

**UNI-ANHANGUERA CENTRO UNIVERSITÁRIO DE GOIÁS
CURSO DE DIREITO**

**OS REFLEXOS DA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE EM UMA
CONCORRÊNCIA DE LIVRE MERCADO**

RAYNER DIOGO DA SILVA LOPES

GOIÂNIA
Maio/2019

RAYNER DIOGO DA SILVA LOPES

**OS REFLEXOS DA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE EM UMA
CONCORRÊNCIA DE LIVRE MERCADO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito do Centro Universitário de Goiás Uni-ANHANGUERA sob orientação da Dr. Clodoaldo Moreira dos Santos Junior, como requisito parcial para a confecção do Trabalho de Conclusão de Curso e obtenção do título de Bacharel em Direito.

GOIÂNIA

2019

TERMO DE APROVAÇÃO

RAYNER DIOGO DA SILVA LOPES

OS REFLEXOS DA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE EM UMA
CONCORRÊNCIA DE LIVRE MERCADO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora como requisito parcial para a obtenção do Bacharelado em Direito do Centro Universitário de Goiás – Uni – ANHANGUERA, defendido e aprovado em _____ de _____ de _____ pela banca examinadora constituída por:

Professor Dr. Clodoaldo Moreira dos Santos Junior
(Orientador)

Professor Ricardo Aguiar Barros
(Examinador)

Dedico este trabalho a todos aqueles que buscam uma sociedade mais livre e com menos intervenção do Estado na vida das pessoas.

Dedico também ao meu professor Clodoaldo Moreira dos Santos Junior, por seus ensinamentos e confiança ao longo das supervisões, que tornou possível a conclusão desta monografia. É um prazer tê-lo como orientador.

Primeiramente agradeço a Deus por me dar força para continuar, sua presença significou segurança e certeza de que não estou sozinho nessa caminhada. À família pelo incentivo e pelo apoio. Agradeço ao Centro Universitário de Goiás – Uni – ANHANGUERA pela oportunidade de me tornar bacharel em Direito. Agradeço também a todos aqueles que me ajudaram ao longo destes anos.

RESUMO

A evolução e desenvolvimento da legislação antitruste revela que os principais motivos que ensejaram sua criação não foram os mais honestos. Na verdade, fica claro que os agentes econômicos ineficientes, mas que possuíam influência política por diversos motivos, fizeram que leis fossem aprovadas para que os mercados ficassem regulados, uma vez que não conseguiam competir com aqueles concorrentes mais eficientes. Inicialmente será demonstrado os argumentos, contra e a favor, da doutrina especializada sobre o tema, posteriormente será realizada uma análise da Lei n. 12.529/11, estudando seus principais institutos e, finalmente, será verificada como se dá a atuação dos órgãos regulamentados pela referida lei.

PALAVRAS-CHAVE: Direito – Concorrência – Regulação – Mercado – Antitruste

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA E DISCUSSÃO DOUTRINÁRIA SOBRE OS INTERESSES DA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE	9
1.1 – Breve análise histórica sobre a legislação antitruste	9
1.2 – As origens do Direito Antitruste no Brasil.....	10
1.3 - Posicionamento Dominante.....	12
1.4 - Posicionamento Minoritário	15
2 – PONTOS IMPORTANTES DA LEI ANTITRUSTE BRASILEIRA (12.529/11).....	20
2.1 - Da Finalidade e Aplicação.....	20
2.2 - Estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.....	21
2.3 - Da atuação do Ministério Público Federal e da Procuradoria junto ao CADE	25
2.4 - Infrações de Ordem Econômica, das Penas e Prescrição	26
2.5 - Programa de Leniência.....	29
2.6 – Controle de Concentrações.....	30
3 – RESULTADOS CONCRETOS DA LEI 12.529/11	32
CONCLUSÃO	38
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.....	39

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa destrichará a evolução e desenvolvimento da legislação antitruste no mundo e, em especial, no Brasil, demonstrando o que em cada época motivou e sustentou a criação de lei regulamentando o mercado concorrencial. Acima disso, será indicado o que cada agente econômico pretendia com a referida legislação.

Será revelada a matriz de diversas correntes de pensamento, levando em conta os malefícios e benefícios da legislação antitruste, especificando os argumentos a favor e contrários, principalmente na visão liberal da economia, segunda a qual os agentes econômicos deveriam ser mais livres para operar em seus respectivos mercados.

Será constatado, ainda no primeiro capítulo, que a doutrina majoritária no Brasil é a favor da legislação antitruste em sua amplitude, pois acredita que sem a regulação adequada o próprio mercado se autodestrói, o que para alguns é uma falácia, considerando que vários países se enriqueceram na época que o mercado era totalmente livre.

No segundo e terceiro capítulos, a Lei n. 12.529/11 será esmiuçada, revelando sua finalidade, objetivo, amplitude, alcance entre outros. Além disso, será abordada a forma de composição e atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e seus principais órgãos, como por exemplo o CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência e Secretaria de Acompanhamento Econômico.

Para a confecção desta monografia, a metodologia usada foi a leitura da legislação, análise de livros de Direito Econômico, mergulhando principalmente à época da criação do *Sherman Act*, quando se inicia as preocupações e mudanças quanto ao mercado concorrencial. Várias obras, de diversos doutrinadores, foram estudadas, além de artigos científicos e dissertações.

1 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA E DISCUSSÃO DOUTRINÁRIA SOBRE OS INTERESSES DA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE

1.1 – Breve análise histórica sobre a legislação antitruste

Os autores de direito antitruste atribuem ao Canadá o título de ser o país precursor do direito concorrencial no mundo, pois, no ano de 1889, foi responsável por aprovar uma lei, que tinha como o principal objetivo enfrentar os cartéis, restringir a fixação de preços pelos competidores e impedir outras condutas abusivas contra os consumidores, o conhecido *Act for the prevention and suppression of combinations formed in restraint of trade*. Posteriormente, essa lei foi inserida no Código Penal canadense, devido a sua grande influência (GABAN, 2009, p. 93).

De acordo com o mesmo pensador, posteriormente, no ano de 1890, foi criado o *Sherman Act*, a lei antitruste dos Estados Unidos da América, que teve grande influência no direito antitruste mundial, inclusive no brasileiro. A maior parte das legislações antitruste foram baseadas nele. Em seguida, no ano de 1914, o *Sherman Act* foi robustecido pelo *Clayton Act*, e ainda no mesmo ano, pela lei responsável por criar a *Federal Trade Commission*, agência reguladora americana, que corresponde ao CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Inclusive, o CADE se inspirou nela.

O autor Salomão Filho Calixto (2007, p. 71), defende em sua obra que o principal motivo para criação do *Sherman Act* foi a preocupação relacionada as condutas monopolísticas da época, pois estas produziam efeitos negativos aos consumidores. Em sua visão, havia um contexto em que os fatores políticos e econômicos estavam sendo utilizados de forma prejudicial pelo poder monopolista dos agentes do mercado. Deste modo, segundo ele, o *Sherman Act* foi promulgado numa situação de abuso da posição de poder em detrimentos dos consumidores.

Com outro pensamento, Paulo Forgioni (2012, p. 61) argumenta que, na verdade, o *Sherman Act*, além de representar, para muitos, o início do estudo da problemática relacionada ao abuso do poder econômico, ele queria também disciplinar as atividades comerciais, para evitar concentração de capital, porém, não sendo de nenhuma forma uma contraposição ao liberalismo econômico ou liberdade de concorrência, mas sim uma ferramenta para corrigir falhas criadas pelo sistema liberal, tutelando o mercado de seus reflexos autodestrutíveis e prejudiciais aos consumidores.

Analisando os posicionamentos dos dois autores acima colacionadas, constata-se que eles são totalmente favoráveis a criação do *Sherman Act*, sendo que Calixto Salomão e Paula Forgioni dizem de forma sucinta, respectivamente, que a lei queria combater as condutas monopolísticas e disciplinar as atividades comerciais, pois quando há liberalismo sem regulação este se autodestrói, ou seja, a lei possuía apenas interesses louváveis e não queria em nenhum momento beneficiar empresas específicas.

Por outro lado, numa visão totalmente oposta dos autores acima mencionados, Dominick Armentano (1999, p. 35) defende que o *Sherman Act* e as diversas leis antitrustes existentes foram editadas e defendidas por empresas menos eficientes, incapazes de competir com empresas mais eficientes, com o objetivo de impossibilitar o processo de livre concorrência, ou seja, para as empresas menos eficientes é mais fácil criar restrições legislativas do que concorrer em pé de igualdade com empresas que se reinventam e inovam constantemente.

1.2 – As origens do Direito Antitruste no Brasil.

A pesquisa sobre o direito antitruste brasileiro começa a partir do Decreto-lei n. 869 de 18.11.1938, que foi responsável por regulamentar o art. 141 da Constituição Federal de 1937. Este artigo não era especificamente sobre direito antitruste, pois, na verdade, definia os “crimes contra a economia popular”. Neste sentido são os dizeres de Tercio Sampaio Ferraz Júnior (1992, p. 176):

Neste quadro de confluência de Estado e Nação, a defesa da sociedade concorrencial atrelava-se à inspiração do fascismo italiano, de modo que a preocupação política vinha carregada também de uma preocupação repressiva. Assim, os primeiros diplomas legais, no âmbito econômico, tinham por escopo uma classificação de ilicitudes penais, sendo as formas de concentração, o monopólio primordialmente, qualificados como crime. O Decreto-lei n.º 869 de 18 de novembro de 1938, inspirado no projeto do Código Penal argentino, bem assim na primeira legislação e jurisprudência americanas e nas propostas da Comissão de Reforma do Código Penal alemão, se inscrevia ainda num cenário cujo pano de fundo temia as formas concentracionais como distúrbios na estrutura do mercado. Esta visão penal das distorções mercadológicas colocava, assim, a economia do país a meio passo entre o franco intervencionismo, nos sobretons políticos, e uma concepção estrutural conservadora, na tinteira legal. De qualquer modo, o Decreto-lei n.º 896/38 era mais um diploma que, visando à defesa da economia popular, antes e nessa medida, procurava coibir os distúrbios no mercado.

