



ANÁLISE À LUZ DA LEI 12.529/2011: A IMPORTÂNCIA DA DEFESA CONCORRENCIAL NO BRASIL E A CARACTERIZAÇÃO DE INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA SEGUNDO OS PRINCÍPIOS DA LIBERDADE DE INICIATIVA E CONCORRÊNCIA

Amanda Silva LOPES¹
Guilherme Prado Bohac de HARO²

RESUMO: Esta pesquisa científica estuda a partir do princípio da livre iniciativa e concorrência, a importância de regular a competição no Brasil. Auferiu-se em um primeiro momento as diferentes categorias de monopólio existentes para então adentrar os ilícitos concorrenciais reprimidos pelo Sistema Brasileiro de Defesa da concorrência regulado pela lei 12.529/2011 que se caracterizam como infrações à ordem econômica. Em última análise, traz-se a solução da problemática expondo singelamente como a punição aos atos de concentração ocorrem mediante a análise da formação de cartéis. Para tanto, utilizou-se no desenvolvimento do presente trabalho, a metodologia dedutiva e a pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Livre Iniciativa. Livre Concorrência. Monopólios. Infração à Ordem econômica. Cartéis.

1 INTRODUÇÃO

É incontroverso que a livre concorrência e a livre iniciativa são princípios norteadores do ordenamento jurídico e fundamentais não só para a ordem econômica, mas também para que a atividade empresarial exerça sua função social. Nesse sentido se estabelece a importância de tutelar a concorrência para que haja um bom funcionamento do mercado, e que seja garantido aos consumidores diversidade de produtos e serviços à disposição.

Dessa forma, afirma-se que há um grande impasse quando apenas um ofertante possui toda a posição de mercado de um determinado tipo de produto ou

¹ Discente do 3º ano do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. e-mail: amandasilvalopeslopes@outlook.com.

² Advogado e Professor. Atualmente é Professor de Direito Econômico e Empresarial do Centro Universitário Toledo Prudente e em Cursos Preparatórios para Concursos. Graduado na Faculdade de Direito das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil, pela mesma Instituição. Pós-graduado em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário, também por esta Instituição. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina-PR. Doutor em Direito pela UNIMAR-SP.

de setor e tal problema gera inúmeras discussões sobre como deve ser a atuação do Estado visando a manutenção da concorrência e o combate a monopólios e atos concentração.

Deste modo definiu-se as classificações de monopólios permitidas pelo Estado para então adentrar acerca das condutas infracionais que visam concentração de poder de mercado. Determinando que os monopólios convencionais insultam o princípio da defesa da concorrência, e incorrem em infrações à ordem econômica, sendo dever da Legislação antitruste brasileira a repressão e o combate desses.

Dessa forma, elaborou-se uma ponderação acerca de formas existentes para combater monopólios convencionais, defender a concorrência, a livre iniciativa.

Nesse sentido, introduziu-se o Sistema Brasileiro de Defesa da concorrência, que é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, responsáveis por tutelar infrações administrativas lidando com o processo de sancionamento no plano administrativo. Sendo essa atuação pautada pela Lei de Defesa da Concorrência a 12.529/11. Para finalizar o exposto, introduziu-se um singelo exemplo de uma infração concorrencial recorrente no Brasil que é a prática de cartéis com o objetivo de realizar uma análise de como a busca pela concentração de poder ocorre na prática e como o CADE pode punir as infrações cometidas se consolidando como um órgão que promove a proteção da ordem econômica do País.

Diante das exposições, exibiu-se as conclusões finais a respeito da temática e dos problemas inerentes à formação de monopólios e atos ilícitos anticompetitivos. Para tanto, o método de abordagem empregado foi o dedutivo, realizado por meio de pesquisa bibliográfica baseada em produções nacionais de artigos e doutrinas referentes a direito concorrencial.

2 PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA E DA LIVRE CONCORRÊNCIA

Primordialmente, quando se trata de discussões acerca da liberdade de mercado, criação de novas empresas e livre concorrência, é importante fundamentar a respeito do princípio da livre iniciativa.

Estabelece-se que a autonomia de iniciativa econômica decorre de um primado de poder de criação de empresa que autoriza todo agente econômico, público ou privado, pessoa física ou jurídica, a exercer, nos termos das leis, atividade econômica em sentido amplo.

