

UM BALANÇO CRÍTICO DO DESENVOLVIMENTO DA POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA NO BRASIL NOS ÚLTIMOS 15 ANOS E O INÍCIO DA REPRESSÃO DAS CONDUTAS UNILATERAIS – ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE

*Vicente Bagnoli**

ABSTRACT: The present article search for to conciliate the doctrine, the legislation and the jurisprudence to present a critical investigation of the development of the Competition Policy in Brazil from the last 15 years and to analyze the repression of the unilateral conducts – abuse of dominance in Brazil.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O advento da Lei de Defesa da Concorrência (Lei n.º 8.884/1994). 1.1 O Projeto de Lei n.º 06/2009 (A Nova Lei de Defesa da Concorrência). 2. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. 2.1 Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). 2.2 Secretaria de Direito Econômico (SDE). 2.3 Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE). 3. Atos de Concentração. 4. Condutas Anticoncorrenciais. 5. Condutas Unilaterais – Abuso de Posição Dominante. 6. Conclusão. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O presente artigo procura de forma objetiva, conciliar a doutrina, a legislação e a jurisprudência para apresentar um balanço crítico do desenvolvimento da política de concorrência no Brasil nos últimos 15 anos e o início da repressão das condutas unilaterais – abuso de posição dominante. Para tanto, o artigo está dividido em cinco itens.

1 Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, consultor não-governamental da *International Competition Network* – ICN, membro da *Academic Society of Competition Law* – ASCOLA e sócio do escritório Vicente Bagnoli Advogados; bagnoli@vicentebagnoli.com.br.

No primeiro, intitulado “O advento da Lei de Defesa da Concorrência (Lei n.º 8.884/1994)”, procura-se contextualizar o momento histórico que culminou com a Lei de Defesa da Concorrência e, ao final deste item, comentar, ainda que sucintamente, os pontos mais relevantes do “Projeto de Lei n.º 06/2009 (A Nova Lei de Defesa da Concorrência)”.

Já no segundo item, “O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência”, dedica-se a explicar a atuação dos órgãos responsáveis pela defesa da concorrência no Brasil: o “Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)”; a “Secretaria de Direito Econômico (SDE)”; e a “Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE)”.

Nos itens terceiro e quarto, nos quais serão abordados respectivamente os aspectos preventivos e repressivos da Lei de Defesa da Concorrência, a análise crítica se dá a partir das decisões do CADE que tratam dos “Atos de Concentração” e “Condutas Anticoncorrenciais”.

Por fim, o quinto item abordará as “Condutas Unilaterais – Abuso de Posição Dominante” a partir da sua evolução histórica com as decisões mais relevantes proferidas pelo CADE.

1. O ADVENTO DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA (LEI N.º 8.884/1994)

A década de 1990 inicia a transformação do Estado brasileiro, em conformidade com a nova ordem econômica disposta na Constituição Federal de 1988, basicamente arts. 170, 173 e 174. Esse importante processo modifica a qualidade do Estado de interventor, atuante direto na economia inclusive como empresário e fixador de preços, para um Estado normativo e regulador da atividade econômica, fiscalizando-a, incentivando-a e, em certos casos, planejando-a.

Fenômeno que se observava desde a década de 1980 em países da Europa, inicia-se no Brasil com o governo de Fernando Collor de Mello e o Plano Nacional de Desestatização (PND), tendo prosseguido de forma mais tênue no governo Itamar Franco, ganha toda força e destaque a partir da segunda metade da década de 1990 com o governo de Fernando Henrique Cardoso (FHC) e o Plano Real. Essa tendência constitui reformas tributárias, administrativas e previdenciárias do Estado, e da ordem econômica, juntamente com os processos de desestatizações e privatizações.

As reformas da ordem econômica, aprovadas pelo Congresso Nacional, extinguiram os monopólios estatais de diversos setores, como o da pros-

pecção, exploração e refino do petróleo, das telecomunicações e da geração e distribuição de energia. A alteração do conceito de “empresa nacional”, conforme constava do revogado art. 171 da Constituição Federal, objetivou garantir igualdade de condições para empresas estrangeiras atuarem no mercado brasileiro.

Dentre as diversas justificativas apresentadas e defendidas para a realização do processo de privatizações, pode-se agrupá-las e fazer uma divisão em duas vertentes: uma de natureza estrutural e outra de natureza conjuntural.

As justificativas estruturais para a realização das privatizações podem ser apresentadas como: (i) ideologia, com a defesa da livre iniciativa; (ii) eficiência, já que empresas estatais têm suas gestões muito politizadas e dificilmente atuam pelos parâmetros do mercado; (iii) mudança dos setores estratégicos, uma vez que o Estado não precisaria continuar atuando em setores anteriormente tidos como de vanguarda e em outros setores necessitaria arcar com elevados investimentos, como telecomunicações; (iv) amadurecimento e fortalecimento do setor privado; e (v) evitar o efeito *crowding-out*, isto é, evitar que o Estado esteja em setores de atuação da iniciativa privada, o que é fator de desestímulo de investimentos privados.

Já no que se refere às justificativas conjunturais para o processo de privatizações, destacam-se: (i) a credibilidade política, fundamental para atrair capitais estrangeiros e receber apoio de organismos internacionais; (ii) a crise fiscal e estabilidade da moeda, a fim de se abater a dívida pública e ter orçamentos equilibrados; (iii) as limitações do investimento público, já que o Estado não consegue adequar suas empresas para enfrentar a concorrência e ao mesmo tempo ele, Estado, atender positivamente às áreas sociais; e (iv) os efeitos catalisadores e dinamizadores sobre a economia, no caso de se fortalecer o mercado de capitais, por exemplo.

A justificativa principal do governo FHC para a realização das privatizações era centrada em dois pontos: o atendimento das áreas sociais e a redução das dívidas públicas.

Todo esse processo fez com que o mercado recebesse novos entrantes, dispostos a disputar os consumidores em diversos setores da economia, muitos até então fechados e garantidos exclusivamente ao monopólio estatal. O processo de desestatização faz com que empresas privadas venham a ocupar setores até então exclusivos de atuação estatal.

Com isso, a concorrência se acirra e muitos setores da economia vão se tornando mais eficientes para o bem dos consumidores. Entretanto, é cada

vez mais imperiosa a atuação do Estado, seja nos mercados imperfeitamente competitivos, por meio das Agências Reguladoras que buscam corrigir as falhas destes mercados instituindo a concorrência, seja nos mercados perfeitamente competitivos, por meio da atuação das Autoridades de Defesa da Concorrência, para assegurar a competição nesses mercados e prevenir e reprimir eventuais abusos.

Na busca da adequada preservação do funcionamento da economia de mercado era necessária uma legislação eficaz de defesa da concorrência. As exigências do próprio mercado numa economia capitalista como a brasileira fazem com que o processo de socialização e a distribuição dos benefícios da atividade econômica passem pelo mercado. Daí a necessidade de uma lei com atuação em prol do mercado concorrencial.

Uma lei de defesa da concorrência deve garantir a liberdade de competição entre os agentes econômicos objetivando assegurar as condições de produção e de consumo próprias de um regime de mercado. Para tanto, é essencial que a autoridade pública competente esteja em condições de fazer cumprir a lei.

Nesse sentido, foi promulgada em 11 de junho de 1994 a Lei n.º 8.884, Lei de Defesa da Concorrência, orientada pelos ditames constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, aplicada, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos, tendo a coletividade como titular dos bens por ela protegidos. A Lei transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), criado em 1962 pela Lei n.º 4.137, em autarquia, e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, além de outras providências.

A Lei de Defesa da Concorrência, publicada no Diário Oficial da União, de 12 de junho de 1994, consta de nove títulos assim estruturados: Título I, Das Disposições Gerais; Título II, Do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE); Título III, Do Ministério Público Federal perante o CADE; Título IV, Da Secretaria de Direito Econômico (SDE); Título V, Das Infrações da Ordem Econômica; Título VI, Do Processo Administrativo; Título VII, Das Formas de Controle; Título VIII, Da Execução Judicial das Decisões do CADE; e Título IX, Das Disposições Finais e Transitórias.

O Título I estabelece a finalidade da Lei e a sua territorialidade. No Título II tem-se a transformação do CADE em autarquia e as normas de sua

composição e competência, bem como aquelas relativas à sua Procuradoria. O Título III apresenta como deve funcionar o Ministério Público Federal junto ao CADE. Já o Título IV trata da estrutura e da competência da SDE. No Título V estão as normas que tipificam as infrações, determinam as penas, além de dispor sobre a prescrição e o direito de ação. O Título VI dispõe acerca do processo administrativo, distinguindo a fase de averiguações preliminares e do processo administrativo, além de apresentar normas referentes à medida preventiva e a ordem de cessação e o compromisso de cessação, como também da celebração de acordo de leniência. O Título VII dispõe sobre o controle de atos e contratos e os compromissos de desempenho. No Título VIII encontram-se as normas da execução judicial das decisões do CADE e da intervenção judicial nas empresas. O Título IX, por fim, apresenta as disposições finais e transitórias.

Interessante a crítica de João Bosco Leopoldino da Fonseca (2001: 84), relativa à estruturação dada na Lei aos arts. 20, 21 e 54. “Com efeito as questões relativas à estrutura (art. 54) deveriam anteceder aquelas pertinentes à conduta. Vejo no texto uma falha ontológica, lógica e econômica, pois que primeiro o ser, depois a conduta do ser, e depois os seus efeitos.”

E são justamente esses artigos que versam sobre os dois enfoques da Lei, quais sejam: prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

Antes, porém, de analisar os enfoques preventivos e repressivos da Lei, cumpre destacar o parágrafo único do art. 1.º e ainda o art. 2.º.

