

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

A FORMAÇÃO DE CARTÉIS NO BRASIL E A ATUAÇÃO DO CADE

**CURITIBA
2009**

CLAUDIA POLLI RODRIGUES

A FORMAÇÃO DE CARTÉIS NO BRASIL E A ATUAÇÃO DO CADE

Monografia de Conclusão de Curso, apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Carlos Joaquim de Oliveira Franco

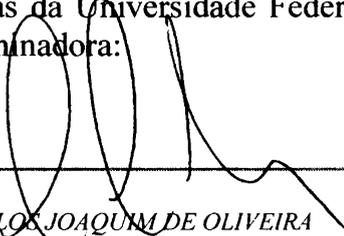
**CURITIBA
2009**

TERMO DE APROVAÇÃO

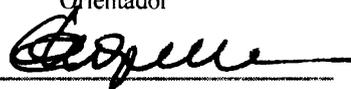
CLAUDIA POLLI RODRIGUES

A formação de cartéis no Brasil e a atuação do CADE

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



CARLOS JOAQUIM DE OLIVEIRA
FRANCO
Orientador



CARLOS EDUARDO MANFREDINI
HAPNER
Primeiro Membro



ILIANE MARIA COURA
Segundo Membro

DEDICATÓRIA

À minha família, que sempre foi fonte de amor e carinho, e ao meu marido, Junior,
que me apoiou e incentivou em todos esses anos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por nunca ter me abandonado.

Agradeço a meus amigos que me acompanharam e compartilharam o valor da amizade, lealdade, confiança e carinho.

“O direito é a mais poderosa das escolas da imaginação. Jamais um poeta interpretou a natureza tão livremente quanto um jurista, a realidade”.

Jean Girardoux

SUMÁRIO

LISTA DE TABELAS.....	ix
LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS.....	xi
RESUMO.....	xii
1 INTRODUÇÃO.....	01
2 A IMPORTÂNCIA DA CONCORRÊNCIA.....	03
2.1 PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA.....	03
2.2 A IMPORTÂNCIA DA CONCORRÊNCIA.....	06
2.3 O MONOPÓLIO PODE SER PREJUDICIAL.....	07
2.4 AJUDA DA CONCORRÊNCIA COM O PEQUENO E O MICROEMPRESÁRIO.....	08
2.5 LEGISLAÇÃO SOBRE CONCORRÊNCIA NO BRASIL.....	08
2.5.1 A concorrência na Constituição.....	09
2.5.2 Atual Lei 8.884/94 no Brasil “Lei Antitruste” ou “Lei do Abuso do Poder Econômico.....	09
2.6 O CADE NO CONTEXTO ATUAL DA POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA.....	13
2.7 A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL.....	13
2.7.1 Órgãos encarregados da defesa da concorrência.....	13
2.7.2 SDE.....	13
2.7.2.1 Estrutura da SDE.....	14
2.7.2.2 Papel da SDE.....	14
2.7.3 SEAE.....	16
2.7.3.1 Estrutura da SEAE.....	16
2.7.3.2 Papel da SEAE	17
3 CADE.....	18
3.1 HISTÓRICO.....	18
3.2 ESTRUTURA.....	18
3.3 CASOS JULGADOS PELO CADE.....	19
3.3.1 O Conselheiro-Relator.....	20
3.4 PAPEL DO CADE.....	20
3.4.1 Papel preventivo do CADE.....	20

3.4.2	Papel repressivo do CADE.....	21
3.4.3	Papel educativo do CADE.....	22
3.5	PENALIDADES APLICÁVEIS PELO CADE	23
3.6	CONVÊNIOS E ACORDOS.....	23
3.6.1	Papel do Ministério Público Federal perante o CADE.....	26
3.7	CONCEITOS JURÍDICO-ECONÔMICOS.....	26
3.8	MERCADO RELEVANTE.....	30
3.8.1	A importância de se definir o mercado relevante em cada caso concreto.	30
3.9	QUANDO OCORRE POSIÇÃO DOMINANTE.....	31
3.10	PODER DE MERCADO.....	31
3.10.1	A caracterização do poder de mercado.....	32
3.10.2	Abuso de poder econômico.....	32
3.11	CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL E CONCENTRAÇÃO VERTICAL.....	32
3.12	CONCEITOS LEGAIS.....	33
3.12.1	Agente econômico.....	33
3.12.2	Conduta anticoncorrencial.....	33
3.12.3	Averiguações preliminares.....	33
3.12.4	Processo Administrativo no SBDC.....	34
3.12.5	Procedimentos em casos de suspeita de atos prejudiciais à concorrência.....	35
3.13	ATOS DE CONCENTRAÇÃO.....	35
3.14	CONDUTAS LESIVAS À CONCORRÊNCIA.....	37
3.14.1	Conduta que pode caracterizar infração à ordem econômica.....	37
4	CARTEL.....	39
4.1	PROCESSO PARA INVESTIGAÇÃO DE CARTEL.....	42
4.2	ACORDO DE LENIÊNCIA.....	43
4.3	CARTÉIS DE COMBUSTÍVEIS.....	45
4.4	PREÇO PREDATÓRIO.....	47
4.5	FIXAÇÃO DE PREÇOS DE REVENDA.....	47
4.6	RESTRICÇÕES TERRITORIAIS E DE BASE DE CLIENTES.....	48
4.7	ACORDOS DE EXCLUSIVIDADE.....	48
4.8	VENDA CASADA.....	49
4.9	DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS.....	49

4.10 O “LÍDER DO CARTEL”.....	50
4.11 MATÉRIAS SOBRE O TEMA CARTEL.....	50
4.11.1 Combate à prática de cartel se intensifica no país.....	50
4.11.2 Justiça bloqueia R\$40 milhões de réus da Operação Jaleco.....	51
4.11.3 MPE diz ter provas contra máfia da merenda.....	51
4.11.4 Para autoridades internacionais, brasil é modelo no combate a cartéis.....	52
4.12 CASOS PRÁTICOS.....	53
4.12.1 Atos de concentração.....	53
4.12.2 Processos administrativos.....	67
4.13 PRINCIPAIS INVESTIGAÇÕES EM ANDAMENTO.....	82
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	88
REFERÊNCIAS.....	93

LISTA DE TABELAS

TABELA 1	AMBEV-DISTRIBUIÇÃO DO CAPITAL ORDINÁRIO JULHO/99	54
TABELA 2	CERVEJA – PARTICIPAÇÃO PERCENTUAL EM VOLUME, POR MERCADO RELEVANTE E TOTAL BRASIL -1998/1999	55
TABELA 3	ESTRUTURA DE OFERTA NO MERCADO DE COBERTURA DE CHOCOLATES – PARTICIPAÇÃO PERCENTUAL COM BASE NO FATURAMENTO – 1997/2001.....	59
TABELA 4	PARTICIPAÇÃO DE MERCADO(%) CHOCOLATES EM GERAL	60
TABELA 5	MERCADO RELEVANTE AFETADO PELA OPERAÇÃO.....	66

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AL	- Acordo de Leniência
ANATEL	- Agência Nacional de Telecomunicações
ANP	- Agência Nacional de Petróleo
ANTAQ	- Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANEEL	- Agência Nacional de Energia Elétrica
art.	- Artigo
CADE	- Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CF	- Constituição Federal
CIEE	- Centro de Integração Empresa Escola
CR	- Constituição da República
CVRD	- Companhia Vale do Rio Doce
COGAE	- Coordenação-Geral de Análise Econômica
COGAM	- Coordenação-Geral de Análise de Mercados
COGCM	- Coordenação-Geral de Comunicação e Mídia
COGDC	- Coordenação-Geral de Defesa da Concorrência
COGSA	- Coordenação-Geral de Economia da Saúde
COGEN	- Coordenação-Geral de Energia e Saneamento
COGPA	- Coordenação-Geral de Produtos Agrícolas e Agroindustriais
COGTL	- Coordenação-Geral de Transportes e Logística
DF	- Distrito Federal
DOU	- Diário Oficial da União
DPDE	- Departamento de Proteção e Defesa Econômica
EADI	- Estações Aduaneiras do Interior
ECAP	- Empresa de Consultoria, Administração e Participações S/A
FTC	- Federal Trade Commission
ICN	- International Competition Network
IOS	- Informática Organização e Sistemas Ltda
IPA	- Instalações Portuárias Alfandegadas
JF	- Justiça Federal
LDC	- Lei de Defesa da Concorrência
MPF	- Ministério Público Federal

OCDE	- Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PFC	- Polícia Federal e Civil
PP	- Poder Público
SBDC	- Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SDE	- Secretaria de Direito Econômico
SEAE	- Secretaria de Acompanhamento Econômico
SINDIPEDRAS	- Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo
SNDC	- Sistema Nacional de Defesa do Consumidor
SOM	- Sistema Operacional da Microsoft
TCD	- Termo de Compromisso de Desempenho
TLC	- Taxa de Liberação de Container
TM	- Texto Magno
TRF	- Tribunal Regional Federal

RESUMO

Na presente pesquisa, apresenta-se, um estudo sobre a formação de cartéis no Brasil, a atuação do CADE e as legislações que regulam e disciplinam a matéria. Pesquisa realizada por meio de consulta a algumas teorias acerca do tema e desenvolvida basicamente por meio do método de pesquisa bibliográfica. A importância da concorrência, sua legislação e a atuação do CADE, seus conceitos, atos de concentração e condutas lesivas à concorrência. Por fim, apresenta-se a formação de cartéis e os casos práticos. A importância da concorrência é disciplinada pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, conhecida como Lei de Defesa da Concorrência. Todos – pessoas físicas, empresas públicas e privadas, associações de classe e sindicatos, independentemente do setor de atuação na economia – estão sujeitos aos dispositivos dessa lei. O CADE tem o papel de apreciar sob a ótica concorrencial os processos encaminhados pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. Desempenha os papéis preventivo, repressivo e educativo dentro do mercado brasileiro. Em seguida a discussão acerca da formação de cartel, consoante previsto na Lei Antitruste. A prática de cartel vai além deste espectro, sendo caracterizada por qualquer tipo de combinação entre empresas que esteja restringindo a livre concorrência.

Palavras-Chave: Importância da Concorrência; Legislação; CADE; Formação de Cartéis.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é a descrição da formação de cartéis no Brasil e a atuação do CADE, com base na Lei nº 8.884/94.

Para melhor compreensão do tema, inicia-se pela importância da concorrência, que é fundamental para toda e qualquer empresa que queira se manter no mercado. Para isso ela necessita saber tudo sobre seu concorrente, comparar seus produtos e preços com os mesmos itens dos concorrentes para identificar as áreas onde possa ter ganhos e perdas. As opções de distribuição e promoções também devem ser comparadas.

Faz-se uma análise da atuação do Cade, que foi criado em 1962 e transformado em autarquia federal em 1994, ampliando seus poderes, e definindo com maior precisão as práticas consideradas ofensivas à concorrência.

Com a globalização econômica, observa-se um acirramento da concorrência entre as empresas, que passam a travar verdadeiras guerras por mercados. É inegável que o acirramento concorrencial, conquanto possa ser bastante vantajoso para o consumidor, em certos casos causa consideráveis prejuízos aos empresários.

Ocorre que, na maioria das vezes, as empresas realizam acordos, formais ou tácitos, a fim de estabelecer preços ou outras condições do mercado, possibilitando com isso um aumento dos lucros. Dentre esses acordos, tem se tornado comum a formação de cartéis, hoje atingindo vários setores da economia, tais como combustíveis, alumínio, aviação, produtos farmacêuticos e construção civil.

A cartelização é a mais grave lesão à concorrência e prejudica consumidores ao aumentar preços e restringir oferta, tornando os produtos e serviços mais caros ou indisponíveis. Segundo a OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), os cartéis geram um sobrepreço estimado entre 10 e 20% comparado ao preço em um mercado competitivo, causando prejuízos de centenas de bilhões de reais aos consumidores anualmente. Nos últimos anos, as autoridades de defesa da concorrência de diversos países intensificaram seus esforços para identificar e impor severas sanções aos cartéis. Na mesma linha, o Brasil considera o combate à cartéis uma prioridade. Desde 2003, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) utiliza ferramentas sofisticadas de

investigação, como operações de busca e apreensão e acordos de leniência para investigar cartéis, e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) passou a impor multas recorde a empresas e administradores considerados culpados pela prática de cartel. A persecução criminal também tem se intensificado, com a crescente cooperação da SDE com os Ministérios Públicos e as Polícias Federais e Civis.

É difícil detectar e investigar os cartéis, dado o caráter sigiloso e fraudulento da conduta. Por essa razão, um número expressivo de países adotou programas de leniência de modo a desvendar tais condutas, contando com a colaboração plena de um membro delator. O Brasil não é exceção a essa regra: a Lei nº. 8.884/94 reconhece que é do interesse dos consumidores brasileiros conceder benefícios aquele participante de cartel que queira pôr um fim na conduta e cooperar de forma plena e ampla com as autoridades de defesa da concorrência de modo a garantir a condenação.

Para tanto serão desenvolvidos três capítulos, assim divididos: no primeiro capítulo, trata-se da Importância da Concorrência e a Legislação sobre concorrência no Brasil.

No segundo capítulo, será abordado a atuação do CADE, com os conceitos jurídico-econômicos, conceitos legais, atos de concentração, condutas lesivas à concorrência.

Já no terceiro capítulo, discorre-se sobre a formação de cartéis no Brasil, com a ilustração de casos práticos de cartéis.

Por último, apresentam-se as considerações finais.

2 A IMPORTÂNCIA DA CONCORRÊNCIA

Neste capítulo, pretende-se discorrer da Livre Concorrência. A concorrência desleal prejudica o desenvolvimento da economia. É comum ver uma pequena quantidade de comerciantes, sendo formada principalmente pelas grandes empresas, dominando o mercado de consumo. Desta forma, os lucros são mal distribuídos e as pequenas e médias empresas não prosperam.

É objetivo do Poder Público proporcionar a harmonia nas relações comerciais, garantindo a livre concorrência, mediante a intervenção do Estado no domínio econômico, sob a inspiração do art. 170 da Constituição da República, para coibição de abusos como a concorrência desleal, pela racionalização dos serviços públicos e pelo estudo constante das modificações do mercado de consumo.

A livre concorrência é a abertura jurídica concedida aos particulares e as empresas públicas, para competirem entre si, em segmento lícito, objetivando o êxito econômico pelas leis de mercado. Portanto, busca chances iguais para a disputa do mercado entre os particulares que desejarem exercer e permanecer numa atividade econômica no território brasileiro.

2.1 PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA

Previsto no inciso IV do art. 170 da Constituição Federal de 1988, baseia-se no pressuposto de que a concorrência não pode ser restringida ou subvertida por agentes econômicos com poder de mercado. Nesse sentido, é dever do Estado zelar para que as organizações com poder de mercado não abusem deste poder de forma a prejudicar a livre concorrência.¹

Parte-se de pressupostos que as ações econômicas produzem efeitos benéficos, mas que podem, muitas vezes, serem sobrepostos pelos eventuais, porém possíveis efeitos maléficos; surge então o interesse do Estado em tutelar tais ações bem ainda seus efeitos junto a terceiros e também junto à comunidade. Cabe

¹ GUIA PRÁTICO DO CADE – A defesa da concorrência no Brasil. Coleção CIEE, 3 ed. revista ampliada e ilíngue. São Paulo : CIEE, 2007.

ainda impetrar que tais ações exigem necessário grau de licitude a fim de reverter-se em efeito benéfico para a comunidade.

Surge assim a livre concorrência, como preceito originário da livre iniciativa com esboço de atendimento à liberdade econômica em busca constante de ordem social dentro de um estado democrático de direito, justificando-se os meios legalmente permitidos dos quais se valem os agentes econômicos para atingimento de seus fins.

Qualquer evento que possua a intenção de corromper a função sistêmica editada pela livre concorrência deve ser coibido por uma ação estatal, constituindo-se um verdadeiro processo regulatório das atividades sem incorrer-se em excessos ou abusos pelos quais o Estado se revista de interesse fisiológico decorrente de uma ação política que se encontre resumida aos interesses de grupos econômicos reunidos, cujos meios são mais que suficientes para justificar-lhes os fins.

A finalidade da tutela jurídica da livre concorrência, segundo André Ramos Tavares (2003) traz duas perspectivas diversas. Numa primeira concepção, a livre concorrência tem como centro de suas atenções o consumidor, considerado como parte vulnerável da relação de consumo a merecer a proteção jurídica, promovida, em parte, pela tutela da livre concorrência. Numa segunda concepção, igualmente aceitável, a tutela da concorrência presta-se pela garantia de um eficiente e legítimo sistema econômico de mercado.²

A livre concorrência tem seu alcance reduzido muitas vezes pelo abuso do poder econômico, porém tal situação deve ser afastada conforme comando constitucional expressamente previsto no § 4º do artigo 173.

Com amparo constitucional, a livre concorrência é de suma importância para o desenvolvimento do país. Dessa forma o referido dispositivo constitucional visa afastar o abuso do poder econômico, tratando de questão de concorrência desleal.

A defesa constitucional da livre concorrência contém em si a pretensão de impedir uma posição de supremacia ou domínio, em detrimento de uma necessária igualdade, o que é essencial para o adequado desenvolvimento do mercado e do país, ao mesmo tempo em que acaba por tutelar o consumidor.

O abuso do poder econômico se forma pela irregular conduta das empresas privadas na tentativa de desviar as regras normais do mercado econômico,

² TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo, Método, 2003 p. 256.

objetivando a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

O mercado é desequilibrado pela concentração econômica, sujeitando-o a um regime de preços distorcido, no qual um ou mais agentes, impedem que aos preços se aplique a lei de oferta e procura, causando prejuízos aos consumidores e ao mercado e assim à própria liberdade de iniciativa e concorrência.

A concorrência perfeita está longe de ser atingida, embora seja um ideal a ser alcançado. Entretanto, enquanto essa perfeição não se caracteriza, temos que continuar a trabalhar com as situações concretas, verificando a concorrência como uma busca de melhor posição entre os concorrentes de uma determinada atividade.

Para buscar melhor posição, deve-se ter cuidado para não se afastar dos limites à livre concorrência, devendo respeitar os direitos consagrados sob pena de incorrer na prática de ato abusivo que venha a caracterizar a concorrência desleal.

O § 4º, do art. 173, estipula que: "A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros." E a Constituição consagra, no Título VII – Da Ordem Econômica –, em seu Capítulo I, os princípios gerais da atividade econômica, entre os quais ressalta, inserido no inc. IV, do art. 170, o princípio da livre concorrência.

Para o Ministro Carlos Velloso, do STF, no MS nº 22323-5/SP, "observada a regra de hermenêutica, segundo a qual a norma expressa prevalece sobre a norma implícita,..", força é convir que a livre concorrência é um postulado que exclui qualquer outro (exceto nas situações predeterminadas pela própria Carta, como é o caso do petróleo e dos minerais nucleares e radioativos, conforme previsão do art. 177) não afeito com este paradigma. Assim, em face ao § 4º, do art. 173, a legislação infraconstitucional deve não apenas reprimir o abuso do poder econômico que vise à eliminação da concorrência, como, o que é a melhor constatação, deve estimular a livre concorrência.

O art. 174 do Texto Magno expressa que "como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado."

José Afonso da Silva (1998) argumenta que:

"A livre concorrência está configurada no art. 170, IV, como um dos princípios da ordem econômica. Ele é uma manifestação da liberdade de iniciativa e, para garanti-la, a

Constituição estatui que a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Os dois dispositivos se complementam no mesmo objetivo. Visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista. A Constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é exercido de maneira antisocial. Cabe, então, ao Estado coibir este abuso."³

Por sua vez, Celso Ribeiro Bastos, assevera que:

"A livre concorrência é um dos alicerces da estrutura liberal da economia e tem muito que ver com a livre iniciativa. É dizer, só pode existir a livre concorrência onde há livre iniciativa. (...) Assim, a livre concorrência é algo que se agrega à livre iniciativa, e que consiste na situação em que se encontram os diversos agentes produtores de estarem dispostos à concorrência de seus rivais."⁴

Aduzida por Adam Smith no Séc. XIX, tem-se, que o mercado não está adstrito à chamada 'mão invisível'. O mercado tem livre iniciativa para buscar o melhor nicho, a melhor oportunidade ou a opção que melhor lhe aprouver, no sentido da produção de riquezas. Porém limita-se ao respeito à livre concorrência, isto é, não há mais, salvo as hipóteses já colacionadas – monopólio do petróleo e radioativos, entre outros – a denominada 'reserva de mercado', tão comum antes de 1988, especialmente quanto à indústria automobilística e à informática, sem exclusão de outras áreas. Portanto, qualquer indício, possibilidade ou tentativa de eliminação da concorrência – quase sempre velada –, deve ser, por força do § 4º, do art. 173 c/c com o 170, IV, coibidos com firmeza pelo Poder Público.

2.2 A IMPORTÂNCIA DA CONCORRÊNCIA

Os ofertantes de bens e serviços são disciplinados pela livre concorrência de forma a manterem os seus preços nos menores níveis possíveis, sob o risco de que outras empresas conquistem seus clientes. Em tal ambiente, a única maneira de obter lucros adicionais é a introdução de novas formas de produzir que reduzam custos em relação aos concorrentes.

As empresas atuantes em um mercado de livre concorrência tendem a ficar afinadas com os desejos e expectativas dos consumidores, porque estão

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. 876p.

⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. 807p.

permanentemente ameaçadas por produtos de qualidade superior ou por novos produtos. Portanto, a livre concorrência, além de garantir os menores preços para o consumidor e maior leque de escolha de produtos, também estimula a criatividade e a inovação.

Nas economias de mercado, baseadas na livre concorrência, os preços refletem a escassez relativa de bens e serviços e sinalizam a necessidade de investimentos e a melhor aplicação dos recursos da sociedade.

2.3 O MONOPÓLIO PODE SER PREJUDICIAL

Monopólio significa a existência de apenas um ofertante de um determinado bem ou serviço. Empresas monopolistas podem determinar os preços de mercado por meio do controle da quantidade ofertada. Como não tem concorrentes, o monopolista pode restringir a produção e, assim, elevar os preços de mercado, até que obtenha o máximo lucro possível. Comparado a um mercado competitivo, o monopólio produzirá quantidades menores e preços maiores do que os que prevaleceriam em uma situação competitiva, com perdas para o bem-estar da sociedade.

O monopolista, sem rivalidade de concorrentes, pode também incorrer em ineficiências produtivas, além disso, monopólios têm pouco estímulo para perseguir inovações e elevar a qualidade de seus produtos. A existência de outros concorrentes gera a necessidade de investir e inovar, como condição para não perder participação de mercado. Isso implica maior desenvolvimento tecnológico, com consequentes benefícios para a sociedade.

O monopólio, por conseguinte, pode constituir uma forma eficiente de organizar a produção quando existem elevadas economias de escala e escopo, em relação ao tamanho do mercado atendido pelo monopolista. Quando isso ocorre, seria ineficiente a presença de mais de um produtor no mercado, trata-se de uma situação denominada de monopólio natural. Nesse caso, como a presença de rivais será eliminada pela própria concorrência, o controle do poder de monopólio exige a regulação do mercado.

As agências reguladoras como a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e a Agência Nacional de Petróleo – ANP, dentre outras, cumprem esse

papel na área de energia e, em conjunto com o CADE, têm papel essencial na proibição dos abusos do poder econômico.

2.4 AJUDA DA CONCORRÊNCIA COM O PEQUENO E O MICROEMPRESÁRIO

A proteção à concorrência não apenas faz com que os preços e quantidades tendam a convergir para o maior benefício ao consumidor final, como propicia a igualdade de oportunidades nas disputas de mercado.

