

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

Faculdade de Direito

Daniel Domingues Gonçalves

Condutas anticoncorrenciais:

o CADE está punindo as infrações contra a concorrência?

Juiz de Fora

2011

Daniel Domingues Gonçalves

Condutas anticoncorrenciais:

o CADE está punindo as infrações contra a concorrência?

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Arthur Souza Rodrigues.

Juiz de Fora
2011

Daniel Domingues Gonçalves

Condutas anticoncorrenciais:

O CADE está punindo as infrações contra a concorrência?

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Arthur Souza Rodrigues

Monografia aprovada em: 07/07/2011 pela banca composta pelos seguintes membros:

Prof. Ms. Arthur Souza Rodrigues – Orientador

Prof. Dr. Abdalla Daniel Curi

Prof. Pedro do Carmo Baumgratz De Paula

Conceito obtido: _____

Juiz de Fora

2011

A minha família, que me cobrou e também
soube reconhecer minha luta.

A meus amigos, que sempre estiveram
disponíveis e solícitos.

A minha namorada, que por muitas vezes me
ajudou e consolou nos momentos difíceis.

A Faculdade de Direito da UFJF, onde
adquiri meu conhecimento jurídico.

*"Bem-aventurados os que têm fome e sede de
justiça, por que eles serão fartos".*

Mateus 5:6

RESUMO

Este trabalho aborda as condutas anticoncorrenciais, fazendo uma análise da Constituição Federal e da Lei 8.884/94 (Lei do CADE), segundo a ótica doutrinária e jurisprudencial. Logo se fará uma análise empírica da ocorrência dos artigos 20 e 21 da legislação supracitada em 150 casos estudados e por último tentará através da análise das estatísticas dos casos indicar padrões para condenações e arquivamentos dos processos levados à essa autarquia.

ABSTRACT

This work approaches the anticompetitive practices, making an examination of the Brazilian Constitution and Law 8884/94 (Law of CADE), according to the doctrinal and jurisprudential perspective. Following, there will be an empirical analysis of the occurrence of Articles 20 and 21 of the above legislation in 150 studied cases and finally, an attempt, through analysis of the statistics of the cases, to indicate patterns for convictions and process filing in that authority.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1. INTRODUÇÃO | 8 |
| 2. METODOLOGIA | 13 |
| 3. DIREITO CONCORRENCIAL NA LEGISLAÇÃO E CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA | 15 |
| 3.1. Controle de conduta e caracterização de infração | 22 |
| 3.1.1. O Poder de Mercado | 23 |
| 3.1.2. A eficiência econômica | 24 |
| 3.2. Controle de conduta e os art. 20 e 21 da lei 8884/94 | 26 |
| 4. RESULTADOS DA PESQUISA | 28 |
| 4.1. Estatística Geral dos casos | 30 |
| 4.1.1. Condenações | 31 |
| 4.1.2. Arquivamentos | 33 |
| 4.1.3. Casos ainda não julgados | 35 |
| 4.2. Estatística específica dos casos julgados | 37 |
| 4.3. Estatística comparada dos anos de 2004, 2005 e 2006 | 37 |
| 4.3.1. Estatística do ano de 2004 | 37 |
| 4.3.2. Estatística do ano de 2005 | 38 |
| 4.3.3. Estatística do ano de 2006 | 39 |
| 4.3.4. Estatística comparada dos anos de 2004, 2005 e 2006 | 40 |
| 5. CONCLUSÃO | 41 |
| 6. BIBLIOGRAFIA | 43 |

1. INTRODUÇÃO

A monografia versa sobre o controle de condutas anticoncorrenciais feito pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE). O texto de lei básico para tal estudo é a constituição da República Federativa do Brasil e a lei 8.884/94, principalmente no que tange os arts. 20 e 21 da última.

Uma vez tendo a legislação em mãos, foram analisadas quais são as diversas interpretações dadas pelos doutrinadores para as condutas qualificadas como anticoncorrenciais, uma vez que a lei como qualquer tipo de manifestação humana expressada por símbolos (no caso as palavras) cabe as mais diversas leituras, por mais que pese o fato do significado de certos termos e expressões ser próximo do inteligível para um homem médio, se é que tal conceito jurídico realmente existe.

Apesar do esforço dos diversos doutrinadores do direito econômico, é impossível saber o que realmente acontece dentro das salas de julgamento do edifício Raymundo Faoro¹ em Brasília através da mera leitura de livros, uma vez que, mesmo com rigor metodológico e anos de experiência, nossos doutrinadores raramente passam da teoria ou mesmo tentam empreender estudos mais empíricos no que tange as questões concorrenciais.

Neste trabalho são analisadas 150 decisões, que tratam exclusivamente de controle de condutas. Tais decisões, conforme a lei 8.884/94, são exaradas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça

Assim, com um estudo estatístico podemos confrontar o que é dito na academia e como realmente se comporta essa autarquia no que tange a atuação de seu poder de polícia frente aos diversos agentes econômicos.

Dáí depreende-se que o presente estudo não se presta apenas a uma análise estatística de como o CADE atuou nos processos citados entre os meses de janeiro de 2004 a dezembro de 2006, mas se propõe a fazer uma análise crítica do papel do CADE como autarquia nacional responsável pela regulação econômica e se realmente essa autarquia cumpre o seu papel de defender a concorrência em âmbito nacional. A frieza das estatísticas comprova uma realidade talvez preocupante para o profissional do direito: a teoria na prática se distancia em muito da

¹. O Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) fica situado na cidade de Brasília, Distrito Federal, dentro das dependências do Ministério da Justiça, edifício esse batizado com o nome do jurista Raymundo Faoro.

realidade, e principalmente, o que entendemos como atribuição de uma autarquia legalmente instituída talvez não seja exercida de fato, uma vez que os membros do CADE como um todo² não exercem um papel de análise meramente jurídica dos casos, mas é também feita uma análise social e econômica de eventuais decisões.

Destarte dessa forma será discutido o próprio papel do CADE e se na prática a sua atuação institucional condiz com os preceitos constitucionais e legais atribuídos a sua atuação. O mesmo tem competência exclusiva para a tutela administrativa da livre concorrência conforme assevera Luciano Sotero Santiago (Santiago, 2008: 72) onde “*a responsabilização administrativa decorrente de infração contra a ordem econômica é da competência exclusiva do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE*”.³

E ainda como Valéria Barini De Santis preceitua (Santis, 2011), devemos levar ainda em consideração a inspiração inicial da defesa da concorrência, que, segundo a autora tem ao mesmo tempo um papel fiscalizatório, mas também de possibilitar o desenvolvimento nacional através de um ambiente concorrencial sadio, não sendo dessa forma o CADE um fim em si mesmo, mas meio de tutelar um interesse nacional que ultrapassa a mera subsunção dos tipos legais correspondentes aos diversos ilícitos, mas sim avaliar a conjuntura econômica e social como um todo e a partir daí emitir um juízo de valor:

“Ocupou-se o legislador, ainda, de traçar os critérios de ponderação que devem ser observados pelo CADE ao se deparar com casos concretos que, de início, devam ser reprovados por supostamente implicar em ofensa à política de desenvolvimento de um mercado verdadeiramente competitivo. É bom que se recorde que a defesa da concorrência foi concebida pelo legislador constitucional brasileiro como um instrumento de desenvolvimento de nosso país e não como um fim em si mesmo, caracterizando-se, portanto, como concorrência-meio. Portanto, guardando coerência com o texto Constitucional, a lei antitruste estabelece alguns parâmetros de ponderação de direitos, ou seja, estabelece circunstâncias que possam autorizar a prática de atos que, a primeira vista, constituiriam abuso do poder econômico”.

Dessa forma depreende-se haver duas facetas a serem consideradas: 1) uma interpretação direta da legislação referente a essa autarquia; 2) uma interpretação da legislação referente a essa

². Inclua-se aí também além dos conselheiros do CADE com sua função julgadora, os Membros do Ministério Público Federal e das secretarias mais a frente explicitadas, Secretaria de Direito Econômico (SDE) e o por parte do Ministério da Fazenda a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE).

³. Segundo Luciano Sotero Santiago (Santiago, 2008:72-73), “*compete ao CADE, e não ao poder Judiciário apreciar e julgar as infrações administrativas contra a ordem econômica. Desse modo não cabe ao poder judiciário aplicar as sanções administrativas previstas nos artigos 23 e 24 da Lei 8.884/94*”.

autarquia, acrescentado-se a essa certas premissas e fundamentos que fogem a interpretação meramente jurídica.

A primeira se refere a uma interpretação direta da lei do CADE em seus artigos 20 e 21, que levaria dessa forma a uma punição apenas baseada na conduta efetivamente praticada pela empresa, por mais que pese a interpretação extremamente aberta que se pode dar a esses artigos. A lei seria levada precipuamente em consideração, e como se de forma sumária, necessariamente uma conduta classificada como anticoncorrencial levaria a uma consequência jurídica no CADE de punição da mesma. A abordagem pura da lei, assim por dizer, sequer no Judiciário é levada como critério único de tomada de decisões, apesar de ser o local de sua aplicação por excelência. No CADE não será diferente, e na realidade, terá até menos importância, uma vez tratarem-se os interesses em jogo afetos a mais de uma ou duas ciências de estudo, fato dificultador de decisões que considerem apenas o texto da lei.