O parágrafo único do art. 1.º da Lei dispõe que “a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei”. Significa, portanto, que a Lei de Defesa da Concorrência defende a concorrência, ou seja, o mercado, consequentemente o bem-estar econômico do consumidor. Defendendo-se a concorrência, defende-se a sociedade, a coletividade. Outrossim, fica claro que a defesa da concorrência não é uma lide privada onde se defende o concorrente, o que é tratado pela Lei de Propriedade Industrial (Lei n.º 9.279, de 14 de maio de 1996) nos crimes de concorrência desleal (art. 195).

Já o art. 2.º trata da extraterritorialidade, pelo qual a Lei é aplicada “sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos”. Ou seja, mesmo que a concentração empresarial ocorra fora do território nacional, mas nele possa produzir efeitos, o CADE é competente para analisar a operação e até mesmo vetá-la no que diz respeito ao Brasil. Outrossim, caso a conduta anticoncorrencial, como

um cartel internacional, possa trazer consequências ao território nacional, o CADE tem competência para analisar a prática e até condenar os agentes responsáveis por tal conduta.

1.1. O Projeto de Lei n.º 06/2009 (A Nova Lei de Defesa da Concorrência)

Na noite de 05 de outubro de 2011 a Câmara dos Deputados aprovou a Nova Lei de Defesa da Concorrência (Projeto de Lei n.º 06/2009), que institui o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e 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 SBDC, conforme a Nova Lei, será formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE.

O CADE será a entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, vinculada ao Ministério da Justiça, constituído pelos seguintes órgãos: (i) Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; (ii) Superintendência-Geral; e (iii) Departamento de Estudos Econômicos. À SEAE competirá promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade.

Com a Nova Lei, altera-se a análise de Atos de Concentração, que passa a ser “prévia”, alterando, por consequência, o prazo para o CADE proferir a sua decisão, que ficará menor, mas dependerá da instrução feita pelos advogados na submissão das operações, agora muito mais criteriosa. Exclui-se também o critério de participação de mercado para a submissão das operações e inclui uma trava no critério de faturamento. Deverão ser submetidas para análise do CADE as operações em que pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400 milhões e pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30 milhões.

Altera-se também o critério para aplicação de multas em caso de condenação por conduta anticoncorrencial que passa a ser sobre o faturamento no mercado relevante, definido em cada caso de acordo com o objeto da investigação. O teto para o percentual de aplicação da multa continua nos atuais

30% do faturamento bruto da empresa, porém, como dito, com a Nova Lei será limitado ao mercado relevante da investigação.

A Lei, que ainda depende da sanção presidencial, terá um período de 180 dias após a sua aprovação pela Presidente da República para entrar em vigor.

Por essa razão, e pelo fato do presente artigo constituir “um balanço crítico do desenvolvimento da política de concorrência no Brasil nos últimos 15 anos e o início da repressão das condutas unilaterais – abuso de posição dominante”, os itens que seguem estão em conformidade com a Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994.

2. O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Convencionou-se designar por Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) os órgãos do governo competentes para atuarem em todo o território nacional na prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, bem como na difusão da cultura da defesa da concorrência.

O SBDC é integrado pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, que atuam à luz da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, a Lei de Defesa da Concorrência. A SEAE e a SDE são os órgãos encarregados da instrução dos processos, enquanto o CADE é a instância julgante administrativa. As decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, podendo ser revistas apenas pelo Poder Judiciário.

Esses órgãos, cuja atividade principal é a defesa da concorrência, atuam na análise de operações de concentração, a fim de verificar eventual possibilidade de grande concentração nos mercados e exercício de poder econômico, para então decidir se tal operação pode ou não ser aprovada, bem como atuam na análise de condutas praticadas por agentes econômicos e se tal prática implica em prejuízo à concorrência, quando então deve ser reprimida.

2.1. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)

A criação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) ocorre com a promulgação, em 10 de setembro de 1962, da Lei n.º 4.137. Além de sua finalidade de regular a repressão ao abuso do poder econômico, a Lei criava em seu art. 8.º CADE, com sede no Distrito Federal e jurisdição em todo o território nacional para apurar e reprimir os abusos do poder econômico.

De 1962, quando da sua criação, até o início dos anos 90, a atuação do CADE era insignificante. Não por uma suposta incompetência ou falta de vontade daqueles que atuavam frente a este Conselho, mas pela conjuntura político-econômica brasileira que inviabilizava sequer um lampejo de defesa da concorrência.

Prova disso é que, de 1963 a 1990, a média de julgados por mês no CADE era de 1,4 processo, média que caiu entre 1992 e 1994 para 1 processo. De março de 1994 a março de 1996 a média subiu para 2,3 processos julgados ao mês, e de 1996 a 1999, com o Brasil numa nova realidade e com a Lei n.º 8.884/94 em vigor e o SBDC atuante, a média mensal subiu para 31,3 processos julgados pelo CADE. Contudo, só em 2000 a média mensal quase que dobrou para 55,2 processos.

Essa nova fase do CADE, órgão judicante, teve início em 11 de junho de 1994 com o advento da Lei n.º 8.884, que o transformou em autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça. Sua sede e foro continuaram no Distrito Federal, com jurisdição em todo o território nacional.

O CADE é composto por sete integrantes, sendo um Presidente e seis Conselheiros, escolhidos dentre cidadãos com idade superior a 30 anos, com notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada. Após receberem a indicação e terem seus nomes aprovados pela Casa Civil, são sabatinados pela Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal (CAE) e, uma vez aprovados pelo Senado Federal, são nomeados pelo Presidente da República para exercerem um mandato com dedicação exclusiva de dois anos, permitida uma recondução.

Ao Plenário do CADE, que é composto pelo seu Presidente e seus seis Conselheiros, compete o zelo e a observância da Lei de Defesa da Concorrência e todas as suas determinações.

Junto ao CADE funciona sua Procuradoria, composta por um Procurador-Geral indicado pelo Ministro da Justiça e nomeado pelo Presidente da República, que se submete às mesmas determinações quanto ao mandato, recondução e impedimentos dos Conselheiros do CADE, e um quadro de Procuradores, provenientes da Advocacia Geral da União (AGU). A Procuradoria do CADE presta assessoria jurídica, defende o órgão, representando-o em juízo, e emite parecer nos processos em trâmite na Autarquia.

A Lei n.º 8.884/94 prevê, ainda, a presença do Ministério Público Federal perante o CADE, para officiar nos processos sujeitos à apreciação da Autarquia, bem como para promover a execução dos seus julgados.

O CADE julga atos de concentração, processos de conduta, e manifesta-se acerca de consultas. No caso da ausência de um Conselheiro e quando ocorre empate nas decisões, o Presidente possui um voto de qualidade, que em outras palavras significa valer por dois, para desempatar o julgamento. Na ausência do Presidente, ele será substituído pelo Conselheiro mais antigo ou mais idoso, nesta ordem. O quórum mínimo para o CADE decidir é de cinco integrantes.

2.2. Secretaria de Direito Econômico (SDE)

A origem da Secretaria de Direito Econômico (SDE) está no Decreto n.º 99.244, de 1990, que criou a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), à qual se conferiu competência para apurar, prevenir e reprimir os abusos do poder econômico, por intermédio do CADE, e no campo do Direito do Consumidor, zelar pelos seus direitos e interesses na promoção das medidas necessárias para assegurá-los, como também aplicar a legislação referente à intervenção no domínio econômico, a fim de garantir a livre distribuição de bens e serviços. A Lei n.º 8.028, de 1990, em seu art. 23, letra l, incluiu a SNDE como um dos órgãos específicos do Ministério da Justiça.

A SNDE foi criada num momento de abertura abrupta do mercado, em que parcela significativa da indústria nacional não conseguia concorrer com os produtos que ingressavam no país. Para tanto, tal Secretaria utilizava-se das Leis n.ºs 8.137/90 e 8.158/91 e, portanto, pouco podia fazer para a defesa da concorrência, tendo em vista o enfoque das citadas leis, que tinham eficácia limitada para combater as práticas anticoncorrenciais e nenhuma para prevenir os abusos.

A Lei n.º 8.158/91 garantia à SNDE a competência para basicamente fiscalizar o mercado e nele verificar eventuais imperfeições de comportamento nos setores econômicos, que possibilitassem o desequilíbrio nas condições de liberdade da concorrência.

Essa situação se manteve até o advento da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, que revogou a Lei n.º 8.158/91 e deu novo nome à SNDE, que passou a se chamar Secretaria de Direito Econômico (SDE), bem como lhe conferiu a finalidade precípua de assessorar o CADE e atuar preventivamente.

A SDE, subordinada ao Ministério da Justiça, é dirigida pelo Secretário de Direito Econômico, indicado pelo Ministro da Justiça dentre brasileiros de notório saber jurídico ou econômico e ilibada reputação, nomeado pelo Presidente da República.

Cabe à SDE exercer as competências estabelecidas nas Leis n.ºs 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor); 8.884, de 11 de junho de 1994; 9.008, de 21 de março de 1995; e 9.021, de 30 de março de 1995.

Em especial no que se refere ao Direito da Concorrência, cabe à SDE zelar pelo cumprimento da Lei, monitorando e acompanhando as práticas de mercado, para prevenir infrações da ordem econômica e, diante de indícios de infração, proceder a averiguações preliminares e instaurar processos administrativos.

Estruturalmente, a SDE possui dois Departamentos para desempenhar sua atuação. O Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), aplicando-se a Lei n.º 8.078/90, e o Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE), no qual a matéria em análise é a disposta na Lei n.º 8.884/94. O DPDE, por sua vez, subdivide-se em Coordenações-Gerais, que atuam em relação ao objeto do caso; são elas: Coordenação-Geral de Análise de Infrações dos Setores de Agricultura e Indústria, Coordenação-Geral de Análise de Infrações dos Setores de Serviço e Infraestrutura, Coordenação-Geral de Análise de Infrações no Setor de Compras Públicas, Coordenação-Geral de Análise Econômica, Coordenação-Geral de Assuntos Jurídicos e Coordenação-Geral de Controle de Mercado. Além do Secretário de Direito Econômico, integram a SDE os Diretores dos Departamentos, os Coordenadores Gerais e os Técnicos que procederão na análise dos casos.