A defesa da concorrência interessa não apenas aos consumidores, mas também aos empresários de qualquer porte, principalmente aos pequenos e microempresários. Os órgãos de defesa da concorrência têm o dever de evitar que as grandes empresas usem seu poder econômico para fins anticoncorrenciais, garantindo o direito de aproveitar as oportunidades de mercado.

Essa proteção apresenta-se em consonância com a intenção da Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas, Lei Complementar 123/2006, e da Lei Complementar 128/2008, que visam a fomentar os negócios dos micro e pequenos empresários e dos empreendedores individuais. Nos últimos anos vem se dando uma atenção especial a esse segmento do mercado, com programa coordenado pelo Sebrae (Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas) e apoiado por diversas instituições, dentre elas a FNP (Frente Nacional de Prefeitos). Essa legislação pretende abrir portas para o micro e pequeno empresário, facilitando seu acesso à justiça, às compras governamentais, à inovações tecnológicas, ao associativismo e ao microcrédito.

Estimulando a concorrência, de maneira indireta está se abrindo caminhos para os micro e pequenos empresários conseguirem manter seus negócios e prosperar, não sendo esmagados pelas grandes empresas.

2.5 LEGISLAÇÃO SOBRE CONCORRÊNCIA NO BRASIL

No Brasil a legislação de defesa da concorrência remonta aos anos 30, sendo a Lei nº 4.137, de 1962, a primeira peça legal convergente com a legislação

antitruste internacional. Todavia, foi somente na década de 90 que a política de concorrência se tornou uma questão importante na agenda pública.⁵

A legislação brasileira não difere significativamente dos padrões internacionais. Embora a primeira peça legal importante seja de 1962, a política de concorrência ganhou maior importância a partir da Lei nº 8.884, de 1994, que introduziu o controle de atos de concentração⁶ e transformou o CADE em um órgão mais independente, inaugurando o formato que viria a ser adotado para as agências de regulação recentemente criadas nos setores de infra-estrutura. O CADE tem um presidente, seis conselheiros e um procurador-geral, todos com mandato de dois anos. As decisões do CADE só podem ser recorridas no Judiciário.

2.5.1 A concorrência na Constituição

A Carta Magna de 1988 apresenta um capítulo dedicado aos Princípios Gerais da Atividade Econômica (artigos 170 e seguintes da Constituição Federal). Neste, insere-se a livre concorrência como um dos fundamentos basilares e determina a repressão ao abuso do poder econômico que vise eliminar a concorrência, dominar mercados e aumentar arbitrariamente os lucros. Também prevê punição para os atos praticados contra a ordem econômica.

Para o cumprimento dessas regras constitucionais, é necessária a existência de uma estrutura institucional capaz de fiscalizar a ordem econômica e impedir as práticas anticoncorrenciais ou abusivas e para isso existe a Lei nº 8.884/94.

2.5.2 Atual Lei 8884/94 no Brasil “Lei Antitruste” ou “Lei do Abuso do Poder Econômico”

A Lei de Defesa da Concorrência tem a finalidade de prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica baseada na liberdade de iniciativa e livre concorrência.

⁵ O número 28 da Revista de Direito Econômico do CADE contém uma revisão atualizada da Lei nº 8.884, bem como as principais normas relevantes da área.

⁶ Fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário.

Esta Lei estabelece a forma de implementação da política de concorrência no país, dispondo sobre a competência dos órgãos encarregados de zelar pela prevenção e repressão de abusos do poder econômico.

A repressão administrativa relativa à responsabilização do empresário, atualmente, é disciplinada pela Lei n. 8884/94. Isto é destinado, no interesse da sociedade como um todo, à preservação dos mecanismos do mercado.

A legislação dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica sendo orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Os artigos 20 e 21 tratam especificamente das infrações à ordem econômica, onde de acordo com o primeiro entende-se por infração, o rompimento do equilíbrio do mercado, desencadeando atos anticoncorrenciais e efeitos prejudiciais às relações do mercado. É bom ressaltar esses efeitos: “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; e, exercer de forma abusiva a posição dominante.” (GLÓRIA, 2003, p. 86)⁷

Limitar a livre concorrência é barrar de forma total ou parcial, mediante determinadas práticas empresariais, a possibilidade que tem outros empreendedores ao acesso à atividade produtiva e esta obstaculização de acesso decorre do aumento dos custos para novos estabelecimentos, provocado com vistas a desencorajar possíveis interessados.

Falsear dá uma idéia muito mais ampla que simulação relativa aos efeitos dos atos jurídicos. Falsear a livre concorrência significa ocultar a prática restritiva através de atos e contratos aparentemente compatíveis com as regras de estruturação do livre mercado. Pode haver falseamento de concorrência sem que o negócio jurídico que o viabiliza se caracterize como simulado e as autoridades não precisam demonstrar a existência do defeito do ato jurídico como condição de sanção.

Prejudicar é incorrer em qualquer prática empresarial lesiva às estruturas do mercado. Tais condutas são consideradas reprimíveis pela lei do abuso do poder econômico que visa à eliminação da concorrência (CF, art. 173, § 4º). O texto

⁷ GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. **A Livre Concorrência como Garantia do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 86.

constitucional não faz referência específica à limitação, falseamento ou prejuízo da livre concorrência, que são consideradas formas de eliminação parcial da norma e não total da competição, sendo considerado infraconstitucional a eliminação parcial da concorrência, por falta de distinção entre as diversas formas de eliminação.

O art. 21 relaciona as condutas infracionais, verificadas na experiência nacional e internacional, com o intuito de influenciar a conduta dos agentes econômicos na função preventiva da política antitruste.

Simone Caixeta dá destaque:

Desse modo, haverá infração da Ordem Econômica se a conduta descrita no art. 21 da Lei Antitruste implicar ou puder implicar a eliminação da concorrência, o domínio de mercado ou o aumento arbitrário de lucros, principalmente levando-se em conta, que a caracterização das condutas infracionais foi feita pela própria Constituição e não pela lei antitruste. (CAIXETA, 2004, p. 84)⁸

Outros institutos, que merecem destaque são: a medida preventiva e o compromisso de cessação, onde esta, segundo Daniel Firmato de Almeida Glória:

É um instrumento de composição de conflitos concorrenciais, conferindo à Lei 8884/94, além de uma orientação repressiva do abuso do poder econômico, uma posição de proteção à concorrência, revelando que a concorrência efetiva e prontamente restaurada é tão importante para o mercado quanto a repressão, vez que a cessação espontânea da prática traz benefícios imediatos para o mercado. (GLÓRIA, 2003, p. 87)

A medida preventiva visa assegurar a possibilidade da efetividade da decisão final, e por outro lado, impedir que uma das partes frustre o objetivo final do processo.

O compromisso de cessação é um documento assinado perante o CADE pelo qual a empresa a que se impute a prática de abuso de poder econômico vem a assumir a obrigação de cessar a prática da conduta como tal qualificada. A Lei 8.884, de 1994, em seu artigo 53, § 4º, dá-lhe o caráter de título executivo extrajudicial, cujo processo de execução está disciplinado nos artigos 60 a 68, e lhe confere a exigibilidade em caso de descumprimento ou de colocação de obstáculos à fiscalização de seu cumprimento. Sua celebração pressupõe a instauração de procedimento administrativo no qual se pretenda a apuração da prática de abuso do poder econômico, desde que não se trate de infrações da seguinte natureza: (a) fixação ou prática, em acordo entre concorrentes, sob qualquer forma de preços,

⁸ CAIXETA, Simone Leticia de Sousa. **Regime Jurídico da Concorrência**: as diferenças entre concorrência desleal e infração à ordem econômica. Curitiba: Juruá, 2004, p. 84.

condições de venda de bens ou prestação de serviços (Lei 8.884, de 1994, artigo 21, I); (b) obtenção ou influência na adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes (Lei 8.884, de 1994, artigo 21, II); (c) divisão de mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados ou fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários (Lei 8.884, de 1994, artigo 21, III); ou (d) combinar preços ou ajustar vantagens em concorrência pública ou administrativa (Lei 8.884, de 1994, artigo 21, VIII). A interdição do uso do compromisso de cessação quando se tenha em vista a prática destas condutas ou situações que sejam delas decorrentes está posta no § 5º do artigo 53 da Lei 8.884, de 1994. Daí, todas as vezes em que for instaurado processo administrativo para apurar as outras hipóteses previstas nos artigos 20 e 21 da Lei 8.884, de 1994, desde que não tenham os fatos decorrido daqueles referidos como pressupostos da proibição já referida, torna-se, em princípio, possível a celebração do compromisso de cessação.

O compromisso de desempenho é o documento assinado perante o CADE no qual a empresa interessada em determinado procedimento concentracionista assume a obrigação de levá-lo a cabo com os objetivos de aumentar a produtividade, melhorar a qualidade de bens ou serviços, propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico, fazer com que os benefícios decorrentes da operação sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes e os consumidores ou usuários, não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial do mercado relevante de bens e serviços e de que serão observados os limites necessários para o atingimento dos objetivos visados. Está disciplinado no artigo 58 da Lei 8.884, de 1994. Seu descumprimento injustificado acarreta sua revogação pelo CADE, de ofício ou a requerimento da Secretaria de Direito Econômico, acarretando a abertura de processo administrativo.

Tanto o compromisso de cessação como o compromisso de desempenho, embora devam ser assinados pelo Presidente do CADE, precisam, obrigatoriamente, ser homologados pelo Plenário da Autarquia, nos termos do inciso VI do artigo 7º da Lei 8.884, de 1994. Embora nascentes em contextos processuais diferentes, ambos têm em comum a idéia de que a atuação em caráter coercitivo somente deve ocorrer em último caso, que não deve constituir a primeira opção, justamente porque a boa repercussão de qualquer legislação perante os seus destinatários está em se obter, com a maior freqüência possível, a adesão espontânea a seus comandos.

2.6 O CADE NO CONTEXTO ATUAL DA POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

O CADE é o órgão julgante em matérias relativas à defesa da concorrência. É ele que decide se houve ou não infração à livre concorrência por parte de empresas ou de seus administradores nos casos de conduta, e aprecia os atos de concentração submetidos à sua aprovação.

A partir dos anos 1990 com a estabilidade da moeda, bem como com a privatização e desregulamentação comercial, tornou-se vital o desenvolvimento de uma política de defesa da livre concorrência para atender à nova realidade do mercado, haja vista a necessidade de regras claras e estáveis a serem seguidas pelas empresas em um mercado competitivo.

A Lei nº 8.884/94 ampliou os poderes do CADE, que até então exercia um papel marginal na vida econômica do país, dando maior autonomia ao órgão, ao transformá-lo em uma Autarquia Federal, sendo elevado à condição de principal órgão tutelador da livre concorrência.

2.7 A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

2.7.1 Órgãos encarregados da defesa da concorrência

Os órgãos que cuidam da defesa da concorrência e constituem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência são: o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, a Secretaria de Direito Econômico – SDE, do Ministério da Justiça, e a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, do Ministério da Fazenda. No que se refere à política de concorrência, as atribuições dos três órgãos estão estabelecidas pela Lei nº 8.884, de 11 de Junho de 1994, alterada pela Lei nº 9.021, de 30 de Março de 1995, e pela Lei 10.149, de 21 de Dezembro de 2000.

2.7.2 SDE

A SDE (Secretaria de Direito Econômico) é o órgão integrante do Ministério da Justiça, com a finalidade de formular, implementar e supervisionar as políticas de

proteção e defesa do ordem econômica, no âmbito da livre concorrência e da defesa dos direitos do consumidor.

A SDE é responsável, no âmbito da defesa da concorrência, não só por investigar a existência de condutas anticoncorrenciais, mas também por emitir parecer sobre os aspectos concorrenciais dos atos de concentração apresentados para aprovação do CADE. Tais investigações e análises são conduzidas através da instauração de processo administrativo, que posteriormente é remetido ao CADE para julgamento.

No que concerne à proteção do consumidor, a SDE é o órgão responsável pela coordenação da política do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e tem suas competências estabelecidas pela Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990, cabendo-lhe planejar, elaborar, propor, coordenar e executar a política nacional de proteção ao consumidor (<http://www.mj.gov.br/sde>).

2.7.2.1 Estrutura da SDE

Fazem parte dois departamentos, o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC, responsável pela defesa dos direitos dos consumidores, e o Departamento de Proteção e Defesa Econômica – DPDE, que é responsável pela adoção de medidas processuais para implementação da Lei nº 8.884/94, especificamente quanto à matéria relativa à prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

2.7.2.2 Papel da SDE

O papel da SDE consiste na instauração e instrução de casos referentes à infração contra a ordem econômica e à livre concorrência. Também analisa os atos de concentração a serem submetidos à aprovação do CADE.

Assim que houver uma denúncia de uma prática anticompetitiva ou representação por parte de qualquer pessoa ou empresa, ou até mesmo a partir de uma suspeita da própria Secretaria (neste caso, uma representação ex officio), a SDE pode determinar a abertura de procedimento de averiguação preliminar e/ou de processo administrativo para investigar se a prática denunciada configura-se como infração à ordem econômica. Trata-se basicamente de um procedimento de

investigação, onde a SDE recolhe documentos, realiza pesquisas e descreve os fatos.

No que tange aos atos de concentração, a SDE instaura e instrui o processo, emitindo parecer ao final da instrução e remetendo os autos, acompanhados do parecer econômico exarado pela SEAE, ao CADE para julgamento.

Por lei, a SDE tem 30 dias para emitir seu parecer. No entanto, sempre que houver necessidade de informações adicionais, esse prazo é suspenso enquanto não forem apresentados esclarecimentos e documentos imprescindíveis à análise do processo.

Nos processos em que não se vislumbre potencial de lesão à concorrência, em virtude da simplicidade da operação, a Portaria SDE-SEAE nº 01/2003 estabelece o Procedimento Sumário para análise de Atos de Concentração. A adoção de Procedimento Sumário é uma decisão discricionária das Secretarias e, uma vez estabelecida, significa que SDE e SEAE farão parecer simplificado, no prazo de até quinze dias para cada. A adoção deste procedimento visa dar maior celeridade a processos que certamente não acarretam prejuízos à concorrência.

Com a Medida Provisória nº 2055, de 11 de Agosto de 2000, posteriormente convertida na Lei nº 10.149, de 21 de Dezembro de 2000, a SDE passou a deter maiores poderes de instrução, dentre os quais a possibilidade de inspeção na sede da empresa, de seus estoques, livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos, podendo extrair ou retirar cópias de quaisquer documentos; e o poder de celebrar acordos de leniência (tolerância) com autores de infração, desde que colaborem efetivamente com as investigações.

Os processos administrativos *latosensu* incluem (i) procedimentos administrativos, (ii) averiguações preliminares e (iii) processos administrativos *stricto sensu*. A averiguação preliminar, procedimento investigatório de natureza inquisitorial, é instaurada pela Secretaria de Direito Econômico para apuração de indícios de infrações contra a ordem econômica. A averiguação pode ser instaurada por iniciativa própria da Secretaria ou em face de representação de qualquer interessado. Quando for necessário para formar seu convencimento a respeito do cabimento da instauração de averiguação preliminar, a Secretaria de Direito Econômico poderá fazê-la preceder de “procedimento administrativo”. Finalmente, o “Processo Administrativo” *stricto sensu* é instaurado toda vez que houver indícios

suficientes de conduta anticompetitiva. A valoração de tais indícios fica a cargo da Secretaria, nos termos da Lei n. 8.884/94.

Nos últimos seis anos, foi priorizada a apuração dos casos de maior impacto na economia nacional e foi investido na estratégia de reduzir sensivelmente o fluxo de processos administrativos instaurados e concluídos, com uma contínua redução do estoque. Além disso, houve uma concentração de esforços significativa na conclusão de processos antigos, o que explica o aumento do tempo médio de instrução dos casos encerrados. Como resultado, o estoque de processos administrativos e averiguações preliminares foi reduzido de 341 em 2007 para 283 em 2008. Ainda, foram enviados 134 processos para julgamento do CADE em 2008, em comparação com 90 em 2007 e 21 em 2006.

Dentre as diversas ações implementadas em 2008, todas com o objetivo de incrementar e consolidar o combate aos cartéis, destacam-se o incremento e a descentralização dos mandados de busca e apreensão cumpridos para obter provas de cartéis. No ano foram cumpridos, com a participação do DPDE/SDE, 93 mandados. Além desses, cabe destaque ao aumento do número de prisões realizadas em 2008 pelas autoridades criminais: 53 pessoas foram presas temporária ou preventivamente suspeitas de participarem de crime de cartel.

2.7.3 SEAE

A Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, órgão específico e singular do Ministério da Fazenda, foi criada por meio da Medida Provisória nº 813, de 1º de Janeiro de 1995. Possui três esferas de atuação: Promoção e Defesa da Concorrência; Regulação Econômica; e Acompanhamento de Mercados.

2.7.3.1 Estrutura da SEAE

A SEAE possui três esferas de atuação: Promoção e Defesa da Concorrência; Regulação Econômica; e Acompanhamento de Mercado.

Para cumprir tais funções, a Secretaria está dividida em 8 coordenações-gerais:

- Coordenação-Geral de Análise Econômica – COGAE;
- Coordenação-Geral de Análise de Mercados – COGAM;

- Coordenação-Geral de Comunicação e Mídia – COGCM;
- Coordenação-Geral de Defesa da Concorrência – COGDC;
- Coordenação-Geral de Economia da Saúde – COGSA;
- Coordenação-Geral de Energia e Saneamento – COGEN;
- Coordenação-Geral de Produtos Agrícolas e Agroindustriais – COGPA;
- Coordenação-Geral de Transportes e Logística – COGTL

2.7.3.2 Papel da SEAE

A SEAE auxilia a SDE, enviando estudos e relatórios que enfocam principalmente os aspectos econômicos das operações apresentadas e das condutas investigadas.

Nos casos de conduta, a SEAE é informada pela SDE a respeito das investigações e, querendo, pode emitir parecer sobre as matérias de sua especialização, o que deverá ocorrer antes do encaminhamento do processo ao CADE.

Nos casos de análise de atos de concentração, a SEAE deve, por lei, emitir parecer sobre os efeitos das operações em análise no prazo de trinta dias, exceção feita aos casos enquadrados no Procedimento Sumário, Portaria SDE-SEAE nº 01/2003, pelo qual a Secretaria tem 15 dias para emitir o parecer.

Com a entrada em vigor da Medida Provisória nº 2.055, de 11.08.00, posteriormente convertida na Lei nº 10.149, de 21.12.00 a SEAE passou a ter maiores poderes, tais como o de poder aplicar multa no caso de obstrução da realização de inspeção, além de outros poderes de investigação.

3 CADE

Neste capítulo, pretende-se apresentar um pouco da história do CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica – criado como órgão do Ministério da Justiça e transformado, em 1994, em Autarquia Federal vinculada ao mesmo Ministério. Suas atribuições encontram-se previstas na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.

3.1 HISTÓRICO

O CADE foi criado em 1962, quando o Presidente João Goulart assumiu a Presidência, inicialmente no regime parlamentarista e posteriormente, após a realização de um plebiscito, no regime presidencialista, como um órgão integrante do Poder Executivo.

Desde a sua criação até o ano de 1991, permaneceu praticamente inativo, sendo um instrumento do Estado em ações (por muitos consideradas demagógicas) de combate ao crime contra a economia popular e contra o desabastecimento de determinados produtos essenciais, além de atuar contra agentes econômicos que atentaram contra o Congelamento de Preços no Plano Cruzado e no Plano Verão.

3.2 ESTRUTURA

Ao CADE cabem três papéis: papel preventivo, que é realizado mediante análise dos atos de concentração (fusão, incorporação, cisão e associação) entre agentes econômicos, ou seja, imposição de obrigações de fazer, não - fazer, determinar alienações e alteração nos contratos dos agentes; papel repressivo, que é desempenhado através de análise de condutas anticoncorrenciais, ou seja, repressão de práticas infrativas à ordem econômica, tais como cartéis, vendas

casadas, preços predatórios, acordos de exclusividade, dentre outras; e papel educativo, que é um papel pedagógico, com palestras, cursos, seminários.

O CADE é formado por um Plenário composto por um presidente e seis conselheiros (com mais de 30 anos, com notório saber jurídico e econômico e reputação ilibada), indicados pelo Presidente da República, aprovados e sabatinados pelo Senado, para um mandato de dois anos (havendo a possibilidade de uma recondução, por igual período) e, portanto, só podem ser destituídos em condições muito especiais. Essa regra fornece autonomia aos membros do Plenário do CADE, o que é fundamental para assegurar a tutela dos direitos difusos da concorrência de forma técnica e imparcial. Também possui sua própria Procuradoria. Assim como os Conselheiros do CADE, o Procurador-Geral é também indicado pelo Presidente e sabatinado e aprovado pelo Senado para um mandato de dois anos, renovável por mais dois.

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

A Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica em Autarquia.

Dentre suas funções, o CADE tem a finalidade de orientar, fiscalizar e apurar abusos de poder econômico, exercendo papel tutelador na prevenção e repressão dos abusos cometidos por empresas com poder de mercado.

3.3 CASOS JULGADOS PELO CADE

As decisões do CADE são tomadas em sessões públicas de julgamento, realizadas a cada 15 dias, na sede do órgão em Brasília. Todos os casos julgados possuem um Conselheiro - Relator, que é a pessoa responsável por relatar o caso aos demais membros do Plenário, emitindo seu voto ao final da relatoria.

Cada um dos membros do Plenário tem direito a um voto. O Presidente do CADE preside a sessão de julgamento e tem direito a voto, inclusive, de qualidade, em caso de empate. As decisões são tomadas por maioria simples.

As decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo. As empresas penalizadas têm o direito, se assim o desejarem, de questionar a decisão do CADE perante o Poder Judiciário.

3.3.1 O Conselheiro-Relator

Nos casos de conduta, assim que recebido o processo no CADE, o Presidente o distribui ao Conselheiro-Relator, mediante sorteio realizado na sessão pública de distribuição, que acontece toda semana no Plenário do CADE.

Nos atos de concentração, assim que a(s) empresa(s) notifica(m) a SDE, esta envia uma cópia do processo ao CADE e outra à SEAE. Recebido o processo no CADE, este é distribuído para o Conselheiro-Relator, mediante sorteio realizado na sessão de distribuição.

3.4 PAPEL DO CADE

O CADE é a última e única instância, na esfera administrativa, responsável pela decisão final sobre matéria concorrencial. Assim, após receber os pareceres não vinculativos das duas secretarias (SEAE e SDE), o CADE tem a tarefa de julgar os processos. O órgão desempenha, a princípio, três papéis principais: preventivo, repressivo e educativo.

3.4.1 Papel preventivo do CADE

Corresponde basicamente à análise das alterações estruturais do mercado, apresentadas sob a forma dos atos de concentração ou qualquer outra forma que possa afetar negativamente a concorrência, ou seja, à análise das fusões,

incorporações, associações entre empresas, dentre outras. Este papel está previsto nos artigos 54 e seguintes da Lei 8884/94.

Os atos de concentração são negócios jurídicos privados entre empresas. Contudo, deve o CADE, nos termos do artigo 54 da Lei nº 8.884/94, analisar os efeitos desses negócios, em particular, nos casos em que há a possibilidade de criação de prejuízos ou restrições à livre concorrência.

Quando o negócio for considerado lesivo à livre concorrência, o CADE tem o poder de impor obrigações às empresas como condição para aprovar o negócio em análise, podendo determinar a alienação total ou parcial dos ativos envolvidos na operação (máquinas, fábricas, marcas, etc), ou até mesmo determinar a desconstituição total da operação.

