



**LAFAYETE
JOSUÉ PETTER**

Direito
ECONÔMICO



NA **MEDIDA CERTA**
PARA
CONCURSOS

2025

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

8^a Edição
revista, atualizada
e ampliada

2

DIREITO ECONÔMICO CONCORRENCIAL

A LEI Nº 12.529/11, A PROTEÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA E O ANTITRUSTE

1. A PROTEÇÃO DA CONCORRÊNCIA: PRIMEIRAS NOÇÕES

1.1 Introdução

A defesa da concorrência é um dos princípios constitucionais da ordem econômica. Ou seja, como todos os demais princípios do artigo 170, instrumento para o alcance de um bem maior: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Aí não vai nenhuma nota de desprestígio à promoção da concorrência. Ao contrário, ela é, no mais das vezes, a verdadeira e eficaz garantia de opção e bom tratamento aos consumidores em geral. Nesse sentido, correta a assertiva “a defesa da concorrência é a proteção do consumidor no atacado”. Na conflituosidade principiológica do artigo 170 nenhum dos princípios constitui um fim em si mesmo. E mesmo quando um for prestigiado em correspondente decisão, não pode importar em anulação dos demais (ponderação). Então, é bom que se diga logo ao princípio, a tutela e proteção da concorrência não é um fim em si mesmo e

poderá ser excepcionalmente relativizada (v.g., quando, em determinado caso concreto, outro valor for tido por superior e o escopo maior perseguido pelo sistema jurídico em sua inteireza assim o exigir)¹. Tudo haverá de partir da chamada **Constituição Econômica**. Esta “ancoragem” normativa que há de ser feita em relação à Lei nº 12.529/11 implica em que as exegeses que dela se fizerem sempre deverão ter por colorido (influência principiológica) o discurso da Constituição Econômica. Como salienta a doutrina, a aplicação de uma simples regra traduz-se, sempre, na verdade, no prestígio de algum princípio superior. Isto afasta visões privatistas e econométricas ao tratar-se da concorrência. Ou seja, a concorrência não deve ser vista sob o estrito ângulo do direito comercial, menos ainda sob uma visão puramente econômica do fenômeno. A concorrência sempre será um princípio informador da ordem econômica, da Constituição Econômica, cujo fim é a existência digna de todos, conformes os ditames da justiça social.

Conforme disciplina o artigo 1º da Lei nº 12.529/11, *verbis*: “esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”. Ou seja, a lei brasileira nominou, logo no seu primeiro artigo, princípios constitucionais mais imediatos que lhe dão suporte e orientam as exegeses que dela partem. Não significa dizer, contudo, que os demais princípios do artigo 170 devam ser desconsiderados.

Ainda, a elevação da concorrência como princípio informador da Ordem Econômica na Constituição de 1988 e a exigência de legislação de combate ao abuso do poder econômico (art. 173, § 4º), evidencia a importância da *livre iniciativa*, que é fundamento da República (art. 1º, inciso IV). Ou seja, a promoção de um ambiente concorrencial implica em valorar-se a livre iniciativa. Só se estabelece concorrência quando os agentes detêm efetiva liberdade de

1. Observe-se o seguinte julgado do STF (ADIN 2.334-9, relator Ministro Gilmar Mendes): “Menos consistente revela-se a alegação de violação dos artigos (...) 170. Inciso IV, da Constituição. É fácil ver que os princípios da livre concorrência, da propriedade privada e da livre iniciativa não podem ser concretizados em detrimento do interesse público, especialmente da defesa do consumidor. Nesse sentido, o texto constitucional é expresso ao estabelecer que a ‘ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor (...)’: A simples enunciação desses princípios afigura-se suficiente para demonstrar que o texto supõe uma relação equilibrada na aplicação dessas fórmulas de otimização, não se podendo atribuir prevalência à ideia de livre concorrência em detrimento da devida proteção ao consumidor”.

iniciativa para suas incursões na conquista dos mercados e consumidores. Esta liberdade, contudo, tem como limite a prática do abuso do poder econômico, no mais das vezes, ofensivo da concorrência. Ou seja, a promoção e defesa da concorrência não constitui instrumento de intervenção no livre jogo do mercado (a atuação dos agentes econômicos com liberdade), ao contrário, a defesa da concorrência é pró-mercado, ela fomenta a livre iniciativa na medida em que contribui para a eliminação de barreiras artificiais, facilitando o acesso ao mercado.

