

O SISTEMA DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

FERNANDA DE PAULA FERREIRA MOI*

CHARLENE MARIA C. DE ÁVILA PLAZA**

SUMÁRIO: RESUMO. ABSTRACT. INTRODUÇÃO. 1. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL. 2. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O ORDENAMENTO JURÍDICO DA CONCORRÊNCIA. 3. DAS INFRAÇÕES DA ORDEM ECONÔMICA. 4. DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. 5. CADE: COMPOSIÇÃO E FINALIDADES. 6. FUSÃO VARIG/TAM. 7. A CRIAÇÃO DA AMBEV. 8. A AQUISIÇÃO DA GAROTO PELA NESTLÉ. 9. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMO: O presente artigo tem como objeto o estudo do sistema da defesa da concorrência no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, será analisada, num primeiro momento, a evolução das normas da defesa da concorrência no âmbito constitucional para que, posteriormente, analisemos a evolução do tema em nível infraconstitucional. Por fim, analisaremos a Lei n. 8884/94 e a atuação do CADE, sendo analisados os julgamentos mais repercutidos nos últimos tempos.

PALAVRAS-CHAVE: defesa da concorrência, CADE, Nestlé.

ABSTRACT: The present article has as objective the study of the defense system of the competition in the Brazilian juridical system. For so much, it will be analyzed, in a first moment, the evolution of the defense norms of the competition in the constitutional ambit so that, later, let us analyze the evolution of the topic in an infraconstitucional level. Finally, we will analyze the Law n. 8884/94 and the performance of the CADE, through the more rebounded judgments in the last times.

KEY-WORDS: defense of concurrence, CADE, Nestlé

* Mestre em Relações Empresariais e Direito de Integração pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Professora da UFG – Universidade Federal de Goiás.
Email: fernanda_moi@yahoo.com.br.

** Mestre em Relações Empresariais e Direito de Integração pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Email: charlene_plaza@hotmail.com

INTRODUÇÃO

A Constituição declara que a ordem econômica é fundada na *valorização do trabalho humano e na iniciativa privada*. Que significa isso? Em primeiro lugar quer dizer precisamente que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a *iniciativa privada* é um princípio básico da ordem capitalista. Em segundo lugar significa que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Conquanto se trate de declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, IV). (SILVA: 1997, 720)

É através da livre iniciativa que os mercados se desenvolvem. Para que se crie um ambiente seguro, jurídica e economicamente, faz-se necessária a efetiva defesa da concorrência. Em face de tal necessidade, desde o séc. XIX, existe a preocupação com a regulação dos mercados e a punição de medidas que visem sua dominação. O ordenamento jurídico pátrio demonstra, desde a época imperial, seu apreço pelo tema.

O presente artigo tem como objeto de estudo o Sistema Econômico Brasileiro e a Defesa da Concorrência em nosso ordenamento jurídico. Para que se possibilite uma compreensão maior do tema, será abordado, num primeiro momento, a evolução do Direito Econômico brasileiro e a atual ordem econômica constitucional vigente. Posteriormente, será objeto de análise o sistema de defesa da concorrência adotada pelo legislador pátrio a partir da análise da Lei nº. 8.884/94. Por fim, serão analisadas as atribuições e competências do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) e seus principais julgamentos.

1. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

2.1 As Constituições de 1934 e de 1937 e as legislações promulgadas sob sua égide

Data da primeira metade do século XX a preocupação do legislador pátrio com a ordem econômica nacional e com a Defesa da Concorrência, tanto que no ano de 1934 é editada a primeira norma constitucional acerca da intervenção estatal na ordem econômica.

De acordo com os artigos 115 e 116 da referida legislação², pode o Estado, a fim de garantir o bem estar social e resguardados os limites estabelecidos pela lei, interferir no mercado econômico como regulador de atividade econômica relevante (SILVEIRA: 1998, 131). Artigo de suma importância na referida Constituição é o art. 117, por impor à lei ordinária o dever de fomentar a economia popular (VAZ: 1993, 244), pois se entende ser por meio da concorrência que os mercados se desenvolvem, possibilitando um aumento na qualidade dos produtos e a redução de seus preços, aumentando o bem estar coletivo. De acordo com o disposto no art. 117:

Art. 117: A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização das empresas de seguros, em todas as modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operem no País.

Interessante ter em mente o contexto político da época e a ideologia vigente, qual seja, a ideologia nacionalista. Daí o fato de que a Constituição de 1934, de acordo com o que se depreende da leitura do art. 117, estimula a defesa da concorrência entre os agentes nacionais, ao passo que prega a nacionalização das empresas estrangeiras. Outro ponto que merece destaque na referida Constituição é a severidade das punições a atos que configurassem abuso de poder dominante, uma vez que “os crimes contra a economia popular foram equiparados a crimes contra o Estado” (VAZ: 1993, 245).

Em virtude do contexto sócio-político vivido na década de 30, era permitido ao Estado, de acordo com os arts. 115, 116 e 117 da CF/34, intervir na economia nacional a fim de resguardar o interesse coletivo, sendo que este deveria prevalecer sobre os interesses individuais. Ademais, a defesa da concorrência entre os agentes econômicos não era tida como um direito ilimitado, dada a possibilidade de intervenção estatal. Ressalte-se, ainda,

² Art. 115: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios de justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro destes limites é garantida a liberdade econômica”.

Art. 116: “Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações devidas, conforme o art. 112, n. 17, ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos poderes locais”.

que sob a égide da mencionada Carta Magma, não foi promulgada qualquer lei de caráter realmente antitruste (FORGIONI: 1998, 103).

No ano de 1937, sob o governo de Getúlio Vargas, o Estado tinha como meta suprir a atividade econômica privada. Neste contexto, é outorgada a Constituição Federal de 1937, Constituição esta marcada pela forte influência fascista.

Tendo em vista o cenário político-econômico da época e a forma de atuação estatal, a CF/37 dispõe, de modo peculiar, acerca da ordem econômica, dos arts. 135 a 155. Interessante notar o caráter extremamente nacionalista dos dispositivos que compõem a ordem econômica. Merecem, entretanto, destaque os arts. 135 e 141³, os quais cuidam, respectivamente, acerca da liberdade de iniciativa e da proteção à economia popular.

De acordo com o disposto no art. 135 é permitido ao Estado intervir na economia privada afim de “suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação”, sendo que tal intervenção poderá ser mediata ou imediata, nas formas de controle, estímulo e gestão direta.

O art. 141, por seu turno, elenco como, como princípio constitucional, a proteção à economia popular, sendo-lhe asseguradas garantias especiais. Além disto, os crimes cometidos contra a economia popular são equiparados aos crimes cometidos contra o Estado, sendo os mesmos punidos com penas severas.

Influenciado pelo art. 141, CF/37, e a fim de regulamentá-lo, é editada, em 1938, a primeira norma infraconstitucional no sentido de assegurar a Defesa da Concorrência, qual seja, o Decreto-Lei nº. 869, o qual dispõe, em seu art. 1º, que “serão punidos, na forma desta lei, os crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego”. Considera-se o referido Decreto como sendo a primeira lei antitruste brasileira. Seus objetivos primordiais são a defesa da economia popular e a defesa da concorrência. Ressalte-se, por oportuno, que muitas das normas elencadas pelo Decreto-lei nº. 869 ainda são utilizadas, como por exemplo, o disposto

³ “Art. 135 - Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta”.

“Art. 141 - A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição”.

⁴ Art. 2º, III, Decreto-lei nº. 869: “promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio”.

no art. 2º, inciso III⁴ do mencionado Decreto, o qual em muito se assemelha com o art. 20, III, da atual Lei nº. 8.884/94, o qual proíbe o aumento arbitrário dos lucros.

Outra inovação trazida pelo texto legislativo ora em análise, é o fato de que o Estado, a partir de agora, somente poderá intervir no domínio econômico afim de “neutralizar os efeitos autodestrutíveis decorrentes da própria estrutura do mercado. O Estado, como se vê no referido diploma, não tem maiores funções de condução do sistema, mas apenas de correção das disfunções que se verificavam” (FORGIONI: 1998, 108).

Ainda sob a égide da Constituição de 1937 é promulgado, em 22 de junho de 1945, o Decreto-Lei nº. 7.666 (mais conhecido como “*Lei Malaia*”), de autoria do Deputado Agamenon Magalhães, o qual dispõe a respeito da ordem econômica. O foco principal do diploma é dispor acerca dos “atos contrários à ordem moral e econômica”, daí seu caráter eminentemente administrativo.

A fim de dar cumprimento ao disposto neste Decreto-lei, é criada a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (C.A.D.E.), órgão autônomo, com personalidade jurídica própria, diretamente subordinada ao Presidente da República, de acordo com o disposto no art. 19, competindo-lhe, privativamente, “a) julgar a existência ou inexistência, em cada caso concreto que lhe for presente de atos ou práticas contrários aos interesses da economia nacional, ou nocivos ao interesse público, ou da coletividade; b) delimitar as áreas de terra para aplicação do art. 1º, III; c) decretar e executar a intervenção em empresas, nos termos deste decreto-lei; d) organizar a lista das indústrias bélicas, básicas e de interesse nacional para os efeitos do disposto neste decreto-lei; e) conceder ou negar as autorizações de que cogitam os artigos 8º e 11, bem como as aprovações a que se refere o art. 14; f) fiscalizar a realização do capital das empresas a que se refere o artigo 8º; g) receber, processar e julgar todas as representações que lhe sejam feitas por qualquer pessoa denunciando atos contrários ou nocivos aos interesses públicos ou da economia nacional; h) fiscalizar a execução dos serviços públicos concedidos pelo Estado, bem como aplicar as penalidades previstas nos respectivos contratos”, de acordo com o art. 21 e incisos.

A “*Lei Malaia*” representou um grande avanço legislativo em relação à proteção da ordem econômica. Entretanto, não chegou a efetivamente atuar, uma vez que, com a queda de Getúlio Vargas, foi revogado, em 9 de novembro do mesmo ano, pelo Decreto-Lei nº. 8.167/45. Seus objetivos (defesa da concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico), por sua vez, foram preservados pela Constituição de 1946.

1.2 A Constituição de 1946 e os diplomas de repressão ao abuso do

poder econômico promulgados sob sua égide

Com o fim da II Guerra Mundial inicia-se uma grande reforma constitucional em toda a Europa, a fim de restaurarem-se e solidificarem-se princípios constitucionais desrespeitados pelo conflito armado. Esta reconstitucionalização européia influencia fortemente o Brasil, uma vez que a Constituição de 1937 baseava-se, claramente, nos princípios fascistas contidos na Constituição italiana.

Em face deste contexto é promulgada, em 18 de setembro de 1946, a nova Constituição Federal, a qual traz, em seu Capítulo II, Título V, disposições acerca da Ordem Econômica e Social, dos artigos 145 a 162.

O art. 145 dispõe que a ordem econômica deve ser organizada segundo os princípios da justiça social, conciliando a livre iniciativa com a valorização do trabalho humano, sendo assegurado a todos o direito ao trabalho que lhes assegure uma vida digna (parágrafo único, art. 145). O art. 146, por sua vez, disciplina a possibilidade de intervenção estatal no campo econômico a fim de resguardar o interesse público. De acordo com o que vem regulado no art. 147, é assegurado o direito à propriedade privada, desde que esta cumpra sua função social. Ressalte-se, por oportuno, que tais princípios servirão de base para a Constituição Federal de 1988.

Pela primeira vez na história brasileira, a repressão ao abuso de poder econômico vem disposta expressamente. Deste modo, o art. 148, além de preservar os objetivos já traçados pelo Decreto-lei nº. 7.666/45, busca reprimir toda e qualquer forma de abuso do poder econômico. Mencionado artigo dispõe, *in verbis*:

Art. 148: 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.

A Constituição Federal do ano de 1946 representa um grande avanço legislativo no que se refere à defesa da concorrência e à repressão ao abuso do poder econômico, situações estas que já haviam sido objeto do Decreto-lei nº. 7.666/45, vindo agora ser consolidadas no referido texto constitucional. Tais inovações perdurariam até a Constituição de 1988 como veremos mais adiante.

No ano de 1951, ainda sob a égide do texto constitucional de 1946, são promulgadas duas legislações antitruste em nosso país, quais sejam, as Leis nº. 1.521 e nº. 1.522, tendo como objetivo, respectivamente, “a

alteração dos dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular” e a “autorização dada ao Governo Federal em intervir no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo”, de acordo com o disposto no art. 146, CF/46.

De acordo com o art. 1º da Lei nº. 1.521/51: “serão punidos, na forma desta Lei, os crimes e as contravenções contra a economia popular, Esta Lei regulará o seu julgamento”. Os artigos 2º, 3º e 4º elencam quais os crimes que atentam contra a economia popular e livre concorrência bem como as penalidades impostas, sendo que os incisos do art. 3º da referida Lei viria figurar nos incisos do art. 2º da Lei nº. 4.137/62.