O segundo diploma legislativo é o Decreto-lei n. 7.666 de 1945 (formulada pelo último ministro da justiça do Estado Novo, Agamemnon Magalhães), batizado como *Lei*

Malaia, responsável pela criação de uma Comissão Administrativa de Defesa Econômica. Foi a primeira vez que a expressão “abuso de poder econômico” apareceu na legislação brasileira e, inclusive, se manteve na Constituição Federal de 1946, no art. 148, que dizia que a lei reprimiria toda e qualquer forma de abuso econômico (SHIEBER, 1966, p. 8).

Segundo o mesmo autor, a regulamentação deste dispositivo constitucional foi criada por meio da Lei n. 4.137 de 1962, o que acabou sendo considerada como, de fato, a primeira lei antitruste brasileira. Essa lei criou o CADE e lhe conferiu enormes poderes de atuação, inclusive de fiscalizar o modo que as empresas agiam no mercado, além de regular os atos dessas empresas.

Em 1967 foi promulgada uma nova Constituição Federal, que tipificou e reprimiu de forma mais específica e rigorosa o abuso de poder econômico no país, ao contrário da Constituição de 1946, que possuía um modo mais genérico, sem critérios tão objetivos. Neste sentido, o art. 157 da Constituição 1967 dizia que um dos princípios da ordem econômica era a “repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados” (FERRAZ JÚNIOR 1992, p. 176).

Ferraz Júnior continua aduzindo que mais de duas décadas depois, em 1988, foi promulgada a atual Constituição, muito mais detalhista e específica que as anteriores, além de estabelecer princípios da atividade econômica. Inclusive seu art. 170 e incisos foram responsáveis por trazer os aspectos gerais de como a ordem econômica seria exercida e, também, colocou limites para a atuação do estado na economia. Além disso, trouxe a previsão de repressão do Estado ao abuso do poder econômico.

Ainda para o mesmo autor, para regulamentar a previsão da Constituição Federal, em 02.08.1990, foi editada a Medida Provisória n.º 204, que foi convertida na Lei n.º 8.158 de 1991, onde foi criada a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), que atuava em parceria com o CADE, pois a lei que o criou não foi extinta. Dentre os diversos objetivos dessa parceria, um dos principais era tornar a apuração de crimes contra a ordem econômica mais célere.

A Lei n. 8.158 de 1991 teve uma pequena vigência, pois foi revogada pela Lei n.º 8.884 de 1994, responsável por sistematizar o direito antitruste, uma vez que criou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), formado pelo Conselho Administrativo de

Defesa Econômica - CADE, pelas Secretarias de Direito Econômico – SDE e Acompanhamento Econômico – SEAE (RAMOS, 2015, p. 85).

Ramos continua: o CADE, atuava como autarquia federal com atribuição de tribunal administrativo, a SDE, fazia parte do Ministério da Justiça, atuando em auxílio ao CADE na investigação e repressão de condutas tipificadas como ilegais e o SEAE, órgão do Ministério da Fazenda, também atuava em auxílio ao CADE, porém, no controle prévio, fiscalizando os atos de fusão e incorporação empresarial.

A autora Paulo Forgioni (2012, p. 63) diz que a Lei n.º 8.884 de 1994, foi um grande avanço para o direito antitruste brasileiro e também para o mercado em geral, pois foi responsável por consolidar a luta contra as concentrações empresárias abusivas e contra os cartéis, além de conseguir aumentar o respeito que as instituições governamentais possuíam pelo CADE, inclusive o Poder Judiciário. Registra-se que a essa lei ficou vigente quase vinte anos.

Para finalizar a evolução do direito antitruste brasileiro, segundo o pensamento a autora acima citada, foi criada a Lei n.º 12.529 de 2011, que fez diversas inovações dentre elas: (i) reestruturou de modo significativo o SBDC; (ii) passou a exigir a análise prévia de futuras concentrações empresariais; (iii) conferiu mais poderes a Administração Pública; (iv) modificou o modo de calcular as multas pelas infrações previstas na lei; e (v) conferiu mais recursos financeiros para todo o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

1.3 - Posicionamento Dominante

A grande maioria dos juristas brasileiros são favoráveis a legislação antitruste brasileira e mundial. Eles acreditam que a legislação é imprescindível para regular o mercado, evitando assim que agentes econômicos, entenda-se como empresas e grupos empresariais, ajam de forma que empeça a livre concorrência e acabe prejudicando os consumidores em geral. (BAGNOLI, 2017, p. 135)

Paula Forgioni (2012, p. 61), uma das principais autoras sobre direito antitruste no Brasil, em seu livro, argumenta que o mercado livre de regulação estatal ou o liberalismo econômico pleno se autodestrói e por isso é necessária a atuação estatal para evitar que isso

aconteça e acabe prejudicando o mercado e a própria concorrência perfeita, neste sentido são suas palavras:

Retomando nossa linha de evolução da concorrência, percebe-se claramente que, quando da revolução industrial, dá-se início a uma sua nova concepção, correlata ao mercado liberal. Livre mercado significa poder conquistar novos consumidores, praticando o comércio e a indústria como bem aprover ao agente econômico. E tudo isso não é possível sem que haja a livre concorrência.

Foi posteriormente comprovado pela história que essa livre atuação dos agentes econômicos acabou por gerar elevada concentração de capitais e poder em mãos de alguns, trazendo fatores de instabilidade que comprometiam a preservação do mercado. As concentrações e os monopólios causavam distúrbios sociais não indiferentes. Basta pensar na prática dos chamados “preços de monopólio”, que propiciam alto lucro para o produtor ou comerciante, pagos pela população. De outra parte, os monopólios, ou as grandes concentrações de poder econômico, acabam por sujeitar a classe operária a condições desfavoráveis de trabalho. [...]

Percebeu-se, ainda, que a competição selvagem entre os agentes econômicos é potencialmente prejudicial, podendo levar a sua destruição, e deve, portanto, ser regulamentada.

Constata-se que a autora percebe que a livre concorrência é de suma importância e benéfica para o mercado, porém, segundo ela, quando não há nenhuma regulação estatal, considerando as experiências históricas (sem especificar quais), a livre atuação dos agentes econômicos, o que ela chama de competição selvagem, prejudica o mercado, o que acarreta em concentrações e formação monopólios, ou seja, o Estado tem que impedir, de alguma forma, que isso ocorra.

Outros autores possuem o mesmo posicionamento acima colacionado, dentre eles Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 27), outra figura importante para o direito empresarial brasileiro e que também faz ensaios ao direito antitruste. Em sua obra ele demonstra uma maior resistência ao liberalismo econômico e acredita que a intervenção estatal é imprescindível, pois segundo sua análise, o capitalismo possui crises de tempo em tempo e que o Estado precisa conter ou tentar evitar que isso ocorra, pois quem sofre todos os danos por essas crises são os consumidores e as empresas menores.

Mesmo criticando o liberalismo econômico (capitalismo livre de regulação estatal), percebe-se que o Fábio Ulhoa Coelho entende a grande importância da liberdade de concorrência e os benefícios que ela fornece aos consumidores em geral, pois segundo ele é este mecanismo que consegue suprir, de forma satisfatória, o mercado e fornecer produtos e serviços com alta qualidade, conseguindo ainda diminuição de preços, gerando enormes ganhos a sociedade como um todo, mas essa liberdade não pode ser totalmente livre de regulação estatal.

Inclusive, o autor entende que a crise financeira de 1929 foi gerada pela liberdade de atuação que as empresas possuíam e, por isso, para evitar que outra crise daquela magnitude aconteça é importante que os mercados sejam regulados pelo Estado, ou seja, que haja limites para a diminuição da atuação do Estado na economia, entretanto, tal argumento é muito controverso, pois não é um consenso que o que gerou a crise de 1929 foi, de fato, a livre atuação das empresas. Inclusive, alguns juristas atribuem tal crise a participação indevida do estado no mercado, o que gerou distorções que este por si só não geraria.

Quando os citados autores consideram que o mercado livre de regulação cria distorções, monopólios ou oligopólios e, por fim, prejudica a concorrência, eles partem de duas premissas, a saber: a primeira é ter como objetivo a concorrência perfeita, onde empresas não conseguem influenciar de modo isolado os preços de mercado, onde há diversos competidores e eles detém o conhecimento suficiente para atuarem em determinado segmento. A segunda premissa é que os monopólios e oligopólios são caracterizados quando em determinado segmento existem poucos competidores, logo, eles abusarão de sua posição de domínio e atuarão de forma a prejudicar os consumidores em geral, haja vista a falta de competição (RAMOS, 2015, p. 90-92).

Para Ramos, a visão de concorrência perfeita e esse conceito de monopólio ganharam força a partir de 1920, porém, antes deste período a maior parte dos economistas pensavam de modo diferente, pois a concorrência era considerada como um processo em movimento, ou seja, dinâmico, sendo que a existência de grandes empresas que tinham força para influenciar o mercado fazia parte desse processo. Naquele período um segmento só era considerado monopolizado ou oligopolizado quando existiam barreiras impostas pelo Estado para entrada de novos competidores.

Neste sentido, dois economistas, Jack High e Thomas DiLorenzo (1988, p. 423), fizeram um estudo um que analisou o período entre o ano de 1885 e 1920 (neste período foi onde o direito antitruste ganhou muito destaque no mundo, inclusive, como dito anteriormente, o *Sherman Act*, lei antitruste americana, foi criada em 1890), e eles verificaram que a maior parte dos economistas não eram favoráveis a legislação antitruste, pelo fato de os criadores da lei considerarem conceitos equivocados de concorrência e monopólio, haja vista até então a concorrência era considerada como um processo em contínua movimentação e o tamanho da empresa, se era grande ou pequena, não dizia nada sobre a qualidade da concorrência.

Sendo assim, o Estado buscando a concorrência perfeita e demonizando empresas que eram eficientes e conseguiam sobressair as outras e, conseqüentemente, aumentar suas operações, teve facilidade em aprovar leis para corrigir supostas falhas que o mercado havia criado em razão do excesso de liberdade que ele tinha para operar. Além disso, o estudo realizado pelos economistas Jack High e Thomas DiLorenzo registrou que este fenômeno ocorreu na maior parte dos países ocidentais.