A segunda se refere a uma observância do mandamento legal, porém o mesmo é contextualizado (e em alguns casos mitigado) em detrimento de circunstâncias e fatos que fogem ao entendimento do operador do direito, que envolvem premissas sociais e econômicas, e no caso do último a situação se agrava, pois se trata aí na prática de um novo juízo de valor a ser feito. Não podemos dizer que esse novo juízo de valor não terá correlação com o direito, mas é fato que esse não será o seu foco. O foco será, de forma simplista, analisar se aquela conduta gerou eficiência econômica essa sendo medida de forma matemática, elemento último utilizado muito pouco ou em nada no direito, uma ciência social por excelência. Mesmo em hipóteses que o direito de escolha do consumidor seja limitado, poderão ser encontradas eficiências econômicas que justificarão uma constatação de que na prática a empresa estaria incurso em conduta anticoncorrencial, porém não é punível, pois gerou algum tipo de eficiência econômica. Fazendo uma comparação com a Teoria do Crime do Direito Penal, o fato seria típico e ilícito, porém não será culpável, uma vez que terá uma excludente de culpabilidade, sendo na nossa analogia a eficiência econômica.

É de ressaltar, apesar de já dito, a necessária interdisciplinaridade entre o tema dessa monografia (eminentemente jurídica) e a economia. É de fundamental importância entender que apesar de se pretender teorizar que o CADE tem uma função administrativa jurisdicional (entendendo-se a atribuição jurisdicional como derivada, uma vez que em sentido estrito apenas o judiciário teria essa função), nunca se deve esquecer que a análise jurídica dessa autarquia é

também baseada em pressupostos que são próprios da ciência econômica e inclusive em suas decisões, se apossa de conceitos estranhos ao direito porém muito familiares ao economista. Será em grande parte dos casos crucial o entendimento deste para se tipificar (se é correto o termo) uma conduta como fora dos padrões concorrenciais estabelecidos como sadios em nossa sociedade.

O CADE se presta a realizar um trabalho técnico de tal densidade, que, em muitas hipóteses, apesar de estar ali se tratando de uma questão eminentemente jurídica, a mesma se torna extremamente complicada e ultrapassa o limite técnico do próprio julgador, que se vê em muitos casos cercado por características do caso concreto que fogem a uma simples interpretação jurídica dos fatos e subsunção a norma. Não se trata de uma situação corriqueira do poder judiciário no qual é necessário, por exemplo, uma perícia técnica. Trata-se da análise jurídico-econômica, mesmo apresentada as provas pelas partes, determinante para o resultado do então processo. E ainda como diferença interessante do poder judiciário,⁴ no qual as partes apresentam as provas e o julgador é inerte, aqui não, a autarquia que tomará a decisão age de forma ativa e determinante para a resolução da controvérsia, isso em grande parte decorrente do próprio poder de polícia que a mesma detém.

Assim a doutrina não pode desconsiderar em sua análise acerca das condutas anticoncorrenciais o fato que existe todo um universo de elementos que fogem a um olhar do intérprete do direito, que porém serão determinantes para sua interpretação. Ocorre que muitas vezes o jurista deixa de lado talvez o aspecto mais importante do caso, que é a análise empírica dos acontecimentos e suas consequências no mundo real.

Esse mundo real, no caso do CADE, com certeza não condiz com as prescrições legais ou mesmo doutrinárias classicamente estabelecidas, uma vez que a simples análise jurídica não é suficiente para embasar suas decisões.⁵ Existe um abismo entre a hermenêutica de pessoas desprovidas de fundamentos estatísticos, que na prática teorizam e mesmo criam fundamentos com falta de base de pesquisa estatística ou mesmo multidisciplinar que comprove a existência de

⁴. “A polícia administrativa é atividade da administração que se exaure em si mesma, ou seja, inicia e se completa no âmbito da função administrativa. O mesmo não ocorre com a polícia judiciária, que, embora seja atividade administrativa, prepara a atuação da função jurisdicional penal, o que a faz regulada pelo Código de Processo Penal (arts 4º e seguintes) e executada por órgãos de segurança (polícia civil ou militar), ao passo que a polícia administrativa o é por órgãos administrativos de caráter mais fiscalizador.” (CARVALHO FILHO, 2007: 73)

⁵. O CADE conta com pareceres técnicos para embasar suas decisões provenientes da Secretaria de Direito Econômico (SDE) e por parte do Ministério da Fazenda a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE).

um elo de ligação entre a doutrina jurídica e a legislação, com o que de fato ocorre no dia-a-dia das decisões administrativas de uma autarquia fiscalizadora de parte da atividade econômica em âmbito nacional.⁶ Daí a surpresa ao final deste trabalho de se descobrir que na prática, haverá condutas que serão proporcionalmente menos punidas pelo CADE do que outras.

⁶. Deve-se ressaltar que é apenas parte da atividade econômica uma vez que existem autarquias específicas que farão o controle de atividades outras da economia, como exemplo a ANAC e o BACEN.

2. METODOLOGIA

A metodologia consiste basicamente em pesquisa documental e análise bibliográfica. Primeiramente se fará o uso da então legislação vigente acerca do direito da concorrência, mais especificamente as condutas entendidas como anticoncorrenciais. Deverá se pesquisar em quais hipóteses e especificamente quais condutas gerarão a abertura de processo administrativo e eventual punição.

Em um segundo momento tentei entender de forma geral como essas condutas são interpretadas pela doutrina, podendo-se dizer que seria uma análise dos conceitos positivados como anticoncorrenciais em espécie. Quando e como a doutrina entende que as mesmas ocorreriam, e principalmente, tendo em vista a abertura interpretativa dos artigos 20 e 21 da Lei 8.884/94, qual seria o seu âmbito de incidência no mundo real.

Após entender a vontade do legislador e como a doutrina interpreta a mesma, passarei a uma análise empírica e o objeto fundamental desse estudo: a aplicação efetiva de punição aos agentes econômicos que cometem condutas tidas como anticoncorrenciais, em 150 processos do período de janeiro de 2004 a dezembro de 2006, e a real situação que se encontra o controle de condutas no sistema jurídico brasileiro em âmbito administrativo, ou seja, como se dá a efetiva aplicação de punições de ilícitos anticoncorrenciais pelo CADE.

O nível de abstração dessas pesquisas é descritivo e exploratório. Descritivo pois apenas descreve os fatos como apresentados pela autarquia, sem se preocupar com uma análise mais profunda dos motivos de cada decisão específica, preferindo dessa forma realizar uma estatística de forma mais ampla e menos aprofundada. Exploratório pois se trata até onde tem-se conhecimento de análise estatística inovadora acerca das condutas anticoncorrenciais julgadas pelo CADE, uma vez que extraísse o teor de uma a uma das decisões e descobre-se além do resultado final em âmbito administrativo, também quais condutas foram ou não punidas e confrontar uma possível correlação entre condutas e punições.

Serão estudados 150 casos, iniciados entre os meses de janeiro 2004 e dezembro de 2006 no CADE e todos versam sobre condutas anticoncorrenciais explicitadas com infringentes a ordem econômica, principalmente no que tange a aplicação dos art. 20 e 21 da Lei 8.884/94.

Assim por derradeiro apresentará os dados de forma estatística, e fará uma crítica acerca dos resultados encontrados. A princípio será dado um panorama geral de como agiu o CADE em

toda a extensão dos processos. Depois de especificadas quais condutas foram mais punidas ou não (ou mesmo se existem condutas que não são punidas). Durante todo o tempo fiz um confronto das condutas anticoncorrenciais como são explicitadas pela doutrina de forma geral e como CADE age na prática. Ao final tentarei através do confronto dos dados saber qual realmente é a função do CADE, no que tange a punição de condutas, dentro do sistema concorrencial Brasileiro.

3. DIREITO CONCORRENCIAL NA LEGISLAÇÃO E CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Segundo Calixto Salomão Filho (Salomão Filho, 2007:105-107) os passos fundamentais para criação de um direito de concorrência se iniciaram do direito penal, onde foi tipificada uma série de crimes afetos a economia popular. Na Constituição de 1934 já se via a necessidade do fomento e proteção a economia popular. Já a de 1937 dá caráter mais sério ainda a proteção da economia popular, em seu art. 141, equiparando os crimes cometidos contra a mesma aos crimes cometidos contra o estado. Após essa fase, já na carta constitucional de 1967 aparece um novo sistema de defesa da concorrência, não mais pelas leis populares, mas tendo como pontos principais o abuso de poder econômico e a dominação de mercado. Apesar disso a lei de economia popular ainda exercem grande influência, pois como salienta o autor continuou-se com uma idéia de proteção direta do consumidor, porém através da proteção da concorrência agora.

O grande ponto de mudança na perspectiva do direito econômico e no controle da concorrência como um todo foi a Constituição de 1988 que reservou seu título VII especificamente para ordem econômica e financeira. Inicialmente devemos nos ater ao art. 170, que deixa claro qual é a finalidade da ordem econômica:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
 I - soberania nacional;
 II - propriedade privada;
 III - função social da propriedade;
 IV - livre concorrência;
 V - defesa do consumidor;
 VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
 VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
 VIII - busca do pleno emprego;
 IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.
 Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

Podemos começar por aqui de certa forma o tratamento da concorrência dentro do sistema constitucional moderno brasileiro. Há também a citação expressa da defesa da concorrência no art. 173, §4º. Vejamos o dispositivo Legal:

“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.
 § 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

Deve-se deixar claro, como assevera Calixto Salomão (Salomão Filho, 2007:111-115) que, apesar de se falar apenas em abuso de poder econômico (apesar da extensão de possíveis interpretações dessa expressão), não implica que essa figura seja a única ilícita para a ordem concorrencial. Um exemplo seria a regulamentação da concorrência desleal, que não se baseia nessa disposição específica, mas sim no art. 170, inciso IV, que garante expressamente a liberdade de concorrência.