2.3. Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE)

A Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), órgão do Ministério da Fazenda, que foi criada por meio da Medida Provisória n.º 813, de 1.º de janeiro de 1995, teve por meio do Decreto n.º 6.764, de 10 de fevereiro de 2009, suas competências definidas em: (i) delinear, coordenar e executar as ações do Ministério da Fazenda, referente à gestão das políticas de regulação de mercados, de concorrência e de defesa da ordem econômica, de maneira a promover a eficiência, o bem-estar do consumidor e o desenvolvimento econômico; (ii) assegurar a defesa da ordem econômica, articulando com os demais órgãos do Governo incumbidos de garantir a defesa da concorrência; (iii) acompanhar a implantação dos modelos de regulação e gestão desenvolvidos pelas agências reguladoras, ministérios e órgãos afins; (iv) autorizar e fiscalizar as atividades de distribuição gratuita de prêmios, a título de propaganda, mediante sorteio, vale-brinde, concurso ou operação assemelhada, e de captação de poupança popular, nos termos da Lei n.º 5.768, de 20 de dezembro de 1971, salvo quan-

do a competência for de outro órgão ou entidade; (v) autorizar, acompanhar, monitorar e fiscalizar as atividades tratadas pelos Decretos-lei n.º 6.259, de 10 de fevereiro de 1944, e n.º 204, de 27 de fevereiro de 1967; (vi) autorizar e fiscalizar as atividades tratadas no art. 14 da Lei n.º 7.291, de 19 de dezembro de 1984; (vii) promover o desenvolvimento econômico e o funcionamento adequado do mercado, nos setores agrícola, industrial, de comércio e serviços e de infraestrutura; (viii) formular representação perante o órgão competente sempre que identificar norma ilegal e/ou inconstitucional que tenha caráter anticompetitivo; (ix) desenvolver os instrumentos necessários para executar a gestão das políticas de regulação de mercados, de concorrência e de defesa da ordem econômica; e (x) promover a articulação com órgãos públicos, setor privado e entidades não governamentais.

Dentro da promoção e defesa da ordem econômica, a atuação da SEAE, conjuntamente com o CADE e a SDE, subdivide-se em: (i) atuar no controle de estruturas de mercado, emitindo pareceres econômicos relativos a atos de concentração no contexto da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994; (ii) proceder as análises econômicas de práticas ou condutas limitadoras da concorrência, instruindo procedimentos no contexto da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994; e (iii) realizar, diante de indícios de infração da ordem econômica, investigações de atos ou condutas limitadores da concorrência no contexto da Lei n.º 9.021, de 30 de março de 1995, e da Lei n.º 10.149, de 21 de dezembro de 2000.

A análise econômica de operações dispostas no art. 54 da Lei n.º 8.884/94 (controle de estruturas) é garantida à SEAE por essa mesma Lei, a fim de que a Secretaria se manifeste acerca dos impactos da operação sobre a concorrência. Já no tocante às infrações contra a ordem econômica (controle de condutas ou práticas), conforme previsão dos arts. 20 e 21 da Lei n.º 8.884/94, nos quais a SDE promove procedimentos administrativos, averiguações preliminares, ou instaura processos administrativos para decisão final do CADE, a participação da SEAE é facultativa.

A SEAE é dirigida pelo Secretário de Acompanhamento Econômico, indicado pelo Ministro da Fazenda e nomeado pelo Presidente da República. Ela subdivide-se em Coordenações-Gerais, localizadas no Distrito Federal e na cidade do Rio de Janeiro, que atuam em atenção à matéria, quais sejam: Coordenação-Geral de Concorrência Internacional, Coordenação-Geral de Controle de Estruturas de Mercado, Coordenação-Geral de Comunicação e Mídia, Coordenação-Geral de Defesa da Concorrência, Coordenação-Geral

de Economia da Saúde, Coordenação-Geral de Energia, Coordenação-Geral de Competitividade e Análise Setorial, Coordenação-Geral de Transportes e Logística, Coordenação-Geral de Análise de Promoções Comerciais. Além do Secretário de Acompanhamento Econômico, é integrada pelo Secretário-Adjunto e pelos Coordenadores e Técnicos.

3. ATOS DE CONCENTRAÇÃO

As concentrações econômicas tradicionalmente são classificadas em: (i) concentrações horizontais; (ii) concentrações verticais; e (iii) concentrações conglomeradas.

Entendem-se por concentrações horizontais aquelas que ocorrem entre concorrentes, ou seja, entre agentes que atuam num mesmo mercado relevante. As concentrações verticais se dão entre agentes que atuam nos diferentes estágios de uma cadeia produtiva, frequentemente existindo uma relação comercial de fornecimento de produtos/serviços entre esses agentes. Já as concentrações conglomeradas significam o crescimento de um agente mediante a concentração com outro agente, que não seja seu concorrente (caso contrário, ter-se-ia uma concentração horizontal), tampouco fornecedor ou cliente (senão ocorreria uma concentração vertical).

A Lei n.º 8.884/94 trata da prevenção aos abusos do poder econômico, por meio do controle de atos e contratos, em seu Título VII, conforme dispõe o art. 54:

“Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.”

Verifica-se da leitura do *caput* do art. 54 a abrangência dos casos em que se deve submeter uma operação à análise do CADE, pois é ele o órgão competente para aprová-la ou não. Fica, certamente, a dúvida em saber quando se deve apresentar uma operação, já que o prejuízo à concorrência ou a dominação de mercado são conceitos subjetivos, que na defesa das partes envolvidas jamais ocorrerão.

Primeiramente, cumpre ressaltar o entendimento de que é o CADE que dirá se o ato pode limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, devendo as partes requerentes, portanto, apresentá-lo.

Neste sentido, observa João Bosco Leopoldino da Fonseca (2001: 265), citando a Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho, em referência ao Processo n.º 1998.34.00.001835-3: “não cabe às partes valorar se o ato configura concentração econômica prejudicial aos princípios estampados no artigo 1.º da Lei Antitruste ou não, uma vez configuradas as hipóteses do art. 54, *caput* e parágrafo 3.º, devem submeter à apreciação do CADE, a quem compete avaliar se o agrupamento societário representará ofensa à livre concorrência ou dominação do mercado”.

A Lei, entretanto, aponta dois critérios objetivos que auxiliam os entes envolvidos numa operação saber se deverão, de fato, apresentar o caso ao CADE, conforme consta do §3.º do art. 54:

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

Adotando-se esses critérios, significa que em qualquer operação em que as partes envolvidas detenham, mesmo que isoladamente (antes do ato), 20% de participação em um mercado relevante, ou uma das partes tenha registrado, por si ou conjuntamente com o grupo econômico a que esteja ligada, faturamento bruto anual de R\$ 400 milhões, essa operação deve ser submetida à apreciação do CADE, que decidirá se ela limita ou prejudica a livre concorrência ou resulta na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços. Ou seja, os requisitos para se submeter uma operação à análise do CADE estão na verdade no § 3.º do art. 54 e não no *caput*.

Neste sentido, no Ato de Concentração n.º 08012.004707/2007-42, referente à aquisição do negócio Gerber da Novartis Biociência S.A. pela Nestlé Brasil Ltda., escreveu em seu voto (fls. 03) o Conselheiro-Relator, Luis Fernando Rigato Vasconcellos que “*a partir da análise dos autos, verifica-se que a operação está subsumida aos termos do §3.º do Artigo 54 da Lei 8.884/94, em função da participação acima de 20% no mercado relevante e em função do faturamento.*”

Contudo, quando da aplicação do critério de faturamento, conforme entendimento sumulado do CADE desde outubro de 2005 (Súmula n.º 1

do CADE) é relevante o faturamento bruto anual registrado exclusivamente no território brasileiro pelas empresas ou grupo de empresas participantes do ato de concentração.

Outro entendimento sumulado pelo CADE para trazer maior segurança jurídica dispõe que a aquisição de participação minoritária sobre capital votante pelo sócio que já detenha participação majoritária não configura ato de notificação obrigatória de que trata o art. 54 da Lei, desde que observadas as circunstâncias determinadas na Súmula n.º 02 do CADE, de agosto de 2007; quais sejam:

“(i) o vendedor não detinha poderes decorrentes de lei, estatuto ou contrato de (i.a) indicar administrador, (i.b) determinar política comercial ou (i.c) vetar qualquer matéria social e (ii) do(s) ato(s) jurídico(s) não constem cláusulas (ii.a) de não concorrência com prazo superior a cinco anos e/ou abrangência territorial superior à de efetiva atuação da sociedade objeto e (ii.b) de que decorra qualquer tipo de poder de controle entre as partes após a operação.”

Oportuno transcrever o item 2 do voto (fls. 02) do Conselheiro-Relator, Paulo Furquim de Azevedo, proferido nos autos do Ato de Concentração n.º 08012.000321/2006-81, requerentes BGPPar S.A. e outras:

“Conforme relatado, a presente operação retrata o aumento da participação da CCR na Rodonorte, no Coparques e na Parques, empresas em que a CCR já detinha o controle integral, tratando-se, portanto, de mera reestruturação societária. Como tal, não foi realizado efetivamente um ato de concentração, uma vez que não se constata qualquer mudança de controle decorrente da operação em pauta, não havendo que se falar em necessidade de sua subsunção.

Em conseqüência, e observando não apenas uma mesma linha de entendimento deste Colegiado em situações análogas anteriores, como também, e principalmente, os termos da legislação de proteção à concorrência, considero que o ato realizado não exige, para a sua eficácia, a aprovação deste Egrégio Plenário, eis que não se inclui entre aqueles que o art. 54 da Lei n.º 8.884/94 visa a prevenir.”

