XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

JOSÉ BARROSO FILHO

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T772

Transformações na ordem social e econômica e regulação [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Barroso Filho; José Querino Tavares Neto - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-421-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Legitimidade. 3. Democracia.

4.Intervenção. XXVI EncontroNacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

Apresentação

Não se pode esquecer que Economia, para além das escolhas sobre o uso dos recursos escassos necessários a vida e no incremento das forças produtivas, é decisão política e opção de prioridades.

Em tempos de crise econômica, seguida de grave crise política, e ainda do questionamento da legitimidade da atividade estatal – fragilizada pelo estágio puberdante/obsolescente da Democracia Brasileira, a partir de fissuras institucionais em que as funções do Estado disputam hegemonia em torno do Poder – enfrenta a academia a tarefa de compreender o estágio de desenvolvimento econômico e político do "projeto" brasileiro de Nação.

No Grupo de Trabalho: TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO I, a partir da elaboração de 18 artigos aprovados e apresentados, cujos temas variavam entre a constituição econômica brasileira, desenvolvimento sustentável e regulação de vários setores, mais uma vez, o Direito Econômico foi problematizado com eximia competência e profundidade, típicas do CONPEDI, na sua presente edição, assim como nas passadas.

Na tarefa profícua de análise dos trabalhos e intervenções da bancada coordenadora, percebeu-se trabalhos versando sobre o papel do Estado no processo produtivo, em face da sua intervenção direta e indireta, na busca do desenvolvimento socioeconômico; ou ainda, na visão de alguns, objetivando a efetivação do capitalismo humanista.

O Grupo de Trabalho teve o intuito de construir uma oportunidade para a dialética e a retomada do projeto de desenvolvimento social, em meio a reincidência ao neoliberalismo de austeridade, sempre no sentido de problematizar a condição do Estado como propulsor /indutor da economia na produção capitalista da América Latina, ao mesmo tempo em que o projeto de síntese capital/trabalho globalizante, desde o desenvolvimentismo do setor público, vem sendo atropelado, de forma avassaladora, pela financeirização da Economia, e é preciso, então, compreendê-lo em suas nervuras.

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto (UFG)

Prof. Dr. José Barroso Filho (ENAJUM)

INTERVENÇÃO INDIRETA DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA COMO FORMA DE PROTEÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA

INDIRECT STATE INTERVENTION IN THE ECONOMIC DOMAIN AND DEFENCE OF COMPETITION AS ORDER OF PROTECTION OF ECONOMIC

Ilton Garcia Da Costa [1]
Marcos Paulo dos Santos Bahig Merheb [2]

Resumo

Este artigo visa o estudo da intervenção indireta do Estado no domínio econômico por meio da defesa da concorrência, com ênfase na defesa das estruturas de mercado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Foram realizadas pesquisas bibliográficas e em periódicos. Tende a análise da noção de Estado e a ausência de sua intervenção, com alteração no quadro para a necessidade de intervenção para a proteção da livre concorrência. Foi possível identificar a complementariedade entre livre iniciativa e livre concorrência para coibir atos de concentração.

Palavras-chave: Livre concorrência, Cade, Intervenção indireta, Livre iniciativa, Atos de concentração

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to study the indirect intervention of the State in the economic domain through the defense of competition, with emphasis on the defense of market structures by the Administrative Council of Economic Defense (CADE). Bibliographical and periodical researches were carried out. It presents the analysis of the notion of State and the absence of its intervention, with a change in the framework for the need for intervention to protect free competition. It was possible to identify the complementarity between free initiative and free competition to prevent concentration acts.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Free competition, Cade, Indirect intervention, Free initiative, Acts of concentration

[1] Mestre e doutor em Direito pela PUC/SP. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da UENP.

[2] Mestrando em Ciência Jurídica UENP-PR. Professor da Faculdade Cristo Rei - FACCREI.

1. INTRODUÇÃO

A livre concorrência, a liberdade de iniciativa e o direito de propriedade são garantidos pelo Estado brasileiro. O Estado e seus agentes econômicos devem atuar de maneira a não impossibilitar a entrada de novas empresas no mercado, bem como deve garantir que todos possuam direito a propriedade privada, a fim de solidifcar com os mandamentos da Constituição Federal.

A sociedade brasileira, atenta aos efeitos da economia, a qual atinge diretamente seu cotidiano em decorrência da inflação, do aumento do câmbio ou dos reflexos da oscilação da taxa de juros, está cada vez mais preocupada com a saúde economica dos país.

A violação a livre concorrência pode ter como efeito pesadas restrições ao empresário ou a sua empresa, cabendo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) a fiscalização, bem como a autorização de atos de concentração realizados por determinadas empresas.

Com a concentração econômica das empresas, inúmeros fatores nocivos pode decorrer na sociedade, entre os quais cita-se o aumente elevado dos preços quando apenas uma empresa fornece determinado produto. Do mesmo modo, a concentração empresarial pode atingir interesses dos consumidores e trabalhadores, ou até mesmo impossíbilitar que novas empresas entrem no mercado.