A fim de executar as disposições trazidas pela Lei nº. 1.522/51, foi instituído, no âmbito do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, a “Comissão Federal de Abastecimento e Preços (COFAP), constituída de treze representantes dos setores do comércio, da indústria, da lavoura, da pecuária, da imprensa, das Forças Armadas, das cooperativas de produtores e de consumo, dos economistas dos Ministérios da Fazenda, Agricultura, Viação e Obras Públicas, do Banco do Brasil e da Prefeitura do Distrito Federal” (VAZ: 1993, 252).

Com base no Projeto 122, de autoria do Deputado Agamêmnon Magalhães, é promulgada, em 10 de novembro de 1962, a Lei nº. 4.137, dispondo acerca da repressão do abuso de poder econômico. A promulgação da lei em questão baseou-se, ainda, em novo ramo do Direito, qual seja, o Direito Penal Econômico (SILVEIRA: 1998, 132). Grande inovação trazida pela Lei nº. 4.137/62 foi a criação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), órgão competente para apurar e reprimir os abusos do poder econômico, visando à eliminação da livre iniciativa, defesa da concorrência e abuso arbitrário dos preços, de acordo com o disposto em seu art. 8º.

O art. 2º⁵ elenca quais as formas de abuso do poder econômico, sem indicar, contudo, se referido rol é taxativo ou meramente exemplificativo, o que promoveu ferrenhas divergências doutrinárias. Por fim, o Procurador-Geral do CADE, ao analisar o “caso barrilha”, posicionou-se a favor do caráter exemplificativo do art. 2º através do seguinte pronunciamento:

A Lei fornece o roteiro, o caminho, a estrada para que o CADE apure, investigue, denuncie e contenha os abusos. Qualquer que seja a capa sob a qual se esconda o abuso, ao Conselho cumprirá despir-lhe a máscara,

⁵ Art.º: Consideram-se formas de abuso do poder econômico:

I – Dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência por meio de:

através de apuração da verdade dos fatos e reprimir a prática abusiva.
(FORGIONI: 1998, 121)

O art. 74 da mencionada lei também trouxe uma grande inovação, qual seja, o caráter preventivo nas atuações do CADE. De acordo com referido artigo, somente se considerariam válidos os atos, ajustes, acordos ou convenções entre empresas, pessoas ou grupo de pessoas após aprovação e registro por parte do CADE.

No ano de 1967, é outorgado um novo texto constitucional, sendo que, no ano de 1969 é editada a Emenda Constitucional nº. 01, com a força de uma verdadeira Constituição. A Lei nº. 4.137/62 foi recepcionada por estes novos textos legais, ainda que com algumas alterações (VAZ: 1993, 261).

1.3 A Constituição de 1967, a Emenda Constitucional nº. 01/69 e o regime jurídico da concorrência no período

No ano de 1964, por meio de um golpe, os militares tomam o poder, havendo muita oposição e revoltas.

No ano de 1967 é outorgada nova Constituição Federal, sendo a mesma “aprovada por um Congresso Nacional fraco e pouco representativo” (MOCELLIN: 1987, 271). Esta nova Constituição teve

-
- a) ajuste ou acordo entre empresas, ou entre pessoas vinculadas a tais empresas ou interesses no objeto de suas atividades;
 - b) aquisição de acervos de empresas ou de cotas, ações, títulos ou direitos;
 - c) coalizão, incorporação, fusão, integração ou qualquer outra forma de concentração de empresas;
 - d) concentração de ações, títulos, cotas ou direito em poder de uma ou mais empresas ou de uma ou mais pessoas físicas;
 - e) acumulações de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa;
 - f) cassação parcial ou total das atividades de empresas promovida por ato próprio ou de terceiro;
 - g) criação de dificuldade à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento da empresa;
 - II – Elevar sem justa causa os preços, nos casos de monopólio natural ou de fato, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros sem aumentar a produção;
 - III – Provocar condições monopolísticas ou exercer especulação abusiva com o fim de promover a elevação temporária de preços por meio de:
 - a) destruição ou inutilização, por ato próprio ou de terceiro, de bens de produção ou de consumo;
 - b) açambarcamento de mercadorias ou de matéria-prima;
 - c) retenção, em condições de provocar escassez, de bens de produção ou de consumo;
 - d) utilização de meios artificiosos para provocar a oscilação de preços em detrimento de empresas concorrentes ou de vendedores de matérias-primas;
 - IV – Formar grupo econômico, por agregação de empresas, em detrimento da livre deliberação dos compradores ou dos vendedores, por meio de:
 - a) discriminação de preços entre compradores ou entre vendedores ou fixação discriminatória de prestação de serviços;
 - b) subordinação de venda de qualquer bem à aquisição de outro bem ou à utilização de determinado serviço; ou subordinação de utilização de determinado serviço à compra de determinado bem;
 - V – Exercer concorrência desleal por meio de:
 - a) exigência de exclusividade para propaganda publicitária;
 - b) combinação previa de preços ou ajuste de vantagens na concorrência pública ou administrativa.

forte influência da Carta Política de 1937, preocupando-se, basicamente, com a segurança nacional.

O cenário sócio-político da época, entretanto, encontrava-se conturbado, dada a eclosão de revoltas contra o regime militar. A fim de manterem-se no poder, os militares, que já vinham governando por meio da promulgação de Atos Institucionais, promulgam o Ato Institucional nº. 05, rompendo definitivamente com a ordem constitucional então vigente e atribuindo o “exercício do Poder Executivo aos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar” (SILVA: 1997, 88). Esta junta militar foi encarregada de elaborar um novo texto constitucional, promulgado em 1969 como EC nº. 1 à Constituição do Brasil.

Em relação à ordem econômica e social, a CF/67 dispôs a seu respeito em seus artigos 157 a 166.

O art. 157 dispõe acerca dos princípios sobre os quais se baseiam a Ordem Econômica e Social, prestigiando, no inciso VI, a repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

No que tange à legislação infraconstitucional, a Lei nº. 4.137/62 teve vigência sob a égide da CF/67 e da EC nº01/69.

2. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O ORDENAMENTO JURÍDICO DA CONCORRÊNCIA

Durante a década de 80 o Brasil presencia o processo de redemocratização política. É neste contexto de redemocratização que é promulgada, no ano de 1988, nossa Constituição Federal, a qual se destina, de acordo com seu preâmbulo, a “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade e segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade (...)”.

Tendo em vista tais objetivos, o art. 170, IV⁶ estipula o princípio da livre concorrência como sendo princípio fundante da ordem econômica. O art. 173, § 4^o⁷, por sua vez, cuida da repressão ao abuso de poder econômico.

Durante a década de 90 são intensificados os processos de integração regional, bem como a ação das empresas transnacionais, ocasionando uma maior competitividade entre os agentes econômicos.

⁶ 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: IV – livre concorrência”.

⁷ Art. 173, §4º: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. §4º: A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Tendo em vista tal realidade, o legislador pátrio promulga, em 10 de maio de 1990, o Decreto nº. 99.244 o qual cria a Secretaria Nacional de Direito Econômico órgão que tem como competência, dentre outras, apurar, prevenir e reprimir os abusos do poder econômico, por intermédio do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art. 102, III).

Ainda no ano de 1990 é promulgada a Lei nº. 8.137, a qual define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. Os artigos 4º, 5º e 6º da referida lei elencam quais sejam os crimes cometidos contra a Ordem Econômica, bem como as penas a eles aplicadas.

A Lei nº. 8.158, de 8 de janeiro de 1991, institui as normas para a defesa da concorrência. Em seu art. 1º vêm dispostas as competências da Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE); o art. 2º, por sua vez, elenca as formas de atuação da SDNE a fim de que sejam asseguradas a livre iniciativa e a defesa da concorrência; o art. 3º elenca, exemplificada mente, ações que constituem infração à ordem econômica. Interessante notar o caráter preventivo do referido artigo, uma vez que, de acordo com seu *caput*:

Constitui infração à ordem econômica qualquer acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins visados não sejam alcançados.

Os artigos seguintes da referida lei dispõem, ainda, acerca do procedimento administrativo realizado pela SDNE e do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). Importante ressaltar que o Cade aqui mencionado refere-se ao Conselho criado pela Lei nº. 4.137/62, de acordo com o disposto no art. 14 da lei ora analisada⁸.

Finalmente, em 11 de junho de 1994, é editada a Lei nº. 8.884, tendo como objetivo “a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico” (art. 1º), além de transformar o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia, conferindo-lhe maiores poderes na proteção da livre iniciativa e defesa da concorrência.

⁸ “Art. 14: O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), criado pela Lei nº. 4.137, de 10 de setembro de 1962, órgão judicante da estrutura do Ministério da Justiça, com as competências previstas no referido diploma e nesta lei, funcionará junto à Secretaria Nacional de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SNDE), que lhe dará suporte de pessoal e administrativo.”

Tendo em vista este breve panorama histórico acerca da evolução legislativa de Defesa da Concorrência em nosso ordenamento jurídico, constata-se a preocupação do legislador em propiciar um ambiente onde predominem a livre iniciativa, o direito à propriedade e a defesa da concorrência. Assegurando-se tais princípios e garantindo ao Estado a possibilidade de intervenção na vida econômica do país, desde que realmente necessário, o mercado interno se fortalece, aumenta-se a qualidade dos produtos e a redução dos preços, fatores de extrema importância em um contexto como o atual, onde proliferam os processos de integração regional e a concorrência internacional encontra-se cada vez mais acirrada.

3. A ordem econômica na Constituição Federal de 1988

Como já visto no item anterior, a Constituição de 1934 trouxe dispositivos acerca da defesa da concorrência e da ordem econômica nacional. A partir de então, as demais Constituições brasileiras cuidam do tema, assegurando a livre iniciativa, a defesa da concorrência e da defesa da propriedade privada, a fim de se criar um ambiente seguro, econômica e juridicamente, além de permitir a intervenção estatal na economia quando necessário. Além disto, todas as Constituições brasileiras se caracterizaram pelo *modo de produção capitalista* (SILVA: 1997, 718), por assegurarem os princípios acima mencionados.

Assim como ocorre em quase todos os países ocidentais, a Constituição de 1988 também se baseia no sistema capitalista de produção. Promulgada em meio ao processo de redemocratização política, não poderia deixar de assegurar tais princípios, os quais vêm elencados no art. 170. Além disto, nossa Constituição busca assegurar a todos uma existência digna, pautada, sobretudo, na valorização do trabalho humano. Tendo em mente tais princípios, o legislador procurou criar um ambiente propício para o desenvolvimento econômico a fim de que, com base no trabalho humano, livre iniciativa, propriedade privada, defesa da concorrência, do consumidor e do meio ambiente, houvesse uma melhora na qualidade de vida da população e uma redução no índice de pobreza e de desigualdades sociais e regionais. Conclui-se, assim, que a Constituição de 1988 se baseia na economia capitalista, consagrando uma economia de mercado priorizando, contudo, o trabalho humano acima dos valores de mercado. Parte, daí, a autorização da intervenção estatal na economia a fim de que a valorização do trabalho humano seja assegurada (CAMPELLO: 2001, 64)⁹.

Com base em tais ideais, a Constituição de 1988 cuida, em seu

⁹ Muito embora os princípios elencados nos arts. 1º, III e IV, 3º, I, III e IV e 170, III, VII e VIII caracterizem valores socialistas, prevalece, em nosso ordenamento constitucional, o modo de produção capitalista

Título VII, da Ordem Econômica e Financeira. O Sistema Econômico Constitucional (artigos 170 a 192) encontra-se disposto em quatro capítulos: o primeiro capítulo sobre os princípios da atividade econômica; o segundo a respeito da política urbana; o terceiro sobre a política agrícola e fundiária e reforma agrária e, por fim, o quarto capítulo, acerca do sistema financeiro nacional. Para o estudo em questão, nos interessa, sobremaneira, o exame do Capítulo I, arts. 170 a 181, acerca dos *Princípios Gerais da Atividade Econômica*.

Nossa atual Carta Magna consagra como fundamentos da República Federativa do Brasil, dentre outros, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, II, III), além de “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade e segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade (...)” (preâmbulo).