3.4.2 Papel repressivo do CADE

De acordo com o previsto no artigo 20 da Lei nº 8.884/94, corresponde à análise e coibição das condutas anticoncorrenciais.

Uma série de condutas meramente exemplificativas encontra-se no artigo 21 da Lei nº 8.884/94. No exercício deste papel, o CADE tem o poder de reprimir práticas infrativas à ordem econômica, tais como: cartéis, vendas casadas, preços predatórios, acordos de exclusividade, dentre outras.

A existência de estruturas concentradas de mercado (monopólios, oligopólios, monopsônios e oligopsônios) não é considerada ilegal do ponto de vista concorrencial. Nestes casos, contudo, há maior probabilidade de exercício abusivo do poder de mercado e, portanto, maior a ameaça potencial de condutas anticompetitivas.

Muitas destas situações ocorrem em mercados regulados, nos quais as imperfeições de mercado ou mesmo aspectos relativos ao meio ambiente, integração regional, dentre outras, estão presentes e demandam regulação por parte do Estado. Nestes mercados regulados, a atuação do CADE também é de extrema importância, em conjunto com as respectivas agências reguladoras.

3.4.3 Papel educativo do CADE

Corresponde à difusão da cultura da livre concorrência. Este papel está presente no artigo 7º, XVIII, da Lei nº 8.884/94.

O CADE desenvolve este papel através da realização de seminários, cursos, palestras, da edição da Revista de Direito da Concorrência, do Relatório Anual da Gestão do Conselho, do boletim mensal “CADE Informa” e de Cartilhas. O resultado do exercício deste papel pedagógico está presente no maior interesse acadêmico pela área, na consolidação dos conceitos, na difusão das regras de livre concorrência junto à sociedade e na crescente demanda pela maior qualidade técnica das decisões.

Para o cumprimento deste papel, é essencial a parceria com instituições, tais como universidades, institutos de pesquisa, associações, órgãos do governo, tendo grande destaque o CIEE pela sua capilaridade e alcance junto ao público jovem e formador de opinião.

Neste ano foram lançados diversos materiais educativos sobre a formação de cartéis, como histórias em quadrinhos e até mesmo cartões postais. As histórias em quadrinhos são de autoria de Maurício de Souza, criador da Turma da Mônica, têm tiragem de trezentos mil exemplares e serão distribuídas em escolas de vários estados, para conscientizar as crianças sobre a importância do tema. Os cartões postais foram feitos para envio a empresas e são também disponibilizados no site na internet da SDE.

Foi criado em 2008, via decreto presidencial, o Dia Nacional de Combate a Cartéis, que é o dia oito de outubro. Neste ano, em comemoração a este dia, houve o lançamento da Enacc (Estratégia Nacional de Combate a Cartéis), evento no qual procuradores-gerais e secretários estaduais de Justiça, promotores públicos e policiais discutiram ações para otimizar a prevenção e a repressão ao crime de cartel. Ao final do encontro, foi assinada a “Declaração de Brasília”, documento que deve nortear a política de combate a cartéis do governo federal e parcerias a serem formadas com os estados. Além disso, foi realizada campanha sobre esse tema nos oito aeroportos mais movimentados do país. A SDE distribuiu cartilhas sobre o tema e orientou os viajantes sobre como denunciar o crime por meio do seu site na internet.

3.5 PENALIDADES APLICÁVEIS PELO CADE

As penalidades aplicáveis pelo CADE estão previstas nos artigos n.ºs. 23 e 24 da Lei n.º 8.884/94. Dentre outras, o CADE tem o poder de:

- Aplicar multas (de 1 a 30% do faturamento) às empresas;
- Aplicar multas de até 50% do valor aplicado à empresa, ao administrador ou responsável;
- Proibir a assinatura de contratos com instituições financeiras oficiais;
- Proibir a participação em licitações abertas pela administração pública federal, estadual, municipal e do distrito Federal, ou por entidades da administração indireta;
- Recomendar às autoridades competentes que seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator;
- Determinar a cisão da sociedade, transferência do 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.

3.6 CONVÊNIOS E ACORDOS

CADE, SDE e SEAE vem firmando acordos de cooperação e convênios com diversos órgãos e entidades para aprimorar a busca por informações e tecnologias no combate aos crimes contra a ordem econômica. Tais acordos e convênios visam também o aprimoramento técnico, mediante parcerias para formação técnico-profissional específica, considerada a escassez de mão-de-obra qualificada, em face à introdução moderna do tema - Direito da Concorrência - nas grades curriculares, tanto para a divulgação e ao aperfeiçoamento acadêmico, como para fins de intercâmbio das informações doutrinárias nas áreas jurídicas e econômicas.

São vários os acordos firmados com esses propósitos, dentre eles:

- Acordo de Cooperação Técnica-Operacional SDE e a SSP/PR Acordo entre o Ministério da Justiça, por meio da SDE, e a Secretaria de Segurança Pública do Estado do Paraná visando à cooperação técnica-operacional em matéria de defesa da concorrência.

- Acordo entre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (CADE, SDE e SEAE) e o Diretório-Geral de Concorrência da Comissão Européia (DG Competition) visando promover e fortalecer a cooperação e a coordenação entre as partes, para ampliar sua compreensão e conhecimento das atuais e futuras abordagens de políticas em suas respectivas jurisdições, nas áreas de legislação, implementação e política de concorrência.
- Acordo de Cooperação Técnica-Operacional SDE e CGU Acordo entre o Ministério da Justiça, por meio da SDE, e a Controladoria-Geral de União, visando à Cooperação Técnica e Operacional em relação à repressão a fraudes em licitações.
- Acordo de Cooperação Técnica-Operacional ANS, SDE, SEAE e CADE Acordo entre a Agência Nacional de Saúde Suplementar, a Secretaria de Direito Econômico, a Secretaria de Acompanhamento Econômico e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica
- Acordo de Cooperação Técnica-Operacional SDE e Tribunal de Contas da União.
- Acordo entre o Ministério da Justiça, por intermédio da Secretaria de Direito Econômico e da Secretaria Nacional de Justiça, e o Tribunal de Contas da União, por intermédio da Secretaria Geral de Controle Externo, visando cooperação técnica e operacional e a criação de força tarefa de combate a fraudes em licitações.
- Acordo de Cooperação Técnica-Operacional SDE e Polícia Federal Acordo entre a Secretaria de Direito Econômico e o Departamento de Polícia Federal, visando a cooperação técnica e operacional em relação a defesa da ordem econômica.
- Acordo de Cooperação Técnica-Operacional SDE e Ministério Público Federal.
- Acordo entre a Secretaria de Direito Econômico e o Ministério Público Federal, visando a cooperação técnica e operacional em relação a defesa da ordem econômica e defesa do consumidor.
- Acordo entre a Secretaria de Direito Econômico e o Ministério Público do Estado da Paraíba, visando a cooperação técnica e operacional em relação a defesa da ordem econômica.

- Acordo de Cooperação Técnica-Operacional ProCade/SDE
Confere maior organizacidae às atividades dos órgãos que compõem o SBDC, evitando redundantes sobreposições de função e visando a maior eficiência, rapidez e racionalidade na prestação do serviço público.
- Convênio de Interoperação Tecnológica nº 01/2007
Convênio de Interoperação Tecnológica entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, (Cade), a Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae) do Ministério da Fazenda e a Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça.
- Convênio entre o Banco Central do Brasil, a Secretaria de Direito Econômico e a Secretaria de Acompanhamento Econômico
Acordo entre o Banco Central do Brasil (Bacen), a Secretaria de Direito Econômico (SDE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), relativo à ação coordenada de suas atividade de análise e estudos, bem como ao intercâmbio de informações e outras atividade correlatas.
- Acordo entre a Secretaria de Direito Econômico e o Instituto Euvaldo Lodi
Acordo entre a Secretaria de Direito Econômico e o Instituto Euvaldo Lodi, visando ao desenvolvimento conjunto de cooperação científica e intercâmbio cultural relacionada à defesa da ordem econômica.
- Acordo entre a Secretaria de Direito Econômico e a Fundação Universitária José Bonifácio - UFRJ
- Acordo entre a união federal, por intermédio da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e a Fundação Universitária José Bonifácio, com interveniência da Universidade Federal do Rio de Janeiro, por intermédio do Instituto de Economia, visando ao desenvolvimento conjunto de cooperação científica e intercâmbio cultural relacionada à defesa da ordem econômica.
- Acordo entre a Secretaria de Direito Econômico e a Faculdade de Direito da PUC-SP
Acordo entre a Secretaria de Direito Econômico e a Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo visando ao desenvolvimento conjunto de cooperação científica e intercâmbio cultural relacionada à defesa da ordem econômica.

- Acordo entre a Secretaria de Direito Econômico e o Tribunal de Contas São Paulo-SP

Acordo entre a Secretaria de Direito Econômico e o Tribunal de Contas do município da cidade de São Paulo, do estado de São Paulo, visando ao aperfeiçoamento e desenvolvimento de cooperação tecnológica, científica e cultural relacionada à defesa e proteção das relações de consumo

3.6.1 O papel do Ministério Público Federal perante o CADE

O Ministério Público dá ciência nos processos sujeitos à apreciação do CADE, por intermédio de membro designado pelo Procurador-Geral da República, depois de ouvido o Conselho Superior.

O CADE poderá requerer ao Ministério Público Federal que promova a execução de seus julgados ou do compromisso de cessação, bem como a adoção de medidas judiciais no exercício da atribuição estabelecida pela LC 75/93, especialmente no que se refere à ordem econômica e financeira.

3.7 CONCEITOS JURÍDICO-ECONÔMICOS

A Lei 4.137/62, em seu art. 8º, criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), órgão com jurisdição nacional, vinculado à Presidência do Conselho de Ministros e com competência para apurar e reprimir abusos do poder econômico. Não obstante a criação do CADE e dos demais órgãos componentes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), os mesmos tiveram pouca importância no Brasil nas décadas de 1960 e 1970, por uma simples razão explicitada por Gilberto Bercovici: "...a política econômica do regime militar era francamente favorável à concentração empresarial e à formação de conglomerados." (2005:30)⁹.

Na atual ordem constitucional, no intuito de consolidar o SBDC, foi editada a Lei 8.884/94, a qual transformou o CADE em autarquia, o que proporcionou a este

⁹ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2005.

mais independência. Segundo o art. 3º da lei antitruste, o CADE é "órgão julgante com jurisdição em todo o território nacional constituído em autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal".

A Lei 8.884/94 atribui ao CADE os papéis educativo, preventivo e repressivo, estabelecendo que essas funções deverão ser exercidas segundo os ditames constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. A lei antitruste tem, portanto, como objetivo principal a tutela da concorrência no país, por meio da prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

O chamado controle de estruturas, que é a função preventiva do CADE, envolve a análise de atos de integração ou concentração econômica, de modo a avaliar o impacto desses atos sobre o mercado, determinando-se em que medida este foi prejudicado pela diminuição da concorrência ali existente. A função repressiva ou de controle de condutas, por seu turno, ocorre com a averiguação, em processo administrativo, de condutas e práticas comerciais lesivas à concorrência, podendo resultar na penalização dos agentes econômicos.

O CADE ainda tem um papel educativo, cabendo-lhe difundir a cultura da concorrência por meio de esclarecimentos ao público sobre as formas de infração à ordem econômica.

Resume-se assim o papel institucional do CADE, órgão incumbido de aplicar a Lei da Concorrência no Brasil, com o auxílio da Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça e com o apoio da Secretaria de Acompanhamento Econômico, órgão integrante do Ministério da Fazenda, sendo que esses três órgãos compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

Fixadas as competências legais do CADE, convém pesquisar sobre a natureza jurídica das decisões tomadas por ele.

É importante saber se as decisões do CADE podem ser classificadas como discricionárias ou vinculadas, pelo grau de liberdade que a lei confere à autarquia para aprovar ou não atos de concentração e para julgar processos administrativos.

Nos artigos 20 e 54 da Lei 8.884/94, embora não esteja claramente indicado como se desenvolve o processo de tomada de decisões do CADE, faz o legislador uso de conceitos jurídicos indeterminados, característica da discricionariedade para parte da doutrina.

De fato, a Lei da Concorrência traz vários conceitos jurídicos sem conteúdo pré-determinado, conforme notou Paula Forgioni, ressaltando a inexistência de critérios rígidos e determinados na lei em comento. Conforme a autora, "A Lei nº 8.884/94 não indica, de forma pormenorizada, em que situações haverá abuso de poder econômico ou em que casos haverá eliminação da concorrência como resultado da concentração do capital." (1998:195)¹⁰.

Maria Izabel Cardoso, em sua dissertação de Mestrado, também nota a utilização de conceitos jurídicos indeterminados pela Lei da Concorrência: "A simples leitura dos artigos 1º, caput, 20 e 54 da Lei 8.884/94 nos leva à conclusão de que o legislador recorreu a expressões vagas e fluidas..." (2005:48)¹¹.

A questão que se coloca é se a existência de expressões de conteúdo indeterminado na Lei 8.884/94 outorga ou não ao CADE poder discricionário no exercício de suas competências. Essa questão não é respondida de forma uníssona pela doutrina pátria, mas a maior parte defende que a aplicação prática dos conceitos indeterminados corresponde a um processo de interpretação do Direito, processo este que se inclui no campo da legalidade, comportando revisões judiciais.

O CADE, embora tenha função judicante, sendo ente administrativo, exprime atos administrativos. Para Gesner Oliveira e João Grandino Rodas, "as decisões do CADE, tanto com relação a atos de concentração, como a procedimentos administrativos, são emanações de jurisdição voluntária exercitada pela Administração Pública, sendo atos administrativos vinculados." (2005:324)¹².

Novamente, Maria Izabel Cardoso disserta que "O principal aspecto que distancia as decisões do CADE dos atos praticados com competência discricionária consiste na ausência de valoração subjetiva por parte dos integrantes daquela autarquia...". (2005:49).

Nessa mesma linha de raciocínio, esclarecem Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernández que:

"a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados é um caso de aplicação da lei, já que se trata de subsumir em uma categoria legal umas circunstâncias reais determinadas; justamente por isso é um processo regulado, que se esgota no processo intelectual de compreensão de uma realidade no sentido de que o conceito legal indeterminado tem

¹⁰ FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1998.

¹¹ CARDOSO, Maria Izabel Andrade Lima. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional no Direito da Concorrência Pós-Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: PUC-RJ, 2005.

¹² OLIVEIRA, Gesner & RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Renovar, 2005.

pretendido, processo no qual não interfere nenhuma decisão de vontade do aplicador, como é próprio de quem exerce uma potestade discricional." (1991:394).

Desta forma, quando se trata do exercício de discricionariedade há, no processo decisório, envolvimento de elementos volitivos do titular do poder.

De acordo com o ensinamento de Tércio Sampaio Ferraz Junior, a imprecisão dos conceitos não gera por si só a discricionariedade: "A vagueza e ambigüidade de certos termos dão lugar a uma distinção entre conceitos indeterminados e conceitos discricionários. Ou seja, nem sempre o vago e ambíguo gera discricionariedade." (1997:88)¹³.

O poder discricionário não está relacionado com a indeterminação dos conceitos jurídicos, mas sim com o fato do administrador público estar livre para fazer suas valorações pessoais e tomar decisões segundo os critérios subjetivos de conveniência e oportunidade.

A discricionariedade possui limites, os princípios que norteiam a administração pública, como o da moralidade, da economicidade, da eficácia, da razoabilidade, da proporcionalidade, da racionalidade, dentre outros. Além disso, o administrador público deve justificar, na motivação do ato praticado, a oportunidade, conveniência e conteúdo do ato.

O Prof. José Alfredo de Oliveira Baracho, comentando a complexidade do tema, cita a magistral lição de Garcia de Enterría¹⁴ sobre a discricionariedade:

"Garcia de Enterría entende que o exercício do poder discricionário permite uma pluralidade de soluções justas nas quais se opta entre alternativas que sejam igualmente justas para perspectiva de um melhor direito. A discricionariedade, nesse sentido, é essencial a uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas, desde que a administração possa estar perante alternativas justas, as melhores alternativas. É com esse entendimento que os modernos estudiosos do poder discricionário levantam problemas da lógica, do bom-senso que devem estar presentes no exame da atividade administrativa; elas devem ser dotadas de uma série de critérios novos, além daquela grande principiologia." (1997: 400)¹⁵.

O tema da discricionariedade se revela fascinante pelas suas múltiplas facetas, mas não cabe, no presente trabalho, desenvolvê-lo mais longamente. Basta-nos saber que o administrador público não é, em todas as horas, um mero executor da vontade da lei, mas sim que apesar de submetido ao princípio da

¹³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A relação meio/fim na teoria geral do direito administrativo. **Revista de Direito Público**, nº 61, pp. 27-33.

¹⁴ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo & FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Curso de direito administrativo. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1991.

¹⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Atos Administrativos**. Boletim de Direito Administrativo, Editora NDJ, São Paulo, Ano XIII, v. 06, Junho de 1997, p. 398-402.

legalidade, pode utilizar-se do poder discricionário - por determinação legal - para escolher quais seriam os atos que melhor atenderiam aos cidadãos, e, também, que este poder não é ilimitado, que a discricionariedade deve pautar-se sempre pelos inúmeros princípios e conceitos que regem a administração pública.

3.8 MERCADO RELEVANTE

Mercado relevante é a unidade de análise para avaliação do poder de mercado. Define a fronteira da concorrência entre as firmas.

A definição de mercado relevante leva em consideração duas dimensões: a dimensão produto e a dimensão geográfica. A idéia por trás desse conceito é definir um espaço em que não seja possível a substituição do produto por outro, seja em razão do produto não ter substituição do produto por outro, seja em razão do produto não ter substitutos, seja porque não é possível obtê-lo.

Um mercado relevante é definido como sendo um produto ou grupo de produtos e uma área geográfica em que tal produto é produzido ou vendido, de forma que uma firma monopolista poderia impor um pequeno, mas significativo e não-transitório aumento de preços, sem que com isso os consumidores migrassem para o consumo de outro produto ou o comprassem em outra região. Esse é chamado teste do monopolista hipotético e o mercado relevante é definido como sendo o menor mercado possível em que tal critério é satisfeito.

3.8.1 A importância de se definir o mercado relevante em cada caso concreto

É de vital importância a definição de mercado relevante para a análise dos casos que chegam ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, uma vez que ele é o espaço onde o poder de mercado pode ser inferido. Só se pode falar em existência de poder de mercado se for definido previamente em qual espaço ele pode ser exercido. Assim, para se caracterizar a possibilidade de exercício de poder de mercado, primeiramente é necessário que se defina qual mercado relevante é

afetado por um ato de concentração ou por uma conduta, para em seguida inferirmos se neste mercado existe probabilidade de exercício abusivo desse poder.

3.9 QUANDO OCORRE POSIÇÃO DOMINANTE

A Lei de Defesa da Concorrência determina que ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa, de tal forma que a empresa ou grupo de empresas, seja capaz de, deliberada e unilateralmente, alterar as condições de mercado.

A parcela substancial de mercado relevante que trata a lei é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) do mercado relevante em questão. Porém, dependendo do caso concreto, a Lei autoriza o CADE a alterar esse percentual para setores específicos da economia. (art. 20, §§2º e 3º).

3.10 PODER DE MERCADO

Uma empresa (ou um grupo de empresas) possui poder de mercado se for capaz de manter seus preços sistematicamente acima do nível competitivo de mercado sem com isso perder todos os seus clientes. Em um ambiente em que nenhuma firma tem poder de mercado não é possível que uma empresa fixe seu preço em um nível superior ao do mercado, pois se assim o fizesse os consumidores naturalmente procurariam outra empresa para lhe fornecer o produto que desejam, ao preço competitivo de mercado.

Se um empresa possui posição dominante em um mercado relevante não necessariamente ela possui poder de mercado. Como o conceito de poder de mercado está baseado na capacidade de uma empresa aumentar preços sem perder seus clientes, somente a existência de posição dominante não é fator

suficiente para que a empresa tenha tal capacidade de aumento unilateral de preços. Assim, a existência de posição dominante é condição necessária, mas não suficiente para a existência de poder de mercado.

3.10.1 Caracterização do poder de mercado

Caracteriza-se a existência de poder de mercado procedendo a uma análise complexa, que parte da existência de posição dominante, mas envolve ainda a investigação de outras variáveis, tais como existência de barreiras à entrada naquele mercado, a possibilidade de importações ou ainda a efetividade de competição entre a empresa que tem posição dominante e seus concorrentes. Se, mesmo tendo posição dominante em um mercado relevante, a decisão de elevação unilateral de preços por parte de uma empresa for contestada pela reação de concorrentes efetivos ou potenciais, então essa empresa não possui poder de mercado.

3.10.2 Abuso de poder econômico

É a situação de uma empresa ou grupo de empresas que utiliza seu poder de mercado para prejudicar a livre concorrência, por meio de condutas anticompetitivas. A existência de poder de mercado por si só não é considerada infração a ordem econômica. Somente se uma empresa abusa de seu poder de mercado é que ela pode vir a ser condenada com base na Lei nº 8.884/94.

3.11 CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL E CONCENTRAÇÃO VERTICAL

A concentração horizontal ocorre em operações que envolvem agentes econômicos distintos que ofertam produtos ou serviços substitutos entre si.

A concentração vertical – a concentração (ou integração) consiste na operação envolvendo agentes econômicos distintos que ofertam produtos ou serviços pertencentes a etapas diferentes da mesma cadeia produtiva.

3.12 CONCEITOS LEGAIS

3.12.1 Agente Econômico

São quaisquer pessoas físicas ou jurídicas (empresa privada ou pública, com fins lucrativos ou não, indústrias, comércio, profissional liberal, etc.) que participem como sujeito da atividade econômica, atuando isolada ou coletivamente e organizado formalmente ou não.

3.12.2 Conduta Anticoncorrencial

É qualquer prática adotada por um agente econômico, que possa, ainda que potencialmente, causar danos à livre concorrência, mesmo que o infrator não tenha tido intenção de prejudicar o mercado.

O poder de mercado por si só não é considerado ilegal, mas quando uma empresa ou grupo de empresas abusa desse poder através da adoção de uma conduta que fere a livre concorrência, então tal prática configura-se em abuso de poder econômico.

Este abuso não está circunscrito a um conjunto restrito de práticas específicas, uma vez que a análise sobre a possibilidade de uma conduta causar dano à concorrência é complexa e são muitos os fatores analisados para que se possa caracterizar uma prática como abuso. Por isso, a legislação é ampla, permitindo a atuação do CADE para reprimir as condutas que, após investigação, possam ser caracterizadas como danosas à concorrência.

A Resolução nº 20/99 do CADE estabelece, de forma didática, uma série de condutas que podem vir a ser consideradas como restritivas à livre concorrência.

3.12.3 Averiguações Preliminares

São tratadas nos artigos 30 e 31 da Lei nº 8.884/94 e ocorrem no âmbito da SDE e tem o objetivo de coletar indícios de práticas prejudiciais ao mercado. Elas

podem ser instauradas a partir de uma denúncia ou até mesmo por ofício pela própria SDE, sempre a critério do Secretário de Direito Econômico.

As averiguações preliminares poderão ter andamento sob sigilo, por determinação do Secretário de Direito Econômico.

Em caso da não confirmação dos indícios, as averiguações preliminares serão arquivadas. Nesta hipótese haverá recurso obrigatório ao CADE. Esse recurso obrigatório da SDE para o CADE é denominado de recurso de ofício. Nesse caso, o CADE pode fazer diligências complementares e, caso entenda que há indícios de infração, determinar a abertura de um processo administrativo, retornando os autos à Secretaria de Direito Econômico para continuidade da investigação, ou mesmo, ao acreditar que a instrução não se encontra satisfatoriamente completa, solicitar a devolução da Averiguação Preliminar à SDE para reinstrução.

