

## A EVOLUÇÃO DO DIREITO CONCORRÊNCIAL E O PAPEL DO CONCELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA.

Jadir Rafael da SILVA FILHO<sup>1</sup>  
Guilherme Prado Bohac de HARO<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo aborda a evolução histórica das lei antitruste e do Concelho Administrativo de Defesa econômica – CADE no Brasil. Intenta apresentar a entrada em vigor da lei 12.529/11 e as infrações a ordem econômica. Por fim mostrar a estrutura do CADE e a aplicação da análise previa dos atos de concentração.

**Palavras-chave:** Regulação da Concorrência. CADE. Infração a Ordem Econômica. Atos de Concentração. Análise Prévia.

### 1 INTRODUÇÃO

A concorrência é a atuação de duas ou mais empresas com o mesmo ramo de atividade que disputam o mesmo mercado. É necessário compreender que a concorrência não é o objetivo das empresas, mas é o resultado, por essas estarem buscando seus objetivos particulares.

Na primeira parte desse trabalho será analisada a evolução da concorrência e ao órgão que regulamenta tal assunto com a construção feita até hoje sobre o assunto.

Para verificar a concorrência é sempre necessário trabalhar com uma determinada realidade econômica, pois nem sempre haverá concorrência. Exemplo disso seria uma cidade pequena que tem uma só mecânica, tendo ela o monopólio do mercado, mas conquistado de forma legal. Entretanto tentar alcançar o monopólio com praticas antitruste é vedado pelo nosso ordenamento jurídico. E é ai que se faz necessária a intervenção do CADE.

A segunda parte deste trabalho apresentará o CADE e mostrara seus objetivos principais e como trabalha com a proteção da concorrência.

---

<sup>1</sup> Discente do 3º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. jadir\_rafael@hotmail.com

<sup>2</sup> Docente do curso de Direito Econômico e Empresarial das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Orientador do trabalho.

## **2 O MOMENTO EM QUE A CONCORRÊNCIA E O LIVRE MERCADO PASSAM A SER UM BEM JURIDICO TUTELADO**

A concorrência é um fenômeno da natureza humana, pois desde o início dos tempos o homem já concorre um contra o outro. A partir do momento em que dois ou mais desejarem o mesmo objeto, existira a concorrência. Entretanto nem sempre esse assunto foi tratado como um bem jurídico relevante ao Direito. Com a adoção do sistema capitalista no mundo, se notou a transposição dessa característica natural do intuito humano, a uma consequência desse sistema. Já que o capitalista busca cada vez mais lucro.

Com tudo, se nota que para chegar a esse objetivo em comum, muitas vezes ocorre a pratica de atos desleais e que ferem a boa concorrência.

Segundo Fernando Herren AGUILLAR, 2006, p. 224: a primeira lei antitruste contemporânea foi a act for the prevention and suppression of combinations formed in restraint of trade, de 1889, do Canadá.

Analisando o contexto histórico do EUA em meados do século XIX, é contatado a auto-regulação do mercado. E este fenômeno acarreta em uma cobrança excessiva do dono do capital em cima do consumidor e somados com outros fatores como a grande concentração industrial no nordeste do país, o monopólio das estradas de ferro que causava o descontentamento do setor agrário e uma rápida transformação da economia americana(SALOMÃO FILHO, 2002, p.58,59 e 60.), nasce em 1890 nos Estados Unidos o Sherman Act, uma das legislações mas conhecidas e influentes para o direito (AGUILLAR, 2006, p. 224)

Até esse momento não se detecta no ordenamento jurídico mundial uma legislação que vise a proteção da concorrência com foco na proteção do consumidor, e sim como estratégias econômicas e políticas governamentais.

E apesar de se detectar uma estratégia política, já que a opinião publica reagia negativamente ao abuso dos monopolistas, não se buscava uma regulação de concorrência e sim a verdadeira proteção ao consumido.

“O Sherman Act é uma lei promulgada em um contexto político-econômico de proteção do consumidor contra o “excessivo poder econômico no mercado”. É essa sua única preocupação. Não há uma preocupação inicial com a proteção do concorrente contra “práticas desleais” do outro concorrente. (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 61).”

No Brasil, na era colonial, se usava a soberania da coroa, em consequência disso, o governo comandava as diretrizes econômicas, fazendo com que o monopólio do mercado ficasse nas mãos de quem o Estado lucraria mais.