O significado dessa preeminência da livre iniciativa foi enfatizado por Tércio Sampaio Ferraz Jr., da seguinte forma:

Afirmar a livre iniciativa como base é reconhecer na liberdade um dos fatores estruturais da ordem, é afirmar a autonomia empreendedora do homem na conformação da atividade econômica, aceitando sua intrínseca contingência e fragilidade; é preferir, assim, uma ordem aberta ao fracasso a uma 'estabilidade' supostamente certa e eficiente. Afirma-se, pois, que a estrutura da ordem está centrada na atividade das pessoas e dos grupos e não na atividade do Estado. Isto não significa, porém, uma ordem do 'laissez faire', posto que a livre iniciativa se conjuga com a valorização do trabalho humano. (apud GRAU, 2000, p. 242)

Tem-se que conforme disposto no art. 170 da CF/88, que a livre iniciativa é o fundamento da ordem econômica e a concorrência um dos seus princípios informadores, juntamente com a soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, defesa do consumidor e meio ambiente, redução das desigualdades sociais, pleno emprego e favorecimento da pequena empresa. Disso depreende-se a tentativa do legislador em inserir diversos valores, que muitas vezes competem entre si, como norteadores da ordem econômica nacional.

Desse modo, a Constituição Federal assegura a todos que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos o direito de se estabelecerem como empresários, o que consolida a livre iniciativa como princípio crucial para que novas atividades empresariais tenham o direito de ingressar no mercado e interliga esse princípio com inúmeros outros. Entende-se que a tutela da livre iniciativa é a base fundamental da ordem econômica caracterizada pela autonomia de atuação da esfera privada em relação à esfera estatal.

Todavia, é digno de ressalva que a livre iniciativa não deve ser resumida tão somente como uma faculdade privada do indivíduo, mas também como um direito-função. Nesse sentido, Sérgio Varella Bruna (1997, p. 140) define que: “ao contrário do que ocorre com a noção clássica de direito subjetivo, o conceito de função expressa um poder que não é exercido exclusivamente no interesse do seu titular”. Dessa forma, é possível reconhecer não tão somente o titular é privilegiado

pela livre iniciativa e que nesse princípio há uma função social tendo em vista que mais pessoas beneficiadas pela atividade empresarial.

Partindo desse pressuposto, enquanto a livre iniciativa diz respeito ao direito de exercer atividade empresarial e à sua gestão de forma autônoma, a livre concorrência tutela, o direito de concorrer, defendendo a utilização de todos os recursos lícitos para que as atividades econômicas sejam desenvolvidas da melhor maneira possível. A defesa da concorrência pauta-se no princípio da isonomia e visa a concorrência a partir de um plano onde não ocorrem favorecimentos de umas em relação de outras, salvo nos casos especificados pela própria Constituição Federal.

Isto posto, tem-se que o primeiro princípio, da livre iniciativa, é primordial para que novas empresas tenham o direito de ingressar no mercado. Ou seja, sem controle do Estado sobre quem pode ou não atuar em território nacional. O segundo, da livre concorrência, garante ao mercado, independentemente de já existir empresas do mesmo ramo/setor, a entrada de produtos idênticos, aumentando a possibilidade de melhorias na qualidade e no preço.

3 A IMPORTÂNCIA DA CONCORRÊNCIA NAS RELAÇÕES DE MERCADO

Diante do que foi exposto, a respeito da livre concorrência e livre iniciativa doravante, é crucial adentrar o conceito de concorrência, para então entender a importância da sua defesa no Brasil. O jurista Luiz Fernando Schuartz, 2001, p. 50. define concorrência da seguinte forma:

Qualquer situação ou configuração de mercado em que é maximizada a quantidade ofertada, os preços são iguais ou muito próximos aos custos marginais, e os consumidores ou clientes têm liberdade para tomar suas decisões de consumo baseados em suas próprias preferências (Schuartz, 2001, p. 50)

Desse modo, conforme depreende-se da citação, a concorrência é o que assegura o bom funcionamento do mercado, garantindo aos consumidores diversidade de produtos e serviços à disposição. A ausência de competição pode afetar drasticamente a oferta de produtos e serviços de qualidade para os consumidores, isso porque enseja o surgimento de monopólios que podem acumular poder de mercado e inviabilizar os custos dos produtos e serviços.

Nesse sentido, afirma-se que há um grande impasse quando apenas um ofertante detém toda a posição de mercado de um determinado tipo de produto ou de setor e tal problema gera inúmeras discussões sobre como deve ser a atuação do Estado visando a manutenção da concorrência combatendo o monopólio e a concentração.