Caso a SDE conclua durante a análise da averiguação preliminar pela existência de indícios de infração à ordem econômica, ela, de imediato, determinará a abertura de um processo administrativo.

3.12.4 Processo Administrativo no SBDC

É instaurado quando já existem fortes indícios de práticas lesivas ao mercado, quer tenham sido constatadas em averiguações preliminares ou mesmo de imediato, caso estes indícios possam ser constatados desde logo. Poderá, também, ter início mediante representação do Congresso Nacional, ou de qualquer de suas Comissões.

Cabe à SDE determinar a abertura de um processo administrativo. Nessa fase o processo é público, a não ser que a empresa representada peça sigilo para algumas informações, desde que econômica e juridicamente fundamentado, e a critério do órgão responsável pela investigação. Além disso, nesta fase, é oferecida a oportunidade de ampla defesa e contraditório, como determina a Constituição Federal.

Após a devida instrução, o processo é remetido ao CADE para julgamento. Os artigos de números 32 a 51 da Lei 8.884/94 tratam dos procedimentos para a instrução e julgamento dos processos administrativos.

A confidencialidade de documentos e informações que envolvam estratégias e conhecimentos de mercado existe para que se preservem os interesses das empresas envolvidas e se impeça que terceiros de má-fé requeiram processos apenas com o intuito de se obter informações acerca do concorrente. Cabe ao interessado requerer a confidencialidade que desejar, cuja solicitação será analisada pelo Conselheiro-Relator, nos termos do Regimento Interno do CADE.

3.12.5 Procedimento em casos de suspeita de atos prejudiciais à concorrência

As denúncias devem ser encaminhadas à SDE ou ao CADE. De preferência, mas não necessariamente, tal denúncia deve ser feita de forma detalhada, sendo acompanhada de documentos que possam orientar sua avaliação. Caso se conclua pela existência de indícios suficientes da conduta anticoncorrencial, o Secretário da SDE instaura processo (averiguação preliminar ou processo administrativo), para que sejam iniciadas as investigações.

Podem ser feitas em caráter informal, por telefone, fax e até por e-mail, inclusive contendo fitas cassete, fitas de vídeo, folhetos de publicidade, recortes de jornais e revistas, enfim, tudo o que puder servir como prova, desde que legalmente obtida.

Deve-se observar que as denúncias relativas a condutas comercialmente desleais entre particulares, que não afetam a dinâmica concorrencial mais geral, ou que seu efeito se limite apenas às relações de compra e venda, sem impactos para a concorrência, não são de competência do CADE, devendo ser encaminhadas aos órgãos de defesa do consumidor, ao órgão que tenha competência específica relativa ao caso concreto ou, ainda, ao próprio poder judiciário.

3.13 ATOS DE CONCENTRAÇÃO

Quando uma operação resultar em participação superior a 20% do mercado relevante, ou no caso de pelo menos um dos grupos de empresas envolvidos na operação tenha obtido faturamento igual ou superior a quatrocentos milhões anuais

no Brasil, a operação deve ser, obrigatoriamente, apreciada pelo CADE. Estes critérios para notificação dos atos de concentração estão definidos no §3º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94.

As partes envolvidas no ato de concentração devem apresentá-lo em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à SEAE.

Atualmente, o valor da Taxa Processual incidente sobre a notificação de atos de concentração é de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), repartindo-se equitativamente o produto de sua arrecadação entre o CADE, a SDE e a SEAE. Esta Taxa foi instituída pela Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999, com nova redação dada pela Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000.

A SEAE tem 30 dias para emitir seu parecer técnico e a SDE mais 30 dias. A seguir, o processo é encaminhado ao CADE que deve deliberar dentro de 60 dias, conforme prevê o § 6º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94.

Estes prazos, porém, são suspensos para requisição de informações, o que pode prolongar os períodos de instrução e julgamento.

A partir de fevereiro de 2002, o tempo de instrução e julgamento dos atos de concentração, a SEAE e a SDE, com o apoio do CADE, instituíram, o procedimento simplificado para tratamento sumário de atos de concentração, objetivando a redução do tempo de instrução e conseqüente tramitação dos casos que não oferecem preocupações do ponto de vista concorrencial, pela simplificação dos procedimentos, possibilitando maior alocação de tempo aos casos mais complexos.

A Lei n.º 8.884/94, em seu artigo 54, estabelece que todos os atos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência, ou dominar mercados relevantes de bens e serviços, devem ser submetidos à apreciação do CADE. Assim, para serem consideradas juridicamente válidas, tais operações ficam condicionadas à aprovação pelo CADE.

O objetivo de tais atos é aumentar a eficiência dos agentes econômicos, por meio da redução dos custos de logística e distribuição, ou do ganho de escala nas operações, ou nas economias de custo decorrente da produção de diferentes produtos com os mesmos ativos produtivos. No entanto as mesmas operações que geram eficiências podem elevar a probabilidade de práticas anticompetitivas unilaterais ou coordenadas. Se o efeito líquido esperado for negativo, o CADE pode aprovar o ato apenas sob determinadas condições, ou até mesmo determinar a sua desconstituição.

3.14 CONDUTAS LESIVAS À CONCORRÊNCIA

Uma conduta é considerada infração à ordem econômica, de acordo com o artigo. 20 da Lei nº 8.8884/94, quando sua adoção tem por objeto ou possa acarretar os seguintes efeitos, ainda que só potencialmente: limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência; aumentar arbitrariamente os lucros do agente econômico; dominar mercado relevante de bens ou serviços; ou quando tal conduta significar que o agente econômico está exercendo seu poder de mercado de forma abusiva.

A tipificação de uma infração à ordem econômica ocorre independentemente de culpa e pode ser configurada ainda que os efeitos nocivos sejam somente potenciais.

Quando a conquista de mercado (“dominar mercado relevante de bens e serviços”) é resultante de processo natural decorrente da maior eficiência do agente econômico em relação a seus concorrentes, a conduta é considerada perfeitamente legal do ponto de vista da defesa da concorrência.

3.14.1 Conduta que pode caracterizar infração à ordem econômica

O art. 21 da Lei nº 8.884/94 elenca algumas condutas que podem caracterizar infração à ordem econômica, na medida em que configurem hipótese de efeitos anticoncorrenciais prevista no art. 20. Como este último artigo da Lei estabelece que são infrações à ordem econômica os atos sob qualquer forma manifestados que tenham efeitos anticoncorrenciais, o art. 21 estabelece uma lista exemplificativa e não exaustiva de condutas que têm a possibilidade de causar tais danos à concorrência. Se tais condutas realmente terão esse efeito quando adotada é uma questão a ser analisadas caso a caso.

Entre as condutas exemplificativas do art. 21, podemos citar, dentre outras:

- 1- Cartel
- 2- Preços predatórios
- 3- Fixação de preços de revenda
- 4- Restrições territoriais e de base de clientes

- 5- Acordos de exclusividade
- 6- Venda casada
- 7- Discriminação de preços.

4 CARTEL

Neste capítulo pretende-se apresentar o cartel, um acordo explícito ou implícito entre agentes econômicos que ofertam produtos substitutos, visando elevação de preços e lucros por meio da divisão de mercado, da combinação de preços, da divisão de cotas de produção, do controle das quantidades produzidas/distribuídas ou da divisão territorial para, por meio de ação coordenada entre concorrentes, eliminar a concorrência, com o conseqüente aumento de preços e redução de bem-estar para o consumidor. Segundo estimativas da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), os cartéis geram um sobrepreço estimado entre 10 e 20% comparado ao preço em um mercado competitivo.

Qualquer ato que tenha por objeto limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa pode ser considerado ilícito administrativo, além de poder configurar crime. Os setores atingidos por essa prática são os mais variados possíveis, desde o mercado de suco de laranja até o de aviação.

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

Os que se envolvem em cartéis sabem que estão cometendo um ilícito e, por isso, se valem de manobras que criam obstáculos à sua detecção. A comunicação entre os membros do cartel ocorre, costumeiramente, de maneira sigilosa e com poucos rastros, o que dificulta o acesso à prova documental. Daí decorre a importância de um Programa de Leniência que, ao conceder benefícios a um membro do cartel em troca de cooperação, permite a identificação e punição da prática que traz prejuízos substanciais ao consumidor brasileiro¹⁶.

¹⁶<http://www.mj.gov.br/sde/main.asp?Team=%7B51A08827%2D4F0E%2D4A4E%2D8D62%2DA1FAEFA848CB%7D> Texto extraído em: 10/ago/2009.

O combate a cartéis passou a ser o foco do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência desde 2003 por ser a conduta anticompetitiva que mais danos diretos traz ao consumidor. Atualmente, há aproximadamente 300 investigações de cartel em curso na SDE. A SDE, via Advocacia-Geral da União, vem obtendo autorização judicial para conduzir operações de busca e apreensão para obter provas diretas em cartel. De 2003 a 2005, foram cumpridos 11 mandados de busca e apreensão, em 2006, 19 mandados foram cumpridos e em 2007, um total de 84 mandados foram cumpridos.

No âmbito administrativo, empresa condenada pelo CADE por prática de cartel poderá pagar multa de 1 a 30% de seu faturamento bruto no ano anterior ao início do processo administrativo que apurou a prática. Por sua vez, os administradores da empresa direta ou indiretamente envolvidos com o ilícito podem ser condenados a pagar uma multa entre 10 a 50% daquela aplicada à empresa. Outras penas acessórias podem ser impostas como, por exemplo, a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e de parcelar débitos fiscais, bem como de participar de licitações promovidas pela Administração Pública Federal, Estadual e Municipal por prazo não inferior a cinco anos.

Cartel, além de ser um ilícito administrativo, é crime punível com pena de 2 a 5 anos de reclusão ou multa, nos termos da Lei nº. 8.137/90. Para garantir que diretores e administradores sejam punidos criminalmente, a SDE vem incrementando de forma significativa a cooperação com a Polícia Federal, Polícias Civis e Ministérios Públicos Federal e Estaduais. Por exemplo, da cooperação resultante entre a SDE e o Ministério Público do Estado de São Paulo, número significativo de indivíduos enfrentam ou enfrentaram processo penal por crime de cartel. Em 2005, 2 pessoas foram temporariamente detidas por crime de cartel e em 2007 esse número chegou a 30 indivíduos. Hoje há pelo menos 100 administradores no Brasil que enfrentam processos criminais por prática de cartel. Ao todo, 29 executivos já foram condenados no Brasil por crime de cartel, sendo que em relação a 19 deles, a decisão já é final (não há recurso pendente). As penas de prisão aplicadas superaram 5 anos e meio, em vista de agravantes aplicadas pelo Poder Judiciário.

Participantes de cartéis que queiram denunciar a prática e colaborar com as investigações e, assim, obter imunidade administrativa e criminal devem procurar a SDE para firmar um Acordo de Leniência.

O primeiro cartel punido pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência nos termos da Lei n. 8.884/94 foi o chamado “cartel do aço”. Em 1999, CSN, Cosipa e Usiminas foram condenadas pelo CADE a pagar multa de mais de R\$50 milhões por prática de cartel na comercialização de aço plano comum. O aumento paralelo de preços e a ocorrência de uma reunião entre os concorrentes anterior ao efetivo aumento foi considerada prova suficiente para a condenação. Foi instaurada ainda ação penal contra os dirigentes das empresas, ainda pendente de julgamento final.

Após essa condenação, muitas outras se seguiram, como a condenação do “cartel dos estaleiros” (2001), “cartel na revenda de combustíveis em Goiânia e Florianópolis” (2002), “cartel das companhias aéreas” (2004), “cartel das britas” (2005), “cartel dos jornais do Rio de Janeiro” (2005), “cartel dos vergalhões de aço” (2005), “cartel das auto-escolas de Santos” (2006), “cartel das vitaminas” (2007), “cartel dos genéricos” (2007), “cartel dos vigilantes do Sul” (2007) e “cartel dos frigoríficos” (2007). A primeira operação de busca e apreensão para instruir uma investigação de cartel no Brasil foi realizada em 2003 no Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo (Sindipedras). A operação ficou conhecida como “cartel das britas”. A SDE, munida de autorização judicial, ingressou na sede do Sindipedras e apreendeu cinco computadores, um laptop e vinte e sete caixas de documentos, como atas e memórias de reuniões, súmulas, manuais, flip charts, planilhas, recibos, editais e discos rígidos de computadores.

Com base no material apreendido, foi instaurado processo administrativo contra o Sindicato e as empresas que atuavam no mercado de britas na região metropolitana de São Paulo, inclusive grandes grupos, como Mendes Junior S/A, Holdercim Brasil S/A (atual Holcim), Reago Indústria e Comércio S/A (Grupo Camargo Correa), Mineração Britabrás (Grupo Lafarge) e Constran S/A. Em novembro de 2004, a SDE emitiu seu parecer, pedindo a condenação do Sindipedras e 19 empresas envolvidas. Em julho de 2005, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) concluiu pela existência do cartel, com a aplicação de multas, que variaram de 15 a 20% do faturamento bruto das empresas envolvidas, dependendo de seu envolvimento no cartel.

O caso marcou o início do endurecimento do combate a cartéis no Brasil, tanto na investigação quanto na punição da prática. O Ministério Público de São Paulo, com base nas provas levantadas pela SDE, denunciou dezesseis dirigentes das empresas. Desde então, a SDE tem atuado em contínua cooperação com a

Polícia Federal e Ministérios Públicos, de modo a garantir que cartéis sejam desmantelados e seus dirigentes sejam devidamente punidos, tanto na esfera administrativa quanto criminal.

Os cartéis internacionais podem ser punidos no Brasil, desde que sejam comprovados os efeitos do cartel no território brasileiro. Cartéis internacionais, formados entre grandes empresas multinacionais com atividades em diversos países, são investigados e punidos por autoridades de defesa da concorrência de diversos países. Caso clássico foi o cartel das vitaminas. Entre 1989 e 1999, as oito maiores empresas fabricantes de vitaminas (incluindo BASF, Hoffman-La Roche, Aventis e Solvay) dividiram o mundo em regiões de atuação e fixando artificialmente os preços de vitaminas como A, B, C e E. O CADE, após investigação da SDE, puniu a conduta em 2007 em quase R\$15 milhões. O mesmo cartel já sofreu multas de mais de US\$2 bilhões em outros países. Outros cartéis internacionais com efeitos no Brasil estão atualmente em investigação na SDE.

4.1 PROCESSO PARA INVESTIGAÇÃO DE CARTEL

O processo para investigação de um cartel funciona da seguinte maneira:

- a) O Secretário de Direito Econômico especifica os fatos a serem apurados e notifica o acusado para apresentar defesa no prazo de quinze dias;
- b) A Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda é informada da instauração do processo administrativo para emitir parecer sobre as matérias da sua especialização, caso ache necessário;
- c) É assegurado ao acusado amplo acesso aos autos, para que seu titular, diretores, gerentes ou advogado façam o devido acompanhamento do caso;
- d) O acusado que, mesmo tendo sido notificado, não apresentar defesa no prazo legal, será considerado revel, ou seja, assume-se que ele aceita os fatos colocados contra ele na denúncia;
- e) Decorrido o prazo de apresentação da defesa, a SDE pede a realização de diligências e a produção de provas de seu interesse, sendo possível também requisitar do acusado, de quaisquer pessoas físicas ou jurídicas e dos órgãos e

entidades da administração pública, informações, esclarecimentos ou documentos;

- f) O acusado poderá apresentar provas, juntar documentos, bem como requerer depoimentos de testemunhas;
- g) Concluída a instrução processual, o acusado é notificado para apresentar alegações finais. Após essa etapa o Secretário de Direito Econômico emite um parecer da Secretaria e o remete ao CADE para julgamento, caso seja configurada infração à ordem econômica. Se não for configurada a infração, também é enviado um parecer ao CADE sugerindo o arquivamento dos autos;
- h) Em caso de investigação sobre formação de cartel não existe recurso contra a decisão da SDE.

A Lei n. 8.884/94, com a alteração da Lei n. 11.482/2007, permite que empresas e pessoas físicas investigadas por formação de cartel possam suspender o processo administrativo por meio da assinatura do chamado "Termo de Compromisso de Cessação de Prática" (TCC). No caso de cartel, a lei estabelece que deve haver contribuição pecuniária de ao menos 1% do faturamento bruto da empresa no ano anterior ao do início da investigação. Para a pessoa física, o mínimo equivale a 0,1% do mesmo faturamento. Nas investigações iniciadas por meio de um acordo de leniência, o CADE exige a confissão de culpa para realizar o acordo. As informações sobre a negociação dos TCCs estão contidas na Resolução n. 46/2007 do CADE. A SDE emite pareceres ao CADE a respeito das propostas de celebração dos TCCs.

4.2 ACORDO DE LENIENCIA

Como a prática de cartel é algo extremamente difícil de provar, o direito brasileiro foi buscar nas leis norte-americanas um mecanismo que criasse instabilidade nos mesmos. Instalou-se no direito pátrio, por intermédio da lei 10.149 o chamado "acordo de leniência". Este acordo fornece ao primeiro membro do acordo ilícito a possibilidade de denunciá-lo, contando com o benefício de redução de pena ou extinção da ação punitiva pela administração pública. Entretanto, para funcionar plenamente, este mecanismo ainda deve contar com pressupostos

importantes que devem ser amadurecidos, como a consciência plena da ilicitude somada ao claro receio de punição.

O Programa de Leniência foi introduzido no Brasil em 2000 e permite que um participante de cartel ou de outra prática anticoncorrencial coletiva denuncie a prática às autoridades antitruste e coopere com as investigações e receba, por isso, imunidade antitruste administrativa e criminal, ou redução das penalidades aplicáveis. A Secretaria de Direito Econômico (SDE) é a autoridade competente para negociar e assinar o “Acordo de Leniência”.

Requisitos: É necessário que a empresa ou pessoa física (i) seja a primeira a se apresentar à SDE com respeito à infração e confesse sua participação no ilícito; (ii) coopere plenamente com as investigações e a cooperação resulte na identificação dos outros membros do cartel e na obtenção de provas da conduta; (iii) cesse completamente seu envolvimento na infração; e (iv) não tenha sido a líder da infração. Além disso, a SDE não pode dispor de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo.

Benefícios: Imunidade administrativa total ou parcial a depender se a SDE tinha ciência da conduta anticompetitiva no momento em que a parte confessou o ilícito. Se a SDE não tinha ciência, a imunidade administrativa será total. Se a SDE já tinha conhecimento da conduta mas não dispunha de provas para assegurar a condenação, a empresa ou pessoa física receberá redução de um a dois terços da penalidade aplicável, a depender da efetividade da cooperação e da boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência. O acordo de leniência também garante imunidade criminal dos dirigentes e administradores da empresa beneficiária do acordo, desde que eles assinem o acordo e observem os requisitos listados acima.

Sistema de “Senhas” (“Marker”): O interessado pode “reservar o seu lugar na fila” na condição de que ele apresente as informações e documentos requisitados pela SDE em no máximo 30 dias. Para garantir a senha, o interessado deve apresentar dados, ainda que parciais, sobre “O que?”, “Quem”, “Onde” e “Quando”.

Proposta Oral: O interessado poderá apresentar proposta oral à SDE, que irá então elaborar termo único a ser preservado pelo interessado.

Fase de Negociação Confidencial: A fase de negociação é de 6 meses, prorrogáveis por outros 6 meses, a critério da SDE, desde que não haja outro

candidato à leniência para o mesmo cartel. Apenas a Secretária de Direito Econômico e seu Chefe de Gabinete participam na fase de negociação. Se nenhum acordo for celebrado, todos os documentos referentes à negociação são devolvidos à parte.

Leniência Plus: Eventual interessado que não se qualificar para um acordo de leniência para um determinado cartel, mas fornecer informações acerca de um outro cartel sobre o qual a SDE não tenha conhecimento, poderá obter todos os benefícios da leniência em relação à segunda infração e redução de um terço da pena que lhe seria aplicável com relação à primeira infração.

Incremento da Persecução Criminal: Desde 2003, a persecução criminal de cartel tornou-se prioridade no Brasil e a SDE tem cooperado intensamente com Ministérios Públicos e Polícia Federal para garantir que dirigentes e administradores das empresas que não assinarem acordos de leniência sejam condenados por crime de cartel, com pena máxima de reclusão de cinco anos.

O Programa de Leniência tem sido extremamente importante para os esforços de combate a cartéis da SDE. Alguns elementos são indicativos desse fato: aproximadamente 10 acordos de leniência foram assinados desde 2003, e outros estão sendo negociados atualmente, incluindo com membros de cartéis internacionais. Como reflexo disso, o número de mandados de busca e apreensão tem aumentado significativamente: de 2003 a 2005, 11 mandados foram cumpridos e 2 pessoas foram temporariamente presas, em 2006, 19 mandados foram cumpridos, e, em 2007, 84 mandados foram cumpridos e 30 pessoas foram temporariamente presas por suspeita de participação no ilícito de cartel."

4.3 CARTÉIS DE COMBUSTÍVEIS

As denúncias de prática de cartel na revenda de combustível respondem por um terço do total das denúncias recebidas pela SDE, sendo que atualmente a SDE investiga aproximadamente 130 cartéis de combustíveis. É sabido que o setor de combustíveis é propenso à cartelização por ter características como produto homogêneo, semelhança dos custos, barreiras regulatórias e atuação ativa por parte

de Sindicatos de forma a auxiliar na uniformização ou coordenação das condutas comerciais de seus filiados.

A despeito de configurar indício de prática anticompetitiva, o mero paralelismo de preços entre postos de gasolina não é suficiente para garantir a configuração de cartel punível nos termos da Lei n. 8.884/94. É necessário que outros indícios, preferencialmente provas diretas, como atas de reunião com fixação de preço e gravações de escuta telefônica, sejam apresentados para garantir a condenação.

Com relação à atuação dos sindicatos e associações de postos de gasolina, é necessário que estes ajam de forma especialmente cautelosa para que não sirvam de instrumento para auxiliar na uniformização ou coordenação das condutas comerciais de seus filiados. Órgãos de classe não podem encobrir reuniões realizadas pelos postos de gasolina com o objetivo de combinarem suas condutas, constituindo-se, assim, em uma base para a troca de informações comercialmente sensíveis. Tampouco podem sinalizar futuros aumentos de preços para o mercado nem comprometer-se a fiscalizar a conduta dos membros do cartel para evitar deserções.

Por cartel se configurar também conduta criminal, a SDE tem atuado em cooperação com a SEAE, os Ministérios Públicos Estaduais e Federal e Polícia Federal de modo a obter provas diretas do ilícito. Em maio de 2007, a SDE, em cooperação com a SEAE, a Polícia Federal e o Ministério Público Estadual deflagraram operação conjunta em João Pessoa e Recife para obter provas de cartel no mercado de revendedoras de combustíveis. A operação envolveu 190 agentes, que atuaram em 26 locais de busca e cumpriram 16 mandados de prisão. A operação foi chamada de “Pacto 274” e o material apreendido integrou tanto o processo administrativo perante o SBDC quanto os processos criminais. Em agosto de 2007, foi a vez de Londrina (PR). A ação coordenada da SDE, SEAE e Polícia Civil possibilitou que fossem obtidas provas de cartel na região. A operação recebeu o nome de “Medusa III” e foram cumpridos 44 mandados de busca e apreensão, com a prisão de 14 pessoas.

O CADE já condenou cartel no mercado de revenda de combustíveis nas cidades de Florianópolis (SC), Goiânia (GO), Brasília (DF), Lages (SC), Belo Horizonte (MG) e Recife (PE).