A partir do momento em que a grande parte dos economistas começaram a adotar os conceitos de concorrência perfeita e monopólios acima transcritos, o direito antitruste cresceu bastante, pois eles partiram da premissa que apenas as regulações seriam capazes de impedir que os agentes econômicos abusassem de seu poder criando cartéis, praticando preços predatórios etc. Deste modo, surgiu o mercado como se conhece hoje, com diversas regulações e barreiras de entrada (DiLORENZO, 2012, p. 423-435).

Segundo DiLorenzo, os economistas na época da criação do *Sherman Act*, por exemplo, consideravam que apenas o Estado tinha a força de criar monopólios, pois para eles monopólio ou oligopólio se davam quando existiam barreiras legais de entrada e, obviamente, apenas o Estado pode fazer isso. Quando o mercado não tem impedimentos para que novos competidores ingressem, mesmo uma empresa detendo grande parte do mercado é preciso que ela preste atenção em agradar seus consumidores, pois devido à concorrência potencial que existe, haja vista em qualquer momento novos competidores podem entrar no jogo, ela não pode descuidar-se.

Conclui-se, então, que nos dias atuais a posição dominante é que a legislação antitruste é condição *sine qua non* para proteger o mercado, pois as empresas agem de forma nociva aos consumidores, prejudicando a concorrência quando possuem liberdade demais, porém, ressalve-se que nem sempre a posição dominante foi essa, mas devido a mudança de conceitos de concorrência e monopólio que ocorrera a partir da criação do *Sherman Act*, essa corrente ganhou muita força ao ponto de ser uma enorme força no meio intelectual e quase um consenso.

1.4 - Posicionamento Minoritário

Existem também alguns autores que são críticos ferrenhos a legislação antitruste brasileira e mundial. Alguns pensam que seria necessário que ocorresse uma revisão parcial

da legislação e outros acreditam que ela deveria ser simplesmente extinta. Os autores que tem a segunda posição são liberais e a maioria filiada à Escola Austríaca de Economia, instituição que vem ganhando notoriedade no Brasil (RAMOS, 2015, p. 64).

Há um movimento encabeçado pelo Instituto Mises Brasil que está dando notoriedade a liberdade economia de forma ensinada pela Escola Austríaca, que atualmente possuem diversos adeptos no Brasil. No Direito Antitruste, o principal autor filiado a Escola Austríaca é o André Luiz Santa Cruz Ramos, que atualmente está quase que solitário militando nesta seara. Por outro lado, ao redor do mundo existem vários autores que possuem o viés liberal

O próprio André Luiz Santa Cruz Ramos (2015, p. 65) indica que a Escola Austríaca de Economia deu uma enorme contribuição para economia no mundo todo, tendo como seu criador formal o economista Carl Menger, porém, há diversos outros pensadores que contribuíram bastante para conceitos econômicos importantes, como por exemplo, Eugen von Bohm-Bawerk, Ludwig von Mises, Friedrich Hayek e Murray Rothbard dentre outros.

Continua o mesmo autor, a corrente trazida pela Escola Austríaca é responsável pela criação desse pensamento, ainda minoritário, que o Estado não deve intervir na economia, muito menos criando leis que regulem os mercados, profissões etc. Desse modo, a legislação antitruste é bastante criticada por esses autores, haja vista seu viés intervencionista e o clima de medo que causa no mercado em geral, pois as empresas têm que se preocupar em não infringir qualquer dispositivo legal, conforme dispõe o autor acima.

A crítica trazida por esses autores, segundo RAMOS (2015, p. 66), é que quanto mais regulado é um determinado mercado, menos competitivo ele se torna e, devido a isso, acaba por prestar um péssimo serviço com custo elevado. Quando se observa alguns mercados no Brasil, como por exemplo de combustíveis, aviação e telefonia percebe-se que eles possuem grandes reclamações por parte dos clientes e também um alto preço o que acaba dando base aos argumentos dos autores liberais.

Como dito, esses autores austríacos possuem grandes críticas, em sua maioria com fundamentos sólidos, ao direito antitruste e a regulamentação estatal na economia, porém eles focam em alguns pontos que, segundo eles, têm maior relevância e podem ser mudados, a saber, a (i) criação de licença para a atuação em determinado segmento, (ii) concessão de

patentes e outros direitos de propriedade intelectual e a (iii) criação de monopólios pelo próprio Estado, de acordo com o autor acima.

Em relação a criação de licença para a atuação em determinado segmento, o principal argumento é que devido à falta de concorrência potencial, pois não é qualquer um que pode ingressar no mercado para competir, os empresários ou profissionais já atuantes ficam acomodados, param de inovar e de buscar formas de agradar seus consumidores, pois a concorrência fica muito mitigada, e mesmo com a insatisfação dos consumidores, tais *players* não são punidos da forma que seriam em um mercado livre. Além de que, acaba fomentando a corrupção, pois aqueles que têm influência política vão usá-la para buscar seus interesses, e o corporativismo. Neste sentido são as palavras de Rothbard (2012, p.63):

Pouca atenção tem sido dada às licenças; ainda que constituam uma das imposições monopolistas mais importantes (e crescentes) da atual economia norte-americana. As licenças restringem deliberadamente a oferta de trabalho e de empresas nas ocupações licenciadas. Várias regras e requisitos são impostos para trabalhar no ofício ou para entrada em um determinado ramo de negócios. Aqueles que não conseguem preencher os requisitos têm a entrada impedida. Além disso, aqueles que não conseguem pagar o preço da licença têm a entrada barrada. As altas taxas de licenciamento põem grandes obstáculos no caminho dos concorrentes com pouco capital inicial. Algumas licenças, como aquelas exigidas para a venda de bebidas alcoólicas e para táxis, em alguns casos, impõem um limite absoluto no número de empresas e de negócios. Essas licenças são negociáveis, de modo que qualquer outra nova empresa deve comprar de uma empresa mais antiga que queira abandonar o negócio. Rigidez, ineficiência, e falta de adaptabilidade para mudar conforme os desejos do consumidor ficam evidentes neste sistema. O mercado de direitos de licença demonstra também o fardo que tais licenças são para os novatos. O Professor Fritz Machlup (1902-1983) ressalta que a administração governamental das licenças está, quase inalteradamente, nas mãos dos membros do comércio, e compara o sistema, forçosamente, às guildas “autogeridas” da Idade Média.

No tocante as concessões de patentes e outros direitos de propriedade intelectual, os liberais são contra, pois eles consideram uma agressão do estado a livre concorrência e a livre-iniciativa. Registra-se que estes autores rebatem de forma convincente as teorias que fundamentam esses privilégios, a saber, (i) defesa jusnaturalista da patente como direito de propriedade do inventor e (ii) defesa utilitarista da patente como algo imprescindível ao desenvolvimento tecnológico e científico (HOPPE, 2013, p. 179).

A primeira teoria se baseia na ideia de John Lock, onde é direito da pessoa colher os frutos do seu trabalho, logo, como ela pesquisou e criou algo é merecido o seu direito de propriedade. A grande questão é que não são todas as criações que são protegidas pelas patentes, como por exemplo, métodos matemáticos, de acordo com o disposto no artigo 10, Lei nº 9.279/1996. Isso quer dizer que a criação de métodos matemáticos não tem

importância? Provavelmente, não, mas sem dúvida é uma forma arbitrária de definição (BAGNOLLI, 2017, p. 140).

Além disso, nenhuma invenção nasce do nada. Sempre são usadas descobertas anteriores feitas por outras pessoas, logo, outro problema que surge é a forma de atribuir o mérito de cada pessoa na criação de um novo produto e, conseqüente, o modo de remuneração, sendo assim, basear-se nessa teoria ocasionaria no mínimo diversas injustiças, vez que muitas pessoas que contribuíram de forma indireta não receberiam proporcionalmente ao que realizou (KINSELLA, 2010, p. 20).

A segunda teoria defende que a concessão de patente estimula a pesquisa e a criação, pois todos querem ter esse benefício, porém, segundo os autores austríacos, o que se verifica na prática é que quando uma empresa possui alguma patente ela na verdade se acomoda e para de inovar, pois possui uma proteção legal por um longo período, no Brasil para invenção é de 20 (anos) anos, ou seja, descobrir uma patente conduz a empresa a estagnação (HOPPE, 2013, p. 179).

Continua Hoppe, se não existisse a proteção dada pelas patentes, essa acomodação não ocorreria de forma nenhuma, pois poderia levar a empresa a falência ou sofrer grandes prejuízos financeiros ou perder grande fatia do mercado e o simples fato de ser pioneira em determinado segmento já seria o bastante para estimular as empresas a inovarem, vez que é inquestionável a vantagem de um agente econômico quando ele é o precursor de uma forma inovadora de agradar seus consumidores.

Por fim, referente a criação de monopólios pelo próprio Estado a crítica que se tem é que apenas ele pode cria-los, pois, os agentes que atuam no mercado não têm força para impedir que novos competidores ingressem. Além que, quando não existe barreira formal de entrada, mas em um determinado mercado existe uma empresa que possui grande parte dele, isso não é prejudicial aos consumidores, pois devido à concorrência potencial, a concorrência substituta e elasticidade da demanda, a empresa que abusar de sua posição será enfrentada por novos investidores que vislumbrarão a oportunidade de obter lucros neste mercado (KINSELLA, 2010, p. 22).

Apesar dos fundamentos sólidos que a posição minoritária possui, ela tem grandes dificuldades em evoluir e ganhar posição de dominação intelectual, talvez seja pela a consolidação que a visão *mainstream* possui e os *lobbys* que as empresas que operam em

mercados regulados fazem perante a classe política, pois essas não querem que novos competidores ingressem em seus mercados, porém, isso é prejudicial aos consumidores e a sociedade.

Portanto, a posição minoritária defende que a legislação antitruste não possui o interesse em defender a livre concorrência, e sim de proteger empresas ineficientes, mas que possuem influência política, de empresas eficientes, que buscam a inovação constante. Essa posição argumenta que os empresários ineficientes descobriram que é mais fácil criar barreiras legais do que competir de igual para igual com outros competidores.