Tais valores demonstram cunho pragmático, situando-se no mundo do dever ser¹⁰. A fim de que sejam atingidos os objetivos propostos, entretanto, determinados mecanismos de controle da atividade econômica deveriam ser estabelecidos. Assim, portanto, é editado o art. 170, seus incisos e parágrafo único. De acordo com mencionado artigo:

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:

I- soberania nacional;

II- propriedade privada;

III- função social da propriedade;

IV- livre concorrência;

V- defesa do consumidor;

VI- defesa do meio ambiente;

VII- redução das desigualdades regionais

VIII- busca do pleno emprego;

IX- tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Parágrafo único: É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

De acordo com Silva (1997, 722), o mencionado artigo equivale “aos princípios constitucionais da ordem econômica”. Seu parágrafo único define a livre iniciativa como sendo um dos princípios fundantes da ordem

¹⁰ Quando nos referimos ao mundo do dever ser não nos reportamos a Hans Kelsen. Para efeitos do presente trabalho, mundo do dever ser corresponde a uma situação que deveria ser. Um ideal a ser atingido.

econômica nacional. Ressalte-se, por oportuno, que tal princípio não deve ferir os ditames da justiça social. Caso isto ocorra, é permitido ao Estado intervir na economia a fim de restabelecer o equilíbrio entre as forças existentes no mercado. Concluí-se, assim, que “a ordem econômica é fincada nos valores da livre iniciativa, valorização do trabalho e justiça social” (NAZAR: 2004, 43).

O presente artigo serviu de base para a edição de leis posteriores de extrema importância para o desenvolvimento de nosso ordenamento jurídico, transformando-o em exemplo aos demais países Latino-americanos. Dentre tais leis podemos citar: Lei nº. 8.078/90 (*Código de Defesa do Consumidor*), Lei nº. 8.137/90 (*Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo*), Lei nº. 8.176/91 (*Crimes contra a Ordem Econômica*), merecendo especial destaque a Lei nº. 8.884/94 (*Infrações à Ordem Econômica e Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE*). Tais legislações infraconstitucionais elevam o ordenamento jurídico pátrio a um dos mais desenvolvidos, senão o mais, da região Latino-Americana, uma vez que são poucos os países que legislam acerca de tais temas. Sua importância reside no fato de que se criou, em território nacional, um ambiente relativamente seguro, jurídica e economicamente, para consumidores, produtores e empresários, o que atrai investimentos estrangeiros, gerando empregos, aumentando o capital em circulação e, em última análise, contribuindo para que os valores estabelecidos em nossa Constituição sejam atingidos.

Vejamos, sucintamente, os princípios contidos nos incisos do art. 170 a fim de que possamos, posteriormente, cuidarmos especificamente dos dispositivos constitucionais que se refiram diretamente ao tema da presente dissertação, qual seja, a defesa da concorrência.

O primeiro princípio elencado (inciso I) é o da Soberania. O art. 1º dispõe que um dos fundamentos da República brasileira e, conseqüentemente, do Estado Democrático de Direito, é a Soberania. O art. 4º, I e IV, consagra a independência nacional como um dos princípios de suas relações internacionais. O art. 170, I, cuida da Soberania nacional em nível econômico, por dispor acerca da preservação e defesa das riquezas naturais, assegurando o interesse nacional sobre o internacional.

Os incisos II e III, art. 170, dispõem acerca da propriedade privada e sua função social. Base de todo e qualquer sistema capitalista é a propriedade privada, sendo que, até o séc. XVII era revestida de caráter totalmente individualista. A partir de meados do séc. XX, com a promulgação da Constituição Mexicana (1917) e, posteriormente, com a promulgação da Constituição de Weimar (1919), a qual influenciou nossas Constituições a partir de 1934, entretanto, passa a existir a preocupação com

a função social da propriedade privada. Daí a possibilidade de intervenção estatal quando a propriedade privada não cumpra sua função social.

O inciso IV dispõe acerca da livre concorrência, princípio este inerente à livre iniciativa, pois não há como se garantir a livre concorrência em um ambiente onde não haja a livre iniciativa. Diante deste contexto, a “lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros”. A fim de regulamentar tais preceitos é editada a Lei nº. 8.884/94, objeto de posterior análise.

O inciso V trata da defesa do consumidor, princípio este elencado como um dos direitos fundamentais do homem (art. 5º, XXXII). Com o intuito de realizar a efetiva defesa do consumidor é promulgado, em 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078), o qual dispõe “sobre a proteção do consumidor, prevendo sanções de natureza civil e administrativa e tipificando como crime várias condutas, às quais comina penas de detenção e/ou multa” (CAMPELLO: 2001, 67).

A defesa do meio ambiente, por sua vez, vem apreciada no inciso VI, além de vir disciplinada no art. 225 e parágrafos da CF. O objetivo do legislador é a proteção do meio ambiente por ser considerado como bem indispensável, sendo imposto ao Poder Público e sociedade sua defesa e preservação. Desta forma, é editada em 24 de julho de 1985 a Lei nº. 7.347, a qual dispõe acerca a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO), além de outras providências.

O inciso VII, por seu turno, busca a redução das desigualdades sociais e regionais. A redução das desigualdades sociais e regionais, além de caracterizar-se como um dos princípios da ordem econômica constitucional, ainda se configura com um dos objetivos a serem atingidos pela República brasileira, de acordo com o disposto no art. 3º, III, CF.

O inciso VIII trata da busca do pleno emprego, não no sentido de o Estado absorver toda a mão de obra em atividades públicas, mas sim no sentido de estabelecer políticas adequadas no sentido de gerar desenvolvimento e educação a fim de que todas as regiões brasileiras tenham a possibilidade de qualificar sua mão de obra e desenvolver suas potencialidades regionais (CAMPELLO: 2001, 68).

O inciso IX, por fim, disciplina acerca do tratamento a ser dado para empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e com suas sede e administração estejam situadas em território brasileiro. O art. 179 também dispõe acerca do tema, sendo que “União, Estados, Distrito Federal e Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno

porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei”.

Em seu parágrafo único, o art. 170 dispõe acerca da livre iniciativa, sendo assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Feita esta breve análise acerca dos princípios que regem a ordem econômica constitucional, analisemos os dispositivos constitucionais acerca da defesa da concorrência propriamente ditos.

São considerados *Princípios da Ordem Econômica Constitucional*, dentre outros, a *livre iniciativa* (art. 170, parágrafo único) e a livre concorrência (art. 170, IV), princípios estes que visam a formação de um mercado justo e equilibrado, pautados em regras claras e sem a prática de atos desleais de comércio.

Para tanto, é editado o art. 173, §4º, o qual autoriza a repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros, sendo que a intervenção estatal na ordem econômica não tem mais a conotação da ideologia nacionalista de antigamente; ao contrário, busca o reequilíbrio do mercado, a fim de que abusos sejam reprimidos e predomine a livre concorrência.

Os artigos 170, IV e 173, §4º se complementam na finalidade de garantir um mercado onde predomine a livre iniciativa e livre concorrência, reprimindo o abuso de poder econômico. Com o intuito de resguardar tais princípios e a fim de dar maior eficácia a tais dispositivos constitucionais, é editada a Lei nº. 8.884 em 11 de junho de 1994. Referida Lei tem como objetivo “a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico” (art. 1º). A Lei nº. 8.884/94, entretanto, será objeto de análise no próximo item.

2.1 Lei nº. 8.884/94: principais aspectos

A Lei nº. 8.884 foi editada no dia 11 de junho de 1994 e tem como objetivo “a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”, de acordo com o disposto em seu art. 1º. Deste modo, referida lei objetiva a tutela da concorrência e a

regulamentação do art. 173, §4º (CF).

Ressalte-se que o objeto da Lei ora em análise é a defesa da concorrência, instituto este que não se confunde com a concorrência desleal, sendo este instituto objeto de regulamentação do Decreto-lei nº. 7.903/45, por exemplo.

Além de cuidar da prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, grande inovação trazida pela mencionada Lei foi a transformação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, conferindo-lhe maiores poderes às suas funções.

De acordo com a Lei em questão, a defesa da concorrência no âmbito nacional se dá através do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), sistema este constituído pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

A Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) é um órgão ligado ao Ministério da Fazenda e tem como funções a fiscalização e monitoramento dos fatos ocorridos no mercado brasileiro. Caso verifique ocorrência ou iminência de ameaça ou infração à ordem econômica leva o fato ao conhecimento da SDE. Além disto, elabora pareceres técnicos utilizados na instauração de processos administrativos.

A Secretaria de Direito Econômico, de acordo com a Lei nº. 8.884, tem como função o monitoramento o cumprimento das normas de Direito do Consumidor no mercado e a defesa da concorrência. Suas competências e composição vêm dispostas nos arts. 13 e 14 da Lei nº. 8.884/94.

De acordo com disposto no art. 13 a SDE é um órgão ligado ao Ministério da Justiça, sendo dirigida por um Secretário escolhido pelo Ministro da Justiça e nomeado pelo Presidente da República. Este Secretário deve ter como requisitos nacionalidade brasileira (sendo ele brasileiro nato ou naturalizado), notório saber jurídico ou econômico e ilibada reputação.

O art. 14, por sua vez, elenca as competências da SDE, quais sejam:

Art. 14: Compete à SDE:

I- zelar pelo cumprimento desta lei, monitorando e acompanhando as práticas de mercado;

II- 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;

- III- proceder, em face de indícios de infração da ordem econômica, a averiguações preliminares para instauração de processo administrativo;
- IV- decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando os autos de averiguações preliminares;
- V- requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridade e entidades públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar as diligencias que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções;
- VI- instaurar processo administrativo para apuração e repressão de infrações da ordem econômica;
- VII- recorrer de ofício ao CADE, quando decidir pelo arquivamento das averiguações preliminares ou do processo administrativo;
- VIII- remeter ao CADE, para julgamento, os processos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica;
- IX- celebrar, nas condições que estabelecer, compromisso de cessação, submentendo-o ao CADE, e fiscalizar seu cumprimento;
- X- sugerir ao CADE condições para a celebração de compromisso de desempenho, e fiscalizar seu cumprimento;
- XI- adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada, no caso de descumprimento;
- XII- receber e instruir os processos a serem julgados pelo CADE, inclusive consultas, e fiscalizar o cumprimento das decisões do CADE;
- XIII- orientar os órgãos da Administração Pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento desta Lei;
- XIV- desenvolver estudos e pesquisas objetivando orientar a política de prevenção de infrações da ordem econômica;
- XV- instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica, e os modos de sua prevenção e repressão;
- XVI- exercer outras atribuições previstas em Lei.

Face ao artigo supra citado, concluí-se que a SDE constitui-se como órgão auxiliar do CADE; fiscalizador do mercado nacional; com poderes

para adotar medidas a fim de que infrações da ordem econômica sejam cometidas. Ainda é o órgão competente para a investigação de práticas atentatórias à ordem econômica e para a preparação do julgamento a ser realizado pelo CADE. Importante ter em mente que a SDE não é subordinada hierarquicamente ao CADE, nem este fica vinculado aos laudos e pareceres por ela efetuados. São órgãos independentes que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e que se auxiliam mutuamente. De acordo com Fonseca (2001, 123) a SDE “tem como finalidade precípua servir de assessoramento ao CADE, e atuar preventivamente”.

Como já mencionado a finalidade precípua da Lei ora em análise é a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica (art. 1º), sendo a coletividade o titular do bem jurídico protegido por esta Lei (parágrafo único, art. 1º), uma vez que se interessa pela defesa da concorrência, bem este de interesse de toda a coletividade, diferentemente do que ocorreria se tivesse optado por tutelar tão somente crimes de concorrência desleal, onde a titularidade do bem jurídico caberia ao empresário prejudicado. A Lei nº. 8.884/94 ocupou-se de um objeto mais amplo, qual seja, a defesa da concorrência.

De acordo com disposto no art. 2º a Lei se aplica em às práticas cometidas em todo o território nacional ou que aqui produzam seus efeitos, uma vez que, como já mencionado, a Lei visa à proteção da coletividade.

O Título II cuida do CADE propriamente dito, dispondo acerca de suas funções, composição e competência. Tais aspectos, entretanto, serão objeto de posterior análise.

O Título V da referida Lei dispõe acerca das Infrações da Ordem Econômica, bem como das penas a serem aplicadas. O Título VI, por sua vez, cuida da instauração, instrução e julgamento do Processo Administrativo, bem como acerca das Medidas Preventivas e da Ordem e Compromisso de Cessação. No Título VII constam disposi es acerca do Controle dos Atos e Contratos. Por fim, o Título VII se ocupa da Execu o Judicial das Decisões proferidas pelo CADE e da Interven o Judicial. Vejamos, de forma sucinta, os principais aspectos da Lei n . 8.884/94.

3. DAS INFRA OES DA ORDEM ECONÔMICA

A Lei n . 8.884/94 cuida, em seu Título V, das Infra es da Ordem Econômica em seus artigos 15 a 27, sendo este Título formado por cinco Capítulos, quais sejam: disposi es gerais, tipifica o das infra es   ordem econômica, o estabelecimento das penas, a fixa o do prazo prescricional e o direito de a o.