Desde 2006, a SDE incorporou de forma sistemática em sua análise a metodologia econômica desenvolvida pela SEAE para apurar se há cartel em um determinado mercado. Nessa metodologia são observados: (i) a evolução temporal da margem de revenda municipal; (ii) a correlação entre a margem de revenda e a variabilidade dos preços de revenda; e (iii) a correlação entre as margens municipal e estadual. Somente a partir desses elementos é que as investigações são aprofundadas e diligências suplementares são requeridas.

4.4 PREÇO PREDATÓRIO

Prática deliberada de preços abaixo do custo – a Resolução nº 20 do CADE define, mais precisamente, como preço abaixo do custo variável médio – visando eliminar concorrentes para, posteriormente, explorar o poder de mercado angariado com a prática predatória.

Como a venda de produtos abaixo do custo significa prejuízo para a empresa que adota a prática de preços predatórios, do ponto de vista econômico essa prática só faz sentido se a empresa puder recuperar tal prejuízo em um segundo momento, ou seja, se ele tiver como obter lucros extraordinários após a eliminação de seus concorrentes.

A prática de preços predatórios requer uma análise mais detalhada das situações de mercado e da conduta do agente, não se restringindo à verificação de um preço abaixo do custo médio variável da empresa, mas também se avaliando, dentre outras coisas, a possibilidade de recuperação do prejuízo decorrente da prática, num segundo momento, e a verificação de barreiras à entrada de novos agentes econômicos que possam restringir o exercício do poder de monopólio, após a eliminação dos concorrentes.

4.5 FIXAÇÃO DE PREÇOS DE REVENDA

O produtor estabelece, mediante contrato, o preço a ser praticado pelos distribuidores/revendedores. A fixação de preços pode muitas vezes ser abusiva e limitar a concorrência entre esses agentes econômicos. Mais uma vez, a prática deve ser avaliada do ponto de vista de sua racionalidade econômica e dos efeitos positivos e negativos que tal prática pode gerar sobre a concorrência.

4.6 RESTRIÇÕES TERRITORIAIS E DE BASE DE CLIENTES

O produtor estabelece limitações quanto à área de atuação dos distribuidores/revendedores, restringindo a concorrência e a entrada em diferentes regiões. Tal conduta, apesar de ser prática comercial comum, pode ser utilizada como instrumento de formação de cartéis e de elevação unilateral do poder de mercado. Mais uma vez, deve-se analisar a razoabilidade econômica da conduta e o poder de mercado da empresa, sempre sob a ótica dos efeitos a serem coibidos, conforme previstos no artigo 20 da Lei de Defesa da Concorrência.

As restrições intramarcas (entre distribuidores da mesma marca) podem ser benéficas, se resultarem em acirramento da concorrência entre marcas (marcas concorrentes). Deve-se analisar a razoabilidade econômica da conduta e o poder de mercado da empresa, sob a ótica dos efeitos a serem coibidos, conforme previstos no artigo 20 da Lei de Defesa da Concorrência.

4.7 ACORDOS DE EXCLUSIVIDADE

Os compradores de determinado bem ou serviço se comprometem a adquiri-lo com exclusividade de determinado vendedor (ou vice-versa), ficando, assim, proibidos de comercializar os bens dos rivais. Tais acordos podem trazer efeitos nocivos à livre concorrência, devendo, novamente, ser analisados considerando-se a razoabilidade econômica da conduta e o poder de mercado da empresa, sob a ótica dos efeitos a serem coibidos, conforme previstos no artigo 20 da Lei de Defesa da Concorrência.

4.8 VENDA CASADA

O ofertante de determinado bem ou serviço impõe, para a sua venda, que o comprador adquira um outro bem ou serviço. O efeito anticoncorrencial mais visível seria a tentativa de alavancar poder de um mercado a dominar outro, eliminando concorrentes.

O exemplo mais conhecido de venda casada é o processo movido nos Estados Unidos pelo órgão de defesa da concorrência norte-americano, a FTC – Federal Trade Commission, contra a Microsoft, em razão de a empresa vender seu programa de acesso para internet, o Internet Explorer incluído no pacote do Sistema Operacional da Microsoft, o chamado Windows, sem opção para que o consumidor adquirisse exclusivamente o Windows.

No entanto, a venda casada pode envolver aspectos de eficiência e da mesma forma que outras práticas deve-se analisar a razoabilidade econômica da conduta e o poder de mercado da empresa, sob a ótica dos efeitos a serem coibidos, conforme previstos no artigo 20 da Lei de Defesa da Concorrência.

4.9 DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS

O produtor utiliza o seu poder de mercado para fixar preços diferentes para o mesmo produto ou serviço, discriminando-os entre compradores, de forma a se apropriar de parcela do excedente do consumidor e assim elevar os seus lucros.

Há casos em que a prática de preços diferentes por razões específicas é uma política comercial legítima em que agentes econômicos desiguais são tratados de maneira desigual (como, por exemplo, a prática de descontos por volume consumido ou para determinado perfil de consumidores, como descontos para entradas de cinema para estudantes e idosos). Mas há casos em que pode ser uma forma de financiar estratégias predatórias por meio de subsídios cruzados, devendo tal prática ser coibida.

4.10 O “LÍDER DO CARTEL”

O Programa de Leniência veda a concessão dos benefícios àquele que tenha estado à frente da conduta relatada, i.e., for reconhecido como o “líder” do cartel. Ao determinar se um participante do cartel é ou não o “líder” da prática, a SDE considerará devidamente os papéis exercidos por cada um dos membros do cartel.

A SDE reconhece que em muitos cartéis não é possível identificar facilmente seu líder. O mero fato de uma empresa ter agendado uma reunião ou mantido arquivos do cartel não necessariamente a desabilita como potencial beneficiária do Acordo de Leniência. Além disso, não haverá um líder do cartel se duas ou mais partes desempenharam papéis equivalentes no funcionamento da prática, nenhuma tendo se sobressaído em sua organização. Por fim, o fato de uma empresa ser a líder de mercado não significa, necessariamente, que seja a líder do cartel¹⁷.

4.11 MATÉRIAS SOBRE O TEMA CARTEL

4.11.1 Combate à prática de cartel se intensifica no país

Segundo a Agência Estado:

Considerada uma das práticas mais nocivas à livre concorrência, o cartel começa a ser combatido com firmeza no Brasil. De acordo com a Secretaria de Direito Econômico (SDE), existem hoje mais de 100 executivos sendo processados criminalmente por práticas de cartelização, como combinação de preços ou divisão de mercado entre concorrentes nos mais diversos setores da economia.

Só em 2008 foram deflagradas cinco operações de combate a cartéis, que resultaram em 93 mandados de busca e apreensão e na prisão de 53 pessoas. No ano anterior, outras cinco operações levaram 30 pessoas à cadeia (prisão temporária), depois de 84 mandados. Os números representam um salto em relação aos anos anteriores. De 2003 a 2006 inclusive, foram sete operações, com 31 mandados e duas prisões temporárias. Antes disso, houve apenas um grande caso, o cartel do aço, condenado em 1999.

Apesar de ser considerado crime no Brasil desde 1990, com pena de multa ou até cinco anos de prisão, as investigações de cartel ganharam fôlego nos últimos seis anos com a introdução do programa de leniência - quando um participante de cartel denuncia os

¹⁷<http://www.mj.gov.br/sde/main.asp?Team=%7B51A08827%2D4F0E%2D4A4E%2D8D62%2DA1FAEFA848CB%7D>. Texto extraído em 10 ago/2009

demais em troca de imunidade - e a celebração de um convênio entre a SDE e o Ministério Público e a Polícia Federal. Até então, o foco dos órgãos antitrustes era a avaliação de atos de concentração, com fusões e aquisições. (www.parana-online.com.br em 23/03/2009 as 12:38. Atualizado em 24/03/2009 às 12.08)

4.11.2 Justiça bloqueia R\$ 40 milhões de réus da Operação Jaleco

Agência Estado:

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1) bloqueou nesta sexta-feira (13) o equivalente a R\$ 40 milhões em bens - imóveis, embarcações e aeronaves - de 38 réus envolvidos na Operação Jaleco, deflagrada pela Polícia Federal em 2007 e que desarticulou um grupo acusado de fraudar licitações públicas na Bahia nas áreas de limpeza e vigilância. Com a medida, os réus não podem se desfazer desses bens até o julgamento do caso.

O pedido de bloqueio temporário partiu do Ministério Público Federal (MPF), sob a alegação de que a medida pretende garantir o ressarcimento do prejuízo causado aos cofres públicos pelas fraudes. O MP também requereu ao TRT que as empresas envolvidas no esquema não participem de processos licitatórios no Estado. No entanto, o juiz que decidiu pelo bloqueio argumentou que proibir a participação das empresas "implicaria antecipar providências que decorrem do julgamento do caso".

A Operação Jaleco Branco resultou na apreensão de 18 veículos e a prisão do presidente do Tribunal de Contas do Estado da Bahia (TCE-BA), Antonio Honorato de Castro Neto, e 15 acusados de fraudes em licitações no Estado. Em dez anos, a quadrilha teria provocado um prejuízo de R\$ 625 milhões aos cofres públicos, segundo a Polícia Federal. Os fraudadores se beneficiavam de contratos emergenciais que continham vícios e superfaturamento de preço, formação de cartel e utilização de empresa de fachada. (www.parana-online.com.br em 23/03/2009 as 12:38. Atualizado em 24/03/2009 às 12.08)

4.11.3 MPE diz ter provas contra máfia da merenda

Agência Estado:

O Ministério Público Estadual (MPE) diz ter obtido provas do pagamento de propina da máfia de merenda para seis administradores de cidades do Estado de São Paulo. Testemunhas contaram que o modo de agir dos fraudadores seria sempre o mesmo: um lobista procura o prefeito ou o secretário responsável pela merenda na cidade e lhe oferece 10% de propina.

As provas fazem parte da investigação criminal que estava sob sigilo até que o desembargador Francisco Roberto Alves Bevilacqua, do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP), concedeu liminar para a empresa SP Alimentação tivesse acesso aos autos da apuração. A SP Alimentação é uma das seis empresas investigadas há quase dois anos sob a suspeita de formar cartel (conluio entre empresas para manipular preço e eliminar concorrentes).

A investigação aberta pela Promotoria de Defesa do Patrimônio Público da capital e pelo Grupo de Atuação Especial de Repressão à Formação de Cartel e à Lavagem de Dinheiro (Gedec) mira tanto fornecedoras de merenda terceirizada da Prefeitura quanto de outras cidades do Estado. A apuração também tem como alvo servidores suspeitos de terem recebido propina para favorecer empresas e fraudes no cumprimento de cláusulas contratuais.

Custos

O Estado mostrou ontem que o orçamento do governo estadual para merenda é de R\$ 202 milhões e o da Prefeitura, de R\$ 464 milhões. O Estado fornece 1 milhão de refeições por dia em 21 cidades e ajuda no fornecimento de outras 2 milhões por dia para 519 municípios. A Prefeitura, por sua vez, fornece 1,6 milhão de refeições por dia. Seu custo seria de R\$ 1,45 por refeição enquanto o Estado - nas refeições em que ele se responsabiliza por 100% das merendas - seria de R\$ 0,42 (no caso de se dividir o número de refeições pelo dinheiro a ser gasto) ou de R\$ 0,65 (número divulgado pela Secretaria Estadual da Educação). A Secretaria Municipal da Educação diz que a comparação é "impossível", pois os níveis educacionais atendidos são distintos. (www.parana-online.com.br em 09/07/2009 as 10:10. Atualizado em 09/07/2009 às 09:33)

4.11.4 Para autoridades internacionais Brasil é modelo no combate a cartéis

Brasília, 04/06/09 (MJ) – O programa de combate a cartéis implementado pelo governo brasileiro é o modelo a ser seguido por países que desejam sucesso neste tipo de prática. A afirmação foi feita nesta quinta-feira (4), em Zurique (Suíça), pelo presidente da Autoridade de Defesa da Concorrência da Austrália, Graeme Samuel, e pelo promotor-geral do Departamento de Justiça dos EUA, Scott Hammond.

Especialistas em defesa da concorrência de mais de 90 países, além de acadêmicos e profissionais que atuam na área, participam da 8ª Conferência Anual da Rede Internacional de Concorrência (ICN - International Competition Network), em Zurique. O evento começou ontem (3) e vai até esta sexta-feira (5).

Segundo relatório da ICN, "os esforços da Secretaria de Direito Econômico, por meio de palestras, treinamento e campanhas de conscientização com o objetivo de dar suporte ao combate criminal aos cartéis em todo o Brasil, geraram resultados impressionantes".

A experiência brasileira foi discutida em um dos painéis da conferência. A diretora do Departamento de Proteção Econômica (DPDE) da Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça, Ana Paula Martinez, apresentou as ações implementadas no país. Entre elas, o lançamento do Dia Nacional do Combate a Cartéis (8 de outubro) e a campanha sobre o assunto feita nos aeroportos em 2008.

Para a diretora do DPDE, dois eixos principais garantiram a excelência do programa brasileiro. Um deles é a atuação do GEDEC, grupo do Ministério Público de São Paulo especializado no combate a cartéis. Outro fator importante foi a aproximação entre a secretaria e a Polícia Federal, que, seguindo diretriz estabelecida pelo Ministério da Justiça, passou a considerar prioridade o combate a

cartéis, inclusive com a criação de uma unidade especializada e treinamento na Academia Nacional de Polícia.

Após tomarem conhecimento das recentes ações do Brasil na área, autoridades do Chile e da África do Sul anunciaram que vão requerer formalmente à SDE assistência técnica para o desenvolvimento de seus programas de combate a cartéis.

4.12 CASOS PRÁTICOS

Aqui apresentam-se alguns casos práticos, dentre eles atos de concentração e cartéis.

4.12.1 Atos de Concentração

CASO AMBEV

Ato de Concentração nº 08012.005846/1999-12.

Requerentes: Fundação Antônio Helena Zerrenner – Instituição nacional de Beneficência e pelas empresas BRACO S/A e Empresa de Consultoria, Administração e Participações S/A – ECAP.

Descrição do caso

TIPO DE OPERAÇÃO: Concentração Horizontal.

As empresas Cia. Antarctica Paulista e Cia. Cervejaria Brahma, respectivamente controladas pela Fundação Antônio Helena Zerrenner e pelas empresas BRACO SA e Empresa de Consultoria, Administração e Participações S/A – ECAP, submeteram à apreciação do CADE, em 02 de setembro de 1999, a associação denominada AMBEV – Companhia de Bebidas das Américas.

As requerentes celebraram atos societários com o fim de reunir sob o mesmo controle acionário as respectivas companhias controladas, por meio da

constituição de uma nova sociedade anônima, denominada Companhia de Bebidas das Américas – AmBev.

TABELA 1

AMBEV – DISTRIBUIÇÃO DO CAPITAL ORDINÁRIO – JULHO DE 1999	
Acionistas	Participação (%)
Ecap (Brahma)	42,27
Braco (Brahma)	33,69
Fundação Zerrenner (Antarctica)	24,04
Total	100,00

Mercado relevante afetado pela operação

Para efeito de análise do caso, três mercados relevantes foram afetados pela operação: o mercado de águas, o mercado de refrigerantes e o mercado de cervejas¹⁸.

Em seu aspecto geográfico, foram definidos 5 mercados regionais:

Mercado 1 – RS, SC e PR

Mercado 2 – SP, RJ, MG e ES

Mercado 3 – MT, MS, GO, DF, TO e RO

Mercado 4 – BA, AL, SE, PE, CE, PB, RN, PI, MA, PA e AP

Mercado 5 – AC, AM e RR

Problema detectado

Após análise das características de cada mercado relevante, entendeu-se que a probabilidade de exercício de poder de mercado após a operação era muito baixa nos mercados de águas e refrigerantes. No entanto, no mercado de cervejas, essa probabilidade foi considerada alta o suficiente para levantar preocupações do CADE em relação à aprovação da operação.

Segundo a definição dos mercados relevantes adotada pela SDE, a concentração de mercado em cada uma das regiões era a seguinte:

¹⁸ Apesar da operação envolver outros mercados além dos acima definidos (os mercados de chás, isotônicos, sucos e malte), o Plenário entendeu que somente nos mercados de águas, refrigerantes e cervejas a operação implicou grau de concentração preocupante o suficiente para merecer uma análise mais cuidadosa sobre a probabilidade de exercício de poder de mercado após a operação. Assim, considerou que os mercados de chás, sucos, isotônicos e malte não foram afetados pela operação.

TABELA 2

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

Fonte: Voto do Conselheiro Ruy Santacruz

Mercado 1 (Sul): RS, SC e PR.

Mercado 2 (Sudeste): SP, RJ, MG, ES, GO e DF.

Mercado 3 (Centro-Oeste): MT e MS.

Mercado 4 (Nordeste): BA, SE, AL, PE, PB, RN, CE, PI, MA, PA, TO e AP.

Mercado 5 (Norte): AM, AC, RO e RR.

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

Decisão

A partir da análise das eficiências que poderiam advir da operação concluiu-se que a constituição da Ambev resultaria em aumento da produtividade, melhoria da qualidade dos bens ofertados e geraria eficiências e desenvolvimento tecnológico capazes de compensar os prejuízos potenciais à concorrência advindos da associação.

Assim, tendo em vista que a operação resultou na eliminação de parcela substancial da concorrência no mercado de cervejas, mas também proporcionou eficiências compensatórias, o Plenário do CADE, em sessão ordinária iniciada em 29 de março de 2000, aprovou a operação, desde que condicionada à assinatura de

¹⁹ Houve alguma controvérsia na definição dos mercados relevantes regionais, com a SDE definindo-os de maneira um pouco diversa da que foi adotada no voto da Conselheira-Relatora Hebe Romano. Em função disso, a definição sobre o grau de concentração em cada região não foi feita de maneira incontestada, mas a utilização dos dados da SDE foi considerada como uma aproximação razoável do que seriam os dados para os mercados relevantes definidos no voto.

Termo de Compromisso de Desempenho (TCD), que teria vigência de 5 anos a contar da data de publicação de seu extrato no Diário Oficial da União (02 de maio de 2000).

O TCD determinou a implementação do chamado “conjunto integrado de medidas” (subcláusula 2.1), que compreendeu a venda da marca Bavária, a alienação de 5 (cinco) fábricas e o compartilhamento da distribuição²⁰. Além disso, a AMBEV deveria compartilhar sua rede de distribuição em cada um dos cinco mercados geográficos relevantes definidos (subcláusula 2.2)²¹, desativar as demais fábricas apenas mediante oferta pública (subcláusula 2.3)²², manter o nível de emprego, sendo que eventuais dispensas associadas à reestruturação empresarial deveriam ser acompanhadas de programas de retreinamento e recolocação (subcláusula 2.4)²³, não impor exclusividade aos pontos de venda (subcláusula 2.5)²⁴ e adotar todas as medidas visando alcançar as eficiências pertinentes à fusão (subcláusula 2.6).

As determinações tiveram como um de seus principais objetivos permitir a entrada quase imediata de um novo participante no mercado, sem que o mesmo tenha todos os custos associados à criação de uma rede de distribuição, a construção de uma rede fabril e a fixação de uma marca, além de propiciar o acesso de pequenas cervejarias à distribuição da AMBEV.

Conforme autorizado pelo artigo 54 da Lei nº 8.884/94 e em razão das medidas estruturais impostas pelo CADE, das eficiências invocadas e dos benefícios alegados preencherem as condições previstas na legislação em comento, o CADE autorizou com restrições a operação que resultou na criação da Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV.

²⁰ No prazo de 8 meses a contar da publicação do extrato no DOU.

²¹ No prazo de 4 anos a contar do início efetivo da distribuição do produto (dez/2001).

²² No prazo de 4 anos a contar da publicação do extrato no DOU.

²³ A cláusula não obriga a AMBEV a manter ou readmitir funcionários e nem garantir emprego em outras empresas aos empregados dispensados, mas sim realizar todos os esforços necessários para elevar a probabilidade de que o empregado dispensado obtenha novo emprego. Tais esforços estão associados à oferta de programas de retreinamento e recolocação, que foram realizados, segundo parecer do Ministério do Trabalho e Emprego.

²⁴ A Ambev só poderia adotar cláusula de exclusividade nas seguintes situações: a) quando os investimentos e benfeitorias forem equivalentes à participação preponderante na formação dos ativos do ponto de venda; e b) quando do interesse do ponto de venda e a critério deste.

O pós-decisão

O último relatório entregue pela Ambev ainda estava em análise. A empresa canadense Molson Inc. adquiriu a marca Bavária. No entanto, a empresa decidiu rescindir o contrato de distribuição firmado anteriormente, com fundamento em prerrogativa do item 52, Cláusula X, do referido instrumento. O compartilhamento das redes de distribuição nos mercados geográficos relevantes foi utilizado pela Empresa Dado Bier, vencedora da oferta pública referente ao cumprimento desta cláusula.

Os dados de emprego apresentados pela empresa em 2004 mostraram que houve um aumento de cerca de 15% em relação ao ano da operação, o que significa que depois dos ajustes decorrentes da criação da AMBEV, o crescimento da empresa gerou um ganho líquido de emprego.

No que se refere à participação de mercado, os dados apresentados pela Compromissária apresentam pequena tendência de queda das participações de mercado da AmBev em todos os mercados relevantes. (pedido de confidencialidade)

Observa-se que, dentre as marcas da AmBev, a Antártica é a que tem apresentado maior queda no volume de vendas em relação ao 2º semestre de 2000. Nota-se, também, que a participação da marca Bavária tem oscilado com tendência de queda em todos os mercados relevantes. Por sua vez, há uma tendência de crescimento da Schincariol e de outras marcas menores. (pedido de confidencialidade)

No que se refere à evolução de preços, o índice INPC acumulado entre março de 2000 e junho de 2005 foi de 58,1%. Ao se comparar o INPC acumulado com a evolução dos preços médios informados pela AmBev verifica-se que o aumento de preços dos produtos AmBev foi inferior ao índice geral neste período. (pedido de confidencialidade)

A Bavária e a Kaiser (esta última, com exceção no mercado 3) tem promovido reajustes inferiores ao INPC acumulado entre jul/00 e jun/05. Além de forte queda de preços reais, a Bavária tem reduzido suas participações de mercado nos últimos anos. (pedido de confidencialidade)

Por sua vez, a Schincariol apresentou um movimento de aumento de preços superior ao INPC em todos os mercados. (pedido de confidencialidade).

CASO NESTLÉ / GAROTO

Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89

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

Descrição do caso

TIPO DE OPERAÇÃO: Concentração Horizontal.

Em 15 de março de 2002, a empresa Nestlé Brasil Ltda., subsidiária brasileira do grupo suíço Nestlé, submeteu à apreciação do Cade a aquisição da empresa Chocolates Garoto S/A.

A operação se formalizou, após processo de disputa entre diversas empresas interessadas, com a celebração pelas Requerentes do Contrato de Subscrição, datado de 22 de fevereiro de 2002. Depois do fechamento do negócio, que ocorreu em 28 de fevereiro de 2002, conforme previsto na cláusula 3ª do Contrato de Subscrição, a Nestlé Brasil Ltda passou a deter a totalidade do capital social da Chocolates Garoto S/A.

Para resguardar as condições do mercado relevante, de forma a evitar a ocorrência de danos irreversíveis até a decisão final do Plenário do CADE, foi adotada uma Medida Cautelar, com a celebração do Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação (APRO), nos termos da Resolução CADE nº 28, de 24 de julho de 2002. Esse foi o primeiro APRO da história CADE.

