

A DEFESA DA CONCORRÊNCIA E A CONCRETIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL

THE DEFENCE OF COMPETITION AND THE CONCRETION OF THE PRINCIPLES OF CONSTITUTIONAL ECONOMIC ORDER

João Bosco Leopoldino da Fonseca*

Aendria de Souza do Carmo**

RESUMO: Os princípios da Ordem Econômica Constitucional, como integrantes de um sistema, se compatibilizam e interagem com os fundamentos e objetivos da Constituição Política. A livre concorrência contribui para a garantia desses fundamentos, objetivos e princípios. Proteger a livre concorrência significa proteger tais princípios, objetivos e fundamentos, função essencial dos órgãos de defesa da concorrência. O presente artigo tem por finalidade demonstrar que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), órgão de defesa da concorrência no Brasil, no desempenho de suas funções tem cumprido tal *mister*. A análise de julgados do CADE, tanto na atuação preventiva como na repressiva, permitiu concluir que esse órgão vem cumprindo essa missão.

PALAVRAS-CHAVE: Defesa da Concorrência; Princípios da Ordem Econômica; Concretização; Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE.

ABSTRACT: The Constitutional Economic Order principles, as a system, are consistent and interact with the fundamentals and objectives of the Constitution. The free competition contributes to the fulfillment of these fundamentals, objectives and principles. Thus, protecting the free competition ensures that such principles, objectives and fundamentals be pursued by antitrust agencies. This article aims to make evident that the Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), the antitrust agency in Brazil, has fulfilled such a task. According to the analysis of cases decided by CADE, both in preventive action as in the repressive, we may say that this organ has been performing his duty.

KEY WORDS: Defence of Competition; Principles of Economic Order; Concretion; Administrative Council for Economic Defense-CADE.

* Professor Titular aposentado na UFMG, Ex-Conselheiro do CADE, Juiz Federal aposentado, Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, Membro do Brasilcom, Membro do IBRAC, Professor voluntário na UFMG, Advogado.

** Mestranda na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Advogada.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL E DEFESA DA CONCORRÊNCIA	2
3. DECISÕES DO CADE E A PROTEÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL	18
3.1. Processos Administrativos.....	19
3.1.1. <i>O Cartel de Britas</i>	20
3.1.2. <i>Abuso de posição dominante – Caso UNIMED</i>	22
3.2. Atos de Concentração.....	23
3.2.1. <i>Fusão Antártica e Brahma - AMBEV</i>	23
3.2.2. <i>Aquisição da Man pela Volkswagen</i>	25
4. CONCLUSÃO	26
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	27

1. INTRODUÇÃO

O disciplinamento da Ordem Econômica constitucional brasileira é objeto do título VII, denominado “Da Ordem Econômica e Financeira” no art. 170 e seguintes da Constituição da República de 1988, destacando-se os princípios ali previstos, aos quais estão submetidos todos os destinatários da Ordem Econômica.

Os destinatários dos preceitos da Ordem Econômica são os sujeitos de Direito Econômico, quais sejam: todos os que participem de relações econômicas, como o Estado, as empresas, os indivíduos, os organismos nacionais, internacionais e comunitários, públicos ou privados e os representantes de interesses coletivos.

A atuação do Estado como agente Econômico pode dar-se nas formas previstas nos arts. 173 e 174 da Constituição da República, dentre as quais tem relevo a regulação da atividade econômica realizada por meio de órgãos competentes.

Os órgãos encarregados de regular a atividade econômica e assim concretizar os princípios expressos e implícitos da Ordem Econômica constitucional, dentre os quais a livre concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico, devem observar os demais princípios e fundamentos constitucionais, já que a Constituição é um sistema harmônico.

Na regulação da atividade econômica tem destaque o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, órgão instituído há mais de 50 anos e integrante do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, hoje disciplinado pela Lei nº 12.529/2011. Partindo-se do pressuposto de uma economia de mercado, tem esse órgão a missão de exercer a regulação econômica, atuando na prevenção e repressão ao abuso do poder econômico, visando à garantia da livre concorrência.

Será objeto do presente estudo a defesa da concorrência em face da concretização dos Princípios da Ordem Econômica Constitucional, bem como dos fundamentos constitucionais contidos no art. 1º do texto constitucional. Para tanto será analisada a Ordem Econômica Constitucional, o surgimento e a implementação da proteção da livre concorrência no Brasil. Em seguida serão analisadas decisões do CADE a fim de averiguar se de fato esse órgão tem pautado sua atuação com vistas à garantia e concretização dos princípios da Ordem Econômica Constitucional e dos fundamentos constitucionais contidos no art. 1º da Constituição de 1988.

2. ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL E DEFESA DA CONCORRÊNCIA

O termo ordem traz em seu cerne o sentido de organização, de ordenação, ou seja, seleção de elementos compatíveis e direcionados a uma finalidade.

A Ordem Jurídica e a Ordem Econômica, como se depreende dos ensinamentos de Max Weber,¹ são distinguidas com base na diferença do que deve ser e do que de fato ocorre, sendo que para esse autor a Ordem Jurídica é a esfera do ideal, do dever ser e a Ordem Econômica está na esfera dos acontecimentos reais, na esfera do ser.

A diferença entre Ordem Jurídica e Ordem Econômica assemelha-se à diferença entre a Economia e o Direito, qual seja: a força cogente do direito, estranha à economia, bem como a finalidade, o objeto e o ramo da ciência do qual se ocupam economia e direito.

A Ordem Econômica compõe-se de princípios harmônicos fornecidos pela Ciência Econômica; funda-se na explicação dos fatos econômicos, tanto teóricos como práticos; dirige-se aos acontecimentos econômicos e traduz o sistema e o regime econômico; transparece a forma e o regime de produção, distribuição e circulação dos bens econômicos, tratando das relações de mercado; não é cogente. Registre-se que o termo Ordem Econômica, passou a ser utilizado pelos juristas após a segunda metade do século XX, quando da juridicização do fato econômico.

A Ordem Jurídica, por sua vez, é o conjunto harmônico de normas coercitivas orientadoras da conduta humana e social. Sendo ordenadora da vida social a Ordem Jurídica é também Ordem Política.

¹ Sobre a abordagem de Max Weber relativa a Ordem econômica e a Ordem Jurídica confira: FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 83-89 e GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 58-88.

A vida social e política não estão apartadas da vida econômica, isso porque o fato econômico é também social e político, pois floresce e se desenvolve no seio de determinada sociedade e traduz a ideologia dessa sociedade. Entretanto, os textos jurídicos somente se ocuparam do fenômeno econômico a partir da metade do século XX.

Uma vez juridicizado o fato econômico, a Ordem Econômica torna-se integrante da Ordem Jurídica e a partir daí o Direito passa a reger a Ordem Econômica nos termos, princípios e fins por ele regulados.

A Ordem Econômica Constitucional é, assim, uma parcela da Ordem Jurídica e muito se aproxima do conceito de Constituição Econômica.

A previsão de normas de natureza econômica nos textos constitucionais estrangeiros surgiu, especialmente em decorrência da concentração capitalista e após o advento da Primeira Guerra mundial, quando se tem o marco da juridicização do fato econômico, com o surgimento do ramo do Direito denominado Direito Econômico.

O disciplinamento econômico no texto constitucional deu origem à chamada Constituição Econômica. A Constituição Econômica não é constituição nova e também não implica rompimento ou decomposição em núcleos isolados e autônomos da Constituição política, isso porque a Constituição econômica se enquadra dentro da reunião de valores jurídicos, políticos e econômicos do texto constitucional, sendo também produto da ideologia constitucional².

Assim, a Constituição Econômica integra-se no contexto da Constituição e caracteriza-se pela presença do econômico no texto constitucional. A partir da ideologia constitucionalmente definida é que se devem estabelecer as bases para a política econômica do Estado na legislação infraconstitucional³.

Nesse passo, os princípios gerais da Constituição política passam a limitar e a orientar a ação econômica.

A primeira Constituição a disciplinar o fenômeno econômico foi a Constituição Mexicana de 5 de fevereiro de 1917, fruto da Revolução Mexicana que se iniciou em 1910. Essa constituição inseriu no debate constitucional as questões relativas aos direitos sociais e à

² Como adverte SOUZA (2005, p. 9-13), esse entendimento, embora majoritário, não é unânime existindo uma gama de doutrinadores que sustentam ser a Constituição Econômica estanque e autônoma do texto constitucional.

³ Nesse sentido veja: SOUZA, Washington Peluso Albino de Souza. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

função social da propriedade, tratando com destaque os direitos dos trabalhadores e a reforma agrária.

Em 1919 após o conflito da primeira grande guerra, sob a influência das lutas por direitos sociais e trabalhistas, surgiu a Constituição de Weimar, constituição alemã que tinha o claro propósito de buscar a transformação social. Composta por duas partes, na primeira, era disciplinada a organização do Estado e na segunda parte encontravam-se prescritos os direitos fundamentais, sociais e econômicos, como o direito ao trabalho (art. 163), a proteção ao trabalho (art. 157), o direito à assistência social (art. 161), o direito de sindicalização (art. 159), o direito à educação e à cultura (arts. 142 a 150). Disciplinava e controlava a vida econômica, por meio da função social da propriedade (arts. 151 a 165) (BERCOVICI, 2005, p. 14-15). Os preceitos dessa Constituição foram inseridos nos textos constitucionais de diversos países.