Quanto ao prazo para a submissão das operações para o controle do CADE, pode ser feita previamente (controle preventivo) ou, como comumente praticado, em até 15 dias úteis de sua realização (controle posterior). Nos termos do art. 98 da Resolução CADE n.º 45, de 28 de março de 2007,

considera-se como o momento da realização do ato a data da celebração do primeiro documento vinculativo.

Recentemente o CADE sumulou o seu entendimento quanto ao momento da submissão das operações. As Súmulas n.ºs 8 e 9, de 2010, dizem, respectivamente, que:

“Para fins da contagem do prazo de que trata o §4.º do artigo 54 da Lei 8.884/94, considera-se realizado o ato de concentração na data da celebração do negócio jurídico e não da implementação de condição suspensiva.

E, para fins da contagem do prazo de que trata o §4.º do artigo 54 da Lei 8.884/94, considera-se realizado o ato de concentração na data de exercício da opção de compra ou de venda e não o do negócio jurídico que a constitui, salvo se dos correspondentes termos negociais decorram direitos e obrigações que, por si sós, sejam capazes de afetar, ainda que apenas potencialmente, a dinâmica concorrencial entre as empresas.”

Nos termos da ementa do Ato de Concentração n.º 08012.005617/2010-74, requerentes Abu Dabhi Mar L.L.C. e Thyssenkrupp Marine System AG, a operação foi aprovada sem restrições, contudo aplicada multa por intempestividade na submissão ao controle do CADE. Nos termos do Voto-Vogal (fls. 03), do Presidente Artur Badin:

“(…) a presunção prevista no art. 54, §3.º, já incide no momento em que o ‘Contrato de Compra e Venda’ entra no (plano da existência do) mundo jurídico, pois que da sua assinatura já podem (= há a potencialidade) decorrer *efeitos naturalísticos* prejudiciais à concorrência.”

Destaca-se ainda que nos atos de concentração realizados com o propósito específico de participação em licitação pública, conforme dispõe a Súmula n.º 03 do CADE, de 2007, o termo inicial da contagem do prazo para submissão da operação à análise da autoridade de defesa da concorrência é a data da celebração do contrato de concessão.

Neste sentido, por exemplo, os termos do voto do Conselheiro-Relator (fls. 03), Luis Fernando Rigato Vasconcellos, no Ato de Concentração n.º 08012.000149/2004-01, requerentes: Companhia de Gás do Amapá – GASAP, Petrobrás Gás S/A – Gaspetro e CS Participações Ltda.: “O primeiro documento vinculativo da operação foi o Contrato de Concessão, firmado em

1.º de dezembro de 2003. O ato foi apresentado perante o SBDC aos 09/01/2004, dentro do prazo legal de 15 dias úteis, o que caracteriza a sua tempestividade.”

A intempestividade na submissão das operações resulta em pena de aplicação de multa pecuniária, de valor não inferior a aproximadamente R\$ 60 mil nem superior a R\$ 6 milhões, a ser aplicada pelo CADE, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 32 da Lei. Nos casos de intempestividade, para o cômputo da multa aplica-se a Resolução n.º 44 do CADE, de 2007. A multa é assim calculada: (i) multa-base equivalente a aproximadamente R\$ 60 mil, acrescida de R\$ 600,00 por dia de atraso, a partir do segundo dia; (ii) a multa-base será considerada em dobro em caso de reincidência; (iii) nos casos em que a média aritmética dos faturamentos brutos dos grupos a que pertencem os requerentes da operação no Brasil, no exercício anterior ao da apresentação da operação, exceder R\$ 400 milhões, será acrescido à multa-base o equivalente a 0,005% do faturamento médio dos grupos dos requerentes, respeitado o limite de aproximados R\$ 700 mil; (iv) sendo a operação aprovada com restrição, o valor apurado nos termos dos itens i, ii e iii mencionados poderá, observado o disposto no art. 27, I, V e VI da Lei n.º 8.884/94, ser majorado em até 50%; e (v) caso a operação não seja aprovada, o valor apurado nos termos dos itens i, ii e iii mencionados, poderá, observado o disposto no art. 27, I, V e VI da Lei n.º 8.884/94, ser majorado de 50% até 100%. Caso ocorra a apresentação espontânea da operação à autoridade de defesa da concorrência, a multa calculada nos termos descritos será reduzida em 30% (art. 27, II, da Lei n.º 8.884/94). O valor da multa observará os limites estabelecidos pelo art. 54, §5.º da Lei.

No Ato de concentração n.º 08012.010300/2009-16, referente à aquisição pela Trafigura Beheer B.V. de 30% de participação acionária na Alcotra, a operação foi submetida ao controle do CADE em razão do faturamento. Nos termos do voto do Conselheiro-Relator (fls. 06), Ricardo Machado Ruiz, “(...) conheço da operação e, no mérito, considero que não há riscos concorrenciais. Dessa forma, voto pela aprovação da operação sem restrições, com a aplicação de multa por intempestividade no valor de R\$ 383.561,54.”

De qualquer forma, uma vez a operação apresentada para análise do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, a tendência, dentro da ordem constitucional vigente de livre iniciativa, propriedade privada e livre concorrência, é o CADE aprovar os atos mencionados no caput do art. 54, desde que atendam às determinações previstas nos incisos do §1.º do art. 54, quais sejam:

“I – tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II – os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III – não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV – sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.”

Deste modo, uma vez verificando que a operação apresenta como objetivo o aumento da produtividade e/ou sua finalidade seja a melhora da qualidade de bens ou serviços e/ou venha proporcionar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico, tal ato deverá ser aprovado. Contudo, deve existir também uma distribuição equitativa dos benefícios obtidos com a operação entre as partes envolvidas na operação e os consumidores ou usuários finais. Para a operação ser aprovada também não poderá ocorrer a eliminação substancial da concorrência no mercado do caso, e deverão ser observados os limites necessários para obter os objetivos do ato. Cumpre enfatizar que as decisões do CADE devem atender a eficiências socioeconômicas, e de forma alguma se limitarem às eficiências econômicas, que, não raramente, trazem benefícios apenas para as requerentes, sem contrapartida para a coletividade.

Nos termos do §2.º do art. 54 da Lei, também poderá considerar legítimo o ato previsto no *caput* do art. 54, quando necessário por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, desde que não implique prejuízo ao consumidor ou usuário final, e desde que atenda pelo menos a três das condições previstas nos incisos do §1.º do art. 54 do diploma legal em questão.

Contudo, caso a operação submetida à análise do CADE não atenda às determinações previstas nos incisos do §1.º do art. 54, a autoridade de defesa da concorrência poderá vetar a operação, como ocorreu no Ato de Concentração n.º 08012.001697/2002-89, requerentes Nestlé Brasil Ltda. e Chocolates Garoto S.A., nos termos da ementa da decisão a seguir:

“(…) Eliminação de um dos três grandes *players* dos mercados de coberturas de chocolates e chocolates sob todas as formas. Estudos quantitativos e simulações

mostram que a operação reduz rivalidade no mercado de chocolates sob todas as formas. Adequação do modelo *price standard* às condições definidas no §1.º do artigo 54 da Lei 8.884/94. Eficiências (reduções reais de custo) em torno de 12% dos custos variáveis de produção e de distribuição são necessárias para compensar dano e impedir aumentos de preço. Eficiências insuficientes para compensar dano à concorrência e garantir a não redução do bem estar do consumidor. Não aprovação da operação. Solução estrutural. Desconstituição do Ato.”

A petição submetendo a operação ao SBDC deverá ser protocolizada em três vias na SDE, que imediatamente encaminhará uma via ao CADE, onde será sorteado um Conselheiro-Relator, e outra à SEAE. Além de toda a documentação pertinente, como o contrato da operação, procuração, documentos societários e o balanço das empresas, deverá acompanhar a petição as respostas ao Anexo I da Resolução n.º 15 do CADE, devidamente preenchido, bem como o comprovante do recolhimento da taxa processual, no valor R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), repartindo-se o produto de sua arrecadação na base de 1/3 (um terço) para cada um dos órgãos: CADE; SDE/MJ; e SEAE/MF.

Cumpra observar que o fato gerador da taxa processual, prevista na Lei n.º 9.781/99, é o protocolo do ato de concentração, sendo devida ainda que a parte venha desistir do pedido em momento posterior, conforme entendimento do CADE, Súmula n.º 6, de 2009.

O trâmite processual da análise da operação é o seguinte: primeiramente, a SEAE deverá analisar toda a operação, concluir qual o mercado relevante, que poderá ser outro daquele definido pelas requerentes (partes da operação), verificar eventuais efeitos do ato e emitir um parecer econômico recomendando ou não a aprovação da operação, podendo conter sugestões. Finalizado o parecer técnico da SEAE, ele é encaminhado ao DPDE/SDE, que analisará o caso atentando aos aspectos jurídicos. O DPDE emitirá uma nota técnica, que é encaminhada ao Secretário de Direito Econômico, que deverá concluir por acompanhar ou não a nota técnica, no sentido de opinar favoravelmente ou não, pela aprovação da operação, podendo ainda sugerir outras providências.

Tanto o parecer da SEAE, quanto o Despacho da SDE são encaminhados ao CADE, onde a Procuradoria é a primeira a se manifestar, emitindo um parecer acerca da operação. O Procurador-Geral do CADE poderá ter entendimento diverso do da Procuradoria, podendo então existir duas posições.

O Ministério Público Federal (MPF) pode emitir sua opinião acerca da operação, por meio de Parecer da lavra do Procurador da República do MPF designado para atuar junto ao CADE. Com toda essa documentação, o Conselheiro-Relator fará sua análise acerca da operação e poderá votar diferentemente de tudo o que foi sugerido pelos outros órgãos, uma vez que tais pareceres são meramente opinativos, não vinculando a decisão do CADE.