O art. 15 se ocupa da fixação do critério subjetivo da Lei nº. 8.884/94, ou seja, elenca os sujeitos de direito que podem cometer infração à ordem econômica de forma muito abrangente. Mencionado artigo cuida, inclusive, da ação dos monopólios legais (art. 177, CF), afim de que os mesmos não abusem de sua posição dominante no mercado.

O art. 16 delimita o responsável pela infração à ordem econômica. O objetivo do presente artigo é oferecer maior aplicabilidade à Lei nº. 8.884/94, uma vez que dispõe acerca da responsabilidade solidária da pessoa jurídica e da pessoa física individualmente considerada, na pessoa do gerente ou administrador. Muito importante a disposição acerca da responsabilidade do administrador por ser ele quem traça os caminhos a serem seguidos pela empresa.

O art. 17 cuida da responsabilidade do grupo econômico. Assim, todas as empresas que compõem um determinado grupo econômico respondem solidariamente com aquela que cometeu infração à ordem econômica. Este dispositivo, diferentemente do que ocorre com a legislação societária, responsabiliza todas as empresas que compõe o grupo econômico, ao passo que o Direito Societário prega que cada filial responde sozinha por suas obrigações.

Na hipótese do infrator da ordem econômica buscar proteger-se através do manto da personalidade jurídica da empresa, o art. 18 permite a desconsideração da personalidade jurídica da empresa a fim de punir o responsável pela infração à ordem econômica.

O art. 19, por fim, dispõe que a repressão da infração da ordem econômica não exclui a punição de outros atos ilícitos previstos em lei própria.

Os artigos 20 e 21 cuidam das infrações da ordem econômica propriamente ditas. O art. 20 dispõe acerca dos atos que constituem infração à ordem econômica, visando a limitação da livre concorrência e livre iniciativa, a dominação de mercado relevante, o aumento arbitrário dos lucros e o abuso de posição dominante, ainda que tais atos não atinjam os objetivos propostos. O art. 20 regula o disposto no art. 173, § 4º da Constituição Federal, além de resguardar um dos princípios que compõem a ordem econômica constitucional (art. 170, IV). O art. 21 elenca, de modo meramente exemplificativo, as condutas que caracterizam infração à ordem econômica e que visam as hipóteses previstas no art. 20.

Em relação às penas a serem aplicadas quando se verifique infração da ordem econômica, o legislador se mostrou bastante severo, aplicando multas altas (art. 23) e prevendo a possibilidade de aplicação concomitante de multa e penalidade não pecuniária, de acordo com o disposto no art. 24. Tal severidade na aplicação das sanções reside no objetivo de se coibir, cada

vez mais, as infrações da ordem econômica. O prazo prescricional estabelecido para a aplicação de tais penalidades é, em regra, de cinco anos.

O parágrafo único, art. 1º da Lei em questão confere a titularidade da defesa da concorrência à coletividade. O art. 29, por sua vez, dispõe acerca do direito de ação daqueles que pretendam defender seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos. O interessado poderá ingressar com a ação cabível por si mesmos ou por intermédio daqueles legitimados pelo art. 82 da Lei nº. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), quais sejam: I - o Ministério Público, II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

4. DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

O Título VI da Lei nº. 8.884/94 cuida do Processo Administrativo, assim dividido: Capítulo I – Das Averiguações Preliminares (arts. 30 e 31); Capítulo II – Da Instauração e Instrução do Processo Administrativo (arts. 32 a 41); Capítulo III – Do Julgamento do Processo Administrativo pelo CADE (arts. 42 a 51); Capítulo IV – Da Medida Preventiva e da Ordem de Cessação (art. 52); Capítulo V – Do Compromisso de Cessação (art. 53).

Os arts. 30 e 31 dispõem acerca das averiguações preliminares, entendendo-se como tal “o procedimento preparatório do processo administrativo de apuração de infração contra a ordem econômica, que se justifica pela insuficiência de indícios de que dispõe a SDE” (COELHO: 1998, 99), sendo que seu Secretário deve optar pela instauração das averiguações preliminares ou do administrativo processo. O prazo para a conclusão das averiguações preliminares é de sessenta (60) dias, de acordo com o art. 31. Decorrido este prazo o Secretário da SDE determinará a instauração ou arquivamento do processo administrativo, sendo que, no caso de arquivamento, deve haver recurso de ofício ao CADE.

Os arts. 32 a 41 dispõem acerca da instauração e instrução do processo administrativo. O art. 32 cuida da instauração do processo administrativo, sendo que este deve ser instaurado pelo Secretário de Direito Econômico no prazo de oito (08) dias, contados do recebimento da

representação ou da conclusão das averiguações preliminares. O despacho que instaura o processo administrativo, equivalente ao libelo acusatório, deve ser fundado possibilitando o exercício da ampla defesa por parte do representado. Caso o princípio constitucional da ampla defesa não seja assegurado e resguardado, o despacho será considerado nulo. O prazo para a apresentação da defesa do representado é de quinze (15) dias contados a partir do recebimento da notificação inicial (art. 33 e parágrafos). Na hipótese de o representado não oferecer sua defesa no prazo estabelecido em lei, este será considerado revel, sendo considerados verdadeiros os fatos a ele imputados. Pode, entretanto, o revel intervir em qualquer fase processual sem, contudo, ter direito a repetição de qualquer ato que já tenha sido praticado (art. 34).

No que tange à instrução processual, esta ocorre em dois momentos simultâneos: um, onde são feitas as diligências e colhidas as provas de interesse da Administração Pública; outro onde são colhidas as provas do representado (COELHO: 1998, 105). O art. 35 trata da instrução processual no interesse da Administração, lembrando, sempre, que os direitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa sempre devem ser respeitados, independentemente da fase processual em que se encontram. De acordo com mencionado artigo, a SDE tem o prazo de quinze (15) dias, contados a partir do prazo de apresentação da defesa, para determinar a produção de novas diligências e produção de novas provas, sendo-lhe facultado requisitar, seja do representado, de órgãos públicos ou de pessoas físicas ou jurídicas, esclarecimentos, informações ou documentos de interesse à Secretaria. Como é facultado, de acordo com mencionado no art. 35, a requisição de informações ou documentos, o art. 36 vem para complementar o artigo precedente, dispondo acerca da assistência e colaboração dos agentes federais sob pena de responsabilidade.

O art. 37, por sua vez, trata da instrução processual no interesse do representado, sendo-lhe facultada a apresentação de provas e a apresentação de novos documentos a qualquer momento, desde que a instrução ainda não tenha sido encerrada. O prazo para a apresentação de provas de interesse do representado é de quarenta e cinco (45) dias contados da apresentação da defesa. Pode o representado, ainda, requerer a oitiva de três (03) testemunhas, no máximo, com designação de data, local e hora.

É previsto no art. 38 a possibilidade de manifestação da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda no processo administrativo. Para tanto, referida Secretaria deve ser informada, de ofício, da instauração do processo administrativo, sendo-lhe permitido emitir pareceres sobre as matérias de sua especialização, devendo tais pareceres serem apresentados antes do final da instauração processual. Este artigo visa

que a SEAE contribua com a SDE e o CADE no desenvolvimento e julgamento do processo em andamento.

Finda a instrução processual, deve o representado ser notificado para que apresente suas alegações finais no prazo de cinco (05) dias. Transcorrido o prazo em questão, havendo ou não a apresentação das alegações finais, o Secretario de Direito Econômico decidirá pela remessa dos autos processuais ao CADE para posterior julgamento ou opta pelo seu arquivamento, sendo obrigatório, configurando-se tal hipótese, a interposição de recurso de ofício ao CADE.

Todo este procedimento administrativo descrito deve ser concluído no prazo mais breve possível, sem que com isto haja qualquer prejuízo para as partes. O art. 40, deste modo, prega a celeridade no decorrer do processo administrativo e das averiguações preliminares.

O Capítulo III, constituído pelos arts. 42 a 51 cuida do julgamento do processo administrativo pelo CADE, sendo que somente serão objeto de análise os itens mais relevantes acerca do tema.

O art. 42 cuida do sorteio do Conselheiro-Relator e da manifestação da Procuradoria, sendo que a distribuição do processo somente é feita após o sorteio, por parte do Presidente do CADE, do Conselheiro-Relator, sendo, a partir de então, aberto o prazo de vinte (20) dias para que a Procuradoria se manifeste.

Como anteriormente mencionado, os órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência não se encontram subordinados uns aos outros. Desta forma os Conselheiros do CADE não se encontram vinculados aos pareceres dos Secretários da SDE. Em face deste contexto, pode, de acordo com o art. 43, o Conselheiro-Relator discordar da opinião do Secretario da SDE e requisitar a produção de novas provas, sendo que esta nova instauração extraordinária se processará somente no âmbito do CADE, não retornado, portanto, à SDE.

O art. 45 dispõe acerca do rito a ser seguido no julgamento. Deste modo, fica estabelecido que as partes devem ser intimadas com uma antecedência mínima de cinco (05) dias sendo que, no ato do julgamento, Procurador-Geral e advogado, respectivamente, terão o direito à palavra pelo tempo de quinze (15) minutos. O art. 46, por sua vez, determina que toda e qualquer decisão proferida pelo CADE seja devidamente fundamentada. Quando a decisão proferida se refira à aplicação de sanção, além da fundamentação necessária, deve referida decisão apresentar o conteúdo exigido em lei. Além disto, deve o CADE fiscalizar o cumprimento de todas suas decisões (art. 47). Em caso de não cumprimento da decisão, deve o Presidente do CADE determinar sua execução judicial ao Procurador-Geral (art. 48). Ainda no que tange às decisões proferidas pelo

órgão, as mesmas devem ser tomadas pela maioria absoluta, sendo exigida a presença de, no mínimo, cinco (05) membros para as deliberações.

Recordemo-nos que as decisões proferidas pelo CADE, autarquia federal, são decisões administrativas, ainda que definitivas no âmbito do Poder Executivo. Em virtude de tal característica, as decisões proferidas pelo CADE não podem ser revistas no âmbito do Poder Executivo. Desta forma, a partir do momento em que a decisão é proferida, é promovida imediatamente sua execução. A fim de que os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa não sejam feridos, referida decisão é encaminhada ao Ministério Público afim de que sejam tomadas as medidas cabíveis.

Como em qualquer outro tipo de processo judicial, estando o bem tutelado ameaçado de perder-se ou deteriorar-se em virtude do transcurso de tempo, é decretada uma medida preventiva visando sua preservação. O mesmo não poderia deixar de ocorrer no que se refere à defesa da concorrência. O art. 52, por este motivo, disciplina acerca da ordem preventiva de cessação. Assim, em qualquer fase do processo administrativo, poderá o Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Geral do Cade, adotar medida preventiva, desde que haja indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo. Em caso de adoção de medida preventiva, o Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator devem determinar a imediata cessação da prática, ordenado, sempre que possível, a reversão à situação anterior (§1º, art. 52). Em caso de desobediência da medida estabelecida, será aplicada uma multa diária, com base no art. 25 (§1º, art. 52, parte final).

O art. 53 e parágrafos, por sua vez, se ocupa do compromisso de cessação. Entende-se, por compromisso de cessação, o compromisso assumido pelo representado em não praticar determinadas práticas empresariais. Este compromisso bilateral, firmado entre Administração Pública e representado tem como objetivo “superar a atuação administrativa na defesa das estruturas do livre mercado” (COELHO: 1998,120). Referido termo pode ser firmado entre representado e SDE, na figura de seu Secretário de Direito Econômico, ou entre representado e CADE, na figura de seu Presidente. Quando o termo é firmado no âmbito da SDE está sujeito ao referendo do CADE.

O Termo de Compromisso firmado configura-se como título executivo extrajudicial. Assim, no caso de seu não-cumprimento, é possível sua execução judicial, nos termos do art. 60, artigo este objeto de análise posterior.

Ainda com o intuito de proteger a ordem econômica e seus princípios, a Lei nº. 8.884/94 prevê formas de controle dos atos praticados e contratos celebrados, de acordo com disposto. O art. 54 elenca quais são os atos, sob qualquer forma manifestados, que deverão ser submetidos à apreciação do CADE. Em caso de aprovação, esta poderá ser revista pelo Cade, de ofício ou mediante provocação da SDE, quando tiver sido baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, se ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas ou não forem alcançados os benefícios visados (art. 55).

6 Título VIII – Da Execução Judicial das Decisões do CADE

O Título VIII, que dispõe acerca da execução judicial das decisões proferidas pelo CADE, compõem-se de dois Capítulos: um disciplinado o processo de execução (arts. 60 a 68) e outro tratando da intervenção judicial (arts. 69 a 78).