2 – PONTOS IMPORTANTES DA LEI ANTITRUSTE BRASILEIRA (12.529/11)

2.1 - Da Finalidade e Aplicação

A Lei nº. 12.529/11, atual Lei Antitruste brasileira, é muito recente, haja vista ter sido promulgada em novembro de 2011. A finalidade da referida lei é estruturar Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e dispor sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, sendo a coletividade titular dos bens jurídicos protegidos por ela, conforme aduz o seu artigo 1º e parágrafo único.

Grande parte dos doutrinadores, dentre eles o Fabiano Del Masso (2012, p. 158), faz uma dura crítica concernente a falta de técnica demonstrada na elaboração do parágrafo único do artigo acima referido, uma vez que a coletividade é, de modo indireto, titular de toda e qualquer norma jurídica, ou seja, a falta de especialidade na elaboração do texto deixa claro que um pouco mais de técnica lhe faria bem. Entretanto, alguns doutrinadores aduzem que esse trecho é apenas uma formalidade.

O doutrinador acima citado, dispõe que, na verdade, os titulares e beneficiários diretos dos bens jurídicos tutelados pela Lei nº. 12.529/11 são os próprios concorrentes que atuam no mercado concorrencial, sendo os consumidores e a sociedade beneficiados de modo indireto:

Costuma-se, ainda, citar como destinatários da lei antitruste os consumidores, os pequenos empresários, a competição, os trabalhadores, a livre iniciativa. Todavia, esses são os figurantes necessários dos direitos que decorrem de um ente juridicamente protegido, que é o centro da ordem econômica, qual seja, o mercado. A estruturação do mercado é o bem jurídico protegido. É claro que, preservando-se o livre mercado, se estará indiretamente produzindo efeitos benéficos ao trabalho, ao consumo, à concorrência. Entretanto, nenhum deles pode ser atribuído como único destinatário e muito menos o conjunto de todos eles, pois, por vezes, sequer seus interesses coincidem.

(...)

Portanto, para se chegar ao verdadeiro destinatário dos bens protegidos pela lei contra o abuso de poder econômico, basta realizar a seguinte indagação: a quem interessa a liberdade de iniciativa, a livre concorrência e a eficiência do mercado? O titular direto desses direitos protegidos é a pessoa que explora a atividade econômica. É claro que indiretamente se beneficiam todos os outros entes mencionados, mas não persistem dúvidas de que os concorrentes são os principais destinatários da proteção do livre mercado.

Vale ressaltar que a Lei nº. 12.529/11 tem uma enorme abrangência, uma vez que ela adota a teoria da atividade e do resultado, ou seja, ela tem aplicação às práticas cometidas, no

todo ou em parte, no território nacional ou que aqui produzam ou possam produzir efeitos, como determina seu artigo 2º. Portanto, o intuito de da referida lei é resolver o problema concorrencial no país

2.2 - Estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

No capítulo anterior, foi feita uma breve menção ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, no qual foi dito que a nova lei antitruste o reestruturou e lhe concedeu maiores recursos financeiros. Sendo assim, é de suma importância esmiuçar a atual composição do SBDC, que engloba o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, ambos com diversas atribuições voltadas a proteção ao mercado e a livre concorrência (MASSO, 2012, p. 160).

Continua o mesmo autor, o CADE, atualmente, é uma autarquia federal, que possui vínculo com o Ministério da Justiça, cuja sede é situada no território do Distrito Federal, constituído pelos seguintes órgãos: (i) Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, (ii) Superintendência Geral e (iii) Departamento de Estudos Econômicos. Entretanto, não foi a atual Lei Antitruste que o criou. Na verdade, ele foi criado pela Lei nº 4.137/1962, dois anos antes do início do regime militar no país.

Segundo o autor acima indicado, o artigo 4º da Lei Antitruste determina que o CADE é uma entidade judicante com jurisdição em todo território nacional, porém, vale dizer, que ele não realiza nenhuma função jurisdicional, ou seja, quando a Lei diz jurisdição, é no sentido de aplicar administrativamente a legislação contra quem abusa do poder econômico, sendo possível, caso seja necessário, a apreciação judicial. Portanto, fica claro que o CADE, principalmente, atua de forma administrativa.

O primeiro órgão acima apontado que compõe o CADE é o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, o qual é composto por sete membros, sendo um Presidente e seis Conselheiros, indicados pelo Presidente da República e sabatinados pelo Senado Federal. Para fazer parte do referido tribunal é necessário preencher alguns requisitos, a saber, ter, no mínimo, trinta anos de idade e conhecimentos jurídicos ou econômicos, além de reputação ilibada, como disposto no artigo 6º da Lei n. 12.529/11, o que não poderia ser de forma diferente, haja vista a importância de tal órgão (MOTTA, 2015, p. 222).

Não restam dúvidas sobre o caráter político da indicação dos membros do Tribunal Administrativo. O que pode ser muito complicado e prejudicial na prática, uma vez que pode haver parcialidade para a escolha de tais membros. Inclusive, visando beneficiar, privilegiar ou prejudicar determinados setores do mercado econômico ou produtivo, ou seja, interesses escusos. A crítica que se faz é se essa é a melhor forma de compor um Tribunal decisório, com tamanha relevância (COELHO, 2012, p. 35).

De todo modo, o cargo é exercido por mandato de quatro anos, tanto do Presidente, quanto de todos os Conselheiros, não podendo ser coincidentes, tampouco é permitida a recondução, sendo de dedicação e exercício exclusivo, não podendo haver cumulação de cargos (art. 6º, § 1º e 2º), ressalvados, obviamente, os casos que são permitidos pela própria Constituição Federal, como exemplo, com o cargo de professor, conforme disposto em seu artigo 37, inciso XVI.

A vedação da recondução é importante para que não haja a perpetuação de um modo de operar, a fim de buscar cada vez mais a eficiência dentro do órgão, ou seja, o legislador teve como objetivo criar alguns mecanismos para evitar parcialidade e corrupção dentro do Tribunal, o que, por hora, parece estar dando certo, uma vez que não se conhece nenhum caso neste sentido. O que, de forma alguma, indica que essa é a melhor maneira de evitar esse tipo de conduta (FORGIONI, 2012, pag. 153).

De acordo com a mesma autora, os membros do Tribunal possuem uma certa estabilidade, haja vista as hipóteses de perda de mandato serem restritas, visando conceder maior autonomia ao ente. Neste sentido, somente perderão o mandato em razão de decisão do Senado Federal, necessitando de provocação do Presidente da República, ou em virtude de condenação penal transitada em julgado, por crime doloso, de modo que a condenação por um crime culposos não enseje na perda.

Por meio do devido processo disciplinar, garantida sempre a ampla defesa e o contraditório, por violar qualquer uma das vedações impostas no artigo 8º da referida lei e faltar a três reuniões consecutivas ou vinte intercaladas também ocasionam a perda do mandato, porém, no último caso, a perda se dá automaticamente, ou seja, apesar de haver uma certa estabilidade, ela não é absoluta, para evitar acomodação e inércia por parte de quem deve atuar. (FORGIONI, 2012, pag. 154).

O artigo 8º, acima indicado, traz algumas vedações aos membros do Tribunal, como por exemplo, receber, a qualquer título, e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas; exercer profissão liberal; participar, na forma de controlador, diretor, administrador, gerente, preposto ou mandatário, de sociedade civil, comercial ou empresas de qualquer espécie; emitir parecer sobre matéria de sua especialização, ainda que em tese, ou funcionar como consultor de qualquer tipo de empresa e exercer atividade político-partidária dentre outras (MOTTA, 2015, p. 230).

Continua o mesmo autor, inclusive, a competência do Plenário do Tribunal, do Presidente e dos Conselheiros são diferentes, por exemplo, cabe ao Plenário zelar pela observância desta Lei e seu regulamento e do regimento interno; decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei; decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral; ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar e outras, conforme artigo 9º da Lei em comento e analise.

O artigo 10 da mesma Lei dispõe que ao Presidente cabe representar legalmente o CADE no Brasil ou no exterior, em juízo ou fora dele; presidir, com direito a voto, inclusive o de qualidade, as reuniões do Plenário; distribuir, por sorteio, os processos aos Conselheiros; convocar as sessões e determinar a organização da respectiva pauta; solicitar, a seu critério, que a Superintendência-Geral auxilie o Tribunal na tomada de providências extrajudiciais para o cumprimento das decisões do Tribunal entre outras.

Aos Conselheiros cabe emitir voto nos processos e questões submetidas ao Tribunal; proferir despachos e lavrar as decisões nos processos em que forem relatores; requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, a serem mantidos sob sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias; adotar medidas preventivas, fixando o valor da multa diária pelo seu descumprimento, como determina a mesma lei, em seu artigo 11.

Em relação ao segundo órgão que integra o CADE, qual seja, Superintendência-Geral. Ela é formada por um Superintendente Geral e dois Superintendentes Adjuntos, sendo suas atividades e atribuições definidas por meio de Resoluções. Os requisitos necessários para ser Secretário Geral do referido órgão são semelhantes aos do Tribunal Administrativo de

Defesa Econômica, ou seja, necessita ter no, mínimo, trinta anos de idade, conhecimentos jurídicos ou econômicos e reputação ilibada. A forma de nomeação é a mesma, a saber, Presidente da República indicia e o Senado Federal aprova a indicação, segundo o artigo 12 e parágrafos.

Em relação ao período de mandato, há uma diferença, pois para o cargo de Superintendente Geral será de apenas dois anos (art. 12, § 2), e não de quatro, sendo válida uma recondução. Ressalta-se que as hipóteses de perda de mandato, vedações, impedimentos, cumulação de cargos, dedicação exclusiva são as mesmas aplicadas aos membros do Tribunal Administrativo. Agora, a indicação dos Superintendentes Adjuntos será feita pelo Superintendente Geral, como determina o art. 12, § 3.

Dentre as atribuições da Superintendência Geral estão as de acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e documentos necessários; promover; instaurar e instruir processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, procedimento para apuração de ato de concentração entre outras, conforme estabelece o art. 14.