A intervenção do CADE nos atos de concentração é um dos desdobramentos da intervenção indireta do Estado no domínio econômico, a qual visa impedir que empresas dominem grande parcela do mercado e, consequenetemente, aumentem arbitrariamente o preço de seus produtos em desfavor do consumidor.

O objetivo do presente trabalho é o estudo da defesa da concorrência como meio de intervenção indireta do Estado na Ordem Econômica, sendo que para a sua confecção optou-se pelo método dedutivo, pesquisa bibliográfica e ao final um breve estudo de caso.

2. A NÃO INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

Necessário se faz ter uma noção geral do que vem a ser o Estado como ente dotado de responsabilidades e deveres.

Segundo Ramos (2012, p.1) “o termo Estado provém do latim *status* significando, de forma literal, estar firme”. O sentido empregado também pode ser o de algo como estar fixo, imóvel, decidido, regular e constante, empregado para designar uma condição geral de estado das coisas, mas não é este o sentido de estado que a ciência política e o direito deve empregar.

Para melhor explicar o Estado, a doutrina costuma estabelecer três elementos constitutivos: a) população; b) território; c) governo. Hely Lopes Meirelles (2006, p. 60) afirma que o povo é o “componente humano do Estado; território, a sua base física; soberania, o elemento condutor do Estado, que detém e exerce o poder absoluto de autodeterminação e auto-organização emanado do povo”.

Dalmo de Abreu Dallari (2005, p.80) afirma que “a soberania é o poder de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência”. Continua o autor afirmando que “não há Estado sem território, bem como de que o território delimita-se a ação Soberana do Estado.” (DALLARI, p. 89). Ainda, relata que o povo (DALLARI, p. 90) “é o destinatário e fim do Estado, posto que a existência deste é para harmonizar a convivência e suprir as necessidades daquele, constitui seu elemento humano, sendo o conjunto de cidadãos”. Acrescenta um quarto elemento do Estado, chamado de finalidade que, segundo o Papa João XXXIII, deve ser entendido como o bem comum (DALLARI, p108).

Os elementos essenciais do Estado são, portanto, o território, povo, soberania e finalidade. Destaca-se que o tema proposto no presente trabalho vincula exatamente os elementos do Estado, eis que na qualidade de Soberano o Estado possui o poder de intervir na economia a fim de objetivar o bem comum de seu povo no espaço territorial que lhe é incumbido.

Entre os sistemas de intervenção em que o Estado passou no decorrer da história e de considerável importância foi o liberal, como corrente filosófica, política e econômica, a qual surge a partir do momento em que a burguesia ascende ao papel principal da economia, suplantando a aristocracia, que ordenava o mercado através do Estado até o século XVIII.

Com vistas a eliminar o poder da aristocracia e a forte intervenção na época, surgiu a filosofia de David Hume, influenciada em Adam Smith, a qual elaborou sua teoria com base no liberalismo econômico, estampada em sua obra A Riqueza das Nações, de 1776.

> O liberalismo pode assumir variadas formas, mas o que sucedeu ao mercantilismo caracterizou-se pela defesa do princípio segundo o qual o desenvolvimento econômico deveria fazer-se em conformidade com as leis naturais de mercado, sem os grilhões anteriormente postos pelo Estado. [...] Defende-se, a partir de então, a teoria segundo a qual a economia está sujeita a leis naturais que a levam fatalmente a uma situação de equilíbrio entre os integrantes do mercado, com os frutos positivos para toda a sociedade, através da lei, interfere nos funcionamentos do mercado. (FONSECA, p. 90)

O liberalismo, como ideal político, jurídico e econômico, conferiu ampla liberdade individual, direito de propriedade e direito a livre iniciativa e livre concorrência, fatores nunca visto antes na sociedade até o século XVIII.

No Brasil, "as Constituições de 1824 e 1891 basearam-se no princípio fundamental do liberalismo econômico e que serve de distintivo para o capitalismo: o princípio da propriedade individual dos bens de produção". (FONSECA, p. 191).

O liberalismo advogado por Smith passou a sofrer choques e críticas, eis que as relações com os senhores de produção evoluíram, e estes se organizaram a ponto de se tornarem grandes industriais que, frequentemente, violava direitos básicos dos trabalhadores, devendo, a partir do novo quadro, se pensar em um modelo intervencionista.

3. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA

Com a Revolução Industrial houve a precarização dos direitos dos trabalhadores, com jornada excessiva em troca de baixos salários, momento em que novos filósofos sociais surgiram com um ideário contrário ao abuso dos detentores dos meios de produção, em favor dos trabalhadores.

As críticas decorreram, a princípio, ante a concentração da produção, as quais se formaram grupos que empregavam homens, mulheres e crianças. Originou-se o Estado industrial, que transformou o capitalismo de meados do século XIX, na qual o artesão e o pequeno produtor passaram a trabalhar nas indústrias em troca de míseros trocados com jornada de trabalho excessiva.