Seguindo o exemplo internacional, o Brasil, que também sofria os efeitos da ausência de regulamentação jurídica da economia, teve sua primeira constituição econômica em 1934, inserindo no texto constitucional de 1934, no título IV, arts. 115 a 143, o disciplinamento da Ordem Econômica e Social, sendo previstos: a) os direitos trabalhistas, b) a limitação da liberdade econômica, que a partir de então somente poderia ser exercida dentro dos limites da justiça e da dignidade, c) o fomento da economia popular e a vedação à usura⁴.

A Constituição de 1937⁵, seguindo a ideologia econômica contida na Constituição imediatamente anterior, em seu artigo 141, determinou o fomento da economia popular por meio de lei, equiparou os crimes contra a economia popular a crimes contra o Estado e previu punição pela prática de usura.

O art. 141 da Constituição de 1934 foi regulado pelo Decreto – Lei 869/1938⁶, de autoria do criminalista Nelson Hungria, considerado a primeira legislação brasileira de

⁴ Registre-se que antes da inserção do fomento da economia popular e da vedação da usura na Constituição de 1934 havia sido editado no Brasil o Decreto nº. 22.626/1933 - Denominado Lei de Usura, que enfrentou a questão crítica das exorbitantes taxas de juros praticadas pela desapiadada agiotagem praticada especialmente por particulares, pois ainda era precária a atuação de Bancos. Assim, foi tipificado como crime a cobrança de taxas de juros superiores ao percentual de 12% ao ano. Nesse período, de economia predominantemente agrária, verificou-se perda de imensas propriedades por conta de juros altíssimos.

⁵ Considerando o objeto do presente estudo, não será aqui tratado todo o conteúdo de todas as constituições econômicas brasileiras, limitando-se a apenas declinar os preceitos constitucionais e infraconstitucionais que estão ligados à instituição e modificação da defesa da concorrência voltada para seu órgão eminente: o CADE, bem como aos princípios da Ordem Econômica previstos na Constituição de 1988.

⁶ O Decreto 869/1938, no que se refere à defesa da Concorrência, não teve ampla aplicabilidade, como relata FONSECA (2007, p. 51): “Malgrado a amplitude destes dispositivos, eles não foram executados. Um exame da jurisprudência e de livros de doutrina revelou só um caso em que os dispositivos antitruste do decreto-lei foram executados, e isto ocorreu não em um processo judicial, mas em um parecer do Consultor-Geral da República respondendo a uma consulta da *Standard Oil Company of Brazil*. No parecer, o então consultor-Geral da República, Dr. Aníbal Freire, opinou que algumas cláusulas no contrato que a Standard Oil celebrou com

proteção da concorrência, no qual foram enumerados os crimes contra a economia popular, quais sejam: açambarcamento de mercadorias (art. 2º, IV), manipulação da oferta e da procura (art. 2º, I e II), fixação de preços mediante acordo entre empresas (art. 3º, I), dentre outros. Adite-se que tais ilícitos permanecem na legislação brasileira vigente de defesa da concorrência, Lei nº 12.529/2011, art. 36, sendo, no entanto infrações contra a Ordem Econômica e não tipos penais, à exceção da prática de cartel que continua sendo tipificada como crime na lei nº. 8.137/1990.

A proteção da concorrência no Brasil, assim, surgiu em razão do fomento à economia popular. Ou seja, o fundamento do surgimento da proteção da concorrência no Brasil não se assemelha ao fundamento geral do surgimento da proteção da concorrência nos demais Estados, qual seja: o liberalismo econômico e a concentração empresarial que gerou os trustes.

Em 22 de junho de 1945 foi promulgado o Decreto-Lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945, chamado Lei Malaia, de exígua duração, já que revogado em 29 de outubro de 1945, poucos dias após a deposição de Getúlio Vargas.

Esse instrumento normativo, de autoria do Ministro da Justiça Agamemnon Magalhães, representou grande avanço na sistematização e técnica jurídica da matéria concorrencial no Brasil, já que definia de maneira firme, técnica e sistemática institutos concorrências e conceitos até à época imprecisos, como o conceito de empresa. Característica marcante do Decreto Lei nº 7.666/1945 foi a alteração da repressão penal dos ilícitos econômicos para a repressão administrativa, tratando a questão não mais como ilícitos contrários à economia popular, mas à economia nacional (FORGIONI, 2012, p. 101-106).

A mudança de foco da repressão penal para repressão administrativa teve como consequência a previsão, no Decreto-Lei nº 7.666/1945, de criação de um órgão específico para cuidar da defesa da concorrência no Brasil, a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE), subordinada ao presidente da república, composta pelo Ministro da Justiça, que a presidia, pelo Procurador-Geral da República, pelo Diretor-Geral da CADE, pelos representantes dos Ministérios do Trabalho e da Fazenda, pelos representantes das classes produtoras e por um técnico em economia e finanças.

proprietários de postos de gasolina foram ilícitas. O Presidente Getúlio aprovou o parecer e despachou: Aprovado. A consulente deve modificar seus contratos e instruções no sentido de submeter-se à lei que define os crimes contra a economia popular (Vide 20 de março de 1939, Diário Oficial da União, Sec. I, pp. 6276-6277). O Decreto-Lei nº 869 teve repercussão no campo de regulamentação dos preços e supressão dos artifícios e fraudes na venda de mercadorias, mas não a teve no campo dos abusos de natureza antitruste. A nosso ver um fator que contribuiu sensivelmente para este desuso encontra-se no fato de que não se cuidou de criar um órgão especializado com competência para executar os dispositivos antitruste do Decreto-Lei nº 869”.

A CADE tinha a incumbência de verificar a existência de atos contrários aos interesses da economia nacional, notificar as empresas para a cessação de atos ilícitos e, em caso de não cumprimento das suas determinações, aplicar a intervenção nas empresas.

Cumprir registrar ainda, que o nacionalismo e o protecionismo à empresa nacional foram características marcantes do Decreto-Lei nº 7.666/1945, que teve inspiração em caso concreto de ataque desleal e predador à empresa brasileira e à concorrência nacional por empresa internacional.

A doutrina especializada recorrentemente atribui ao episódio ocorrido com o industrial cearense Delmiro Gouveia a motivação do Ministro da Justiça Agamemnon Magalhães para propor o projeto que culminou com a edição do Decreto-Lei nº 7.666/1945 por Getúlio Vargas.

Delmiro Gouveia é considerado um grande industrial e progressista brasileiro, que idealizou um cenário no qual a agricultura combinada com a tecnologia poderiam transformar a realidade econômica e social, como o fez na localidade de Pedra, região situada na confluência de quatro estados (Bahia, Sergipe, Alagoas e Pernambuco), servida por ferrovia e banhada pelo rio São Francisco, que contava com apenas 5 casas modestas e nenhuma indústria quando ele lá chegou.

Delmiro Gouveia, a partir de um fio d'água da Cachoeira de Paulo Afonso criou uma verdadeira civilização no sertão, impulsionando o desenvolvimento econômico e social, com preservação ambiental e valorização do trabalho humano. A história revela que, em sua época (1893-1917) sua indústria mantinha creche, educação formal a seus funcionários, manutenção de energia elétrica em todas as residências do Distrito de Pedra e eram respeitadas as jornadas de trabalho de 8 horas diárias com descanso semanal, dentre outros feitos. No que tange à questão concorrencial formadora do pensamento de Agamemnon Magalhães, os registros históricos retratam que Delmiro Gouveia construiu uma fábrica de algodão, fabricando linhas de costura, as linhas Estrela.

As empresas Estrela, da a sua qualidade e resistência, imediatamente se expandiram e conquistaram o mercado brasileiro e latino-americano, até então dominado pela empresa britânica *Machine Cotton* e suas controladas (atual Linhas Corrente).

A *Machine Cotton* tentou de todas as formas adquirir a empresa Estrela. Entretanto, enquanto esteve vivo Delmiro Gouveia resistiu a todas as investidas. Em razão dessa

resistência a *Machine Cotton* empreendeu diversos ataques⁷ para eliminar a concorrente (empresa Estrela), não logrando, contudo, êxito.

Com a morte misteriosa de Delmiro Gouveia, que teve seu corpo jogado no rio São Francisco, seus herdeiros venderam a empresa Estrela à *Machine Cotton*. Essa, tão logo adquiriu a empresa Estrela, determinou a destruição de todos os equipamentos e o descarte desses no rio São Francisco. Essa prática de adquirir empresas para depois destruí-las ou sucateá-las e assim absorver sua participação no mercado foi vedada no art. 1º e incisos do Decreto-Lei nº 7.666/1945 e ainda é objeto de dispositivo específico da legislação brasileira como se verifica da Lei nº 6.404/1976, bem como se depreende da atual lei de concorrência brasileira.