Por fim, o Departamento de Estudos Econômicos é um órgão técnico, tendo como responsável um Economista Chefe, indicado conjuntamente pelo Presidente do Tribunal e pelo Secretário Geral, sendo necessário que tenha reputação ilibada e conhecimentos econômicos. Este órgão é responsável a dar respaldo técnico as decisões do Tribunal. Ele atua de ofício ou mediante provocação de quem, entre os órgãos do CADE, necessite de pareceres eminentemente técnicos, como dispõe o art. 17.

Para finalizar a explanação sobre o SBDC, resta mencionar a Secretaria de Acompanhamento Econômico, que tem a função de fazer a comunicação entre os órgãos do governo e a sociedade, em específico: opinar, nos aspectos referentes à promoção da concorrência, sobre propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidos a consulta pública pelas agências reguladoras e, quando entender pertinente, sobre os pedidos de revisão de tarifas e as minutas entre outras, como determina o artigo 19 da Lei n. 12.529/11.

A Secretaria para cumprir com suas atribuições tem algumas prerrogativas expressas na lei em comento, a saber, requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal quando for o caso; celebrar acordos e convênios com órgãos ou entidades públicas ou privadas, federais, estaduais, municipais, do Distrito Federal e dos Territórios para avaliar e/ou sugerir medidas relacionadas à promoção da concorrência, segundo o art. 19 e incisos.

Ante ao exposto, percebe-se que a estrutura do SBDC é muito organizada, havendo uma harmoniosa distribuição de atribuições. Para que o sistema funcione bem, essa questão é imprescindível, pois uma estrutura desorganizada e conflituosa impede que os processos avancem de forma célere e, mais importante que isso, de maneira justa para os agentes de mercado que estão envolvidos e poderão ser influenciados por uma decisão do Tribunal Administrativo, por exemplo.

2.3 - Da atuação do Ministério Público Federal e da Procuradoria junto ao CADE

Em relação ao Ministério Público Federal - MPF, cabe ao Procurador Geral da República indiciar um membro para atuar junto ao CADE. O membro escolhido terá a tarefa de emitir pareceres nos processos administrativos, que tenham a finalidade de impor sanções a quem desrespeite as leis que regulamentam a ordem econômica. Sendo assim, verifica-se que a atuação do referido órgão é um tanto quanto limitada, quando se diz respeito a atuação junto ao CADE (BAGNOLLI, 2017, p. 155).

Segundo o mesmo autor, diferentemente do MPF, a Procuradoria tem uma atuação muito intensa junto ao CADE, tendo diversas atribuições, por exemplo, prestar consultoria e assessoramento jurídico ao CADE; representa-lo judicial e extrajudicialmente; promover a execução judicial das suas decisões e julgados; proceder à apuração da liquidez de seus créditos, inscrevendo-os em dívida ativa para fins de cobrança administrativa ou judicial; tomar as medidas judiciais solicitadas pelo Tribunal ou pela Superintendência-Geral, necessárias à cessação de infrações da ordem econômica ou à obtenção de documentos para a instrução de processos administrativos de qualquer natureza, dentre outras, conforme dispõe o artigo 15 da Lei n. 12.519/11.

O Procurador-Chefe que atuará junto ao CADE será nomeado pelo Presidente da República, depois de sabatinado e aprovado pelo Senado Federal. Existem alguns requisitos

para exercer tal cargo, como por exemplo, idade mínima de trinta anos de idade, conhecimentos jurídicos e reputação ilibada. O cargo será exercido por um mandato de dois anos, permitida uma única recondução, por igual prazo. O que é bem semelhante ao cargo de Superintendente Geral, como estabelece o art. 16.

2.4 - Infrações de Ordem Econômica, das Penas e Prescrição

As infrações da ordem econômica aplicam-se as pessoas jurídicas de direito público ou privado, pessoas físicas, inclusive, as associações, com ou sem personalidade jurídica, conforme artigo 31 da lei em estudo. Logo, o seu alcance é impactante, pois os mais variados agentes estão de baixo do manto do referido diploma legal, sendo que o legislador optou por ser assim para dar maior segurança ao mercado, haja vista a exclusão de algum agente desta tutela legal acarretaria prejuízos para o mercado em geral (COELHO, 2012, p. 40).

O autor continua, outro ponto importante, é a modalidade de responsabilidade que a Lei n. 12.529/11 trouxe para quem praticasse alguma infração da ordem econômica, a saber, solidária. Respondendo solidariamente a empresa e seus administradores ou dirigentes, sem esquecer que trouxe também a ideia de responsabilização do grupo econômico, de fato ou de direito. Portanto, quando uma empresa integrante de um grupo econômico pratica uma infração, as demais empresas respondem solidariamente (artigos 32 e 33).

Não para por aí, a Lei prevê também, em seu artigo 34, a desconsideração da personalidade jurídica nos casos de abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. Constata-se que para tentar evitar que os agentes se valham de qualquer maneira de burlar a lei, o legislador expressamente permitiu a utilização de diversos institutos jurídicos, visando dar maior efetividade a norma, ou seja, lhe dando um sentido concretizador. Neste sentido são as palavras do Fabiano Del Masso, 2012, p. 170:

A defesa da concorrência contra os atos de abuso de poder econômico pode ocorrer de duas formas distintas: a primeira, que será estudada agora, quando a ação do agente econômico visar à limitação da concorrência, do aumento arbitrário de lucros ou à dominação de mercado, condutas que merecem uma ação punitiva do Estado; a segunda compreende o controle dos atos e contratos que de alguma maneira podem limitar a competição, existe, assim, um controle preventivo das estruturas provenientes de reorganizações societárias, aquisição de empresas, bem como outros procedimentos empresariais que provocam alguma mudança na oferta de determinado bem ou serviço.

As infrações podem ser praticadas tanto por pessoas físicas quanto jurídicas, inclusive as de direito público, bem como quaisquer associações, com ou sem personalidade jurídica, sendo que a prática das infrações implica a responsabilidade tanto da empresa quanto a individual de seus representantes de forma solidária. Em caso de sociedades integrantes de grupo econômico também há responsabilidade solidária. Da mesma maneira, poderá ser desconsiderada a personalidade jurídica do responsável pela infração quando houver: abuso de direito, excesso de poder, infração da lei ou de contratos e estatutos sociais ou ainda, se houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por ato de má administração.

Para o mesmo autor, em relação as condutas que geram infração da ordem econômica, existe um rol extenso na própria Lei, em seu artigo 36, mas de forma resumida, conclui-se que existem dois grupos de infrações, sendo o primeiro contendo as atitudes que visam limitar a livre concorrência, em busca de aumento de lucros e dominar parte do mercado. Essas atitudes, segundo a lei, merecem uma punição do Estado. O que concerne ao segundo grupo, são medidas voltadas a uma atuação preventiva.

Importante destacar algumas infrações que a lei expõe como graves: limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem e vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo, dentre outras hipóteses previstas no artigo 36.

Dentre as hipóteses acima citadas, verifica-se que estão a pratica que ficou conhecida como cartel e venda casada. Ambas são práticas que prejudicam sobremaneira a livre concorrência, além de prejudicar os consumidores, pois eles são obrigados a adquirir um produto, ao qual não era necessário. Além disso, normalmente, quando acontece tais condutas é porque os produtos a serem vendidos são importantes ou insubstituíveis, ou seja, o consumidor é obrigado a adquirir, pois necessita do bem (BAGNOLI, 2017, p. 165).

No que se refere as penalidades por tais condutas, segundo descrito no diploma legal, a modalidade principal é de multa pecuniária sobre o faturamento da empresa, que pode variar de 0.1% (um décimo por cento) até o montante, incrivelmente considerável, de 20% (vinte por cento) sobre o faturamento da empresa ou do grupo econômico quando for o caso. Sem esquecer que sempre será necessário o devido processo administrativo para apurar tais

infrações e aplicar as multas relativas, haja vista haver critérios específicos para apuração e mensuração (art. 37, I).

Quando a responsabilidade pela infração recaí sobre pessoas físicas ou pessoas jurídicas que não podem, por alguma maneira, utilizar do critério do faturamento, a penalidade será de até R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais), tendo como mínimo o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Quando se fala de administrador, quando é considerado culpado, a multa será de até 20% (vinte por cento) do valor aplicado a título de penalidade à empresa. Acima disso, no caso de reincidência, os valores serão aplicados em dobro, conforme inciso II, do artigo 37.

Pelos valores vultuosos que a lei estabelece, fica claro o prejuízo que as infrações provocam ao mercado concorrencial. Mas a forma de apurar e mensurar como serão aplicadas as multas não pode ser banalizado, pois se o CADE, por exemplo, aplicar uma multa que se mostre exorbitante, aquele em que recaía a penalidade provocará o Poder Judiciário para discutir a validade da medida. Caso a decretação de nulidade das penalidades se torne corriqueiro, o próprio CADE, neste exemplo, perderá credibilidade junto a sociedade e ao próprio mercado (MASSO, 2015, p. 170).

Para finalizar este tópico, cumpre discorrer sobre o prazo prescricional para punir as infrações acima destacadas. Existem duas modalidades de prescrição descritas pela Lei 12.529/11, quais sejam, prescrição quinquenal e prescrição intercorrente. A primeira, como o próprio nome já diz, possui o lapso temporal de cinco anos, contados da prática do ato ou, em casos de atos permanentes, quando cessa a prática. Sendo ela interrompida por qual ato que pretenda apurar a infração e suspendida durante o compromisso de cessação ou em controle de concentrações, em caso de acordo, conforme artigo 46 da referida Lei.