Pode-se depreender de forma clara que quando criada a constituição, a mesma visava instituir também uma autarquia que pudesse regular, mesmo que parcialmente, a ação dos agentes econômicos frente a sociedade. Quando se entende a necessidade de reprimir, de forma clara se expressa à necessidade da autarquia que atuará com poder de polícia para regular as relações dentro do mercado.

O que se reprime no direito da concorrência é o abuso do poder econômico, que nas suas inúmeras facetas, se revela de forma expressa no então artigo, a ponto de se dizer que foi a vontade do legislador originário a inserção do fundamento concorrencial dentro dos dispositivos de importância constitucional.

Mas o grande fato modificador e determinante da atuação do estado frente a disciplina do direito concorrencial foi a lei 8.884/94. Pode-se dizer que a partir desse marco definiu-se na prática⁷ um sistema de prevenção e repressão a atos que visassem proteger o sistema de concorrência que então nascia. No caso específico desse trabalho discutirei a repressão a práticas (ou condutas) consideradas ilícitos concorrenciais. Nessa hipótese avaliarei a posteriori os atos dos diversos agentes econômicos dentro da estrutura de mercado, o que é diferente da análise feita nas concentrações econômicas (feita em um momento anterior ao fato acontecer, pelo menos em teoria). Observaremos que a lei preceituará de forma inovadora a defesa da concorrência com a defesa não dos concorrentes, mas sim colocará como titular dos interesses inerentes à concorrência toda a coletividade. Vejamos:

“Art. 1º Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

⁷. Desde 1934, com as legislações que protegiam a economia popular, já existia algum tipo de controle dos agentes econômicos por parte do estado, porém rudimentar. Há ainda menção na constituição de 1967 das práticas de abuso de poder econômico e dominação de mercados como práticas anticoncorrenciais.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei.”

Assim foi reproduzido na lei em parte em parte os arts. 170 e 173 da constituição federal, uma vez que se deu ênfase dentro do sistema econômico dos valores e princípios que se mostraram mais afetos a disciplina constitucional, como já citado acima. Dessa forma a defesa da concorrência tem um caráter intimamente ligado à defesa de interesses defendidos constitucionalmente, e sua própria principiologia e fundamentação não fogem aos ditames do estabelecido pelo legislador constitucional.

Dentro desse sistema existem uma série de órgãos que funcionarão como um corpo técnico especializado para apuração de práticas tidas como transgressoras à disciplina concorrencial então vigente. Nesse viés se insere o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), que atuará justamente no papel já explicitado de prevenir e reprimir (nosso caso) as infrações a concorrência. Será vinculado a estrutura do ministério da justiça a Secretaria de Direito Econômico (SDE) e ao Ministério da Fazenda a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE). O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é vinculado ao Ministério da Justiça, e possui atuação “judicante” no que tange a punição de infrações ao sistema concorrencial brasileiro. Sua atuação é vinculada ao Ministério, porém a autarquia é independente do mesmo em relação as suas decisões e manifestações.

Caberá praticamente as secretarias submeter as suas investigações e conclusões a autarquia julgadora administrativa, o CADE, que fará uma análise do que se considerará uma conduta desviante ou não do sistema de concorrência estabelecido. Como é deixado claro no sítio virtual oficial do mesmo (CADE, 2011a), suas funções serão:

“O Cade é a última instância, na esfera administrativa, responsável pela decisão final sobre a matéria concorrencial. Assim, após receber o processo instruído pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae/MF) e/ou pela Secretaria de Direito Econômico (SDE/MJ), o Cade tem a tarefa de julgar as matérias. A Autarquia desempenha, a princípio, três papéis: 1. Preventivo, 2. Repressivo, 3. Educativo”

Posso explicitar, da mesma fonte, que seu papel preventivo “*corresponde basicamente à análise dos atos de concentração, ou seja, à análise das operações de fusões, incorporações e associações de qualquer espécie entre agentes econômicos. Este papel está previsto nos artigos 54 e seguintes da Lei 8.884/94.*” Esse não é o objeto de nosso estudo.

Na função repressiva posso dizer que corresponde “à análise das condutas anticoncorrenciais”. *Essas condutas anticoncorrenciais estão previstas nos artigos 20 e seguintes da Lei nº 8.884/94, no Regimento Interno do CADE e na Resolução 20⁸ do CADE, de forma mais detalhada e didática. Nesse caso, o CADE tem o papel de reprimir práticas infrativas à ordem econômica, tais como: cartéis, vendas casadas, preços predatórios, acordos de exclusividade, dentre outras*”. Esse será o objeto do nosso estudo, e nos ateremos a essas características para definir o contorno desse estudo.

Na função educativa podemos basicamente explicar, sem mais delongas que haverá:

“papel pedagógico do CADE – difundir a cultura da concorrência - está presente no artigo 7º, XVIII, da Lei nº 8.884/94. Para o cumprimento deste papel é essencial a parceria com instituições, tais como universidades, institutos de pesquisa, associações, órgãos do governo. O Cade desenvolve este papel através da realização de seminários, cursos, palestras, da edição da Revista de Direito da Concorrência, do Relatório Anual e de Cartilhas. O resultado do exercício deste papel pedagógico está presente no crescente interesse acadêmico pela área, na consolidação das regras antitruste junto à sociedade e na constante demanda pela maior qualidade técnica das decisões.”

Cumpramos ressaltar ainda a existência Ministério Público Federal dentro dos processos que envolvem ilícitos contra a concorrência, tendo uma função persecutória e parecerista.

O foco do estudo será a função repressiva do CADE, explicitada basicamente nos artigos 20 e 21 da Lei nº 8.884/94. Ambos se situam na parte correspondente as infrações a ordem econômica, apesar de terem conteúdo e interpretação difusos. Vejamos:

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

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

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

§ 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

⁸. A resolução 20 do CADE atualmente se encontra revogada.

§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.

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

I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;

II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários;

IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

VI - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VII - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VIII - combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa;

IX - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

X - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

XI - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

XII - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XIII - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

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

XV - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XVI - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XVII - abandonar, fazer abandonar ou destruir lavouras ou plantações, sem justa causa comprovada;

XVIII - vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo;

XIX - importar quaisquer bens abaixo do custo no país exportador, que não seja signatário dos códigos Antidumping e de subsídios do Gatt;

XX - interromper ou reduzir em grande escala a produção, sem justa causa comprovada;

XXI - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XXII - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XXIII - 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;

XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço.

Parágrafo único. Na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á:

I - o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidade;

II - o preço de produto anteriormente produzido, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais;

- III - o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis;
- IV - a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de bem ou serviço ou dos respectivos custos.”

Pode-se perceber que existe uma boa variedade de condutas puníveis, e esse será nosso objeto de estudo. Prefiro acreditar que o legislador talvez tenha pecado pelo excesso do que pela falta, pelo fato de que, com uma variedade tão grande de condutas a serem consideradas como possivelmente anticoncorrencias, poderão ocorrer basicamente duas conseqüências: em uma hipótese o interprete terá uma grande dificuldade em encontrar dentro da conduta empresarial fática qual tipo será adequado (se houver ocorrido ilícito), considerando haver um rigor técnico no que tange a classificação tipológica; em outra o intérprete encontrará dentro da mesma conduta empresarial vários tipos de ilícitos diferentes, ocorrendo pouco rigor jurídico quanto a classificação da conduta.

Do explicitado pode-se retirar basicamente uma conclusão: devido à abrangência de condutas e a conseqüente interpretação vacilante da doutrina (ou pelo menos variada), e jurisprudência em relação a elas. Mas apesar de parecer que haveria uma grande insegurança jurídica, no sentido de se perseguir de forma acentuada empresas e conseqüentemente aplicar de forma excessiva multas e punições, o que ocorre na prática (e a pesquisa comprovará isso) é que através de considerações econômicas,⁹ sociais e até principiológicas jurídicas comprovarei que uma ínfima quantidade de condutas serão punidas na prática.

A confusão e até mesmo a quantidade excessiva de artigos existentes servem muito mais para que o formalismo não obstrua eventuais punições e investigações a condutas anticoncorrenciais. Uma abordagem legal mais conservadora, do ponto de vista de classificação de condutas de forma mais restrita, já comprovou em outras disciplinas do direito que na prática, poderá ocorrer uma impunidade pela atipicidade de eventuais condutas, uma vez que a mesma não se encaixará em uma prescrição típica positivada.¹⁰

⁹. A SDE e a SEAE têm um papel eminentemente técnico dentro do CADE, realizando pesquisas e análises contábeis, utilizando-se constantemente de conhecimentos comuns a ciência econômica.

¹⁰. Guardando as devidas proporções com a disciplina do direito concorrencial, é muito comum por exemplo no direito penal a atipicidade de condutas consideradas socialmente reprováveis pela falta de mandamento penal expresso que tipifique a conduta.

Devemos entender ainda que a interpretação dos diversos conceitos pode ser diversa dependendo de um autor para o outro e até mesmo de um conselheiro¹¹ para o outro. E ainda há de se ressaltar que a Lei 8.884/94 não é auto-explicativa e nem mesmo define o significado de uma série de conceitos, como os do art. 20: limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; exercer de forma abusiva posição dominante. Nenhum conceito é definido expressamente ou mesmo restritivamente no diploma legal em discussão, cabendo assim uma série de interpretações pela doutrina e pela jurisprudência.