Adveio a Constituição de 1946, cujo texto repetia termos do Decreto-Lei nº 7.666/1945. Esse texto constitucional ao disciplinar a Ordem Econômica e Social, condicionou a liberdade de iniciativa à valorização do trabalho humano, determinando que a Ordem Econômica fosse organizada conforme os princípios da justiça social (art. 145).

A Constituição de 1946 consolidou a intervenção estatal na economia como forma de corrigir os desequilíbrios causados pelo mercado e como alternativa para desenvolver os setores que não interessavam à iniciativa privada. Foi modificado o foco da proteção da economia popular para assumir um compromisso com a ordem econômica nacional, inaugurando uma nova fase no direito da concorrência brasileiro partindo-se do texto constitucional (BERCOVICI, 2005, p. 25).

A Constituição de 1946 referiu-se expressamente à coibição de ajustes empresariais ilegítimos e danosos ao mercado e à reprimenda do abuso do poder econômico, contendo a noção de proteção ao consumidor. Em seu art. 148 previa que: “A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”.

Esse dispositivo, associado aos princípios da ordem econômica, contidos no art. 145 resultaria numa legislação de cunho não apenas repressivo, mas também preventivo e de orientação dos agentes econômicos, como de fato constou no Projeto de lei nº 122/48, de autoria de Agamenon Magalhães e que se tornou a Lei nº 4.137/62⁸.

⁷ Sobre os ataques empreendidos pela *Machine Cotton* contra a empresa Estrela confira-se o estudo realizado pela FUNDAÇÃO JOAQUIM NABUCO relativo a Delmiro Gouveia disponível em www.fundaj.gov.br. Acesso em 04 mar. 2013.

⁸ Durante a longa tramitação do projeto de Lei nº 122/48 foram promulgadas as Leis nº 1.521 e 1.522 de 26 de dezembro de 1951, que qualificavam os crimes contra a economia popular e criavam a Comissão Federal de

A lei nº 4.137/1962, que regulamentou o art. 148 da Constituição de 1946, enumerou, em extenso rol, as formas de abuso do poder econômico. O âmbito de aplicação dessa lei era amplo, vez que estavam submetidos a seus preceitos todos os agentes que explorassem atividades econômicas com fins lucrativas (art. 6º). Registre-se que a lei vigente de concorrência, lei nº 12.529/2011, é ainda mais ampla, no que tange aos sujeitos a ela submetidos, vez que a ela se submete também os agentes sem finalidade lucrativa, fundações e órgãos públicos.

Objetivando concretizar a promoção e defesa da concorrência, foi criado no cap. II, art. 8º e seguintes, da Lei nº 4.137/1962, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, com sede no Distrito Federal e com jurisdição em todo o território nacional, diretamente vinculado à Presidência do Conselho de Ministros, com a incumbência de apurar e reprimir os abusos do poder econômico e composto por um presidente e quatro conselheiros.

Entretanto, à época da vigência da Lei nº 4.137/1962, não existia cenário político, econômico e social propício a livre atuação da iniciativa privada, o que é imprescindível para a efetiva implementação da promoção e defesa da concorrência.

Ademais, a existência de uma lei de concorrência não se traduz necessariamente em um regime de concorrência efetiva, ela é apenas um elemento da política de concorrência.

Com efeito, quando da promulgação da Lei nº 4.137/1962 o Brasil estava sob a forte influência da CEPAL (Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe), que estava voltada para o desenvolvimentismo e a industrialização da América Latina.

Sob influência da CEPAL, o Estado passa a ser o agente responsável pelo desenvolvimento econômico e social, ou seja, incorpora o pensamento social reformador, passando, ainda, a ser ele, o Estado, o agente responsável pela transformação das estruturas econômicas e pela promoção da industrialização.

Com o advento do golpe militar de 1964 e com a promulgação da Constituição de 1967, o desenvolvimento econômico foi erigido a fundamento da Ordem Econômica Constitucional, sendo também prevista a repressão ao abuso do poder econômico, com a recepção da Lei nº 4.137/1962.

A grande preocupação estatal durante o regime militar foi a segurança nacional, o aperfeiçoamento das condições de funcionamento e a expansão da empresa privada nacional e

Abastecimento e Preços (COFAP). A promulgação dessas leis teve como efeito o entendimento de muitos no sentido de que o artigo 148 da constituição já estava regulamentado. Entendimento esse que implicava em retrocesso da finalidade contida no texto constitucional voltado à higidez da ordem econômica e não apenas destinada a proteger a economia popular. Esse entendimento foi superado e aprovado o Projeto de Lei nº 122/48, com a promulgação da Lei nº 4.137/1962.

internacional, o que levou a evidente favorecimento estatal à concentração empresarial e à formação de conglomerados. Aliás, era de interesse do Estado a concentração empresarial, para concorrer no mercado internacional, onde já avultavam grandes grupos econômicos.

Esse período foi marcado pelo financiamento estatal da empresa privada, pela constituição de monopólios estatais e pela presença de grandes empresas públicas voltadas a desenvolver atividades típicas de mercado. Também foi característica desse período a ampla intervenção do Estado na economia por meio de forte controle de preços e o combate à inflação que assolava o país.

Diante desse cenário a defesa da concorrência não tinha elementos para se desenvolver, pois estavam ausentes pressupostos mínimos que permitissem o livre jogo das forças de mercado na disputa pela clientela, pois não havia: a) multiplicidade de agentes econômicos disputando o mercado de forma livre e desembaraçada, b) livre formação do preço pelo agente privado; c) estabilidade econômica que possibilitasse ao órgão de concorrência averiguar a oscilação do preço; d) enfim, faltava a efetiva economia de mercado.

Assim, a Lei nº 4.137/1962, teve sua eficácia reduzida. Em seu período de vigência a atuação do CADE foi de pouca relevância. Veja-se que ao largo de 13 anos (1962 a 1975) o CADE julgou somente 11 processos (FORGIONI, 2010, p. 112-124).

A inibir a ação eficiente do CADE sob a regência da Lei nº 4.137/1962, soma-se ao cenário político e econômico da época a submissão do órgão de defesa concorrencial ao chefe do Executivo e aos ministros de Estado, vez que seu presidente era exonerável *ad nutum* e suas decisões estavam submetidas ao Ministro da Justiça, comprometendo assim a imparcialidade nos julgamentos, principalmente quando na análise de condutas ilícitas em estivessem presentes empresas integrantes da Administração Pública.

O cenário político, econômico e social, internacional e nacional, começou a se modificar, tanto pela convicção de que a maciça presença do Estado na economia era prejudicial ao desenvolvimento tecnológico, econômico e social, ou por restar constatada a ineficiência do Estado como agente econômico direto e como provedor social.

Voltou-se a atenção para estudos direcionados aos meios e modos de se desburocratizar a Administração Pública e devolver à iniciativa privada as atividades impropriamente exercidas pelo Estado, clamando-se nacional e internacionalmente por uma economia de mercado⁹.

⁹ Sobre atividades próprias e impróprias do Estado ver a obra de: MEIRELLES, Direito Administrativo Brasileiro, p. 322 e seguintes.

Assim, iniciou-se o plano nacional de desburocratização pelo Decreto nº. 8.340/79 e por uma diversidade de atos normativos de incentivos à pequena e micro empresa¹⁰.

Estava assim aberto o caminho para as mudanças constitucionais e infraconstitucionais do papel do Estado na economia que possibilitassem a economia de mercado, com a previsão constitucional dos princípios da livre iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, repressão ao abuso do poder econômico, valorização do trabalho humano, pleno emprego, dentre outros.

Foi então promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que traz em seu bojo toda uma gama de disposições que redefinem o papel do Estado, deixando ele de ser o grande empreendedor econômico para ser o fomentador, fiscalizador, e planejador da economia, intervindo somente em situações excepcionais de imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, art. 173 e 174 da CR/88.

A Livre Concorrência que pela primeira vez tornou-se princípio expresso da Ordem Econômica Constitucional, art. 170, IV, foi claramente prevista como instrumento para garantir a todos existência digna, como ensina Paula Forgioni (2012, p. 186):

O texto da Constituição de 1988 não deixa dúvidas quanto ao fato de a concorrência ser, entre nós, meio, instrumento para o alcance de outro bem maior, qual seja, “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. José Alexandre Tavares Guerreiro, mesmo antes do advento da Constituição de 1988, já via a proteção da concorrência como serviço de um bem maior, o interesse coletivo, de ordem pública.

A disciplina da concorrência, no Brasil, surge, como anotamos no segundo capítulo, em contexto de proteção da economia popular (cf. Decreto-lei 869, de 1938, e Decreto-lei 7.666, de 1945), o que, sem sombra de dúvidas, já lhe atribui caráter instrumental, ainda que vinculado à economia popular e ao consumidor.

O caráter instrumental da proteção da concorrência permanece na atual Constituição, que manda reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência (art. 173, § 4º), em atenção ao princípio da livre concorrência (art. 170, IV). Ordena, também, que seja reprimido o aumento arbitrário de lucros (art. 173, § 4º), conforme o princípio da defesa do consumidor (art. 170, V). Essa proteção, entretanto, vai inserta no fim geral e maior, em obediência ao caput do art. 170 e ao art. 3º.