Por outro lado, existe também a prescrição intercorrente, que se dá quando o processo administrativo fica pendente de julgado ou despacho por mais de três anos. Ela poderá ser decretada de ofício ou mediante requerimento de quem possua interesse. Podendo haver responsabilização do servidor inerte, se for o caso de culpa ou dolo. No tocante a atos que configurem crime, o prazo prescricional será o da Código Penal e não mais os acima citados (BAGNOLI, 2017, p. 134)

2.5 - Programa de Leniência

Em tópico pretérito, foi exposto que o CADE é formado por três órgãos, quais sejam, Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, Secretária Geral e Departamento de Estudos Econômicos. No tocante ao programa de leniência, o órgão responsável é a Secretária Geral, que celebrará um acordo, com pessoas físicas e jurídicas, que cometerem infrações de ordem econômica, precisando colaborar com as investigações, obtendo resultados específicos previstos na Lei n. 12.529/11, em seu artigo 86.

Os requisitos para obtenção do acordo descritos § 1º do artigo acima citado são: (i) a empresa seja a primeira a se qualificar, (ii) a empresa se desvincule a infração, (iii) a Superintendência não tenha provas para condenar a empresa e (iv) a empresa confesse que cometeu ilícitos, sem esquecer que é necessário obter resultados com pacto ajustado, não podendo ser algo inócuo.

Os requisitos são cumulativos e proporcionais, o que é muito importante, pois a forma de obter informações de agentes envolvidos em ilícitos é bem mais fácil e célere do que por investigações do próprio órgão. Quando uma empresa, por exemplo, que está envolvida no cometimento de infrações demonstra interesse em colaborar com a justiça, os resultados são vantajosos e beneficiam toda a coletividade, mesmo o colaborador obtendo uma redução considerável na pena ou até mesmo a extinção (MOTTA, 2015, p. 233).

Cumprir destacar que a própria lei prevê que o benefício do colaborar será de redução de um terço ou dois terços da pena ou, dependendo do caso, extinção. Quem decretará a extinção da penalidade será o Tribunal Administrativo, pois é ele quem julga os processos administrativos. Mas, a extinção somente se dará no caso de a colaboração ser anterior ao conhecimento do ilícito pela secretária geral. A redução da pena, nos montantes acima descritos, também cabe ao Tribunal Administrativo, conforme artigo 86, § 1º.

O mesmo artigo determina que os efeitos do acordo de leniência são extensivos, atingindo o grupo econômico, dirigentes e, até mesmo, os empregados que participaram da infração, mas, para que os efeitos sejam dessa forma, o acordo deverá ser firmando em conjunto, respeitando todas as condições impostas e cumprimento os requisitos da lei. Sendo essa medida um incentivo para que todos aderem ao pacto.

A proposta de acordo e os seus termos são sigilosos, uma vez que a honra da empresa ou de seus dirigentes estão em jogo. De todo modo, tem de ser assim, pois se fosse algo

público os agentes econômicos seriam desincentivados a colaborar. Caso o acordo seja descumprido, o beneficiário somente poderá realizar um novo após passados, no mínimo, três anos. Por outro lado, caso o acordo seja fielmente cumprido extingue-se a punibilidade, de maneira automática (BAGNOLI, 2017, p. 137)

Nos últimos anos, diversos acordos de leniência foram realizados pelo CADE, inclusive diversos envolvendo empresas que estavam sendo investigadas pela Operação Lava-Jato. Como exemplo, tem-se o realizado entre a Construtora OAS/AS. Neste caso, o acordo foi feito em parceria entre o CADE e Ministério Público Federal, pois havia a suspeita que referida empresa estava fraudando licitações no Distrito Federal. Os dirigentes da empresa também participaram do acordo, conforme disponibilizado no site do CADE.

No mesmo site, há a informação de que desde o início da Operação Lava-Jato até 12/07/2017 dez acordos haviam sido realizados, no âmbito da operação. O que demonstra que o instituto trazido pela Lei n. 12.529/11 está sendo bastante utilizado e surtindo efeitos positivos contra atos que tentam prejudicar os princípios da livre concorrência e o livre mercado, uma vez que fraudar licitações colide diretamente com eles, sem esquecer do dano ao erário público.

2.6 – Controle de Concentrações

Inicialmente, cumpre conceituar o que a lei em estudo entende como atos de concentração. Para ela ocorre uma concentração quando empresas independentes se juntam e passam a atuar conjuntamente no mercado, quando uma empresa adquire a outra, quando ocorre incorporação de uma empresa na outra ou no caso de consorcio e até mesmo joint venture. Por outro lado, em se tratando de consórcio para participar de licitações realizadas pela Administração Pública não é considerado concentração (MOTTA, 2015, p. 236)

Para o autor acima indicado, um dos papéis mais importantes do SBDC é controlar atos e contratos que possam de alguma maneira prejudicar a livre concorrência. A atuação neste sentido é preventiva, evitando que empresas se unam para prejudicar o mercado. Entretanto, nada impede que o controle se dê de modo repressivo, ou seja, após a concentração, pois caso seja necessário, o CADE poderá submeter a concentração a uma análise, visando constatar se aquele processo prejudicou, ou não, a livre concorrência.

A Lei 12.529/11, em seu artigo 88, determina critérios, levando em conta o faturamento bruto anual ou, dependendo do caso, o volume de negócios, para que o processo de concentração seja submetido ao CADE. A lei estabelece que pelo menos um dos agentes envolvidos na concentração tem que ter tido um faturamento igual ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) e o outro agente tenha obtido faturamento igual ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais). Cumpre destacar que a Lei estabelece que o controle de concentração será prévio e será realizado no prazo de 240 (duzentos e quarenta) dias.

Constata-se que o legislador optou por um filtro, onde apenas concentrações de valores elevados seriam submetidos ao CADE, de modo preventivo. Não tem motivo para ser diferente, uma vez que, não importa o tamanho da estrutura do órgão, submeter todas as concentrações seria, simplesmente, impossível, ainda mais com o período de escassez de recursos que o Estado enfrenta. Entretanto, como dito acima, nada impede que o CADE faça um controle repressivo (MOTTA, 2015, p. 240).

A Lei veda, em seu artigo 88, § 5º, atos de concentração que eliminem a concorrência em parte considerável ou que reforce uma dominação já existente, porém, há algumas exceções quando a concentração é necessária para atingir alguns objetivos benéficos ao mercado, trazidos pela lei, a saber, (i) aumentar a produtividade ou a competitividade; (ii) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes, conforme disposto § 6º.

Após a análise feita acima, onde foram abordados diversos pontos importantes da Lei 12.529/11, constata-se que ela está tendo uma eficácia concreta, apesar de ter pouco tempo de existência. Ela está conseguindo obter resultados, porém, como dito no capítulo primeiro, o mercado atua melhor sem muitas regulações, porém, poucas regulações são necessárias para impedir que os agentes atuem de forma prejudicial ao mercado e consumidores ou fraudulenta, em contradição a legislação.

3 – RESULTADOS CONCRETOS DA LEI 12.529/11

A Lei 12.529/11, ao contrário de diversas leis existentes no ordenamento jurídico brasileiro, está ganhando bastante destaque e tendo reflexos na vida no mercado concorrencial como um todo, conforme decisão abaixo:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ECONÔMICO. CADE. FORMAÇÃO DE CARTEL. PRÁTICA DE BID ROTATION. 1. O Juízo a quo indeferiu o pedido liminar para suspender decisão do CADE de condenação da agravante e de outras empresas por formação de cartel entendendo que não está provado nos autos o fumus boni iuris a permitir a concessão da medida. 2. Isso porque a conclusão do CADE é bem fundamentada no sentido da prática de cartel pela autora/agravante, integrando a estratégia de bid rotation. 3. Com base nos documentos do processo administrativo constantes da mídia à fl. 92, verifica-se que de fato as provas não permitem concluir que a adoção de preços semelhantes pelas empresas participantes da licitação tinha a única finalidade de evitar prejuízo aos envolvidos. 4. Pelo contrário, estão evidenciados, ao menos a princípio, fortes indícios de conluio no intuito de praticar o esquema de propostas rotativas (rodízio). 5. Com efeito, o minucioso relatório de fls. 2793 e seguintes é contundente pela participação da agravante no estratagema criado. 6. Conforme se explica no relatório, o simples ato de elaboração e/ou disseminação de uma tabela de preços extrapola os limites legais de atuação das associações, caracterizando presunção relativa de ilegalidade, em decorrência do disposto nos artigos 20, I, e 21, II, da Lei 8282/93 8.884/94, atual artigo 36, I e §3º, II, da Lei 12.529/2011. 7. (...) ACÓRDÃO Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado (TRF – 3 - Agravo de Instrumento n. 0024431-54.2015.4.03.0000/SP. Rel. Desembargador Federal Antônio Cedenho. Terceira Turma. Data da Publicação 12/12/2016).

No acórdão acima transcrito o Desembargador Antônio Cedenho, negou um pedido de tutelar antecipada, mantendo a decisão do CADE, onde condenou a parte autora e outras empresas por formação de cartel, utilizando a estratégia de *bid rotation*, que é uma espécie de rodízio de vitória em licitações, onde cada empresa apresenta um preço definido previamente pelos integrantes do cartel. Neste caso verifica-se que as empresas agiram de forma a lesar a concorrência e o CADE agiu de forma repressiva.

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÕES. MEDIDA CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. LEI 12.529/11. ARTIGO 13, INCISO VI, ALÍNEA D. LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE. NULIDADE DA MEDIDA. NÃO COMPROVAÇÃO. RECURSOS DESPROVIDOS. – Medida cautelar de busca e apreensão de documentos ajuizada pelo CADE com base no artigo 13, inciso VI, alínea d, da Lei n. 12.529/11, em decorrência de acordo de leniência n. 1/2013, por meio do qual tomou conhecimento da provável existência de ação anticompetitiva nos mercados de resinas para revestimentos e resinas para compósitos, as quais consistiriam na i) elaboração de acordos para fixação de preços dos produtos, ii) divisão de mercados e iii) troca de informações comercialmente sensíveis entre concorrentes. Apelações Desprovidas. (TRF – 3 - Apelação n. 17731320144036130, Rel. Juiz Convocado Ferreira da Rocha, Quarta Turma, Data de Julgamento 14/03/2019)

Na decisão acima colacionada, o referido tribunal entendeu que a medida cautelar de busca e apreensão ajuizada pelo CADE, sem dar ciência as partes, a fim de localizar documentos que comprovem a participação de empresas em práticas anticompetitivas não viola os princípios do contraditório e devido processo legal. Ressalta-se que as informações foram colhidas em acordo de leniência.