Levada ao Plenário, o CADE julgará a operação e poderá concluir pela sua aprovação integral ou parcial, com compromisso de desempenho ou desconstituição parcial, ou não aprová-la ou, ainda, entender que ela não se enquadra no art. 54 da Lei.

No Ato de Concentração n.º 8012.005846/1999-12, Requerentes: Fundação Antonio e Helena Zerrenner – Instituição Nacional de Beneficência, Empresa de Consultoria, Administração e Participações S.A. – Ecap. e Braco S.A., “caso AMBEV”, a SEAE concluiu que o ato não deveria ser aprovado na forma como foi apresentado e recomendou, por exemplo, para a sua aprovação, fosse requerida a alienação da totalidade dos ativos tangíveis e intangíveis correspondentes à integralidade do negócio de cervejas associado à marca Skol. Já a SDE recomendou, dentre outros, a adoção do seguinte remédio necessário para restabelecer as condições de concorrência no mercado relevante de cervejas, a alienação englobada, para um único comprador, de um dos três principais negócios de cerveja controlados pelas requerentes. Isto é, deve ser desinvestido o negócio Skol, ou negócio Brahma, ou o negócio Antarctica. Já a Procuradoria do CADE opinou pela desconstituição da operação, o Procurador-Geral do CADE pela aprovação. Mas o CADE, órgão julgante, decidiu em votação não unânime pela aprovação da operação, condicionada, dentre outras medidas, à alienação da marca Bavária.

O prazo para a SEAE e a SDE se manifestarem acerca do ato é de 30 dias cada, enquanto o CADE deverá decidir em até 60 dias, sob a hipótese de a operação ser considerada aprovada no caso da não-observância do prazo. Tais prazos são suspensos toda vez que os órgãos do SBDC solicitam informações complementares ou esclarecimentos. Significa dizer que na prática são análises com prazos superiores à 120 dias.

Caso o CADE em seu controle decida pela desconstituição parcial ou integral, conforme dispõe o §9.º do art. 54 da Lei, a autoridade de defesa da concorrência exigirá a cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outra providência que elimine os efeitos prejudiciais à ordem econômica. No caso de adotar compromisso de desempenho, art. 58

da Lei, o Plenário do CADE irá considerar o grau de exposição do setor à competição internacional e as alterações no nível de emprego, dentre outras circunstâncias relevantes e, no caso de descumprimento injustificado do compromisso de desempenho, ocorrerá a revogação da aprovação da operação pelo CADE e a abertura de processo administrativo.

No Ato de Concentração n.º 08012.003189/2009-10, referente à aquisição de 100% do capital social da Medley pela Sanofi-Aventis, a operação foi aprovada, mas condicionada à celebração de TCD (Termo de Compromisso de Desempenho) que, dentre outras obrigações, determinou a alienação de ativos de unidades produtivas e a fiscalização pelo CADE, SDE e MPF do cumprimento do TCD, sob pena de revisão da decisão do CADE.

Caso de grande repercussão que culminou com a celebração de TCD, após o Conselheiro-Relator ter votado pela proibição da mesma, é o Ato de Concentração n.º 08012.004423/2009-18, referente ao Acordo de Associação que contempla uma sucessão de atos societários em decorrência dos quais a Sadia S.A. será, ao final, por meio de incorporação de ações, subsidiária integral da Brasil Foods S.A. (BR Foods) denominação social a ser adotada pela Perdigão S.A. Em linhas gerais, com a celebração do TCD a BR Foods terá suspensa a utilização das marcas Perdigão e Batavo, pelo prazo de 3 a 5 anos, em produtos como presunto suíno cozido, lasanhas, pizzas congeladas e margarinas, proibido o lançamento de novas marcas para nesses mercados. Além disso, a BR Foods deverá alienar para um mesmo concorrente marcas e ativos como fábricas, abatedouros e centros de distribuição que constituem cadeias inteiras de produção.

No caso de não aprovar a operação ou aprová-la sob condições, o CADE poderá reapreciar sua decisão a pedido das partes, conforme disposto no art. 151 da Resolução n.º 45, com fundamento em fato ou documento novo, mas pré-existente, conhecido somente após a data do julgamento ou que se encontrava indisponível antes desta data. O Pedido de Reapreciação deverá ser dirigido no prazo de 30 dias da publicação do acórdão ao Conselheiro que proferiu o voto condutor do mesmo.

Caso que ainda gera muita repercussão é o Ato de Concentração n.º 8012.001697/2002, referente à aquisição da totalidade do capital social da Chocolates Garoto S.A. pela Nestlé Brasil Ltda.

No caso Nestlé/Garoto, o mercado relevante geográfico da operação foi definido o nacional, já o mercado relevante material (produtos) com a respectiva concentração caso a operação tivesse sido aprovada era: mercado de balas

e confeitos sem chocolates, 2,7%; mercado de achocolatados, 61,2%; cobertura de chocolate, 88,5%; e chocolates sob todas as formas, 58,4%. Entendeu o CADE que as eficiências decorrentes da operação seriam insuficientes para compensar dano à concorrência e garantir a não-redução do bem-estar do consumidor. Decidiu então o CADE pela não aprovação da operação, ou seja, solução estrutural com a desconstituição do Ato.

Contudo, nos termos da decisão do Processo n.º 2005.34.00.015042-8, de 16 de março de 2007, que tramitou na 4.ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal, e tinha como autor a Nestlé Brasil Ltda. e como réu o CADE, uma vez que as decisões do CADE são recorríveis apenas ao Poder Judiciário, “ante o exposto, julgo procedente o pedido das autoras e declaro aprovado automaticamente o ato de concentração submetido à apreciação do CADE em 15-3-02, em virtude de haver decorrido o prazo previsto no art. 54, § 7.º, da Lei n.º 8.884/94, sem que tivesse havido decisão da autarquia, tornando sem efeito a decisão de desconstituição da mesma operação. Condeno o CADE a reembolsar às autoras as custas processuais e a pagar-lhes honorários advocatícios, que arbitro em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa.”

Já em sede da Apelação Cível, apelante CADE, entendeu a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1.ª Região que “a disposição do art. 54, § 7.º (segunda parte), da Lei n.º 8.884/94 não pode significar a possibilidade de aprovação automática e, conseqüentemente, renúncia de competência, exceto na hipótese de absoluta inércia da Administração em casos ‘nos quais, por não vislumbrar qualquer risco à ordem econômica, e até para evitar os custos inerentes a uma sessão de julgamento – *e. g.* despesas das partes com advogados e deslocamento –, o órgão julgador simplesmente se abstém de qualquer providência, deixando escoar *in albis* o prazo legal’ (parecer do MPF).”

Por fim, ficou decidido pelo “parcial provimento à apelação do CADE e à remessa oficial, tida por interposta, para, reformando a sentença, reconhecer como nulo o julgamento do pedido de reapreciação realizado pelo CADE no caso da concentração Nestlé/Garoto, determinando que outro julgamento se proceda, com observância das garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.” Assim sendo, a decisão do TRF determina que o CADE realize um novo julgamento para o caso Nestlé/Garoto e, com isso, a operação que é datada de 2002 continua indefinida.

A fim de estabelecer procedimentos de análise simplificados para casos tidos “fáceis/simples” e assim agilizar a conclusão de atos de concentração,

foi criado o tratamento sumário para esses casos. Dispõe a Portaria Conjunta SDE/SEAE n.º 1, de 18 de fevereiro de 2003, em seu art. 2.º, que “o Procedimento Sumário será aplicado pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE e pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE nos casos que, em virtude da simplicidade das operações, não sejam potencialmente lesivos à concorrência, a critério das Secretarias.”

Segundo os órgãos do SBDC, sua experiência permite identificar categorias de casos que não tendem a causar prejuízos à concorrência. Estabelece, assim, procedimentos diferenciados para casos simples e complexos, com o objetivo de obter maior racionalidade e eficiência para o Sistema e melhor atendimento ao administrado. Nesses casos, as regras e a documentação necessária para a notificação de atos de concentração permanecem inalteradas.

Outras duas medidas apresentadas pelo CADE, no sentido de não se ver prejudicado o resultado final da decisão, em especial causado pelo longo prazo decorrido da apresentação da operação até o seu julgamento, foram adotadas em 2002 por meio da Resolução n.º 28, e atualmente encontram-se dispostas na Resolução n.º 45 do CADE, de 28 de março de 2007, pela qual, nos termos do parágrafo único do art. 99, “recebido o procedimento, o Relator, se entender necessário, convocará os representantes legais das requerentes para discutir a celebração de APRO [arts. 139 a 141] ou poderá adotar Medida Cautelar [arts. 132 a 138]” (inseriu-se colchetes, referente aos respectivos artigos na Resolução n.º 45 do CADE).

A Medida Cautelar poderá ser deferida de ofício, pelo Relator ou pelo Plenário, ou em virtude de requerimento escrito e fundamentado da SEAE, SDE, Procuradoria do CADE ou qualquer legítimo interessado no ato de concentração analisado. Ao apreciar a medida cautelar, o Conselheiro-Relator poderá tomar as medidas que julgar adequadas para preservar a reversibilidade do ato de concentração apresentado ao SBDC. Dentre as medidas a serem adotadas, incluem-se a determinação de que as requerentes mantenham o *status* concorrencial anterior à assinatura do contrato e se abstenham, até o julgamento do ato de concentração, de praticar quaisquer novos atos decorrentes do contrato já realizado.