De acordo com o art. 60, a decisão proferida pelo CADE, constituindo-se em multa ou imposição de obrigação de fazer ou não-fazer, caracteriza-se como um título executivo extrajudicial. Novamente são assegurados os princípios do contraditório e da ampla defesa, sendo permitido, deste modo, a defesa do executado por meio de embargos do devedor (COELHO: 1998, 135). Caso a execução vise tão somente a aplicação de multa, esta será cobrada de acordo com disposto na Lei nº. 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal, a qual dispõe sobre a cobrança da Dívida Ativa da Fazenda Pública), devendo o crédito representado pela multa ser inscrito na Dívida Ativa (art. 61).

Quando verse a execução, além da cobrança da multa, sobre obrigação de fazer ou não-fazer, deve o juiz conceder tutela específica da obrigação ou determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento (art. 62, caput). A obrigação de fazer ou não-fazer somente se converterá em perdas e danos, por sua vez, caso seja impossível a tutela específica ou o alcance do resultado prático correspondente (§1º, art. 62), uma vez que o que mais interessa é a realização da obrigação de fazer ou não-fazer.

Teor importante é do art. 63, o qual permite a intervenção na empresa como forma de execução, desde que necessário. Configurando-se a hipótese de intervenção na empresa, o CADE, contudo, deve decretar tal intervenção ao Judiciário. A competência da execução das decisões proferidas pelo CADE é da Justiça Federal do Distrito Federal, de acordo com disposição do art. 64.

Pode o executado, a fim de buscar a desconstituição do título executivo, oferecer embargos ou qualquer outra ação cabível que vise tal intuito. A execução, por sua vez, não será suspensa caso o executado não

garanta em juízo o valor das multas aplicadas e da prestação de caução a fim de garantir a decisão final (art. 65). A Lei antitruste prevê, ainda, a possibilidade de concessão de medida cautelar na fase executória tendo em vista a gravidade da infração da ordem econômica ou o fundado receio de dano irreparável ou difícil recuperação, ainda que já tenha sido feito o depósito das multas aplicadas. O provimento cautelar a qualquer momento poderá ser alterado, desde que o juiz entenda ser necessário (art. 66).

O Capítulo II dispõe a respeito da Intervenção Judicial, sendo permitido ao juiz decretar intervenção na empresa sempre que necessário para a execução específica, nomeando, para tanto, um interventor (art. 69). Como toda decisão, a decisão de intervenção deve ser fundamentada, devendo, ainda, indicar as providências a serem tomadas pelo interventor (parágrafo único, art. 69). A nomeação do interventor pode ser impugnada pelo executado por motivo de inaptidão ou inidoneidade. Caso a alegação feita pelo executado seja julgada procedente, o juiz deve nomear novo interventor (arts. 70 e 71). A intervenção pode ser revogada antes da data fixada quando reste provado o efetivo cumprimento da obrigação que lhe originou (art. 72).

Feito este breve panorama a respeito dos principais dispositivos da legislação antitruste vigente, passemos agora à análise do CADE, sua composição, competências e principais pareceres e julgamentos.

5. CADE: COMPOSIÇÃO E FINALIDADES

O principal intuito do presente capítulo é a análise minuciosa do CADE, sua composição, competência e a análise de seus julgamentos mais relevantes.

O Título II da legislação antitruste se ocupa somente acerca do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), sendo formado por seis (06) Capítulos assim dispostos: o primeiro a respeito da Autarquia, o segundo sobre da composição do Conselho, o terceiro versando sobre a competência do CADE, o quarto acerca da competência do presidente do CADE, o quinto sobre a competência dos conselheiros da autarquia e o sexto, por fim, disciplinado acerca da Procuradoria do CADE.

Vejam, sucintamente, os principais dispositivos que compõem o Título II.

5.1 Da Autarquia

Econômica (Cade), órgão julgante com jurisdição em todo o território nacional, criado pela Lei nº. 4.137, de 10 de setembro de 1962, passa a se constituir em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e atribuições previstas nesta lei.

Uma das grandes inovações trazidas pela Lei nº. 8.884/94 foi a transformação do CADE em *Autarquia Federal* com competência julgante em todo o território nacional e com sede em Brasília (art. 3º). Entende-se, por autarquia, de acordo com o art. 5º, I, Decreto-Lei nº. 200/67, “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”.

A transformação do CADE em autarquia federal lhe conferiu mais celeridade e maiores poderes e autonomia na prevenção e repressão às infrações da ordem econômica pois as entidades autárquicas têm como característica o fato de serem um prolongamento do Poder Público; desta forma, agem em condições idênticas às do Estado, sendo-lhes conferidos os mesmos privilégios e prerrogativas, uma vez que executam serviços próprios do Estado (MEIRELLES: 2001, 327).

5.2 Da Composição do Conselho

Dos arts. 4º a 6º estão contidas as disposições acerca da composição do CADE.

A nomeação dos membros do CADE compete, privativamente ao Presidente da República tendo em vista o art. 84, XIV, CF¹¹, sendo necessária a aprovação do Senado Federal (art. 52, III, f, CF). Os membros a serem nomeados devem possuir notório saber jurídico ou econômico, uma vez que as decisões do CADE, em sua grande maioria, versam a respeito de tais matérias. A duração do mandato dos cargos da presidência e conselho é de dois anos, assim como já dispunha o art. 14, parágrafo único, da Lei nº. 8.158/91.

Após sua nomeação, Presidente e Conselheiros são impedidos, por força do disposto no §2º, art. 4º, de exercerem outro tipo de atividade, pois os cargos exigem dedicação exclusiva. Exceção à regra em questão é a

¹¹ Art. 84: Compete privativamente ao Presidente da República: XIV - nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do Banco Central e outros servidores, quando determinado em lei.

permissão para que Presidente e Conselheiros exerçam atividade docente.

Os §§. 3º e 4º, por sua vez, dispõem acerca da extinção do mandato, extinção esta que pode configurar-se sob quatro hipóteses: decurso de tempo, renúncia, perda ou morte. Nas três últimas hipóteses será nomeado um novo substituto ao cargo. Quando o cargo em questão for o do Presidente do Conselho, assume o Conselheiro mais antigo ou mais idoso até que nova nomeação seja feita. Quando vagar o cargo de Conselheiro, haverá nova nomeação a fim de que o mandato seja cumprido integralmente.

O art. 5º elenca em face da quais circunstâncias Presidente ou Conselheiros do CADE podem perder seus mandatos, quais sejam: por decisão do Presidente da República, desde que devidamente aprovada pelo Senado Federal; por condenação penal por crime doloso, condenação esta já transitada em julgado; por condenação administrativa em processo disciplinar por infração às vedações disciplinadas no art. 6º da presente legislação; e pela falta injustificada nas reuniões ordinárias.

Pode o Presidente da República provocar a perda do mandato do Presidente ou dos Conselheiros quando entender que as decisões por ele(s) proferida(s) não estejam de acordo com o restante da ordem econômica nacional. Muito embora o CADE seja um órgão autônomo, não pode ele ir contra os demais órgãos da Administração Pública, tampouco desarmonizar a política econômica do Poder Executivo. Para que a decisão do Presidente da República se efetive, entretanto, deve ser aprovada pelo Senado Federal (COELHO: 1998, 17).

Gera, ainda, a perda do mandato a condenação penal irrecorrível por crime doloso. Para tanto, juizes e tribunais com a competência penal para o julgamento devem notificar o Presidente do Senado Federal para que o mesmo inicie o processo de perda de mandato, sendo permitido à casa, tão somente, a averiguação dos requisitos para a perda do mandato.

Quando o Presidente do CADE ou Conselheiros infringem o disposto no art. 6º da presente Lei, os mesmos estão sujeito à perda de seus respectivos mandatos. Caracterizam, ainda, hipóteses que levam à perda do mandato, de acordo com Coelho (1998,17):

A prática de infração administrativa tipificada no regime jurídico dos servidores públicos civis da União (Lei nº. 8.112/90, arts. 116 e 117) ou ainda enriquecimento ilícito no exercício de mandato na Administração Pública indireta (Lei nº. 8.429/92). O processo disciplinar, observadas as normas próprias do estatuto funcional (Lei nº. 8.112/90, arts. 143/182), será instaurado e desenvolvido e decidido pelo Senado.

O parágrafo único, por fim, prevê a hipótese de perda do mandato quando Presidente ou Conselheiro faltem a três reuniões ordinárias consecutivas sem justificativa.

O presente artigo elenca quais são as vedações impostas ao Presidente e Conselheiros do CADE, com a pena, em caso de desobediência ao disposto no presente artigo, da perda do mandato.

Depreende-se da leitura do art. 6º que seu objetivo é assegurar a máxima imparcialidade possível nas decisões do Conselho, proibindo Presidente e Conselheiros de emitirem opiniões e pareceres e opiniões sobre o processo em julgamento, de atuarem como profissionais liberais, de receberem qualquer tipo de honorário por sua atuação e de atuarem em atividades político-partidárias.

5.3 Da Competência do Plenário do CADE

O Capítulo III é composto pelo art. 7º, o qual dispõe a respeito das funções atribuídas ao Plenário do CADE.

A competência precípua do CADE é a fiscalização e aplicação da legislação antitruste, devendo decidir sobre a existência ou não de infração da ordem econômica e a aplicação das penas cabíveis no caso de desrespeito à Lei, de acordo com o processo administrativo já observado. Compete ao órgão, ainda, julgar os processos e recursos interpostos pela SDE, bem como firmar contratos de cessação que visem reestruturar o mercado econômico. No decorrer do processo administrativo compete ao CADE requisitar informações à pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, bem como a organizações, instituições, etc., sendo que tais informações devem ser fornecidas de modo satisfatório sob pena de aplicação das sanções em lei previstas.

O Plenário do CADE é dotado de competência informativa, ou seja, cabe ao órgão informar a população sobre as formas de infração da ordem econômica, fazendo com que os cidadãos e empresários façam valer seus direitos.

5.4 Da Competência do Presidente do CADE

O art. 8º elenca quais são as competências do CADE.

A partir do momento que a Lei nº. 8.884/94 confere personalidade jurídica ao CADE, transformando-o em autarquia, torna-se possível sua representação por meio da figura de seu Presidente. Compete, assim, ao Presidente do Conselho, sua representação judicial ou extrajudicial.

Compete-lhe, ainda, a distribuição, por sorteio, dos processos administrativos a serem julgados e a coordenação das atividades administrativas da entidade. É de competência do Presidente a assinatura dos compromissos de cessação e de desempenho, além de competir-lhe o envio da proposta orçamentário para posterior aprovação por parte do Plenário, além de decidir a respeito da quantidade ideal de pessoas que serão contratadas para prestar serviços à entidade, ressalvando-se que tais pessoas serão contratadas através de concurso público (art. 37, II, CF).

5.5 Da Competência dos Conselheiros do CADE

Os Conselheiros equiparam-se a verdadeiros magistrados. Ao passo que o Presidente é competente por questões administrativas, aos Conselheiros compete o julgamento dos processos enviados ao Plenário. Desta forma, é de sua competência a votação em processos e questões submetidas ao Plenário.

A competência elencada no inciso II também ressalta o caráter de magistrado dos Conselheiros, por conferir-lhes competência para o despacho de decisões nos processos relatados.

Tendo em vista a defesa da ordem econômica, compete aos Conselheiros, durante a instauração e instrução processual, a requisição de informações e documentos, bem como a determinação de diligências e colheita de provas, a fim de proferirem a decisão mais acertada ao caso. Ainda no que se refere ao processo administrativo, é de competência dos Conselheiros a adoção de medidas preventivas com o intuito de assegurar que o bem tutelado encontre-se intacto ao final do julgamento.

Diante da análise dos arts. 8º e 9º percebe-se que cabe aos Conselheiros a verdadeira decisão sobre infrações da ordem econômica, agindo eles como verdadeiros magistrados. O Presidente, por sua vez, é a personificação da entidade, sendo ele o representante legal do CADE e o competente a requerer o cumprimento das decisões proferidas pelos Conselheiros.

5.6 Da Procuradoria Geral do CADE

Pode-se dizer que a Procuradoria-Geral é o órgão encarregado de lidar com as questões jurídicas que envolvam a entidade. Lembremo-nos que os componentes do Conselho são escolhidos entre pessoas de notório saber jurídico ou econômico, dada a natureza das causas analisadas e julgadas pela autarquia. No entanto, muitas são as hipóteses onde exige-se recorrer ao Poder Judiciário. Tendo em vista tais possibilidades, a atual legislação

antitruste estabeleceu, junto ao CADE, a Procuradoria-Geral, competente, como já mencionado, pela tomada de medidas judiciais ou que requeiram a intervenção do Poder Judiciário.