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ORDEM ECONÔMICA. CADE. INTERVENÇÃO. ASSISTÊNCIA. Vislumbra-se pertinência da permanência do CADE na lide na condição de assistente dadas as suas funções institucionais e a própria existência de processo na via administrativa acerca dos fatos narrados à inicial da ação principal (fls. 101). 2. A atenta leitura do acórdão regional e da peça do Apelo Raro demonstra que a discussão devolvida à apreciação desta Corte Superior diz respeito, apenas e exclusivamente, à intervenção do Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE nos autos, sua natureza e consequências. Ocorre que o CADE, às fls. 304/307, requereu a desistência de sua intervenção nos presentes autos, o que foi objeto de homologação pela decisão de fls. 318/319. 4. Desta maneira, ocorreu a perda superveniente do objeto da discussão recursal, porquanto não mais subsistindo a intervenção, não se justifica a permanência da controvérsia sobre a admissibilidade e natureza jurídica da referida intervenção. 5. Ante o exposto, julgo prejudicada a pretensão recursal especial e, por conseguinte, também o Agravo Regimental de fls. 277/283 (STJ - Resp 1066549 RS 2008-0129720. Relator: Ministro Napoleão Nunes Filho, Data de Publicação: 21/06/2018)

Na decisão acima do STJ, o CADE, após ingressar no processo como terceiro interessado, haja vista a discussão sobre questões concorrenciais, percebeu que não havia razões para continuar atuando no feito. Desta maneira, pugnou pela desistência de sua participação. Isso demonstra que o CADE atua apenas naquelas questões que entende ser de interesse comum, ou seja, questões estritamente privadas, sem reflexos na coletividade saem do escopo do ente.

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL PENAL. APELAÇÕES. MEDIDA CAUTELAR SEQUESTRO BENS DE PESSOA JURÍDICA. IMPOSSIBILIDADE DE USO PARA REPARAÇÃO DE DANOS CIVIS À COLETIVIDADE POR INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA. CARTEL EM LICITAÇÕES. SOCIEDADE EMPRESÁRIA INSTITUCIONALIZADAS. REPARAÇÃO A SER PERSEGUIDA NAS ESFERAS CIVIL E ADMINISTRATIVA. ARTIGO 47 DA LEI 12.529/11. SEQUESTRO LEVANTADO. SENTENÇA REFORMADA. (...) 3. A responsabilidade penal no Direito brasileiro só alcança pessoas naturais/físicas, ressalvada a seara penal ambiental. Assim, mesmo em casos como o presente, no qual são investigadas diversas pessoas pela suposta prática de inúmeros delitos (cartel, quadrilha, fraude à licitação, corrupção passiva e ativa, evasão de divisas e lavagem de dinheiro), incluindo condutas com suposta anuência e incentivo institucional de corporações de grande porte, as pessoas passíveis de ser réis em eventual ação penal são pessoas naturais envolvidas, não as pessoas jurídicas. 3.1 As pessoas jurídicas, consideradas sob o prisma institucional, poderão e deverão responder pelos fatos, se comprovados, nas esferas administrativa e civil, tanto perante órgãos de defesa da concorrência (notadamente o CADE), quanto perante o Poder Judiciário, em ação civil. 3.2 A reparação civil dos danos causados por infração à ordem econômica encontra respaldo no artigo 47 da lei 12.529/11 que prevê mecanismo processual específico para tal objetivo, não podendo a medida cautelar de sequestro existente no

processo penal ser utilizada como sucedâneo da vida adequada, pois as pessoas jurídicas não integram a lide penal o que acarretaria ofensa ao princípio do devido processo legal. (...) (STJ – Resp 815689. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Data de Publicação: 09/12/2016)

O acórdão acima transcrito é bem dedicado e amplo em relação a matéria já tratada neste trabalho. Ele aponta diversas questões importantes. Em síntese, ele trata da impossibilidade de ocorrer uma medida cautelar de sequestro de bens de uma pessoa jurídica, onde no processo penal figuravam como parte apenas os sócios da empresa. O Ministro esclarece que a pessoa jurídica que viola à ordem econômica pode até ser responsabilizada nas vias administrativa e civil, mas a Lei n. 12.529/11 prevê procedimento específico, o que deve ser observado.

EMENTA: PREVENÇÃO DE LOCUPLETAMENTO ILÍCITO. FATURAMENTO DO BANCO E MULTAS ADMINISTRATIVOS POR INFRAÇÕES À LIVRE CONCORRÊNCIA (LEI N. 12.529/11) E PRÁTICA LESIVAS AO MERCADO DE CONSUMO. CONSIDERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. LITIGANTE CONTUMAZ. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DE GRANDE PORTE. AFERIÇÃO PELO JUIZ. APREENSÃO E AFIRMAÇÃO PELO JUIZ. QUESTÃO NÃO DEBATIDA. VEDACÃO À DECISÃO SURPRESA. PREVENÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. RECURSOS. DESPROVIMENTO. (...) 7. Conquanto inexista previsão legislativa tarifando as indenizações provenientes do dano moral, porquanto materialmente inviável, estando sua fixação reservado ao arbítrio judicial, empreendendo a doutrina e jurisprudência parâmetros para sua mensuração mediante ponderação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e da realidade da vida, não se afigura legítimo que, inovando-se o positivado, seja içado como parâmetro para arbitramento regramentos destinados a dispor sobre sanções aplicadas aos fornecedores por violação a legislação protetiva do consumidor ou que vilipendiam a livre concorrência (CDC e Lei n. 12.529/11), porquanto encerraria a utilização de parâmetros desguarnecidos de lastro legal e aplicáveis a situações de natureza inteiramente distintas (...). Apelações conhecidas e desprovidas. (TJ-DF 20150410098005, Relator Desembargador Roberto Freitas, Primeira Turma Cível, Data de Publicação 30/08/2017).

A decisão acima destaca-se que para arbitramento da indenização por dano moral deve ser levado em conta critérios baseados na razoabilidade e proporcionalidade, não sendo possível que critérios genéricos sejam utilizados para afixação de qualquer espécie de penalidade, muito menos pecuniária.

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. DILAÇÃO PROBATÓRIA. DEVER DE COLABORAÇÃO. JUNTADA DE DOCUMENTOS. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. ACORDO DE LENIÊNCIA. SIGILO. EXTENSÃO. LIMITES. OPOSIÇÃO AO PODER JUDICIÁRIO. APRECIÇÃO DE FORMA PONTUAL E CONCRETA QUANTO À EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO LEGALMENTE PROTEGIDO. ASSISTÊNCIA DO CADE ADMITIDA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Admite-se a assistência ora pleiteada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), recebendo os autos no estado em que se encontra, uma vez que a definição da extensão do sigilo impõe-lhe obrigações diretas, bem como resulta em alteração concreta de sua atividade regular, exigindo alteração inclusive de condutas previstas em seu regimento interno. 2. Não há omissão no acórdão embargado, que ressaltou

expressamente a possibilidade de alegação de sigilo em razão do conteúdo de documentos de forma pontual e concreta, afastando, contudo, o sigilo amplo, este assegurado apenas enquanto durarem as providências investigativas. Da mesma forma, não configura omissão a pretensão não alcançada pelos limites do recurso especial apreciado, no que tange à regulamentação geral e abstrata da extensão do sigilo legalmente assegurado pelo art. 86, § 9º, da Lei n. 12.529/2011. 3. Contudo, o assistente admitido traz considerações relevantes quanto à inadequação da utilização do envio do relatório circunstanciado pela Superintendência-Geral ao Presidente do Tribunal Administrativo como marco temporal do termo ad quem do sigilo, as quais são acolhidas para estender o sigilo até a prolação de acórdão pelo Tribunal Administrativo. 4. Embargos de declaração rejeitados. (STJ - Edcl. Resp.- SP 1554986, Relator. Ministro Marco Aurélio Belizze, Terceira Turma, Data do Julgamento 20/02/2018).

Na decisão acima do Superior Tribunal de Justiça, o relator determinou pelo ingresso do CADE ao processo, haja vista a importância de sua participação na lide e a possibilidade de levar considerações essenciais à resolução do litígio. Consta-se que muitas vezes a parte que está sendo acusada de praticar conduta contra à ordem econômica se opõe ao ingresso do CADE, mas, na maioria das vezes, os tribunais aceitam.

HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. CARTEL. PREÇO DE COMBUSTÍVEIS. INQUÉRITO POLICIAL. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. AVALIAÇÃO PERMANENTE QUANTO À NECESSIDADE. DURAÇÃO IRRAZOÁVEL. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. 1. No curso da investigação criminal, o juiz poderá decretar medidas cautelares diversas da prisão, nos termos do art. 282 do CPP, sujeitas à revogação ou à substituição a qualquer tempo, consoante permanente avaliação quanto à sua adequação e necessidade. 2. O inquérito policial está sujeito à duração razoável (art. 5º, LXXVIII, da CF). Medidas cautelares diversas da prisão não podem perdurar por prazo indefinido, enquanto a Polícia Judiciária obtém elementos para formação da opinião delicti, sem preocupação de conclusão das diligências o mais rápido possível. 3. Inviável a subsistência, por mais de dois anos, da proibição de o investigado exercer atividade laboral em sua área de atuação e de viajar para fora do Distrito Federal (com recolhimento de seu passaporte) sem prévia autorização judicial, pois a limitação de seus direitos perdura por prazo irrazoável sem nenhuma perspectiva de término do procedimento administrativo. 4. Além do mais, fatos posteriores evidenciam que as medidas cautelares não são mais indispensáveis, pois o risco de reiteração delitiva está mitigado atualmente. O paciente, primário, sem histórico de fuga ou de atividades dilatórias, rescindiu o contrato de prestação de serviços com a empresa alvo da operação policial e novas intervenções na concorrência no mercado de combustíveis do Distrito Federal estão embaraçadas pela atuação do Ministério Público e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. 5. Habeas corpus concedido para revogar as medidas cautelares de proibição de comparecimento e de exercício das atividades regulares do paciente, de manter contato com os demais investigados, de ausentar-se do país e do Distrito Federal sem prévia autorização judicial e de retenção de passaporte. (STJ - Habeas Corpus 362797, Relator Ministro Rógerio Schietti Cruz, Sexta Turma, Data do Julgamento 06/02/2018).