Mercado relevante afetado pela operação

Como em outros casos, a definição do mercado relevante exigiu uma análise aprofundada do caso. Duas fontes diferentes de informação serviram de base para estabelecer as fronteiras do mercado relevante: a) dados provenientes da aplicação da metodologia PEM (Price Elasticity Model), comumente utilizada em estudos de marketing pelas empresas; b) dados de varejo Nielsen que serviram de base para estimações econométricas da demanda de chocolates. Ambos os estudos tinham como objetivo conhecer a reação do consumidor a um potencial aumento de preços dos chocolates Nestlé/Garoto.

O Conselheiro-Relator definiu quatro mercados relevantes afetados pela operação: (i) o mercado de balas e confeitos sem chocolates, (ii) o mercado de

coberturas de chocolates, (iii) o mercado de achocolatados e (iv) o mercado de chocolates sob todas as formas, excluindo os chocolates artesanais.

Quanto à dimensão geográfica, todos os mercados relevantes foram definidos como nacionais. As Requerentes propuseram uma definição mais abrangente da dimensão geográfica do mercado de chocolates sob todas as formas, que incluía todos os países membros do Mercado Comum do Sul (Mercosul). No entanto, o Plenário entendeu que as restrições relativas à existência de restrições às importações, decorrentes da perecibilidade do produto, o gosto do consumidor brasileiro e sua fidelidade à marca e a exigência de uma rede de distribuição nacional inviabilizavam a entrada de produtos provenientes de outros países do Mercosul, notadamente da Argentina, na escala suficiente para disciplinar os preços de chocolates no Brasil.

Problema detectado

Não foram vislumbrados problemas nos mercados de balas e confeitos e de achocolatados. No primeiro, a participação de mercado resultante da operação (2,7%) seria incapaz de conferir poder de mercado às Requerentes; e a elevada participação da Nestlé no segundo mercado não resultava da operação, sendo que o aumento da participação da líder (Nestlé/Garoto) de 58,1% para 61,2% não alterou substancialmente a estrutura de oferta, permanecendo o mercado com as condições competitivas similares às existentes antes da operação.

No mercado de coberturas de Chocolate, no entanto, entendeu-se que a operação introduziu incentivos para condutas colusivas ou, no mínimo, condutas de colaboração tácita entre as duas únicas ofertantes do mercado, não sendo a rivalidade entre os dois concorrentes remanescentes condição suficiente para proteger os clientes de práticas abusivas.

ESTRUTURA DE OFERTA NO MERCADO DE COBERTURA DE CHOCOLATES PARTICIPAÇÃO PERCENTUAL COM BASE NO FATURAMENTO – 1997/2001

Empresa	1997	1998	1999	2000	2001
Nestlé (a)	24,2	21,9	20,9	21,2	22,1
Garoto (b)	75,8	78,1	74,2	69,4	66,4
(a + b)	100,0	100,0	95,1	90,6	88,5
Arcor	0,0	0,0	4,9	9,4	11,4
Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

Fonte: SBDC

No mercado de produtos de chocolate em geral, a Garoto era a terceira maior empresa do Brasil, enquanto a Nestlé e a Kraft Foods (Lacta) alternavam-se na posição de liderança. A aquisição aumentava significativamente a concentração horizontal no mercado de chocolates em geral, tal como mostrado na seguinte tabela:

PARTICIPAÇÃO DE MERCADO (%): CHOCOLATES EM GERAL				
Companhia	1998	1999	2000	2001
Nestlé (a)	35,2	634,60	30,95	33,94
Garoto (b)	22,13	24,69	28,55	24,47
(a + b)	57,39	59,29	59,50	58,41
Lacta	33,73	32,83	33,59	33,15
Ferrero	5,45	4,61	3,91	3,18
Arcor	3,20	3,07	2,61	3,40
Outros	0,23	0,20	0,39	1,86
Total	100,0	100,0	100,0	100,0

Fonte: SBDC, 2005

Outras questões foram analisadas, incluindo a estimativa das barreiras à entrada e as perspectivas de expansão de marcas rivais como Mars e Hershey, que formavam uma franja competitiva constituída por grandes empresas multinacionais.

Foi apresentado estudo detalhado das eficiências esperadas da concentração, elaborado por auditoria independente.

O CADE concluiu que as importações não eram fator significativo no mercado e que havia barreiras a novas entradas em razão das dificuldades para garantir a distribuição por atacado e devido à diferenciação do produto sustentada por elevados gastos em propaganda. Além disso, foram descartadas as eficiências apresentadas pelas empresas, uma vez que ou não seriam específicas à operação e poderiam ser obtidas de outras formas menos lesivas à concorrência, ou porque as eficiências decorriam de transferências financeiras. Assim, o Plenário concluiu que a transação deveria ser rejeitada porque (1) nem a esperada redução nos custos variáveis (eficiências), nem o grau de rivalidade remanescente no mercado, seriam suficientes para evitar os aumentos de preço ao consumidor de chocolate, e (2) não havia qualquer remédio estrutural capaz de reduzir os efeitos negativos da elevação da concentração.

Decisão

Em 4 de fevereiro de 2005, a maioria do Conselho votou pelo veto a operação, determinando à Nestlé que vendesse a Chocolates Garoto a um concorrente que tivesse participação inferior a 20% no mercado relevante.

O pós-decisão

As partes peticionaram junto ao CADE requerendo reconsideração da decisão, o que o CADE negou em 3 de fevereiro de 2005. As empresas recorreram novamente ao CADE, propondo alienações parciais de produção e marca. O CADE, mais uma vez rejeitou o pedido de reconsideração, em 27 de abril de 2005.

Assim, a Nestlé ajuizou perante o Poder Judiciário ação para rever a decisão do CADE, tendo conseguido liminar para suspender a execução administrativa da decisão. Até esse momento, a ação de rito ordinário proposta pela Nestlé encontra-se pendente de sentença judicial perante a 4ª Vara Federal de Brasília.

· CASO VALE DO RIO DOCE

Ato de Concentração nº 08012.000640/2000-09.

Requerentes: Companhia Vale do Rio Doce – CVRD e Mineração Socoimex S/A.

Ato de Concentração nº 08012.001872/2000-76

Requerentes: CVRD e S/A Mineração de Trindade – SAMITRI

Ato de Concentração nº 08012.002838/2001-08

Requerentes: CVRD e Ferteco Mineração S/A

Ato de Concentração nº 08012.002962/2001-65

Requerentes: CVRD, Cayman Iron Ore Investment Lt. e Mitsui Lt.

Ato de Concentração nº 08012.006472/2001-38

Requerentes: CVRD e Belém Administrações e Participações Ltda.

Ato de Concentração	nº 08012.005226/2000-88
Requerentes:	Companhia Vale do Rio Doce – CVRD, CSN Steel Corp, Elétron S/A, Litel Participações S/A e Valepar S/A.
Ato de Concentração	nº 08012.005250/2000-17
Requerentes:	Companhia Vale do Rio Doce – CVRD, Caixa da Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil, Companhia Siderúrgica Nacional – CSN, Docepar S/A, Majoli Participações e Comércio Ltda., Textília S/A e Vicunha Siderúrgica S/A.

A operação é composta do descruzamento acionário com a Companhia Siderúrgica Nacional – CSN, e a aquisição das empresas mineradoras Socoimex, Samitri, Ferteco e MBR

Descrição do caso

TIPO DE OPERAÇÃO: Concentrações Horizontais e Verticais.

Tratou-se de sete operações envolvendo a Companhia Vale do Rio Doce – CVRD. Duas das operações envolviam o descruzamento societário entre os grupos de empresa da Companhia Vale do Rio Doce e da Companhia Siderúrgica Nacional. As outras cinco operações envolviam a aquisição, por parte de CVRD, do controle acionário de várias empresas que atuam no mercado de extração de minério de ferro e que tinham participação na empresa MRS Logística S/A, responsável pelo escoamento da produção de minério de ferro das empresas envolvidas.

Mercado relevante afetado pela operação

Foram definidos os seguintes mercados relevantes na dimensão produto: a) minério de ferro granulado, b) minério de ferro sinter feed, c) minério de ferro pelotizado, d) serviços de transporte ferroviário para minério de ferro, e) serviços portuários para minério de ferro e f) produtos siderúrgicos.

A Região Sudeste foi definida como sendo a dimensão geográfica de quase todos os mercados relevantes, com exceção do mercado de serviços de transporte ferroviário para minério de ferro, que têm duas dimensões geográficas: (i) mercado

de transporte ferroviário de minério de ferro na Estrada de Ferro Vitória Minas (EFVM) e (ii) mercado de transporte ferroviário de minério de ferro na MRS Logística S.A. (MRS)²⁵; e do mercado relevante para serviços portuários para minério de ferro, que também possui duas dimensões geográficas: (i) mercado de serviços portuários para minério de ferro em terminais acessíveis pela EFVM e (ii) mercado de serviços portuários para minério de ferro em terminais acessíveis pela MRS.

Como em outros casos complexos, a definição do mercado relevante foi motivo de análise detalhada. O problema mais difícil dizia respeito ao escopo geográfico do mercado que, segundo as requerentes, seria internacional e segundo o SBDC seria regional, associado a corredores logísticos. Alguns estudos econométricos foram desenvolvidos tanto pela SDE quanto por pareceristas contratados pela requerente para definir o mercado relevante.

Problema detectado

Com as operações a CVRD passaria a deter mais de 70% (setenta por cento) do minério de ferro granulado e do minério de ferro Sinter Feed da Região Sudeste do Brasil, além de 100% (cem por cento) do mercado de pelotas da Região Sudeste do país, além do controle ou participação acionária da CVRD em toda a malha ferroviária responsável pelo escoamento da produção de minério de ferro da região.

Mesmo com a elevada participação no mercado de minério de ferro, o plenário entendeu que os efeitos sobre o bem-estar da sociedade seriam pequenos, já que os compradores nacionais desse minério são grandes grupos siderúrgicos que têm capacidade de exercer seu poder de compra e negociar com o ofertante do minério de ferro.

Além disso, se a CVRD elevasse seu preço doméstico até o limite do preço de internação do minério importado do mercado internacional, superando a resistência das siderúrgicas, o aumento de preço não seria repassado para frente na cadeia produtiva porque também o preço do aço poderia ser contestado por importações. O plenário entendeu que os efeitos sobre quantidade produzida (fonte primeira das ineficiências potenciais) seriam pequenos, embora pudesse haver redistribuição do valor gerado na cadeia produtiva.

²⁵ Estrada de ferro que liga a região do Quadrilátero Ferrífero, em Minas Gerais, ao Porto de Sepetiba, no Rio de Janeiro.

Por outro lado, o CADE entendeu que nada justificaria o monopólio privado nos mercados afetados, uma vez que não se trata de um caso de monopólio natural.

Assim, o Plenário entendeu que as operações, não poderiam ser aprovadas tal como apresentadas. Não só as operações resultaram em alta concentração horizontal, mas também a integração vertical da CVRD com a infra-estrutura ferroviária e portuária, reforçaram barreiras à entrada nesse mercado.

Decisão

Em 10/08/2005, o Plenário do CADE aprovou as operações com as seguintes restrições: (a) a alteração do contrato referente à mina “Casa de Pedra”, para que sejam dele excluídas as cláusulas de preferência incidentes sobre a mina de “Casa de Pedra”; (b) a unificação da participação, direta ou indireta, em uma mesma pessoa jurídica, da CVRD na MRS Logística S/A, vinculada ao acordo de acionistas da MRS Logística que organiza o seu controle, devendo a CVRD, até que se unificasse essa participação, aceitar que a aprovação das matérias elencadas nos itens 3.4.6 (b) e (c) do Acordo de Acionistas da MRS Logística S/A, e quando a CVRD não votasse por sua aprovação, só deixasse de ocorrer caso um outro acionista vinculado ao acordo de acionistas também não aprove tal matéria.

Além disso, a CVRD deveria se abster de vincular ao acordo de acionista que organiza o controle da MRS Logística S.A. ações ordinárias decorrentes da conversão de ações preferenciais classe B, de modo a que a CVRD passasse a ser titular de mais de 50% das ações ordinárias a ele vinculadas, ou em pessoa jurídica outra que não a que vier a ser titular da participação atualmente vinculada a tal acordo.

Como uma alternativa às determinações acima, o Plenário ofereceu à CVRD a possibilidade de se optar pela desconstituição integral do Ato de Concentração nº 08012.002838/2001-08, referente à aquisição da Ferteco, alienando todos os ativos adquiridos na operação, bem como aqueles ativos adquiridos posteriormente à compra, mas necessários ao pleno funcionamento da Ferteco.

Adicionalmente a estas determinações, o Plenário determinou ainda que fossem encaminhados à ANTT, à ANTAQ e à SDE/MJ cópia da presente decisão, para que tais órgãos, no exercício de suas competências legais, tomassem as

providências que julgassem cabíveis com relação às eventuais denúncias de abuso de poder econômico, notadamente no âmbito dos mercados ferroviários e portuários.

O pós-decisão

A CVRD conseguiu junto ao judiciário a concessão de liminar que suspendeu a execução da decisão do Cade. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região manteve a liminar anteriormente concedida, suspendendo os efeitos da decisão do CADE até o julgamento da decisão interposta.

CASO DAS INSULINAS

Ato de Concentração nº 08012.007861/2001-81

Requerentes: NN Holding do Brasil Ltda. e Biopart Ltda.

Descrição do caso

TIPO DE OPERAÇÃO: Concentração Horizontal e Vertical.

Tratou-se de operação celebrada entre Novo Nordisk Holding do Brasil Ltda. (NN Brasil) e Biopart Ltda. (Biopart), através da qual a maioria das ações da Biobrás S.A. (Biobrás), antes pertencentes a Biopart e seus quotistas, passaram à propriedade da NN Brasil.

Em decorrência da operação, foi criada a empresa Biomm S.A., parte cindida da Biobrás, que continuou a deter patente norte-americana para o processo de produção de cristais de insulina por técnica de DNA recombinante, realizada através de bactérias.

Importante mencionar que, em razão da existência de cláusula de não-concorrência prevista no contrato de aquisição da Biobrás, a Biomm somente poderia atuar no mercado de insulina 03 anos após a celebração da operação.

Houve celebração de um Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação (APRO) para resguardar as condições do mercado relevante, de forma a evitar a ocorrência de danos irreversíveis até a decisão final do Plenário do CADE.

Mercado relevante afetado pela operação

Foram identificados os seguintes mercados relevantes afetados pela operação:

Dimensão do Produto	Tipo de mercado	Dimensão geográfica
Cristais ²⁶ de insulina (animal)	Privado	Internacional
Cristais de insulina (humana)	Privado	Internacional
Tripsina	Privado	Internacional
Insulinas em Geral	Privado	Internacional
Insulinas em Geral	Público	Nacional

Fonte: Voto do Conselheiro-Relator

Problema detectado

Não foram detectados problemas nos mercados de cristais de insulina animal, cristais de insulina humana e tripsina.

No mercado de cristais para insulina animal, a participação da capacidade da Biobrás no volume total produzido no mundo era muito baixa (2,68%), e no mercado de cristais de insulina humana, a produção da Biobrás era cerca de 78,92%, mas como esse último é um mercado em declínio, o Plenário também não vislumbrou possibilidade de exercício de poder de mercado.

Com relação à oferta de tripsina no mercado mundial, a Novo Nordisk detinha participação de 19,11%, enquanto a Biobrás detinha somente 0,50% do mercado. Assim, não só o acréscimo de concentração de mercado foi desprezível, como também a operação resultou em concentração de mercado menor do que 20%, razão pela qual também não foi vislumbrada probabilidade de exercício de poder de mercado em relação à tripsina.

Nos mercados público e privado de insulinas em geral, o ato de concentração representou uma concentração de mercado superior a 60%, em cada um dos mercados.

No entanto, a análise da estrutura do mercado mostrou que, apesar desses mercados serem bastante concentrados, existe grande rivalidade entre as empresas remanescentes, o que poderia contrabalançar o poder de mercado adquirido pela Novo Nordisk. Outra característica do mercado seria a existência de ameaça potencial da Biommm, empresa resultante da parte cindida da Biobrás, que poderia entrar no mercado a qualquer momento, caso não existisse a cláusula de não-concorrência no contrato assinado entre a NM e a Biobrás.

²⁶ Os cristais de insulina são insumos para a produção de insulinas em geral.

Nesse sentido, observou-se que o mercado de insulina no setor público poderia ser suprido por outra empresa que viesse a vencer uma licitação promovida pela Administração Pública e, no mercado privado, há a presença de outra empresa que lidera as vendas.

Por fim, outro problema detectado foi a existência de um Compromisso de Preços firmado entre a empresa Eli Lilly e o Departamento de Defesa Comercial – DECOM, por força de uma ação antidumping iniciada pela Biobrás (antes de ser adquirida pela Novo Nordisk). Segundo esse Compromisso, a Eli Lilly se obrigava a não vender seus medicamentos contendo insulina por preço abaixo do fixado. Com a aquisição da empresa Biobrás, a Novo Nordisk poderia utilizar tal compromisso como forma de excluir a Eli Lilly do mercado, uma vez que os preços desta estavam fixados pelo acordo.

Decisão

A operação foi aprovada com a imposição de que fosse excluída a cláusula de não-concorrência prevista entre as partes.

Ademais, o Plenário fez recomendação ao DECOM de que o Compromisso de Preços firmado com a Eli Lilly fosse revisado.

O pós-decisão

As empresas cumpriram a decisão junto ao CADE e o caso foi arquivado.

Em razão da recomendação do CADE, o Conselho de Ministros da Câmara de Comércio Exterior, em reunião realizada no dia 03 de março de 2005, resolveu suspender, pelo prazo de um ano, o Compromisso de Preços sobre as importações originárias dos Estados Unidos da América e da França, firmado com a empresa Eli Lilly.

4.12.2 Processo administrativos

CASO DO CARTEL DOS AÇOS PLANOS

Processo Administrativo nº 08000.015337/1997-48

REPRESENTADAS: Cia. Siderúrgica Nacional – CSN; Cia. Siderúrgica Paulista – Cosipa; Usiminas siderúrgicas de Minas Gerais S.A. - Usiminas.

Descrição do caso

Em 30/07/1996, em reunião realizada com o Instituto Brasileiro de Siderurgia – IBS, a Cosipa, a Usiminas e a CSN, a SEAE foi informada da intenção dessas empresas de praticarem reajuste de preços para aços planos a partir de 01/08/1996. Ao tomar conhecimento disso, a SEAE encaminhou fax às empresas alertando-as para a possibilidade de infração à ordem econômica.

Em 08/08/1996, o Presidente do CADE encaminhou à SEAE a notificação do Sindipeças – Sindicato Nacional da Indústria de Componentes para Veículos Automotores, contendo a nova lista de preços de aços planos apresentadas pelas usinas aos seus associados. A documentação apresentada pelo Sindipeças informava os reajustes de preços propostas pelas usinas produtoras de aços planos a partir de 01/08/1996.

Com base nesses fatos a Seae encaminhou Parecer Técnico à SDE em 11/06/1997, concluindo pela existência de formação de cartel na fixação de preços de vendas de aços planos comuns por parte da CSN, Usiminas e Cosipa, o que deu ensejo a abertura do referido processo administrativo.

Mercado relevante afetado pela prática

Mercado relevante definido como sendo o mercado nacional de aços planos comuns. As empresas, conjuntamente, detinham 100% do mercado entre os anos de 1993 e 1998.

De acordo com as análises efetuadas, as características da indústria brasileira de aços planos comuns apontam para um ambiente extremamente propício à adoção de conduta colusiva de preços, por tratar-se de um oligopólio de produtos homogêneos altamente concentrado, com elevadas barreiras à entrada, custos praticamente idênticos e demanda inelástica.

Dado este cenário, o Plenário entendeu que as explicações apresentadas pela defesa para o processo de reajuste de preços no setor foram pouco convincentes, carecendo de evidências que demonstrassem a racionalidade econômica por trás da adoção de tal conduta. Aliado a isso, havia o fato de que efetivamente as empresas se reuniram para combinar preços, como documentado na reunião com a SEAE.

Assim, havia provas contundentes, além das circunstanciais, de que as empresas investigadas atuaram de forma coordenada, visando aumentar os seus

lucros, enquadrando-se, portanto, na conduta tipificada no artigo 20, incisos I c/c artigo 21, inciso I da Lei nº 8.884/94.

Decisão

O CADE determinou o pagamento de multa pelo dano à concorrência por parte de cada uma das empresas no valor de 1% do faturamento bruto do exercício anterior ao da instauração do processo administrativo. Ou seja, a CSN, a Cosipa e a Usiminas foram condenadas a pagar multa no valor de R\$ 22.180.000,00, R\$16.180.000,00 e R\$13.150.000,00 respectivamente.

A decisão certamente protege as empresas que, em função do seu porte, não detêm poder de barganha para negociar condições de comercialização mais favoráveis. Evidentemente, estas empresas são mais vulneráveis a condutas de fixação combinada de preços, do ponto de vista do seu equilíbrio econômico-financeiro, em particular quando se comparam com empresas de grande porte que, por razões de economia de escala, dependem menos do insumo na formação de seu preço final.

As representadas ajuizaram diversas ações judiciais perante o Poder Judiciário para discutir a decisão do Plenário, tendo obtido liminares para suspender os efeitos da decisão do CADE. Em primeira instância as ações judiciais foram julgadas parcialmente procedentes. Os recursos de apelação interpostos pelo CADE e pelas Representadas encontram-se pendentes de julgamento pelo TRF da 1ª Região.

CASO DO CARTEL DAS BRITAS

Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14

REPRESENTANTE: Secretaria de Direito Econômico – SDE ex officio.

REPRESENTADAS Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo (SINDIPEDRAS); Basalto Pedreira e Pavimentação Ltda.; Constran S/A – Construção e Comércio; Embu S.A. Engenharia e Comércio; Geocal Mineração Ltda.; Holcim S.A.; Itapiserra Mineração Ltda.; Iudice Mineração Ltda.; Lafarge Brasil S.A.; Indústria e

Comércio de Extração de Areia Khouri Ltda.; Mendes Júnior Engenharia S/A; Mineradora Pedrix Ltda.; Panorama Industrial de Granitos S.A.; Paupedra – Pedreiras, Pavimentações e Construções Ltda.; Pedreira Cachoeira S/A; Pedreira Dutra Ltda.; Pedreira Mariutti Ltda.; Pedreira Santa Isabel Ltda.; Pedreiras São Matheus – Lageado S.A.; Pedreira Sargon Ltda.; Reago Indústria e Comércio S.A.; Sarpav Mineradora Ltda./Minerpav Mineradora Ltda.

Descrição do caso

Em 03/04/2002, a SDE/MJ recebeu denúncia anônima informando sobre suposta formação de cartel por 17 pedreiras em São Paulo, que se reuniam diariamente no Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo (SINDIPEDRAS), com o intuito de partilhar o mercado, fixar preços e aumentar os lucros. Após o recebimento da denúncia a SDE realizou cuidadosa investigação para verificar a verossimilhança da denúncia.

Em 21/07/2003, a SDE decidiu pela instauração de Processo Administrativo para apurar as condutas das denunciadas, contra as quais as investigações produziram indícios robustos de infração contra a ordem econômica.

Foi o primeiro caso de cartel cujo julgamento foi baseado em informações obtidas por busca e apreensão de documentos existentes nas empresas, contando para isso com autorização judicial e a colaboração do Ministério Público e da Polícia Federal.

Mercado relevante afetado pela prática

O mercado relevante foi definido como sendo o mercado de pedra britada/brita na Região Metropolitana de São Paulo.

Numa estimativa conservadora, as Representadas possuíam 53% do mercado no ano de 1999 e 57% em 2003, sendo que segundo documentos coletados pela SDE na sede do SINDIPEDRAS afirma-se que o “Grupo” possuiria cerca de 70% do mercado.

