

O cartel na legislação antitruste, sua relação com o fenômeno concentracionista (meio ou consequência?) e seus reflexos prejudiciais aos direitos do consumidor

Maria Cecília Mendes Borges, Renata Ferreira da Rocha, Ingrid Rodrigues de Ataíde, Cláudia Salgado Gomes e Andrezza Márcia Medeiros Silva

Sumário

1. Introdução. 2. Breves comentários acerca da teoria geral dos contratos. 2.1. Contratos internacionais do comércio. 3. Da concentração empresarial. 4. Do controle e dos órgãos por ele responsáveis. 4.1. O surgimento da Lei 8.884/94 (Lei Antitruste) e seus princípios norteadores. 4.2. A Secretaria de Direito Econômico e suas funções. 4.3. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE): estrutura, funções, modos de atuação e otimização de resultados. 4.4. Principais infrações à ordem econômica, sua apuração e as consequências de sua prática. 4.5. Controle e cartel. 5. Da proteção do consumidor como efeito da política de defesa da concorrência. 5.1. Generalidades. 5.2. Da defesa da concorrência e do consumidor. 6. Cartel: conceito, critérios para sua verificação, implicações para o mercado, competência do CADE. 7. Análise da ação civil pública relativa à cartelização dos postos de combustíveis de Salvador-BA. 8. Conclusão.

1. Introdução

O presente estudo girou em torno da temática da concentração empresarial e seu controle, com enfoque à forma como é colocado em prática, no ordenamento jurídico brasileiro, o controle dos atos concentracionistas e das práticas mercantis em geral. Como forma de exemplificar a efetivação desse controle, foi escolhido o fenômeno do cartel, que, embora não seja uma forma de

As autoras são bacharéis em Direito pela Universidade Federal de Viçosa.

concentração empresarial propriamente dita, pode advir desta (sendo consequência) ou até mesmo possibilitá-la (e nesse caso seria meio).

Foram feitas breves considerações sobre a teoria geral dos contratos, os contratos societários e os contratos internacionais do comércio, tendo em vista que os mesmos são formas de corporificação dos instrumentos de concentração empresarial.

Também foram abordados os fenômenos da globalização, mundialização e internacionalização. Sabe-se que, nos dias de hoje, não apenas a palavra *globalização* se tornou lugar-comum, como também esse tema trivializou-se nos meios acadêmicos e na mídia. Isso, entretanto, não dispensa uma rápida abordagem do assunto, tendo em vista o presente estudo, em um contexto do processo de concentração empresarial e seu controle.

O desenvolvimento econômico, a pujança do crescimento empresarial e a expansão das relações comerciais constituem metas a serem atingidas por quase todos os governos. Mas, quando esses fatos de natureza predominantemente econômica beneficiam apenas alguns poucos, causando a devastação e a expulsão da maioria dos agentes econômicos do mercado, o Direito é chamado a restabelecer o equilíbrio. Assim como novas formas empresariais gigantescas foram surgindo, em decorrência do progresso científico e tecnológico e da concentração capitalista, o Direito viu-se também obrigado a engendrar novos institutos, cujas regras fossem capazes de assegurar a harmonia das relações empresariais. No ordenamento brasileiro, o mais eficaz instrumento jurídico de proteção à livre concorrência é a Lei Antitruste (Lei 8884/94), cujo principal objetivo é a manutenção do equilíbrio dos entes no mercado. A lei prescreve medidas tanto de caráter preventivo quanto repressivo.

Na seqüência, será abordada a defesa do consumidor, tendo em vista que esse é um dos maiores prejudicados pela ocorrência de práticas anticoncorrenciais, incluindo-se entre essas a formação de cartéis, além de

casos de concentração empresarial que levam à dominação do mercado, ferindo, portanto, o princípio da livre concorrência e atingindo assim o direito à escolha, assegurado pelo Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90.

Cabe ter presente, ainda, que as mudanças na forma de conceber e formular o saber jurídico afetarão diretamente o direito do consumidor, um dos pólos mais dinâmicos da crise experimentada pelo direito moderno.

O Direito considera que a concorrência é um bem que estimula os agentes econômicos, mas costuma supor que os comportamentos que reprime têm efeitos econômicos sensíveis. Um dos objetivos do presente é demonstrar que o Direito da Concorrência tem como uma de suas finalidades a defesa dos interesses e da qualidade de vida dos consumidores.

2. Breves comentários acerca da teoria geral dos contratos

Segundo PEREIRA (1997, p. 2), contrato seria “o acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos”.

Quanto aos efeitos do contrato, podem ser unilaterais, criando obrigações para apenas uma das partes, bilaterais, gerando obrigações e direitos recíprocos e interdependentes para as partes, ou plurilaterais, que são aqueles em que existem várias partes, como é o caso da sociedade (quando da sua constituição, necessita-se que haja convergência de interesses, que no caso são os sócios – ressalte-se que podem existir interesses antagonísticos depois de formada a sociedade).

Quanto ao contrato societário, geralmente, para sua formação, convergem os requisitos de pluralidade de sócios, constituição do capital social e *affectio societatis*.

2.1. Contratos internacionais do comércio

A conceituação do que sejam contratos comerciais internacionais não é tarefa fácil.

Por muito tempo, acreditou-se que a presença de um elemento internacional na relação já configuraria o contrato como internacional. Posteriormente, constatou-se que é preciso que se verifique se esse ente tem condições de internacionalizar tal contrato. Para isso, é necessário que esse elemento assuma relevância tal, capaz de ligá-lo de forma efetiva ou potencial a dois ou mais sistemas jurídicos.

Importante assinalar que os contratos internacionais do comércio apresentam-se de diversas formas, como contrato de compra e venda, de franquia (*franchising*), de *know-how*, de prestação de serviços, *joint venture*, *leasing*, entre outros.

No momento atual dos contratos comerciais internacionais, é dada muita importância à fase de negociações; em caso de ruptura por uma das partes, a outra tem direito a perceber indenização.

Importante anotar a crescente dinamicidade do comércio internacional, fazendo com que novas figuras contratuais surjam, representando novos modelos jurídicos. Entre eles, pode-se citar os abaixo relacionados.

Cartas de intenção: utilizadas em contratos que, para se formarem, necessitam ultrapassar vários obstáculos. São “contratos de negociação, documentos preparatórios ao contrato definitivo, nos quais as partes procuram, por exemplo, fixar os pontos já acordados, consagrar acordos sobre os elementos essenciais do futuro contrato, fixar o prazo dentro do qual as negociações devem-se realizar” (BASSO, 1998, p. 186).

Essas cartas podem assumir diversas funções. Uma delas seria exprimir que as partes ainda não estão decididas para assumir nenhum compromisso e que não haverá nenhuma responsabilidade ao romper as tratativas. Outra seria a de estabelecer os interesses das partes em dar prosseguimento à negociação, mas também com o direito de concluir ou não o contrato definitivo. Também podem dividir as despesas no caso de não conclusão do contrato. Ainda, por

meio delas, podem ambas as partes ou apenas uma delas assumir o compromisso de não negociar com terceiros interessados no mesmo objeto (pacto de exclusividade), o que exprime os deveres de informar, de boa-fé e de minimizar os prejuízos.

Outra função das cartas de intenção seria a de fixar o tempo dentro do qual deve surgir a negociação. Podem fixar também um acordo de segredos ou de estabelecer uma prestação que poderá ser subdividida em partes (manifesta a intenção de posteriormente adquirir outro lote do produto).

Existe também a carta de intenção que visa iniciar a execução do contrato antes de se encerrarem as tratativas, sendo comum em tratativas de construção de instalação industrial. Há, ainda, as cartas que condicionam a eficácia do negócio jurídico a uma condição suspensiva. Por fim, existem as cartas que determinam a responsabilidade das partes quanto às despesas conexas com a negociação.

Lettres de patronage ou comfort letters: “São geralmente firmadas por uma sociedade (...) chamada, na prática, de ‘sociedade controladora’, em favor de um banco, ou outro agente financeiro com a finalidade de que este último conceda um mútuo, ou financiamento a uma ‘sociedade controlada’ pela primeira (firmatária)” (BASSO, 1998, p. 209). Nelas, não existe um conteúdo-tipo; esse é negociado quando de sua celebração, passando a ter eficácia quando da sua execução.

Acordos de segredo: Os efeitos são os mesmos daqueles objeto das cartas de intenção. “O acordo de segredo representa uma obrigação de não divulgar certas informações e conhecimentos confidenciais e representa, na realidade, um contrato autônomo” (BASSO, 1998, p. 233). São contratos temporários e são freqüentes em tratativas de contratos de comunicação de conhecimento tecnológico. Os efeitos podem-se prolongar por um determinado período após a extinção do contrato, dependendo de acordo entre as partes. Vigora o dever de lealdade, ainda que implicitamente. Assim, no caso de vio-

lação, o credor poder-se-á ressarcir dos danos sofridos.

'*Bid bonds*' ou *garantias*: Surgiram no comércio internacional devido às desconfianças existentes entre os contratantes, originadas pela distância, pela diversidade das línguas, dos hábitos e costumes de cada país.

As garantias bancárias têm funcionado como elementos incentivadores para os países em desenvolvimento negociarem no mercado mundial, permitindo a expansão do comércio internacional. Assim, travam-se negócios com parceiros sem tradição no mercado mundial por existirem tais garantias. Essas garantias surgem quando o devedor da prestação teme que o contratante não cumpra suas obrigações. Assim, para firmar o negócio, exige uma garantia.

Cláusulas Standards ou Condições Gerais do Contrato: Não importa sua forma de apresentação, nem quem as tenha redigido ou sua extensão. "O que conta (...) é a predisposição para o uso generalizado e repetido pela parte, e a dispensa de negociação para com o co-contratante, o qual a aceita inteira e desde logo" (BASSO, 1998, p. 259). Essas cláusulas obrigam as partes a partir da assinatura (aceitação).

Necessário se faz o controle e o limite dessas cláusulas, para evitar que se incorra em erro e que haja vantagem injusta. Devem-se evitar, portanto, cláusulas não usuais no contrato internacional e aquelas obscuras, redigidas em língua estrangeira, geradoras de confusão, letras muito pequenas, entre outras.

Entre uma *cláusula standard* e outra *não-standard*, prevalecerá esta última, uma vez que se presume que represente mais a vontade das partes.

No caso de conflito entre o direito interno e as *cláusulas standards*, não se encontra disposição clara a respeito, mas o que se tem entendido é que as disposições do direito interno prevalecem.

Contratos preliminares ou pré-contratos: As partes ou uma delas se comprometem a contratar futuramente. Surgem quando as par-

tes têm interesse em manter o negócio, mas não possuem meios para concluí-lo desde logo. Se uma das partes não cumprir o contrato, a outra pode recorrer à arbitragem ou ao juiz nacional, conforme o disposto no pré-contrato.

Por fim, deve-se ressaltar que, no âmbito do comércio internacional, existem barreiras que acabam por prejudicar a economia mundial. A fim de evitar tal entrave, surgem forças positivas como tratados e acordos comerciais, definindo pagamento e responsabilidades.

Como exemplo de tratado, tem-se a Convenção Internacional de Genebra, firmada em 1931, a fim de adotar uma lei uniforme para cheques e títulos cambiários. "A finalidade dessa convenção era dirimir os conflitos, decorrentes das inúmeras leis de cada país, que dificultavam o comércio internacional" (MAIA, 1995, p. 81). Também há as regras uniformes editadas pela Câmara de Comércio Internacional, sobre cobrança de cartas de crédito, com o fim de solucionar conflitos de costumes e leis dos países atuantes no comércio internacional. Esses dois acordos internacionais foram citados apenas a título ilustrativo, e não como mérito por sua importância maior em relação a inúmeros outros existentes.

Com o objetivo de solucionar também os conflitos surgidos no âmbito do comércio internacional, foram criadas cláusulas para definir os direitos e obrigações das partes na compra e venda de mercadorias. Há a cláusula FOB (*Free On Bord* – Livre a Bordo), em que cabe ao vendedor expedir a mercadoria, providenciando os transportes e seguros internos (até o ponto de venda dentro do navio), arcando também com as despesas portuárias. O comprador, por sua vez, deverá pagar o frete e o seguro devidos do porto de embarque até o destino e também as despesas portuárias relativas ao porto de destino.

Outra cláusula é a CIF (*Cost, Insurance and Freight* – Custo, Seguro e Frete). Nesta, cabe ao vendedor expedir a mercadoria,

pagar os fretes e seguros internos, providenciar os documentos de embarque, arcar com todos os ônus no porto de embarque e pagar frete e seguro até o porto de destino, cabendo ao comprador receber a mercadoria no porto de destino e pagar as despesas ocorridas nesse porto.

3. Da concentração empresarial

Com o advento da Revolução Industrial, acompanhada de transformações tanto na tecnologia agrícola quanto na comercial, os empreendimentos internacionais aumentaram. Ampliaram-se a rede bancária, o comércio, as indústrias. Países mais desenvolvidos lutavam para conseguir matérias-primas agropecuárias, cujos produtores muitas vezes encontravam-se em países menos desenvolvidos. Todavia, como bem explicam VIEIRA e CAMARGO (1976, p. 2),

“Esta independência, porém, foi antes política do que econômica, não possuindo os novos países experiência suficiente e capitais disponíveis (...) que lhes permitissem tirar partido da profunda transformação tecnológica pela qual os países desenvolvidos estavam passando. Daí a necessidade de as firmas industriais instalarem, junto aos países fornecedores de matérias-primas (...), casas comissárias, cuja função era estabelecer as condições dos negócios”.

