decisão em setembro de 2010.

O cartel do oxigênio foi composto por empresas com primazia na fabricação de gases medicinais e hospitalares no país. Eram as empresas envolvidas: AGA S.A., Air Liquid Brasil Ltda., Indústria Brasileira de Gases Ltda., White Martins Gases Industriais Ltda. e, ainda, sete de seus executivos: Newton de Oliveira, Walter Pilão, Vitor de Andrade Perez, Moacir de Almeida, José Antônio Bortoleto de Campos, Hélio de Franceschi Júnior, Gilberto Gallo e Carlos Alberti Cerezine.

É um caso de grande destaque, considerando os atingidos pela prática, isto é, os utilitários dos serviços hospitalares públicos e privados em todo o Brasil, e os setores que foram afetados, gerando prejuízo à indústria e à saúde pública.

O processo teve início a partir de uma denúncia anônima à Secretaria de Desenvolvimento Econômico – SDE. Considerando plausíveis as informações encerradas em tal denúncia, a SDE determinou ao Ministério Público de São Paulo que fossem tomadas as medidas necessárias. Foram, então, determinadas interceptações telefônicas e busca e apreensão contra os requeridos, dentre outras medidas, e foi constatado que o referido cartel, desde 2001, se organizava com a finalidade de i) fixar o percentual de participação de mercado de cada uma das empresas, por região; ii) instituir um pacto de não agressão, no qual as empresas respeitariam a carteira de clientes de cada uma, pacto este que se mantinha estável por meio de um sofisticado fundo de compensação chamado “Conta Corrente”; iii) manipular e fraudar tanto licitações públicas quanto concorrências privadas de hospitais e rede de hospitais em todo o país; iv) dividir os revendedores de gases por “bandeiras”, além da fixação de uma tabela de preços mínimos; e v) instituir uma tabela de preços mínimos para o mercado de “homecare”.

Sobre o caso, discorrem Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues (2012, p. 348):

Analisando os documentos apreendidos, a SDE identificou que cada uma das empresas possuía dados de clientes de suas concorrentes e de clientes nos quais as empresas concorrentes tinham interesse, levando a crer que as denunciadas trocavam informações sobre os preços e as condições comerciais praticadas no mercado de gases. Estes documentos, fundamentais para a formação da convicção da Secretaria (e posteriormente do CADE), reforçaram a suspeita da existência de práticas anticoncorrenciais, o que se mostrava possível e provável pelo alto nível de concentração de mercado, já que as empresas investigadas detinham, em conjunto, praticamente 100% do mercado de gases medicinais e industriais.

Por tais indícios, o processo administrativo foi instaurado pela Secretaria contra as empresas e as pessoas físicas mencionadas. Após a instrução e etapas processuais, o processo foi encaminhado à análise do CADE, que, após ouvir as argumentações dos demandados, condenou-os a uma rigorosa multa de aproximadamente R\$ 2,3 bilhões, a maior até então na história do órgão antitruste, além de estar o cartel sujeito a sanções no âmbito civil e penal. Para o CADE:

É bastante simples observar que o conjunto das empresas ora investigadas congrega praticamente 100% de todo o fornecimento de gases industriais e medicinais em todo o país. Nesse sentido, a capacidade de produção de efeitos líquidos negativos é irrefutável e, por conseguinte, um cartel formado pelas Representadas teria inequívoca potencialidade de produzir os efeitos deletérios descritos no artigo 20 da Lei nº 8.884/94.

As empresas e os empresários foram condenados a pagar multa de 25% de seu faturamento bruto anual, correspondendo, pois a aproximadamente R\$ 197 milhões para a Air Liquid Brasil, R\$ 179 milhões para a Air Products Brasil e R\$ 188 para a Linde Gases. A White Martins, por motivo de reincidência em infrações à ordem econômica, foi condenada ao pagamento do percentual de 50% do seu faturamento bruto anual, o que corresponde a aproximadamente R\$ 1,7 bilhões. E, por último, a Indústria Brasileira de Gases, por ter denunciado em outro momento a ocorrência de cartel no setor, teve seu percentual reduzido para 10%, correspondente a, aproximadamente, R\$ 5,4 milhões (Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues, 2012, p. 350).

Para muitos, o caso do Cartel de Gases Industriais e Hospitalares é considerado uma referência, pois representa a consolidação do Direito Antitruste Brasileiro, tanto em razão do brilhantismo das investigações, como pelas suntuosas multas aplicadas aos infratores, o que sinaliza para outras que incorrem na mesma prática que infrações à ordem econômica brasileira não serão toleradas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ordem econômica objetiva a organização da atividade econômica, fundando-se em normas e princípios. Para regulá-la, é atribuído ao Estado Regulador o poder de nortear e normatizar, impondo regras e limites e resguardando os princípios inerentes a ela.