> Podemos afirmar que o capitalismo é um sistema econômico e social que se baseia na propriedade privada dos meios de produção, na existência de um mercado no qual se realiza as trocas de mercadorias

> por meio de moedas e na separação entre trabalhadores, também chamados de proletários. (AZEVEDO e SERIACOP, p. 240).

Fonseca (2015, p. 192) diz que no capitalismo "houve concentração econômica, fenômeno pelo qual as empresas tendem a aumentar a sua dimensão, quer pela ampliação de sua extensão setorial e geográfica, quer também pela eliminação da concorrência".

> Tem-se afirmado que, sistematicamente, que os dois valores fundamentais juridicamente protegidos nas economias do tipo capitalista são, simetricamente, o da propriedade dos bens de produção – leia-se propriedade privada dos bens de produção – e o da liberdade de contratar (ainda que se entenda que tais valores são preservados não em regime absoluto, mas relativo). (GRAU, 2008, p. 92).

A concentração empresarial, baseada no direito de propriedade dos bens de produção e na liberdade de contratar, provocou dois fenômenos: "a grave situação da questão social e o grande poderio econômico acumulado pelas empresas passou a impor pesado ônus à classe trabalhadora". (FONSECA, 2015, p. 193).

> Os trabalhadores do século XIX não possuíam boas condições de moradias, sendo por demais precárias, residindo em bairros insalubres e rudimentares, erguidas em ruas escuras e sem pavimentação. As fabricas, por sua vez, não lhes ofereciam condições dignas de trabalho. Eram geralmente locais úmidos e quentes, desprovidos de ventilação adequada. A alimentação servida era péssima e insuficiente. Por causa disso e longas jornadas de trabalho, a expectativa de vida entre os operários era baixa e as incidência de doenças e acidentes de trabalho, muito alta [...] por serem consideradas mais dóceis que os homens adultos, os patrões preferiram contratar mulheres e crianças – muitas delas com 4 ou 5 anos de idade. [...] a jornada de trabalho era igual para todos, durando de quinze a dezoito horas ininterruptas. (FONSECA, 2015, p. 243).

Em razão de tais condições, "surgiu a necessidade de elaboração de leis destinadas a proteção dos empregados, com a finalidade de garantir-lhes a observância dos direitos fundamentais garantidos ao homem". (FONSECA, 2015, p. 193).

O Estado, portanto, de mero observador dos fenômenos econômicos, passa a atuar como agente interventor a fim de garantir direitos dos trabalhadores. Do mesmo modo, o Estado passa a se preocupar com o meio ambiente econômico saudável.

Fonseca (2015, p. 206) colaciona as seguintes razões para a intervenção do Estado na economia:

> a) dar consistência ao mercado, garantindo a livre concorrência e a não existência de monopólios; b) atuar na justiça distributiva, a fim de se eliminar a desigualdade; c) o Estado possui determinados objetivos de política econômica na luta contra o ciclo econômico, possibilitando o atingimento de metas.

Com base em tais premissas, o Estado passa a ser agente interventor na Ordem Econômica, de modo que o mesmo chama para sí inúmeras responsabilidades, dentre as quais a de manter um ambiente econômico saúdavel, devendo garantir a livre iniciativa e a livre concorrência como meio inclusivo de novas empresas no mercado, com vistas também a proteção do trabalhador e do consumidor.

Um dos instrumento de que o Estado possui para garantir a livre iniciativa, a livre concorrência, o direito do consumidor e do trabalhador, ainda que indiretamente, é a defesa da concorrência.

4. A DEFESA DA CONCORRÊNCIA

A defesa da concorrência constitui modalidade de intervenção indireta do Estado no domínio econômico, a fim de garantir o direito a livre iniciativa e a manutenção daqueles que já se encontram atuando no mercado como agente econômico ofertante de bens e serviços.

> A defesa da concorrência é um dos princípios constitucionais da ordem econômica. Ou seja, como todos os demais princípios do artigo 170, instrumento para o alcance de um bem maior: assegurar a existência digna, conforme os ditames da justiça social. (PETTER, 2014, p. 253).

Miguel Reale (2014, p. 303) afirma que “por princípio pode-se entender que são certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber”. A livre concorrência é um principio constitucional que valida no meio empresarial a convivência competitiva no mercado econômico.

Fonseca (2015, p. 94) aduz que “garante-se a livre concorrência como forma de alcançar o equilíbrio, não mais aquele atomístico do liberalismo tradicional, mas um equilíbrio entre os grandes grupos e um direito de estar no mercado para as pequenas empresas”.

Para possibilitar a livre concorrência, o Estado também deve garantir a livre iniciativa, o que se denota a complementariedade entre os institutos, mas ao mesmo tempo distintos.