Por fim, é correto dizer que um sistema econômico opera com *eficiência social* quando existem diversos agentes econômicos competindo entre si, disputando a preferência dos consumidores e acirrando a concorrência. No mais das vezes, tal condição é mesmo essencial. Ou seja, o melhor atendimento das necessidades da coletividade é propiciado com o aumento da produção, baixos custos, preços menores e mais qualidade. Onde a concorrência não se estabelece, a coletividade desfruta de uma menor condição de bem-estar social. Em situação limite de não-concorrência e ausência do Estado, o poder econômico tende a conspirar contra tudo e contra todos só beneficiando a si mesmo.

1.2 Lei de Proteção da Ordem Econômica

A Lei nº 12.529/11, já nominada como “lei do CADE”, pois reestruturou o SBDC, revogando a Lei nº 8.884/94, pode ser anunciada como “lei antitruste brasileira”. Mas ela também é chamada de “lei de defesa da concorrência”. Entretanto, a designação, por nós preferida, de “lei de proteção da ordem econômica” tem a vantagem de evidenciar as múltiplas potencialidades que esse diploma normativo possui, ultrapassando meramente o exame da defesa da concorrência em si, apesar de essa ser a missão mais destacada da lei.

Daí ser incorreto fundamentá-la, tão-somente, no § 4º do artigo 173 da Constituição Federal. Um exame detido da normatividade inserida em seu texto revela-nos ser ela uma valiosa ferramenta normativa à disposição dos operadores do Direito, pronta a proteger os princípios e valores inseridos nas disposições relativas à Ordem Constitucional Econômica. Por exemplo, o abuso do poder econômico, a cada dia mais versátil e inovador em suas aparições na realidade fática, nem sempre adota a forma de uma ação anti-concorrencial. Como a titularidade dos bens jurídicos tutelados pertencem a toda coletividade (art. 1º, parágrafo único), a problematização e juridicização da realidade econômica e suas nuances não pode descurar de uma visão ampla, da sociedade como um todo, sendo tal assertiva de rigor para todos àqueles que vasculham os escaninhos da Lei nº 12.529/11 o que, além de

corroborar o que acima se disse, afasta, por óbvio, estritos pontos de vista econométricos, por vezes comuns no trato das questões que a citada lei regula. Daí nossa preferência pela expressão “lei de proteção da ordem econômica”, mais apropriada para a missão reservada à Lei nº 12.529/11.

Ou seja, por estar ligada à proteção e defesa de interesses transindividuais, a lei de proteção da ordem econômica não deve ser interpretada de acordo com os institutos tradicionais do direito, cultivados para o trato de questões envolvendo conflitos individuais, que não adotam a perspectiva dos valores coletivos que a lei prestigia. Ademais, a inserção da concorrência como princípio da ordem econômica dá realce à promoção da concorrência e não apenas ao combate ao abuso do poder econômico que visa eliminá-la. Este aspecto há de ser destacado, pois evidencia que o direito da concorrência não constitui um ramo autônomo de direito, ao contrário, é parte importante do direito econômico, ramo jurídico que organiza a atividade econômica e também a regula. Por isso, ao estudar a concorrência adota-se aqui a expressão *direito econômico concorrencial*, no sentido de enfatizar que mesmo o antitruste há de ser tido como um mecanismo de implementação de políticas públicas econômicas.

1.3 A Importância da concorrência

A presença da concorrência² no contexto de uma economia de mercado é essencial. Com a efetiva concorrência possibilita-se um aumento na variedade e na qualidade de produtos e, ainda, corrobora-se para a diminuição do custo dos mesmos. É a concorrência o fator determinante para que os preços expressem a relação de equilíbrio entre a oferta e a procura. Para que se obtenham os benefícios derivados da concorrência, é necessário que as empresas invistam em tecnologia, bem como realizem um estudo de mercado com o intuito de conhecer e atender as expectativas e desejos dos consumidores. Pode-se dizer que a concorrência é um instrumento existente em benefício da cidadania, vez que são estes os consumidores finais dos produtos e que

2. Concorrer é “disputar a preferência do consumidor quer pelo preço quer pela qualidade do produto. Qualquer artifício utilizado pelo agente para restringir ou obstar essa disputa, limitando ou reduzindo o poder de escolha do consumidor, importa a eliminação da concorrência, e prejudica o mercado tanto do lado da produção quanto do consumo. Assim, há de se dar ao vocábulo eliminação sentido relativo, e não absoluto. Se a eliminação de um concorrente se dá em razão da superioridade tecnológica de certo produto ou serviço, não há falar em prejuízo para o mercado, pois a preferência do consumidor foi soberanamente canalizada para algo que considera melhor ou mais barato. Dessa eliminação não cogita a lei de defesa da concorrência” (CADE - Processo Administrativo CADE nº 61/92, relatora Neide T. Malard).