O modelo teórico de competição perfeita de acordo com o economista André Franco Montoro Filho seria obtido através da menor interferência possível do governo no livre funcionamento dos mercados:

A descoberta dessa propriedade de compatibilização do interesse individual com o interesse coletivo entusiasmou muitos economistas que a generalizaram e passaram a olhar o mundo real pela ótica de modelos de concorrência perfeita, por meio dos quais se demonstra, matematicamente, a eficiência alocativa dos mercados livres. Como decorrência dessa visão, surge a recomendação de que o governo deve ter a menor interferência possível no livre funcionamento dos mercados. Essa foi a primeira versão da moderna ideologia do Estado mínimo. (MONTORO FILHO, 2008, p. X, p. XII)

Todavia, em que pese o modelo supracitado vise a completa exclusão da atuação do Estado, quando se tem a necessidade de garantir a concorrência lícita, é crucial prevenir e reprimir condutas que resultem do abuso do poder de mercado. Dessa maneira, compreender o desempenho do Estado na inibição de atos anticoncorrenciais se interliga diretamente com o entendimento de que a ausência de atuação poderia acarretar inúmeros prejuízos para os consumidores.

A proteção à concorrência não apenas faz com que os preços e quantidades tendam a convergir para o maior benefício ao consumidor final, como proporciona a igualdade de oportunidades nas disputas de mercado. Sendo assim, ela beneficia não só aos consumidores, mas também aos empresários de qualquer porte, principalmente aos pequenos e microempresários. Isso porque os órgãos de defesa da concorrência atuam para que as grandes empresas usem seu poder econômico para fins anticoncorrenciais.

Onde não há competição, não há progresso e desenvolvimento, ela serve para melhorar a qualificação se por um lado há a necessidade de estimulá-la, de outro é necessário regular, pois a concorrência desleal não deve ser admitida e sendo assim, se torna necessária atuação do Estado.

4 O CONCEITO DE MONOPÓLIO E DE QUE MODO A FALTA DE CONCORRÊNCIA PREJUDICA O CONSUMIDOR

O monopólio é uma situação econômica na qual apenas um ofertante possui todo poder de mercado de um determinado tipo de produto ou serviço que não possui substituto. Tem-se que a caracterização de monopólios se opõem à concorrência perfeita, termo utilizado para se referir a presença de uma quantidade máxima de produtores em um mercado em competição.

Quando se há apenas um ofertante, existe o risco de o monopolista restringir a produção e, assim, elevar os preços de mercado, até obter o máximo lucro possível, produzindo quantidades menores, de modo a ocorrer em ineficiências produtivas, ausência de inovações e qualidade dos produtos e benefícios tecnológicos a vendendo a preços maiores do que aqueles aos quais prevaleceram em uma situação em que há competitividade, tornando muito difícil a entrada de outros produtores no mercado com perdas significativas para a sociedade e para o consumidor.

4.1 Monopólios Naturais e artificiais

Em que pese as observações destacadas, o monopólio pode constituir uma ótima forma de organizar a produção na situação em que determinado setor necessita de investimentos tão elevados cuja produção torna-se eficiente apenas quando uma única empresa atende o mercado. Quando isso ocorre, não seria viável a presença de mais de um produtor no mercado, dessa forma, ocorre o chamado monopólio natural. Essa exclusividade tem o objetivo de minimizar os custos de produção, pois, a existência de concorrência inviabiliza o estímulo à competição.

Essa espécie de monopólio pode resultar de diversas circunstâncias, para fins de exemplo, seria possível uma empresa deter uma única fonte de matéria-prima; desenvolver avanços tecnológicos nos fatores de produção ou possuir a patente destes e até mesmo em casos de inviabilidade física ou jurídica de exploração da atividade por outros produtores. É o que acontece no fornecimento de água, esgotos, energia elétrica e no transporte ferroviário. Nesse sentido, Costa:

Os monopólios naturais ocorrem em certas atividades de um setor que necessitam de grandes investimentos em redes para que possam ser executadas. Pode ser que, dentro do mesmo setor, contudo, em outros segmentos, possam funcionar mercados competitivos. No setor elétrico, por exemplo, a distribuição e a transmissão de energia são monopólios naturais, entretanto, na atividade de geração de energia pode ser estabelecido um mercado competitivo. Outros exemplos, que vale ressaltar, consistem na telefonia fixa local e a de longa distância; distribuição e extração de gás natural; e, no setor de transportes, onde pode haver competição na operação de trens, ônibus, e caminhões, ainda que a malha ferroviária e rodoviária sejam monopólios naturais. (COSTA, 2012)

O monopólio natural não conta com nenhuma barreira protetora ou privilégio; é simplesmente a melhor das possibilidades disponíveis no momento. Isto é, dadas às circunstâncias, qualquer um pode tentar competir diretamente com o monopolista, mas enquanto não ocorre isso é ele quem melhor satisfaz as necessidades dos consumidores.

Diferentemente do monopólio natural, o monopólio artificial surge em razão de benefícios, isenções e outros privilégios governamentais concedidos a algumas empresas. É o monopólio criado sem a eleição do consumidor, é estatal e privado e realiza ajustes contra o consumidor para se estabelecer, embora não seja exatamente a empresa mais eficiente.