As funções reguladora e fiscalizadora são exercidas pelos entes reguladores da economia e pelos órgãos que constituem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) – a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), além de órgãos que atuam junto a estes. Na presente pesquisa, foi analisada a atuação do CADE na regulação da ordem econômica, mediante a defesa da livre concorrência e da liberdade de iniciativa.

É notória a importância de um órgão regulador da economia. Crises econômicas passadas revelam a falha na teoria da mão invisível, de Adam Smith, e no Liberalismo, ou seja, é improvável a autorregulação do mercado econômico por si só, sendo necessário, pois, limites à atividade econômica. Assim, torna-se o CADE imprescindível para um mercado saudável, restringindo a prática de condutas que ameacem a livre concorrência e a liberdade de iniciativa dos agentes econômicos, baseando-se na chamada nova lei antitruste, a lei n. 12.529/2011.

A apreciação dos estudos de caso propostos na pesquisa mostra que o Conselho tem sido cada vez mais atuante, de forma eficaz e permanente. O caso Ambev, mesmo criticado arduamente por estudiosos, em razão de que a fusão resultante do ato de concentração implicou em uma alta concentração no mercado cervejeiro, mostra que o CADE pode aprovar uma situação do tipo, desde que esta traga benefícios ao mercado de modo geral, seja pelo aprimoramento tecnológico como pelo aumento de eficiência do setor.

O caso Sadia/Perdigão, aprovado com restrições, também é alvo de críticas, pois a fusão das duas empresas, a Brasil Foods, representou domínio de mercado do setor alimentício. Contudo, a autoridade concorrencial entendeu que a fusão seria mais benéfica do que prejudicial, em decorrência de melhores condições para o consumidor e fomento à formação de multinacionais brasileiras. Assim, percebe-se que o CADE não somente analisa a concentração de mercado, e sim, os benefícios

que os atos de concentração trarão para a sociedade, consumidores e mercado econômico.

O caso do cartel dos gases industriais hospitalares, mais uma vez, mostra a atuação do Conselho, no que concerne à investigação e punição dos infratores. Sendo o cartel considerado a mais dramática forma de infringir a ordem econômica, merece destaque a multa considerável aplicada aos que praticaram o ilícito, como forma de punição máxima.

A nova lei de defesa da concorrência deu às autoridades antitrustes maiores poderes de investigação, dando a estas meios eficazes para o combate de cartéis e outras práticas de infração à ordem econômica. O combate aos cartéis merece prioridade em sua investigação em virtude de seus efeitos perniciosos à economia, justificando, pois, a atuação efetiva do CADE contra esta conduta.

Logo, verifica-se a importância da consolidação de uma cultura concorrencial em meio acadêmico e empresarial, como também na sociedade em geral. Maiores discussões a respeito da defesa da concorrência no Brasil ainda devem ser encerradas, visto que é preciso não aceitar os preços e a baixa qualidade impostos pela economia danificada pelos vícios anticoncorrenciais.

Não há uma conclusão consolidada em torno do critério que se utiliza para a atuação do CADE. Por vezes, abrange-se a exploração econômica e o desenvolvimento industrial, como ocorreu nos casos Ambev e Sadia/Perdigão. Em outros momentos, por sua vez, percebe-se que é priorizado o controle de concentração, com a defesa da liberdade de concorrência e da livre-iniciativa. Talvez, isso seja resultado da dinamicidade da economia e do atrelar do CADE a ela.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. São Paulo: Atlas 2009.

ALVES, André Gomes de Sousa. *Os fundos de investimento entre a regulação social do mercado e a proteção jurídica do investidor-consumidor*. 2011. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação em Ciências Jurídicas da UFPB. Disponível em:
<http://btdt.biblioteca.ufpb.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1679> Acesso em 15/02/2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

BANDEIRA, Moniz. *Cartéis e desnacionalização*. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 1979.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito econômico*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2004.

BOCORNÝ, Leonardo Raupp. *A valorização do trabalho humano no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: SAFE, 2003.

BORGES, Thallyta Ranyelle De Fátima. BELAID, Rabah. *Prevenção, combate aos cartéis e a atuação dos ministérios públicos estaduais*. Disponível em:
<<http://www.sbpnet.org.br/livro/63ra/conpeex/pivic/trabalhos/THALLYTA.PDF>> Acesso em 11/02/2014.