Em 1808 um Alvará expedido pelo príncipe regente ao rei é uma prova de uma intervenção do estado, tabelando preços de medicamentos no mercado. Neste mesmo ano depois de um contínuo crescimento econômico, é aberto o porto para as outras nações, o que faz o país desenvolver rapidamente, com a criação do Banco do Brasil e o fortalecimento da indústria local.

A constituição de 1934 é a primeira a introduzir um capítulo que tutelasse o direito econômico empresarial, entretanto este capítulo não tratava de normas concorrenciais.

No ano de 1946, foi instituída uma lei com intuito de nortear o Direito Antitruste, no entanto, esta lei não teve eficácia, o que acabou por não ser aplicável.

Assim se faz necessário distinguir o papel do Estado nas relações comerciais, pois a tutela da concorrência adentra no ordenamento jurídico com a lei n. 4.137, de 10.9.62, que instituiu o CADE, com o objetivo de evitar o abuso de posição dominante e a concorrência desleal (SALOMÃO FILHO, 2002, p.73.).

Porem, não se comprova uma grande atuação do CADE até 1991, quando é instituída a lei 8158, ajustando os procedimentos da análise das práticas anti-concorrenciais.

Com a mudança de governo, houve uma desconfiança por parte da população para com a atuação frente a algumas áreas da economia.

E em 11 de junho de 1994, transformasse o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia federal, criando o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDE). Este composto pelo CADE, SEAE - "Secretaria de Acompanhamento Econômico", vinculada ao Ministério da Fazenda, e pela SDE - "Secretaria de Direito Econômico".

Desde então o CADE veio agindo com coerência e cumprindo a função de prevenir e reprimir infrações a ordem econômica.

Para sanar alguns problemas, se fez necessária a reestruturação do CADE, feita pela lei 12.529/11.

### **3 A LIBERDADE DE COMPETIÇÃO E DE INICIATIVA.**

A constituição em seu artigo 5º inciso XXXII prevê como direito fundamental que: “ o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, .

A mesma constituição protege o livre comercio e a concorrência no parágrafo único do artigo 170: “ É assegurado a todos o livre exercicio de qualquer atividade econômico, independentemente de autorização de órgãos publicos, salvo nos casos previstos em lei”.

O texto constitucional adota uma posição em parte neoliberal, pois incentiva o livre comercio e a concorrência, mas interfere quando à uma agressão aos principios descritos no seu artigo 170.

Segundo Fabio Ulhoa Coelho:

“Em consonância com a definição de um regime econômico de inspiração neoliberal, pela constituição, o legislador ordinario estabeleceu mecanismos de amparo à liberdade de competição e de iniciativa. Este mecanismo, basicamente, configuram a coibição de praticas empresariais incompatíveis com o referido regime, as quais se encontram agrupadas em duas categorias: infração à ordem economica e concorrência desleal”.

Isso porque se fosse adotado o neoliberalismo integralmente ocorreria um fenomeno negativo que seria o desintere-se da iniciativa privada em alguns serviços essencias a coletividade por não serem tão lucrativos. Ou tambem o monopolio do mercado, acarretando uma cobrança abusiva de preços.

A Constituição brasileira e a lei antitruste brasileira visam proteger o modo de produção capitalista e, em alguns momentos, quando o Estado tem interesse, ele mesmo fomenta a concorrência, para que o consumidor seja beneficiado com os seus efeitos. Apesar disso o capitalista visa cada vez mais lucros, adotando uma postura individualista, a consequência disso é a busca do

domínio do mercado, que não é proibido, desde que de modos concordantes com as leis e princípios do nosso país. E com essa busca pode ocorrer infrações a ordem econômica.

#### **4 Infrações a ordem econômica.**

O artigo 36 da lei 12529/12 descreve quais são as infrações a ordem econômica espondendo tanto as infrações verticais quanto horizontais.

As verticais seriam a fixação de preço de revenda, restrições temporais à base de clientes, acordos de exclusividade, recusa de negociação, venda casada, Discriminação de preços, entre outras.

As horizontais seriam os cartéis, outros acordos entre empresas, ilícito de associações profissionais, preços predatórios, e outras.

É necessário atentar-se que com o avanço do mercado e da tecnologia da informação os atos de concentração horizontais podem representar mais riscos a ordem econômica, e praticas horizontais que em mercados concentrados antes não eram notadas, agora podem ser ilícitas.

Estas infrações a ordem econômica vem sendo tratadas com grande rigor pela lei antitruste brasileira, com multas significativas trazidas pela nova lei, que trouxe também variam restrições de direito e a restrição das sanções penais apenas aos casos de cartéis.