Dessa forma, o monopólio artificial é um custo para o consumidor, que deve pagar um preço mais alto e aceitar um produto ou serviço de qualidade inferior do que se houvessem concorrentes ao monopolista, ou seja, do que se não houvesse a proteção legal para o monopolista.

4.2 Monopólios constitucionais

O rol do que se constitui como monopólio da União é visto no 177 § 1º da CF/88 que elencam que o monopólio do Estado incide de modo geral sobre três matrizes energéticas: petróleo, gás natural e minério ou minerais nucleares, conforme é se observa:

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; (Vide Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

II - A refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - O transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte,

por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 49, de 2006)

Embora a Constituição de 1988 tenha estabelecido um rol taxativo de atividades para o monopólio do Estado, a EC nº 09/95 flexibilizou o monopólio sobre os combustíveis fósseis derivados, permitindo que a União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades; o que ocorre por meio de licitação, e a União ficará responsável pela fiscalização dessa atividade.

4.3 Monopólios legais

O monopólio legal é a exclusividade de exploração estabelecida pelo Poder Público para si ou para terceiros, por meio de edição de leis ou atos normativos. Para fins exemplificativos, tem-se a Lei nº 6.538, de 1978, que instituiu o monopólio das atividades de serviços postais em favor da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT.

Por considerar principiologicamente a liberdade de iniciativa, se proíbe de maneira expressa, ao Estado, a assunção exclusiva de qualquer atividade econômica. Logo, seja por via executiva, legislativa ou judiciária, é defeso ao Estado afastar a iniciativa dos particulares de qualquer atividade econômica, salvo nos casos excepcionados no próprio texto constitucional em que se configura imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo. Diante disso, o art. 173 da CF/88 dispõe que:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Dessa forma, para que haja monopólios legais, é preciso que o interesse coletivo seja preponderado sobre o interesse individual e essa ponderação deve ser feita com base nos direitos transindividuais. Isso porque, é imaginável que a ausência de concorrência possa gerar violação a direitos coletivos de terceira dimensão que são direitos marcados pela pluralidade de titulares, indetermináveis ou

não, e exigem participação ativa do Estado e da sociedade para que sejam garantidos, além disso, têm como fundamentos a solidariedade e a fraternidade.

4.4 Monopólios Convencionais

Monopólio convencional é o que decorre de práticas abusivas de agentes econômicos, bem como de acordos e contratos estabelecidos por dois ou mais agentes, com o objetivo de eliminar os demais competidores.

Segundo Figueiredo (2011, p. 80):

Monopólio convencional é o decorrente de práticas abusivas de agentes econômicos, bem como de acordos e contratos estabelecidos por dois ou mais agentes, com o fito de eliminar os demais competidores, colocando aquela atividade sob a exploração exclusiva por parte de um único agente (monopólio) ou de poucos agentes predeterminados (oligopólio).

Depreende-se que esse tipo de monopólio decorre de uma competição ilícita, repreendida pela legislação antitruste brasileira. Ademais, é esse monopólio que fere o princípio a defesa da concorrência, e ocorre em decorrência de infrações à ordem econômica, bem como de quaisquer práticas consideradas economicamente abusivas pelo Poder Público, a teor das disposições do art. 173, §4º, da CF, bem as práticas que discriminam dominação de mercados relevantes, nos termos do art. 36 da Lei nº 12.259/2011.

Dessa forma, é passível de conclusão que os monopólios naturais ocorrem em decorrência do mérito daquele produtor que conseguiu fazer com que seu produto ou serviço seja o mais escolhido por ser a melhor das possibilidades. Contrariamente, os monopólios artificiais surgem em razão de benefícios, isenções e outros privilégios governamentais concedidos a algumas empresas e se tornam um custo para o consumidor, que paga um preço mais alto e aceitar um produto ou serviço de qualidade inferior.

Tem-se ainda os casos de monopólio da União em que a própria Constituição prevê sua exploração direta em determinadas atividades. Há também situações em que há a exclusividade de exploração da atividade por meio de edição de leis ou atos normativos que configurariam o monopólio legal. Por fim, o monopólio convencional é aquele reprimido pela legislação antitruste e que incorre em infrações econômicas.

5 DAS PRÁTICAS CONCORRENCIAIS ILÍCITAS: DIFERENÇA ENTRE CONCORRÊNCIA DESLEAL E INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA

Há duas práticas anticoncorrenciais ilícitas que são reprimidas no Direito brasileiro: a concorrência desleal e a infração à Ordem Econômica. Primordialmente, é imprescindível diferenciá-las. A infração contra a Ordem Econômica pode envolver milhares de interesses e ameaça toda a estrutura da economia de mercado. Por sua vez, as lesões produzidas pela concorrência desleal, em um primeiro momento, não alcançam outros interesses imediatos, a não ser do próprio empresário vítima da prática irregular e não compromete interesse coletivo e difuso. Todavia, é possível que atos de concorrência desleal, se caracterizem como infrações à ordem econômica a depender de sua potencialidade.