CADE. Voto do Conselheiro-Relator (Paulo Furquim de Azevedo). Processo Administrativo nº 08012.003048/2001-31. Decidido em 27/02/2007

CARDOSO, Oscar Valente. *Concentração de fato entre empresas: cartéis, consórcios, joint ventures, trustes, holdings e pools*. 2011. Disponível em:
<<http://jus.com.br/artigos/18835/concentracao-de-fato-entre-empresas-carteis-consorcios-joint-ventures-trustes-holdings-e-pools>> Acesso em 02/02/2014.

CARTILHA DE COMBATE A CARTÉIS E PROGRAMA DE LENIÊNCIA. 2009. Disponível em:

<http://www.cade.gov.br/upload/Cartilha%20Leniencia%20SDE_CADE.pdf> Acesso em: 29/01/2014.

CARTILHA DE COMBATE A CARTEIS NA REVENDA DE COMBUSTÍVEIS. 2009. Disponível em:

<<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Cartilhas/CarteisRevendaCombustiveis.pdf>> Acesso em: 25/02/2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo* – 25 ed. ver. amp. e atual. até a lei 12.587, de 3-1-2012. São Paulo. Atlas, 2012.

_____. Congresso Nacional. *Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994*. Dispõe sobre prevenção e repressão às infrações contra ordem econômica.

_____. Congresso Nacional. *Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011*. e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988).

CRUZ, Jocema Bittencourt. *A defesa da livre concorrência no estado democrático de direito: análise da legislação brasileira*. Revista de Ciências Jurídicas. Disponível em: <<http://www.revistas2.uepg.br/index.php/lumiar/article/view/2967>> Acesso em: 14/02/2014.

DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Econômico - globalização e onstitucionalismo*. Curitiba: Juruá, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*, São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1960

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2013.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro. Forense. 2010.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Lei da concorrência conforme interpretada pelo CADE*. São Paulo: Singular, 1998.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. – 2. ed. ver. e atual. – São Paulo: RT, 2005.

GABAN, Eduardo Molan e DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 3d. Editora Saraiva. 2012.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

GUIA PRÁTICO DO CADE. 2007. Disponível em:
<http://www.cade.gov.br/publicacoes/guia_cade_3d_100108.pdf> Acesso em:
16/02/2011

HIGUTHI, Michelle R. *AMBEV - Antecedentes da fusão*. 2002. Disponível em:
<<http://www.espm.br/Publicacoes/CentralDeCases/Documents/AMBEV.pdf>>
Acesso em: 20/02/2014.

KOVACIC, William. SHAPIRO, Carl. *Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking*. 1999. Disponível em:
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=506284. Acesso em:
13/01/2014.

MANKIWI, Gregory. *Introdução à economia*. São Paulo: Thomson Learning Edições. 2006. Trad. Allan Vidigal Hastings.

MASSO, Fabiano del. *Direito Econômico*. Editora Elsevier. 2007

NUNES, Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004.

O'SULLIVAN, Arthur. SHEFFRIN, Steven. NISHIJIMA, Marislei. *Introdução à economia: princípios e ferramentas*. São Paulo: Prentice Hall. 2004. Trad. Maria Lúcia Leite Rosa.

PETTER, Lafayete Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do Art.170 da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 266.

PINHEIRO, Maria Júlia dos Santos. *Análise do ato de concentração das empresas Sadia e Perdigão submetido à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)*. 2011. Trabalho de conclusão apresentado ao curso de Direito da UFSC. Disponível em:
<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/maria_julia_tcc_sumario_pronto.pdf> Acesso em: 01/02/2014.

_____. *Revista de Direito Econômico*. [S.l.], [n?], out.-dez. 1995

SALGADO, Lucia Helena. *Defesa da concorrência no Brasil em momento de decisão*. Disponível em: <http://works.bepress.com/lucia_salgado/12>. Acesso em: 09/01/2014.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SARASSA, Sandro Marciel. ENGEL, Vonia. *Fusão da Perdigão e Sadia*. 2013. Disponível em: http://www.fahor.com.br/publicacoes/jopec/2013/Fusao_da_Perdigao_.pdf> Acesso em 01/02/2014.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidades das Normas Constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6ed. São Paulo: 2005.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003.

TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VIEIRA, Carolinne Salselme. *CADE X Judiciário - Estudo sobre a revisão judicial das decisões do CADE no contexto da globalização*. Dissertação de mestrado apresentado ao programa de pós-graduação ao curso de Relações Econômicas Internacionais da PUC-SP. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp059647.pdf>> Acesso em 10/01/2014.

WINERMAN, Marc. *The Origins of The FTC: Concentration, Cooperation, Control and Competition*, Antitrust Law Journal, v. 71, p.2. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/federal-trade-commission-history/origins.pdf>> Acesso em: 09/01/2014.