Configuração da conduta como anticoncorrencial

De acordo com os documentos coletados, a organização dos empresários atuantes no mercado de pedras britadas na região metropolitana de São Paulo ocorria desde 1994, sendo que, a partir de 1999 houve um claro avanço na estruturação das ações. O grupo foi inicialmente formado por um conjunto de nove empresas - o G9, que o relatório da SDE denominou de "núcleo duro", o qual foi transformado no G14, com a adesão de mais cinco empresas na seqüência.

O SINDIPEDRAS, entidade sindical representante dos agentes econômicos participantes do mercado de pedras britadas, possuía a função de organizar e presidir as atividades relativas ao cartel e para isto utilizava-se de programas como o SISCO²⁷ e o PAE²⁸, superando as dificuldades de coordenação tácita decorrentes do número de empresas envolvidas.

Para entrar para o grupo, a empresa deveria instalar os programas acima especificados, e apresentar uma listagem de sua carteira de clientes, denominada "Bíblia". Além disso, ao aderir ao grupo, a empresa pagava uma "caução" (estipulada pela multiplicação da cota de mercado por R\$ 2.000,00), depositada no SINDIPEDRAS, e uma "jóia" no valor de R\$ 1.900,00 (mil e novecentos reais), além de contribuir mensalmente com o rateio das despesas administrativas decorrentes da administração do esquema.

Além do SISCO e do PAE, o cartel ainda era monitorado por fiscais, denominados "sombas", os quais eram responsáveis pela elaboração de vistorias em obras, com a finalidade de impedir que os responsáveis fechassem negócios com concorrentes "não alinhados".

Os participantes do cartel realizavam encontros quinzenais, denominados feedback, nos quais a presença dos representantes das empresas era obrigatória. O principal objetivo dessas reuniões era verificar se os direcionamentos de vendas estavam sendo cumpridos ou não. A SDE relatou ainda a ocorrência de reuniões

²⁷ O SISCO era um programa de computador instalado nas empresas participantes do cartel com a finalidade de centralizar as informações dos clientes e as cotações diárias de preço, o que possibilitava o gerenciamento das cotas atribuídas a cada um dos participantes do cartel. Tal programa era atualizado diariamente pelas empresas e o redirecionamento dos clientes para as empresas que não atingiam as cotas pré-estabelecidas, era feito no "CURSO" (reuniões periódicas realizadas no SINDIPEDRAS).

²⁸ Já o PAE era o programa de computador monitorado pelo SINDIPEDRAS, com a finalidade de controlar as cotas de mercado, através do cadastro das empresas, do tipo do produto, do preço, do período, da região de distribuição, do cliente e dos faturamentos, assim como verificar o cumprimento do preço ajustado. O programa era, essencialmente, estatístico e servia como instrumento de controle de vendas.

extraordinárias que ocorriam no transcorrer dos “CURSOS” através de apresentações, inclusive com técnicas de dinâmica de grupo.

A principal fragilidade ligada à organização de um cartel, qual seja, o da existência de incentivos ao desvio de conduta e à instabilidade, foi resolvido pelas Representadas por meio de instrumentos de monitoramento e controle de seus participantes. A adoção e gerenciamento dos sistemas SISCO e PAE, aliado a todo o aparato construído para monitorar a conduta das empresas, tais como a figura do “sombra”, as reuniões feedback e as auditorias, dava ao SINDIPEDRAS um instrumento através do qual a conduta de cada empresa poderia ser monitorada, uma vez que elas eram obrigadas a alimentar o sistema fornecendo informações não só sobre vendas futuras, como também sobre vendas já efetuadas, sob pena de multa.

A gestão do cartel contava, ainda, com um sistema de formação do Comitê Gestor baseado em mandatos curtos, com possibilidade de recondução, e eleição de seus membros a cada seis meses.

Decisão

Em 13/07/2005, o Plenário do CADE decidiu condenar as Representadas com base em diversos incisos do artigo 21, condenando o Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo pela coordenação das condutas ilícitas. O Plenário do CADE determinou ainda o arquivamento do processo em relação às Representadas Mendes Júnior Engenharia S.A. e Paupedra – Pedreiras, Pavimentações e Construções Ltda. e a exclusão do pólo passivo da empresa Constran S.A. e sua inclusão no pólo passivo da Averiguação Preliminar n 08012.005370/2003-67.

Quanto às penalidades, o Plenário condenou as Representadas ao pagamento de multas que variavam de 15% a 20% do faturamento bruto no exercício de 2002, dependendo da infração da empresa, e 300.000 UFIR's ao Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo.

Adicionalmente, o Plenário determinou a publicação de extrato da decisão em meia página de um dos dois jornais de maior circulação no Estado de São Paulo por dois dias seguidos em duas semanas consecutivas, às expensas do Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo, assim como recomendou aos órgãos públicos que não realizem o parcelamento de tributos

federais e que sejam cancelados incentivos fiscais ou subsídios públicos concedidos às Representadas.

O pós-decisão

Algumas Representadas ajuizaram ação judicial para discutir a decisão do CADE. As liminares requeridas foram concedidas em parte para condicionar o depósito judicial da multa aplicada pelo CADE (art. 65 da Lei 8.884/94). Todas as ações judiciais propostas encontram-se pendentes de sentença judicial.

Relativamente às ações judiciais que tiveram as liminares indeferidas, a Procuradoria do CADE ajuizou as respectivas ações executivas.

Em relação a outras Representadas, uma empresa pagou a multa imposta pelo Conselho. Essa foi a maior multa por conduta anticompetitiva paga ao Fundo de Direitos Difusos.

CASO DOS PORTOS DE SANTOS, THC2

Processo Administrativo nº 08012.007443/1999-17

REPRESENTANTE: Secretaria de Direito Econômico – SDE ex officio.

REPRESENTADAS Santos Brasil S/A - TECON Terminal de Contêineres, Companhia Siderúrgica Paulista - COSIPA e Libra Terminais S/A-T-37

Descrição do caso

O Processo Administrativo foi instaurado pela Secretaria de Direito Econômico – SDE em 27/08/1999, em desfavor dos terminais portuários do Porto de Santos para apurar as práticas associadas à cobrança de valores (a chamada THC2) para a transferência de contêineres para outros recintos alfandegados, o que, supostamente, estaria limitando o acesso de novas empresas ao mercado de armazenagem alfandegada; criando dificuldades ao funcionamento de empresas concorrentes; regulando mercados por meio de acordos para limitar ou controlar a prestação de serviços; e impondo preços excessivos.

Mercado relevante afetado pela prática

Os mercados relevantes afetados pela prática foram dois. O primeiro é o mercado de movimentação de cargas transportadas em contêineres, que compreende os serviços de carga e descarga das embarcações e os serviços em terra (movimentação do costado do navio ao portão do terminal). O segundo é o mercado de armazenagem alfandegada de mercadorias em contêineres, que compreende a armazenagem até o desembarço aduaneiro das mercadorias.

Na dimensão geográfica, esses mercados restringiram-se à área de influência do porto de Santos, compreendida toda a área da Baixada Santista, no Estado de São Paulo.

Configuração da conduta como anticoncorrencial

A análise deste caso ateve-se à investigação dos possíveis efeitos anticoncorrenciais da cobrança, por parte de operadores de terminais portuários, de valores para a transferência de contêineres desembarcados no Porto de Santos para recintos alfandegados. Tais valores restringiriam a concorrência no mercado de armazenagem de contêineres nos recintos alfandegados (designados à época da instauração do PA como Terminais Retroportuários Alfandegados – TRA, Instalações Portuárias Alfandegadas – IPA e Estações Aduaneiras do Interior – EADI), uma vez que os custos da armazenagem poderiam ser elevados artificialmente por meio do pagamento ao qual se condicionou a transferência dos contêineres.

Como os terminais portuários integraram verticalmente a atividade de armazenagem alfandegada, o problema de concorrência decorrente da cobrança da Taxa de Liberação de Container (TLC ou THCs) estaria associado à capacidade que o Terminal Portuário teria de utilizar essa cobrança para eliminar ou disciplinar seus rivais no mercado de armazenagem e, por meio dessa eliminação ou disciplina arrefecer a intensidade da concorrência, gerando potencialmente, os efeitos previstos no artigo 20 da Lei 8884/94.

Os Representados apresentaram estudos, laudos técnicos e simulações, tentando justificar sua conduta, alegando que:

- (i) os Terminais Portuários incorrem em custos para prestar serviços aos Recintos Alfandegados, custos esses que têm que ser suportados por alguém;

- (ii) o valor da THC2 corresponde ao diferencial de custos provocado pela segregação e entrega imediata dos contêineres destinados a outros RA, não cobertos pela "box rate"²⁹; e
- (iii) o valor cobrado corresponde ao custo de operações físicas e administrativas necessárias para a entrega de contêineres, não cobertas pela "box rate".

Em resumo, os operadores de terminais portuários alegavam que a cobrança da THC2 era uma conduta competitiva legítima, resultante da dinâmica natural do mercado e, mesmo que os terminais não-integrados fossem excluídos, isso não seria devido à uma conduta anticoncorrencial, mas sim ao resultado natural da nova configuração do mercado, que seria a de firmas integradas verticalmente.

O CADE concluiu que nenhuma dessas razões era forte o suficiente para legitimar a prática adotada, dentre outras razões porque nenhum dos estudos, laudos e simulações conseguiu demonstrar que as alegações dos Representados procediam.

O caso foi entendido como uma prática de elevação dos custos dos rivais, viabilizada pela integração vertical para frente dos terminais portuários. A TLC tem o efeito de criar um limite inferior para os preços praticados pelos Recintos Alfandegados não integrados verticalmente, limitando assim a concorrência nesse mercado. Sem guardar proporção com os custos efetivos da movimentação de contêineres, a TLC eleva os custos de todas as indústrias que importam insumos, reduzindo o bem-estar dos consumidores e prejudicando a competitividade da indústria brasileira.

Decisão

Em 27/04/2005, o Plenário do CADE condenou as Representadas por infração à ordem econômica, determinando: (i) a imediata cessação da cobrança de liberação de contêineres dos recintos alfandegados; (ii) o pagamento de multa correspondente a 1% (um por cento) de seu faturamento bruto no ano anterior à instauração do processo e, no caso da Usiminas, que explora inúmeras atividades não relacionadas à atividade portuária, que a multa deveria incidir sobre o faturamento bruto referente apenas à sua atividade portuária no terminal em questão; (iii) a publicação do teor da decisão em meia página de jornal de grande

²⁹ Serviços associados à movimentação terrestre da carga, que são prestados pelo operador portuário, e pagos pelo armador.

circulação nacional, por dois dias seguidos e em duas semanas consecutivas; além de outras determinações.

Foi determinado, ainda, o encaminhamento de cópia da decisão à Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE/MJ e à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE/MF.

O pós-decisão

As Representadas ajuizaram diversas ações judiciais para discutir a decisão do CADE perante o Poder Judiciário. Em algumas das ações judiciais foram deferidas liminares para suspender todos os efeitos da decisão administrativa, mediante depósito judicial do valor das multas aplicadas (art.65 da Lei 8.884/94). As ações propostas encontram-se pendentes de sentença judicial.

CASO MICROSOFT / TBA

Processo Administrativo n° 08012.008024/1998-49

REPRESENTANTE: SDE "EX Ofício".

REPRESENTADAS TBA Informática Ltda e Microsoft Informática Ltda.

Descrição do caso

Tratou-se de Processo Administrativo instaurado ex officio pela SDE, originário de matéria veiculada em 08 de outubro de 1998, no Jornal O Globo, assim como representação apresentada pela empresa IOS – Informática Organização e Sistemas Ltda. perante aquela Secretaria em face das empresas Microsoft Informática Ltda e TBA Informática Ltda.

Em relação à Microsoft, foram as seguintes as condutas investigadas:

- a) dividir o mercado de distribuição e revenda de produtos de informática;
- b) limitar ou dificultar o acesso, o funcionamento e o desenvolvimento de empresa concorrente ou adquirente no mercado de distribuição e desenvolvimento de empresa concorrente ou adquirente no mercado de distribuição e revenda de produtos de informática;
- c) combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa;

d) dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais, em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições injustificáveis ou anticoncorrenciais; e

e) impor, sem justa causa, preços excessivo.

Em relação à TBA, foram imputadas as seguintes condutas:

a) limitar ou dificultar o acesso, o funcionamento e o desenvolvimento de empresa concorrente no mercado de distribuição e revenda de produtos de informática;

b) combinar previamente preços ou ajustar vantagens em concorrência pública ou administrativa; e

c) impor, sem justa causa, preços excessivos.

Mercado relevante afetado pela prática

Ao examinar o arranjo da Microsoft com a TBA, o CADE concluiu que o mercado relevante de produto era a venda ou o licenciamento de software e serviços de informática. Na dimensão geográfica, foi definido o mercado nacional.

Neste mercado, constatou-se que a Microsoft tinha uma participação dominante de 90%.

Configuração da conduta como anticoncorrencial

A Microsoft Informática Ltda é uma empresa operacional da Microsoft Corporation cujo negócio centra-se no desenvolvimento de softwares e soluções de informática, dentre outros. Seu modelo de negócio divide-se entre dois sistemas de distribuição: a linha de varejo e a linha corporativa.

Na linha corporativa, o contrato Select é operacionalizado por meio de revendedores Microsoft denominados Large Account Resellers – LARs. A TBA é um Large Account Reseller (LAR), que até então era o único revendedor credenciado para a região centro-oeste e também possuía uma carta de exclusividade para vendas ao governo federal, o que impedia o acesso de outros revendedores Microsoft aos contratos firmados com o governo.

A conduta investigada dizia respeito à maneira como foram definidos, implementados e fiscalizados os critérios de credenciamento adotados pela Microsoft, e à forma com que as representadas deles teriam se utilizado com a finalidade de conferir exclusividade à TBA para atuação no mercado do Distrito

Federal e, conseqüentemente, para comercialização através do Contrato Select a todo o Governo Federal.

Para vendas a clientes corporativos substanciais, a Microsoft havia estabelecido um sistema de “Representante para Grandes Contas” – (“LARs”). Os LARs estavam restritos a uma área geográfica específica, mas uma dada área poderia ser servida por múltiplos LARs dependendo de quantas distribuidoras atendessem aos parâmetros da Microsoft para o status de LAR.

No entanto, para a área geográfica do Distrito Federal (Brasília), apenas uma empresa – a TBA Informática – satisfazia as qualificações para LAR. A Microsoft atestou, ainda, em cartas ao governo federal que a TBA era a única empresa autorizada a vender software e serviços associados da Microsoft para todas as agências federais (incluindo as que se localizavam fora de Brasília). Como conseqüência, os procedimentos de licitação normalmente exigidos para compras das agências federais foram dispensados em relação às compras com a TBA.

Ao eliminar procedimentos licitatórios nas vendas ao governo, os benefícios ao consumidor, neste caso decorrentes da concorrência entre revendedores Microsoft (concorrência intramarcas), foram diminuídos. Às autoridades governamentais foi negada a oportunidade de escolher entre competidores que proviam não apenas software da Microsoft, mas também serviços de suporte associados à venda desses produtos. Assim, a ação da Microsoft, ao criar uma posição exclusiva para a TBA, tinha um alto poder de acarretar prejuízos à concorrência.

Algumas eficiências foram alegadas pela Microsoft, como por exemplo, (i) que a restrição territorial estimulava revendedores a investir em análise e entendimento detalhados das necessidades do consumidor naquela área geográfica; e (ii) que a exclusividade preveniu free riding nos esforços de marketing dos outros revendedores. No entanto, nenhuma delas pareceu robusta o suficiente para justificar a adoção da conduta, seja porque o critério territorial de fato não era o cerne da questão, pois embora a TBA estivesse localizada em Brasília, ela estava habilitada a servir agências federais localizadas em outras áreas geográficas em todo o país; seja porque a própria Microsoft liderava os maiores esforços de marketing no Brasil e que os esforços da TBA eram direcionados à promoção da marca da TBA, não da Microsoft. Além do mais, este argumento foi enfraquecido

pelo fato de que a Microsoft havia autorizado múltiplos LARs a operar em outras áreas geográficas.

Assim, o CADE concluiu que não haviam eficiências compensatórias suficientes que contrabalançassem o poder da TBA em um mercado onde já não havia concorrência entre marcas e que o verdadeiro objetivo da Microsoft era esquivar-se dos procedimentos governamentais de licitação, excluindo do mercado outras empresas que poderiam prestar o mesmo serviço.

Além disso, a Microsoft alegava ainda que o status exclusivo acordado com a TBA não havia sido deliberadamente intencional, mas simplesmente resultado da aplicação de parâmetros neutros de qualificação LAR. No entanto, o CADE constatou, ao contrário, que a Microsoft havia modificado os critérios para assegurar que apenas a TBA pudesse se qualificar e afirmou que a liberdade de um produtor de estabelecer um sistema de distribuição e de escolher distribuidoras não incluía a “prerrogativa de fazê-lo de forma discriminatória”.

Decisão

Em agosto de 2004, o CADE julgou que a Microsoft restringiu a distribuição de software e serviços de computação associados a vendas para o governo federal, concluindo que a conduta da Microsoft e da TBA constituía (i) limitação à concorrência nos termos do Artigo 20, inciso I, (ii) abuso de posição dominante nos termos do Artigo 20, inciso IV, e (iii) acordo para se obter vantagem imprópria em concorrência pública nos termos do Artigo 21, inciso VIII.

A Microsoft foi multada em 10% de seu faturamento proveniente do licenciamento de produtos da Microsoft ao governo federal brasileiro, enquanto a TBA foi multada em 7% de seu faturamento oriundo do governo em relação a produtos e serviços informáticos associados da Microsoft.

O pós-decisão

Microsoft e a TBA contestaram a condenação no judiciário, inclusive com pedidos de liminares, que foram todos indeferidos. As empresas, então, propuseram ao CADE um acordo pelo qual pagam a multa no valor de R\$ 5 milhões para encerrar as contestações no judiciário.

O Plenário, após parecer da Procuradoria do CADE e o do Ministério Público Federal, autorizou a Procuradoria a fazer o acordo no judiciário. Foi o

primeiro caso de “transação judicial” realizada no âmbito do SBDC. Em dezembro de 2006 as empresas realizaram o pagamento da multa.

CASO DO CARTEL DE LINHAS AÉREAS – RIO-SÃO PAULO

Processo Administrativo nº 08012.000677/1999-70

REPRESENTANTE: SDE “EX Ofício”.

REPRESENTADAS *Viação Aérea Rio-Grandense - Varig S.A, TAM – Transportes Regionais, Transbrasil S/A Linhas Aéreas, VASP - Viação Aérea São Paulo S/A, Wagner Canhedo Azevedo Celso Cipriani Fernando ABS da Cruz Pinto Geraldo Vieira Rolim Adolfo.*

Descrição do caso

Em agosto de 1999, vários jornais denunciaram que cinco dias após o encontro dos presidentes das quatro maiores linhas aéreas do Brasil, os preços das passagens do trecho Rio–São Paulo aumentaram simultaneamente em 10%. Com base nisso, a Seae formulou Representação contra essas empresas.

O presente Processo Administrativo foi instaurado em 28/03/2000, com base em Averiguações Preliminares que tramitavam perante a SDE e na Representação formulada pela SEAE. O objetivo das investigações era apurar possível formação de cartel por parte das empresas aéreas representadas, em virtude da prática de aumentos simultâneos nos preços das suas passagens aéreas no ano de 1999.

O Processo Administrativo foi aberto em desfavor das companhias aéreas Representadas e de seus administradores, com o fito de se apurar as condutas passíveis de enquadramento nos incisos I, II e XXIV, da Lei n.º 8.884/94, que tipificam as infrações definidas no art. 20, I, II e IV.

Mercado relevante afetado pela prática

A conduta concertada foi utilizada para viabilizar redução de descontos nas passagens da ponte-aérea Rio de Janeiro-São Paulo, entre os aeroportos Santos Dumont (Rio) e Congonhas (SP) e, sendo assim, o mercado relevante de produto e

geográfico foi definido como sendo o mercado de serviços de transporte aéreo regular na rota Santos Dumont/Congonhas.

Configuração da conduta como anticoncorrencial

A investigação da SEAE concluiu que a mudança de preço não foi meramente um caso de paralelismo consciente. Além do encontro dos executivos das empresas, provas revelaram que dados tarifários foram trocados entre as companhias por meio de publicações no Sistema ATPCO, o sistema de dados tarifários de linhas aéreas mantido pela Airline Tariff Publishing Company. Uma companhia poderia inserir uma notificação de mudança de tarifa para que, por um período inicial de três dias, a mudança pudesse ser vista apenas pelas outras companhias aéreas, e não pelos consumidores ou pelas agências de viagem. A empresa que tivesse notificado a mudança poderia então voltar atrás caso os concorrentes não a acompanhassem.

Esta característica do Sistema ATPCO havia sido contestada anteriormente pelo Departamento de Justiça dos EUA, mas as modificações no sistema, decorrentes deste caso, foram implementados somente nos Estados Unidos.

Decisão

Em setembro de 2004, o CADE determinou que as quatro companhias haviam entrado em conluio para aumentar as tarifas. Dentre outras cominações, cada empresa foi multada em 1% (um por cento) de seu faturamento proveniente da rota afetada em 1999 e foi proibida de fixar tarifas e de publicar previamente ajustes de tarifas.

O pós-decisão

As Representadas ajuizaram ações judiciais em face da decisão do CADE. As liminares requeridas para suspender os efeitos da decisão foram indeferidas. A Procuradoria do CADE ajuizou ações executivas perante o Poder Judiciário cobrando o cumprimento da decisão administrativa.

4.13 PRINCIPAIS INVESTIGAÇÕES EM ANDAMENTO

No momento, as principais investigações sobre a formação de cartéis, de caráter público, em curso perante o SBDC são as seguintes:

- **Processo Administrativo nº 08012.000291/2004-41**
Representante: Agência Nacional de Energia Elétrica
Representadas: Conservo Brasília Empresa de Segurança Ltda.; Conservo Brasília Serviços Técnicos Ltda.; Expresso 21.com Ltda.; Executiva Serviços Profissionais Ltda.; Fortesul Serviços Construções e Saneamento Ltda.; Ipanema Empresa de Serviços Gerais e Transportes Ltda.; Ipanema Segurança Ltda.; Jaguar Segurança Ltda.; Manchester Serviços Ltda.; Matrix Serviços Especializados Ltda.; Montana Soluções Corporativas Ltda.; Omega Rent a Car Ltda.; Orion Serviços e Eventos Ltda.; Patrimonial Serviços Especializados Ltda.; Reman Segurança Privada Ltda.; Reman Serviços Técnicos Especializados Ltda.; Seleção - Serviços Especializados Ltda.; Sitran Empresa de Segurança Ltda.; Sindicato das Empresas de Vigilância do Distrito Federal - SINDESP; Vip Segurança Ltda.; Zepim Segurança e Vigilância Ltda.; Ailton Silva.; Áurea Vaz Pacheco; Carlos Antônio de Sousa Almeida; Claudionor Da Silva França; Ênio Brião Bragança; Gilson Leandro dos Santos; João Luis Gomes de Oliveira; José de Carvalho Araújo; Marcelo de Oliveira Borges; Márcio Pontes Veloso; Miguel Novas da Silva; Paulo de Deus Dini; Paulo Roberto de Souza Duarte; Robério Bandeira de Negreiros Filho; Robério Bandeira de Negreiros; Rosana Alves de Souza; Víctor João Cugola; e Washington Rodrigues Ferreira.
Objeto: Processo administrativo instaurado para apurar a ocorrência de possível formação de cartel para fraudar licitações públicas feitas por órgãos situados no Distrito Federal para contratação de serviços terceirizados de apoio técnico-operacional e correlatos, o que inclui serviços de limpeza, vigilância, transporte e informática.
- **Suposto cartel no setor de transporte aéreo de carga**
Processo Administrativo nº 08012.011027/2006-02

Representante: Secretaria de Direito Econômico ex officio
Representadas: Deutsche Lufthansa AG, Lufthansa Cargo AG, Swiss International Airlines Inc., American Airlines, Inc, KLM – Companhia Real Holandesa de Aviação, Societé Air France, ABSA Aerolíneas Brasileiras S/A, Varig Logística S/A -VarigLog, Alitalia Linee Aeree Italiane S.P.A., United Airlines Inc, Cleverton Holtz Vighy, Vítor de Siqueira Manhães, Eduardo Nascimento Faria, Aluísio Damião da Silva Corrêa, Fernando Amaral, Dener de Souza, Renata de Souza Branco, Paulo Lima, Felipe Meyer, Hernan Merino, Norberto Jockmann, José Roberto da Costa, Carlo Winfried Uebele, Margareth Faria, Luis Fernando Costa e Marcelo Del Padre.
Resumo: Processo administrativo instaurado para apurar a ocorrência de possível formação de cartel para fixar a data de implementação e o valor do reajuste do adicional de combustível, que é uma taxa utilizada no transporte aéreo de carga. De acordo com as informações constantes nos autos, o suposto cartel teria atuado em todos os trechos aéreos internacionais tendo o Brasil como origem ou destino.