Talvez seja justamente o objetivo do art. 21, individualizar de forma mais específica o que seria definido como ilícito contra a concorrência. Os conceitos são mais diretos, de modo que o intérprete tem com mais clareza o âmbito de incidência das condutas definidas como ilícitos anticoncorrenciais. Mas mesmo assim ainda existem conceitos pelo menos dúbios, como: influenciar, criar dificuldades, utilizar meios enganosos, discriminar, dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento, entre outros.

Mas no caso do art. 21 existe uma dupla imposição, pois para se caracterizar o mesmo será necessário que haja também a inclusão de um pré-requisito proveniente do art. 20, o que torna a caracterização de qualquer conduta daquele artigo mais densa e juridicamente mais criteriosa. O que ocorrerá na prática no CADE em parte significativa dos casos será a junção do art. 20 e do art. 21, apesar de que, muito dificilmente será avaliado apenas uma conduta empresarial específica, mas uma série de atos e ações, que configuraram uma outra série de condutas ilícitas entendidas como anticoncorrenciais. Normalmente os processos do CADE terão mais de uma tipificação legal e mais comumente serão identificados mais de uma conduta em um mesmo caso.

¹¹. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é formado por um Presidente (Fernando de Magalhães Furlan) e seis conselheiros (Olavo Zago Chinaglia, Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, Ricardo Machado Ruiz, Alessandro Serafin Octaviani Luis, Marcos Paulo Verissimo, Elvino de Carvalho Mendonça), além do Procurador-Geral (Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo) e dois representantes do Ministério Público Federal junto ao CADE (Luiz Augusto Santos Lima e Franklin Rodrigues da Costa).(CADE,2011. B)

3.1. Controle de conduta e caracterização de infração

O art. 20 da Lei 8.884/94 com o intuito de proteger a concorrência estipula basicamente duas hipóteses para que seja percebido um ilícito anticoncorrencial a partir de uma conduta fática: em uma primeira hipótese bastará apenas a intencionalidade de produzir efeitos visando limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar à livre concorrência ou à livre iniciativa, dominar o mercado relevante de bens ou serviços, aumentar arbitrariamente os lucros e abusar de posição dominante. Ela terá como objeto ou conteúdo a produção desses efeitos.(Santiago, 2008:161). Em uma segunda hipótese, desconsiderando a efetiva ocorrência de efeitos e a intenção do agente econômico,¹² bastará a mera possibilidade da produção dos mesmos, ou seja, uma ação que produza como efeitos ou resultado a limitação, falseamento ou de qualquer forma prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa, domínio de mercado relevante de bens ou serviços, aumento arbitrário de lucros e abuso de posição dominante (Santiago, 2008:161).

Nesse viés o art. 20 é de extrema importância, pois inclui em seu rol não apenas condutas que realmente produziram efeito, mas também as que eventualmente poderiam ter produzido tal efeito. Dessa forma perceberemos que, apenas o potencial de produzir efeitos de um ato já é suficiente, mesmo sem haver provas que efeitos foram realmente atingidos.¹³

Assim os efeitos que poderão decorrer de qualquer tipo de conduta, caracterizarão a infração contra a ordem econômica (Santiago, 2008:163). Dessa forma o ilícito está no efeito anticompetitivo provocado sobre a livre iniciativa e livre concorrência e não da conduta.¹⁴

A própria jurisprudência do CADE elucida a questão da caracterização de infração de forma simples, entendendo pela não necessidade de resultado fático de uma conduta para a sua caracterização, considerando a probabilidade de produção de efeitos e o objetivo do agente como fatores essenciais:

“Nos termos da lei brasileira, portanto, uma infração ocorrerá provando-se uma coisa ou outra, vale dizer: ou que o propósito ‘objetivamente visado’ pelo agente com sua conduta era a produção de um dos efeitos listados nos inciso do artigo 20: ou então que é elevada a probabilidade de que a sua

¹². Em voto proferido pelo conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer fica clara a hipótese de punição como ilícito anticoncorrencial a mera possibilidade de produção de efeitos de uma conduta de um agente econômico. (CADE: Processo administrativo nº 08012.002299/2000-18, voto do conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer *apud* SANTIAGO, Luciano. *op.cit.*)

¹³. *Idem.*

¹⁴. FERRAZ JÚNIOR, 2006: 134

conduta produza um desses efeitos. Note-se ainda que, em ambas as hipóteses, o artigo 20 é explícito ao dispor que a efetiva obtenção do efeito é irrelevante para a caracterização da infração (a não ser, evidentemente, que se prove que o efeito foi obtido).¹⁵

A seguir, vão ser apresentados os principais elementos caracterizadores ou não do ilícito contra a ordem concorrencial, o poder de mercado e eficiência econômica.

3.1.1. O Poder de Mercado

Será necessária a existência de poder de mercado para que uma ação tenha por objeto produzir os efeitos de limitação, falseamento ou de qualquer forma prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa; de domínio de mercado relevante de bens ou serviços; de aumento arbitrário de lucros e de abuso de posição dominante.¹⁶

Esse poder é uma situação de domínio, um poder de agir, que confere a uma certa empresa dominante o poder de influenciar o comportamento de outras empresas concorrentes e ainda por outro aspecto, essa empresa dominante mantém uma total autonomia em relação às suas concorrentes (Santiago, 2008:163). Essa empresa, dessa forma, pode atuar de forma totalmente independente de suas concorrentes, podendo controlar preços, produção e distribuição de bens ou serviços, de uma parcela significativa do mercado que atua.¹⁷

Apesar de não haver mandamento legal expresso no sentido de caracterizar o poder de mercado como requisito essencial à caracterização da infração contra a ordem econômica, a resolução nº 20/99 do CADE explicita que:

“Como no caso das restrições horizontais, as práticas verticais pressupõem, em geral, a existência de poder de mercado sobre o mercado relevante de origem, bem como efeito sobre parcela substancial do mercado alvo das práticas, de modo a configurar risco de prejuízo à concorrência”.

E ainda como ressaltam Maria Tereza Leopardi Mello e Mário Possas:

“o fato de a lei não estabelecer, explicitamente, o poder de mercado como requisito legal expresso da infração à ordem econômica causa, às vezes, alguma confusão entre juristas. Mas uma interpretação consistente da lei requer à análise econômica, que permite entender adequadamente

¹⁵. CADE: processo administrativo nº 08012.002493/2005-16, voto do Conselheiro Luiz Fernando Schuartz.

¹⁶. Segundo Paula Forgioni a caracterização do poder de mercado dá-se pelo “poder de controle dos preços ou de exclusão da concorrência” (FORGIONI, 2005: 271)

¹⁷. MALARD, 2002:46

as possibilidades e condições de existência real de prejuízos à concorrência; e é no âmbito desta análise que poder de mercado é identificado como uma condição necessária, pois sem ele nenhum agente é capaz de unilateral ou conjuntamente, beneficiar-se de causar prejuízo à concorrência ou de aumentar arbitrariamente seus lucros, ainda que o queira. A possibilidade de produção de tais efeitos não é apenas fruto do desejo dos agentes, mas de condições objetivas dos mercados em que atuam.”¹⁸

O poder de mercado não se restringe a participação no mercado de um certo agente econômico. Pode ocorrer de eventualmente haver alta participação de mercado como baixo poder de mercado e vice-versa, mas a regra realmente será que a participação de mercado de uma empresa é um sinal de poder, tanto que a lei tomará como presunção relativa o percentual de 20% para determinar o domínio de certo setor da economia por uma empresa ou não.

3.1.2. A eficiência econômica

O poder de mercado por si só não se configura como infração à ordem econômica, uma vez que o mesmo pode ser conquistado de forma natural, como fruto da eficiência de um agente econômico sobre os seus concorrentes. Essa conquista ou manutenção de mercado por meios que não sejam contrários a disciplina legal concorrencial do Brasil é lícita, uma vez que pode vir como assevera Luciano Sotero “do crescimento interno da empresa, da qualidade ou superioridade tecnológica de seu produto, ou, ainda, de estratégias eficientes...”(Santiago, 2008:168).

Dessa maneira a Lei 8.884/94 não considerará infração a ordem econômica uma maior eficiência do agente econômico que tenha como consequência a dominação de mercado. O texto da lei deixa claro isso, art.20, parágrafo 1:

“§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.”

E ainda como ressalta Neide Terezinha Malard:

“Seria um desserviço ao mercado, além de atentar contra o princípio da livre iniciativa, que pressupõem agentes econômicos livres, criativos e dispostos a correr riscos para maximizar os seus lucros. De igual modo, seria desarrazoado a punição de uma empresa que adotasse técnicas de marketing em benefício dos consumidores, obrigando suas concorrentes a aprimorar também seus

¹⁸. MELLO, 2005: 145-146

esquemas de venda, por que colaboraria para a estagnação da concorrência, em detrimento do bem-estar do consumidor”.¹⁹

Assim haverá hipóteses em que o emprego da eficiência econômica poderá validar práticas restritivas, uma vez que o objetivo do direito da concorrência também é impedir ineficiências de mercado, que podem ser geradas em muitas hipóteses por uma posição dominante de um agente econômico. Caso difuso são condutas que, gerem ganhos de eficiência, que se fossem proibidas gerariam mais ineficiências para o mercado, sendo dessa forma claramente contrária ao interesse social inserido na lei 8.884/94.²⁰

Deve-se avaliar como se comprova a jurisprudência do CADE um balanço entre eficiências e custos para a concorrência, que no caso de pender para a eficiência culminará na não caracterização de ilícito anticoncorrencial. Vejamos:

“A lei visa à defesa da concorrência e não dos concorrentes. Portanto, o mero fato de vários estabelecimentos estarem fechando, por si só, não indicam uma conduta desleal. No caso, vale repetir, os dados não só indicam a presença da mesma, como mostram o contrário: conquista de mercado proveniente de maior eficiência do agente econômico e, por conseguinte, não caracterizadora de ilícito relativo a dominação de mercado”.²¹

Essa jurisprudência do CADE é amparada na Resolução n 20/99:

“A análise de condutas anticoncorrenciais exige exame criterioso dos efeitos das diferentes condutas sobre os mercados à luz dos artigos 20 e 21 da Lei 8.884/94. As experiências nacional e internacional revelam a necessidade de se levar em conta o contexto específico em que cada prática ocorre e sua razoabilidade econômica. Assim, é preciso considerar não apenas os custos decorrentes do impacto, mas também o conjunto de eventuais benefícios dela decorrentes de forma a apurar seus efeitos líquidos sobre o mercado e o consumidor.”