Instaura-se se assim a economia de mercado que está imbricada no ordenamento jurídico e econômico, influenciando e sendo influenciada por todos os agentes econômicos e princípios e fundamentos contidos na Constituição da República, sendo correto o seguinte desenho da relação constitucional dos sujeitos ou atores sociais em face da Ordem Econômica Constitucional:

¹⁰ Sobre o papel das micro e pequenas empresas na desburocratização ver a obra: REQUIÃO, Rubens. Direito Comercial, v I, p. 86 e seguintes.



A concorrência, de fato, é instrumento para assegurar a existência digna, nos ditames da justiça social, a proteção dos interesses da coletividade e da ordem pública e acarreta a proteção dos demais princípios da Constituição Econômica, objetivos e fundamentos da Constituição Política.

Pois bem, instaurada a nova Ordem Constitucional restava concretizar seus ditames.

Entretanto, à época da promulgação da Constituição de 1988, o CADE era integrante da Administração Pública Direta Federal, sem autonomia e pouco eficiente, pois o órgão não possuía ferramentas para garantir a concretização dos princípios da nova Ordem Econômica, que também recepcionou a nº Lei nº 4.137/1962.

Incentivava-se a abertura do mercado brasileiro com clara intenção de deixar o mercado livre e autorregulador.

Entretanto, o liberalismo absoluto do mercado também é nocivo (HUNT, 2001), pois os agentes econômicos tenderão sempre a perseguir o lucro de forma egoística e ilimitada, sendo imprescindível a efetiva atuação do Estado fiscalizando-os, regulando-os e punindo-os quando abusarem de seu poder econômico e/ou quando lesionarem o consumidor no desempenho de sua atividade. Ademais, o mercado sofre crises cíclicas, não sendo crível o afastamento integral do Estado que tem o dever de garantir a sobrevivência dignidade de seus cidadãos.

Assim eram necessárias medidas urgentes para dar efetividade à defesa e promoção da concorrência no Brasil. Promoção essa que, por si, é um meio de controlar o mercado e seus agentes.

Em 10 de maio de 1990, com a publicação do Decreto nº 99.244, foi criada a Secretaria Nacional de Direito Econômico, que tinha como competência apurar, prevenir e reprimir o abuso do poder econômico, por intermédio do Conselho Administrativo de Defesa Econômica CADE.

Em 08 de janeiro de 1991, por meio da Lei nº 8.158/1991, objetivou-se dar maior celeridade ao processo administrativo de apuração das práticas que violassem a Ordem Econômica atribuindo à Secretaria Nacional de Direito Econômico do Ministério da Justiça, competência para apurar e propor as medidas cabíveis para defesa da concorrência.

A partir de então existia a dualidade de órgãos para garantir a defesa da concorrência, já que a Lei nº 8.158/1991 não revogou a Lei nº 4.137/1962. O CADE, que passou a funcionar junto à SNDE, em seu papel preventivo julgava os atos de concentração e em seu papel repressivo julgava as condutas anticompetitivas, enquanto a SNDE instaurava e instruía os processos a serem julgados pelo CADE.

A SNDE dava ao CADE pessoal técnico e suporte administrativo, percebendo-se um melhoramento técnico nas decisões de relevância nacional emanadas pelo CADE a partir de então.

A falta de autonomia do CADE continuava sendo um entrave ao pleno desenvolvimento de suas competências legais, impossibilitando a plena defesa da concorrência e viabilizando o uso político do órgão. Isso ficou evidente quando, em 1992, ocorreu a mudança de governo e “não obstante o CADE continue sua atuação destinada a coibir o abuso do poder econômico, esta acaba sendo sufocada, na imprensa, pelo triste papel que a Lei Antitruste passa a desempenhar no contexto econômico brasileiro: instrumento de ameaça de retaliação por parte do governo federal contra determinados setores da economia”. Demais disso, alguns julgados do CADE relativos a atos de concentração deixaram a pecha de “tribunal político” corroendo a credibilidade do tribunal de concorrência (FORGIONI, 2012, p. 120).

Em 11 de junho de 1994 foi promulgada a Lei nº 8.884/94 que revogou os demais diplomas relativos à defesa da concorrência, convivendo com ela somente a Lei nº 8.137/1990 que prevê os ilícitos concorrenciais penais. Registre-se que a previsão da prática de cartel, como ilícito penal, prevista na lei 8.137/1990 permanece em vigência, já que não foi revogada pela vigente lei de concorrência de nº 12.529/2011.

A Lei nº 8.884/94 reformulou por completo o sistema de defesa da concorrência, vez que: a) transformou o CADE em autarquia; b) atribuiu-lhe destinação orçamentária específica; c) deu estabilidade aos conselheiros e ao procurador geral do CADE, atribuindo-lhes

mandatos e determinando a exoneração somente nos termos autorizados pela lei de concorrência; d) embora não tenha utilizado o termo SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), a Lei nº 8.884/94 criou um verdadeiro sistema de Defesa da Concorrência, tanto sob o ponto de vista material como instrumental, prevendo de forma sistematizada e coordenada os princípios, as condutas vedadas, e os órgãos integrantes do Sistema de Defesa da Concorrência; e) estabeleceu a coexistência de três órgãos na defesa da concorrência atribuindo competência a cada um, quais sejam: o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) continuava como tribunal administrativo julgando os processos administrativos relativos às condutas anticompetitivas e os atos de concentração, a SDE (Secretaria de Direito Econômico) vinculada ao Ministério da Justiça com funções de instaurar e instruir o processo administrativo, e a SEAE (Secretaria de Acompanhamento econômico), vinculada ao Ministério da Fazenda, com a função de emitir parecer em atos de concentração.

Antecedente e simultaneamente à promulgação e vigência da lei nº 8.884/94 o Estado brasileiro buscava a estabilização econômica, com o combate à inflação e estabilização da moeda, bem como a fixação e regulação de preços pelas regras de mercado, pondo fim, regra geral, ao tabelamento de preços e à intervenção do Estado em sua formação. Objetivos esses alcançados somente após 1994, mediante a edição do Plano Real, objeto da Medida Provisória nº 434, de 27 de fevereiro de 1994.

A redução do papel do Estado na atividade econômica empresarial foi gradativa, e somente com o advento das privatizações foi possível perceber um real afastamento do Estado da vida empresarial. Privatizações essas iniciadas após a criação do Plano Geral de desestatização, instituído pela Lei nº 8.130/1990, revogada pela Lei nº 9.491/97 que modificou o procedimento a ser aplicado nas privatizações.

Com esse afastamento o Estado, regra geral, passou a fiscalizar, regular e fomentar a economia. A regulação foi percebida com o advento das agências reguladoras, autarquias especiais, instituídas pelo ente político competente, com atribuições de regular e fiscalizar a prestação de serviços públicos, sendo que a primeira agência reguladora federal foi criada em 26 de dezembro de 1996, pela Lei nº 9.427, destinada a regular o serviço de energia elétrica (ANEEL).

A regulação da atividade econômica, independentemente do setor ou da atividade, se privada ou relativa aos serviços públicos, desde a promulgação da carta de 1988, é de competência dos órgãos de defesa da concorrência, no qual se enquadra o CADE. Em razão do novo cenário econômico e da promulgação da Lei nº 8.884/94 percebeu-se a efetiva competição e a efetiva defesa da concorrência.