Ressalte-se que a proteção institucional da concorrência é regulada pela Lei 12.529/2011 (antiga 8.884/94) - que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica), e pela norma constitucional programadora desta Lei (CF, art. 173, § 4º). Enquanto a proteção individual da concorrência é regulada pela Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96), que contém normas penais repressoras e ainda o art. 186 do Código Civil. A concorrência desleal é reprimida nas searas civil e penal, a infração contra a Ordem Econômica é também reprimida nas searas administrativa e penal³.

Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho ainda oferece outra distinção entre esses dois sistemas de concorrência ilícita: a concorrência desleal é sempre ato culposo, enquanto a infração contra a Ordem Econômica independe, para a sua configuração de culpa. De fato, como espécie de abuso de direito que se viabiliza através de meio necessariamente imoral ou desonesto, não existe concorrência desleal sem culpa. Não pode existir. Já a infração à Ordem Econômica independe de

³ Segundo Marco Antônio Marcondes Pereira a concorrência é objeto de análise sob dois aspectos: o individual e o institucional. O tratamento da concorrência sob a visão institucional infere no estudo de práticas que se voltam contra a livre iniciativa e a livre concorrência, ou seja, infrações da Ordem Econômica e condutas que atentam contra as estruturas de mercado. Institucionalmente, o estudo da concorrência é permeado por conceitos colhidos no Direito Econômico, sem que isto o retire do âmbito mercantil. Diversamente, a concorrência sob o prisma individual envolve questões que dizem respeito à atividade empresarial diretamente desenvolvida pelos competidores, com relação à clientela e à propriedade industrial, encontrando respaldo no direito privado e, inclusive, no direito penal. (PEREIRA, 2001, p. 8).

tal ingrediente. A análise é objetiva, dos efeitos que determinada conduta provoca – ou poderia provocar – no mercado relevante. (COELHO, 2001, p. 242).

Dessa forma, tem-se que os ilícitos concorrenciais no Brasil podem ser subdivididos em: Concorrência desleal e infrações à ordem econômica. E esses, se relacionam com os efeitos da infração concorrencial que podem ser aferidos somente entre as partes ou também gerar danos em um plano macro que atinge toda a estrutura do mercado. Ademais a concorrência no Brasil no âmbito administrativo é regulada pela lei 12.529/11; que que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

5.1 Definição do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e introdução às disposições da lei 12.529/11

O Sistema Brasileiro de Defesa da concorrência é o conjunto de órgãos governamentais responsáveis pela defesa da ordem econômica e dos princípios constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, direito dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

No Brasil esse sistema é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE. Esses órgãos se resignam a tutelar infrações administrativas lidando com o processo de sancionamento no plano administrativo. O que pode atingir não só pessoas jurídicas como também pessoas físicas e até mesmo entidades que não exercem atividade empresária sendo essa atuação pautada pela Lei de Defesa da Concorrência a 12.529/11.

Uma vez que na presente pesquisa se fez a diferenciação entre as infrações concorrenciais das práticas de concorrência desleal torna-se crucial avaliar as condutas estipuladas como infrações na lei de defesa da concorrência. Previamente estudo das infrações à ordem econômica pode ser dividido em dois grandes grupos: um primeiro destinado à prevenção dessas infrações, também denominado de controle de estruturas, e um segundo, que serve ao combate desses ilícitos, chamado de controle de condutas anticompetitivas⁴. Sendo que o controle de

⁴Cartilha do CADE. Perguntas frequentes, 05/2016. Disponível em <https://cdn.cade.gov.br/Portal/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/cartilha-do-cade.pdf>. Acesso em 20 de agosto de 2022.

condutas anticompetitivas é a forma de repreender e punir os efeitos gerados na ordem econômica uma vez que, em regra, a conduta anticoncorrencial deve gerar danos para que seja punida.

5.2 Controle de Condutas Anticompetitivas

O artigo 36 da Lei 12.529/11 elenca condutas que podem caracterizar infração à ordem econômica, na medida em que tenham por objeto ou possam produzir efeitos anticoncorrenciais (§3º).