O caso acima trata-se de uma *Habeas Corpus* impetrado no STJ, por um prestador de serviço que tinha parceria com uma empresa que estava sendo acusada de envolvimento em cartéis de combustíveis. O *Habeas Corpus* foi impetrado em virtude de haver uma medida cautelar proibindo o paciente de viajar, sem autorização prévia, e de atuar em seu segmento.

O Remédio Constitucional foi deferido em razão de não ter mais motivos justificadores das medidas.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COLETIVA COM PEDIDO DE LIMINAR. VENDA DIRETA DE MEDICAMENTOS AO CONSUMIDOR. COMÉRCIO DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS, COM DESCONTOS QUE VARIAM ENTRE 25% (VINTE E CINCO POR CENTO) E 75% (SETENTA E CINCO POR CENTO) SOBRE O VALOR NORMAL DE VAREJO. PRÁTICA COMERCIAL DESLEAL. INOCORRÊNCIA. CONDUTA NÃO CARACTERIZADORA DE INFRAÇÃO CONTRA A ORDEM ECONÔMICA, NOS TERMOS DA LEI FEDERAL N.º 12.529/2011. ELIMINAÇÃO DA LIVRE CONCORRÊNCIA. INTENÇÃO DESLEAL NÃO VERIFICADA. PRETENSÃO DE LIMITAÇÃO DOS DESCONTOS A, NO MÁXIMO, 15% (QUINZE POR CENTO) DO CUSTO VARIÁVEL MÉDIO DE TAIS MEDICAMENTOS. IMPOSSIBILIDADE. IMPOSIÇÃO DE PREÇO MÍNIMO QUE TRAZ NÍTIDO PREJUÍZO À COLETIVIDADE. SENTENÇA MANTIDA. 1. A introdução de produto no mercado, com preço inferior ao usualmente praticado, em circunstâncias normais de competição, ou seja, a venda injustificada de mercadoria abaixo do preço de custo, por determinado período de tempo, destinada a tentativa de domínio de mercado, para, após eliminação da concorrência, elevar abusivamente os preços, corresponde à conduta caracterizadora de infração contra a ordem econômica, prevista em nosso ordenamento jurídico pelo § 5º do art. 88 da Lei Federal n.º 12.529/2011 (que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências), conhecida como preço predatório, ou underselling. 2. Para a caracterização da hipótese de preços predatórios, mister se faz a comprovação da prática deliberada do fornecedor de ofertar preços abaixo do custo variável médio, com intuito de eliminar concorrentes, para, em momento posterior, poder praticar preços e lucros mais próximos do nível monopolista, circunstância não visualizada na presente situação. 3. No caso em estudo, submetida a questão ao CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica, autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça), o referido órgão não constatou a propalada prática anticompetitiva, por parte dos Suplicados/ora Recorridos, pois o fato de eles venderem medicamentos e demais produtos farmacêuticos, com preços menores, não implica na sua liderança sobre esse segmento e não inibe a possibilidade de entrada de novos competidores no mercado, ou seja, não conduz à necessária eliminação dos outros concorrentes. 4. Na espécie, os Recorridos podem abaixar os preços de oferta ao varejo, em razão das bonificações e compensações que possuem, devido às compras de grande quantidade. Trata-se de consequência lógica que a aquisição de produtos, em quantidade significativa, implica em valores menores de venda. De outro turno, o fato de os estabelecimentos representados pelo Sindicato Apelante terem sofridos prejuízos é inerente à própria estrutura concorrencial do mercado, em que se tutela o livre mercado e a livre concorrência, desde que decorrente de práticas lícitas. 5. Não existe previsão legal para que se estabeleça um preço mínimo obrigatório (piso limitador), para produtos farmacêuticos. Nesse sentido, na esteira do judicioso parecer do Órgão Ministerial de Cúpula, que abordou com propriedade a questão exposta, o pedido ao Apelante, para limitar a concessão de descontos no preço de venda dos medicamentos em, no máximo, 15% (quinze por cento), configuraria notório prejuízo aos consumidores e, por conseguinte, à coletividade, a qual estaria impedida de beneficiar-se dos preços mais baixos, bem como das variações inerentes a esse mercado, o qual é regularmente fiscalizado pelos órgãos com atribuição de controle e regulação. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E DESPROVIDA. (TJGO, Apelação (CPC) 0370838-32.2008.8.09.0051, Rel. Francisco Vildon José Valente, 5ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 27/10/2018)

No caso acima, a empresa Requerida foi acusada de cometer *dumping*, o que significa vender preços abaixo do preço de custo a fim de levar seus concorrentes a falência e

depois praticar preços abusivos. Na referida decisão, os concorrentes queriam que a empresa farmacêutica limitasse seu desconto nos produtos à ordem de 15% (quinze por cento). Mas, felizmente, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás entendeu por bem não limitar, haja vista os consumidores saírem prejudicados.

Inclusive, o próprio CADE havia manifestado anteriormente no feito e também não tinha verificado a prática de *dumping*. Constata-se que neste caso os consumidores saíram vencedores, mas, de qualquer modo, a mera possibilidade de haver regulação de preços é um absurdo em um mercado de livre concorrência.

CONCLUSÃO

Em face de todo o exposto nesta monografia, verifica-se que desde o início do capitalismo os agentes econômicos atuaram em busca de se destacar no mercado e ganhar espaço diante seus concorrentes de forma livre. Somente depois de algum tempo, começaram as diversas regulações e sobreveio a legislação antitruste, o que não significa que não havia concorrência.

Analisando caso a caso, não restam dúvidas que a maioria dos agentes econômicos acusados de práticas anticoncorrenciais, na verdade, eram mais competitivos, inovadores e agradavam seus consumidores, porém, os concorrentes, não conseguindo competir, inovar e agradar seus consumidores da mesma forma preferiam buscar uma saída política para toda a questão, ou seja, usar sua influência para aprovar leis reguladoras, uma vez que essa solução é bem mais fácil.

O entendimento majoritário no Brasil e no Mundo é favorável a legislação antitruste, tendo o principal fundamento que o mercado só visa lucro, e sem regulação abusará de sua posição, entretanto, existem alguns pensadores, que se opõem a este entendimento, pois acreditam que dar poder ao Estado para regular o mercado é prejudicial aos consumidores, logo, quanto mais concorrência melhor será.

Por outro lado, em relação a Lei n. 12.529/11, que é a Lei Antitruste brasileira, nota-se que ela é bem estruturada e minuciosa, dividindo atribuições e competência, valorizando a separação dos poderes. Inclusive, diversos institutos regulados por ela estão sendo muito utilizados na atualidade, como por exemplo, o acordo de leniência no âmbito da Operação Lava-Jato.

Pois bem, a discussão em busca de estabelecer o modo de que a concorrência deve se dar é plenamente justificável, porém não restam dúvidas que o Estado deve regular o mínimo possível, coibindo ilícitos, apenas, e deixar que em outras questões o próprio mercado se regule.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARMENTANDO, Dominick. **Antitrust and monopoly: anatomy of a policy failure**. 2. ed. Oakland. The Independent Institute, 1999. p. 35.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> acesso em: 25 de setembro de 2018.

BRASIL. **Lei nº. 12.529/11**, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm> acesso em: 25 de setembro de 2018.

BRASIL. **Lei nº. 9279/96**, de 14 de maio de 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L9279.htm> acesso em 20 de novembro de 2018.

BRASIL. **Lei nº. 8.158/91**, de 8 de janeiro de 1991. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8158.htm> acesso em 20 de novembro de 2018.

BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico e Concorrencial**. 7. ed. São Paulo: RT, 2017. p. 134 – 145.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 27-37.

DEL MASSO, Fabiano, **Direito Econômico Esquemático**. 2 ed. São Paulo. Método, 2012. p. 158-190.

DiLorenzo, Thomas. **Anti-trust, anti-truth. Organizes crime: the unvarnished truth about government**. Auburn: Ludwig Von Mises Institute, 2012. p. 21 – 23.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Lei de defesa da concorrência: origem histórica e base constitucional**. Arquivos do Ministério da Justiça, ano de 45, n. 180, p. 176 – 177, jul.-dez.1992.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**.5. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 61-63.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES Juliana Oliveira. **Direito antitruste: o combate a cartéis**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 93.

HIGH, Jack C.; DiLORENZO, Thomas J. **Antitrust and competition**, historically considered. *Economic Inquiry*, v. 26, p. 423-435, jul. 1988.

HIGH, Jack C.; DiLORENZO, Thomas J. **Antitrust and competition**, historically considered. *Economic Inquiry*, v. 26, p. 425, jul. 1988 (tradução livre)

HOPPE, Hans-Hermann. **Uma teoria do socialismo e do capitalismo**. Tradução de Bruno Garschagen. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013. p. 179.

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>> acesso em 31 de março de 2019.

<https://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/juris.php?acao=query&tipo=P&posicao=#>
acesso em 31 de março de 2019.

<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-em-investigacao-de-cartel-em-licitacoes-no-distrito-federal>> acesso em 31 de março de 2019.

KINSELLA, Stephan. **Contra a propriedade intelectual**. Tradução de Rafael Hotz. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. p. 20-22.

MOTTA, Massimo. **Política de Concorrência. Teoria e Prática e Sua Aplicação no Brasil**. 1. ed. São Paulo: Elsevier, 2015. p. 222 – 240.

RAND, Ayn. **Capitalism: the unknown ideal**. New York: New American Library, 1967. p. 130.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz, **Os fundamentos contra o antitruste**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 15-92.

ROTHBARD, Murray N. **Governo e mercado: a economia da intervenção estatal**. Tradução de Márcia Xavier de Brito e Alessandra Lass. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2012. p. 63.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as estruturas**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.71.

SHIEBBER, Benjamin M. **Abusos do Poder Econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA**. São Paulo: RT, 1966. p. 8.