Desta forma, prega o inciso I do supracitado artigo que cabe à Procuradoria-Geral a prestação de assistência jurídica ao Conselho, bem como sua defesa em juízo. Este inciso não deve ser confundido com o inciso I do art. 8º, onde estabelece como competência do Presidente da autarquia sua representação judicial ou extrajudicial. O CADE, órgão dotado de personalidade jurídica própria, em questões judiciais ou não, é representado por seu Presidente. Não cabe a este, todavia, o ajuizamento de ações no âmbito jurídico, competência esta da Procuradoria-Geral.

Em virtude de suas atribuições essencialmente jurídicas, compete à Procuradoria a execução judicial das decisões proferidas pelo Conselho, em consonância com o processo administrativo supramencionado. Compete-lhe, ainda, a celebração de acordos judiciais nos processos que tenham como objeto infração da ordem econômica, mediante aprovação por parte do Plenário do CADE e desde que ouvido o representante do Ministério Público Federal.

Compete, ainda à Procuradoria, assim como compete ao Presidente e Conselheiros, a fiscalização da presente Lei, além de zelar por seu fiel cumprimento.

Assim como disposto no art. 4º, ao tratar da nomeação do Presidente do CADE, o art. 11 disciplina sobre a nomeação do Procurador-Geral, o qual deve possuir notável saber jurídico, uma vez que exercerá funções exclusivamente relacionadas ao mundo jurídico.

O Procurador-Geral será indicado pelo Ministro da Justiça e nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovação dada pelo Senado Federal (CF, arts. 84, XIV e 52, III, f).

Deve o Procurador participar das reuniões do Conselho sem, contudo, ter direito à voto. Aplicam-se, ao Procurador, todos os dispositivos acerca de tempo de mandato, recondução, impedimentos, perda de mandato e substituição aplicáveis aos Conselheiros do Cade.

5.7 Alguns julgamentos do CADE: estudo de caso

O CADE, desde seu surgimento, já proferiu decisões importantíssimas para a regulação da concorrência e reequilíbrio do mercado. Ocorre, entretanto, a partir de meados da década de 90 a atuação do CADE se intensificou sobremaneira, sendo levados à sua apreciação importantes casos, dentre os quais analisaremos três dos mais repercutidos nestes últimos cinco (05) anos. São eles: a aquisição da Garoto pela Nestlé; a

fusão Varig / TAM e a criação da Ambev.

6. FUSÃO VARIG / TAM

A Varig sempre atuou no mercado brasileiro configurando-se como nossa maior companhia aérea. Com a abertura do mercado nacional para a concorrência internacional, a companhia se depara com forte concorrência e, a partir de meados da década de 90 atravessa sua pior crise econômica, assim como a aviação civil nacional como um todo. No ano de 2003 a empresa atinge o ápice de sua crise econômica, sendo que em julho daquele ano faltava dinheiro até para a compra de combustíveis¹².

Tendo em vista as crises enfrentadas pelas companhias aéreas e aviação civil nacionais, Varig e TAM assinam, em 06 de fevereiro de 2003, um Protocolo de Entendimento a fim de reestabelecerem-se no mercado, tornando-se mais competitivas, bem como visando uma reestruturação no setor aéreo nacional. Em 10 de março do mesmo ano a atuação conjunta entre ambas as companhias é permitida pelo CADE, desde que determinados limites fossem respeitados, tais como:

a) abstenção de devolver qualquer aeronave aos respectivos arrendadores ou financiadores;

b) abstenção de unificação, sob qualquer forma, das políticas comerciais e de vendas;

c) absterem-se de trocar informações relativas ao preço final a ser praticado junto aos seus consumidores;

d) abstenção de adotarem novas medidas no âmbito do *code share* anunciado;

e) o comprometimento em manter o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) informado acerca de todas as operações conjuntas.

Ambas as companhias visavam uma futura fusão com o intuito de sanarem suas dívidas e tornarem-se mais competitivas. O primeiro passo foi a elaboração de uma atuação conjunta, atuação esta que resultou numa melhora significativa em suas atuações, bem como um certo reequilíbrio no mercado nacional da aviação civil. O preço das passagens, entretanto, sofreu um reajuste de 7,14%. De acordo com o representante das empresas, o reajuste no preço das passagens se deve ao fato de que não havia, até então, uma efetiva concorrência no setor da aviação civil no país.

Ressalte-se, por oportuno, que todos os pareceres da Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae) e da Secretaria de Direito Econômico (SDE) foram favoráveis à atuação conjunta da Varig e da TAM. Em fevereiro de 2004 o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) se pronunciou a respeito da manutenção do acordo operacional,

¹² De acordo com dados da Revista Veja, 03 de dezembro de 2003, p. 106.

estabelecendo que as empresas devem apresentar um novo formato de gestão conjunta para os vôos compartilhados, bem como a convocação das empresas a fim de que as mesmas se definam pela fusão ou pela continuação das atuações conjuntas.

No entanto, em 27 de janeiro de 2005 realizou-se uma reunião entre representantes de ambas as companhias aéreas e conselheiros do CADE, onde as empresas declararam que não havia mais a intenção de fusão entre ambas, sendo firmado, nesta data, o compromisso, por parte das companhias, em apresentarem um programa de reversão de compartilhamento dos vôos.

Em 15 de fevereiro Varig e TAM informam ao CADE que desistem da fusão, objeto de análise no Ato de Concentração nº. 08012.001291/2003-87, requerendo ao órgão o prazo de noventa (90) dias para que todas as operações conjuntas sejam totalmente encerradas.

A T O D E C O N C E N T R A Ç Ã O n ° .
08012.001291/2003-87

Requerentes: Varig S.A. – Viação Aérea Rio-Grandense e Tam Linhas Aéreas S/A

Advogados: José Augusto Regazzinni, Marcelo Calliari e Danielº Andreoli

Relator: Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado

RELATÓRIO

Trata-se de processo de Ato de Concentração, tendo sido apresentado ao SBDC em 27 de fevereiro de 2003, tendo como principal objetivo processo de Fusão entre VARIG e TAM. As Requerentes, em 6 fevereiro de 2003, assinaram um Protocolo de Entendimentos como objetivo de unir as duas empresas visando à reestruturação do setor aéreo brasileiro. Esse protocolo previa uma série de medidas, como: a possível constituição de uma nova empresa *holding*, de capital aberto, com controle compartilhado entre os sócios, gestão profissional e elevado padrão de governança corporativa para reunir os negócios de serviços públicos de transporte aéreo de passageiros pertencentes às Requerentes.

No dia 27 de fevereiro de 2003, reuniram-se os representantes da TAM, VARIG, CADE, Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda com o intuito de discutir o acordo operacional de *Code Share* já anunciado. Dessa

forma, Tam e Varig foram autorizadas a dar início, no dia 10 de março de 2003, a operação conjunta, desde que cumprissem algumas condições:

- a) Abstivessem-se de devolver qualquer aeronaves aos respectivos arrendadores ou financiadores;
- b) Abstivessem-se de unificar, por qualquer forma, políticas comerciais e de vendas;
- c) Abstivessem-se de trocar informações relativas ao preço final (realizado) praticado junto aos consumidores das duas companhias;
- d) Abstivessem-se de adotar quaisquer novas medidas no âmbito do acordo de “code-share” anunciado;
- e) Comprometeram-se, ainda, manter o SBDC informado acerca das operações conjuntas.

Cabe destacar que as requerentes comprometeram-se a que, durante a vigência do acordo, manteriam em completa separação suas atividades comerciais e de marketing, bem como toda a contabilidade e finanças, tendo o *codeshare* apenas e tão somente a finalidade de compartilhamento de aeronaves em algumas rotas. Permaneceriam igualmente separadas todas as operações em terra, tais como áreas de *check-in* e portões de embarque nos aeroportos, manutenção, *catering*, etc.

ATO DE CONCENTRAÇÃO n.º 08012.001291/2003-87

Entre os dias 10 e 19 de março de 2003, as empresas discutiram, junto ao CADE, um Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (APRO), com o intuito de garantir as condições de reversibilidade das operações que ainda estavam sob análise do SBDC.

Dessa maneira, através das audiências realizadas entre as datas acima relacionadas, as Requerentes alegaram que era imprescindível para a garantia das condições de recuperação econômica financeira das empresas a autorização das operações de “Code Share”.

Visando a integração, as requerentes informaram ainda a existência de outros planos de implantação de novas práticas, denominados de FASE I, FASE II e FASE III.

A FASE I foi a implementação do *code share*, tendo seu início em 10 de março de 2003. Nesta fase estava previsto o simples compartilhamento de aeronaves, a segregação de finanças, comercialização e *ground*

services, e a disponibilização de aviões para outras rotas (VARIG – três B-737; TAM – dois A-320 e um A-319).

A FASE II teve seu início em 7 de abril de 2003. Envolve rotas diferentes da FASE I e a disponibilização de aviões para outras rotas (VARIG – quatro B-737; TAM – dois A-320 e dois A-319).

Para a implementação da Fase III do *Code Share*, o APRO foi aditado em 25 de abril de 2003 autorizando expressamente essa implementação.

Em 21 de maio de 2004, a SEAE apresentou Nota Técnica na qual recomenda a revogação do APRO e proibição de operações de *codeshare* entre Varig e Tam.

Em 27 de janeiro de 2005 houve uma reunião entre Requerentes e o Conselheiro Relator, com a presença da Procuradora Geral do CADE, na qual as empresas declararam que não havia mais a intenção de se unirem. Nessa ocasião, firmaram compromisso de apresentar um programa de reversão de compartilhamento dos vôos em 15 de fevereiro.

No dia 15 de fevereiro as Requerentes peticionaram nos autos informando a desistência da transação objeto deste Ato de Concentração e requereram prazo de 90 (noventa) dias para encerrar completamente as operações conjuntas (*codeshare*).

É o relatório.

Brasília, 15 de janeiro de 2005.

LUIZ CARLOS DELORME PRADO

Conselheiro

7. A CRIAÇÃO DA AMBEV

A Ambev – Companhia de Bebidas das Américas surge em 1999 por meio da fusão das cervejarias Brahma e Antarctica, configurando-se como a maior cervejaria da América Latina, estando presente em onze (11) países.

Em decisão proferida pelo CADE – Ato de Concentração nº. 08012.005846/99-12, o ato de concentração em questão foi aprovado, desde que respeitados os limites fixados. De acordo com a decisão proferida:

Ato de concentração nº. 08012.005846/99-12

Requerentes: Fundação Antonio e Helena Zerrenner - Instituição Nacional de Beneficência, Empresa de Consultoria, Administração e Participações S/A - Ecap

e Braco S/A.

Advogados: Carlos Francisco de Magalhães e outros.

Relatora: Conselheira Hebe Romano

O Conselheiro João Bosco Leopoldino declarou-se impedido.

A Conselheira Lucia Helena Salgado não participou do julgamento

Decisão:

O Plenário, por maioria, vencido o Conselheiro Ruy Santacruz, aprovou o ato de concentração, condicionando as requerentes à implementação de entrada de nova empresa no prazo de 8 (oito) meses a contar da data da assinatura do termo de compromisso de desempenho entre as requerentes e o CADE, contendo todas as determinações a seguir, sem prejuízo dos demais prazos estipulados nesta decisão:

(a) proposta de alienação da marca Bavária, bem como transferência dos contratos de fornecimento e distribuição relacionados a esta marca, vencido neste ponto o Conselheiro Marcelo Calliari;

(b) proposta alienação de 1 (uma) unidade fabril para a produção de cerveja, localizada em cada uma das regiões do mercado geográfico relevante, a saber: 1 (uma) fábrica na Região Sul, localizada em Getúlio Vargas-RS, com capacidade instalada de 607 mil hl, de propriedade da Antartica; 1 (uma) fábrica na Região Sudeste, em Ribeirão Preto-SP, com capacidade instalada de 2.400 mil hl, sendo 500 mil de chopp e 1900 de cerveja, de propriedade da Antartica, a qual deverá encontrar-se em atividade e equipada com maquinário capaz de oferecer envazamento em latas, vencido neste ponto o Conselheiro Marcelo Calliari; 1 (uma) fábrica na Região Centro Oeste, localizada em Cuiabá-MT, com capacidade de 700 mil hl, de propriedade da Brahma; 1 (uma) fábrica na Região Nordeste, localizada em Salvador-BA, com capacidade instalada de 2.900 mil hl, de propriedade da Brahma; e 1 (uma) fábrica na Região Norte, localizada em Manaus-AM, com capacidade instalada de 487 mil hl, de propriedade da Brahma;