#### **4 SBDC Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**

A função do SBDC é proteger a coletividade previnindo e reprimindo as infrações a ordem econômica. Preservando uma concorrência livre e competitiva.

Com a entrada em vigor da lei 12.529/12, para exercer suas funções o SBDC passou a ter dois órgãos: secretaria de acompanhamento economico (SEAE); e o conselho administrativo de defesa economica (CADE). Lembrando que a secretaria de direito economico (SDE) que existia no dispositivo anterior e tinha

como função instruir e investigar os atos de concentração de empresas, passa com a nova lei a integrar o CADE.

O papel da SEAE que tinha como função produzir pareceres sobre atos de concentração e investigar condutas anticoncorrencial e apresentar ao SDE. Agora age como advocacia da concorrência.

E o CADE passa a ter em seu corpo o departamento de estudos econômicos, a superintendência geral e o tribunal administrativo de defesa da concorrência.

## **5 O CADE.**

O CADE é uma autarquia federal definido pela lei 12.529/11. E que tem como objetivo prevenir e reprimir as infrações a ordem econômica. Como condutas que resultem em um prejuízo a concorrência.

A cada dia o mercado necessita de empresas que supram suas necessidades em grande escala, com rapidez e eficiência. E para que esses requisitos sejam supridos, se faz necessário que essas empresas se unam. Ao mesmo tempo. Com a globalização nasce a possibilidade de capitais estrangeiros comprarem ações de empresas aqui no Brasil. Com isso pode ocorrer o domínio do mercado de modo vertical.

Com a entrada em vigor da lei 12.529/11 o CADE passou por uma mudança que o reestruturou. Com a consolidação de funções em uma única agência. Passando a elaborar estudos e pareceres econômicos, apurações das infrações a ordem econômica, análise e pareceres nos processos de atos de concentração e a função de julgar estes processos. Esta reestruturação acabou gerando notícias e doutrinadores que trataram de um SUPER CADE. Pois como a SDE se fundiu ao CADE e ele passou a ter um maior alcance e funções.

Apesar do CADE já fazer análises prévias antes da entrada em vigor da lei 12529/11, esta se mostra importante, pois regulamenta essa atividade fazendo com que haja maneira de resolver futuros e insertos problemas.

Também houve o aumento da capacidade física do órgão com a previsão de contratar mais de 200 funcionários para que haja o cumprimento dos prazos estabelecidos para a agilidade.

## **6 Conclusão**

Operações de concentração não podem ser consumadas sem a prévia autorização do CADE, e é importante a análise prévia dos atos de concentração, pois, se diagnosticando irregularidades, não haveria nem um prejuízo a sociedade, garantindo assim a segurança jurídica e econômica. Entretanto também é importante a eficiência e a agilidade dessa análise, produzindo uma decisão rápida para não prejudicar o desenvolvimento econômico. É possível a celeridade dessa análise desde que, se tenha uma cooperação das empresas envolvidas, e um procedimento pré-estabelecido que seja transparente.

O CADE exerce uma transparência e interatividade muito grande no seu funcionamento, apesar disso existem propostas que podem ter o caráter confidencial, para resguardando as informações que possam expor a empresa ao mercado concorrente. Entretanto o termo de compromisso deve ser público, comprovando que a uma busca para atender ao princípio da publicidade processual, que ainda não foi plenamente alcançado, pois em alguns casos existem limitações ao acesso de procedimentos.

No ano de 2013 o CADE comemora seus cinquenta anos e sendo possível manter uma forma de trabalho transparente todos os brasileiros só temos a ganhar, pois é possível concluir que, de fato, houve uma evolução no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, ao adotar a análise prévia dos atos de concentração, evitando o prejuízo econômico e garantindo uma maior segurança jurídica, o que a lei anterior não proporcionava.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

Lei nº 12.529/11. **Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências**. Brasília, DF: Senado, 2011.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica. 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. 391 p. ISBN 85-7420-730-6.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial: as estruturas. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 374 p. ISBN 85-7420-383-1

AGUILLAR, Fernando Herren. Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas, 2006. 407 p. ISBN 85-224-4249-5

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1, 2 ISBN 978-85-02-10306-1

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

Um começo promissor para o Supercade / Patrick Cruz, EXAME - Regulação | 08/09/2012 - <http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/1023/noticias/um-comeco-promissor-para-o-supercade>