experimentam as melhorias decorrentes das circunstâncias concorrenciais. Além de conferir benefícios aos consumidores, a disputa entre as empresas ocasionada pelo ambiente concorrencial propicia que a economia brasileira entre com uma melhor estrutura no mercado externo.³

Ao contrário, mercados fortemente concentrados tendem a substituir as regras derivadas de uma competição justa e saudável pelo regramento do poder econômico privado. Ele decidirá o que produzir, a que preço e em que quantidade, medida e extensão. Poucos agentes econômicos, por assim dizer, “planejam” a economia, neste caso, afastando-a do salutar jogo da concorrência. As estratégias pessoais dos agentes econômicos, pelo poder que detêm, são as únicas opções que o mercado tem a ofertar ao consumidor. Mesmo na hipótese remota de pleno atendimento ao regramento do CDC, o consumidor não estará protegido. O preço é alto e o produto/serviço ofertado insatisfatório. Se a concentração econômica é inevitável (por uma tendência espontânea da própria economia) tanto mais presente deverá se fazer o Estado para evitar iniciativas e práticas de abuso do poder econômico.

O Supremo Tribunal Federal, ao editar o Verbete nº 646, reafirmou a importância da concorrência. Diz a súmula: “*Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área*”. As decisões que fundamentaram a edição desta súmula diziam respeito a processos envolvendo farmácias. Para o STF, lei municipal que estabelece distância mínima entre farmácias tem o efeito de criar uma reserva de mercado territorial para o agente econômico que já se encontra estabelecido em determinado endereço, com efeitos negativos sobre o ambiente concorrencial. Entretanto, o mesmo raciocínio não vale quando a distância mínima estipulada pela legislação municipal decorrer por razões de segurança da população, como é o caso de postos de combustíveis.

1.4 Distinção entre livre iniciativa e livre concorrência

É importante fazer a distinção. Embora complementares, a livre iniciativa difere da livre concorrência. A **livre iniciativa**, no âmbito do direito econômico, diz respeito à liberdade de iniciativa econômica. Fala-se em acesso e exercício de atividade econômica, ser livre para exercer uma atividade econômica, para escolher fins e meios de realizá-la, enfim, de trilhar escolhas próprias no mercado por sua conta e risco. Daí esta liberdade (nos seus múltiplos aspectos) ser uma liberdade fundamental e mesmo alicerce da República

3. Nesse sentido: Cartilha do CADE.

(art. 1º, IV da Constituição Federal)⁴. De forma diversa, a livre concorrência é instrumental, um meio para se alcançar um fim maior, existência digna e justiça social (art. 170 da Constituição Federal). **Livre concorrência** tem o significado de os agentes econômicos (que se encontram no exercício de sua liberdade de iniciativa) disporem de reais possibilidades de conquistarem os mercados, ampliando sua participação no segmento econômico em que atuam⁵. Não há concorrência onde não existe liberdade de iniciativa. Mas o exercício da liberdade econômica pode levar ao suprimento do ambiente concorrencial. Neste caso, fala-se em abuso, ilicitude. Em muitas hipóteses, portanto, a proteção da concorrência se faz com limitações à liberdade de iniciativa.

1.5 SBDC

A defesa da concorrência é feita pelo chamado SBDC, ou seja, pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, estrutura onde está inserido o CADE - vinculado ao Ministério da Justiça - e a Secretaria de Acompanhamento Econômico - vinculada ao Ministério da Fazenda.

O CADE é composto pelos seguintes órgãos: O Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, a Superintendência-Geral e o Departamento de Estudos Econômicos (art. 5º). As decisões administrativas adotadas no âmbito do SBDC são, obviamente, passíveis de revisão judicial. E mais, tendo em vista que a coletividade em geral é que pertencem os direitos e valores protegidos pela lei, estes direitos e valores poderão ser reclamados diretamente na Justiça, sem a necessidade de esgotamento ou mesmo iniciação na seara administrativa. O artigo 47 da lei é expresso em admitir esta possibilidade. Mas duas observações se impõe aqui: a) quando o Poder Judiciário examina pedido de anulação ou sustação de efeitos de decisão terminativa do CADE haverá de agir com extrema prudência. Pois a decisão do Tribunal Administrativo foi adotada após longos procedimentos administrativos, muitas vezes de anos

4. Claro, *livre iniciativa*, no sentido constitucional (art. 1º da CF) é bem mais do que a liberdade de iniciativa econômica, mas essa deriva daquela. Veja-se as anotações correspondentes feitas neste manual. Uma análise mais detalhada é feita em: Petter, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica*, RT, 2008, 2ª ed.