(c) a apresentação, pelas fábricas a serem alienadas para a produção de cervejas, das seguintes condições: perfeito estado de conservação e funcionamento (físicas, elétricas, hidráulicas, maquinários e equipamentos); capacidade instalada em condições de

competir, em relação ao abastecimento, no mercado regional onde esteja localizado; atualização tecnológica satisfatória; disponibilização já existente de linhas de produção de garrafas retornáveis e de latas; e disponibilização de mão-de-obra necessária ao funcionamento;

(d) avaliação e auditoria das unidades fabris mencionadas no item (b) acima, por empresa independente a ser contratada pela AmBev e que deverá encaminhar laudo pericial, no prazo de 10 (dez) dias corridos, contado da data da publicação do acórdão da presente decisão, sobre as condições enumeradas no item (c) acima;

(e) compromisso de compartilhamento de sua rede de distribuição com o(a) comprador(a), em todos os mercados relevantes regionais, durante o prazo de 4 (quatro) anos, prorrogáveis por mais 2 (dois) anos, devendo as requerentes: i) independentemente da opção pela aquisição da marca Bavária, disponibilizar suas redes de distribuidores de forma a assegurar plenamente a distribuição da marca do(a) comprador(a), mencionada no item (a), em quaisquer pontos de venda dentro do mercado regional, ii) disciplinar, em contrato específico firmado entre as partes, requerentes e comprador(a), a distribuição compartilhada dos produtos das requerentes e do comprador(a), assegurando-se igualdade de condições na distribuição dos produtos, igualdade nos custos de distribuição recorridos pelas requerentes e pelo(a) comprador(a), e a mais ampla distribuição dos produtos do(a) comprador(a) deste mercado;

iii) em locais onde houver distribuição direta, deverão as requerentes distribuir, pela sua rede própria, os produtos do(a) comprador(a);

iv) dispensar o(a) comprador(a), expressamente, do pagamento da comissão de distribuição, nos primeiros 4 (quatro) anos; (f) a proposta de alienação do conjunto de medidas previstas no item (a), (b), (c), (d), e (e), acima, deverá ser feita a empresa independente, que tenha condições, não apenas de manter o negócio em funcionamento, como também potencial para competir em igualdade de condições, em todos os mercados relevantes, até o término do prazo de compartilhamento da distribuição, não podendo esta empresa independente deter, na presente data, mais de

5% (cinco por cento) de participação do mercado brasileiro de cerveja;

(g) para fins desta decisão, entende-se como empresa independente a empresa nacional ou estrangeira que não mantenha participação acionária ou qualquer outro vínculo, ainda que minoritário, com as requerentes, ou em qualquer coligada, controlada ou controladora;

(h) a escolha da modalidade de venda ficará a cargo das requerentes;

(i) o(a) comprador(a) deverá ser aprovado, previamente, pelo CADE, em procedimento próprio;

(j) o termo de compromisso de desempenho deverá ser assinado entre as requerentes e o CADE, no prazo de 20 (vinte) dias, contado da data da publicação do acórdão da presente decisão;

(l) a recusa de assinatura do termo de compromisso de desempenho implicará na imediata determinação, pelo Plenário do CADE, de desconstituição da AmBev;

(m) na hipótese de a proposta não ser implementada dentro do prazo previsto nesta decisão, a execução desta deverá ser realizada mediante intervenção judicial, de acordo com os procedimentos previstos no Título VIII da Lei nº. 8.884/94, sem prejuízo das demais cominações cabíveis;

(n) o descumprimento de quaisquer das disposições do termo de compromisso de desempenho implicará na imediata aplicação de multa mínima de 5.000 (cinco mil) Ufir diárias, que poderá ser aumentada em até 20 (vinte) vezes, nos termos do art. 25 da Lei nº. 8.884/94;

(o) as requerentes deverão providenciar oferta pública das unidades fabris que pretendem desativar, nos próximos 4 (quatro) anos;

(p) da oferta pública poderão participar novos entrantes ou concorrentes, devendo ser incluído entre os pretendentes as associações e/ou cooperativas de empregados;

(q) o prazo para a habilitação de interessados e concretização da respectiva alienação será de 1 (um) ano, a contar do encerramento da oferta, findo o qual ficarão as requerentes desobrigadas da condição determinada no item (o) acima;

(r) deverão as requerentes comprometerem-se a manter o nível de empregos, sendo que as dispensas

associadas à reestruturação empresarial devem vir acompanhadas de programa de recolocação e retreinamento, os quais deverão ser acompanhados pelo Ministério do Trabalho, no âmbito do Convênio em vigor com o CADE;

(s) ficam as requerentes preventivamente proibidas de adotar condutas de imposição de exclusividade, ficando o ponto de venda desobrigado, dentro do prazo de 6 (seis) meses a contar da data da publicação do acórdão desta decisão, de restringir-se à venda de determinado produto ou marca, em razão da disponibilização de maquinários, equipamentos e outros produtos de merchandising, exceto quando os investimentos e benfeitorias forem equivalentes a uma participação acionária da empresa; (t) a condição prevista no item (s) acima alcançam, integralmente, no que couber, a rede de distribuição;

(u) o termo de compromisso de desempenho terá duração de 5 (cinco) anos;

(v) no termo de compromisso de desempenho deverá constar as obrigações das requerentes no que se refere ao alcance das eficiências alegadas, à distribuição equitativa entre produtor e consumidor, à não eliminação da concorrência de parte substancial do mercado relevante e aos limites necessários para atingir seus objetivos;

(x) as requerentes deverão encaminhar ao CADE, semestralmente, relatório referente ao termo de compromisso de desempenho;

(z) a Ambev deverá compartilhar sua distribuição para 5 (cinco) empresas, uma em cada mercado relevante adotado no voto da Relatora, com participação não superior a 5% (cinco por cento), através de leilão, para aquela que oferecer o maior pagamento de comissão, o que deverá ser implementado em 8 (oito) meses, sob pena de intervenção judicial, e deverá durar 4 (quatro) anos.

O Plenário, por unanimidade, determinou o envio aos sindicatos e associações de classes dos empregados das requerentes, do voto do Conselheiro Mercio Felsky, para a inclusão em pauta de discussão de garantia trabalhista adicional prevista neste voto. O Plenário, por unanimidade, determinou o envio de cópia à Secretaria de Direito Econômico, das fls. 172/173, 751/759, 1071/1180, 1186/1251, 1256/1605,

1731/1805, 1825/1837, 1862/1891, 1902/1910, 2531/2537 e 4839/4888, para que se proceda à instauração de processo administrativo contra as requerentes, e contra todas as empresas concorrentes, a luz do que já foi solicitado pelo CADE anteriormente à SDE, incluindo-se o setor de distribuição e a análise da adequação do contrato-padrão de distribuição a ser utilizado pela Ambev. O Plenário, à maioria, vencidos a Conselheira Hebe Romano e o Presidente Gesner Oliveira, determinou pauta de investigação, a ser seguida pela SDE na instrução do processo administrativo, incluindo: i) imposição da prática de venda casada, ficando os pontos de venda desobrigados de adquirir e vender produtos impostos pela fabricante, além daqueles de real interesse; de adquirir, ainda, o produto cerveja vinculado à aquisição de outro produto da mesma marca, como refrigerantes, tubaínas, águas, chás, isotônicos, outras bebidas alcoólicas ou não-alcoólicas, ou quaisquer outros, ii) discriminação com clientes, ficando as requerentes proibidas de adotar quaisquer atos ou práticas que gerem dificuldades ao funcionamento e ao desenvolvimento de empresas, em razão, inclusive, da alteração de condições operacionais impostas nesta decisão, iii) impedimento de acesso a recursos para o desenvolvimento e o funcionamento de empresas, ficando as requerentes proibidas de impedir o acesso, aos canais de distribuição e outros, de matérias-primas, produtos intermediários, acabados ou semi-acabados, iv) manipulação artificial de marcas, ficando as requerentes proibidas de manipular o portfólio de suas marcas, ou criar marcas artificiais, de modo a impedir ou dificultar, no mercado brasileiro, a constituição, o funcionamento ou o desenvolvimento de empresas concorrentes; v) redução ou interrupção, ficando as requerentes proibidas de interromper ou reduzir sua produção em grande escala, sem justa causa comprovada; e vi) imposição ou fixação unilateral de preços, ficando as requerentes proibidas de manter em seus contratos cláusulas de imposição ou fixação unilateral de preços.

O Plenário, por unanimidade, determinou o envio de ofício ao Ministério Público Federal, em atendimento ao disposto no art. 12, da Lei n. 8.884/94, anexando-se cópia de inteiro teor do presente processo, inclusive

dos apartados confidenciais. O Plenário, por unanimidade, determinou o envio da decisão aos Procons estaduais, bem como ampla divulgação da decisão para os pontos de venda e para o público em geral.

Com a fusão das cervejarias Brahma e Antarctica, a Ambev passa a deter 64% do mercado das cervejas e 17% do mercado dos refrigerantes por meio das marcas Brahma, Antarctica e Skol, sendo que à época da fusão a empresa chegou a dominar 70% do mercado das cervejas. A fusão foi aprovada pelo CADE sem maiores problemas, apenas determinados limites foram impostos, bem como a exigência de venda de alguns bens da empresa, bens estes corpóreos e incorpóreos (como a determinação de sua marca de cerveja Bavaria).

Recentemente, a Ambev se tornaria a distribuidora oficial no país da marca de isotônicos Gatorade (propriedade da marca Pepsi). A Ambev, por sua vez, já dona da marca de isotônicos Marathon. Tendo em vista este contexto, o CADE determinou a venda desta a fim de que a Ambev não dominasse 94% do mercado de isotônicos, aproximadamente, o que resultaria em prejuízo evidente à concorrência. A marca de isotônicos Marathon foi colocada à venda sendo que, até o presente momento, ainda não surgiram propostas de compra.

Em março de 2004, a Ambev anunciou sua fusão com a cervejaria belga Interbrew, formando, assim, a Interbev, a maior cervejaria do mundo em grau de produção. De acordo com pareceres da Seae e da SDE a fusão não irá oferecer qualquer prejuízo à livre iniciativa ou livre concorrência, recomendando, em seus pareceres, que o CADE aprove a fusão sem maiores objeções.

Ainda assim a fusão de ambas as cervejarias deve passar pela aprovação do CADE, sendo provável que a mesma será aprovada, uma vez, como a cervejaria belga não possui qualquer tipo de investimentos no país e a fusão tem como objetivo principal a atuação no mercado internacional, não há que se falar em concentração de mercados.

Mesmo com os pareceres favoráveis da Seae e SDE, a fusão deve passar pelo crivo do CADE uma vez que, de acordo com a Lei nº. 8.88/4/94 fixa que quando haja uma concentração de mais de 20% do mercado e o valor envolvido seja superior a R\$ 400 milhões, deve haver manifestação do órgão encarregado pela defesa da concorrência. A Ambev se enquadra em ambas as exigências estabelecidas pela mencionada lei.

8. AAQUISIÇÃO DA GAROTO PELA NESTLÉ

No ano de 2002 a fábrica de chocolates suíça Nestlé adquire a nacional Garoto pelo valor de R\$ 560 milhões. As negociações já estavam sendo feitas há alguns anos e a empresa suíça, com base em sua estratégia de expandir-se mundialmente e firmar-se como a maior no setor alimentício, acreditou que não haveria problemas com o CADE, tendo em vista as decisões que já haviam sido proferidas pelo órgão em negociações semelhantes, como o caso da compra da marca de creme dental Kolynos pela Colgate-Palmolive.

Ocorre, entretanto, que diferentemente do que vinha ocorrendo anteriormente, a aquisição da Garoto pela Nestlé foi vetada pelo CADE e, depois de realizada a operação, sendo determinado que o negócio fosse desfeito. O CADE baseou-se, para tanto, no art. 54, §3º, Lei nº. 8.884/94, alegando que a concorrência seria prejudicada em vista da posição dominante no mercado brasileiro de chocolates – com a aquisição a Nestlé dominaria 58% do mercado de chocolates.

Interessante ter em mente que a Ambev atualmente detém cerca de 64% do mercado de cerveja, sendo que à época da fusão, detinha aproximadamente 70% do mesmo.

Pergunta-se: como a detenção de 64% do mercado de cervejas não se configura como algo que possa vir a restringir a concorrência e a detenção de 58% do mercado de chocolates sim?

Um outro caso que pode ser citado a fim de comprovar a discrepância no julgamento do CADE em relação à aquisição da Garoto pela Nestlé foi a aquisição da Kolynos pela Colgate-Palmolive. Com referida fusão, esta marca passou a deter 78% do mercado, sendo que a única exigência feita pelo CADE para a aprovação do negócio fosse que o nome do creme dental Kolynos fosse alterado por um prazo de quatro anos.

Ainda em relação à Ambev, como já mencionado, mesmo detendo 70% à época da fusão, o CADE permitiu o negócio exigindo, tão somente a venda de alguns bens (corpóreos e incorpóreos), como por exemplo, a venda da marca Bavaria.