Já o Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação (APRO) prevê que, até a decisão que conceder ou indeferir a medida cautelar, este Acordo poderá ser celebrado, pois visa prevenir mudanças irreversíveis ou de difícil reparação que poderiam ocorrer nas estruturas do mercado até o julgamento

do mérito do ato de concentração, afastando o risco de ineficácia do processo, quando concluído. Ele poderá ser celebrado por iniciativa do Conselheiro-Relator ou por requerimento das partes envolvidas no ato de concentração, neste caso permanecendo o CADE com o juízo de conveniência em celebrá-lo. Decidindo-se pelo acordo, será elaborada a minuta e submetida ao Plenário para homologação.

No Ato de Concentração n.º 08012.004423/2009-18, caso BR Foods, foi celebrado um APRO entre as requerentes, ora compromissárias, e o CADE. Nos termos do APRO, em linhas gerais, “as compromissárias comprometem-se a manter autônomas e independentes as estruturas administrativas, produtivas e comerciais relacionadas às atividades desenvolvidas por Perdigão, de um lado, e Sadia, de outro, sendo certo que estas serão mantidas separadas uma da outra, observados os termos deste Acordo.”

Cumprir ainda destacar que, mesmo aprovada uma operação pelo CADE, a Lei prevê em seu art. 55 que ela poderá ser revista de ofício ou mediante provocação, caso a decisão tenha sido baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, caso ocorra descumprimento das obrigações assumidas ou não sejam alcançados os benefícios observados.

Aos acórdãos das decisões proferidas pelo Plenário do CADE, nos termos do art. 147, da Resolução n.º 45 do CADE, poderão ser opostos Embargos de Declaração, nos termos do art. 535 e seguintes do Código de Processo Civil, no prazo de cinco dias, contados da sua publicação, em petição dirigida ao Relator, na qual deverá ser indicado o ponto obscuro, contraditório ou omissivo. Os Embargos de Declaração, em atenção ao art. 150 da mesma Resolução, interrompem o prazo para a interposição da Reapreciação e suspendem a execução do julgado.

4. CONDUTAS ANTICONCORRENCIAIS

Além da prevenção às infrações à ordem econômica, a Lei n.º 8.884/94 atua também na repressão a essas práticas. A ordem econômica pode ser tida como o conjunto de princípios dispostos na Constituição Federal, tais como a função social da propriedade, a liberdade de concorrência e o respeito aos direitos dos consumidores e dos trabalhadores, que têm por objetivo fixar os parâmetros da atividade econômica e coordenar a atividade de seus agentes.

O direito de propriedade individual e o princípio da liberdade de iniciativa são também fatores importantes que impulsionam a atividade econômica numa economia social de mercado que valoriza o capitalismo democrático.

Assim, as infrações contra a ordem econômica são as condutas adotadas por agentes econômicos contrárias às relações da livre concorrência e capazes de alterar o equilíbrio em determinado mercado.

Resumidamente, dispõe o art. 21 da Lei:

“Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurarem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

- I – fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;
 - II – obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;
 - III – dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários;
 - IV – limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;
- [...].”

Ou seja, o legislador apresentou no art. 21 da Lei um rol exemplificativo dessas condutas, e não exaustivo, deixando assim em aberto para que qualquer outra modalidade de conduta que venha a ser adotada possa caracterizar infração contra a ordem econômica, desde que configure hipótese do art. 20.

Essa forma de “tipologia aberta”, adotada pelo legislador, é essencial nas relações econômicas para que se possa combater as infrações concorrenciais.

Para tanto, a Lei define infração, o ato, mesmo que não citado nos incisos do art. 21, que tenha como objetivo ou efeito concreto, independentemente da intenção do agente, e mesmo que não alcançado, as finalidades concretas dispostas nos incisos do art. 20:

“Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III – aumentar arbitrariamente os lucros;
- IV – exercer de forma abusiva posição dominante.”

Importante ainda ressaltar que, caso a conquista de mercado seja resultado de processo natural, decorrente da maior eficiência do agente econômico em relação a seus concorrentes, não se está diante de um ilícito concorrencial para dominar mercado relevante de bens ou serviços (art. 20, § 1.º).

Já a posição dominante ocorre quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, qual seja, 20% ou outro percentual estipulado pelo CADE para setores específicos da economia, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa (art. 20, §§ 2.º e 3.º).

A Resolução n.º 20 do CADE, de 9 de junho de 1999, revogada parcialmente pela Resolução n.º 45 do CADE, de 28 de março de 2007, apresenta dois anexos que auxiliam no exame criterioso dos efeitos dos diferentes tipos de condutas anticoncorrenciais nos mercados, à luz dos arts. 20 e 21 da Lei.

Além de determinar o contexto no qual a prática se dá e a sua razoabilidade econômica, deve-se atentar aos custos de impacto e ao conjunto dos eventuais benefícios por ela gerados, bem como aos seus efeitos líquidos sobre o mercado e o consumidor.

O Anexo I da Resolução n.º 20 do CADE apresenta a definição e a classificação das práticas restritivas. As práticas restritivas horizontais, consistentes na tentativa de reduzir ou eliminar a concorrência no mercado, visam ao aumento do poder de mercado de seus agentes ou à criação das condições necessárias para exercê-lo mais facilmente. Dentre as mais comuns, há os cartéis, os acordos entre empresas, os ilícitos de associações profissionais e os preços predatórios.

Cartel, conforme define a SDE em sua cartilha de *Combate a Cartéis e Programa de Leniência* (SDE) “é um acordo explícito ou implícito entre concorrentes para, principalmente, fixação de preços ou quotas de produção, divisão de clientes e de mercados de atuação.” Um cartel, prossegue a SDE, “pode envolver as seguintes práticas: (i) fixação de preços, por meio da qual as partes definem, direta ou indiretamente, os preços a serem cobrados no mercado; (ii) estabelecimento de restrições/quotas na produção, que envolve restrições à oferta ou produção de bens ou serviços; (iii) adoção de prática concertada com concorrente em licitações públicas (*e. g.*, combinação quanto ao teor de cada uma das propostas); e (iv) divisão/alocação de mercados por áreas ou grupos de consumidores.

A cartelização é tida como a mais grave lesão à livre concorrência, prejudicando consumidores ao aumentar preços e restringir a oferta, fazendo

com que bens e serviços se tornem mais caros ou indisponíveis no mercado. Prejudica-se também a inovação tecnológica, inviabilizando o ingresso de novos produtos e processos produtivos no mercado. Dados da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) apontam que os cartéis geram um sobrepreço calculado entre 10 e 20% em relação ao preço praticado em mercados competitivos.

Por meio de Decreto Presidencial de 2008, o dia 8 de outubro de cada ano ficou estabelecido como o Dia Nacional de Combate a Cartéis. Em 2009, na solenidade no Ministério da Justiça que marcou o segundo ano do Dia Nacional de Combate a Cartéis, o presidente Luiz Inácio Lula da Silva afirmou que “com o cartel, não há competitividade nem inovação. O resultado é o aumento da inflação, dos preços finais dos produtos. É uma perda de bem-estar para os consumidores” (SDE), devendo, portanto, ser combatido com todas as forças.

Como exemplo de caso de cartel condenado pelo CADE pode-se citar o Processo Administrativo n.º 08012.002127/02-14, conhecido como Cartel das Pedras ou Cartel das Britas, que teve a primeira operação da SDE de busca e apreensão em investigação de cartel.

De acordo com a denúncia, as pedreiras (denunciadas) representariam 70% do mercado de britas da região metropolitana da cidade de São Paulo e o suposto cartel atuava há mais de dois anos, elevando preços do produto (pedra britada) utilizado como insumo na construção civil. As Representadas, o Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo (SINDIPEDRAS) e pedreiras (empresas), foram assim condenadas: no caso das empresas, incursas nos arts. 20, incisos I, II e IV e 21, incisos, I, III, VIII, X, XI, XII, XIII e XIV da Lei n.º 8.884/94, multas em torno de 20% do faturamento bruto; e no caso SINDIPEDRAS nos art. 20, incisos I, e 21, incisos II, da Lei n.º 8.884/94, com multa de aproximadamente R\$ 300 mil.

Em 2010 o CADE aplicou o maior valor de uma multa em sua história, aproximadamente R\$ 2,9 bilhões. A condenação, por unanimidade, ocorreu no Processo Administrativo n.º 08012.009888/2003-70, de relatoria do Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan, que investigava um cartel entre empresas de gases que forneciam esse produto para diversos setores da indústria e para o setor médico-hospitalar brasileiro. Para o CADE, a atuação do cartel resultou em grave prejuízo à indústria e à saúde pública brasileiras.

Também no entendimento do CADE, constitui infração à ordem econômica, sob qualquer forma manifestada, a prática de impedir ou criar dificuldades para que médicos cooperados prestem serviços fora do âmbito da coo-

perativa, caso esta detenha posição dominante, conforme exposto na Súmula n.º 7, publicada no D.O.U. de 09-12-2009.

O agente econômico que praticar infração contra a ordem econômica estará sujeito às penas previstas no art. 23 da Lei, que atinge a empresa, com multa de 1% a 30% do seu faturamento bruto, e o administrador, com multa de 10% a 50% do valor aplicado à empresa. Nos casos em que não é possível utilizar o critério do faturamento, a multa aplicada será de aproximadamente R\$ 6 mil a R\$ 6 milhões. Em caso de reincidência, as multas serão aplicadas em dobro.

Caso o CADE considere a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderá ainda impor as seguintes penas, isolada ou cumulativamente, conforme disposto no art. 24 da Lei: “I – a publicação, em meia página e às expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por dois dias seguidos, de uma a três semanas consecutivas; II – a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, junto à Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da administração indireta, por prazo não inferior a cinco anos; III – a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; IV – a recomendação aos órgãos públicos competentes para que: a) seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator; b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos; V – a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.”