Assim *“a verdadeira proteção a concorrência se promove não só pela repressão às condutas que a suprimem, mas também pela adequada interpretação que se dá ao fato econômico e às práticas comerciais”*.²² Isso quer dizer que, proteger a concorrência significa também se abster diante práticas que não resultam de conduta ilícita da empresa, mas sim de sua capacidade administrativa.

¹⁹. MALARD, 2008:46.

²⁰. MELLO, 2005:148-149

²¹. CADE: processo administrativo n 08000.004490/97-11, voto da conselheira Lúcia Helena Salgado *apud* SANTIAGO, Luciano. *op.cit.*

²². MALARD, 2002:42.

3.2. CONTROLE DE CONDUTA E OS ART. 20 E 21 DA LEI 8884/94

No artigo 21 da lei 8884/94 são previstas 24 condutas que podem levar a um indício de possível infração a ordem econômica. Essas práticas só serão ilícitas anticoncorrencias se levarem a produção de efeitos previstos no artigo 20, sendo estes limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; exercer de forma abusiva posição dominante. Qualquer agente econômico poderá incorrer em práticas que sejam previstas no art. 21, porém apenas os que detiverem poder de mercado terão a capacidade de realizar um dos efeitos previstos no art. 20.

Nesse sentido, “*não se pode infringir a ordem econômica quem não disponha de poder econômico capaz de, por seu abuso, restringir ou limitar a livre concorrência no mercado relevante*”²³. A doutrina nesse sentido entende ser condição essencial a infração a ordem econômica a conjugação desses dois dispositivos, como assevera Fabio Ulhoa Coelho:

“A caracterização da infração contra a ordem econômica é feita pela indispensável conjugação dos dois dispositivos. A conduta empresarial correspondente a qualquer um dos incisos do artigo 21 somente é infracional se o seu efeito, efetivo ou potencial, no mercado estiver configurado no artigo 20, isto é, resultar em dominação de mercado, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário de lucros.”²⁴

Nesse viés, “*O próprio caput do art. 21 preceitua, cabalmente, a indispensabilidade da remissão ao artigo 20, ao fixar que as condutas nele exemplificadas são medidas infracionais na medida em que configurem hipóteses prevista pelo artigo 20 e seus incisos.*”²⁵

E ainda, segundo Fábio Ulhoa:

“a interpretação do artigo 21 não pode ser feita de forma isolada. As condutas descritas nos vinte e quatro incisos do dispositivo não configuram, por si só, infração contra a ordem econômica. Para a caracterização do ilícito administrativo, é necessário que a conduta descrita tenha ou possa ter alguns efeitos precisamente delineados pela norma constitucional programadora da legislação antitruste (art. 173, parágrafo 4) e reproduzidos no artigo anterior (art. 20, I, II, III e IV). Ou seja, haverá infração contra a ordem econômica apenas se a conduta descrita no artigo 21 implicar de

²³. Averiguação Preliminar n 0.80000.011085;94-63, voto do conselheiro Arthur Barrionuevo Filho. In SANTIAGO, 2008: 147.

²⁴. COELHO, 1995: 52-53.

²⁵. Idem.

fato ou puder implicar em tese a eliminação da concorrência, o domínio de mercado ou aumento arbitrário de lucros. Se a conduta em foco não produzir, mesmo potencialmente, qualquer um dos efeitos lesivos às estruturas do livre mercado não desejados pelo constituinte, ainda que represente o exercício do poder econômico, não existirá ilegalidade”.²⁶

Um outro lado da moeda se refere ao fato que as condutas do art. 21 são meramente exemplificativas, ou seja, “se a conduta não estiver prevista no artigo 21, mas puder produzir os efeitos previstos no artigo 20, ainda que não alcançados, ainda assim restará caracterizada infração contra a ordem econômica.”²⁷

O próprio Supremo Tribunal Federal já se posicionou acerca da interpretação correta a ser dada ao artigo 21 da Lei 8884/94, sendo a mesma no sentido de entender que é meramente exemplificativo o rol, havendo possibilidade da existência de condutas diversas das descritas nos artigos, que porém caracterizarão com um interpretação conjunta do artigo 20 delitos anticoncorrenciais. Vejamos:

“Sustenta-se, também, a inconstitucionalidade do artigo 21, inciso XXIV e respectivo parágrafo único.

Não vejo, também aí, relevância na arguição.

É que o citado dispositivo legal há de ser interpretado em consonância com o artigo 20, dado que a este artigo 21 reporta-se, expressamente, dispondo que as condutas a seguir enumeradas nos incisos I a XXIV caracterizam infração da ordem econômica, na medida em que configurem hipótese prevista no artigo 20 e seus incisos. Correta, portanto, a exposição que acompanha as informações, quando registra: (...) ‘Não há falar em abuso do poder econômico fora da concorrência. Por óbvio, impor preços excessivos ou aumentar, sem justa causa o preço do bem ou serviço não há de ser punível, em qualquer circunstancia, se não produzir os efeitos a que se referem os incisos do artigo 20 e podem ser sintetizados em um só: causar efeitos danosos à livre concorrência. Embora seja um ilícito administrativo de tipologia aberta, sua conceituação considera leis do mercado: só é justificado o aumento excessivo de preço que encontre correspondência na variação a maior dos custos nos respectivos insumos ou decorrente da introdução de melhorias de qualidade.’²⁸

Dessa forma pode-se depreender que ocorrerá infração contra a ordem econômica se a conduta econômica estiver incurso no artigo 20 e 21 da Lei 8884/94, ou apenas no 20. Porém definitivamente, se uma conduta de um agente econômico se encaixar apenas nos pré-requisitos previstos no artigo 21, não estará configurado ilícito contra o direito concorrencial.

²⁶. COELHO, 1995: 64-65.

²⁷. SANTIAGO, 2008: 180-181.

²⁸. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1094-8. Relator Min. Celso de Mello, julgada em 13.set.2006.

4. RESULTADOS DA PESQUISA

A primeiramente deve ser observada é a forma como o CADE classifica os diversos casos que se referem a condutas anticoncorrenciais. Foi observado que no mesmo caso podem ocorrer mais de uma tipificação referente ao art. 20 e também ao art. 21 da 8.884/94. Apesar de se perceber uma falta de rigor legal por parte dessa autarquia em tipificar de maneira específica a conduta empresarial que estaria violando o direito concorrencial, tal fato é até compreensível, uma vez que as condutas empresariais na prática são complexas e muitas vezes podem envolver mais de um ilícito contra a concorrência. E ainda percebi que em muitas condutas ou em uma serie delas praticadas pelo mesmo agente econômico, é de extrema dificuldade classificar de forma específica o que o agente econômico pretendia com aquela conduta e mesmo se o resultado obtido, tendo em vista os meios utilizados, seria ilegal. Assim pode-se dizer que não foi identificado um meio padrão de tipificação das condutas descritas no art. 20 e art. 21.

Deve-se deixar claro que existirão diversas hipóteses, principalmente nos processos que foram arquivados, em que se quer haverá menção ao art. 20 e também ao art. 21 da Lei 8.884/94, pois na realidade o agente econômico não foi enquadrado como infrator da ordem concorrencial em nenhuma de suas condutas investigadas. Em muitos desses casos ocorreram apenas à averiguação por parte da SDE ou da SEAE, e com parecer favorável do Ministério Público Federal, os processos foram arquivados ou ainda continuam sob investigação sem terem sido julgados.

Desta forma foram feitas duas classificações distintas no que tange aos processos estudados: a primeira classificação de refere à situação dos processos junto ao CADE; a segunda classificação se refere ao enquadramento legal dado aos mesmos, baseado nos artigos 20 e 21 da Lei 8.884/94 e esse será o principal foco para a análise crítica subsequente

A primeira classificação foi dividida em: a) Condenados; b) Arquivados; c) Não Julgados; d) Supensos; e) Sob Medida Cautelar. Esta classificação será útil para definirmos em que estado estão esses processos no CADE atualmente, e fazendo o cruzamento com as condutas descritas ou não em cada um deles, saber se existe realmente alguma lógica na atuação administrativa dessa autarquia.

A segunda classificação dará suporte à primeira, e servirá basicamente para entender o enquadramento legal dado ou não em cada processo específico. Como já dito a tipificação de

condutas do CADE é em muitas hipóteses extremamente abrangente, de forma que, tentei estatisticamente na medida de possível estabelecer uma análise de quais condutas são e quais não são punidas pelo CADE. Assim a divisão em relação às condutas deverá ter duas etapas, uma que se refere ao art. 20 e outra ao art. 21 Lei 8.884/94.