5. Nas pertinentes palavras de outro autor, *verbis*: O princípio da livre concorrência “tem assim um significado próprio que o distingue do princípio da livre iniciativa. Ele se apresenta como um elemento desejável, ou mesmo necessário para que se possa presumir que a livre iniciativa promova a realização do bem comum, o que é, a seu turno, um elemento favorável para que a livre iniciativa reencontre seu valor social. A livre concorrência desempenha assim um papel fundamental para que a livre iniciativa possa se beneficiar da presunção de beneficiar a coletividade. Trata-se de um elemento importante para a valorização social da livre iniciativa” (SANTIAGO, Luciano Sotero. *Direito da Concorrência. Doutrina e Jurisprudência*. Salvador: Ed. Podium, 2008, p. 62).

de duração, enquanto o magistrado, mormente de primeiro grau, se depara com questionamento inaugurado agora judicialmente. A caracterização de um direito evidenciado de plano muito dificilmente se fará presente. Sem tomar em conta de que os procedimentos no âmbito da autarquia gozam da observância do contraditório e da ampla defesa; b) a caracterização de abuso de poder econômico diretamente no Poder Judiciário, sem prévia análise pelo CADE é possível. Entretanto, isto é mais facilmente concretizável em casos de cartéis e menos em caso de abusos de posição dominante, por exemplo.

1.6 CADE – Origens

Para um registro histórico, anote-se que na vigência da Constituição de 1946 foi aprovada a Lei nº 4.137, de 10.09.1962, cujo artigo 8º criou o *Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE*, com sede no Distrito Federal e atuação em todo o território nacional. Esse órgão colegiado de decisão ficara incumbido, à época, de averiguar a existência de abusos do poder econômico, promover o julgamento das infrações e requerer ao Poder Judiciário, em certos casos, a aplicação das sanções. Suas atribuições foram modificadas pelo art. 14 da Lei nº 8.158/1991, que o classificou como “*órgão judicante*” da estrutura do Ministério da Justiça, com as competências previstas na Lei nº 4.137/1962 e naquele diploma legal. Assim, o CADE passou a funcionar junto à Secretaria Nacional de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SNDE, embora com autonomia, mas como órgão administrativo, sem personalidade jurídica própria. Com o surgimento da Lei nº 8.884/94, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, mantendo a classificação de “*órgão judicante*”, passou a ter natureza autárquica, cujas atribuições estão especificamente previstas (art. 7º e ss. da Lei nº 8.884/94), contando, inclusive, com Procuradoria própria, que, além de prestar assessoria ao órgão no âmbito administrativo, pode atuar diretamente em juízo (art. 10 da Lei nº 8.884/94). Os Conselheiros do CADE exercem funções de extrema importância, sendo os atos administrativos de competência da autarquia cercados de necessário formalismo e relevante conteúdo material, de larga repercussão na vida econômica nacional e do consumidor. A Lei nº 12.529/11 mantém este *status*. Na verdade, houve substancial ampliação do CADE, pois este absorveu em sua estrutura (com a criação da Superintendência-Geral) todas as tarefas que antes eram feitas pela Secretaria de Direito Econômico. Havia um certo consenso em que as funções de fiscalização, acusação e julgamento fossem realizadas por uma única entidade, eliminando-se o que ficou conhecido como os três guichês (SDE, SEAE e CADE). Estas funções, na nova lei, ficaram todas a cargo do CADE.

A Lei 12.529/11 se refere ao CADE como “entidade judicante com jurisdição em todo território nacional” (art. 4º). Na verdade, está-se diante da chamada *jurisdição administrativa e não judicial*, pois o CADE não integra o Poder Judiciário, mas o Poder Executivo, vinculado ao Ministério da Justiça. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE – na formatação da Lei nº 12.529/11 - tem a finalidade de orientar, fiscalizar, prevenir e apurar abusos de poder econômico, exercendo papel tutelador da prevenção e repressão do mesmo⁶.

1.7 Papel do CADE

A abertura da economia, a privatização e a desregulamentação, bem como a estabilização dos preços são fatores que contribuíram para dar uma maior importância ao CADE. Tais circunstâncias ensejaram uma atuação estatal menos preocupada em investir diretamente na produção, mas, por conseguinte, mais determinada em coordenar e estimular a economia de mercado. A globalização da economia também corrobora para um maior incremento dos trabalhos do CADE, pois ela exige grande competitividade e produtividade por parte das empresas instaladas no Brasil. Isto é alcançado com uma atenção especial à promoção da concorrência.