Qualquer interessado, entendendo que a concorrência está sendo prejudicada, poderá apresentar representação à SDE, que deverá verificar os indícios de infração à ordem econômica para adotar um dos seguintes trâmites legais: (i) abrir Procedimento Administrativo, quando os indícios de infração forem muito poucos, quase inexistentes; (ii) promover Averiguações Preliminares, quando existirem indícios, não tão fortes, de infração à ordem econômica; e (iii) instaurar Processo Administrativo, quando os indícios de infração forem fortes o suficiente.

O DPDE, órgão de defesa econômica da SDE, fará toda a instrução processual, podendo requisitar a SEAE para que se manifeste (ou esta officia a

SDE demonstrando o seu interesse em analisar o caso). Terminada a instrução, o Secretário de Direito Econômico emite o seu despacho, pela condenação do agente pela suposta infração ou pelo arquivamento do feito, e encaminha de ofício o processo ao CADE. No CADE será sorteado um Conselheiro-Relator, para quem o processo é distribuído, mas quem se manifestará inicialmente é a Procuradoria. Concluído o parecer da Procuradoria do CADE, abrem-se vistas ao Ministério Público Federal, para só então o Conselheiro-Relator finalizar sua análise e levar o processo para julgamento pelo Plenário. O CADE poderá decidir pela manutenção do entendimento da SDE, ou discordar, decidindo de forma diferente e, inclusive, determinando que a SDE promova novas investigações.

Em qualquer fase do processo administrativo, o Secretário de Direito Econômico ou o Conselheiro-Relator, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Geral do CADE, poderá adotar medida preventiva, quando houver 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, determinando para tanto a imediata cessação da prática e ordenando, quando possível, a reversão à situação anterior (art. 52 da Lei).

Outrossim, nos termos do art. 53 da Lei, regulamentado pela Resolução n.º 46 do CADE, de 4 de setembro de 2007, o CADE poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, entender que atende aos interesses protegidos por lei, fazendo constar do termo de compromisso: (i) a especificação das obrigações do representado para fazer cessar a prática investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis; (ii) a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas; e (iii) a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, quando cabível.

Exemplo de Termo de Compromisso de Cessação (TCC) de prática homologado pelo Plenário do CADE foi o apresentado por Brasmotor S.A., Whirlpool S.A. e pessoas físicas relacionadas às empresas, todos integrantes do polo passivo do Processo Administrativo n.º 08012.000820/2009-11, que investiga a existência de cartel no mercado brasileiro de compressores herméticos. Tais equipamentos servem para comprimir fluido refrigerante e são componentes essenciais para o funcionamento, por exemplo, de geladeiras,

freezers, bebedouros e resfriadores de líquidos. A SDE apurou em suas investigações que o suposto cartel englobaria os maiores fabricantes mundiais do produto.

O CADE considerou oportuna e conveniente a homologação do TCC e as obrigações presentes no termo, que prevê: (i) a cessação da prática; (ii) o reconhecimento de violação ao art. 20 da Lei n.º 8.884/1994; e (iii) a previsão de recolhimento de contribuição pecuniária no valor total de R\$ 100 milhões para as pessoas jurídicas e aproximadamente R\$ 3 milhões para as pessoas físicas. O valor da condenação das pessoas jurídicas está no percentual de 20% a 25% do faturamento no mercado relevante considerado.

Importante ressaltar que a Lei n.º 10.149, de 21 de dezembro de 2000, introduziu na Lei de Defesa da Concorrência o acordo de leniência, conforme disposto no art. 35-B da Lei. Esse acordo visa auxiliar a autoridade de defesa da concorrência no combate às infrações contra a ordem econômica, notadamente os casos de condutas colusivas, os cartéis. Assim, a União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, desde que essas pessoas colaborem efetivamente com as investigações e com o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: a identificação dos demais coautores da infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

O primeiro Acordo de Leniência firmado pela SDE, Processo Administrativo n.º 08012.008126/2003-10, e que culminou com condenações impostas pelo CADE aos integrantes do cartel data de outubro de 2003, quando um dos membros do suposto cartel realizado por empresas de serviços de vigilância do Rio Grande do Sul procurou a SDE para delatar tal prática e cooperar com as autoridades.

A atuação do suposto cartel era fraudar licitações públicas. Com as informações fornecidas pelo beneficiário do Acordo a SDE e o Ministério Público realizaram operações de busca e apreensão simultaneamente em empresas e associações. Segundo a SDE as provas apreendidas demonstraram que as empresas realizavam reuniões semanais para combinar as propostas nas concorrências e pregões públicos.

Em 2007 o CADE proferiu sua decisão impondo, dentre outras condenações, multas superiores a R\$ 40 milhões, além de proibir as empresas con-

denadas de participarem de licitações por 5 anos. Nenhuma condenação foi imposta ao “leniente”, que teria cumprido todas as exigências do Acordo.

Cumpra ainda mencionar a existência da Leniência “Plus”, aplicável àqueles que propuserem um Acordo de Leniência, mas que não estejam qualificados para o mesmo, seja por não ser o primeiro “leniente” ou por ser considerado o líder do cartel. Nesse caso, ao denunciar um segundo cartel e preenchendo os demais requisitos do Programa de Leniência, o beneficiado pela leniência “plus” receberá as vantagens previstas em lei no segundo caso de cartel denunciado e no primeiro caso redução da pena em um terço.

Das decisões proferidas pelo Plenário do CADE, nos termos do art. 147, da Resolução n.º 45 do CADE, poderão ser opostos Embargos de Declaração, nos termos do art. 535 e seguintes do Código de Processo Civil, no prazo de cinco dias contados da publicação do Acórdão. A petição deve ser dirigida ao Relator, indicando o ponto obscuro, contraditório ou omissivo. Os Embargos de Declaração, em atenção ao art. 150 da mesma Resolução, interrompem o prazo para a interposição da Reapreciação e suspendem a execução do julgado.

Por fim, importante lembrar que o Código Civil dispõe em seu art. 927 que aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Neste sentido, aqueles que se sentirem lesados por conduta julgada e condenada pelo CADE poderão ingressar no Judiciário contra o autor da conduta e requerer a indenização do dano causado.

5. CONDUTAS UNILATERAIS – ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE

As práticas restritivas verticais são restrições impostas em mercado de origem, por produtores ou ofertantes de bens ou serviços sobre os mercados verticalmente relacionados ao longo da cadeia produtiva (mercados a montante ou a jusante), e implicam a criação de mecanismos para excluir os concorrentes, seja pela criação de barreira à entrada, seja pela elevação dos custos dos competidores, ou pelo exercício coordenado de poder de mercado entre agentes. Podem-se citar como condutas mais comuns a fixação de preços de revenda, as restrições territoriais e de base de clientes, acordos de exclusividade, a recusa de negociação, venda casada e a discriminação de preços.

Para que tais práticas sejam viabilizadas pelo seu agente, tradicionalmente este deve deter posição dominante, de modo que a sua conduta influencie o comportamento dos demais agentes no mercado. Mais ainda, tal conduta caracteriza-se pelo fechamento do mercado, ou seja, o abuso de posição dominante impõe restrições à livre competição.

As *foreclosers* devem ser tratadas com maior atenção em mercados concentrados, onde a posição dominante pode ser facilmente utilizada de forma abusiva e, muitas vezes, tidas como algo natural, aceitável, simplesmente pela ignorância dos seus efeitos e um conhecimento limitado sobre os sérios danos causados pelas condutas unilaterais.

Tal preocupação deve ser vista com maior atenção em economias em desenvolvimento ou em transição, nas quais a presença de incumbentes – antigos monopolistas estatais – e a elevada concentração dos mercados em poucos agentes econômicos contribuem para o exercício abusivo de posição dominante.

Observa Paulo Furquim (2010: 34) que “sempre tratadas no Brasil pela regra da razão, esse tipo de conduta pode resultar em ganhos de eficiência substanciais, justificando uma saudável parcimônia em sua condenação. Por outro lado, o possível efeito de fechamento de mercado é objeto de escrutínio rotineiro na prática antitruste brasileira.”

Para tanto, prossegue Furquim (2010:34) destacando o procedimento adotado pelas autoridades de defesa da concorrência brasileiras na averiguação de uma suposta conduta anticoncorrencial:

“O SBDC, via de regra, segue três passos, os quais constituem condições necessárias para a caracterização do ilícito. Primeiro, é necessário provar que ao menos uma das partes do contrato detenha posição dominante em um dos mercados verticalmente relacionados. Segundo, é também necessário mostrar que a conduta de fechamento de mercado (ou, mais genericamente, de limitação à capacidade de outras empresas concorrerem por custos, por diferenciação ou inovação) é não apenas possível, mas economicamente racional por parte da autora da prática. Finalmente, os custos sociais decorrentes do arrefecimento da concorrência, se houver, devem ser cotejados com eventuais eficiências obtidas por meio da coordenação vertical.”

Interessante exemplo é o Processo Administrativo n.º 08012.003805/2004-10, no qual o CADE multou a AmBev em aproximados R\$ 352,7 milhões, por considerar anticoncorrencial o programa da empresa de fidelização de pontos de venda no varejo denominado “Tô Contigo”. Pelo programa, a AmBev oferecia aos varejistas *freezers*, mesas e cadeiras, desde que os varejistas se comprometessem a vender apenas as cervejas da marca AmBev.

Para o CADE, ao exercer exclusividade na venda de suas marcas junto a bares, restaurantes e comércio varejista, a AmBev teria obtido vantagens

financeiras e prejudicado concorrentes e consumidores, que sofreram com aumentos nos preços de cervejas. Também pesou contra a AmBev a descoberta pela SDE de documentos em posse do funcionário da AmBev responsável pelo programa “Tô Contigo” com estratégias para descaracterizar as contrapartidas da exclusividade com os pontos de venda, a fim de despistar as investigações das autoridades de defesa da concorrência.

Outros casos demonstram o início e evolução da repressão das condutas unilaterais no direito concorrencial brasileiro.