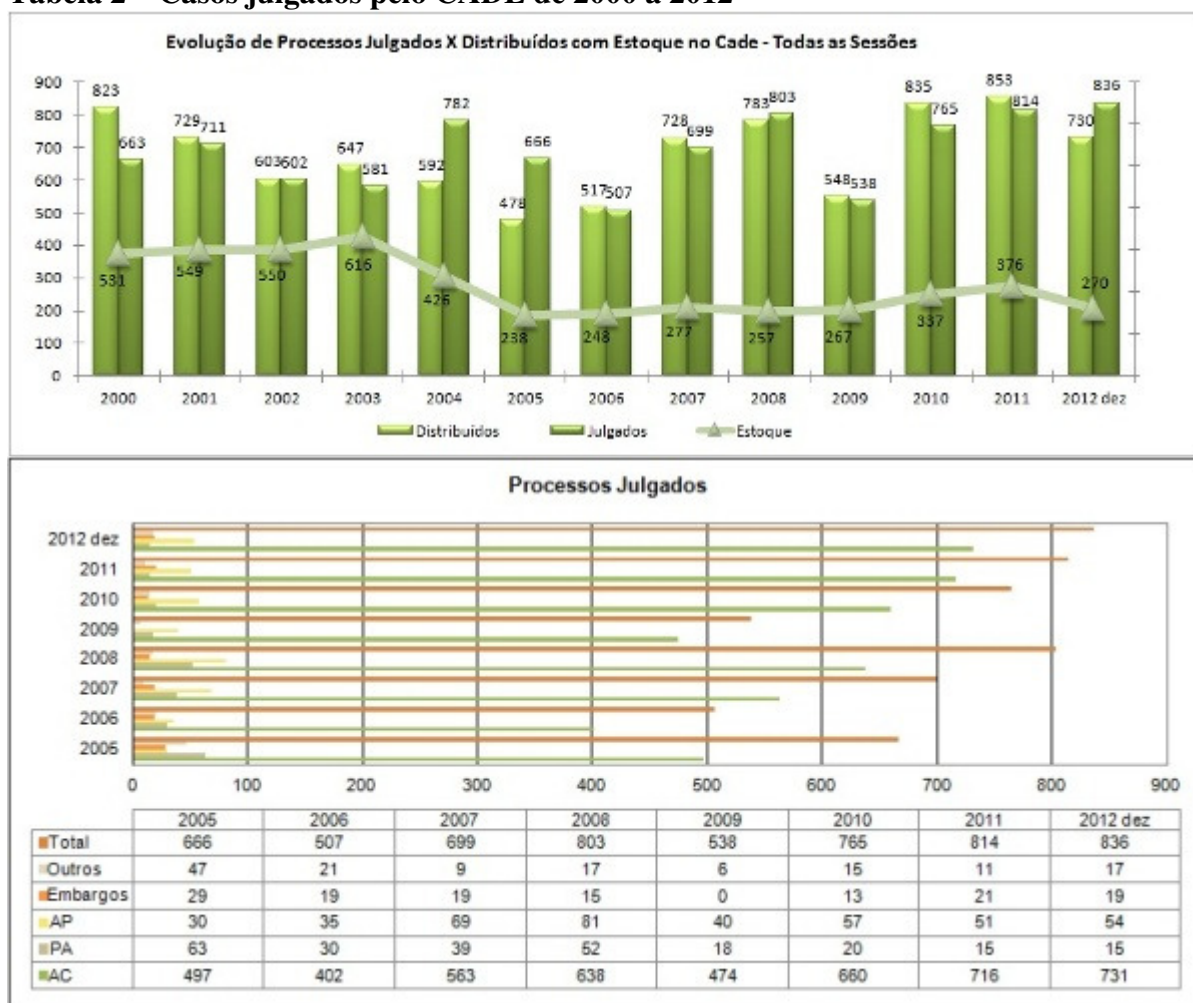
As decisões do CADE se aprimoraram sob o ponto de vista técnico e o sistema ganhou credibilidade perante a sociedade, tanto pelo reconhecimento social, advindo principalmente pela promoção e educação da concorrência realizada pelos órgãos de defesa econômica, quanto por seu rigor técnico reconhecido, inclusive quando da apreciação dos julgados do CADE pelo Poder Judiciário.

Um exemplo do aumento significativo da quantidade de julgados pode ser observado se comparados os quantitativos dos julgados desde a criação do CADE:

Tabela 1 - Casos Julgados pelo CADE de 1963 a 2004			
JULGADOS	1963-1990	1991-1994	1994 - 2004
Atos de Concentração	0	30	3200
Processos Administrativos	117	128	230
Total	117	158	4.130

Fonte: Elaborado pelos autores com dados extraídos dos relatórios divulgados pelo CADE nas revistas de Defesa da Concorrência e nos relatórios anuais.

Tabela 2 – Casos julgados pelo CADE de 2000 a 2012



Fonte: CADE. Cade em números. Disponível em <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 1º fev. de 2013.

A defesa da concorrência no Brasil assim foi amadurecendo e se aprimorando, como reconhecido inclusive pelos organismos internacionais como ficou consignado nos estudos da OCDE publicados em 2005 e 2010, relativos à lei de defesa da concorrência brasileira e a atuação dos respectivos órgãos.

Considerando os benefícios de uma eficiente defesa da concorrência, e buscando aprimorar essa defesa, a prática demonstrou necessidades de alterações da Lei nº 8.884/94, que foram efetivadas. Alterações essas que alcançaram seus objetivos, vez que geraram efeitos concretos, como a celebração de acordos de leniência; apuração e punição de cartéis, aprimoramento na análise de atos de concentração, dentre outros (OCDE, 2010, p. 80).

Nos estudos publicados pela OCDE em 2005 e 2010, relativos à aplicabilidade da lei de defesa da concorrência brasileira, foram efetuadas sugestões de modificação legislativa inerentes, especialmente, à estrutura e às competências de cada órgão do SBDC, a fim de liminar a sobreposição de funções, a onerosidade e a demora na apuração e no julgamento.

A demora da resposta do CADE gerava, ano a ano, um indesejável estoque de casos. Esse estoque, em razão do efeito negativo gerado pela demora no posicionamento administrativo, era nocivo ao sistema, principalmente se estando sob análise relações de mercado que não ficam imutáveis sem causar efeitos, sociais e mercadológicos, enquanto o órgão não se posiciona.

A OCDE (2010) quantificou os atos do SBDC no período de 2004 a 2009 a fim de demonstrar a necessidade de modificação da legislação com o objetivo de atribuir celeridade ao SBDC.

As tabelas abaixo, extraídas do estudo da OCDE (2010, p. 45-46) demonstram os casos a cargo da SDE, já que ela era a competente, na vigência da Lei nº 8.884/94, para apurar e instruir os processos administrativos. Esses dados permitem concluir que ocorreu acúmulo de casos sem conclusão na SDE, que congestionava e prejudicava o Sistema.

Tabela 3 – Procedimentos Administrativos						
	2004	2005	2006	2007	2008	2009*
Recebidos	163	154	172	120	181	146
Concluídos	60	128	131	126	186	143

*Até setembro

Fonte: OCDE, 2010, p. 45-46.

Tabela 4 - Averiguações Preliminares						
	2004	2005	2006	2007	2008	2009*
Instauradas	33	32	10	19	76	85
Concluídas	15	29	11	50	76	41

*Até setembro

Fonte: OCDE, 2010, p. 45-46.

Tabela 5 - Processos Administrativos						
	2004	2005	2006	2007	2008	2009*
Instaurados	36	18	17	16	18	36
Concluídos	29	37	8	34	58	19

*Até setembro

Tabela 6 - Casos enviados ao CADE e estoques de 2006-2008			
	2006	2007	2008
Casos enviados ao CADE*	21	90	134
Estoque*	396	341	300

*Inclui tanto as averiguações preliminares quanto os processos administrativos

Fonte: OCDE, 2010, p. 45-46.

Recebidos os atos no CADE, também foi constatada demora significativa no julgamento e aumento de estoque de casos que, segundo o órgão foi decorrente, dentre outros motivos, do aumento da quantidade e da complexidade dos casos submetidos ao Conselho (OCDE, p. 47). As tabelas abaixo demonstram, em números a atuação do CADE e a atuação conjunta CADE e SDE (OCDE, 2010, p. 47).

Tabela 7 - Tempo médio de tramitação dos casos no CADE (em dias)				
2005	2006	2007	2008	2009
453	423	261	268	409

Fonte: OCDE, 2010, p. 47.

Tabela 8 - Tempo de tramitação dos casos na SDE e no CADE			
	Tempo na SDE (em dias)	Tempo no CADE (em dias)	Total
Areia para a construção	479	359	838
Serviços de Segurança	1.066	355	1.421
Britas	493	230	723
Ambev (programa de fidelidade)	1.031	861	1.892

Fonte: OCDE, 2010, p. 47.

Também apurou a quantidade de atos de concentração analisados pelo CADE, e a atuação da SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico) que tinha a função de emitir pareceres em atos de concentração, função exercida também pela SDE.

Tabela – 9 Atos de concentração analisados sob o procedimento sumário no SBDC					
	2005	2006	2007	2008	2009*
Porcentagem de procedimentos sumários em relação ao total	n/a	68%	68%	65%	63%
Dias na SEAE	n/a	17	15	20	21
Dias no CADE	56	45	43	42	35

Fonte: OCDE, 2010, p. 49.

Observe-se que no que tange aos procedimentos sumários ocorreu uma redução no tempo de análise o que gera uma redução para o tempo de análise para os demais atos de concentração.

Tabela 10 - Tempo médio de análise – Todos os atos de concentração					
	2005	2006	2007	2008	2009*
Dias na SEAE/SDE	161	120	105	104	135
Dias no CADE	81	64	48	50	45
Total	242	184	153	154	180

*Até outubro

Fonte: OCDE, 2010, p. 49.

Analisar os dados constantes das tabelas transcritas e os estudos da OCDE é relevante, haja vista que as alterações contidas na Lei nº 12.529/2011, em larga medida, seguiram as sugestões daquele órgão, inclusive em relação a mais expressiva mudança legal atinente à estrutura da defesa da concorrência no Brasil.

Com efeito, a mais proeminente mudança do SBDC é estrutural, pois foi extinta a SDE. A SEAE se tornou competente para a promoção da concorrência, sendo-lhe retirada a competência para atuar em atos de concentração. A competência para instaurar, instruir, e julgar os atos e condutas inerentes à defesa e promoção da concorrência concentra-se no novo CADE, composto pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (TADE, com a função

judicante), pela Superintendência-Geral (instaurar e instruir dos processos administrativos e opinar nos Atos de Concentração), basicamente as competências da SDE foram transferidas para a Superintendência-Geral. Foi criado o Departamento de Estudos Econômicos - DPEE, com a competência de elaborar estudos econômicos e emitir pareceres sobre as matérias a cargos do TADE e da Superintendência. Enfim, como a estrutura anterior, repartida em três órgãos distintos causava morosidade e onerosidade, pois o postulante tinha que recolher uma taxa para cada órgão na apresentação dos Atos de Concentração, espera-se mais eficiência com a nova estrutura.