E, à medida que os países menos desenvolvidos foram criando elite dotada de maior poder de compra, tornou-se interessante conquistar essa nova clientela.

Quanto aos processos de integração regional, novos aspectos surgiram, tais como a complementaridade na produção, redução dos graus de liberdade nas políticas nacionais por causa de compromissos comuns, busca de reforços para a competitividade internacional dessas economias. Essas são os desafios da regionalização.

A base de partida para a *globalização*¹ tem sua origem nas condições favoráveis ao cres-

cimento do comércio internacional após a Segunda Grande Guerra. Pela primeira vez, surge a noção de uma economia mundial em sentido estrito, com superação das barreiras sob influência econômica. Desde 1945, o papel das empresas transnacionais na economia nacional não parou de crescer².

Não há um consenso entre os autores sobre as definições de globalização, mundialização e internacionalização. Contudo, há um entendimento que engloba e delinea bem cada fenômeno, e é o que se passa a expor.

O fenômeno da mundialização é o reflexo da internacionalização pública e da internacionalização privada. A internacionalização pública seria o movimento dos Estados no âmbito mundial. A internacionalização privada, por sua vez, significaria a atuação dos entes produtivos buscando novos mercados, possuindo esses entes dois caminhos, a internacionalização multidoméstica e a globalização.

Como conceitos econômicos, em linhas gerais, pode-se identificar a internacionalização multidoméstica como estratégia adotada por empresas que, mesmo contando com esferas produtivas em vários países, adotam estratégias de marketing e concorrências independentes. Não há estratégia comum de satisfação do mercado no âmbito global, visto que cada unidade produtiva está adstrita às necessidades locais de cada país. O desenvolvimento de todo o processo produtivo se dá em cada país de forma individual; dessa forma, pode-se falar em interdependência das esferas produtivas, mas não em complementaridade das mesmas.

No caso da globalização, sua estratégia é mais complexa. Em linhas gerais, uma empresa que opere em nível global teria sua posição competitiva, num determinado país, influenciada (e influenciaria) pelo posicionamento mercadológico de outra do grupo, em outro país. Há aqui, ao contrário da internacionalização multidoméstica, forte interdependência das esferas produtivas, sentida na criação de economias de escala, na

utilização de marca global, na possibilidade de satisfação de clientela de diversos países, política comum de preço, concorrência, marketing, entre outros. Existe complementaridade das esferas produtivas, quase que como uma regra geral – cada esfera produtiva em um país especializar-se-á na execução de uma fase do processo, complementado por outras empresas do grupo. Há o estabelecimento de uma “política comum” (cf. FERRAZ, 1995, p. 181 et seq.).

Dessa forma, muitas vezes quando se usa o termo ‘globalização’, o que se quer designar na verdade é o fenômeno da mundialização. Assim, fala-se em mundialização dos gostos, mundialização da economia, como efeitos de todo o processo.

Segundo LERDA (1996, p. 239-263), “o fenômeno da globalização (entenda-se ‘mundialização’, conforme conceito delineado acima) da economia mundial se nutre das tendências registradas em pelo menos três de seus fatores determinantes: tecnologia, organização corporativa e políticas públicas”.

E como poderão as empresas acompanhar uma evolução tão dinâmica nos âmbitos tecnológico e mercadológico mundial? Por meio das estratégias de internacionalização multidoméstica ou de globalização das empresas.

A competitividade na fronteira tecnológica implica custos mais elevados na pesquisa e desenvolvimento e assistência técnica, passando a ocorrer competição em escala mundial, com empresas reestruturando sua atividade e sendo beneficiadas pelo próprio nível de competitividade de cada empresa. Ao mesmo tempo, argumenta-se que todo esse fenômeno pode estimular a consolidação de oligopólios em nível mundial e essa tendência à concentração por empresa. Em todo esse contexto, as empresas transnacionais são as que possuem melhores condições para apropriar-se das vantagens dessas cadeias de valor adicionado.

E, como diz BRANDT (1977, p. 170), “a origem da empresa terá pequeno significa-

do no futuro. Mais importantes serão a estrutura e o sistema usados para operações em escala global”. Fala-se em uma “lógica transnacional”.

Em um contexto globalizado, as empresas têm que atuar em segmentos cada vez mais específicos de mercado, dependentes do controle estrito sobre a qualidade e da flexibilidade no atendimento às variações da demanda. Isso requer um número maior de vínculos com outras empresas. As grandes empresas transnacionais são os agentes-chave do processo de internacionalização, sendo, igualmente, líderes dos processos de formação de blocos comerciais.

Os vínculos entre empresas em economias distintas têm aumentado em ritmo acelerado, e os tipos de formas de associação entre empresas são cada vez mais variados. “(...) Passou a ser racional a busca de parceiros para compartilhar os gastos e riscos tecnológicos, comerciais e financeiros, através de novas formas de investimento” (BAUMANN, 1996, p. 45).

Entre os efeitos da internacionalização privada, pode-se dizer que as estratégias empresariais são cada vez mais definidas segundo a orientação das demandas dos consumidores, a competição baseia-se em vantagens competitivas construídas e os custos do processo produtivo/cadeia de distribuição passam a ter papel mais determinante das estratégias empresariais do que os custos de fatores (desenvolvimento de processos de mediação, sua extensão a novas zonas, sua interconexão cada vez mais ramificada e sua constituição em sistemas cada vez mais coerentes). Entretanto, as metas de participação em mercados externos não devem constituir critérios absolutos, mas instrumentos na busca da satisfação das necessidades da população.

As negociações continuam a ter lugar formalmente entre os Estados-nação, concomitantemente ao aumento gradual e expressivo da importância das empresas transnacionais como novos agentes determinantes do cenário internacional.

Ainda quanto à importância da grande empresa no cenário internacional, Edith Penrose (cf. SANVICENTE, 1975, p. 13) afirma que, “por causa da grande empresa internacional, o fluxo internacional de comércio e investimento, a estrutura internacional de preços e a distribuição internacional de renda estão sujeitos a forças que algumas vezes são muito diferentes das implícitas na teoria econômica tradicional”.

E Yair Aharoni (cf. SANVICENTE, 1975, p. 2) esclarece: “Em síntese, empresa multinacional significa coisas diferentes para pessoas diferentes, e fenômenos diversos são tratados com nomes idênticos. Parece-nos essencial que os interessados nas operações internacionais no campo econômico esclareçam o significado dos seus termos ao discutirem a empresa multinacional”.

As multinacionais norte-americanas, no dizer de DREIFUSS (1997, p. 135), dinamizaram três grandes processos de transformação *transnacionalizante*: de *mundialização* de estilos, usos e costumes; de *globalização* tecnológica, produtiva e comercial; e de *planetarização* da gestão. “Três processos essencialmente diferentes da histórica *internacionalização* e *multinacionalização*, embora os termos sejam muitas vezes usados indistintamente”.

As alianças são concretizadas das mais variadas formas, sendo que a maioria realiza-se para a projeção global.

Podem ser extremamente diversificadas, com algumas corporações chegando a formar, nas palavras de DREIFUSS (1997, p. 121, 133), verdadeiras *redes tecnocômicas*. E concluindo,

“Vivemos, neste final de milênio, as perplexidades de três processos estonteantes. Por um lado, a *globalização* financeira e de modos de produzir (...) Geminado a este processo econômico, a *mundialização* social e de modos de viver, escorada na parafernália e na prática dos sistemas de telein-focomunicação, produzindo uma malha de relações que dizem respeito

ao comportamento ‘transnacionalizado’ em torno de novos produtos e serviços oferecidos nos macromercados e sociedades transfronteiriças. E, por fim, a *planetarização* política e institucional das estruturas de poder (...) Concomitantes, (...) vivemos as suas contraposições, antinomias (...) Vivemos uma variedade de ‘modernidades’ e ‘pós-modernidades’ (...), rasgando horizontes inimagináveis (...) e, assim mesmo, convivendo com a fome, a doença e a miséria, tão amplamente espalhadas”.

O processo de concentração empresarial, que adquiriu feições peculiares a partir da Revolução Industrial e então foi-se ampliando, na verdade teria existido nas sociedades mais remotas, coincidindo com o advento da economia de trocas. Uma visão mais restrita, contudo, não as reconhece com a mesma natureza da moderna concentração empresarial.

O movimento concentracionista iniciou-se para evitar os males da livre concorrência de um lado e, de outro, propiciar o aumento da produtividade, racionalizando a produção. Atualmente, o objetivo de tal movimento é reorganizar a empresa, além de propiciar o crescimento da eficiência das empresas coligadas por meio da “reforma das estruturas industriais e, assim, buscar a dimensão ótima” (BULGARELLI, 1997, p. 23).

Há muitas dificuldades para a classificação do fenômeno concentracionista e, entre elas, a diferença entre a noção econômica e a jurídica. Sob o ângulo econômico, entende-se que, para que a concentração efetive-se, basta que haja o aumento da dimensão da empresa aliado à diminuição de seu número, tanto horizontalmente, entre empresas no mesmo nível de produção, quanto verticalmente, entre empresas de atividades complementares. Sob o ângulo jurídico, há que se atentar para duas fases no processo concentracionista: na primeira, as empresas crescem com a absorção ou de outras opera-

ções nesse sentido, como a fusão e a compra de ativos; na segunda, ao atingirem uma determinada dimensão e poder, adotam novas técnicas para prosperar, como a coligação, ou desconcentram-se, ou fundam filiais, ou adquirem o controle das outras, variando, nessa fase, o uso das técnicas jurídicas.

Vários foram os caminhos pelos quais as empresas aumentaram suas dimensões, como o da absorção das menores e mais fracas, ou a integração com outras do mesmo porte e poder, pela fusão. A absorção que se deu pela compra pura e simples do ativo de outras ou dos seus estabelecimentos efetivou-se, também, pela incorporação. Mas nem sempre esses processos revelaram-se os melhores, passando as empresas, então, a associarem-se com outras do mesmo nível, na defesa contra o aumento de preços em momentos de crise, ou para se subtraírem à concorrência danosa. Criou-se, assim, o cartel, que depois passou a ter um caráter pejorativo, a significar o acordo entre empresas para disciplinar a concorrência.

Outros tipos de associação desenvolveram-se, caracterizando-se inicialmente uma integração vertical, reunindo empresas de vários níveis de produção, desde a matéria-prima até mesmo à entrega ao consumidor final, o que recebeu o nome, na Alemanha, de *konzern*, tendo sido traduzido, na Itália e na França, por *grupo*, tendo por objeto a racionalização da produção, a redução dos custos e o aumento da produtividade. Seu modelo era associativo, mantendo várias empresas autônomas sob direção única, que se chamou *cappogruppo* na Itália, levando ao problema das *societades coligadas* por meio de inúmeras formas. “Hoje, tomaram uma certa uniformização em torno, em geral, de uma *holding*, sem atividade econômica específica, a não ser a do próprio controle” (BULGARELLI, 1997, p. 53).

Integrando também a história da evolução do fenômeno concentracionista, encontra-se o *trust*, típico instituto do *common law*, consistindo na entrega de um bem pelo ces-

tui que trust ao *trustee* para conservá-lo e geri-lo, sem proveito, a não ser uma comissão. Em relação à concentração, sua significação atual é a de um conjunto de sociedades submetidas a uma direção única.

Vêm-se verificando novas formas de acordos de empresas, além dos consórcios italianos (destinados a disciplinar os preços e condições de venda ao contingente da produção e à distribuição de zonas territoriais), como os chamados GIE – *Groupements d'intérés économiques*, na França, destinados à fusão dos serviços de venda, evitando despesas, baixando o preço da produção ou de venda (COMPARATO, 1995, p. 148). Assinalou-se, também, no Brasil, a existência do consórcio ou agrupamento de empresas, fugindo às formas clássicas de concentração empresarial, mas desde que não atentassem contra a livre concorrência.

Todas essas fórmulas, que existiram alternadamente ou mesmo coexistindo vários tipos nos diversos países, foram aos poucos circunscrevendo-se a determinados tipos bastante expressivos e que, embora ainda bastante variados, podem ser identificados. Assim, apresentam-se hoje em formas consideradas radicais, como a fusão, a incorporação e a venda pura e simples de ativo, e nas mais flexíveis, como o grupo, a divisão total ou parcial de sociedades, as uniões para fins de pesquisa, entre outros.

O desenvolvimento da economia brasileira, nos últimos anos, fez com que o fenômeno concentracionista tomasse vulto acentuado no Brasil, pois passou a exigir fórmulas e mecanismos técnico-econômico-financeiros para o aumento da produtividade. O I Plano Nacional de Desenvolvimento, aprovado em 1971, refletiu o apoio estatal, em relação, principalmente, às fusões e incorporações de empresa, a fim de modernizar e fortalecer a empresa privada nacional. E, por seu turno, o Estado passou a atuar na economia, por intermédio de suas próprias empresas, sobretudo no setor de serviços públicos e alguns setores econômicos vitais, como o petrolífero, bancário, as telecomuni-

cações e a energia elétrica, nos quais despontam grandes empresas de porte internacional.