Em relação ao art. 20, a divisão foi feita com base nos incisos retirados desse mesmo artigo, e ocorrerá da seguinte maneira: a) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; b) dominar mercado relevante de bens ou serviços; c) aumentar arbitrariamente os lucros; d) exercer de forma abusiva posição dominante. Foi possível encontrar a tipificação legal em pelo menos um processo de cada uma das hipóteses acima citadas, de forma que a divisão estabelecida legalmente poderá ser utilizada de forma plena para fins estatísticos.

Outra diversa ocorrerá em relação ao art. 21, que tem 24 incisos relacionando condutas que seriam ilícitos concorrenciais. Porém a pesquisa demonstrou que haverá incisos que não foram citados nem se quer em um único processo do CADE, de forma que os mesmos não serão computados nessa pesquisa. Foi computado de forma estatística quais incisos referentes a condutas foram citados, de forma que serão explicitados diretamente quando apresentado a pesquisa específica.

Classificar dessa forma permitiu entender que haverá condutas que, no período estudado pelo menos, têm uma probabilidade maior de serem punidas de forma administrativa nessa autarquia do que outras. Isso pode ser comprovado pela ocorrência das mesmas ou não entre os casos já julgados e principalmente entre os arquivados. Algumas condutas são tão abrangentes do ponto de vista tipológico que serão encontradas em uma parte significativa dos casos.

Mesmo nos casos que ainda não foram julgados ou que estão sob algum tipo de medida cautelar, é possível estabelecer algum tipo de lógica na atuação dessa autarquia, uma vez que se perceberá a repetição às vezes em série dos mesmo tipos abrangentes e extremamente abertos como possível hipótese de ilícito anticoncorrencial.

Assim nos processos estudados a Lei 8.884/94 tem um papel de delimitar as condutas tidas como anticoncorrenciais no caso brasileiro, no sentido de estabelecer o que são tidos como ilícitos anticoncorrenciais na legislação nacional. A análise dos casos demonstra que o número de variáveis envolvidas em uma decisão administrativa do CADE fogem em muito a mera tipificação de uma conduta como infratora aos artigos 20 e 21. Esses artigos serão utilizados sim,

mas terão um papel de ser mais um guia de como a persecução administrativa dessa autarquia deverá ocorrer do que uma simples subsunção da conduta ilícita a norma.

4.1. Estatística Geral dos Casos

Assim a descrição que se segue observará a situação do processo no CADE, englobando 150 processos, do período de janeiro 2004 a dezembro de 2006. Tais processos nesse período correspondem a 100% dos processos administrativos que envolvem a punição de condutas anticoncorrenciais. Para a classificação como condutas anticoncorrenciais foi utilizado um método de exclusão: processos de condutas são todos aqueles que não se encaixam como processos de concentração (art. 54 da lei). A data final de análise foi 31/05/2011.

Em um total de 150 processos, pode-se computar as seguintes ocorrências: a) Condenados: 18 (12,00%); b) Arquivados: 100 (66,67%); c) Não Julgados: 29 (19,33%); d) Suspensos: 1 (0,67%); e) Sob Medida Cautelar; 2 (1,33%).

Ainda na estatística geral, pode-se elencar a classificação dada segundo o art. 20 da Lei 8.884/94: a) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa: 114 (76,00%); b) dominar mercado relevante de bens ou serviços 86 (57,33%); c) aumentar arbitrariamente os lucros: 41 (27,33%); d) exercer de forma abusiva posição dominante: 70 (46,67%) e ainda há casos que não tiveram nenhuma classificação que se refira a qualquer inciso do art. 20, que serão ao todo 30 (20,00%)

Pode-se perceber que a soma das percentagens ultrapassa o valor de 100%, de modo que um mesmo processo que tramitou ou tramita no CADE pode ter mais de uma classificação legal no que se refere ao artigo 20 da Lei 8.884/94.

Ainda os incisos I, II, IV (limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, dominar mercado relevante de bens ou serviços, exercer de forma abusiva posição dominante) são os que mais aparecem entre os tipos citados nos processos estudados junto ao CADE. Tal fato não é acidental, pois é extremamente aberta a interpretação dos mesmos, devido à multiplicidade de conceitos inseridos na terminologia de cada palavra.

Já no caso do inciso III a ocorrência é mais difícil pelo fato da própria doutrina considerar sua interpretação e consequente aplicação difícil, até mesmo pelo fato de não existir como

possibilidade de conduta anticoncorrencial quando visto no direito comparado. Acerca disso ressalta Luciano Sotero Santiago (Santiago, 2008:174) que:

“a inserção do aumento arbitrário de lucros na matéria relativa à repressão ao abuso do poder econômico gera polêmicas na doutrina. Parte dela critica, ao fundamento de que se trata de invenção tipicamente brasileira, não encontrando parâmetro no direito comparado, sobretudo nos Estados Unidos e na União Européia”.

A aplicação do mesmo só se justificaria em ultimo caso como uma forma de proteção ao consumidor, prejudicado com um eventual aumento arbitrário de lucros, decorrente de um aumento abrupto de preços. Nesse sentido ressalta Paula Forgioni:²⁹

“Ora, se a repressão ao lucro arbitrário não vai ao encontro dos interesses do mercado, seria mesmo fechar-se em uma teórica torre de marfim não admitirmos que essa repressão visa, precipuamente, à proteção do consumidor. Desde há muito, encontra-se nos diplomas brasileiros antitruste, bem como nas normas constitucionais, a repressão aos lucros arbitrários ou aos preços excessivos correlatos ao abuso do poder econômico, tendo em vista a proteção a população, dos consumidores”

4.1.1. Condenações

De 150 processos estudados no período, em apenas 18 (12,00%) ocorreu alguma condenação. Nos outros 132 processos não ocorreram condenação, por terem sido arquivados 100 (66,67%), não julgados 29 (19,33%), suspensos 1 (0,67%) e sob medida cautelar 2 (1,33%).

Desses 18 processos, em relação ao art. 20 foram classificados da seguinte maneira: a) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa: 18 (100,00%); b) dominar mercado relevante de bens ou serviços 5 (27,78%); c) aumentar arbitrariamente os lucros: 1 (5,56%); d) exercer de forma abusiva posição dominante: 14 (77,78%).

Em relação ao art. 21, os mesmos foram classificados da seguinte maneira: a) fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços: 3 (16,67%); b) obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes: 7 (38,89%); c) dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou

²⁹.FORGIONI, 2005:237-238.

produtos intermediários: 1 (5,56%); d) limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado: 11 (61,11%); e) criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços: 11 (61,11%); f) impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição: 1 (5,56%); g) regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição: 2 (11,11%); h) impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros: 1 (5,56%); i) impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros: 1 (5,56%); j) impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço: 1 (5,56%). Não foram utilizados em nenhum caso os seguintes incisos do art. 21: VII, VIII, IX, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXI, XXII, XXIII.

Em relação ao artigo 20, seria impossível ter havido punição sem tipificação desse artigo, uma vez que, segundo doutrina unânime, é necessário a tipificação de pelo menos um dos incisos do art. 20 para configurar prática anticoncorrencial. E ainda novamente o inciso III desse artigo é pouco citado nos processos, de forma a entender que a conduta de aumentar arbitrariamente os lucros talvez não seja muito cometida pelos agentes econômicos nacionais ou talvez não seja objeto de interesse dessa autarquia a punição dessa conduta específica.

No caso do artigo 21, podemos perceber que as condutas específicas de limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado (IV) e criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços (V) são as mais comuns. Novamente a possível interpretação abrangente, dessa vez dos incisos IV e V do artigo 21 pode ter sido responsável pelo maior número de tipificações nos processos ser nesse sentido.

4.1.2. Arquivamentos

De 150 processos estudados no período, 100 (66,67%) foram arquivados.

Desses 100 processos, em relação ao art.20 foram classificados da seguinte maneira: a) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa: 72 (72,00%); b) dominar mercado relevante de bens ou serviços 5 (5,00%); c) aumentar arbitrariamente os lucros: 32 (32,00%); d) exercer de forma abusiva posição dominante: 37 (37,00%) e ainda há casos que não tiveram nenhuma classificação que se refira a qualquer inciso do art.20, que serão ao todo 24 (24,00%). Deve-se ressaltar que pelo menos um dos incisos foram citados em 76 (76,00%).

Em relação ao art. 21, os mesmos foram classificados da seguinte maneira: a) fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços (I): 6 (6,00%); b) obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes (II): 7 (7,00%); c) dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários(III): 3 (3,00%); d) limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado(IV): 8 (8,00%); e) criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços(V): 39 (39,00%); f) impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição (VI): 5 (5,00%); g) combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa (VIII): 2 (2,00%); h) utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros (IX): 2 (2,00%); i) regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição (X): 2 (2,00%); j) impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros (XI): 1 (1,00%); k) discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços (XII): 7 (7,00%); l) recusar a venda de bens ou a prestação de

serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais (XIII): 4 (4,00%); m) dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais (XIV): 4 (4,00%); n) açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia (XVI): 1 (1,00%); o) vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo (XVIII): 9 (9,00%); p) interromper ou reduzir em grande escala a produção, sem justa causa comprovada (XX): 1 (1,00%); q) cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada (XXI): 1 (1,00%); r) reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção (XXII): 1(1,00%); s) 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 (XXIII): 2 (2,00%); não foram citados nenhum dos incisos do art. 21 em 41 (41,00%) dos casos.