A livre iniciativa permite o acesso dos mais diversos empreendedores junto aos mercados, para que possam tornar-se agentes econômicos, a fim de que ofertem bens e serviços e, consequentemente, concorram com demais empresas já estruturadas ou que vierem a se estruturar na condição de ofertantes de bens e serviços.

> O princípio da livre concorrência tem assim um significado próprio que distingue do princípio da livre iniciativa. Ele apresenta como um elemento desejável, ou mesmo necessário para que se possa presumir que a livre iniciativa promova a realização do bem comum, o que é, a seu turno, um elemento favorável para que a livre iniciativa reencontre seu valor social. A livre concorrência desempenha assim um papel fundamental para que a livre iniciativa possa se beneficiar da presunção de beneficiar a coletividade. Trata-se de um elemento importante para a valorização social da livre iniciativa. (SANTIAGO, 2008, p. 62).

A intenção do Estado em reprimir o abuso do poder econômico decorre do mandamento constitucional previsto no §4º do artigo 173, a fim de que não haja domínio de mercado que possa cominar na violação da concorrência.

Sobre a concorrência, Figueiredo (2015, p. 250) afirma que

> por concorrência, entende-se toda a ação de disputa saudável por espaço em determinado mercado relevante realizada entre agentes competidores entre si. É competição pela preferência dos consumidores, realizada entre fornecedores ou produtores de bens iguais ou semelhantes.

Moncada (2000, p. 367) relata que "a defesa da concorrência, entre as unidades produtivas compreende nos nossos dias um conjunto ordenado e homogêneo de politica econômica, muito além das normas de polícia".

Hodiernamente, o conjunto de dispositivos que disciplinam a atuação do Estado visando coibir o abuso do poder econômico e atos de concentração com vista a garantir o direito de concorrência é a Lei 12.529/11. Já atos de deslealdade competitiva estão disciplinados na Lei 9.279/96.

No artigo 1º da Lei 12.529/11 podemos deduzir o motivo de sua criação, pois dispõe sobre 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.

O Estado deve fomentar e proteger a competição, no sentido de dar mais opções ao consumidor final, com melhores preços, boa qualidade de serviços e produtos diferenciados, bem como possibilitar a inserção de novas empresas no mercado.

Moncada (2006, p. 367) diz que "em um sistema econômico eficiente, os cidadãos dispõem de maior variedade de produtos pelos menores preços possíveis e, consequentemente, os indivíduos desfrutam de um nível máximo de bem-estar".

Em relação a concorrência, Petter (2014, 255) relata que

> ainda, a elevação da concorrência como princípio informador da Ordem Econômica na Constituição de 88 e a exigência de legislação de combate ao abuso do poder econômico (art. 173, §4º), evidencia a importância da livre iniciativa, que é fundamento da República (art. 1º, inciso IV). Ou seja, a promoção de um ambiente concorrencial implica em valorar-se a livre iniciativa. Só se estabelece a concorrência quando os agentes detém efetiva liberdade de iniciativa para suas incursões na conquista dos mercados e consumidores. Esta libe, contudo, tem como limite a prática do abuso do poder econômico, no mais das vezes, ofensivo da concorrência.

A proteção da concorrência contra o abuso do poder econômico e os atos de deslealdade competitiva são intervenções do Estado no domínio econômico que beneficia todos os membros do mercado, seja consumidores ou empresas, bem como de que sujeita os infratores a procedimentos criminais e administrativos.

A defesa da concorrência é feita pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, (SBDC) estrutura onde está inserido o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), vinculado ao Ministério da Justiça, e a Secretaria de Acompanhamento Econômico, esta vinculada ao Ministério da Fazenda, conforme previsto na Lei 12.529/11. Por sua vez, o CADE possui a seguinte composição: I - Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; II - Superintendência-Geral; e III – Departamento de Estudos Econômicos.

Porém, para uma análise por parte dos órgãos responsáveis sobre a violação ou não da livre concorrência, inúmeros fatores devem ser levados em consideração, tais como o mercado relevante e as possíveis infrações contra a ordem econômica.

5. MERCADO RELEVANTE E INFRAÇÕES A ORDEM ECONÔMICA COMO PROTEÇÃO DA CONCORRÊNCIA

Os atos violadores da concorrência e suas infrações ou do controle da estrutura do mercado é melhor compreendido após a conceituação do que vem a ser o mercado relevante, pois é através dele que se analisam o poder de mercado e seu exercício, bem como os danos a concorrência.

Figueiredo (2015, p. 304) afirma que "por mercado relevante entende-se o espaço no qual dois ou mais agentes privados, concorrentes entre si, vão aplicar seus respectivos mecanismos e disputar consumidores". Trata-se do espaço de concorrência que não se confunde com poder de mercado ou com abuso de posição dominante.

O mercado relevante pode ser analisado com base em sua dimensão geográfica ou material. A dimensão geográfica corresponde ao espaço territorial onde os agentes econômicos concorrem entre si, podendo ser pequenas porções territoriais, tais como um Município.