- **Suposto Cartel para aquisição de Hemoderivados (“Vampiros”)**
Processo Administrativo nº 08012.003321/2004-71
Representante: SDE ex officio
Representadas: Baxter AG, Baxter Export Corporation, Baxter Hospitalar Ltda., Immuno Produtos Biológicos e Químicos Ltda., Cristália Produtos Químicos Farmacêuticos Ltda., Octapharma AG, Octapharma Brasil S.A., Itaca Laboratórios Ltda., Fundação do Sangue, Biotest Pharma GmbH, Grifols Brasil Ltda., Probitas Pharma S.A., Marcos Pedrilson Produtos Hospitalares Ltda., Alpha Therapeutic Corporation, United Medical Ltda., Bio Products Laboratory – BPL, Meizler Comércio Internacional S.A., The American National Red Cross – ARC, Laboratoire Français du Fractionnement et Des Biotechnologies – LFB, Instituto Sierovaccinogeno Italiano S.p.A. – ISI, ZLB Behring Comércio de Produtos Farmacêuticos Ltda., ZLB Behring GmbH, ZLB Behring LLC. Jáisler Jabour de Alvarenga, Marcelo Pupkin Pitta, Lourenço Rommel Ponte Peixoto e Elias Esperidião Abboadalla
Assunto: Suposto cartel nas licitações para a aquisição de hemoderivados – Fator VIII (utilizado para tratamento de hemofilia), promovidas pelo Ministério

da Saúde no período de 1998 a 2003.

- **Suposto Cartel do Cimento Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79.**

Representante: Secretaria de Direito Econômico ex officio.

Representados: 1) Votorantim Cimentos Ltda.; 2) Camargo Corrêa Cimentos S.A.; 3) Lafarge Brasil S.A.; 4) Cia. de Cimentos do Brasil – Cimpor; 5) Holcim Brasil S.A.; 6) Itabira Agro Industrial S.A. (Grupo Nassau); 7) Soeicom S.A.; 8) Cia. de Cimento Itambé; 9) Associação Brasileira das Empresas de Serviços de Concretagem – ABESC; 10) Associação Brasileira de Cimento Portland – ABCP; 11) Sindicato Nacional da Indústria do Cimento – SNIC; 12) Anor Pinto Filipi; 13) Renato Giusti; 14) Marcelo Chamma; 15) Sergio Bandeira; 16) Sérgio Mações; 17) Carlos Buhler.

Resumo: Suposto cartel formado pelas empresas acima citadas, auxiliado pelas associações e sindicatos e organizado por diversas pessoas. Foram realizadas buscas e apreensões que ensejaram a instauração do processo por indícios de (a) fixação de preços e quantidades de cimento e divisão regional dos mercados de cimento e de concreto no Brasil; (b) alocação concertada de clientes e conseqüente “respeito” à carteira de cada empresa; (c) impedimento de entrada de novos concorrentes tanto no mercado de cimento como o de concreto; (d) divisão do mercado de concreto, por meio de participações equivalentes às participações de mercado no cimento; (e) estabelecimento de “troca” (swap de ativos) de empresas concreteiras de maneira a “otimizar” o suposto cartel e (f) coordenação para controle das fontes de insumo do cimento, principalmente a “escória de alto forno”.

- **Suposto Cartel de Mangueiras Marítimas Processo Administrativo nº 08012.010932/2007-18.**

Representante: Secretaria de Direito Econômico ex officio.

Representados: 1) Bridgestone Corporation; 2) Dunlop Oil and Marine Ltd.; 3) Kleber (Trelleborg Industrie S.A.); 4) ITR Oil and Gas Division/Pirelli (Grupo Parker Hannifin); 5) The Yokohama Rubber Co. Ltd.; 6) Manuli Rubber Industries SpA; 7) Sumitomo Rubber Industries, K.K.; 8) Hewitt-Robins; 9) Goodyear do Brasil Produtos de Borracha Ltda.; 10) Pagé Indústria de

Artefatos de Borracha Ltda.; 11) Flexomarine S.A. (nova denominação da Pagé Indústria de Artefatos de Borracha Ltda.);

Pessoas Físicas: 1) Massimo Nebiolo; 2) Antônio Carlos Araes; 3) Maria Lúcia Peixoto Ferreira Leite Ribeiro de Lima; 4) Sílvio Rabello; 5) Charles Gillespie; 6) Jacques Cognard; 7) Christian Caleca; 8) David Brammar; 9) Bryan Allison, 10) Peter Owen Whittle; 11) Romano Piscioti; 12) Giovanni Scodeggio; 13) Teruo Suzuki; 14) Fumihiko Yazaki; 15) Hajime Kojima; 16) Yukinori Honda; 17) Kota Kusaba; 18) Kazuki Kobayashi.

Objeto: Originado da assinatura de um acordo de leniência, o processo trata de suposto cartel internacional formado pelas Representadas com efeitos no Brasil. A conduta consiste na fixação, em âmbito mundial, de preços, alocações de mercado, clientes e volumes de mangueiras marítimas e produtos correlatos, inclusive por meio da contratação de uma consultoria especializada. Tais práticas teriam tido início na década de 80 e teriam continuado até meados de 2007. Os entendimentos teriam sido firmados e mantidos por meio de diversas reuniões periódicas entre altos funcionários das empresas em questão, reuniões estas havidas em diversos locais do mundo, como Londres (1999 e 2002), Bangkok (2000), Miami (2001), Tóquio (2001) e Houston (2007).

Estado Atual: O processo aguarda a apresentação de defesa pelas Representadas.

- **Suposto Cartel de Lisinas**

Processo Administrativo nº: 08012.004897/2000-23.

Representante: Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE.

Representados: ADM Exportadora e Importadora S.A., Ajinomoto Interamericana Ind. e Com. e Sumitomo Corporation do Brasil S.A.

Resumo: Suposto cartel internacional no mercado de lisinas (aminoácido utilizado em aditivos para alimentos). As empresas já haveriam sido condenadas nos Estados Unidos, na União Européia e no México.

- **Suposto Cartel entre Empresas Produtoras de Suco de Laranja Concentrado Congelado (SLCC)**

Processo Administrativo nº: 08012.008372/99-14

Representante: Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias da Câmara dos Deputados.

Representadas: Associação Brasileira dos Exportadores de Cítricos (ABECITRUS); Bascitrus Agroindústria S.A.; Cambuhy Citrus; Cargill Agrícola S.A. (adquirida por Sucocítrico Cutrale Ltda. e Fischer S.A. Agroindústria); Citrosuco Paulista S.A. (sucedida por Fischer S.A. Agroindústria); Citrovita Agro Industrial Ltda.; Coimbra-Frutesp S.A.; CTM Citrus S.A.; Frutax Agrícola Ltda.; Grupo Montecitrus; Sucocítrico Cutrale Ltda; Ademerval Garcia; Plínio Rosset; Horst Jakob Happel; Rogério Braga; Francisco Armelin Gomes; Sérgio Barroso; Cláudio Ermírio de Moraes; Paulo Ricardo Soares da Cunha Machado; Patrice de Camaret; Reinaldo Roberto Sesma; Dino Tofini; Sebastião Machado; Fábio Rodas; Paulo Rodas e José Luis Cutrale.

Assunto: Suposto cartel entre as indústrias processadoras de Suco de Laranja Concentrado Congelado (SLCC) para dividir o mercado fornecedor da fruta e fixação de condições comerciais de compra de laranjas.

- **Suposto Cartel de Embalagens Flexíveis**

Processo Administrativo nº: 08012.004674/2006-50

Representante: Senador Eduardo Matarazzo Suplicy

Representadas: ABIEF – Associação Brasileira de Embalagens Flexíveis; ABRAFLEX – Associação Brasileira dos Fabricantes de Embalagens Laminadas; Inapel Embalagens Flexíveis Ltda.; Itap Bemis Ltda.; Converplast Embalagens Ltda.; Celocorte Embalagens Ltda.; Embalagens Flexíveis Diadema Ltda.; Peeqflex Embalagens Ltda. (atual denominação de Empax Embalagens Ltda.); Santa Rosa Embalagens Flexíveis Ltda.; Shellmar Embalagem Moderna Ltda.; Industria Comercio Plasticos Zaraplast Ltda.; Alcan Embalagens do Brasil; Canguru Embalagens S.A.; Tecnoval Laminados Plásticos Ltda; Bafema S/A Indústria e Comércio; Rodrigo Amado Alvarez; Alberto C. S. Carvalheiro; Victório Murer; João Abatepietro; Sérgio Hamilton Angelucci; Márcio Viviane; Nicolau Baladi; Sérgio Habermfeld; Synésio Batista da Costa; Eduardo Belleza; Marco Antonio Ferraroli dos Santos; Adão Parra;

Helio Robles de OliveiraWalter Schalka; Ronaldo C. O. Mello; Nelson
Fazenda e Roberto Tubel.

Assunto: Suposto cartel entre empresas atuantes no mercado de
embalagens flexíveis, especialmente no segmento de rotogravuras,

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A concorrência é fundamental em uma economia de mercado, além de possibilitar uma maior variedade de produtos e o aprimoramento na qualidade dos mesmos, contribui diretamente para a redução de preços. Revela-se a essência da relação de equilíbrio entre a oferta e a procura. As empresas precisam estar sempre investindo em pesquisas e desenvolvimento de produtos e serviços, bem como estudando a peculiaridade de cada mercado e o anseio dos seus consumidores.

Uma economia com pouca concorrência traz alguns benefícios; ^{por outro lado?} por outro lado há mais vantagens, tanto para os consumidores, no sentido da implementação do direito de escolha; quanto para as empresas como para o próprio país, no sentido de que com a concorrência resultará numa tecnologia moderna.

A Constituição Federal estabeleceu um novo quadro jurídico-econômico no Brasil, onde se deu ênfase ao Estado atuando como regulador na economia de mercado, que tem como escopo a concorrência entre as empresas, estabelecendo instituições e leis com competência para aplicar as leis garantidoras da liberdade de concorrência, onde a Ordem Econômica e Financeira é indissociável dos princípios fundamentais da República Federativa e do Estado Democrático de Direito, já que suas regras visam atingir os objetivos fundamentais que a Constituição colocou na meta constitucional da República Federativa, sendo, por isso, um instrumento para construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Assim, o direito não ficou alheio a essas transformações econômicas e sociais, passando a proteger o consumidor das mais variadas formas, como, por exemplo, dando-lhe igualdade de condições nos contratos, responsabilizando o produtor/fornecedor por eventuais lesões causadas ao consumidor, protegendo-o contra a propaganda enganosa, dentre outras questões.

A Lei n. 8884/94, que é a Lei Antitruste, é que intermedeia essa encruzilhada de interesses, que em princípio proíbe a prática de atos que falseiam a concorrência, e em momento posterior os autoriza, demonstrando assim, a indispensabilidade do estudo em questão sobre o direito de concorrência, pois se bem implantado e aplicado, em muito pode colaborar para o avanço dos valores estabelecidos na ordem econômica constitucional. Tal lei tem como objetivo a defesa da concorrência, a prevenção e repressão das infrações contra a ordem econômica

e o controle dos atos de concentração, através da dominação de mercado, eliminação da concorrência e aumento arbitrário de lucros, além de ter tornado o CADE uma autarquia federal, ampliando assim seus poderes e sua credibilidade.

A atuação estatal, por intermédio do CADE, da mesma forma que visa preservar a liberdade e a lealdade no mercado, sendo fundamental para garantir a plena concorrência entre os participantes de um mercado, possibilitar o desenvolvimento dos mercados, contribuir para aprimorar e desenvolver produtos e serviços de melhor qualidade e preços que atendam aos anseios do consumidor e ajudar a inserção das empresas brasileiras na competição de uma economia globalizada; resulta na consolidação de conquistas da sociedade alçadas à Constituição de 1988, onde, ao inverso do que é visto na prática, é preconizada a predominância do social face ao econômico em prol da construção de uma sociedade mais digna, igualitária e promissora.

A concorrência apresenta função de proteção ao consumidor, já que abre a possibilidade de escolha, e é essa liberdade de escolha que irá selecionar as empresas mais eficientes, ou seja, aquelas com preços acessíveis e produtos/serviços de alta qualidade. Se uma empresa ignora o que o consumidor procura, acaba perdendo espaço no mercado, funcionando a concorrência assim, como também um regime seletivo, já que somente as melhores se sobressaem no mercado.

Em geral, de acordo com a legislação em vigor, a empresa punida terá de pagar uma compensação à União, além de multas para os administradores. Mas, na opinião de analistas, o mais importante em todo o processo de defesa da concorrência não é a aplicação de multas, mas a sinalização para os agentes do mercado de que não haverá impunidade para aqueles que infringirem a lei e tentarem prejudicar a economia popular.

Apesar de todo o embate contra os cartéis, sua formação continua sendo uma prática constante não só no Brasil, como em vários outros países.

Alguns países adotaram medidas que vêm trazendo bons resultados, como o Programa de Leniência, e que passaram a ser adotadas aqui. Por outro lado, busca-se cominar penas cada vez mais graves aos formadores de cartéis, além de se aprimorar os mecanismos de investigação dos mesmos, de forma a facilitar a constatação do crime e a identificação dos infratores.

É extremamente difícil expurgar do mercado as empresas cartelizadoras, tendo em vista o poderio econômico que possuem, e também, muitas vezes, pela dificuldade probatória.

A prática de cartel é universalmente reconhecida como a infração mais danosa aos consumidores ao diminuir a oferta de produtos e elevar seus preços. Transfere renda dos consumidores para os produtores. Os cartéis prejudicam não apenas os consumidores finais, mas também a economia como um todo, pois inibem a atividade econômica e drenam recursos passíveis de serem destinados às finalidades produtivas.

No Brasil ainda falta a consolidação de uma cultura de concorrência. Aos poucos este cenário tende a mudar, com a adequação da disciplina jurídica brasileira ao poder de mercado. Uma economia livre com certa regulação, como a que está sendo implantada, revela o surgimento de algumas práticas infrativas a ordem da livre concorrência vigente, como nos casos de abuso de posição dominante, concentração econômica e os famosos cartéis. Nossa lei antitruste ainda é recente e nossa gradual abertura para uma economia de mercado ainda está em curso.

Uma política eficaz de combate a cartéis tem que se armar em três frentes: (i) a da repressão na esfera administrativa; (ii) a da repressão na esfera penal; (iii) e a da reparação na esfera civil, onde as pessoas prejudicadas pelo cartel podem reclamar indenizações pelos danos por ele produzidos. A vasta rede de cooperação entre diversos órgãos estatais é de suma importância e as ideias de descentralização e de presença integral do Ministério Público nas atividades de combate às práticas anticoncorrenciais são importantes. Com os acordos, pode-se dar um grande passo na direção da garantia de maior força dissuasória às normas aplicáveis: o aumento do número de denúncias e da probabilidade de punições mais frequentes e severas na jurisdição criminal (para além da esfera administrativa).

O primeiro passo nessa direção foi dado há tempos atrás com a incorporação da Polícia Federal nos processos de investigação conduzidos pela SDE. A colaboração da PF tornou mais visível aos infratores a ameaça de punição veiculada pela lei, trazendo agilidade e qualidade à busca de evidências para detectar e punir criminalmente os membros do cartel. Contudo, a atuação do Estado tem dependido, quase exclusivamente, de iniciativas centralizadas na SDE e instrumentais à punição de cartéis pela Administração Pública. Embora se observe,

aqui e ali, um ou outro caso de condenação penal, a possibilidade de punições desta natureza (assim como a de condenações civis) ainda parece ter pouco peso no cálculo de perdas e ganhos esperados de quem está diante da decisão de participar de um cartel.

A centralização atenua inclusive os incentivos que vem do lado administrativo, pois os recursos humanos disponíveis – que já operam heroicamente no limite da sua capacidade – são sabidamente insuficientes para zelar pelo policiamento concorrencial do mercado em um país com as características e dimensões territoriais do Brasil. A ampla participação do MP e contínua interação deste com o corpo técnico da SDE, pode exercer um papel riquíssimo em boas consequências.

A experiência acumulada com os Direitos do Consumidor e Ambiental, e a história da repressão aos crimes de colarinho branco e de corrupção no Brasil, mostram que o envolvimento do MP é crucial para conferir eficácia a normas cuja aplicação esbarre no poder social, econômico ou político de seus destinatários. O que se tem atacado como vício do descontrole funcional, supostamente causado pela falta de centrais de comando, é na verdade uma virtude do MP, sem a qual dificilmente ter-se-ia alcançado o notável resultado das leis começando a pesar também sobre os detentores de poder.

Além disso, uma atuação mais intensa e rotineira do MP no combate a condutas anticompetitivas pode por em movimento processos de aprendizagem coletiva que se complementam e reforçam mutuamente. Primeiro, no interior do próprio MP, com seus integrantes familiarizando-se, pouco a pouco, com o novo vocabulário e os usos das novas ferramentas de análise. Em seguida, entre os juízes. Para esses habituais parceiros de profissão vale o mesmo, sem falar nos efeitos colaterais para o julgamento dos casos que tratem de questões distintas, mas cuja solução adequada demande conhecimentos básicos similares de teoria econômica e estatística (como ocorre com quaisquer decisões que devam enfrentar as próprias consequências econômicas). E finalmente, na sociedade civil. Nela, serão a capilaridade e visibilidade locais do MP que poderão promover e difundir o aprendizado de que cartéis são meios ardilosos de extração de riqueza de suas vítimas, e que merecem ser denunciados e punidos.

É de fundamental importância a atuação do CADE no âmbito do direito concorrencial. No entanto, ele deve adequar-se às necessidades impostas para um

efetivo controle do abuso do poder econômico. A forma de escolha de seus membros é inadequada e a duração de seus mandatos inviabiliza o exercício produtivo das atividades, além da rotatividade dos membros contribuir para que, a cada dia, as decisões adotem uma linha de entendimento diverso.

É necessário ao aplicador da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 (Lei Antitruste brasileira) o conhecimento e manejo de conceitos da ciência econômica para se interpretar a aceção do termo "mercado relevante", sob pena de não se atender ao espírito da lei. O Direito recebe valores econômicos que representam o conteúdo dos atos humanos e os transpõe para a lei, sujeitando-os às suas próprias estruturas e fins, tornando-os, assim, jurídicos na medida e enquanto os integra em seu ordenamento. Converte a realidade econômica em estruturas jurídicas para lhe dar condições de realizabilidade garantida, em harmonia com os demais valores sociais. Para que a legislação antitruste atenda a seus objetivos e por ser a decisão do CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência, eminentemente técnica, o estudioso do Direito Econômico precisará socorrer-se de outras ciências como a Economia, para complementar aqueles conceitos "abertos" mencionados *en passant* na lei e que são atinentes a este campo do conhecimento humano

Por fim, cabe dizer ainda, que as empresas e os consumidores brasileiros só se libertarão das práticas abusivas existentes no mercado de consumo, quando tomarem consciência dos limites impostos pela ordem jurídica às condutas dos agentes econômicos e cobrarem do CADE uma atuação eficaz e ampla dentro de todo território nacional.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Atos Administrativos**. Boletim de Direito Administrativo, Editora NDJ, São Paulo, Ano XIII, v. 06, Junho de 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo, Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

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

CAIXETA, Simone Letícia de Sousa. **Regime Jurídico da Concorrência: as diferenças entre concorrência desleal e infração à ordem econômica**. Curitiba: Juruá, 2004.

CARDOSO, Maria Izabel Andrade Lima. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional no Direito da Concorrência Pós-Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: PUC-RJ, 2005.

CASTRO, Ramsés Maciel de. Controle jurisdicional do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1572, 21 out. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10455>>. Acesso em: 17 ago. 2009.

COMBATE À PRÁTICA DE CARTEL SE INTENSIFICA NO PAÍS. **Parana-online**, 23/03/2009 as 12:38. Atualizado em 24/03/2009 às 12.08. Disponível em <http://www.parana-online.com.br>. Acesso em 15 ago 2009.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Disponível em <http://www.cade.gov.br/>. Acesso em 10 de ago. 2009.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A relação meio/fim na teoria geral do direito administrativo. **Revista de Direito Público** nº 61, pp. 27-33.

FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1998.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo & FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Curso de direito administrativo. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1991.

GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. **A Livre Concorrência como Garantia do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GUIA PRÁTICO DO CADE: A defesa da concorrência no Brasil. Coleção CIEE, especial – 3. ed., **revista, ampliada e bilingüe**. São Paulo.

JUSTIÇA BLOQUEIA R\$ 40 MILHÕES DE RÉUS DA OPERAÇÃO JALECO. **Parana-online**, 23/03/2009 as 12:38. Atualizado em 24/03/2009 às 12.08. Disponível em <http://www.parana-online.com.br>. Acesso em 15 ago 2009.

KOOGAN/HOUAISS. Enciclopédia e Dicionário Ilustrado / [direção geral, Abrahão Koogan; supervisão editorial, Antônio Houaiss]. – 4.ed. – Rio de Janeiro : Seifer, 2000.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Disponível em <http://www.mj.gov.br/sde/main.asp?Team=%7B51A08827%2D4F0E%2D4A4E%2D8D62%2DA1FAEFA848CB%7D> Acesso em 10 ago 2009.

MPE DIZ TER PROVAS CONTRA MÁFIA DA MERENDA. **Parana-online**, 23/03/2009 as 12:38. Atualizado em 24/03/2009 às 12.08. Disponível em <http://www.parana-online.com.br>. Acesso em 15 ago 2009.

OLIVEIRA, Gesner & RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Renovar, 2005.

PAGANELLA, Marco Aurélio. A Constituição, o princípio da livre concorrência e o sistema de mercado dual ou misto . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 222, 15 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4823>>. Acesso em: 10 ago. 2009.

SANDRONI P. Novíssimo Dicionário de Economia. São Paulo, 2003.

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO – SEAE
<http://www.seae.fazenda.gov.br> . Acesso em: 3 ago.2009.

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO - SEAE — *Acordo Brasil ...*
http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/legislacao/3-5-defesa-da-concorrancia/LEI-8884. Acesso em: 2 ago.2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo, Método, 2003.