Em relação à classificação do art. 20 podemos perceber basicamente dois aspectos: o inciso III (aumentar arbitrariamente os lucros) tem uma quantidade desproporcionalmente maior de arquivamentos (32,00%) do que de condenações (5,56%), o que demonstra a princípio uma tendência maior dessa autarquia em arquivar casos que tratem desse tema. Por outro lado, o inciso IV (exercer de forma abusiva posição dominante) e proporcionalmente mais punido (66,67%) do que arquivado (37,00%).

Em relação a classificação referente ao art. 21 podemos constatar que o inciso V, criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços, foi o mais utilizado, ressaltando novamente a característica tipológica aberta, que leva muitas vezes a uma tipificação que pode se encaixar em mais de uma conduta. Já o inciso XVIII, que trata de 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 (a conhecida venda casada) em todas as hipóteses resultou em arquivamento. Não existe ocorrência de punição da mesma entre os processos já julgados (como já demonstrado) e nem entre os processos que ainda serão julgados, de modo que se pode concluir, que pelo menos entre o período estudado: os agentes econômicos não praticaram esse tipo de conduta, ou; não é interesse para o CADE punir tal ilícito anticoncorrencial, ou; a identificação de tal ilícito é extremamente dificultosa, de modo que nas

averiguações preliminares não terem sido identificadas. E ainda o fato de em 41 (41,00%) dos casos não ter sido citado nenhum inciso específico demonstra apenas que a conduta do agente econômico em momento algum configurou possível prática anticoncorrencial.

4.1.3. Casos ainda não julgados

De 150 processos estudados no período, 29 (19,33%) não foram julgados.

Desses 29 processos, em relação ao art. 20 foram classificados da seguinte maneira: a) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa: 23 (79,31%); b) dominar mercado relevante de bens ou serviços 16 (55,17%); c) aumentar arbitrariamente os lucros: 8 (27,59%); d) exercer de forma abusiva posição dominante: 19 (65,52%) e ainda há casos que não tiveram nenhuma classificação que se refira a qualquer inciso do art.20, que serão ao todo 4 (13,79%). Deve-se ressaltar que pelo menos um dos incisos foram citados em 25 (86,21%).

Em relação ao art. 21, os processos foram classificados da seguinte maneira: a) fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços: 5 (17,24%); b) obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes: 8 (27,59%); c) dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários: 4 (13,79%); d) limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado: 10 (34,48%); e) criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços: 10 (34,48%); f) impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição: 1 (3,45%); g) combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa: 1 (3,45%); h) regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição: 3 (10,34%); i) impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros:

1 (3,45%); j) discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços: 7 (24,14%); k) recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais: 4 (13,79%); l) dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais: 2 (6,90%); m) açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia: 1 (3,45%); n) importar quaisquer bens abaixo do custo no país exportador, que não seja signatário dos códigos Antidumping e de subsídios do Gatt: 1 (3,45%); o) cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada: 1 (3,45%); p) 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: 3 (10,34%) q) impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço: 2 (6,90%) e não foram citados nenhum dos incisos do art.21 em 7 (24,14%) dos casos. O artigo 21 foi citado em pelo menos 22 (75,86%).

Nos casos não julgados é difícil saber o resultado dos processos, seria um verdadeiro exercício de imaginação. Posso dizer que como indício de um possível resultado, as estatísticas referentes ao art. 20, inciso III não julgados (27,59%) são muito semelhantes as apresentadas nos casos em que ocorreu arquivamento (32,00%). Já no que se refere a uma comparação com as condenações (5,56%), percebi que o inciso III do art. 20 têm um maior número de ocorrências em casos não julgados (27,59%), podendo dessa forma fazer um prognóstico que boa parte dos processos nessa situação serão arquivados, em uma razão muita próxima de 75%.

Em relação ao artigo 21 posso dizer coisa semelhante no sentido de uma grande quantidade de arquivamentos, uma vez que ocorre uma citação muito maior de incisos se compararmos com os casos de condenação. De forma que, estabelecendo um prognóstico baseado nos dados existentes de condenações, podemos ter indícios que casos que citam os incisos VIII, XIII, XIV, XVI, XIX, XXI e XXIII do art. 21 têm boa chance de serem arquivados, uma vez que essa série estatística demonstra que os mesmos não foram objeto de condenação no período estudado.

4.2 Estatística específica dos casos julgados

De 118 casos julgados, 90 (76,27%) se referem ao inciso I do art. 20, 70 (59,32%) ao inciso II, 33 (27,97%) ao inciso III e 51 (43,22%) ao inciso IV.

No que se refere ao inciso I, 18 (20,00%) resultaram em condenação e 72 (80,00%) resultaram em arquivamento. No caso do inciso II, 5 (7,14%) resultaram em condenação e 65 (92,86%) resultaram em arquivamento. No inciso III, 1 (3,03%) foram condenados e 32 (92,97%) foram arquivados. No inciso IV, 14 (27,45%) foram condenados e 37 (72,55%) foram arquivados.

O ponto crucial dessa análise específica é que, pode-se perceber entre os casos efetivamente julgados uma tendência de absolvição em relação a certas condutas e arquivamento em relação a outras. O inciso III do artigo 21, aumentar arbitrariamente os lucros, é visivelmente pouco punido por esta autarquia de defesa da concorrência, bem como o inciso II, dominar mercado relevante de bens ou serviços.

Perceberemos que entre os casos não julgados tais hipóteses são desproporcionais, uma vez que o inciso II aparece 16 (55,17%) dos casos e o inciso III em 8 (27,59%). As condenações no inciso II foram 5 (7,14%), logo podemos estabelecer um prognóstico que entre os casos não julgados, hipoteticamente baseado no período estudado, 1 em cada 9 casos resultarão em condenação. Já no artigo III as condenações foram 1 (3,03%) dos casos, o que indica com um prognóstico hipotético que entre os casos não julgados será de 1 para 2 aproximadamente.

4.3 Estatística comparada dos anos de 2004, 2005 e 2006

De 150 casos estudados, 71 (47,33%) ocorreram no ano de 2004, 46 (30,66%) no ano de 2005 e 33 (22,00%) no ano de 2006.

4.3.1. Estatística do ano de 2004

Dos 71 casos ocorridos no ano de 2004 pode-se computar as seguintes ocorrências: a) Condenados: 7 (9,86%); b) Arquivados: 50 (70,42%); c) Não Julgados: 12 (16,90%); d) Suspensos: 0 (0,00%); e) Sob Medida Cautelar: 2 (2,82%).

Desses 46 processos, em relação ao art. 20 foram classificados da seguinte maneira: a) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa: 60 (84,50%); b) dominar mercado relevante de bens ou serviços 51 (71,83%); c) aumentar arbitrariamente os lucros: 17 (23,94%); d) exercer de forma abusiva posição dominante: 28 (39,43%) e ainda há casos que não tiveram nenhuma classificação que se refira a qualquer inciso do art.20, que serão ao todo 8 (11,26%). Deve-se ressaltar que pelo menos um dos incisos foram citados em 63 (88,73%).

Em relação ao art. 20, inciso I, pode-se computar as seguintes ocorrências: a) Condenados: 7 (11,67%); b) Arquivados: 41 (68,33%); c) Não Julgados: 2 (20,00%).

Em relação ao art. 20, inciso II, pode-se computar as seguintes ocorrências: a) Condenados: 2 (3,92%); b) Arquivados: 39 (76,47%); c) Não Julgados: 10 (19,61%).

Em relação ao art. 20, inciso III, pode-se computar as seguintes ocorrências: a) Condenados: 0 (00,00%); b) Arquivados: 11 (64,71%); c) Não Julgados: 6 (35,29%).

Em relação ao art. 20, inciso IV, pode-se computar as seguintes ocorrências: a) Condenados: 6 (21,43%); b) Arquivados: 13 (46,43%); c) Não Julgados: 9 (32,14%).

Foram efetivamente julgados 57 casos nesse período, em 7 (12,28%) ocorreram condenação e 50 (87,72%) os casos foram arquivados.

4.3.2. Estatística do ano de 2005

Dos 46 casos ocorridos no ano de 2005 pode-se computar as seguintes ocorrências: a) Condenados: 7 (15,22%); b) Arquivados: 31 (67,39%); c) Não Julgados: 8 (17,39%); d) Suspensos: 0 (0,00%); d) Sob Medida Cautelar: 0 (0,00%).

Desses 46 processos, em relação ao art. 20 foram classificados da seguinte maneira: a) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa: 39 (84,46%); b) dominar mercado relevante de bens ou serviços 29 (63,04%); c) aumentar arbitrariamente os lucros: 21 (45,65%); d) exercer de forma abusiva posição dominante: 31 (67,39%) e ainda há casos que não tiveram nenhuma classificação que se refira a qualquer inciso do art.20, que serão ao todo 5 (10,86%). Deve-se ressaltar que pelo menos um dos incisos foram citados em 41 (89,13%).

Em relação ao art. 20, inciso I, pode-se computar as seguintes ocorrências: a) Condenados: 7 (19,95%); b) Arquivados: 27 (69,23%); c) Não Julgados: 5 (12,82%).

Em relação ao art. 20, inciso II, pode-se computar as seguintes ocorrências: a) Condenados: 3 (10,34%); b) Arquivados: 24 (82,76%); c) Não Julgados: 2 (6,90%).

Em relação ao art. 20, inciso III, pode-se computar as seguintes ocorrências: a) Condenados: 1 (4,76%); b) Arquivados: 19 (90,48%); c) Não Julgados: 1 (4,76%).