A Lei nº 12.529/2011, objetivando atribuir maior eficiência à defesa da concorrência levada a efeito pelo SBDC, também estabeleceu proibição cuja ausência na Lei nº 8.884/94 era demasiadamente criticada, como é o caso da proibição, pelo presidente e conselheiros, de advocacia perante o SBDC no prazo de 120 dias após o encerramento do mandato, do aumento do tempo dos mandatos para quatro anos, vedando a recondução, e, assim tentando evitar a captura política possível na forma contida na lei nº 8.884/94.

A Lei nº 12.529/2011 implementou outras modificações, algumas veementemente criticadas, que não serão aqui abordadas, uma vez que o presente estudo não é relativo a uma análise de cada artigo da Lei de Concorrência e sim à verificação da defesa efetiva defesa e promoção da concorrência concretizadora dos princípios da Ordem Econômica e dos fundamentos da República.

Abordado o surgimento da proteção da concorrência no Estado brasileiro, bem como a criação, evolução do CADE e a atual estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, resta analisar, por amostragem, algumas decisões do CADE para avaliar se em relação ao seu conteúdo, tais decisões de fato tem se preocupado com a garantia da concretização dos princípios da Ordem Econômica Constitucional e com os objetivos gerais constitucionais.

3. DECISÕES DO CADE E A PROTEÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL

Não se fará neste tópico uma análise crítica dos julgados do CADE com vistas a seus acertos ou desacertos, sendo a apresentação eminentemente descritiva e voltada a analisar a concretização das garantias constitucionais insculpidas no art. 1, 3º e 170 e seguintes da Constituição da República pelo órgão competente para promover a defesa da concorrência no Brasil.

Considerando o extenso número de julgados, serão abordados aqueles já concluídos e que tiveram grande repercussão concorrencial, social, econômica e/ou tecnológica. Para tanto foram selecionados quatro casos: 1º - Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14 relativo ao delito de cartel – Cartel das Britas; 2º - Processo Administrativo nº. 08000.014608/95-86 relativo à exclusividade de contratação - restrições no setor de serviços de saúde – Caso UNIMED; 3º - Ato de Concentração nº 08012.005846/99-12 - Caso AMBEV e, 4º - Ato de Concentração nº. 08012.006704/2011-20 – aquisição da Man pela Volkswagen.

3.1. Processos Administrativos

O Processo Administrativo é o instrumento mediante o qual o SBDC instaura, instrui e julgada todas as condutas lesivas ou tendentes a lesionar a livre concorrência.

O Processo Administrativo desenrolado no SBDC está submetido ao princípio do devido processo legal e aos princípios do Contraditório e da Ampla Defesa contidos no art. 5º, LIV e LV da CR/88. Aliás, esses preceitos também são de observância obrigatória também na análise dos Atos de Concentração.

Além dos preceitos constitucionais, os processos e atos de concentração no CADE são julgados nos termos da Lei nº 12.529/2011, e seu decreto regulamentador e da Lei Federal de Processo Administrativo nº 9.784/99.

A análise dos julgados do CADE e da apreciação desses pelo Poder Judiciário permite afirmar que os preceitos constitucionais relativos ao julgamento com vistas ao Devido Processo Legal tem sido observados pelo CADE.

Quanto às condutas objeto de Processos Administrativos de competência do CADE a legislação se caracteriza por um tipo aberto, ou seja, qualquer conduta lesiva ou tendente a lesar a livre concorrência poderá ser submetida ao conselho. Apesar desse tipo aberto a Lei nº 12.529/2011 relaciona no art. 36, as infrações contra a Ordem Econômica, dentre as quais o cartel e o abuso de posição dominante.

Consistentes estudos da OCDE demonstram que os acordos de cartel (fixação de preços, partilha de mercado, manipulação de propostas, dentre outras) e o abuso de posição dominante são considerados, por seus próprios efeitos, as práticas mais nocivas à livre concorrência e mais prejudiciais aos consumidores.

Nos termos da Lei nº 12.529/2011, § 2º, “Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado

relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia”. A maioria dos casos de abuso de posição dominante no Brasil envolve algum tipo de conduta cujo efeito ou objetivo é excluir concorrentes do mercado ou impedir que outras empresas entrem em concorrência com a empresa dominante. Todavia, a prática de abuso de posição dominante que tenha unicamente o escopo de explorar posição de relativa fragilidade de parceiros comerciais ou consumidores também pode ser punida, como será demonstrado na análise do caso da UNIMED.

Adite-se que a nova lei de concorrência, Lei nº 12.529/2011 estampou a opção para um combate mais eficiente às condutas anticompetitivas, invertendo o foco dado pelos órgãos de defesa da concorrência na vigência da legislação pretérita que se referia à análise de atos de concentração.

3.1.1. O Cartel de Britas

O Cartel de Britas é um caso paradigmático de cartel em razão a) da duração da prática, b) da quantidade de envolvidos (18 empresas condenadas), c) da junção de esforços de autoridades na busca de provas da formação do cartel (Polícia Federal - PF, Secretaria de Direito Econômico - SDE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por meio de sua procuradoria (AGU) e o Poder Judiciário), d) da organização e estruturação do cartel, e) das punições dentro do próprio cartel e, e) das punições impostas pelo CADE aos participantes da prática delitiva que foram as mais severas da história do órgão, como passe-se à análise:

<p>Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14. Julgamento 07/07/2005. DOU de 1º/08/2005. Julgamento dos recursos para minoração das multas: DOU 17/10/2006.</p>	<p>Conselheiro Relator: Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. Representante: Secretaria de Direito Econômico</p>
<p>Ementa da Decisão: O Plenário, por unanimidade, condenou as Representadas Basalto Pedreira e Pavimentação Ltda., Embu S.A. Engenharia e Comércio, Geocal Mineração Ltda., Holcim S.A./Cantareira, Itapiserra Mineração Ltda., Iudice Mineração Ltda., Lafarge Brasil S.A./Brita Brás, Indústria e Comércio de Extração de Areia Khouri Ltda., Mineradora Pedrix Ltda., Panorama Industrial de Granitos S.A., Pedreira Cachoeira S.A., Pedreira Dutra Ltda., Pedreira Mariutti Ltda., Pedreira Santa Isabel Ltda., Pedreiras São Matheus - Lageado S.A., Pedreira Sargon Ltda., Reago Indústria e Comércio S.A. e Sarpav Mineradora Ltda., considerando as condutas como infrações contra a ordem econômica previstas nos arts. 20, incisos I, II, e IV e 21, incisos I, III, VIII, X, XI, XII, XIII, XIV da Lei nº 8.884/94 e, no que diz respeito ao Sindicato da Indústria de</p>	<p>Dados constantes dos autos: Esclarecimentos do Relator: “uma das empresas envolvidas possuía uma "bíblia", nome da lista em que eram elencados os clientes a que cada uma teria prioridade nos contratos. As empresas também se submetiam a "cursos" para não descumprirem o combinado nos cartéis. As vendas de</p>

Minação de Pedra Britada do Estado de São Paulo, considerou suas condutas incursas nos artigos 20, inciso I e 21, inciso II, vencido o Conselheiro Luiz Fernando Rigato Vasconcellos quanto à caracterização da conduta do Sindicato da Indústria de Minação de Pedra Britada do Estado de São Paulo, enquadrando-a também no inciso IV do art. 20 da Lei n 8884/94, ademais, por unanimidade determinou o arquivamento do processo em relação às Representadas Mendes Júnior Engenharia S.A. e Paupedra - Pedreiras, Pavimentações e Construções Ltda. e a exclusão do pólo passivo da empresa Constran S.A. e sua inclusão no pólo passivo da Averiguação Preliminar n 08012.005370/2003-67. Quanto às penalidades, por maioria, determinou a imputação de multa pecuniária de 20% do faturamento bruto no exercício de 2002 às Representadas Embu S.A. Engenharia e Comércio, Holcim S.A., Lafarge Brasil S.A., Pedreira Cachoeira S.A., Pedreira Sargon Ltda. e Sarpav Mineradora Ltda. e 15% do faturamento bruto no exercício de 2002 às Representadas Geocal Minação Ltda., Itapiserra Minação Ltda., Iudice Minação Ltda., Indústria e Comércio de Extração de Areia Khouri Ltda., Mineradora Pedrix Ltda., Pedreira Dutra Ltda., Pedreira Mariutti Ltda., Pedreira Santa Isabel Ltda., Reago Indústria e Comércio S.A., Basalto Pedreira e Pavimentação Ltda., Panorama Industrial de Granitos, Pedreiras São Matheus - Lageado S.A., e 300.000 UFIR's ao Sindicato da Indústria de Minação de Pedra Britada do Estado de São Paulo, nos termos do voto do Relator, vencido o Conselheiro Luiz Alberto Esteves Scaloppe que determinava como base para a imputação da multa o ano de 2001. Ademais, o Plenário, por unanimidade, determinou a publicação de extrato da decisão em meia página de um dos dois jornais de maior circulação no estado de São Paulo por dois dias seguidos em duas semanas consecutivas, às expensas do Sindicato da Indústria de Minação de Pedra Britada do Estado de São Paulo, assim como recomendou aos órgãos públicos que não realizem o parcelamento de tributos federais e que sejam cancelados incentivos fiscais ou subsídios públicos concedidos às Representadas. Vencido o Conselheiro Roberto Pfeiffer que recomendou, além das determinações acima expostas, a instauração de Processo Administrativo em face dos administradores e dirigentes das representadas condenadas, nos termos do art. 16 da Lei n 8.884/94. O Plenário, por unanimidade, determinou a remessa de cópias da decisão ao Ministério Público Federal e ao Ministério Público de São Paulo.

cada empresa participante do cartel eram monitoradas. Quem descumprisse as regras do cartel virava "bola preta" e teria que ressarcir os demais. Os primeiros encontros dos integrantes do "cartel das britas" foram realizados em 1994, mas o acordo entre as empresas do setor só começou a ser institucionalizado a partir de 1999. Entre 2000 e 2003, o cartel viveu o seu apogeu.