No espaço geográfico, o agente econômico que possua o chamado mercado relevante, "é capaz de aumentar os preços que pratica sem causar perda de um grande número de clientes, passaria a utilizar um fornecedor alternativo na mesma área, sem correr o risco de inundação da área de bens e serviços de outros fornecedores". (FORGIANI, 1998, p. 202).

Petter (2014, p. 343) afirma que "por sua vez, a dimensão material possui relação com o produto fornecido pelo agente econômico. É aquele em que o agente econômico enfrenta a concorrência, considerado o bem ou serviço que oferece".

Figueiredo (2015, p. 304) diz que "conforme entendimento da autoridade concorrencial brasileira, mercado relevante se trata do espaço da concorrência, a respeito aos diversos produtos ou serviços que concorrem entre si, em certa área".

O mercado relevante é de suma importância porque o Estado, ao analisar possíveis atos que violem a concorrência, deve observar se tais atos realmente atingem grande espaço geográfico ou uma grande parcela de produtos, a ponto de acabar por afastar que novas empresas adentrem no mercado ou que as já existente pratiquem preços abusivos.

A busca de se saber qual a dimensão do mercado relevante busca também o controle preventivo ou repressivo das condutas que violem a ordem econômica, condutas estas previstas em Lei que, nitidamente, visam a proteção da livre concorrência.

Figueiredo (2014, p. 306) afirma que “podemos resumir, exemplificativamente, o comportamento que perfaz o tipo infrator nas quatro condutas delineadas nos incisos do art. 36 da Lei de Proteção à Concorrência (Lei n, 12.529 de 2011)”.

As condutas descritas no art. 36 da Lei 12.529 de 2011 visa exatamente abranger o mandamento inicial previsto na Constituição Federal esboçado no princípio da livre concorrência. Basicamente são condutas violadoras os atos de limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; exercer de forma abusiva posição dominante.

O §3º do artigo 36 da Lei de Proteção traz espécies de condutas tipificas dos agentes econômicos que são consideradas infratoras da ordem econômica, tais como o acordo de preço, limitar ou impedir o acesso a novas empresas no mercado, vender mercadoria ou serviços abaixo do preço injustificadamente, entre tantas outras. Embora o legislador tenha descrito algumas condutas, o rol é exemplificativo, de modo que pode haver determinadas condutas que não estão descritas na Lei.

As infrações descritas podem ser praticadas por pessoa física e jurídica, seja ela privada ou pública, bem como qualquer associação com ou sem personalidade jurídica.

Entre as infrações a ordem econômica cita-se a de limitar, falsear ou prejudicar a livre concorrência e a livre iniciativa, as quais são as infrações de maior impacto na economia.

Figueiredo (2015, p. 306) afirma que

> A violação a livre concorrência e a liberdade de iniciativa traduz-se em toda e qualquer prática que impeça ou dificulte a entrada ou permanência de agentes econômicos em seus respectivos mercados. Pode ser caracterizada das mais diversas maneiras possíveis.

O interesse do legislador em considerar a limitação a livre iniciativa e a livre concorrência como infração a ordem econômica foi exatamente a de tutelar os princípios e fundamentos constitucionalmente previstos em relação a economia brasileira, para que não haja monopólio, exceto os previstos na própria Constituição Federal e a exceção do monopólio natural.

A intenção do legislador em impedir a dominação do mercado relevante foi a de evitar a ocorrência de monopólios, o que violaria a livre concorrência. Porém, saliente-se a possibilidade em ocorrer situações em que a dominação do mercado traga benefícios ao invés de malefícios, motivo pelo qual será permitida a dominação do

mercado relevante, conforme leitura do §1º do artigo 36 da Lei 12.529 de 2011, a qual descreve que se o domínio do mercado for decorrente de uma situação natural, em razão de melhor eficiência e administração do agente econômico, não haverá infração a ordem econômica.

A infração a ordem econômica geralmente "ocorre quando o agente econômico experimenta aumento de seus lucros, sem que haja uma causa licita ou justificável para tanto, se dando, via de regra em detrimento dos demais agente econômicos". (FIGUEIREDO, 2015, p. 306).

A proibição em aumentar arbitrariamente o lucro visa a proteção do consumidor, um dos prejudicados em caso de aumento injustificado dos preços das mercadorias em determinados mercados.

Outra denominação importante para a análise dos atos de concentração e verificação quanto a intervenção do Estado ou não, é o conceito de posição dominante que, segundo Figueiredo (2015, p. 307) "é aquela que confere a seu detentor quantidade substancial de poder econômico ou de mercado, a ponto de que possa ele exercer influência determinante sobre a concorrência".

O § 2º do artigo 36 da Lei de Proteção a Concorrência, afirma que presume posição dominante sempre que uma empresa for capaz de alterar as condições de mercado unilateralmente, ou quando controle 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante. Ainda, no mesmo dispositivo legal, há a previsão de que o CADE pode alterar o percentual de controle para setores específicos da econômica.