Os setores nos quais o fenômeno concentracionista incidiu com maior intensidade foram, principalmente, o industrial, o bancário, o de seguros e serviços, notadamente por força dos incentivos fiscais concedidos. No Brasil, portanto, com a existência das grandes empresas e a instauração do *concentrate*, observou-se, assim como nos países desenvolvidos, a existência da concorrência imperfeita, o que exigiu a intervenção do Estado, mas sem perder de vista a necessidade de se planejar ou dar seguimento aos planos de política econômica. Nesse sentido, várias leis foram promulgadas para reprimir quer os crimes contra a economia popular, quer o abuso do poder econômico.

4. Do controle e dos órgãos por ele responsáveis

4.1. O surgimento da Lei 8.884/94 (Lei Antitruste) e seus princípios norteadores

Semelhante à maioria dos fenômenos que produzem reflexos no âmbito sócio-econômico, a concentração empresarial e as práticas comerciais em geral também possuem aspectos negativos, razão pela qual foi necessária a criação de uma forma de controle, consubstanciada, no ordenamento jurídico brasileiro, na chamada Lei Antitruste.

Data da Constituição Federal de 1946 a preocupação com as práticas comerciais, o que se depreende da leitura de seu art. 148, *in verbis*: “A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso de poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”.

Em atenção a esse preceito constitucional, em 10/09/62 foi promulgada a Lei n. 4.137, que institui o CADE – Conselho Adminis-

trativo de Defesa Econômica, além de elencar quais atitudes constituíam ameaça à ordem econômica. Em 11/06/94, a Lei n. 8.884 regulamentou o art. 173, § 4º, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), transformou o CADE em autarquia federal, dispondo também sobre prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. É esta a Lei Antitruste, até hoje em vigor, tendo sofrido algumas alterações em virtude de medida provisória.

Tem a lei o intuito de prevenir e reprimir qualquer forma de abuso, razão pela qual durante o procedimento administrativo poderão ser tomadas medidas preventivas, bastando para tanto que haja indício ou fundado receio de que a situação em questão possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação; caso o delito já tenha sido consumado, a lei comina as devidas penalidades.

A ordem econômica no Brasil é regida pelos princípios da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa do consumidor (art. 170 da CF/88), da livre iniciativa e da repressão ao abuso do poder econômico (esses dois acrescentados ao sistema econômico pela Lei Antitruste).

Segundo CRETELLA JÚNIOR (1996, p. 5), livre iniciativa “é a possibilidade de agir, neste ou naquele sentido, sem influência externa”. Nesse aspecto, configurar-se-ia o Estado mínimo, intervindo nos casos de deficiência da iniciativa privada, ou em caso de conflitos. Teria ainda o Estado a obrigação de criar mecanismos que incentivassem a implantação do regime da livre iniciativa.

O regime da livre concorrência ou livre competição caracteriza-se por um grande número de entes atuando no mercado, com elevado número de ofertas, o que produziria a diminuição dos preços ao consumidor. Por isso é que devem ser penalmente reprimidas manobras tendentes a eliminar a concorrência, pois a eliminação da concorrência culminaria com a dominação dos mercados, concentrados em uma ou algumas sociedades.

O princípio da função social da propriedade significa que esta perdeu seu cunho unicamente individual de atender apenas aos interesses de seu titular. Segundo esse princípio, a propriedade deve atender um interesse muito maior, qual seja, o interesse público, haja vista a sua repercussão no próprio mercado.

O princípio da defesa do consumidor busca estabelecer um equilíbrio nas relações de consumo, equilíbrio esse naturalmente inexistente, uma vez que o consumidor é a parte mais frágil da relação. Por isso a criação da Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, que repreende qualquer forma de abuso, garantindo a reparação dos danos materiais e morais sofridos pelo consumidor.

CRETELLA JÚNIOR (1996, p. 13) fornece ainda o conceito de abuso de poder econômico que, segundo o mesmo, “é toda ação ou manobra do empresário ou de seu representante legal que, dominando o mercado e a concorrência, tenha por objetivo a obtenção de lucros excessivos, causando danos a outras pessoas, físicas ou jurídicas, e ao Estado”.

Entre todos os princípios acima elencados, o que merece maior destaque é a proteção à *livre concorrência*. Por isso, seguem alguns comentários específicos desse tema. Logo, em princípio, deve-se destacar que o termo *livre* não designa concorrência livre de condicionamentos jurídicos; significa, sim, que o legislador pretendeu livrar a concorrência de práticas abusivas.

Por isso é que se pode dizer que é preciso analisar criticamente o regime da concorrência no Brasil. Isso porque a concorrência “não é um valor-fim, mas um valor-meio” classificada como instituto jurídico filiado às normas do Direito Econômico. Assim sendo, torna-se instrumento de realização de uma política econômica, cujo escopo principal não é simplesmente reprimir práticas econômicas abusivas, e sim estimular todos os agentes econômicos a participarem do esforço de desenvolvimento.

Nesse contexto, para que se caracterize a concorrência, na opinião de Ferreira de Souza (cf. VAZ, 1993, p. 24), é preciso que coexistam três *identidades: de tempo* (deve tratar-se da mesma época, pois não se opõem economicamente produtores, comerciantes ou industriais de fases distantes entre si), *de objeto* (abrange os de espécie idêntica e os afins, que os substituem, embora não inteiramente iguais, nem dotados do mesmo grau de utilidade – concorrência indireta) e *de mercado* (o notável progresso e o aperfeiçoamento dos meios de transportes e de comunicações relativizaram as distâncias. Assim, os concorrentes precisam atuar no mesmo mercado, independentemente do espaço geográfico).

Além dessas, para existir concorrência entre duas empresas (no sentido de atividade), elas não podem encontrar-se em uma relação de complementaridade ou de instrumentalidade.

Raymond Barre (cf. VAZ, 1993, p. 28) estabelece algumas condições que devem ser observadas para que a concorrência seja dita perfeita. Entre essas, a principal é a “livre entrada na indústria”, que significa a possibilidade de qualquer ente ingressar no mercado em estudo, sem que encontre óbices criados pelos demais concorrentes.

Caso não se verifique a perfeita concorrência, é possível e bem provável a formação dos monopólios e/ou oligopólios, com os quais então uma ou algumas sociedades passam a ter o domínio do mercado, seja quanto à produção, seja quanto à venda, mas sempre estando em condições de alterar os preços e demais fatores que envolvem os mecanismos de mercado, deixando em dificuldades os possíveis aspirantes a concorrentes.

Em determinados momentos e locais, algumas práticas em tese prejudiciais à livre concorrência são permitidas com vistas, por exemplo, a obter economia de escala, o fortalecimento do país ou seu progresso técnico, desde que não prejudiquem o consumidor. Porém, em alguns lugares, como foi na

cidade de Gdansk (Polônia), ocorreu desequilíbrio entre o investimento e o consumo, havendo redução do poder aquisitivo da população. Pressionado, o Estado voltou à administração econômica centralizada, acabando com os tipos de mecanismos de mercado que vinham sendo implantados. A autora lembra que o Brasil é o país que tem uma das mais cruéis concentrações de renda do mundo, e justifica da seguinte maneira:

“a desigual distribuição ocorre, entre outras razões, por fenômenos concentracionistas que acabam eliminando os aspectos positivos da concorrência e os monopólios se traduzem em possibilidades de açambarcamento de bens, de acesso a posições de domínio nos planos econômico, militar, tecnológico e, conseqüentemente, de eliminação de outros partícipes no mercado”.

E assim conclui:

“(...) um país onde Estado e empresa ainda não conseguiram entender-se. O resultado desse desajuste é representado por uma das mais perversas concentrações de renda do mundo, conseqüência, sem dúvida, do desrespeito aos princípios constitucionais informadores do instituto da concorrência” (VAZ, 1993, p. 26, 51).

Gustavo Franco (VAZ, 1993, p. 224) ensina que: “há os que argumentam que as empresas precisam ser grandes e protegidas para auferirem lucros extraordinários que são necessários para financiar esforços tecnológicos, mas o ponto de vista oposto sustenta que a ausência de competição e o excesso de regulação não incentivam esses esforços. Assim, há os que defendem a desregulação e há opositores ferrenhos”.

“A *repressão ao abuso do poder econômico*, que figurava como princípio da ordem econômica e social na Constituição revogada (art. 160, inciso V), foi deslocada, na Carta vigente, para a condição de 4º parágrafo do art. 173. Isto significa que a preservação da li-

vre concorrência é mais importante na hierarquia constitucional vigente do que a repressão aos abusos do poder econômico. Trata-se, ao que tudo indica, de uma mudança qualitativa de natureza política, segundo a qual o valor jurídico representado pela *livre concorrência* se sobrepõe às normas de *repressão ao abuso do poder econômico*. Estas adquirem o sentido de instrumentos jurídicos de defesa do princípio constitucional que, na estrutura da Lei Fundamental, apresenta-se hierarquicamente mais valioso. No contexto da ordem econômica, a livre concorrência se posiciona, em comparação com o parágrafo 4º do art. 173, como em uma relação entre ‘meios’ e ‘fim’, embora este fim se localize lado a lado com os demais princípios do art. 170 e constitua também um ‘instituto jurídico’ autônomo, pela complexidade de normas que engloba” (VAZ, 1993, p. 101).

Assim, de acordo com a legislação vigente, existe o princípio (livre concorrência) e a norma (repressão ao abuso do poder econômico), sendo aquele prevalente sobre esta. Concluindo, “a livre concorrência é um *princípio* informador da atividade econômica, enquanto a repressão ao abuso do poder econômico configura um dos *instrumentos* de sua proteção” (VAZ, 1993, p. 287).

Para realizar esse controle das atividades, foram designados alguns órgãos, sendo os principais o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a Secretaria de Defesa Econômica (SDE), a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), além dos órgãos componentes do sistema de defesa do consumidor. Entre esses, destacam-se o CADE e a SDE, cujas estruturas e atribuições serão agora analisadas.

4.2. A Secretaria de Direito Econômico e suas funções

A Secretaria de Direito Econômico (SDE) é um órgão vinculado ao Ministério da Jus-

tiça, dirigida por um Secretário. Desempenha importante papel no controle das atividades comerciais, estando suas atribuições elencadas no art. 14 da Lei Antitruste. Pode-se destacar, entre as competências da SDE, promover investigações prévias à instauração de processo administrativo por infração à ordem econômica e instaurar processos relativos a essas, assim como recorrer de ofício ao CADE quando considerar que as averiguações preliminares ou o processo administrativo devem ser arquivados. Em instaurando processo, cabe-lhe remetê-lo ao CADE, para a devida deliberação, e também celebrar compromisso de cessação, subordinando-o à averiguação do CADE, e, se procedente, acompanhar seu cumprimento. Compete-lhe também sugerir os termos do compromisso de desempenho e fiscalizar sua colocação em prática, adotar medidas preventivas para cessação de infração à ordem econômica, podendo estabelecer valor de multa diária pelo descumprimento, além do prazo que deve perdurar a medida. Deve, enfim, monitorar o mercado, razão pela qual pode solicitar documentos e prestação de esclarecimentos (em sigilo, se for o caso), sempre que necessários à constatação dos indícios existentes, lembrando que, conforme o caso concreto, a Secretaria poderá determinar medidas preventivas, que levem à cessação da prática ofensiva à ordem econômica.

Merecem destaque as averiguações preliminares, que constituem procedimento sumário, de caráter inquisitório, não comportando, portanto, análise de questões de alta indagação nem amplas considerações atinentes ao mérito. Em um só caso serão dispensáveis: quando houver representação de Comissão do Congresso Nacional ou de qualquer de suas Casas.

4.3. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE): estrutura, funções, modos de atuação e otimização de resultados

Como já referido, foi criado em 1962 e transformado em autarquia federal (enten-

didada como entidade autônoma, auxiliar e descentralizada da administração pública, sujeita à fiscalização e tutela do Estado, com patrimônio constituído de recursos próprios e cujo fim é executar serviços de caráter estatal ou interessantes à coletividade, como, entre outros, caixas econômicas e institutos de previdência) pela Lei Antitruste. É composto por seis conselheiros e um Presidente, que exercem mandato, sendo nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal.

São competências do CADE as atribuições administrativas que a referida lei lhe outorga, além das outras que podem ser depreendidas por análise sistemática. Porém, nem sempre foi assim. Sob a égide do Dec. 99244/90, o CADE teve suas competências reduzidas, passando a ser órgão intermediário da então existente Secretaria Nacional de Desenvolvimento Econômico. Atualmente, essencialmente, tem o dever de zelo pela referida lei e seus dispositivos, razão pela qual seus membros devem trabalhar com a máxima celeridade e seriedade, sob pena de responsabilidade.

Nesse contexto, o art. 7º é o dispositivo mais importante, uma vez que estabelece atribuições do Plenário do CADE, entre as quais considerou-se merecer destaque: averiguar a existência de infração à ordem econômica e, em caso positivo, aplicar as devidas penas, podendo também determinar medidas para cessação de prática ofensiva; julgar os processos instaurados pela SDE e decidir os recursos de ofício de seu Secretário; firmar os termos do compromisso de desempenho e de cessação de prática nociva, determinando que a SDE acompanhe o cumprimento de ambos; comunicar aos interessados todas as suas decisões, de modo a possibilitar o contraditório; fazer o pedido de informações, em sigilo, se for o caso, e determinar diligências no sentido de bem desempenhar suas funções; contratar a realização de vistorias por profissionais, sendo que o pagamento das despesas deve ficar a cargo da sociedade que vier a ser puni-

da no processo; analisar atos ou condutas a ele submetidos nos termos do art. 54, fixando, se for o caso, compromisso de desempenho; fazer valer suas decisões, requerendo ao Poder Judiciário que sejam executadas.