Passados três (03) anos da realização do negócio, o CADE mantém a sua decisão, ou seja, a venda da marca Garoto para a suíça Nestlé deve ser desfeita.

Em 03 de fevereiro de 2005 o CADE determinou um prazo de cento e cinquenta (150) dias para que a Nestlé venda a Garoto. Posteriormente, em 10 de fevereiro a Nestlé interpôs recurso a fim de alterar esta última decisão

do órgão. De acordo com os advogados da empresa suíça, caso o CADE não altere sua decisão, irá recorrer ao Judiciário.

De acordo com julgamento proferido pelo CADE:

PEDIDO DE REAPRECIÇÃO no ATO DE CONCENTRAÇÃO nº. 08012.001697/2002-89

Requerentes: Nestlé Brasil Ltda. e Chocolates Garoto S/A

Advogados: Carlos Francisco de Magalhães e outros.

Relator original: Conselheiro Thompson Almeida Andrade

Relator atual: Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva
EMENTA

Pedido de Reapreciação no Ato de Concentração nº. 08012.001697/2002-89. Não acolhimento da preliminar de impedimento da Procuradora-Geral do CADE. Apresentação tempestiva. Preenchimento dos requisitos de admissibilidade. Preliminarmente, pelo conhecimento do recurso em razão da existência de fato novo. Afastamento de questão de ordem quanto à impossibilidade do Conselheiro Ricardo Cueva votar em questões que o Relator anterior, Thompson Andrade, não tenha votado. Questão de ordem preliminar, argüida pela Impugnante Kraft, de não conhecimento do pedido de reapreciação não conhecida. Questão de ordem preliminar de insubsistência do voto do Conselheiro Thompson Andrade, argüida pelo Ministério Público Federal, indeferida. Pedido de desinvestimento parcial. Alternativa proposta qualitativamente inferior à decisão tomada no Ato de Concentração. Não preenchimento das condições do § 1º, do artigo 54, da Lei nº. 8.884/94. No mérito, pelo não provimento. Manutenção da decisão anterior.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em conformidade com os votos e as notas eletrônicas, acordam o Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE: (i) por unanimidade, na 326ª Sessão Ordinária, realizada em 14 de julho de 2004, não acolher a exceção de impedimento em face da Procuradora-Geral, Maria Paula Dallari Bucci, argüida pelo Ministério Público Federal, nos termos do Conselheiro-Relator, Thompson Andrade; (ii) por maioria, na 326ª Sessão

Ordinária, realizada em 14 de julho de 2004, conhecer o Pedido de Reapreciação, vencidos, neste tocante, o Conselheiro-Relator, Thompson Almeida Andrade, e os Conselheiros Cleveland Prates Teixeira e Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, tendo feito o Presidente, João Grandino Rodas, uso do voto de qualidade; (iii) por unanimidade, na 329ª Sessão Ordinária, realizada em 1º de setembro de 2004, afastar a questão de ordem, argüida pelo Ministério Público Federal, de falta de quorum para deliberação, entendendo o Plenário poder, o Conselheiro-Relator, Ricardo Cueva, votar em outras questões que o Relator anterior, Thompson Andrade, não tenha votado; (iv) por unanimidade, na 30ª Sessão Extraordinária, realizada em 05 de outubro de 2004, não conhecer a questão de ordem preliminar argüida pelo patrono da empresa Kraft, sobre o conhecimento do Pedido de Reconsideração pelo Plenário do CADE; (v) por maioria, na 30ª Sessão Extraordinária, realizada em 05 de outubro de 2004, indeferir o pedido do Ministério Público Federal de argüição de existência de fato novo, considerando subsistente o voto do Conselheiro Thompson Andrade, vencidos, neste tocante, os Conselheiros Ricardo Cueva e Delorme Prado; e (vi) por maioria, na 30ª Sessão Extraordinária, realizada em 05 de outubro de 2004, no mérito, decidir pela manutenção da decisão anterior do Plenário, negando provimento ao Pedido de Reconsideração, nos termos do voto do Conselheiro Thompson Andrade. Participaram do julgamento o Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, na qualidade de Presidente do feito, e os Conselheiros Luiz Alberto Esteves Scaloppe, Ricardo Villas Bôas Cueva, Luis Fernando Rigato Vasconcellos e Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. Impedida a Presidente Elizabeth Maria Mercier Querido Farina. Presente a Procuradora-Geral Maria Paula Dallari Bucci. Brasília – DF, 05 de outubro de 2004, data do julgamento da 30ª Sessão Extraordinária de Julgamento.

LUÍS FERNANDO RIGATO VASCONCELLOS -
Conselheiro Redator para o acórdão
ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS
PFEIFFER – Presidente

No dia 16 de maio de 2005, a supra transcrita decisão do CADE foi

publicada no Diário Oficial da União, dando início à contagem do prazo de 150 dias para que a venda fosse desfeita. Em face de tal decisão, a empresa suíça recorreu ao Poder Judiciário contestando a decisão do órgão. Como resultado, foi concedida, pelo juiz da 4ª Vara da Justiça Federal (Brasília), medida liminar suspendendo a contagem do prazo estipulado.

Esta foi a primeira vez que uma decisão do CADE, envolvendo a fusão de empresas, é questionada judicialmente¹³.

O julgamento em questão é de suma importância para a história da defesa da concorrência em âmbito nacional por diversos motivos. O primeiro deles por mostrar as deficiências a serem superadas pelo CADE, sobretudo sua morosidade em se proferir suas decisões. Deve ser estabelecido, em nosso entendimento, um prazo a ser cumprido e um procedimento preventivo eficiente a fim visando a economicidade e celeridade processual.

Tendo em vista, ainda, toda a sua repercussão na mídia, muito dificilmente este julgamento será esquecido sendo sempre lembrado em posteriores julgamentos posteriores, o que não significa que se construa uma jurisprudência em torno do caso.

Diante do exposto, não afirmamos que o CADE deve proferir sempre as mesmas decisões em casos semelhantes a fim de que não seja criada uma jurisprudência engessada a respeito de determinados temas. Entendemos ser necessária uma certa coerência em suas decisões e que seu procedimento preventivo seja dotado de mais eficácia e celeridade.

Em recente notícia veiculada no jornal O Estado de São Paulo, de 15 de março de 2005 (Caderno de Economia, p. 5B), CADE, SDE e CAE se preparam para fundirem-se. De acordo com a reportagem um projeto de Lei onde são previstas alterações na Lei nº. 8.884/94 deverá ser brevemente encaminhado para a Casa Civil. A principal novidade trazida pelo referido projeto de Lei é a fusão, em um único órgão, do CADE, SDE e CAE, o que proporcionará maior celeridade nos julgamentos de fusões, aquisições e formações de joint-ventures levados à apreciação do CADE.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objeto de estudo o sistema nacional de defesa da concorrência através de sua evolução constitucional e infraconstitucional. Ao final, chegamos à seguinte conclusão:

O ordenamento jurídico brasileiro ocupa-se do tema da defesa da concorrência desde a década de 30, sendo que a primeira norma constitucional a respeito encontra-se na Constituição de 1934. A partir de

¹³ De acordo com notícia veiculada no jornal O Estado de São Paulo, de 31/05/2005, fls. B14.

então, as demais constituições sempre se ocuparam da defesa da concorrência, havendo uma grande evolução legislativa, sobretudo a partir da década de 90 – período caracterizado pela expansão dos fenômenos da globalização e da integração regional (advento do MERCOSUL).

A Constituição Federal de 1988 elenca como princípios fundamentais da ordem econômica a livre iniciativa e a defesa da concorrência, dentre outros. Posteriormente, no ano de 1994, é promulgada a Lei nº. 8.884, nossa atual legislação antitruste, a qual traz como grande inovação a transformação do CADE em autarquia, conferindo-lhe independência em seus julgamentos. Tal órgão, criado em 1962 por meio da Lei nº. 4.137, somente passa a atuar de forma significativa a partir da promulgação da atual Lei. A partir de então, importantes casos foram julgados, sendo que os de maior repercussão, atualmente, foram a fusão Varig/TAM, a criação da AMBEV e a compra da Garoto pela Nestlé.

O CADE, por ser uma autarquia, não se encontra vinculado hierarquicamente a nenhum outro órgão governamental, sendo que suas decisões são independentes, só podendo ser revista pelo Poder Judiciário. O sistema brasileiro de defesa da concorrência é composto, ainda, por demais órgãos, os quais não se encontram vinculados aos CADE. Têm como função primordial a análise e investigação de casos que possam configurar infração à ordem econômica. Os pareceres elaborados por tais órgãos e enviados ao CADE não vinculam suas decisões, sendo que este pode ir contra todos os pareceres apresentados.

Em relação aos órgãos que compõem o Sistema de Defesa Econômica (SDE), há uma proposta de fusão do CADE, SDE e CAE com o intuito de proporcionar maior celeridade nos julgamentos de fusões, aquisições e formações de joint-ventures. Entendemos que tal fusão pode comprometer o atual Sistema Nacional de Defesa da Concorrência pois, muito embora as decisões do CADE não estejam vinculadas aos pareceres apresentados pela SDE, tais pareceres configuram-se como verdadeiros estudos jurídicos e econômicos sobre o tema apresentado. Além do que, entendemos que uma maior celeridade nos julgamentos apresentados ao CADE não depende de tal fusão, mas sim de uma atuação preventiva, não se protelando a decisão depois de efetuada a negociação, como o que ocorreu no caso Nestlé/Garoto, onde a decisão somente foi proferida depois de concluída a negociação.

No que se refere às decisões proferidas pelo CADE, todas se mostraram coerentes com a legislação e realidade econômica e financeira, com exceção da decisão proferida na compra da Garoto pela Nestlé. Na contra-mão de todas as demais decisões semelhantes o CADE optou pela proibição da negociação. Em casos semelhantes, como criação da Ambev e

a compra da Kolynos pela Colgate-Palmolive, o CADE decidiu pela aprovação da negociação, observadas determinadas ressalvas. Em relação à compra da Garoto pela Nestlé, onde a concentração do mercado foi a menor dos casos citados, o CADE optou pela proibição da compra.

Como já anteriormente observado, não pretendemos que o CADE profira sempre as mesmas decisões em casos semelhantes a fim de que não se crie uma jurisprudência engessada. Entendemos, sim, que os julgamentos devem ser coerentes com a realidade apresentada e onde sejam seguidos os requisitos mínimos previstos em lei.

Aqui fica a pergunta: por que foi aprovada, ainda que com ressalvas, a compra da marca do creme dental Kolynos pela multinacional Colgate-Palmolive (na época detinha aproximadamente 70% do mercado) e a compra da Garoto pela Nestlé foi proibida (por deter 58% do mercado de chocolates)? A dominação de um mercado de creme dental não seria mais prejudicial aos consumidores (uma vez que a compra de creme dental configura-se como necessidade primária da população por estar relacionada à higiene pessoal) do que a dominação de mercado de chocolates?

Atualmente a legislação antitruste nacional, através da atuação do CADE, configura-se como uma legislação eficaz e rígida, o que entendemos ser necessário para a criação de um ambiente seguro, jurídico e economicamente.

O CADE, em cada um de seus julgamentos, deve considerar as circunstâncias e os momentos da economia específicos, os quais nos permitem entender que as decisões finais podem estar orientadas por elementos diferentes dos considerados em decisões anteriormente proferidas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido – *Teoria geral do processo*. 13 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1997.

COELHO, Fábio Ulhoa – *Direito antitruste brasileiro: comentários à Lei n.º 8884/94*. São Paulo: Saraiva, 1995.

CRETELLA JÚNIOR, José – *Comentários à lei antitruste* (Lei n.º 8.88 de 11/06/1994). Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da – *Lei de proteção da concorrência* (Comentários à legislação antitruste), 2ª ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FORGIONI, Paula A – *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de – *Globalização, Mercosul e crise do Estado-Nação: perspectivas para o direito numa sociedade em mudança*. São Paulo: LTR, 1997.

GOYARD-FABRE, Simone – *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. Tradução: Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GRAU, Eros Roberto – *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 9ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

GUY, Antonetti – *A economia medieval*. Tradução: Hilário Franco Júnior. São Paulo: Atlas, 1977 (Coleção Universitária de Ciências Humanas, 7).

HODGETT, Gerald A. J. – *História social e econômica da Idade Média*. Tradução: Mauro Roberto da Costa Souza e Tayná Pinheiro da Costa Souza. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.

MEIRELLES, Hely Lopes – *Direito Administrativo Brasileiro*. 26ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso da – *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13ª Ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da – *Defesa da concorrência no Mercosul: acordo entre empresas, abuso de posição dominante e concentrações*. São Paulo: LTr, 1998