Em relação ao art. 20, inciso IV, pode-se computar as seguintes ocorrências: a) Condenados: 5 (16,13%); b) Arquivados: 22 (70,97%); c) Não Julgados: 4 (12,90%).

Foram efetivamente julgados 38 casos nesse período, em 7 (18,42%) ocorreram condenação e 31 (81,58%) os casos foram arquivados.

4.3.3. Estatística do ano de 2006

Dos 33 casos ocorridos no ano de 2006 pode-se computar as seguintes ocorrências: a) Condenados: 4 (12,12%); b) Arquivados: 19 (57,58%); c) Não Julgados: 9 (27,27%); d) Suspensos: 0 (0,00%); e) Sob Medida Cautelar: 0 (0,00%).

Desses 33 processos, em relação ao art. 20 foram classificados da seguinte maneira: a) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa: 15 (45,45%); b) dominar mercado relevante de bens ou serviços 6 (18,18%); c) aumentar arbitrariamente os lucros: 3 (9,09%); d) exercer de forma abusiva posição dominante: 11 (33,33%) e ainda há casos que não tiveram nenhuma classificação que se refira a qualquer inciso do art.20, que serão ao todo 17 (51,51%). Deve-se ressaltar que pelo menos um dos incisos foram citados em 16 (48,48%).

Em relação ao art. 20, inciso I, pode-se computar as seguintes ocorrências: a) Condenados: 4 (26,67%); b) Arquivados: 4 (26,67%); c) Não Julgados: 6 (40,00%) e um 1 (6,67%) em um processo está suspenso.

Em relação ao art. 20, inciso II, pode-se computar as seguintes ocorrências: a) Condenados: 0 (0,00%); b) Arquivados: 2 (13,13%); c) Não Julgados: 4 (26,67%).

Em relação ao art. 20, inciso III, pode-se computar as seguintes ocorrências: a) Condenados: 0 (00,00%); b) Arquivados: 2 (13,33%); c) Não Julgados: 1 (6,67%).

Em relação ao art. 20, inciso IV, pode-se computar as seguintes ocorrências: a) Condenados: 3 (27,27%); b) Arquivados: 2 (13,33%); c) Não Julgados: 6 (40,00%).

Foram efetivamente julgados 21 casos nesse período, em 4 (17,39%) ocorreram condenação e 19 (82,61%) os casos foram arquivados.

4.3.4. Estatística comparada dos anos de 2004, 2005 e 2006

Pode-se perceber pela comparação das estatísticas dos anos de 2004, 2005 e 2006 que seria possível fazer um prognóstico em relação às decisões do CADE, uma vez que existe um resultado constante.

No que se refere a condenações em 2004 as mesmas representaram 12,28% dos casos julgados, em 2005 18,42% dos casos e em 2006 17,39%, o que demonstra que não ocorreram nessa autarquia diferenças grandes entre os anos na quantidade percentual de casos em que se encontraram ilícitos contra a concorrência.

Em relação aos casos arquivados, os mesmos corresponderam em 2004 a 87,72%, em 2005 a 81,52% e em 2006 a 82,61%, o que mais uma vez corrobora a hipótese de haver uma previsibilidade nas decisões do CADE, tendo em vista a proximidade dos números dos três anos estudados.

Da mesma forma podemos observar que o inciso III, do artigo 20 é de forma constante ao longo dos anos ignorado nas decisões do CADE. Em 2004 o mesmo correspondeu a 0,00% das condenações, em 2005 a 4,76% e em 2006 novamente a 0,00%. Isso pode ser um indicativo forte que a autarquia se preocupe pouco em relação aos ilícitos concorrenciais que versam sobre aumentar arbitrariamente os lucros.

Por fim percebi um leve aumento nas punições no que se refere a limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, inciso I, do artigo 20. No anos de 2004 corresponderam a 11,67% dos casos, em 2005 a 17,95% e a 2006 a 26,67%.

5. CONCLUSÃO

A Lei 8.884/94 surge no Direito Brasileiro como forma de fiscalizar e normatizar a disciplina da concorrência em âmbito nacional. A mesma não foi a primeira tentativa de disciplinar a ação dos diversos agentes econômicos frente a sociedade e o mercado. As legislações consumeristas foram os primórdios de uma tentativa de se fazer tal normatização. A lei do CADE, como é conhecida, foi um marco legal no que tange ao tratamento da concorrência em âmbito nacional e serve como marco de uma nova regulamentação das relação dos agentes econômicos frente a sociedade.

Ao longo do estudo dos casos se demonstrou de extrema importância a interdisciplinaridade entre o direito e a economia, uma vez quase toda a tipologia inserida nos arts. 20 e 21 desse diploma legal fazem referência a conceitos supostamente auferíveis de forma matemática, com estudos econômicos complexos, que determinarão por exemplo o que seria “mercado relevante” ou “aumentar arbitrariamente lucros”.

Nesse sentido, no que se refere à terminologia, o mais interessante a se observar é que por maior que seja o esforço da doutrina em definir o significado exato, seja dos incisos do art. 20 ou mesmo do art. 21, e ainda conceitos abstratos como poder de mercado e eficiência econômica, podemos perceber que na prática isso se torna impossível, uma vez que a classificação de condutas feitas pelo CADE é extremamente aberta, de forma que em uma mesmo processo podemos encontrar referência a quatro incisos do art. 20 e seis do art. 21, por exemplo. Essa autarquia não age assim por desprezo ao rigor técnico da tipificação dos ilícitos concorrenciais, mas sim por que as condutas dos agentes econômicos são intrinsecamente complexas e a possível interpretação da mesma por consequência também será complexa.

O que se demonstrou é que em um universo de 150 casos, iniciados entre os anos de 2004 e 2006, apenas 18 resultaram em constatação de ilícitos concorrenciais até o então momento, o que por si só é um número pequeno tendo em vista a quantidade total de processos.

E ainda, nesse universo, de 150 casos, 100 foram arquivados, o que demonstra que entre os processos pendentes de julgamento (29), acompanhando a estatística geral, 2 em cada 3 serão também arquivados.

O próprio decurso de prazo de 5 a 7 anos no qual processos instaurados não foram ainda julgados demonstra que existe um certo nível de impunidade na persecução de condutas que

teoricamente poderiam estar afrontando a ordem concorrencial, principalmente se pensarmos no advento da prescrição, que o pode ocorrer em breve em uma serie de casos.

A pesquisa demonstrou que existem condutas que na prática: ou são pouco praticadas pelos agentes econômicos; ou não são alvo de punição pelo CADE como todo o resto. O maior exemplo encontrado foi o inciso III do art. 20 (aumentar arbitrariamente os lucros), que entre os casos arquivados se encontra em 32% e entre os casos condenados em 5,56%. Assim pode-se supor que os agentes econômicos que cometeram tal conduta e se encontra pendente julgamento podem esperar uma pequena possibilidade de punição se a sua conduta se encaixar nesse inciso.

No art. 21 também ocorreram uma série de incisos que foram mais comuns o uso dos mesmos para justificar uma decisão condenatória, como o IV (limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado) e o V (criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços), ao passo que outros incisos se quer foram citados. Há que se ressaltar que em nenhuma condenação proferida pelo CADE não foi citado pelo menos um inciso do artigo 21, o que demonstra que apesar do enquadramento genérico dado pelos incisos do artigo 20, essa autarquia considera de suma importância tipificar de forma específica em pelo menos um dos 24 incisos do art. 21 a conduta praticada pelo agente econômico, o que não impede em vários casos a citação de até mais de um desses incisos.

A estatística dos anos estudados demonstrou serem constantes os dados, de forma que não foi percebido uma alteração substancial das decisões do CADE no período de 2004, 2005 e 2006. Isso mostra que seria possível em teoria estabelecer qual a conduta dessa autarquia em suas decisões cotidianas em relação aos diversos ilícitos concorrenciais.

O que se pode concluir por derradeiro é que, a conduta do CADE como autarquia administrativa pode ser estudada de forma estatística, a ponto de demonstrar que existirão condutas que serão objeto de maior ou menor punição.

6. BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm >. Acesso em: 10. Mai. 2011.

_____. **Lei 8.884, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8884.htm>>. Acesso em: 12.mai.2011.

_____. Ministério Da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Funções do Cade**. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?3dfd3ec249c748e270>> Acesso em 27.mai.2011.

_____._____._____.**Composição do Plenário**. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?de5fa16eb251d376c8>>.Acesso em 28.mai.2011

_____._____._____. **Processo administrativo nº 08012.002299/2000-18**. Disponível em <

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18.ed. São Paulo, Lumen Juris Editora, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito Antitruste Brasileiro: Comentários à lei nº8884/94**. 1.ed. São Paulo, Saraiva, 1995.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Práticas Tributárias e Abuso de Poder Econômico. **Revista de Direito da Concorrência n.9**. São Paulo.2006

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do Antitruste**. 2.Ed.São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005

MALARD, Neide Terezinha. **Concentração de empresas e concorrência**. Texto do curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte.

MELLO, Maria Tereza Leopardi; POSSAS, Mário. Direito e Economia na Análise de condutas anticompetitivas. **IN: POSSAS, Mário Luiz. Ensaio sobre economia e Direito da Concorrência.** 1.ed. São Paulo, Singular, 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial:** as condutas. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da Concorrência:** Doutrina e Jurisprudência. 1.ed. Salvador, 2008.

SANTIS, Valéria Barini De. **O tratamento da questão concorrencial no Direito brasileiro.** Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 403, 14 ago. 2004. Disponível em:
<<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5573>>. Acesso em: 27 mai. 2011.