Para tanto, funciona junto ao CADE uma Procuradoria, cujas principais atribuições, segundo o art. 10, são executar judicialmente as decisões do CADE; requerer, mediante autorização do Plenário do CADE, medidas que visem a eliminar infrações à ordem econômica; propor acordos judiciais, com autorização do Plenário e manifestação do Ministério Público, nos processos relativos às infrações contra a ordem econômica.

Para otimizar os resultados de sua atividade, o CADE a desempenha, desde 1996, norteado por uma estratégia que privilegia *a decisão em tempo econômico; a difusão da cultura da concorrência; a globalização da defesa da concorrência; articulação de suas atividades com as políticas públicas; a capacitação do próprio CADE e do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).*

Não se questiona que é imprescindível a celeridade na defesa da concorrência, ainda mais tendo em vista a dinamicidade das relações comerciais, razão pela qual uma pendência judicial ou administrativa pode causar grandes prejuízos. Porém, não é fácil haver agilidade quando há mais de um órgão responsável por determinado procedimento.

Assim, para que fosse possível alcançar tal resultado, algumas modificações foram introduzidas nos julgamentos. Dessa forma, casos mais simples requerem menor burocracia, além do que a audiência inicial de qualquer processo tem representantes do CADE, da SDE e da SEAE. Outra providência foi a priorização seletiva, segundo a qual devem ser julgados os atos apresentados antes da sua realização, de modo a estimular essa prática pelos entes atuantes. Por fim, sempre que possível é realizada a distribuição dos processos pela conexão temática, além da realização de mutirões para decidir vários processos de uma só vez. Além

dessas medidas, existe a pretensão, ainda não implementada, de que haja unificação de todos os órgãos que tenham por objeto, mediato ou imediato, a defesa da livre concorrência e, conseqüentemente, defesa dos direitos do consumidor.

Para possibilitar o conhecimento dessas políticas de defesa da concorrência, o CADE vem exercendo, antes de seu papel repressor, o educativo e o preventivo, por meio, por exemplo, da criação de Fórum Permanente de Políticas da Concorrência, da realização de intercâmbios, além da página na internet, hoje talvez o meio mais eficiente de comunicação do mundo.

Tendo em vista o avanço das relações internacionais, de forma globalizada, relevante também a atuação do CADE no sentido de cooperação entre países para a defesa da concorrência. Em virtude dessa preocupação, já foram firmados Acordos de Cooperação com outros países; todavia, em virtude de vários fatores, nem todos foram executados.

Embora se viva na atualidade a teoria do Estado mínimo, que deve intervir somente quando estritamente necessário, de extrema importância é também a atuação do CADE, assessorada pelas políticas públicas, com a colaboração dos órgãos de política de competitividade, de comércio exterior, de defesa comercial, entre outros.

Por fim, para que seja possível atuar com celeridade e eficiência, é preciso capacitar o elemento humano, com a celebração de convênios e oferecimento de cursos de defesa da concorrência, de modo a que os conselheiros, bem como todos os membros da Procuradoria e da Assessoria permanente do CADE, sejam suficientemente capacitados para desenvolver suas atividades.

4.4. Principais infrações à ordem econômica, sua apuração e as conseqüências de sua prática

Constam da Lei n. 8884/94 o elenco das infrações à ordem econômica, a forma como as mesmas devem ser apuradas e também as conseqüências de sua prática.

Legislação antitruste pode ser entendida como “o conjunto de regras e instituições destinadas a apurar e a reprimir as diferentes formas de abuso do poder econômico e a promover a defesa da livre concorrência” (VAZ, 1993, p. 243). Essas modalidades abusivas de uso do poder econômico podem consistir em monopólios, oligopólios, cartéis, algumas práticas concentracionistas, ainda que temporárias e meramente contratuais, desde que suscetíveis de contrariar o interesse público, de prejudicar o consumidor ou de atentar contra os princípios consagrados na Constituição para reger a conduta dos diferentes agentes econômicos.

Na Constituição de 1934, a legislação antitruste tinha um sentido teleológico, já que, conforme o art. 117, lei ordinária deveria fomentar a *economia popular* que, de modo indireto, é até hoje o bem tutelado, vez que se protege a concorrência para garantir bom preço, permitir desenvolvimento tecnológico e assegurar o abastecimento às pessoas.

Já na Constituição de 1937, legislação antitruste tinha um sentido imperativo-negativo, tendo sido instituídas penas para os delitos tipificados como crimes contra a economia popular. Nesse sentido, o art. 141 foi regulamentado pelo Dec. 869, de 18/11/38, considerado por Benjamin Shieber (cf. VAZ, 1993, p. 245) como a primeira lei antitruste brasileira.

O próximo passo nessa evolução foi a Carta de 1946, em seu art. 148. Antes de ser promulgada a Lei n. 4.137/62, que regulamentou esse dispositivo, ocorreu a promulgação das Leis 1.521/51 e 1.522/51, esta última permitindo a intervenção do governo federal para assegurar a distribuição de produtos necessários ao consumo, e aquela contendo formas de julgamento e punição para crimes e contravenções contra a economia popular. O ápice da evolução legislativa foi a promulgação da lei antitruste atual, objeto do presente estudo.

Além de serem diferentes as leis antitruste dos países do Primeiro Mundo e as dos ou-

tros países, são diferentes também as hipóteses em que elas são efetivamente aplicadas. Em alguns países, como Japão e Alemanha, foram até mesmo constituídas estruturas semelhantes ao que, no Brasil, se chama cartel, sob a denominação, respectivamente, de *zaibatsu* e *konzerne*, tendo sido os mesmos responsáveis pelo desenvolvimento industrial atingido por esses países. Ademais, esses países também praticaram protecionismo econômico e subsídios. Somente após conquistado certo desenvolvimento, de modo a possibilitar que esses países concorressem com os demais, é que foi aplicada internamente a legislação antitruste. A estrutura brasileira, porém, é completamente diferente, sendo que o Estado sempre interveio, seja no atinente às matérias-primas, seja no aproveitamento das mesmas. Assim, o Estado exerceu, desde cedo, regulamentação, controle e vigilância, ainda que não se tivesse atingido desenvolvimento econômico e industrial necessários.

Muitas são as práticas que trazem prejuízo ao mercado de um modo geral, constituindo infrações à ordem econômica. Podem ser praticadas por pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, associações ou entidades de pessoas, constituídas de fato ou de direito, com ou sem personalidade jurídica. Em caso de responsabilidade, esta poderá recair sobre a sociedade e seus dirigentes/administradores solidariamente, ressaltando que, havendo grupo econômico, de fato ou de direito, as sociedades ou entidades serão solidariamente responsáveis.

Em se combinando os arts. 20 e 54 da Lei 8.884, pode-se elencar quatro hipóteses de infrações à ordem econômica: (a) atos que possam limitar a concorrência; (b) atos que, de qualquer forma, possam prejudicar a livre concorrência; (c) atos que possam resultar na dominação de mercados relevantes de bens; (d) atos que possam resultar na dominação de mercados relevantes de serviços. Esses são os atos submetidos ao controle do CADE.

Deve-se, já aqui, ressaltar que, na apuração das infrações contra a ordem econômica, não se perquire de culpa, além do que as mesmas configuram também um delito formal que pode ser definido como “ato sob qualquer forma manifestado, que tenha por objeto ou possa produzir danos à ordem econômica, mesmo que o efeito não seja alcançado e independentemente de culpa” (CRETELLA JÚNIOR, 1996, p. 113). Aqui, atos devem ser entendidos como qualquer forma de concentração econômica, sendo esta pela forma de fusão, incorporação, grupo de sociedades ou qualquer outro instrumento concentracionista.

Tais atos devem ser submetidos ao controle *a priori*, mediante remessa anterior à sua realização, ou *a posteriori*, no prazo de 15 dias após a sua concretização. Em caso de desrespeito a esses prazos, o CADE poderá impor multa e instaurar processo administrativo. Nesta hipótese, a SEAE emitirá parecer técnico e a SDE também se manifestará, enviando o processo ao plenário do CADE para deliberação no prazo de 30 dias. Esse prazo pode ser suspenso se o CADE, a SDE ou a SEAE solicitarem esclarecimentos e documentos.

Para configuração da infração, é necessário que a conduta produza, ou possa produzir, de acordo com o citado art. 20, prejuízo à livre concorrência e/ou à livre iniciativa, limitando-as ou falseando-as, sob qualquer forma; dominação de mercado relevante de bens e/ou serviços (quando, porém, a conquista se dá em virtude de maior eficiência do agente em relação aos concorrentes, não se caracteriza o ilícito); aumento arbitrário de lucros; abuso do exercício de posição dominante (esta se configura quando uma sociedade ou um grupo delas domina parcela substancial do mercado – 20% –, estando na posição de fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de produto, serviço ou tecnologia a ele relativa).

O art. 54, porém, legitima alguns atos que, *a priori*, seriam infracionais, desde que presentes requisitos como aumento da produ-

tividade e eliminação da concorrência de forma não substancial. Por isso se diz que, na prática, no ordenamento jurídico brasileiro, não se adotou um posicionamento: condena-se ou não as infrações à livre concorrência? Afinal, muitas práticas não são reprimidas ou punidas, tendo-se em vista todas as atenuantes desse dispositivo. Isso se justifica pelo fato de que não há, ainda, conceito sólido do que é prejudicial ou não à livre concorrência.

Conceito de difícil formulação é *mercado relevante*. Segundo Del Chiaro (cf. CARVALHO, 1994, p. 12), “a qualificação em um caso concreto, de um dado mercado como relevante, constitui tarefa que precede logicamente qualquer análise de poder econômico, uma vez que toda concentração de um fenômeno de poder econômico se dá no âmbito de um mercado de bens ou serviços juridicamente individualizado”.

Shieber (cf. CARVALHO, 1994, p. 13) traz à baila jurisprudência norte-americana no sentido de que “o mercado relevante é composto de produtos que razoavelmente podem ser substituídos um pelo outro quando empregados nos fins para os quais são produzidos, levando em consideração o preço, a finalidade e a qualidade deles”.

Segundo Isabel Vaz, sob a égide da Lei 4.137/62, mercado relevante deveria ser entendido como “mercados nacionais”. Porém, evoluindo o pensamento, conclui que o mercado relevante, ainda em termos geográficos, pode ser menor que o mercado nacional, o que não exclui a possibilidade de coincidência entre ambos. Porém, para apuração das práticas anticoncorrenciais, o critério geográfico não é suficiente, vez que não podem ser excluídos os mercados locais. Assim, por mais difícil que seja a tarefa, deve ser identificado o mercado relevante de acordo com o bem ou serviço em questão, o que depende muito das atividades de que sobrevive determinada região.

O que se pode concluir nesse estudo é que o *mercado relevante* será definido, no caso concreto, mediante a situação em análise.

Neste ponto, deve-se destacar a opinião de um presidente do CADE, João Grandino, de que há um caráter decisório nos julgamentos do Plenário, principalmente em se tratando de conceitos fluidos como esse.

Como já referido, o Plenário do CADE tem competência para decidir sobre a ocorrência ou não de infração, aplicar a pena equivalente, além de apontar a providência que deve ser tomada para que o ato cesse e sejam eliminados os efeitos nocivos.

Os atos, porém, poderão ter continuidade, sob condição suspensiva, isto é, nas hipóteses permissivas do art. 54, poderão continuar a produzir efeitos, conforme os limites legais. Desrespeitados esses limites, o ato poderá ser desconstituído pelo Plenário do CADE, devendo ser reparados os eventuais prejuízos causados a terceiros.

Essas condições têm seu cumprimento assegurado, em tese, pelo chamado *compromisso de desempenho*, previsto pelo art. 58. Ele é fixado tendo em vista a competitividade do setor em questão frente ao sistema internacional, as alterações do nível de emprego, entre outros. As metas qualitativas e/ou quantitativas deverão ter prazos preestabelecidos, devendo esses ter seu cumprimento verificado pela SDE. O descumprimento do compromisso de desempenho gera a revogação da aprovação, de ofício ou por provocação da SDE, e o início de processo administrativo.

Por outro lado, poderá haver celebração de *compromisso de cessação* de prática sob investigação, o que não implica confissão quanto à matéria de fato nem reconhecimento de ilicitude da conduta praticada.

Em caso de aprovação dos atos submetidos a julgamento, deverá haver revisão, de ofício ou por provocação da SDE, em três hipóteses, a saber: quando não atingidos os benefícios/objetivos visados; em caso de descumprimento das condições; quando a decisão tiver seu fundamento em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado.