As praticas de quem detém posição dominante são as seguintes: "aumentar o preço, não prezar pela qualidade do produto, impor aos demais agentes econômicos práticas que esses adotariam, caso houvesse concorrência no mercado". (PETTER, 2014 p. 355).

A concorrência gera um ambiente saudável entre empresas em relação ao consumidor, eis que há competição nos preços, nos serviços e na qualidade dos produtos. Um agente econômico em posição dominante não possui preocupação com a concorrência, pois domina parcela do mercado impondo a sua vontade e, muitas vezes, não se preocupa com o consumidor, porque não há um bem substituto para seu produto.

O agente econômico em posição dominante pode agir de tal maneira que imponha a retirada dos demais concorrentes do mercado, já que poderá reduzir o preço de seus produtos temporariamente até que sobre somente ele.

Outra conduta infratora a Ordem Econômica é a formação de cartel, figura conhecida popularmente.

O Cartel "é o acordo abusivo de agentes econômicos, representando combinação de preços, a fim de restringir a variedade de produtos e dividir os mercados para manter suas receitas sempre estáveis". (FIGUEIREDO, 2015, p. 309). A conduta de cartelização prejudica em primeiro lugar o consumidor, e em segundo lugar a entrada no mercado de novos agentes econômicos.

A doutrina costuma classificar os acordos cartelizados em horizontais e verticais. O primeiro ocorre quando o acordo é celebrado entre os agentes econômicos atuantes no mesmo mercado relevante, já o segundo ocorre quando o acordo é feito entre agentes econômicos em estágios diversos.

No Brasil é muito comum o cartel de preço nos postos de combustíveis. O cotidiano demonstra que em um mesmo Município não há diferença significante nos preços praticados nos entre os postos de gasolina. Ao bem da verdade, nas pequenas cidades, não há diferença alguma.

A inocorrência da cartelização, como a dos postos de combustíveis, respeitaria a livre concorrência e traria benefício ao consumidor, considerando que seria um mercado altamente competitivo.

Agindo o agente econômico de modo a afrontar o direito a livre concorrência e liberdade de iniciativa, estará o mesmo sujeito as penalidades, de cunho pecuniário ou restritivas de direitos, caso a infração seja administrativa.

As previsões das penas aos infratores da Ordem Econômica estão descritas nos artigo 37 a 45 da Lei de Proteção a Concorrência. Entre elas estão a pena de multa de 0,1% a 20% do faturamento da empresa, a publicação da condenação em periódicos, a não concessão de parcelamento de tributos, entre outras.

6. CONTROLE DA ESTRUTURA DE MERCADO E PROTEÇÃO A GARANTIA DA LIVRE CONCORRÊNCIA

Além das possíveis infrações que determinadas empresas podem incorrer em inobservância a livre concorrência, tais empresas também estão sujeitas ao controle da estrutura de mercado ou dos atos de concentração a cargo do CADE, sendo este uma Autarquia Federal que ocupa posição de destaque no cenário nacional, notadamente frente as grandes fusões e aquisições ocorridas.

A atuação do CADE é nitidamente uma das modalidades de intervenção indireta do Estado no domínio econômico com vista a melhor garantir os princípios constitucionais econômicos da livre concorrência, liberdade de iniciativa e respeito ao consumidor.

A previsão legal que regulamenta a autorização ou não dos atos de concentração tem inicio no artigo 88 da Lei de Proteção a Concorrência. Tal dispositivo esclarece que o CADE poderá autorizar os atos de concentração desde que haja aumento da produtividade ou da competitividade; melhore a qualidade de bens ou serviços; ou propicie maior eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e que parte desses benefícios sejam repassados aos consumidores. Na presença dessas situações, considera-se licito os atos de concentração, motivo pelo qual o mesmo será autorizado.

Na apreciação do ato de concentração, o CADE deve verificar o impacto competitivo que ocasionará. Para tanto, é essencial a delimitação do mercado relevante em que as empresas atuam no mesmo mercado considerado quando da apreciação da aprovação ou não. Neste momento, também é oportuna a medição da concentração do mercado, antes e depois de a concentração realizar-se.

> Para responder a este questionamento temos, como primeiro passo, a determinação do mercado relevante afetado. Após, identificam-se as quotas de mercado detidas pelas empresas antes e depois da concentração (a delimitação da parcela de mercado – *Market share* – continua a ser crucial na avaliação do impacto concorrencial da operação, mesmo que, sabidamente, ela não se confunde com o poder de mercado – *Market power),* bem como o grau de concentração do mercado nesses dois momentos. Ainda, deve ser considerada a barreira à entrada de novos concorrentes. (PETTER, 2014, p. 421).

Cabe ao CADE apreciar qual a fatia do mercado que o ato de concentração irá abocanhar, uma vez que tal ato poderá violar a Ordem Econômica, notadamente o direito de concorrência e o abuso do poder dominante.

A análise da concentração deve ser feita da melhor maneira possível, já que o ato de concentração aumenta a riqueza em mãos de poucos, bem como diminui a concorrência.