No caso SporTV (Processo Administrativo n.º 08012.003048/2001-31), a Associação Neo TV (“Neo TV”), de operadoras de tv’s por assinatura, formalizou Representação contra as empresas Globosat Programadora Ltda. (“Globosat”) e Globo Comunicações e Participações Ltda. (“Globopar”), ambas integrantes das Organizações Globo, em razão da recusa de comercialização do canal Sportv. Tal prática constituía obstáculos ao acesso de novas empresas ao mercado, dificultando o funcionamento e desenvolvimento de empresas concorrentes, e impedia o acesso de concorrentes à fonte de insumo, o próprio canal Sportv, no qual se transmitia os campeonatos de futebol mais relevantes do País.

O término do caso se deu com a celebração do Termo de Cessação de Conduta (TCC), pelo qual a Globosat para suspender o processo comprometeu-se a comercializar o canal Sportv, bem como os demais canais por ela produzidos, para as operadoras de tv por assinatura em bases não discriminatórias.

Já os casos Shopping Iguatemi versam sobre cláusula de exclusividade e de raio, porém em ambos verificadas a utilização de restrições verticais junto a lojistas e que culminaram com a condenação do Shopping Center Iguatemi (“Iguatemi”).

No primeiro (Processo Administrativo 08012.009991/98-82), o Iguatemi impunha cláusulas de exclusividade, sobretudo nos contratos de locação com lojas de grife, proibindo essas lojas de se instalarem em shoppings centers concorrentes ao Iguatemi, ou seja, shoppings de alto padrão localizados nas regiões sul e oeste da cidade de São Paulo.

No segundo (Processo Administrativo n.º 08012.006636/97-43), o Iguatemi utilizava cláusulas de raio, comuns em contratos de locação em shopping centers e em contratos de franchising. Porém o CADE concluiu que embora existissem ganhos de eficiência decorrentes da restrição vertical, os mesmos eram insuficientes e desproporcionais à restrição à concorrência.

Outro caso que também teve como término a celebração do Termo de Cessação de Conduta (TCC) foi o caso Rio Madeira (Processo Administrativo n.º 08012.008679/2007-98), referente a contratos de exclusividade realizados pela Construtora Norberto Odebrecht S.A., cujo efeito era o fechamento de mercado nos leilões de concessão das usinas hidroelétricas de Santo Antônio e Jirau, no Rio Madeira.

Recentemente o CADE tomou uma decisão histórica ao fazer a instrução e o julgamento de um processo administrativo. Trata-se do Processo Administrativo n.º 08700.003070/2010-14, que trata de denúncia feita pela FESEMPRE – Federação Interestadual dos Servidores Públicos dos Estados do Acre, Alagoas, Amapá e outros sobre contratos de exclusividade para fornecimento de crédito consignado a servidores públicos, realizados pelo Banco do Brasil S.A.

No processo, conhecido como o caso dos créditos consignados, o Conselheiro-Relator decidiu instaurar o processo diante da inação tanto da SDE, quanto do Banco Central do Brasil. Além disso, o CADE concedeu Medida Preventiva destinada a: “(i) determinar ao Representado a cessação imediata da assinatura de quaisquer novos contratos contendo cláusula de exclusividade de consignação em pagamento, ou de cláusulas que exijam dos órgãos responsáveis pelo pagamento dos vencimentos de seus potenciais clientes dessa modalidade de crédito quaisquer benefícios concedidos a si que não possam ser também estendidos a todos os seus demais concorrentes, especial, mas não exclusivamente no que diz respeito a prazos, margens e custos, ou que de qualquer forma restrinjam o acesso de tais clientes às operações de crédito ofertadas por outras instituições; (ii) determinar ao Representado a suspensão imediata quaisquer acordos atualmente vigentes que tenham ou possam vir a ter os escopos referidos no item (i), acima; (iii) determinar ao Representado que comunique o teor da presente decisão, individualmente, a todos os servidores públicos que com ele tenham, atualmente, contratos vigentes de crédito consignado, informando-os, ainda, da possibilidade de quitação antecipada de seus contratos, na forma dos normativos do Banco Central do Brasil atualmente em vigor, atinentes à chamada “portabilidade” de créditos; (iv) determinar ao Representado que apresente ao CADE, no prazo de 20 dias contados da apresentação de sua defesa, cópias de todos os contratos envolvendo práticas coincidentes com aquelas referidas no item (i), acima, assinados desde 2006, especificando, em relação a cada contrato, o número e volume total de operações de crédito consignado delas decorrentes,

incluindo tanto as operações atuais quanto as já liquidadas, bem como seus respectivos valores e prazos médios, além das taxas de juros nelas praticadas; (v) determinar que o Representado faça publicar, em 2 (dois) jornais de grande circulação do território brasileiro, no prazo de 15 dias contado de sua intimação desta decisão, o teor do item 143 da presente medida preventiva.”

Ocorrendo o descumprimento da Medida Preventiva concedida, o Banco do Brasil arcará com multa diária de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), equivalente a aproximadamente 0,000002% da carteira atual de crédito consignado a servidores públicos.

Conclusivamente, em seu artigo intitulado “Restrições Verticais e Defesa da Concorrência: a experiência brasileira”, Paulo Furquim (2010:34) escreve que:

“A experiência brasileira é, sem dúvida, ainda relativamente curta, e nessa incipiência poderia residir a explicação para a consistência observada em suas decisões. Por outro lado, é também interessante notar que em tão curto período e sem contar com recursos abundantes, o tratamento das restrições verticais pelo SBDC conte com regras de decisão relativamente bem definidas. Se essa consistência de regras decorre da pouca experiência (ausência de choques externos) ou é uma característica duradoura da prática antitruste brasileira, é uma questão empírica ainda a ser verificada. O tempo dirá.”

Os casos tratados neste item demonstram que o CADE vem se ocupando da temática das condutas unilaterais caracterizadas pelo abuso de posição dominante. Tais condutas anticoncorrenciais, tradicionalmente práticas restritivas verticais, ganham destaque no cenário nacional e servem de jurisprudência para o debate internacional.

Neste sentido, o caso “Tô Contigo” serviu de base para as discussões de *loyalty discounts* e *rebates* do 2010 ICN Unilateral Conduct Workshop, realizado em Bruxelas. A *International Competition Network* (ICN) também utilizou esse caso no 2011 ICN Annual Conference, em Haia.

6. CONCLUSÃO

Conforme observado, o surgimento da Lei de Defesa da Concorrência em 1994 veio em oportunidade ao momento histórico vivido pelo Brasil, com a abertura dos mercados, o processo de desestatização e privatização e a estabilidade jurídica e econômica decorrente do plano Real.

O maior prestígio assegurado ao CADE, apoiado pelas análises jurídico-econômicas da SDE e da SEAE, bem como a análise preventiva estabelecida com a “nova” Lei, permitiram uma maior atuação e respeitabilidade aos órgãos encarregados da defesa da concorrência.

A evolução da defesa da concorrência no Brasil, a partir das decisões tomadas pelo CADE nos últimos anos, seja em atos de concentração, seja em casos de conduta anticoncorrencial, demonstram o aprendizado e o amadurecimento no trato da matéria.

Merece ainda destaque o constante aprimoramento da matéria no Brasil, recentemente com a reforma da Lei (pendente da sanção presidencial) que tende implementar positivamente ainda mais a atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Especificamente no que se refere ao abuso de posição dominante, a jurisprudência do CADE confirma que as condutas unilaterais estão no foco de atuação das autoridades de defesa da concorrência e suas decisões já formam *cases* para o debate da matéria internacionalmente.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

Doutrina:

AZEVEDO, Paulo Furquim de

2010 *Restrições Verticais e Defesa da Concorrência: a experiência brasileira*. Textos para discussão n.º 264, São Paulo: FGV-EESP.

BAGNOLI, Vicente

2005 *Introdução ao direito da concorrência: Brasil-globalização-União Europeia-Mercosul-ALCA*, São Paulo: Singular.

2009 *Direito e Poder Econômico: os limites jurídicos do imperialismo frente aos limites econômicos da soberania*, Rio de Janeiro: Elsevier.

2011 *Direito Econômico*. 5.ª ed. Série Leituras, São Paulo: Atlas.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da

2001 *Lei de proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste*, 2.ª ed., Rio de Janeiro: Forense.

FORGIONI, Paula A.

1998 *Os fundamentos do antitruste*, São Paulo: Revista dos Tribunais.

SALGADO, Lucia Helena

1997 *A economia política da ação antitruste*, São Paulo: Singular.

SALOMÃO FILHO, Calixto

1998 *Direito concorrencial: As estruturas*, São Paulo: Malheiros, 1998.

Julgados do CADE:

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ato de Concentração n.º 08012.004707/2007-42.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ato de Concentração n.º 08012.001697/2002-89.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ato de Concentração n.º 08012.000321/2006-81.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ato de Concentração n.º 08012.005617/2010-74.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ato de Concentração n.º 08012.000149/2004-01.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ato de concentração n.º 08012.010300/2009-16.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ato de concentração n.º 08012.001697/2002-89.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ato de Concentração n.º 08012.003189/2009-10.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ato de Concentração n.º 08012.004423/2009-18.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo n.º 08012.002127/02-14.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo n.º 08012.009888/2003-70.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo n.º 08012.000820/2009-11.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo n.º 08012.008126/2003-10.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo n.º 08012.003805/2004-10.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo n.º 08012.003048/2001-31.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo n.º 08012.009991/98-82.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo n.º 08012.006636/97-43.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo n.º 08012.008679/2007-98.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo n.º 08700.003070/2010-14.

Endereços eletrônicos utilizados:

www.cade.gov.br.

www.mj.gov.br/sde.

www.fazenda.gov.br/seae.

www.internationalcompetitionnetwork.org.