Muitas são as condutas infracionais (art. 21), merecendo destaque: fixar ou pra-

ticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou prestação de serviços; obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre os concorrentes; criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; impedir o acesso de concorrentes às fontes de insumos, matérias-primas, equipamentos de tecnologia, bem como aos canais de distribuição; 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; impor preços excessivos ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço (para análise dessa hipótese, devem-se levar em consideração a situação econômica e mercadológica do momento, o custo dos insumos, a ocorrência ou não de melhorias qualitativas no produto ou serviço, o preço anteriormente praticado – desde que não tiverem ocorrido mudanças substanciais no produto –, o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis, a existência de reajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço do bem ou serviço ou dos respectivos custos).

Caracterizada a infração, e mediante devido processo legal, com direito ao contraditório e à ampla defesa, compete ao Plenário do CADE determinar quais as penalidades a serem impostas à sociedade em questão.

Entre as penalidades, as mais usuais são a multa (os valores arrecadados reverterem em proveito do fundo prescrito no art. 13 da Lei 7.347/85, destinando-se à reconstrução dos bens lesados, conforme o art. 84 da Lei 8.884/94), para a sociedade ou para o administrador, direta ou indiretamente responsável; a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consu-

midor; a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

Deve ficar claro que o contraditório não se estabelece entre representante e representado, mas sim entre o Poder Público, na defesa dos direitos da coletividade, e o representado, ou seja, o agente econômico cuja eventual prática abusiva é objeto de apuração.

Para conferir efetividade às decisões do Plenário do CADE, a Lei Antitruste disciplina sua execução judicial. Deve-se ressaltar que a decisão que comine multa ou imponha obrigação de fazer ou não fazer constitui título executivo extrajudicial, passível, na maioria dos casos, de tutela específica; não sendo possível, haverá conversão em perdas e danos, sem prejuízo das multas. Outra medida mais drástica, porém permitida pela lei, é a intervenção na sociedade, sempre que tal se fizer necessário para cumprimento de execução específica.

O procedimento administrativo deverá obedecer a todos os princípios a que se submete a Administração Pública, que constituem garantia do cidadão e, portanto, são inafastáveis. São esses princípios todos os constantes do art. 37, *caput*, da CF/88, além dos decorrentes do sistema constitucional, e os que regem o Estado de Direito, destacando-se os princípios da motivação das decisões, da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da boa-fé, da oficialidade (o impulsionamento do processo cabe à Administração) e da verdade material.

Qualquer que seja a penalidade a ser imposta, deverão ser levados em consideração fatores como a gravidade da infração, a intenção do infrator, a vantagem auferida ou pretendida por este, a consumação ou não da infração, a reincidência.

Sempre que houver a continuidade de atos ou situações que configurem infração da ordem econômica, ainda que posteriormente à decisão condenatória do CADE, pode haver a imposição de sanções. Geral-

mente, nesses casos a sanção é a pena de multa para cada dia de descumprimento das decisões do CADE, seja ela o compromisso de desempenho, o de cessação, a aplicação de medida preventiva ou a decisão em última instância. Deve-se ressaltar que o valor dessa multa pode ser aumentado em virtude da situação econômica do infrator e da gravidade da infração.

A prescrição, para esse tipo de infração, ocorre em cinco anos, contados da prática do ilícito ou do dia da cessação (em caso de infração permanente ou continuada). Interrompe-se por qualquer ato administrativo ou judicial com objetivo de apurar a infração; suspende-se durante o compromisso de desempenho ou de cessação.

Como tentativa de assegurar o direito dos prejudicados pelas práticas reprováveis, a Lei Antitruste, em seu art. 29, prevê a possibilidade de os prejudicados, por si ou pelos legitimados no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, ingressarem em juízo, independentemente de processo administrativo (que não será suspenso pelo ajuizamento da ação), para pleitear a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, além de requerer a satisfação de eventuais prejuízos já sofridos (perdas e danos).

Segue uma síntese do caminho a ser percorrido até chegar à fase de condenação do infrator:

a) A SDE promoverá averiguações preliminares, de ofício ou mediante provocação (desde que fundamentada) de qualquer interessado. Essas averiguações constituem pedidos de informações e esclarecimentos, não devendo ser divulgadas, uma vez que ainda não houve instauração de processo administrativo que, esse sim, é público. Esse primeiro ato deverá ser concluído em 60 dias e, conforme seu resultado, o Secretário da SDE determinará instauração do processo administrativo ou seu arquivamento, recorrendo, neste último caso, de ofício ao CADE. Esse prazo deve ser cumprido sempre que possível, uma vez que o ordenamento pri-

ma pela celeridade, sob pena de responsabilidade do Secretário da SDE.

b) Nos casos de parecer da SDE favorável à instauração, de conhecimento do fato ou de representação, o processo terá seu início em prazo não superior a 8 dias. Como garantia do exercício do direito de defesa, o representado será comunicado da instauração do processo, para apresentar defesa no prazo de 15 dias. Não o fazendo, será considerado revel, o que implica confissão quanto à matéria de fato, correndo os demais prazos independentemente de intimação. Porém, a qualquer momento, poder-se-á manifestar, proibindo-se somente a repetição de atos já praticados sem a intervenção do mesmo.

c) Em qualquer momento, desde que antes do encerramento da instrução processual, a Secretaria de Acompanhamento Econômico poderá emitir parecer sobre as matérias que lhe digam respeito.

d) Recebido o processo, o Presidente do CADE abre vistas à procuradoria, por 20 dias, para parecer conclusivo sobre questões de fato e de direito. O conselheiro-relator poderá solicitar diligências complementares, novas informações, produção de novas provas (facultado às partes), sempre que considerar insuficientes os elementos dos autos.

e) A decisão do CADE deverá ser fundamentada e conterá a descrição da infração, as providências a serem tomadas para cessação da mesma, prazo para seu início e conclusão, a multa imposta e a multa diária para caso de descumprimento das condições e/ou continuidade da infração. A SDE fica com a incumbência de fiscalizar o cumprimento das condições. Deve-se ressaltar que a demora sem justificativa no correr do processo administrativo pode implicar responsabilidade para os membros do CADE.

f) Durante o processo administrativo, o Secretário da SDE ou o conselheiro-relator do CADE poderão adotar, de ofício ou por provocação, medida preventiva, em havendo indício ou fundado receio de que possa haver lesão irreparável ou de difícil repara-

ção ou que torne ineficaz o resultado do processo. A medida preventiva determinará a cessação da prática e, se possível, a volta ao *status quo ante*, e a fixação de multa diária. Dessa decisão caberá recurso voluntário, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 dias, ao Plenário do CADE.

4.5. Controle e cartel

Por ser prática ilícita e, conseqüentemente, não tolerada pelo ordenamento jurídico e pela sociedade como um todo, é necessário que haja repressão à formação dos cartéis.

No caso de formação de cartéis, para bem utilizarmos o termo *controle*, mister que se esteja referindo à modalidade de controle *a posteriori*, uma vez que não pode haver uma avaliação prévia para permissão ou não de uma prática terminantemente proibida pelo ordenamento.

Talvez em face desse caráter é que a prática do cartel seja capaz de gerar grandes e tantos prejuízos, uma vez que, quando se chega a detectá-lo, é porque o mesmo já existe.

Isso não significa, porém, a inexistência de punição. De ofício ou por representação de interessado, poderá ser aberta investigação preliminar, pela SDE e, a partir daí, serão seguidos todos os passos já delineados no presente.

Atualmente, para combate aos cartéis, tem sido feita opção pelo ajuizamento de ação civil pública, antes mesmo do procedimento do CADE, vez que as decisões judiciais, geralmente, têm sido mais rápidas e eficazes.

5. Da proteção do consumidor como efeito da política de defesa da concorrência

5.1. Generalidades

Com as novas necessidades geradas pela Revolução Industrial, o consumidor passou a ser hipossuficiente. Como bem disserta FILOMENO (1998, p. 107), “a sociedade in-

dustrial engendrou uma nova concepção de relações contratuais que têm em conta a desigualdade de fato entre os contratantes”.

A Revolução Industrial criou a massificação em todos os setores. A produção em série cria riscos coletivos, que são também os riscos do desenvolvimento.

Dessa forma, o legislador procurou proteger os mais fracos, devendo os contratantes se curvar diante do que os juristas modernos chamam de *ordem pública econômica*.

Nesse sentido é que foi elaborado o Código de Proteção e Defesa do Consumidor brasileiro (CDC), que não é um código de consumo, mas *do consumidor*; logo, centrado no sujeito de direitos, e isso faz muita diferença, sendo seu objetivo o respeito pela pessoa humana. Os direitos do consumidor são direitos fundamentais da pessoa humana. O direito de acesso ao consumo é o primeiro deles.

A Lei 8.078/90 (CDC) foi o diploma legal que trouxe grandes transformações para a defesa do consumidor brasileiro. Pode-se ressaltar sua importância quando se observa seu impacto sobre o mercado, que sentiu a forte influência dessa regulamentação consumerista sobre seus mecanismos fundamentais.

E, desde sua vigência, o CDC solidificou-se como um balizador fundamental das relações de mercado e de consumo, devendo-se reconhecer sua influência sobre a dinâmica de mercado.

Mas, mais do que inovações legislativas, um correto entendimento da evolução da defesa do consumidor deve ser buscado nas transformações surgidas de uma sociedade de massa, nas radicais transformações das relações contratuais que servem de base para uma economia de mercado e no crescente papel intervencionista do Estado. Em assim sendo, a disciplina legal das relações de consumo surge, exatamente, da necessidade de o ordenamento jurídico dar respostas à sociedade de massa. A sociedade de consumo é marcada pela impessoalidade das relações, pela pulverização das responsa-

bilidades e pela vulnerabilidade do consumidor.

Com isso, surgem novas pautas de preocupações e reivindicações de natureza essencialmente coletivas.

“A princípio, o mercado, através de seus mecanismos naturais, fundados em processos de seletividade, deveria resguardar os interesses dos consumidores, colocados na extremidade da cadeia de produção. Nessa perspectiva, a liberdade de opção se encarregaria de segregar do mercado o mau produto ou o fornecedor inidôneo. A princípio ‘todos podem produzir e consumir livremente, já que o mercado é aberto a todos’, sobrevivendo nele aqueles que produzissem os melhores produtos e os vendesse sob as melhores condições. Entretanto, este ideal de liberdade de mercado foi progressivamente corroído por obstáculos técnicos e econômicos, que obstaram a livre concorrência e a mobilidade social necessária para o funcionamento do sistema. O resultado foi um processo crescente de estratificação social e de formação de oligopólios e cartéis na economia. O entendimento desta corrosão dos vários mecanismos fundamentais do mercado é essencial para se entender o papel do direito do consumidor na sociedade moderna. (...) A noção de mercado, assim, em nenhum momento é oposta à de Estado, que sempre ocupou em relação àquele o papel de disciplinador de suas relações fundamentais. (...)

É preciso entender que a disciplina das relações de consumo, muito embora constitua uma intervenção estatal no âmbito da economia, não limita a estrutura concorrencial do mercado. Ao contrário, possibilita um reequilíbrio das relações contratuais. (...) A intervenção estatal em defesa do consumidor possibilita um acirramen-

to da atividade concorrencial, uma vez que permite a formação da demanda de maneira mais qualitativa, aprofundando a dinâmica da concorrência e garantindo uma maior seletividade no mercado. A disciplina das relações de consumo deveria atuar, assim, como um balizamento do espaço do mercado, favorecendo a criação de um espaço de mercado verdadeiramente concorrencial, cujo funcionamento deve estar direcionado para o destinatário final do sistema, o consumidor (...)

Sem dúvida, esta influência sobre os mecanismos de regulação do mercado não exclui a necessidade de uma normatização da estrutura concorrencial em um plano horizontal (fornecedor/fornecedor), com uma legislação antitruste eficiente. De qualquer forma, o direito do consumidor se mostra, ao lado das normas de defesa da livre concorrência, um dos grandes balizamentos legais do mercado” (SALLES, 1996, p. 85-96).

5.2. Da defesa da concorrência e do consumidor

Tanto a defesa do consumidor quanto a defesa da livre concorrência são elevadas a princípios gerais da atividade econômica pelo art. 170 da CF/88.

Um dos diplomas legais que objetivam fazer valer ambos os princípios é a Lei n. 8.884/94.

Entre os efeitos dessa lei, um dos mais importantes sem dúvida é a defesa do consumidor. Logo em seu art. 1º, *caput*, prevê expressamente que essa lei é orientada pelos ditames constitucionais da livre concorrência e defesa dos consumidores, entre outros. Há inclusive aqueles que defendem que a defesa da concorrência só faz sentido se focalizar o direito do consumidor, entendendo que a defesa da competitividade/concorrência não é valor absoluto no Brasil, mas subordinada à defesa do consumidor. As-

sim, pode-se dizer que a eficácia da lei antitruste reflete de imediato suas conseqüências nas relações de consumo. A livre concorrência, a devida informação e o repúdio aos monopólios atuam diretamente na vida de todos os consumidores.

A defesa da competitividade não é valor absoluto no Brasil, mas subordinada à defesa do consumidor. Isso porque, conforme visto *supra*, o regime da livre concorrência ou livre competição caracteriza-se por um grande número de entes atuando no mercado, com elevado número de ofertas, o que produziria uma maior e melhor oferta de preços ao consumidor. Daí a necessidade de repressão às manobras tendentes a eliminar a concorrência.