Esse dispositivo estabelece uma lista meramente exemplificativa e não exaustiva de condutas que têm a possibilidade de causar danos à concorrência. Se tais realmente terão efeito negativo quando adotadas é uma questão a ser analisada de forma única e particular. Infere-se que o comportamento infrator pode ser sintetizado em quatro condutas delineadas nos incisos do art. 36 da Lei de Proteção à Concorrência (Lei n. 12.529/ 2011), “in verbis”:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Em um modelo de Estado Democrático de Direito, é imprescindível que o ordenamento jurídico delimite e clarifique com precisão as margens do que é permitido e proibido, e a respeito de quais comportamentos são informativos e, portanto, são capazes de ocasionar a imposição de. Sendo crucial a descrição, principalmente daquilo que é tido como inaceitável. Desse modo, o que muito se debate é se a Lei de Defesa da Concorrência brasileira garante um grau mínimo de previsibilidade aos agentes sujeitos aos poderes do SBDC a respeito do que sejam comportamentos lícitos e ilícitos⁵.

A descrição normativa do ilícito, como se vislumbra, é marcada por extremo grau de maleabilidade, o que confere a ela a capacidade de abarcar um

⁵ ULHOA, Fábio. **O desinvestimento como sanção por infração à ordem econômica de formação de cartel no direito brasileiro**. Revista Eletrônica de Direito, São Paulo, n. 2014, p. 2-26, março. Acesso em: 30 de agosto de 2022.

conjunto amplíssimo de condutas, o que maximiza a aplicação da norma. Todavia tem-se que infração concorrencial é salvo quando sua adoção tem por objeto por conduta e resultado e para que se caracterize uma infração é preciso que se tenha os efeitos previstos no artigo 36 da Lei da Concorrência danoso no passado ou presente ou efeito danoso no futuro.

Sendo assim, as condutas ilícitas são todas as capazes de gerar certos danos ou riscos de dano à ordem econômica. Tendo em vista que a lei engloba uma série de comportamentos tem se uma conduta infratora é a que causa ou possa causar dano ou qualquer forma de prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa; a dominação de mercado relevante (com ressalva as espécies de monopólio permitidas por lei).

6 OS CARTÉIS COMO UMA DAS PRINCIPAIS INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA

A formação de cartéis é uma infração praticada por particulares que se reúnem com o objetivo de realizar acordos abusivos, fixar preços com o fim de restringir suas produções e a variedade de produtos para dividir os mercados e ampliar seus lucros. O Anexo I da Resolução do CADE n. 20/1999, define cartéis em geral como sendo:

[...] acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio. (BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA).

A partir dessa definição, depreende-se que os cartéis sustam a livre concorrência e embaraçam a liberdade de escolha do consumidor e implica em aumentos de preços e restrição de oferta. Tais organizações foram reconhecidos desde Smith⁶ segundo quem: “As pessoas do mesmo ofício raramente se encontram, mesmo para festas e diversão, mas a conversação sempre termina numa conspiração contra o público, ou em alguma maquinação para elevar os preços.”

⁶ SMITH, Adam. Uma investigação sobre a natureza e causas da riqueza das nações. 2. ed., São Paulo: Hemus, 1981, p. 93.

Tal citação possui eficácia ao transpor o interesse dos particulares em se manterem como monopolistas no mercado que não mensuram os prejuízos que isso pode causar aos consumidores.

Acrescenta-se que o CADE tem dividido os cartéis em duas espécies, que são: os clássicos (*hard-core*) e os difusos (*soft-cores*). Tem-se que a diferença do cartel clássico para o difuso está no fato de o primeiro tem caráter permanente e exige alguma forma de institucionalidade, como reuniões periódicas ou princípios de comportamento, por exemplo quando um grupo de empresas se reúnem para acordarem um aumento de preço, muitas vezes em função de um fator externo que as afetou simultaneamente (Gaban e Domingues, 2012 p. 161) enquanto o difuso tem caráter eventual.

Em que pese as diferentes classificações, é possível resumir os cartéis em acordos ilícitos entre concorrentes que possuem como objetivo a fixação de preços e condições de venda, a divisão de consumidores e definição do nível de produção.

6.1 A aplicação da regra *per se* e a tendência do CADE em definir e punir administrativamente cartéis como ilícitos por objeto

Hodiernamente, o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) é uma autarquia em regime especial com jurisdição em todo o território nacional sendo responsável por instruir os processos administrativos de apuração de infrações à ordem econômica assim como os processos de análise de atos de concentração, competências que antes incumbiam à SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico), passado essa a ter a função de promover a advocacia da concorrência perante órgãos do governo e a sociedade⁷.

Dessa forma, incumbe ao CADE como autarquia responsável pela defesa da livre concorrência coibir as condutas que violam a competitividade do mercado brasileiro, com as funções preventiva, repressiva e educativa. O combate a cartéis é um exemplo de uma atividade do CADE que finda no controle repressivo de condutas anticompetitivas. Sendo que esta é prevista pelos artigos 4 e 36, parágrafo 3, inciso I e II, da Lei n. 12.529/11. E o próprio CADE adverte dos efeitos perniciosos dos cartéis:

⁷ Histórico do CADE. Gov.br, 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/historico-do-cade>>. Acesso em: 31 de agosto de 2022.