Diante de tais fatos, imprescindível se revela a existência de um órgão com as atribuições acumuladas pelo CADE, zelando pela harmonia da ordem econômica no país. O CADE tem a missão de agente modernizador e defensor da concorrência dentro de um Estado regulador moderno, pró-mercado (no sentido que, em regra, a atividade econômica é deixada ao particular, que age, dentro do balizamento legal, com liberdade de iniciativa e por sua conta e risco), de modo a influenciar, no dia-a-dia do cidadão, a partir do estímulo da concorrência no setor de serviços e produtos oferecidos à sociedade. Resta

6. Sobre o CADE assim dispõe a “Cartilha do CADE”: “O CADE foi criado em 1962, e até o fim do regime parlamentar, consistia em um órgão vinculado à Presidência do Conselho de Ministros, passando, então, mais tarde, a ser vinculado ao Ministério da Justiça. Apesar da política brasileira de defesa da concorrência existir desde os anos 30, a atuação do CADE, bem como dos demais órgãos que o auxiliavam nas suas funções, pouco era difundida e conhecida, tendo em vista que a economia era fortemente monitorada e fechada, sofrendo rígido controle de preços, fato este que não acarretava grande demanda de trabalho. A partir dos anos 90, graças a estabilização da moeda, a privatização, a abertura da economia nacional e o crescente fenômeno da globalização, tornou-se vital o desenvolvimento de uma política de defesa da concorrência para atender à nova realidade do mercado. O aprimoramento da aludida política se deu sobretudo com o surgimento da Lei nº 8.884/94, que estabeleceu o CADE como uma autarquia federal, ampliou os seus poderes, definindo com maior precisão, as práticas consideradas ofensivas à concorrência. O CADE tem como atribuições essenciais assim, orientar, fiscalizar e estudar o abuso do poder econômico, exercendo papel tutelador de apuração e repressão do mesmo quando verificado.”

claro assim, que inúmeros direitos dos consumidores acabam, necessariamente, aliando-se as metas a serem tuteladas pelo CADE. Frise-se desde logo, o CADE é a última instância na esfera administrativa, responsável pela decisão final sobre a matéria concorrencial. O órgão atua de três formas: preventiva, repressiva e educativa.

1.8 Estrutura Organizacional do CADE

O CADE é composto pelo **Tribunal Administrativo** de Defesa Econômica, pela **Superintendência-Geral** e pelo **Departamento de Estudos Econômicos**.

O **Tribunal Administrativo**, que é o órgão de cúpula do CADE, possui as seguintes atribuições, além de outras (art. 9º):

- a) decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei, decidindo os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral;
- b) ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica;
- c) aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do acordo em controle de concentrações, bem como determinar à Superintendência-Geral que fiscalize seu cumprimento;
- d) apreciar processos administrativos de atos de concentração econômica, fixando acordos em controle de atos de concentração;
- e) determinar à Superintendência-Geral que adote as medidas administrativas necessárias à execução e fiel cumprimento de suas decisões;
- f) requerer à Procuradoria Federal junto ao CADE a adoção de providências administrativas e judiciais.

A **Superintendência-Geral** possui as seguintes atribuições principais (art. 13):

- a) zelar pelo cumprimento desta Lei, monitorando e acompanhando as práticas de mercado, acompanhando, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e documentos necessários, mantendo o sigilo legal, quando for o caso;
- b) promover, em face de indícios de infração da ordem econômica, procedimento preparatório de inquérito administrativo e inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;

c) instaurar e instruir processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, procedimento para apuração de ato de concentração, processo administrativo para análise de ato de concentração econômica e processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais instaurados para prevenção, apuração ou repressão de infrações à ordem econômica;

d) VI - no interesse da instrução dos tipos processuais referidos nesta Lei:

d.1) requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício de suas funções;

d.2) requisitar esclarecimentos orais de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, na forma desta Lei;

d.3) realizar inspeção na sede social, estabelecimento, escritório, filial ou sucursal de empresa investigada, de estoques, objetos, papéis de qualquer natureza, assim como livros comerciais, computadores e arquivos eletrônicos, podendo-se extrair ou requisitar cópias de quaisquer documentos ou dados eletrônicos;

d.4) requerer ao Poder Judiciário, por meio da Procuradoria Federal junto ao CADE, mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física, no interesse de inquérito administrativo ou de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 839 do CPC, sendo inexigível a propositura de ação principal;

d.5) requisitar vista e cópia de documentos e objetos constantes de inquéritos e processos administrativos instaurados por órgãos ou entidades da administração pública federal;

d.6) requerer vista e cópia de inquéritos policiais, ações judiciais de quaisquer natureza, bem como de inquéritos e processos administrativos instaurados por outros entes da federação, devendo o Conselho observar as mesmas restrições de sigilo eventualmente estabelecidas nos procedimentos de origem;

e) decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando os autos do inquérito administrativo ou de seu procedimento preparatório e recorrer de ofício ao Tribunal quando decidir pelo arquivamento de processo

administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica;

f) remeter ao Tribunal, para julgamento, os processos administrativos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica;

g) propor termo de compromisso de cessação de prática por infração à ordem econômica, submetendo-o à aprovação do Tribunal, e fiscalizar o seu cumprimento e sugerir ao Tribunal condições para a celebração de acordo em controle de concentrações e fiscalizar o seu cumprimento;

h) adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica;

i) receber, instruir e aprovar ou impugnar perante o Tribunal os processos administrativos para análise de ato de concentração econômica.