MARQUES (1995, p. 265, 282) defende que a proteção dos consumidores deve ser a garantia contra todas as manifestações abusivas do desequilíbrio econômico, técnico e fático que caracteriza as relações entre estes e os fornecedores. As modalidades abusivas de uso do poder econômico podem consistir em monopólios, oligopólios, cartéis ou outras práticas concentracionistas, ainda que temporárias e meramente contratuais, desde que suscetíveis de contrariar o interesse público, de prejudicar o consumidor ou de atentar contra os princípios da Constituição Federal para reger a conduta dos diferentes agentes econômicos.

As manifestações abusivas do ente econômico, que podem ser caracterizadas em alguns casos de concentração empresarial, podem-se originar da ofensa ao direito de escolha ou da ofensa ao direito de informação dos consumidores.

A liberdade de escolha de produtos e serviços consiste no direito que o consumidor tem de escolher o produto ou serviço que achar melhor. É um direito básico do consumidor o direito à escolha. Como ensina NASCIMENTO (1991, p. 27), os direitos básicos nas relações de consumo “são aqueles subjetivados na pessoa do consumidor e indicados no art. 6º da lei protetiva pertinente. Significam tutela à saúde, à vida e à

segurança do consumidor relativamente a (...) procedimentos comerciais coercitivos ou desleais, a práticas e cláusulas abusivas inseridas nos contratos etc.". É necessário que sejam disponibilizadas todas as informações pertinentes, justamente para o consumidor ter assegurado seu direito à escolha.

O CDC em seus arts. 31 e 37 traça o direito à informação clara, veraz. É partindo-se desse pressuposto que se pode realmente exercer o direito básico à escolha, que passa pelo direito à educação. Como bem explana FILOMENO (1998, p. 114-115), "a educação de que cuida o inciso II do art. 6º do CDC deve ser aqui encarada sob dois aspectos: a *educação formal*, a ser dada nos diversos cursos desde o primeiro grau de escolas públicas ou privadas; a *educação informal*, de responsabilidade desde logo dos próprios fornecedores (...), procurando bem *informar* o consumidor acerca das características dos produtos e serviços (...). Cabe igual responsabilidade aos *órgãos públicos* de proteção e defesa dos consumidores bem como às *entidades privadas* (...)". E finaliza de forma brilhante: "Referido trabalho educativo (...) para que se garanta ao consumidor *liberdade de escolha* e a almejada *igualdade de contratação*, informando-se previamente das condições contratuais, e não ser surpreendido posteriormente com alguma cláusula abusiva". E enfatiza: "Trata-se, repita-se, do dever de *informar* bem o público consumidor sobre todas as características importantes de produtos e serviços, para que aquele possa adquirir produtos, ou contratar serviços, sabendo exatamente o que poderá esperar deles".

E esse direito à escolha só será bem exercido se o dever de informação do fornecedor for bem cumprido.

Assim, se há concorrência, há direito à escolha, mas não necessariamente direito à informação.

Por outro lado, eliminada a concorrência, fere-se diretamente o direito básico à escolha dos consumidores.

Em determinados momentos e locais, algumas práticas que em tese prejudicam a livre concorrência são permitidas com vistas, por exemplo, a obter o fortalecimento do país ou seu progresso técnico, desde que não prejudiquem o consumidor.

Assim, desde que seja dificultada ou impossibilitada ao consumidor a contratação com certo sujeito, devido à ordem do mercado ter sido imposta ou controlada por um grupo econômico, ocorre uma evidente ofensa ao seu direito de contratar, pois, dado esse controle do mercado, não existe ou é ineficaz a liberdade. E o princípio da liberdade de escolha do consumidor resta, de forma patente, prejudicado.

Há ainda que se destacar o sistema de proteção do consumidor, sendo que o próprio CDC faz referência a ele. Denise Baumann (cf. FILOMENO, 1998, p. 109) pondera que o chamado 'direito do consumidor' é "um conjunto de normas difusas, de origem um tanto diversificada, de textos especiais recentes ou de textos antigos, (...) de construções jurisprudenciais e de análises doutrinárias, e que se referem, de quando em quando, ao direito civil, ao direito comercial e ao direito penal".

E NERY JÚNIOR (1998, p. 430) finaliza:

"O 'sistema' de proteção ao consumidor encerra conceito mais amplo do que o de um 'código' de proteção do consumidor. Incluem-se no 'sistema de proteção ao consumidor' as disposições legais de proteção do consumidor em sentido estrito, bem como as relativas à proteção *indireta* do consumidor, como as leis de combate à concorrência desleal e leis antitruste".

Concluindo sobre a importância da defesa da concorrência:

"Assim, em uma economia de mercado – como ainda pretende ser a nossa, porquanto ainda não o é –, é fundamental que exista a livre concorrência entre empresas, já que é por seu intermédio que se obtém a melhoria da qualidade dos produtos e serviços,

o desenvolvimento tecnológico na fabricação e melhores opções ao consumidor ou usuário final” (FILOMENO, 1998, p. 69).

Pode-se destacar, a título ilustrativo, as conclusões do “Simpósio sobre lei antitruste e direitos do consumidor” (realizado de 21 a 23/09/94, Porto Alegre-RS). No painel sobre a lei antitruste como instrumento para a defesa do consumidor, ficou comprovada a estreita ligação entre os dois temas tratados e a existência de uma série de objetivos comuns: a defesa do mercado e da concorrência, como instrumento para um mercado transparente e saudável, e a defesa do consumidor e de um mercado harmônico e leal como objetivo maior do CDC.

6. Cartel: conceito, critérios para sua verificação, implicações para o mercado, competência do CADE

A repressão ao abuso do poder econômico é uma norma programática, isto é, estabelece metas que devem ser cumpridas para alcance de determinado fim. No caso, o objetivo maior é o equilíbrio do mercado como um todo, no intuito de proteger os consumidores, bem como as entidades que sobrevivem de práticas comerciais, sempre partindo do pressuposto da manutenção da livre concorrência. Para que isso se torne real, o Estado age como um mandatário da sociedade, tendo como papel restaurar a ordem jurídica violada no caso concreto, ou ainda tomar medidas preventivas para que o prejuízo não ocorra.

Nesse quadro, a formação de cartéis talvez seja a prática mais ofensiva, mesmo porque geralmente é acompanhada e/ou precedida de práticas de *dumping* e várias outras formas de extermínio da concorrência.

A noção de *dumping*, como ensina VAZ (1993, p. 313), transposta para o âmbito do mercado interno, foi delineada em julgamentos do CADE:

“*dumping* é a temporária e artificial redução de preços para oferta de bens

ou serviços por preços abaixo daqueles vigentes no mercado, provocando oscilação em detrimento de concorrente, e subsequente elevação, no exercício de especulação abusiva. Assim, o mero aliciamento de clientela de competidor mediante oferecimento de preços menores que os daquele não basta, por si só, à configuração do ilícito”.

O Cartel pode ser definido como uma política de preços, cujas regras são ditadas por uma ou mais sociedades que tenham domínio suficiente do mercado, o que significa dizer que podem-se manter e, além do mais, estão em condições de obrigar as demais sociedades, sob pena de as mesmas serem “naturalmente” excluídas do mercado. Porém, nem sempre foi assim. Isabel Vaz ensina que, em alguns locais e épocas, as sociedades passaram a se associar com outras do mesmo nível – na defesa contra o aviltamento dos preços em horas de crises agudas ou para subtraírem a concorrência danosa, aumentando, assim, seus lucros. Dessa prática é que depois surgiu o cartel, com um caráter pejorativo, significando o acordo entre sociedades para disciplinar a concorrência, por várias formas, evoluindo, em muitos casos, para a própria defesa econômica das empresas (atividade) símeles, por meio da constituição de órgãos centralizadores incumbidos da aquisição de matérias-primas, ou da venda dos produtos, ou da distribuição territorial das zonas de atuação.

A legislação atinente a essa prática anticoncorrencial hoje é, no Brasil, basicamente, a Lei Antitruste, já exaustivamente comentada. Porém, essa matéria mereceu atenção do legislador bem antes de 1994. Em 1951, fora editada a Lei n. 1.521, que tipifica como crime contra a economia popular o “ajuste de preços entre concorrentes com a finalidade de manipular o mercado”. Tal vulto tomou a matéria que, em 1988, a mesma foi erigida ao cânone constitucional, como se depreende do art. 170, IV, da Constituição Federal em vigor, e que reflete a po-

sição dominante nas principais constituições contemporâneas, qual seja, a repressão às práticas que possam gerar domínio do mercado, com eliminação da concorrência, por meio de ajuste de preços. Como complemento, tem-se ainda a Lei n. 8.137/90, que, em seu art. 4º, dispõe:

“Art. 4º – Constitui crime contra a Ordem Econômica:

(...)

III – discriminar preços de bens ou prestação de serviços por ajustes ou acordo de grupo econômico, com o fim de estabelecer monopólio ou de eliminar total ou parcialmente a concorrência.

Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos ou multa”.

Essa prática de uniformização de preços é antiga e partiu, principalmente, de grandes organizações internacionais, tomando grande vulto o cartel de energia elétrica, ou o de petróleo, por exemplo. Nesse contexto, foram realizadas algumas pesquisas que demonstraram a existência de contratos restritivos, monopolizando tecnologia e mercados em escala mundial, o que determinou a divisão dos países em desenvolvidos e subdesenvolvidos. Destacam-se os contratos particulares, estabelecidos pelas grandes corporações privadas, observados princípios de boa administração empresarial, visando à maximização de lucros. Grandes são as conseqüências, principalmente para os países subdesenvolvidos, que vêm ainda menor o espaço em que podem atuar segundo seus próprios critérios e visão de mercado, vez que passam a agir conforme regras ditadas por outrem. Nesse passo, pode-se citar a redução da participação da indústria nacional no ramo de energia elétrica, em virtude do cartel internacional que comanda esse setor: em 1964, a indústria nacional participava em 60%, percentual reduzido para 8,7% em 1972, quando as importações implodiram, subindo de US\$ 67.016.696 para mais de US\$ 1.355.581.984, em 1974 (cf. MIROW, 1978, p. 59). Em nível

internacional, os cartéis chegam a um grau tão elevado de organização que há até mesmo a regulamentação de sua estrutura e funcionamento. Como exemplo, Mirow cita os artigos abaixo, extraídos do Regulamento de um dos grandes cartéis internacionais:

“Artigo 24 – os preços finais de venda decididos em reunião deverão incluir 2% para a constituição, pelo componente que receber a encomenda, de uma ‘reserva para combate’.

Artigo 50 – caso algum componente deixe de participar neste programa, ele será sistematicamente combatido pelas demais que alternar-se-ão no combate.

Parágrafo único – para os efeitos deste artigo, os componentes utilizar-se-ão da reserva estabelecida no artigo 24”.

No âmbito interno, enormes são os reflexos também e variam de acordo com o tamanho do mercado, bem como com a importância do produto ou serviço atingido. Quando estabelecido, o cartel obriga o concorrente ou a agir conforme suas regras, ou a lançar mão de estratégias mais do que eficientes, de modo a aumentar sua participação no mercado. Desse modo, com a redução de custo e a hábil política de preços, transferindo ao consumidor a economia de escala obtida, impede o surgimento de concorrentes novos, estabelecendo o domínio sobre o mercado. Quando alcançada a posição dominante, não mais haverá concorrente hábil a afetar lucros e preços.

Há quem defenda a utilidade do cartel, argumentando que o consumidor seria melhor servido por monopólios bem estabelecidos, utilizando toda a potencialidade de curvas de experiência acumulada. E defendem que leis antitrustes deverão ser revogadas, pois custam milhões ao consumidor, perpetuando a ineficiência. E que os preços poderiam ser melhores, os salários mais elevados, a produção substancialmente aumentada por concentração industrial. Por fim, que somente os grupos monopolistas

possuem margem de segurança bastante em suas operações industriais para poderem-se dar ao luxo de promover o bem social.

Como referido anteriormente, a formação de cartel é precedida de outras práticas. Entre essas, destaca-se o monopólio de tecnologias, sistema de licenciamentos mútuos (chamado *cross-licensing*), o que permite o fechamento em um só grupo, sendo os prejuízos repassados ao consumidor, por exemplo, e os benefícios repartidos entre os membros do grupo. Além dessa, pode-se citar também a aquisição de sociedades menores, o boicote e o *dumping*, que são utilizados, principalmente, quando o concorrente está chegando ao mercado, o que o faz sucumbir já de início, posto que passa a acreditar em sua incapacidade gerencial. Há, ainda, uma prática para manutenção do cartel, que são os chamados *compensation payments* (pagamentos de compensação): isso significa que os preços praticados incluem uma parcela variável a ser paga a um fundo de compensação destinado a indenizar os custos de propostas fictícias, por exemplo.

A competência para averiguação é do Ministério da Justiça, que o faz por intermédio do CADE, que tem competências indeclináveis e indelegáveis, sendo auxiliado pela SDE (que instaura os processos a serem por ele julgados) e pela SEAE (vinculada ao Ministério da Fazenda).