Hipóteses do Ministério da Justiça:

o "cartel das britas" pode ter atuado na construção do Rodoanel em São Paulo. As empresas envolvidas faturam cerca de R\$ 150 milhões por ano e representam 55% do fornecimento de britas à região metropolitana de São Paulo.

Comentários dos autores deste estudo: O efeito natural do Cartel é lesionar o mercado, mas com ele toda a sociedade e mais especificamente o consumidor é lesionado, seja pela impossibilidade de escolha de menor preço ou pela impossibilidade de escolha de melhor produto. No presente caso, no qual o produto é pedra britada, foram afetados diversos mercados ligados ao setor de construção civil, o setor público e o setor privado, sendo prejudicado o desenvolvimento da infraestrutura nacional e regional, bem como o acesso de todos à moradia, que é direito social básico (art. 6º, CR/88). Isso porque, a pedra britada é matéria prima essencial ao setor de construção civil que se refere à construção de estradas, portos, aeroportos, edifícios públicos, imóveis residenciais e comerciais, dentre outros. Assim, reprimir a conduta cartelizada nesse setor possibilita à obtenção geral dos benefícios

advindos da concorrência de forma generalizada, o que acarreta imediata aplicabilidade dos preceitos constitucionais, tanto previstos nos fundamentos, quanto nos preceitos da Ordem Econômica da Constituição de 1988, como o acesso à moradia, o desenvolvimento regional e nacional, o desenvolvimento da indústria de base, o pleno emprego e à justiça social.

Esse julgado estampa a concretização da garantia dos princípios da Ordem Econômica por meio da defesa da concorrência, seja decorrente dos efeitos gerados pela livre concorrência, seja ponderação do CADE dos demais preceitos constitucionais.

3.1.2. *Abuso de posição dominante – Caso UNIMED*

Questão de difícil análise pelo CADE foi a conduta imposta por associação médica a seus associados, como foi a exigência de exclusividade imposta pela UNIMED a seus cooperados.

Essa exigência, permitida pela lei das cooperativas, à época, era regra no setor de planos de saúde, mas causava sérias lesões à concorrência e principalmente à dignidade e à vida do consumidor, pois esse, muitas vezes, não tinha acesso à profissional habilitado para prestar serviço essencial à vida, conforme consta do voto do Conselheiro Relator Ruy Santacruz, nos autos do Processo Administrativo nº. 08000.014608/95-86, julgado em 03 fevereiro de 1999, em que foi representada a Unimed – Cooperativa de Trabalho Médico de Ponta Grossa- PR.

Nos autos do Processo Administrativo restou apurado que a UNIMED congregava a quase totalidade dos médicos registrados no CRM/PR da localidade e que, em certas habilitações médicas, detinha 100% dos médicos daquela região.

A Procuradoria do CADE emitiu parecer no sentido de que a cláusula estatutária proibitiva da dupla militância, ainda que seja permitida pela lei das cooperativas, gera efeitos nocivos à coletividade, o que não é admissível do ponto de vista do interesse público, que deve prevalecer sobre o particular.

Diante das provas produzidas nos autos o CADE concluiu que a exclusividade exigida pelos estatutos sociais da UNIMED prejudicava a concorrência no mercado relevante e reforçava o domínio de mercado por ela conquistado, decidindo pela existência de infração à Ordem Econômica.

Assim, foi determinado o seguinte: cessação imediata da prática, alteração dos estatutos sociais para excluir a cláusula de exclusividade, comunicação pela UNIMED a todos

os seus associados e cooperados do teor da decisão, aplicada multa em razão da prática ilícita, aplicada multa diária por descumprimento e, por fim, determinado o encaminhamento dos autos ao Ministério Público Estadual e/ou Federal.

Essa decisão estampa a preservação de fundamentos e objetivos da Constituição da República e, ainda, efetiva garantia do respeito aos princípios da Ordem Econômica Constitucional.

3.2. Atos de Concentração

A atuação preventiva do CADE refere-se basicamente à análise de atos de concentração empresarial, mediante os quais o Conselho deve resguardar o mercado e a sociedade.

Nesse tipo de processo são verificados, nos termos da Lei vigente, a melhora das eficiências competitivas e mercadológicas, o repasse ao consumidor das eficiências obtidas com a concentração, como a melhora no preço e na qualidade dos produtos ou serviços, a preservação e melhoria e/ou manutenção do trabalho e emprego.

Assim, evidente a concretização da garantia dos princípios da Ordem Econômica por meio das análises de Atos de Concentração.

3.2.1. *Fusão Antártica e Brahma - AMBEV*

Caso dos mais polêmicos em atos de concentração decididos pelo CADE foi a fusão das três maiores empresas do setor de bebidas do Brasil, Skol, Antártica e Brahma, da qual resultaria a 3ª maior cervejaria do mundo.

Essa fusão afetaria diversos mercados, centros de distribuição, empresas dos mais diversificados portes.

A preocupação com a preservação dos postos de trabalho nas indústrias que seriam fundidas, bem como nas diversas empresas existentes na cadeia de distribuição e revenda foi imensa.

A preservação da concorrência no setor de fabricação, distribuição, transporte, revenda de bebidas e a manutenção do preço, da qualidade e da variedade do produto foi outro ponto sensível.

A extensão dos efeitos dessa fusão repercutiria, como repercutiu, em todo o território brasileiro e no exterior.

Esse ato era de extrema complexidade e, por conseguinte, de demora na solução, tanto que levou 1.892 dias para ser decidido, 861 dias no CADE e 1.031 na SEAE, como se confere da tabela constante no tópico anterior desse estudo.

Considerando tudo o que envolvia a fusão e buscando evitar prejuízos ao mercado e à sociedade, o CADE com fundamento na então vigente lei nº 8.884/94, determinou a suspensão de qualquer operação das duas empresas, proibindo-as de desativar fábricas, demitir pessoal ou unificar suas estruturas, antes da avaliação das consequências da formação da AmBev no mercado brasileiro de cervejas e refrigerantes.

Em 29 de março de 2000, nos autos do Ato de Concentração nº 08012.005846/99-12 o CADE, decidiu pela aprovação da fusão entre a Antártica e a Brahma, sendo constituída a AmBev.

Contudo, a provação foi condicionada à celebração de Termo de Compromisso de Desempenho contendo metas de redução de custos e ganhos de eficiência que deveriam ser cumpridas por um período de cinco anos.

O Compromisso de Desempenho, previsto no artigo 58 da Lei nº 8.884/94, emerge quando é necessária a garantia de realização de eficiências para a compensação da redução do grau de concorrência do mercado.

A autorização de atos potencialmente prejudiciais à concorrência, fica condicionada à assinatura de um termo, pelo qual assegurar-se-á ao mercado e à coletividade a obtenção de benefícios compensatórios. As cláusulas do Termo de Compromisso de Desempenho devem ser factíveis e objetivas, não podendo ultrapassar o limite necessário para o alcance das eficiências e da preservação dos níveis de concorrência no mercado.

As principais condições impostas pelo CADE para a aprovação da fusão, que foram aceitas pela AmBev na celebração do Compromisso de Desempenho foram as seguintes:

Venda da marca Bavaria no prazo de oito meses, com a transferência dos contatos de fornecimento e distribuição da cervejaria. O comprador não poder ter participação acima de 5% do mercado de cerveja.

Venda de cinco fábricas da Antartica e da Brahma com capacidade total de 709 milhões de litros, também no prazo de oito meses, localizadas em Getúlio Vargas (RS), Ribeirão Preto (SP), Cuiabá (MT), Salvador (BA) e Manaus (AM).

A AmBev deveria compartilhar, por quatro anos, sua rede de distribuição com cinco pequenas empresas (com até 5% de participação no mercado), uma em cada região.

A nova empresa ficou proibida de desativar fábricas por um período de quatro anos. Se quisesse se desfazer de uma unidade durante este prazo, terá de vendê-la a terceiros.