Observe-se que a Superintendência-Geral, na prática, tem as atribuições de instrução processual, exame inicial das condutas, acompanhamento e monitoramento de práticas de mercado, produção de provas, inspeções e mesmo a aplicação de medidas preventivas estão entre suas atribuições.

Por fim, o **Departamento de Estudos Econômicos**, tem a missão de elaborar estudos e pareceres econômicos, de ofício ou por solicitação do Plenário, do Presidente, do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral. Ou seja, o DEE atua para o CADE. Já a **Secretaria de Acompanhamento Econômico** (órgão do Ministério da Fazenda, portanto, fora do SBDC), tem a atribuição de promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade (art. 19).

1.9 Composição do CADE – Presidente e Conselheiros

O CADE é formado por um Plenário composto por um presidente e seis conselheiros, indicados pelo Presidente da República para um mandato de quatro anos, vedada a recondução, após aprovados e sabatinados pelo Senado Federal. Portanto, só podem ser destituídos em condições muito especiais. Esta regra fornece autonomia aos membros do Plenário do CADE, o que é fundamental para assegurar a tutela dos direitos difusos da concorrência de forma técnica e imparcial. O CADE também possui sua própria Procuradoria. Assim como os Conselheiros do CADE, o Procurador-Geral é também indicado pelo Presidente da República, sabatinado e aprovado pelo Senado Federal para um mandato de dois anos, renovável por mais dois.

1.10 Ministério Público Federal junto ao CADE

Assim dispõe o artigo 20 da Lei nº 12.529/2011:

Art. 20 - O Procurador-Geral da República, ouvido o Conselho Superior, designará membro do Ministério Público Federal para, nesta qualidade, emitir parecer, nos processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, de ofício ou a requerimento do Conselheiro-Relator.

Entre as atribuições da instituição do Ministério Público no Brasil, Estadual e Federal, insere-se a proteção da ordem econômica, face os inegáveis efeitos sobre a coletividade em geral e sobre os agentes econômicos em particular. Isto implica em atribuições bastante largas, tudo a fim de preservar a justiça econômica no mercado. Ora acautelando a iniciativa econômica daqueles a quem foi suprimida esta liberdade, ora promovendo ações e iniciativas em favor das circunstâncias concorrenciais, ora tendo uma atuação protetiva do consumidor, destinatário final dos movimentos do mercado. A redação do artigo 20, entretanto, difere muito do artigo 12 da anterior Lei nº 8.884/94. O preceito revogado falava (em membro do MPF) nomeado para *oficiar* perante o CADE, enquanto a atual redação menciona a atividade lá desenvolvida à simples *emissão de pareceres*, e apenas nos processos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica. *Oficiar*, termo da lei revogada, é expressão que remetia às atribuições do Ministério Público em sua inteireza, claro, na função de *custos legis* (mas com ampla liberdade de atuação naquela Corte). Parece-nos, então, *d.m.v.*, que a redação atual teve em mira o estrito procedimentalismo que a lei estabelece, com a imposição de prazos, tudo a fim de conferir uma menor insegurança jurídica derivada do fato de que a aprovação dos atos de concentração econômica devem se dar *a priori* para só então haver a concretização no mercado. Entretanto, mesmo que a lei não mencione a participação do Ministério Público nas etapas previstas em processos de atos de concentração econômica fato é que sua posição de *custos legis* naquele Colegiado haverá de considerar a normatividade estatutária própria do *parquet*, no caso, a Lei Complementar nº 75/93 e mesmo as disposições constitucionais pertinentes.

Certo é que, sob tal visada, as atribuições e competências próprias do Ministério Público incumbem-no de atuar tanto no chamado controle preventivo (estruturas de mercado) como no controle repressivo (análise de condutas), neste caso com menção expressa e obrigatória de emissão de parecer. Ou seja, não se há de cindir por lei ordinária aquilo que a Constituição Federal e a Lei Complementar (LC 75) que tratam do assunto não fizeram.