Benjamin Shieber, citado por Carlos Eduardo Vieira de CARVALHO, tece o seguinte comentário:

“os benefícios econômicos que se esperam da concorrência podem ser encarados sob vários aspectos. Primeiro, o aspecto que visa os interesses do consumidor, que goza, sob um regime em que prevalece a concorrência, de melhor qualidade, menor preço e um grande número de produtos entre os quais possa escolher. Segundo, o aspecto que visa os interesses das empresas concorrentes, da liberdade de dedicar-se a um ramo de negócios e

de crescer pelo mérito de seus atributos, sem sofrer entraves pelas ações conjuntas das empresas que já fazem parte do mercado ou pelas atividades de empresas dominantes. Finalmente, o aspecto que visa ao interesse da nação de um parque industrial moderno que o fortalece e assegura ao povo os produtos que melhoram sua vida cotidiana”.

Como já referido, na averiguação das práticas anticoncorrenciais, entre elas a formação de cartel, deve-se levar em consideração não os fatos isolados, mas todo o contexto. Isso consubstancia a *regra da razão*, que prega a necessidade de um levantamento da conjuntura econômica em que se celebrou o reajuste ou acordo para restringir a concorrência, bem como da conjuntura posterior à efetivação do acordo, para verificar as mudanças e os efeitos acarretados pelo mesmo. Assim, no dizer de CARVALHO (1994, p. 16),

“haverá, portanto, situações em que a autoridade investigadora não veja configurado, na conduta, objeto anticoncorrencial. Deverá, então, averiguar os efeitos que tal conduta teria causado ou poderia causar no mercado, não se podendo deixar de considerar que o agente econômico, além de objetivar sua eficiência, deverá, ainda, preocupar-se com eventuais impactos de uma medida adotada e com a eficiência do mercado”.

Assim, a defesa da concorrência deverá sempre obedecer a regra da razoabilidade, vez que, no dizer de VAZ (1993, p. 5), “interesses comuns, de natureza econômica e outras, buscam as formas jurídicas como meio de institucionalizar a aproximação dos povos, de conquistar novos mercados, fortalecer as economias mais débeis e, também, como estratégia para assegurar a manutenção de posições já conquistadas”.

Na investigação das práticas anticoncorrenciais (entre elas o cartel), alguns passos devem ser trilhados, sendo os principais:

a) avaliação da concorrência atual e futura;

b) comportamento anterior dos entes;

c) número, tamanho e fatias do mercado dos concorrentes. Se o mercado é dominado por poucas sociedades, as mesmas provavelmente recorrerão a condutas paralelas ou resultantes de conluio;

d) situação do comércio internacional e abertura do mercado;

e) natureza da concorrência. A concorrência entre sociedades pode assumir diversas formas, e nem sempre é baseada no preço. Ao avaliar o nível de concorrência dos preços, pode ser importante considerar como os preços são determinados: se foram baseados em lista de preço publicada, ou negociados individualmente; se é importante a prática do desconto e, em caso afirmativo, sobre que base são oferecidos tais descontos. Além dos preços, a concorrência pode ainda ser baseada na qualidade do produto, no serviço prestado após a venda, no desenvolvimento de novos produtos ou no estabelecimento de critérios de fidelidade à marca;

f) força financeira relativa das sociedades em questão;

g) ritmo de crescimento do mercado. De várias maneiras, isso pode produzir impacto. Mercados declinantes ou de lento crescimento podem não oferecer atrativos aos que poderiam entrar, mas as sociedades já estabelecidas não têm necessidade de concorrer; num mercado em rápida expansão, uma sociedade pode expandir meramente pelo esforço de acompanhar o resto da indústria. Em mercados de lenta expansão, as sociedades existentes provavelmente reagirão vigorosamente aos novos concorrentes, uma vez que o crescimento lento do mercado reduz a capacidade desses novos participantes de serem absorvidos no mercado;

h) análise da relação custo/benefício para a sociedade em aderir ou não a determinada prática anticoncorrencial;

i) avaliação da amplitude do mercado, com conseqüente avaliação do tanto que as

atividades comerciais de uma sociedade são ou serão limitadas pelas decisões tomadas por outros compradores e vendedores do mercado em que está competindo.

Mais especificamente, nos casos de averiguação da formação de cartéis, existem alguns critérios objetivos, indispensáveis à sua caracterização, a saber:

a) uniformidade de preços praticados;

b) uniformidade de percentuais de reajustes praticados;

c) diversidade ou equivalência dos custos de produção;

d) procedimentos comerciais uniformes;

e) notícia entre os membros do possível cartel do ajuste prévio.

Essas características devem ser analisadas tendo como base a situação do mercado no momento da averiguação, mesmo porque não mais existe o tabelamento de preços para praticamente todos os produtos, o que permite a existência de grandes variações. Deve-se levar em consideração também que há uma forte tendência dos fornecedores em evitar a concorrência, de modo a não perder espaço no mercado.

Todos esses fatores são importantes porque, atualmente, a simples existência de paralelismo não é suficiente para caracterização de ação concertada. Nesse ponto, Cabanellas (cf. CARVALHO, 1994, p. 12) traz à baila jurisprudência da Suprema Corte americana, a respeito do caso *Pevely Dairy Co. versus United States*, em que se comprovou que a simultaneidade e o paralelismo das alterações de preços realizadas por duas sociedades do setor de industrialização de leite decorreram do fato de se tratar de um produto homogêneo, cujos custos se compunham, fundamentalmente, de matéria-prima com preço regulado pelo Estado e de salários resultantes de negociações coletivas com o mesmo sindicato, além de ocorrer uma estrutura geral de custos basicamente semelhante.

Assim, pode-se concluir que uma sociedade exercerá posição dominante, dispondo de poder de mercado, sempre que pos-

suir aptidão para fixar preços acima dos níveis que prevaleceriam no mercado competitivo. Por isso é que, quando a Lei Antitruste, em seu art. 21, elenca como conduta indiciária de abuso a criação de dificuldades ao funcionamento de concorrentes, está-se referindo apenas às condutas que tenham por objeto ou produzam o efeito de dominar o mercado, de prejudicar a livre concorrência, e não às que dizem respeito, exclusivamente, a interesses individualizados das sociedades envolvidas, sem repercussão no mercado relevante, configurando um conflito de natureza privada, cuja solução deverá ser pleiteada junto ao Poder Judiciário, eis que nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser subtraída à apreciação desse Poder, não dispondo o CADE de competência para conhecer e decidir casos como tais.

Por fim, tentou-se fazer a ligação entre a prática do cartel e o fenômeno concentracionista. A doutrina é incipiente e os poucos autores preferem não tomar partido, caracterizando o cartel apenas como uma política ilícita, que visa à uniformização dos preços.

É mais fácil visualizar o cartel como consequência de uma prática concentracionista. Como já referido, o mesmo pode ser precedido de várias práticas como o *dumping*, mas também de fusões, incorporações ou outras. Neste caso, as sociedades já são dominadoras em potencial e apenas consolidam sua posição determinando a variação dos preços e, conseqüentemente, eliminando grande parte da concorrência.

Por outro lado, o cartel pode ser também um meio para alguma prática concentracionista. Aqui, ocorre o fenômeno inverso ao descrito anteriormente: pequenas sociedades se unem para a prática uniforme de preços e, dentro do grupo, algumas se destacam, uma vez que os preços praticados são iguais, porém as condições de exercício da atividade não, bem como os custos; assim, uma sociedade poderá ter lucro maior ou menor que outra. Dessa maneira, adquirindo posição dominante no grupo, a socieda-

de poderá adquirir, fundir-se ou associar-se a outras, consolidando sua posição dominante.

Essas são as conclusões deste estudo. É notório que o Direito é um ramo que permite que se chegue a conclusões diferentes, não se podendo afirmar que algo está terminantemente certo ou errado e imutável. *Portanto, permanece a discussão quanto a ser o cartel meio ou consequência do fenômeno concentracionista.*

7. Análise da ação civil pública relativa à cartelização dos postos de combustíveis de Salvador-BA

Trata-se de ação civil pública, proposta pelo Ministério Público, que contém obrigação de fazer e pedido liminar, fundamentada nos seguintes dispositivos legais: arts. 20 e 21, Lei 8.884/94; art. 5º, Lei 7.347/85; arts. 81, 82, 91 e 92, Lei 8.078/90; arts. 127, 129 e 170, IV e V, Constituição Federal de 1988, instaurada em desfavor de cento e vinte sete postos de combustíveis na cidade de Salvador.

Deu-se como consequência de inquérito civil aberto em atenção ao clamor do público, atemorizado com a elevação dos preços de combustíveis e a falta de opção quanto aos mesmos, uma vez que praticados uniformemente por mais de 90% dos entes atuantes nesse mercado. O inquérito foi instaurado por provocação do representante do então existente Departamento Nacional de Combustíveis (Secretaria Regional, vinculada ao Ministério das Minas e Energia).

O fato mais marcante, que chamou atenção do público em geral, foi o aumento dos preços entre 12 e 13 de julho de 1998, com reajuste de 7,7%, havendo também orientação sindical, amplamente divulgada, para que todos praticassem o mesmo preço reajustado, embora não tivesse ocorrido aumento de custos motivador de tal atitude.

Na seara penal, ocorreu a *notitia criminis*, com base no art. 4º da lei dos crimes econômicos (Lei 8.137/90). Com base em diligências preliminares, obtidas via ofícios

enviados à SDE, ao CADE e à Agência Nacional do Petróleo (ANP), foi caracterizado também ilícito civil.

O objetivo de todas essas providências era viabilizar a atuação do Ministério Público, que tinha a incumbência de demonstrar a formação de cartel. Para tanto, solicitou-se às Distribuidoras de Combustível atuantes no Estado (Esso, Texaco, Ipiranga, Petrobrás e Shell) uma relação com os preços de revenda de álcool e gasolina, praticados em junho, julho e agosto de 1998. Isso porque pretendia-se fazer uma contraposição entre o preço de compra pelos postos e o preço destes ao consumidor.

Nessa investigação, constatou-se que as distribuidoras prestaram informações que divergiam das constantes das notas fiscais recolhidas. Contrapondo-se a média obtida aos preços praticados em 1996, quando ainda havia o tabelamento, chegou-se a conclusão de que os postos estavam lucrando 600% sobre o álcool e 540% sobre a gasolina, o que foi considerado absurda concentração de renda, em um período de estabilidade para o funcionalismo público e privado.

Para apurar a combinação de preços, o Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça do Consumidor (CEACON) solicitou uma reunião com representantes da ANP, da Delegacia de Crimes Econômicos e da Secretaria de Fazenda do Estado, quando então foram solicitadas as notas fiscais de compras já referidas, cuja análise só veio corroborar a hipótese já levantada: não houve aumento de custos que pudesse justificar o aumento do preço dos combustíveis.

Apresentadas as defesas, formalizadas de maneira também uniforme, foi possível concluir ser fraco o argumento de que houve um momento de retomada da livre concorrência, o que descaracterizaria o cartel. Porém, esse momento coincidiu com a instauração do inquérito civil que foi, na verdade, o único motivo para a redução dos preços.

Em março de 1998, todavia, ocorreu o ponto alto do processo de cartelização, que

foi a fixação dos preços em R\$ 0,99, quando o governo federal permitiu um reajuste. Para completar a uniformização, os postos rescindiram seus contratos com as administradoras de cartão de crédito, dificultando mais ainda a situação dos consumidores.

Em suma, ao final do inquérito civil, os postos não haviam oferecido defesa fundamentada em provas técnicas, que justificassem o aumento dos preços, em contraposição às provas extraídas da análise das notas fiscais de compra.

Base legal não falta para a condenação da prática uniforme e abusiva de reajuste de preços. Nesse passo, interessante a colocação do subscritor da ação em foco:

“A livre concorrência de há muito recebe do legislador pátrio um tratamento sério e responsável, condizente com a temática, sobretudo no momento econômico atual, quando observamos que a concentração absoluta do capital dos grandes conglomerados econômicos impõe as normas, dita as regras nas relações jurídicas, gerando um enorme fosso entre esses e os consumidores de bens e serviços nos segmentos básicos da economia”.

Interessante é o silogismo feito: atendeu-se à prescrição do art. 20, § 3º, uma vez que houve uniformidade de preços entre mais de 90% dos entes atuantes nesse mercado; houve a prática prevista no art. 20, III, uma vez que configurado o aumento de 600% nos lucros; houve ainda subsunção à hipótese legal do art. 21, parágrafo único, III, podendo-se concluir, diante disso, ter havido a formação de cartel.

Tendo em vista tais constatações, o Ministério Público solicitou: (a) liminarmente, o retorno à margem de lucros do ano de 1996; (b) em definitivo, a condenação dos réus, com fixação dos preços dos combustíveis, com base no preço do distribuidor, na margem de lucro de 1996, além dos custos comprovados pelos réus; a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, CDC); a desconsideração da pessoa jurídica (art. 28, CDC), para ressarcimento dos danos ao consumidor; a de-

volução em dobro das vantagens auferidas com a formação de cartel, devendo ser revertido aos consumidores que assim pleitearem, e para o Fundo Estadual de Defesa do Consumidor (art. 42, parágrafo único, CDC); aplicação de pena de multa no valor do dano patrimonial sofrido pelo consumidor, revertido em favor do Fundo já citado; realização de perícia econômico-contábil, para avaliar a evolução econômica dos preços praticados pelos postos.

Desse resumo, pode-se inferir que há condição legal possibilitadora do combate às práticas que impliquem prejuízo ao mercado em geral e, principalmente, ao consumidor. Muitas vezes, falta condição política para concretizar a lei, tendo em vista os interesses envolvidos e as conseqüências que um processo desse tipo pode acarretar aos culpados.