Importante destacar que os atos de concentração podem ser horizontal, vertical ou em conglomerados.

> Por sua vez, os atos de concentração são todos aqueles que, no caso concreto, visam a qualquer forma de concentração econômica

> (horizontal, vertical ou conglomeração), seja por meio de fusão ou de incorporação de empresas, de constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societários. Por concentração horizontal entende-se a estrutura de mercado em que envolve agentes econômicos distintos e competidores entre sí, que ofertem o mesmo produto ou serviço em um determinado mercado relevante. Concentração ou integração vertical traduz-se na estruturação que envolve diversos agentes econômicos distintos, que ofertem produtos ou serviços diversos, fazendo parte da mesma cadeia produtiva. Conglomeração é a concentração que envolve agente econômicos distintos, que igualmente ofertam produtos ou serviços diversos, podendo ou não ser complementares entre si, mas que, certamente, não fazem parte da mesma cadeia produtiva. (FIGUEIREDO, 2015, p. 317).

A Lei de Proteção a Concorrência impõe a obrigatoriedade do ato de concentração ser submetido ao CADE, caso uma das empresas de um dos grupos a ser considerado tenha obtido lucro superior a R$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais), e outra empresa do grupo a ser considerado tenha obtido lucro superior a R$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais), conforme seu artigo 88 e incisos.

Considera-se ato de concentração quando presentes os requisitos do artigo 90 da Lei de Proteção da Concorrência, sendo eles a fusão, quando duas ou mais empresas independentes se fundem; a aquisição, quando uma ou mais empresas adquirem as quotas de outra; a incorporação, quando uma ou mais empresa incorpora outra ou outras e o *joint venture*, quando duas ou mais empresas celebram contratos associativos.

Na ocorrência das hipóteses acima, o CADE deverá fazer minucioso estudo, a fim de que o ato de concentração não viole o princípio da livre concorrência e demais princípios da Ordem Econômica, além de "proteger o consumidor, e a preservação da competência enquanto pressuposto da própria ordem econômica". (JUNIOR, 2016, p. 202).

O CADE já atuou em diversos atos de concentração econômica. Os mais conhecidos com repercussão nacional foram os casos Chocolates Garoto S.A com a Nestle Brasil LTDA, da Colgate com a Kolynos e da Perdigão com a Sadia.

O ato de concentração n. 08012.001697/2002-89 entre a Nestle Brasil e a Chocolates Garoto pode ser consultado no site do CADE, de onde se retira que ocorreu um ato concentração horizontal, eis que ambas as empresas são do mesmo ramo de atividades, qual seja: chocolates.

Na decisão do CADE, constata-se que os produtos incluídos no mercado relevante para o ato de concentração entre essas empresas de chocolates foram os

seguintes produtos: mercado de balas e confeitos sem chocolates, mercado de coberturas de chocolates, mercado de achocolatados e o mercado de chocolates sob todas as formas, excluindo os chocolates artesanais. O CADE, no que tange ao território do ato de concentração, concluiu que o mercado é em âmbito nacional.

Pela decisão, verifica-se o problema no mercado relevante em relação a cobertura de chocolates, a qual, com a concentração, as empresas ficariam com 88,5% (oitenta e oito virgula cinco por cento) do mercado.

Em razão desta ampla possibilidade de posição dominante do mercado relevante, o que violaria o direito de livre iniciativa e a livre concorrência, o CADE não aprovou a operação da Nestle com a Chocolate Garotos.

Outro ato de concentração analisado pelo CADE foi o ato de concentração n. 27/1995, entre as marcas Colgate e a Kolynos. Neste caso, o CADE suspendeu por 4 (quatro) anos a utilização da "marca Kolynos, em atenção a livre concorrência e livre iniciativa, para que pudesse surgir novas marcas no mercado, sendo esta a única imposição realizado pela Autarquia". (RAGAZZO e CARVALHO, 2013, p. 76).

Após a decisão do CADE em suspender a Kolynos, as empresas criaram a marca Sorriso para substituir a Kolynos, eis que o CADE não as proibiu de atuar no mercado com outra marca, mas sim especificamente em relação apenas marca Kolynos.

No ato de concentração n. 08012.004423/2009-18 entre a Perdigão e Sadia, aprovado com restrições, vislumbra-se realmente a atuação o CADE como protetor da livre concorrência e da Ordem Econômica.

Neste caso, o CADE concluiu que o mercado relevante neste ato de concentração são os seguintes: fornecimento de carnes *in natura* e processados (kit festas, lasanhas e pratos prontos, pizzas congeladas, hambúrgueres, kibes e almôndegas, empanados, mortadela, salsicha, salame, frios especiais, frios saudáveis, presunto, apresuntado e afiambrado, linguiça frescal, linguiça defumada e paio, bacon, patês cárneos e margarinas).

O CADE aprovou a fusão das empresas, todavia lhe impôs algumas restrições por meio de um Termo de Compromisso de Desempenho, com vista a prevenir danos a concorrência e aos consumidores.