Com base neste entendimento foi proferida a Resolução Conjunta PGR/CADE nº 01 de 2016, que dispôs sobre o exercício das funções do representante do Ministério Público Federal junto ao CADE, considerando o múnus público do Ministério Público Federal e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) de defender os valores da livre-iniciativa e da livre concorrência, a bem do interesse do consumidor, nos termos da Constituição e das leis.

O art. 2º daquela resolução prescreve que o representante do MPF exerce função essencial à política administrativa mantida pela União de defesa e proteção da concorrência, cabendo-lhe: I - atuar no controle das condutas anticoncorrenciais e na prevenção da concentração de mercado; II - contribuir com soluções eficientes e equitativas na promoção da concorrência. Na resolução são previstas prerrogativas e instrumentos de atuação do membro do MPF junto aquela autarquia.

1.11 Taxa Processual e Receitas do CADE

A lei dedica os artigos 21 a 30 para dispor sobre o patrimônio, receitas e gestão do CADE. O Tribunal, através de seu Presidente, deverá encaminhar ao Poder Executivo (Ministério da Justiça), a proposta orçamentária para o ano seguinte, bem como a lotação ideal de pessoal que deverá prestar serviços àquela autarquia (art. 22). Também é tarefa do Presidente do CADE orientar, gestionar e supervisionar as atividades administrativas, respeitadas as atribuições próprias da Superintendência-Geral e do Departamento de Estudos Econômicos (art. 21). Como receita própria do CADE, é cobrada uma taxa processual no caso de solicitação de consulta ou na apresentação de atos de concentração econômica (art. 88). Outras receitas estão previstas no artigo 28 da lei.

1.12 O Instituto da Consulta

Tratam dela os parágrafos 4º e 5º do artigo 9º da lei. Dizem os citados dispositivos:

§ 4º O Tribunal poderá responder consultas sobre condutas em andamento, mediante pagamento de taxa e acompanhadas dos respectivos documentos.

§ 5º O CADE definirá, em resolução, normas complementares sobre o procedimento de consultas previsto no § 4º deste artigo.

Claro está que a formulação de consulta, nos termos do dispositivo, tem como pressuposto uma situação real e concreta da realidade econômica (e

não algo em tese) e também não haver orientação do CADE sobre o ponto específico da consulta. Ou seja, não cabe consulta quando já existem decisões e julgamentos anteriores sobre o mesmo mercado, quando tenham decidido sobre a questão. A consulta, portanto, deverá abordar tema que possa ser objeto de **dúvida** na interpretação da legislação vigente, não se prestando para obstar qualquer medida adotada ou que venha a ser adotada pelo CADE e seus órgãos no respeitante à proteção da concorrência (e demais valores) quando se tratar de pedido rotulado de conduta, mas que não deverá ser conhecido com este status, por exemplo, em face de consolidada orientação do Tribunal.

1.13 Como atua o CADE no caso de infrações

Sinteticamente, o seguinte trâmite é seguido: as denúncias de práticas infrativas à ordem econômica devem ser encaminhadas à Superintendência-Geral que dará início às investigações através de *inquérito administrativo* ou, acaso se disponha de poucos elementos de convicção naquela ocasião, abrir-se-á um *procedimento preparatório de inquérito administrativo* (art. 13, III). No decorrer do inquérito administrativo far-se-á uma instrução processual que poderá importar em requisições de documentos e informações, esclarecimentos orais, inspeções em estabelecimentos e mesmo a utilização de mandado de busca e apreensão de objetos, papéis, livros comerciais, etc., tudo no interesse da elucidação dos fatos. Na hipótese de se fazer necessário o estudo das implicações econômicas de tal denúncia, o processo deverá ser remetido para ao DEE (Departamento de Estudos Econômicos) que emitirá seu parecer. Finda toda a fase inquisitória acima exposta, no caso do inquérito concluir pela ocorrência de infração à ordem econômica, será aberto um *processo administrativo para imposições de sanções administrativas à ordem econômica*, cabendo à Superintendência-Geral instruí-lo. Aqui os envolvidos poderão se defender das denúncias, rito que observará a ampla defesa dos acusados. No final, a Superintendência-Geral lavrará relatório aonde concluirá pela configuração da infração ou pelo arquivamento do processo em face da não ocorrência dela. Tudo será encaminhado ao Tribunal, que decidirá a respeito (art. 74). Também compete à Superintendência-Geral “*receber, instruir e aprovar ou impugnar perante o Tribunal os processos administrativos para análise de ato de concentração econômica*” (inciso XII do artigo 13).