Deveria ser mantido o nível de emprego anterior à fusão. Em caso de demissão consequente de programas de reestruturação, a AmBev teria de oferecer cursos de qualificação e realocação profissional aos trabalhadores.

A fábrica da Antártica de Ribeirão Preto deveria ser equipada antes da venda, passando a oferecer também envasamento em latas.

A AmBev teria de compartilhar sua rede de distribuição com os compradores da Bavaria e das outras cinco fábricas por um período de quatro anos, renovável por mais dois anos.

A Ambev não poderia obrigar a venda exclusiva de seus produtos nos pontos-de-venda.

Da decisão do CADE constata-se a efetiva garantia da concretização dos princípios da Ordem Econômica, como a Livre Concorrência, a garantia do pleno emprego e da formação do trabalhador, que implica na valorização do trabalho humano, a redução de preços gerada pela fusão das empresas fundidas e maior possibilidade de escolhas ao consumidor decorrentes do aumento de empresas no setor, derivada da venda obrigatória de fábricas em locais estratégicos e da obrigatoriedade de compartilhamento de canais de distribuição.

3.2.2. Aquisição da Man pela Volkswagen

Relevante, ainda mencionar o julgamento, em 30/01/2013, do Ato de Concentração nº 08012.006704/2011-20, no qual o CADE autorizou a aquisição pela Volkswagen de 55,90% da participação do capital social da MAN SE. As duas empresas são sociedades alemãs que atuam no mercado automotivo brasileiro.

O conselheiro relator, Alessandro Serafin Octaviani Luis, ponderou que no mercado nacional de caminhões semipesados e na oferta de chassis de ônibus, a participação da Scania (controlada pela Volkswagen) “é pouco representativa, não resultando em impactos anticompetitivos no setor”.

O relator destacou que, no mercado de caminhões pesados, apesar de as requerentes possuírem cerca de 41% de participação, os outros grandes concorrentes exercem suficiente pressão competitiva, detendo *know-how*, portfólio de produtos e possibilidade de expandir a capacidade produtiva.

Na análise do caso foi destacada a compatibilidade do Ato de Concentração com o Programa de Incentivo à Inovação Tecnológica e Adensamento da Cadeia Produtiva de

Veículos Automotores - INOVAR-AUTO, instituído pela Lei nº. 12.715, de 17 de setembro de 2012.

O novo regime automotivo denominado INOVAR-AUTO objetiva valorizar a produção nacional, estimulando a inovação e o desenvolvimento tecnológico, bem como o incremento de investimentos na indústria automobilística brasileira.

Para o conselheiro relator, a rivalidade nos setores automotivos tende a ser intensificada com o novo regime, principalmente em razão dos incentivos à pesquisa e desenvolvimento e à busca do aumento da oferta.

Veja-se que o CADE, além da concretização da concorrência no setor de caminhões pesados e semipesados, pautou seu entendimento na promoção do desenvolvimento econômico, tecnológico e industrial, e ainda, na aplicabilidade da legislação infraconstitucional.

Assim, essa decisão retrata a preocupação do CADE em garantir a concretização do Princípio da Livre Concorrência e dos demais princípios da Ordem Econômica Constitucional e da Constituição como um todo, vez que se pautou pela preocupação com o desenvolvimento tecnológico, industrial e na viabilização da concretização de normas voltadas ao desenvolvimento econômico e industrial do Estado.

4. CONCLUSÃO

A concorrência contribui para assegurar a existência digna, de acordo com os ditames da justiça social, a proteção dos interesses da coletividade e da ordem pública.

A garantia de livre concorrência tem como consequência viabilizar a proteção dos demais princípios da Ordem Econômica Constitucional, bem como dos demais fundamentos e objetivos da Constituição política.

Dessa forma, proteger a concorrência significa proteger os objetivos e fundamentos da República Federativa do Brasil e os princípios da Ordem Econômica Constitucional vigente.

O órgão competente para concretizar a garantia constitucional da livre concorrência, por sua vez, se torna garantidor dos princípios da Ordem Econômica Constitucional e dos objetivos e fundamentos da República, daí a sua grande importância no cenário político, econômico e jurídico nacional.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, criado em 10 de setembro de 1962, transformado em autarquia federal em 11 de junho de 1994, com a

estrutura que lhe deu a vigente Lei nº 12.529/2011, possui competência para instruir, apurar e julgar as condutas e os atos que afetem ou possam afetar a Concorrência.

Embora a defesa da concorrência no Brasil já estivesse prevista desde 1962, sua eficácia não se fez sentir desde então, sendo indubitoso que a existência de uma lei da concorrência não se traduz necessariamente em um regime de concorrência efetiva, pois ela é apenas um elemento da política de concorrência.

Assim, a efetiva atuação do CADE na defesa e promoção da concorrência ocorreu somente quando passou a existir no Brasil a efetiva economia de mercado, instituída pela Constituição de 1988 e concretizada ao longo da década de 1990, com a presença de condições econômicas, sociais e políticas propícias.

No desempenho de suas funções o CADE, efetivamente, garante a concretização da defesa e promoção da concorrência, bem como dos valores máximos insculpidos na Constituição da República de 1988, quais sejam: a dignidade humana e a justiça social como se pode observar da análise de seus julgados empreendida no presente estudo.

Toda a coletividade é afetada direta ou indiretamente pelas decisões do CADE, já que os efeitos de suas decisões alcançam o mercado com um todo e assim afetam trabalhadores, consumidores, empresas e Estado.

Desde sua criação o CADE se modificou bastante. Essa modificação decorreu basicamente da necessidade de se alcançar eficiência na defesa da concorrência no Brasil. A eficiente defesa da concorrência ocasiona uma consequente efetividade dos objetivos, fundamentos e princípios constitucionais, e, especificamente, a concretização dos princípios da Ordem Econômica Constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo e Econômico*. São Paulo: Forense, 2003.

BENECKE, Dieter W; NASCIMENTO, Renata (org.) *Opções de Política Econômica para o Brasil*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962. Disciplina a repressão ao abuso do poder econômico. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 set. 1962. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/1980-a-1960#content>>. Acesso em 1º fev. 2013.

BRASIL. Lei nº. 8.884, de 11 de junho de 1994. Dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica em autarquia e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 jun. 1994. Disponível em <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/legislacao-1/leis-ordinarias/1994#content>>. Acesso em 1º fev. 2013.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1º nov. 2011 e retificado em 2 dez. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 1º fev. 2013.

CADE. Cade em números. Disponível em <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em 1º de fev. 2013.

BRASIL. CADE. Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14. Relator: Conselheiro Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. Julgamento 7 jul. 2005. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1º agosto 2005.

BRASIL. CADE. Processo Administrativo nº. 08000.014608/95-86. Relator: Conselheiro Ruy Santacruz. Julgamento 3 fev. 1999. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Atas/arquivosPDF/ata109.htm>>. Acesso em 25 jan. 2013.

BRASIL. CADE. Ato de Concentração nº 08012.005846/99-12 - Caso AMBEV. Relatora: Conselheira Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva. *Diário Oficial da União*, Brasília, 29 março 2000.

BRASIL. CADE. Ato de Concentração nº. 08012.006704/2011-20. Relator: Alessandro Serafin Octaviani Luis. Julgamento 30 jan. 2013. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/noticias>>. Acesso em 25 jan. 2013.

CORDOVIL, Leonor. CARVALHO, Vinícius Marques, et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*. São Paulo: RT, 2012.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência (Comentários à Lei Antitruste)*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do Antitruste*. 5. ed. São Paulo: RT, 2012.

FUNDAÇÃO JOAQUIM NABUCO. Delmiro Gouveia. Disponível em http://www.fundaj.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=120&Itemid=128. Acesso em 04/03/2013.

GLÓRIA, Daniel Firmato A. *A Livre Concorrência Como Garantia do Consumidor*. Minas Gerais: Del Rey. 2003.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

HUNT, E. K; SHERMAN, Howard J. Trad. Jaime Larry Benchimol. *História do Pensamento Econômico*. 7 ed. São Paulo: Campus-Elsevier, 2005.

MALARD, Neide Teresinha. *Concentração de empresas: livre concorrência e limites à liberdade de iniciativa*. Brasília: UnB/Faculdade de Direito, 1997, p. 188/198. p. 188-189.

MATTOS, Cezar (org). *A Revolução Antitruste no Brasil: A Teoria Econômica Aplicada a Casos Concretos*. São Paulo: Singular. 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros. 2005.

OCDE. Lei de Política de Concorrência no Brasil – Uma revisão pelos pares. 2005.

OCDE. Lei de Política de Concorrência no Brasil – Uma revisão pelos pares. 2010.

PETTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2005.

REQUIÃO, Rubens. *Direito Comercial v I*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros. 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas* 3. ed. São Paulo: Malheiros. 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUZA, Tobias Zani et. Al (coord.) *Lei Antitruste: 10 anos de combate ao abuso de Poder Econômico*. Minas Gerais: Del Rey. 2005.

SOUZA, Washington Peluso Albino de Souza. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 6. ed. São Paulo: LTR, 2005.

SOUZA, Washington Peluso Albino de Souza. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VAZ, Izabel. *Direito Econômico da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.