O poder de um cartel de limitar artificialmente a concorrência traz prejuízos também à inovação, por impedir que outros concorrentes aprimorem seus processos produtivos e lancem novos e melhores produtos no mercado. Isso resulta em perda de bem-estar do consumidor e, no longo prazo, perda da competitividade da economia como um todo. Segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, 2002), os cartéis geram um sobrepreço estimado entre 10 e 20% comparado ao preço em um mercado competitivo, causando perdas anuais de centenas de bilhões de reais aos consumidores. (Cade, 2009)

No Direito Antitruste Brasileiro, os cartéis são infrações por objeto e basta a comprovação de sua existência para que se configure a ilicitude⁸. Nesse sentido vai o voto do Conselheiro Márcio de Oliveira Junior, proferido no julgamento pelo CADE do caso de mangueiras marítimas: No caso da formação de cartel, a conduta é reprovável por si só, sem a necessidade de comprovação de efeitos, ao que a lei chama de infração “por objeto” (art. 36, caput, Lei 12.529/11). Caso o julgador opte por estender a análise, a legislação antitruste aponta ainda a vertente da infração “por efeito” (art. 36, caput, Lei 12.529/11) que impõe punições administrativas. Ainda, os cartéis também podem ser punidos penalmente conforme a lei 8.137/9.

A jurisprudência do CADE já considerou cartéis clássicos como ilícitos *per se* “[...] cartéis geram apenas os efeitos negativos do aumento de poder de mercado, sem qualquer efeito de aumento de eficiência. Portanto, os cartéis, particularmente, os cartéis clássicos são, sem qualquer ambiguidade, nocivos ao bem-estar dos consumidores, e são consequentemente um delito *per se*, sem possibilidade de qualquer mitigação por argumentos da regra da razão (*ipsis litteris*) – Voto do Relator Luiz Carlos Delorme Prado no Processo Administrativo n 08012.002299/2000-18 p. 9 CF.

As sanções aplicadas a empresas ou grupos de empresas condenadas pela formação de cartel são multas de 0,1% a 20% do faturamento integral da empresa, do grupo ou do conglomerado no ramo de atividade empresarial da infração no ano anterior ao do início do processo. Por sua vez, os administradores da empresa direta ou indiretamente envolvidos com o ilícito podem ser condenados a pagar uma multa entre 1% a 20% daquela aplicada à empresa.

⁸ Defende-se a existência de uma presunção *juris tantum* da lesividade de cartéis – uma vez provada a existência do acordo que se enquadre nas hipóteses previstas nos caputs e incisos do art. 36 da Lei 12.529/2011, é ônus da parte provar a ausência de efeitos líquidos negativos (MARTINEZ, 2013, pp. 56-57).

Além da proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e de participar de licitações por no mínimo cinco anos, cisão da sociedade, transferência de controle, venda de ativos ou cessação parcial de atividades, proibição de exercer comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica por até 5 anos, entre qualquer outra medida que seja necessária para a eliminação dos efeitos nocivos à concorrência⁹.

Como vantagens do raciocínio *per se*, apontam-se: a segurança jurídica dos jurisdicionados; a dissuasão da referida conduta anticompetitiva; a economia processual, por dispensar a autoridade de exame detido e demorado dos impactos no mercado; se consolidando como uma forma de reprimir monopólios convencionais e contribuir para o bom funcionamento da ordem econômica.

7 CONCLUSÃO

Infere-se com a presente pesquisa que a livre iniciativa, é importante para que novas empresas adentrem o mercado e possam exercer sua função social e que o princípio da livre concorrência, garante ao mercado, independentemente de já existir empresas do mesmo ramo/setor, a entrada de produtos idênticos, aumentando a possibilidade de melhorias na sua qualidade e preço.

Estabeleceu-se que a proteção à concorrência não só faz os preços e quantidades convergirem para o maior benefício ao consumidor final, mas também proporciona a igualdade de oportunidades nas disputas de mercado, e tal cenário deve ser estimulado ao máximo.

Nesse sentido, a ambição de muitas empresas é que sua atividade detenha o monopólio do mercado. Todavia, é necessário se ater ao fato de que não são todas concentrações que devem ser reprimidas e combatidas como infrações à ordem econômica como por exemplo os monopólios naturais, legais e da União. Dentro desse contexto, tem-se ainda os que monopólios artificiais que surgem em razão de benefícios, isenções e outros privilégios governamentais concedidos a algumas empresas e por fim, o monopólio convencional que é o reprimido pela legislação antitruste e que incorre em infrações econômicas.