1.14 Infração contra a Ordem Econômica

A Lei nº 12.529/11 fala em *infração contra a ordem econômica*. Como visto, trata-se de infração administrativa. Os crimes contra a ordem econômica foram tipificados na Lei nº 8.137/90. Digno de nota é o tipo do artigo 195 da Lei nº 9.279/96 que define os crimes de concorrência desleal. A repressão civil decorre da atribuição genérica de responsabilidade pela indenização dos danos derivados de ilícitos (Código Civil art. 927). Portanto, a estruturação do SBDC na defesa da concorrência tem caráter administrativo. Daí que sempre haverá a possibilidade de atuação judicial sobre os mesmos fatos, não somente *a posteriori*, mas mesmo *antes* (por outro titular/legitimado dos direitos e valores protegidos pela lei) ou mesmo *durante* a tramitação administrativa. Registre-se, por fim, que ainda vige entre nós, também, a Lei nº 1.521/51 que define os crimes contra a economia popular. Por isto que o artigo 35 da Lei nº 12.529/11 dispõe que “*a repressão das infrações da ordem econômica não exclui a punição de outros ilícitos previstos em lei*”. E temos também a Lei Delegada nº 04, nos preceitos em que recepcionados pelo atual texto constitucional.

1.15 Caráter Repressivo da Lei e Caráter Preventivo da Lei

Como prescrito logo no artigo inaugural da lei de proteção da ordem econômica (Lei nº 12.529/11), o texto normativo dispõe sobre a *prevenção* e a *repressão* às infrações contra a ordem econômica. Das infrações, tratam os artigos 36 e seguintes, as quais poderão importar em sanções, após processo administrativo. O *caráter preventivo* da lei diz com o artigo 88 e subsequentes, que estabelecem o exame dos atos de concentração e outros. Como refere o dispositivo, “serão submetidos ao CADE pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais)”. Ou seja, quando se tratar de operação que preencha simultaneamente estes valores, haverá necessidade de aprovação da operação pelo CADE. Este **controle** será **prévio** e realizado num prazo de até 240 dias (§2º do artigo 88). **Prevenção**, para que atos anticoncorrenciais ou anticompetitivos não venham a ocorrer e **repressão**, para que atos anticoncorrenciais ou anticompetitivos já praticados sejam

coarctados, punidos e eliminados do cenário econômico, o que potencializa a concorrência, a liberdade de iniciativa e o desenvolvimento num regime de justa competição.

1.16 Atuação preventiva do CADE

O controle das estruturas do mercado é um *meio de prevenção* ao abuso do poder econômico. O papel preventivo corresponde basicamente à análise dos atos de concentração⁷, ou seja, à análise das fusões, incorporações e associações de qualquer espécie entre agentes econômicos. Este papel, como visto, está prescrito nos artigos 88 e seguintes da Lei nº 12.529/11. Os atos de concentração econômica não são ilícitos anticoncorrenciais, mas negócios jurídicos privados entre empresas. Contudo, **serão proibidos** “os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços” (parágrafo 5º do artigo 88). **Estes atos poderão ser autorizados**, acaso preenchidas as seguintes condições (§ 6º do artigo 88), *verbis*:

§ 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I - cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade ou a competitividade;
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou

7. Atos de Concentração: “Fusões, aquisições, incorporações e *joint ventures* são típicos atos de concentração. Eles fazem parte do processo natural do desenvolvimento de uma economia de mercado e em si não configuram práticas abusivas. Tais atos buscam geralmente, aumentar a eficiência de uma empresa através, por exemplo, da diminuição de custos. Porém estas operações podem, ao mesmo tempo, resultar em restrições à concorrência ensejando assim sua apreciação pelo CADE. O CADE aprovará o ato se o mesmo proporcionar de fato, o aumento da produtividade, a melhoria da qualidade de bens e serviços ou ainda o desenvolvimento tecnológico e econômico. Na hipótese contrária, isto é, se o CADE apurar resultados lesivos à concorrência, o órgão poderá aplicar multas ou obrigar as empresas envolvidas a desfazerem a operação. Em suma, as principais razões que levam o Estado ao controle dos aludidos atos empresariais, são as seguintes: a) as concentrações tornam a estrutura do mercado menos competitiva, o que, por si só, tende a desencorajar a entrada de novos concorrentes; além disso, as empresas, depois de se associarem, se tiverem adquirido suficiente poder econômico, podem aumentar os preços no mercado; b) as concentrações de empresas e a consequente concentração de poder econômico, aumentam as oportunidades para um comportamento menos competitivo na medida em que a concentração tende a diminuir o número de concorrentes no mercado; c) as concentrações produzem eficiências desejáveis e indesejáveis, por isso é necessário saber distinguir umas das outras, bem como quais são aquelas que surgem a curto, médio e a longo prazo.” (Cartilha do CADE)