8. Conclusão

O movimento concentracionista iniciou-se, de um lado, para evitar os males da livre concorrência e, de outro, para propiciar o aumento da produtividade, com a racionalização da produção. Contudo, há que se atentar para o fato de que, atualmente, o objetivo que leva as empresas a se concentrarem não é mais o domínio do mercado, mas sim, de um lado, a reorganização da empresa e, de outro, o crescimento da eficiência das empresas coligadas, tanto pela diminuição dos custos, como pela elevação dos rendimentos e a melhoria da qualidade, a fim de se atingir a dimensão ótima. Todas essas transformações se deram em um contexto de mundialização.

Um dos maiores desafios da atualidade é aceitar a idéia de globalização não como um processo hegemônico e imposto por uma lógica histórica necessária, mas como um novo momento do capitalismo moderno, que oferece novas perspectivas. É nesse momento que se há de ter presente o sentido de elaborar-se instrumentos jurídicos eficazes para a defesa do consumidor.

Como ensina VAZ (1993, p. 53),

“alguns autores entendem que o fenômeno econômico da concorrência não apenas pode registrar-se nas mais diversas atividades, como também existiu em todos os tempos: sempre que num meio qualquer duas ou mais pessoas se dedicarem isoladamente à mesma atividade profissional, num só lugar e servindo a um grupo único de consumidores ou usuários, ele surgiu sob formas diversas, despertando, aqui e ali, providências várias dos legisladores, ora no sentido de garanti-lo, ora no de limitá-lo”.

O legislador constituinte fez a opção pelo termo ‘livre concorrência’. Procedendo assim, acentuou o tipo de concorrência elevado à categoria constitucional. Não se busca apenas a repressão às formas abusivas do poder econômico, mas se almeja atingir

“um ‘modelo eficiente’ de concorrência, compatível com as impurezas e imperfeições do mercado, mediante a utilização, se necessário, das regras jurídicas e das instituições para aquele fim criadas. Tais regras e instituições devem ser capazes de prevenir, apurar e reprimir quaisquer formas consideradas abusivas do poder econômico e podem ser classificadas como instrumentos de preservação do princípio da livre concorrência. No contexto das normas constitucionais onde se insere, a livre concorrência funciona também como uma das diretrizes que se impõem a todos quantos se dedicam ao exercício das atividades econômicas, ao lado da defesa do consumidor, da função social da propriedade e da defesa do meio ambiente” (VAZ, 1993, p. 101).

“O Governo, por sua vez, ao invés de promover a importação de produtos subsidiados, como meio de punir os produtores nacionais, deveria conceder-lhes subsídios e cobrar, com rigor, a contrapartida pelos benefícios

atribuídos. Não se compreende que um país de economia combatida como o Brasil feche os olhos para as práticas flagrantemente anticoncorrenciais, vigentes nos países ricos, acreditando, assim, poder obrigar os produtores nacionais a baixarem seus preços, sem lhes oferecer as vantagens que as economias desenvolvidas proporcionam aos seus agentes econômicos” (p. 355).

A defesa da ordem econômica, que por opção do sistema constitucional brasileiro implica uma ordem econômica fundada na liberdade de iniciativa e na valorização do trabalho humano a fim de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, aponta para a existência de um direito transindividual de natureza indivisível em que são titulares pessoas indeterminadas ligadas por circunstâncias de fato. Essa característica dos interesses protegidos pela Lei n. 8.884/94 legitima o Ministério Público a atuar nos processos.

Como resultado do presente estudo, verificou-se que a legislação atinente à matéria de controle é suficiente. A Lei Antitruste associada ao Código de Defesa do Consumidor e à Lei da Ação Civil Pública fornecem supedâneo para que se efetive o controle das práticas comerciais, com o fito de que se obedeça aos princípios que regem a ordem econômica no Brasil.

Órgãos para cumprir as leis também não faltam, devendo-se destacar a Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, além do CADE, que é uma autarquia federal. Porém, até neste ponto, a ineficiência já é iminente, vez que as SDEs dos demais Estados foram extintas, restando apenas a de Brasília e a do Rio de Janeiro, número com certeza insuficiente para atender a todo o país. Não bastasse isso, há ainda a demora na instauração dos processos administrativos que se fazem necessários. Demora-se muito na conclusão das investigações preliminares, quando a lei determina o pra-

zo de dias para que isso se dê. Depois disso, mais um longo tempo decorre até o julgamento dos processos. Quando, por fim, ele ocorre, corre-se o risco da ineficácia das medidas adotadas, embora a lei preveja que pode haver imposição de medidas preventivas.

Isabel Vaz, no corpo de sua obra, várias vezes se referiu à importância da vontade política para definir quais os bens objetos de tutela e proteção legal. Assim, conforme o momento vivido pelo mercado e pelo país, pode-se reprimir ou incentivar determinadas práticas. Por isso é que se pode falar que, quando da aplicação da lei, também conta sobremaneira a vontade política, até mesmo para dar impulso aos atos processuais.

Deve-se ressaltar que, desde 1996, o CADE adotou um plano que visa otimizar os resultados no atinente ao julgamento dos processos administrativos. Quer-se concluir, porém, com essas observações que não adianta a prescrição legal, e é antigo o brocardo que apregoa a necessidade da atividade humana no sentido de bem aplicá-la: “a letra é morta; o espírito, porém, vivifica”. Como sempre estão envolvidos grandes interesses e um volume grande de dinheiro, fica a pergunta: faltam meios, falta vontade política, falta verba ou sobram interesses?

Patente se fez, ou ao menos se tentou demonstrar, no presente trabalho, a relação entre os direitos da concorrência e do consumidor. É de se ressaltar ainda que a própria Lei 8.884/94 elenca como um de seus princípios a defesa do consumidor.

Como se viu, o direito à escolha é um direito básico do consumidor, aliado ao direito à informação, que é pressuposto daquele. E, em havendo prática restritiva da concorrência, o consumidor não poderá bem exercer seus direitos, sendo ainda submetido a políticas de preços desleais, estabelecidos de formas unilaterais e extremamente lesivas à livre concorrência.

Por fim, de todo o estudo ainda foi possível concluir que o cartel não é, em si, um

instrumento de concentração empresarial, sendo prática extremamente reprimida, vez que elimina, de plano, a concorrência.

Porém, muitas vezes é atividade-meio para futuras práticas concentracionistas; outras vezes, decorre dessas.

No primeiro caso, estando o ente no controle de algum fator que influencia o mercado (principalmente a fixação de preços, mas não só, ganhando relevo, atualmente, o domínio da tecnologia), poderá expandir suas atividades por meio de verdadeiras concentrações, o que pode soar como vantagem para os demais entes que, já estando enfraquecidos, às vezes podem ser beneficiados por uma fusão, aquisição ou incorporação que venham a sofrer.

De outro lado, se o ente já expandiu sua atividade de tal maneira a comandar o mercado, poderá oficializar esse domínio por meio da formação de um cartel, passando a fixar todos os preços e condições de ingresso no mercado. Assim aconteceu, por exemplo, com o já citado cartel de energia elétrica, que produz efeitos em âmbito mundial: sociedades, por diversas práticas, como o *dumping* ou as megafusões, adquiriram porte e importância tal que se tornaram dominadoras do mercado, fixando preços, condições e impedindo a entrada de novos concorrentes, bem como eliminando aqueles que não se adaptavam às suas regras.

Na cidade de Viçosa-MG, já foram realizadas averiguações preliminares nos postos de combustíveis e nas padarias, sendo o resultado enviado ao Secretário de Direito Econômico no Rio de Janeiro, bem como à Promotoria de Justiça da cidade. Não se pode ainda falar na existência de cartéis, visto que cumprida apenas a primeira etapa do procedimento administrativo que o apura; porém, os indícios são fortes, visto que a realização das investigações preliminares foi impulsionada por denúncias de uniformização de preços, com a prévia combinação, bem como extermínio de entes que não quiseram se submeter às condições impostas.

Notas

¹ Apesar de se ter originado do mundo jornalístico, a expressão *globalização* logo tornou-se comum, inclusive no universo político-ideológico. Entretanto, o conteúdo ideológico do termo, que fez com que se o entendesse como “um mundo econômico sem fronteiras”, provocou repulsa no meio científico. Dessa maneira, fica o questionamento: a globalização corresponde a um fenômeno novo dentro da evolução do capitalismo pós-80 ou trata-se apenas de mais um artifício ideológico?

A identificação precisa do fenômeno da globalização ainda demanda muito esforço, podendo ser feita sob diversas óticas. Vale citar o que diz VERNON (1980, p. 16): “As crescentes inter-relações das economias do mundo também se evidenciaram sob outros aspectos”. Mesmo de uma ótica econômica, compreende uma variedade de fenômenos. Pode-se dizer que, devido a seus efeitos, um dos sentidos mais utilizados seja o relacionado aos movimentos financeiros internacionais.

Segundo ASSIS (2000 p. A-3): “A recente globalização dificilmente poderia ser caracterizada por uma explosão dos investimentos diretos no exterior”.

² Há que se ressaltar, entretanto, que não se trata de fenômeno atual. Segundo VIEIRA (1976, p. 1): “Logo após a descoberta das Américas e dos novos caminhos para as Índias, (...) fenômenos surgiram em decorrência do enriquecimento da Europa e da brusca e extraordinária expansão do comércio entre as nações. (...) a criação das primeiras Companhias Internacionais de Comércio, precursoras das atuais *Trading Companies*, das quais as mais importantes foram as Companhias das Índias Orientais e das Índias Ocidentais”.

Bibliografia

ASSIS, Luís Eduardo. O que de fato define a globalização. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 21 mar. 2000. p. A-3.

BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão prática*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. 293 p.

BAUMANN, Renato. Uma visão econômica da globalização. In: _____. (Org.). *O Brasil e a economia global*. Rio de Janeiro: Campus SOBEET, 1996. p. 33-51.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997. 409 p.

BRANDT, William K.; HULBERT, James M. *A empresa multinacional no Brasil: um estudo empírico*.

- Tradução Antônio de Mattos Vieira Machado. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1977. 183 p.
- BRASIL. Lei 3.071, de 1^a de janeiro de 1916. *Código Civil*. Congresso Nacional, Rio de Janeiro, RJ, 1916.
- BRASIL. Lei 556, de 25 de junho de 1850. *Código Comercial Brasileiro*. Assembléia Geral, Rio de Janeiro, RJ, 1850.
- BRASIL. Congresso Nacional. Lei 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (veto), e dá outras providências. Brasília, DF, 1985.
- BRASIL. Congresso Nacional. Lei 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília, DF, 1994.
- BRASIL. Congresso Nacional. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, 1994.
- BULGARELLI, Waldirio. *Concentração de empresas e direito antitruste*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997. 282 p.
- _____. *Fusões, incorporações e cisões de sociedades*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2000. 312 p.
- CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. II seminário internacional de defesa da concorrência. Brasília: [s.n.], 1994.
- COMPARATO, Fábio K. *Fusões e incorporações*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 243 p.
- COUTINHO, Luciano G. A fragilidade do Brasil em face da globalização. In: BAUMANN, Renato (Org.). *O Brasil e a economia global*. Rio de Janeiro: Campus SOBEET, 1996. p. 219-237.
- CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Lei antitruste. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. 345 p.
- DREIFUSS, René Armand. *A época das perplexidades: mundialização, globalização e planetarização: novos desafios*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1997. 350 p.
- FERRAZ, Daniel Amin. *A joint venture e a internacionalização das empresas: a joint venture como instrumento jurídico fundamentador da internacionalização multimodéstica e da globalização das empresas e o decorrente crescimento econômico*. 1995. 294 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 1995.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. Dos direitos básicos do consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 106-126.
- LERDA, Juan Carlos. Globalização da economia e perda de autonomia das autoridades fiscais, bancárias e monetárias. In: BAUMANN, Renato (Org.). *O Brasil e a economia global*. Rio de Janeiro: Campus SOBEET, 1996. p. 239-263.
- LOBO, Jorge Joaquim. *Grupo de sociedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. 140 p.
- MAIA, Jayme de Mariz. *Economia internacional e comércio exterior*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995. 335 p.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 479 p.
- MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 542 p.
- MIROW, Kurt Rudolf. *A ditadura dos cartéis: anatomia de um subdesenvolvimento*. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1978. 272 p.
- NASCIMENTO, T. M. C. do. *Comentários ao código do consumidor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. 190 p.
- NERY JÚNIOR, Nelson. Da proteção contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 342-459.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 3. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 401 p.
- REQUIÃO, R. *Curso de direito comercial*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. 566 p.
- SALLES, Carlos Alberto de. O direito do consumidor e suas influências sobre os mecanismos de regulação do mercado. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 17, p. 85-96, jan./mar. 1996.
- SANVICENTE, Antonio Zoratto. *Empresas multinacionais: estrutura administrativa e administração financeira*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos; São Paulo: USP, 1975. 146 p.
- VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. 681 p.
- VERNON, Raymond. *Tempestade sobre as multinacionais*. Rio de Janeiro: Zahar, 1980. 204 p.
- VIEIRA, Dorival Teixeira e CAMARGO, Lenita Corrêa. *Multinacionais no Brasil: diagnóstico e prognóstico*. São Paulo: Saraiva, 1976. 389 p.