⁹ Cartilha SDE sobre o Combate aos cartéis em licitações. Coleção SDE/DPDE, 03/2009. Disponível em : <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao-versao-final-1.pdf>. Acesso em 20 de agosto de 2022.

Uma vez que se clarificou o conceito de monopólio convencional depreende-se que é essa modalidade de concentração e os atos que a buscam que devem ser punidos e combatidos. Para tanto, tem-se que os ilícitos concorrenciais no Brasil podem ser subdivididos em: Concorrência desleal e infrações à ordem econômica. Ademais a concorrência no Brasil no âmbito administrativo é regulada pela lei 12.529/11; que que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência que atualmente é composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE.

Diante de tais considerações, na presente pesquisa se fez a diferenciação entre as infrações concorrenciais das práticas de concorrência desleal e analisou-se as condutas estipuladas como infrações na lei de defesa da concorrência de acordo com o artigo 36 da Lei de Defesa da Concorrência. Por seguinte, abordou-se que o estudo das infrações à ordem econômica pode ser dividido em dois grandes grupos: um primeiro destinado à prevenção dessas infrações, e um segundo, que serve ao combate desses ilícitos.

Diante do que foi estabelecido tendo em vista o quão prejudicial é a concentração ilícita de poder de mercado, um exemplo de como o CADE exerce o combate de condutas anticompetitivas é obtido através da análise da punição de cartéis, que são acordos ilícitos entre concorrentes que possuem como objetivo a fixação de preços e condições de venda, a divisão de consumidores e definição do nível de produção.

Posto isso, é evidente sistema Brasileiro de Defesa da concorrência é crucial para tutelar o funcionamento do mercado e concretizar inúmeros princípios constitucionais da ordem econômica bem como garantir o bom funcionamento do mercado.

Dessa forma, finaliza-se o entendimento sublinhado elencando que essas concentrações são ilícitas por objeto e as vantagens do raciocínio *per se*, apontam-se: a segurança jurídica dos jurisdicionados; a dissuasão da referida conduta anticompetitiva; a economia processual, por dispensar a autoridade de exame detido e demorado dos impactos no mercado; se consolidando como uma forma de prevenir monopólios e assegurar o bom funcionamento da ordem econômica.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Administrativo De Defesa Econômica. **Combate a Cartéis e Programa de Leniência**. 3ª. ed. Brasília: Publicação Oficial, 2009. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/Cartilha%20Leniencia%20SDE_CADE.pdf>. Acesso em: 17 de agosto de 2022.

BRASIL. **Conselho Administrativo De Defesa Econômica. Conceitos Básicos**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a09362b749de35fe0b38085ffd>>. Acesso em: 20 de julho de 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo De Defesa Econômica. **O Departamento de Estudos Econômicos**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?9696969a61bf401a2e2f05>>. Acesso em: 20 de agosto de 2022.

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

BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

COELHO, F. U. **Curso de Direito Comercial: de acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v 1.

COSTA, Carlos José de Castro. **Monopólio Natural: A legitimação do monopólio para minimizar os custos de produção**. 2007.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FRANCO, Gustavo H. B.; GIAMBIAGI, Fábio. Antologia da maldade: **Um dicionário de citações, associações ilícitas e ligações perigosas**. Rio de Janeiro: Zahar, 2015

Gaban, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 213.

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e criminal**. 2013. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Acesso em: 31 ago. 2022.

MARRARA, Thiago. **Infração Contra a Ordem Econômica: Parâmetros para Superação da Insegurança Jurídica no Direito Administrativo da Concorrência**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/09/13/infracaocontra-ordem-economica->

parametros-para-superacao-da-inseguranca-juridica-nodireito-administrativo-da-concorrencia/. Acesso em : 20 de agosto de 2022

MONTORO FILHO, André Franco. **Direito e Economia. “Convite ao Diálogo”**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, M. A. M. **Concorrência desleal por meio da publicidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 1ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SCHUARTZ, Luis Fernando. **O direito da concorrência e seus fundamentos: racionalidade- e legitimidade na aplicação da Lei n. 8.884/94**. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, n. 117, p. 57-86. Acesso em 15 de agosto de 2022.

SMITH, Adam. **Uma investigação sobre a natureza e causas da riqueza das nações**. 2. ed., São Paulo: Hemus, 1981.

ULHOA, Fábio. **O desinvestimento como sanção por infração à ordem econômica de formação de cartel no direito brasileiro**. Revista Eletrônica de Direito, São Paulo, n. 2014 ,p. 2-26,março. Acesso em: 30 de agosto de 2022.