Entre as restrições impostas pelo CADE, foi a de que a marca Perdigão deveria ficar fora do mercado interno de linguiça, pernil pelo prazo de 4 anos, e pelo prazo de 5 anos no que tange ao mercado de pizzas, lasanhas e pratos feitos. Ainda, a marca Batavo deve ficar restrita apenas aos Lacteos. As empresas devem vender as marcas da

margarina Delicata, Doriana e sucos Freski, bem como a venda de estrutura produtiva, sendo 10 fábricas de alimentos, 4 abatedouros, 12 granjas, 2 incubadoras de aves, 8 centros de distribuição e 4 unidades de produção de ração. (GABAN, 2016, p. 389).

Na imposição de venda foi determinada que seja feita para um único comprador, o qual atingirá cerca de 20% do mercado. Houve também a proibição de substituir as marcas vendidas, fato inobservado no ato de concentração da Kolynos e Colgate. Tais medidas tiveram inicio em 2012.

O CADE aprovou o ato de concentração da Sadia e Perdigão, todavia, devido ao grande número de produtos que seriam abarcados no negócio, impôs algumas condições as empresas, a fim de proteger a concorrência e os consumidores, demonstrando a intervenção estatal no domínio econômico.

A atuação do CADE, a fim de proteger a ordem econômica, a livre iniciativa, a livre concorrência e o respeito ao consumidor, é nítida atuação indireta do Estado no domínio econômico, sem a qual os efeitos seriam nefastos para toda a sociedade nacional e internacional.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se observou no presente trabalho, o Estado passou do sistema do liberalismo ao interventor, em resposta a agressão que o capitalismo trouxe à modernidade, passando a intervir na ordem econômica. Um dos meios de intervenção na ordem econômica pelo Estado é a defesa da concorrência, a qual visa tutelar a livre iniciativa, a livre concorrência e respeito a consumidor, sendo elas uma das garantias de inclusão e manutenção de agentes econômicos no mercado.

Restaram explicadas algumas das condutas infratoras que os agentes econômicos podem realizar sujeitas a punições, a qual a sua investigação e punição fica a cargo do CADE, órgão estatal de defesa da concorrência, conforme previsto na Lei 12.529/11.

Basicamente são condutas violadoras os atos de limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; exercer de forma abusiva posição dominante.

Como penalidade, os infratores da Ordem Econômica estão sujeitos a pena de multa de 0,1% a 20% do faturamento da empresa, a publicação da condenação em periódicos, a não concessão de parcelamento de tributos, entre outras.

Analisados três atos de concentração, a qual o CADE, representante da atuação indireta do Estado na econômica, demonstrou a sua força interventiva, estabelecendo restrições para a fusão de empresas nacionais que visam dominar o mercado relevante.

Embora o Estado brasileiro optou pela livre concorrência, liberdade de iniciativa e propriedade privada, deixando a entender, num primeiro momento, que seria um Estado liberal de viés capitalista, neste breve estudo restou esclarecido que o mesmo possui forte intervenção na economia, notadamente em face da defesa da ordem econômica como um todo.

6. REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Gislaine C. SERIACOPI, Reinaldo. **História.** São Paulo: Ática, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FONSECA, João B. L. **Direito Econômico.** 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FORGIANI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste.** São Paulo: RT, 1998, p. 202.

GABAN, Eduardo Molan, DOMINGUES, Juliana Oliveria. **Direito Antitruste**. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2016

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988:** interpretação e crítica. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008

JUNIOR, Osvaldo Agripino de Castro. **A defesa da concorrência na Nova Lei dos Portos.** Revista de Defesa da Concorrência, p. 202. Disponível em:

http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/266/147. Acesso em 09 de maio de 2017

MEIRELLES, Hely Lopes. **Curso de Direito Administrativo.** 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MONCADA, Luis S. Cabral de. **Direito Econômico.** 3. ed. Portugal: Coimbra, 2000, p. 367.

PETTER, Lafayete Josué. **Direito econômico.** 7ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.

RAGAZZO, Carlos E. J., CARVALHO, Vinicius M. **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos.** Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, 2013. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cade_-_defesa_da_concorrencia_no_brasil_50_anos.pdf/view>. Acesso em: 20 de maio de 2017.

RAMOS, Eduardo da Rosa. Noções Gerais Sobre a Origem do Estado e do Estado Moderno. **Revista eletrônica de estudos jurídicos e da sociedade,** Guaxupé – MG, n. 1, V1, p. 01-09, mar. 2012. ISSN 2316-6223. Disponível em: <https://www.fundeg.br/revista/artigos-docentes/2012/Eduardo-da-Rosa-Ramos-Nocoes-Gerais-Sobre-a-Origem-do-Estado-Moderno.pdf> acesso em 20 de maio de 2016.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da Concorrência. Doutrina e Jurisprudência**. Salvador: Ed. Podium, 2008, p. 62.