
A NOVA LEI ANTRITRUSTE (12.529/2011): uma análise crítica

The new Anthritruste Law (12,529 / 2011): a Critical Analysis

Túlio Phylische Silva de Oliveira¹

Carlos Henrique Passos Mairink²

Resumo: As infrações À Ordem Econômica e Financeira são métodos mercantis adotados habitualmente pelos agentes econômicos nos mercados relevantes, em nossa sociedade fundada em um Estado de Direito economicamente neoliberal. Seus motivos, por mais diversos que sejam, ligam basicamente ao interesse do empresário de obter maiores lucros em detrimento de seus competidores. Mas há que ser cauteloso, pois a concorrência é fator primordial no balanço do mercado, em que pese, certas estratégias empresariais serem consideradas lícitas ainda que gerem dano ao concorrente. Mas sua prática caracteriza um ato ilegal, contrariando a Constituição Federal, e ilícita, gerando danos aos seus concorrentes diretos. Para que haja a eventual responsabilização desses agentes, é necessário que os atos empregados por eles sejam inidôneos, desobedecendo assim às normas estabelecidas na própria Constituição Federal e Lei Antitruste, referentes ao livre mercado. Efetivamente demonstrado o ato inidôneo, há a possibilidade de obter a reparação do dano na seara cível, a condenação por crimes contra a Economia e, a responsabilização na seara administrativa, junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Palavras Chave: Direito Econômico/Constitucional/Empresarial/Administrativo/Civil/Penal. Infração econômica. Repressão. Concorrência. Responsabilização.

Abstract: The infractions to the Economic and Financial Order are mercantile methods usually adopted by the economic agents in the relevant markets, in our society based on an economically neoliberal State of Law. Their motives, no matter how diverse, are basically related to the interest of the entrepreneur to obtain greater profits to the detriment of its competitors. But we must be cautious, because competition is a major factor in the market balance, in spite of the fact that certain business strategies are considered to be lawful even though they may harm the competitor. But its practice characterizes an illegal act, contrary to the Federal Constitution, and illicit, generating damages to its direct competitors. In order for there to be possible accountability of these agents, it is necessary that the acts employed by them are inconvenience, thus disobeying the norms established in the Federal Constitution and Antitrust Law, regarding the free market. Effectively demonstrated the inconvenience act, there is the possibility of obtaining the reparation of the damage in the civil court, the condemnation for crimes against the Economy and, the responsibility in the administrative area, next to the Administrative Council of Economic Defense.

Keywords: Economic Law/Constitutional Law/Business Law/Administrative/Civil/Criminal

¹ Graduado em Direito pela Faculdade Minas Gerais – Famig. psotulio2@gmail.com

² Doutorando pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre pela Faculdade de Direito Milton Campos. Especialista pelo Centro Universitário Newton Paiva. Advogado e Professor da Faculdade Minas Gerais – Famig. passosmairink@gmail.com

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema o Direito Econômico, indo ao encontro do Direito Constitucional e regras aplicáveis do Direito Empresarial, culminando em reflexos na seara penal, cível e administrativa. Cujo problema de pesquisa é a análise crítica das infrações à Ordem Econômica e Financeira da Constituição Federal. Para tanto foram utilizados como marco teórico as obras: “Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal” de Ana Paula Martinez e, “Os Fundamentos do Antitruste” de Paula A. Forgioni. O método de pesquisa abordado foi o hipotético-dedutivo por meio de referenciais teóricos, em especial pesquisa bibliográfica, revistas especializadas e artigos de internet.

Para atender o objetivo proposto o presente trabalho foi dividido em quatro capítulos.

No primeiro capítulo entende-se a conceituação dos fundamentos constitucionais da referida Ordem, quais sejam a Livre Iniciativa (manifesta quando o particular tem liberdade para agir em um determinado mercado) e a Valoração do Trabalho Humano (elevação do labor do trabalhador, outro agente particular que, de igual modo, concorre na construção da econômica nacional). Dentre estes, sem dúvidas, percebe-se que a Livre Iniciativa é mais valorada. O motivo é que este Fundamento além de ser mais abrangente, contempla os agentes econômicos que diretamente movimentam o mercado, com suas decisões, produtos, consumidores, alcance de atuação no cenário internacional, dentre outros. Ainda, tal Fundamento é basilar para esta ciência quando fala-se em economia e mercado, posto que de tal modo sua importância é tão suma, que tem *status* de fundamento da República Federativa do Brasil. Ademais, resta salientar que os Fundamentos são alicerces que norteiam a Ordem Econômica constitucional.

Vê-se ainda que a Ordem Econômica é modelada de Princípios que buscam protegê-la e regular suas normas. Os princípios são pontes conectoras entre os Fundamentos e o Objetivo. Quer dizer, isto é o fim almejado para a sociedade. Restou-se então caracterizar o Objetivo da Ordem Econômica, que seria proporcionar vida digna a todos. Como a própria denominação mostra, a nossa economia deve ser pautada de forma a ajustar uma existência íntegra de todos brasileiros. O Direito Econômico e a Ordem Econômica constitucional têm por excelência, a percepção de relação pecuniária entre seus agentes. O dinheiro não aceita desaforos. Tão logo, faz-se necessária uma imposição firme do Estado para garantir esse direito.

Dentre os Princípios elencados, temos o Princípio Constitucional da Livre Concorrência, consagrado na “Constituição Econômica” - nome dado aos dispositivos atinentes à regularização e normatização da economia brasileira, na Constituição Federal, objeto de análise do segundo capítulo. Num mercado que haja tantos agentes econômicos, faz-se necessária a regulação de mercado, de modo que eles respeitem o consumidor e a si mesmo. Sua importância é tanta, que se mostra soberana. Ela complementa a Livre Iniciativa, e ambos harmonizam os desígnios dados pela Constituição Federal, quais sejam, a busca pela primazia do mercado livre e a vida digna moldada nos ditames da justiça social. Dessa forma, o Estado passa a operar em prol do mercado. Em que pese

ser economicamente mais viável que o Estado se abstenha de permanecer no jogo mercadológico, para que assim se evite um desequilíbrio face aos particulares, ele adota duas linhas de atuação: a primeira de Interventor (quando participa da produção econômica), que não é regra e, a de Regulador (quando normatiza e disciplina a econômica), tomando seu papel primário na atividade administrativa. Portanto, conjugando-se as duas facetas estatais, alinhados aos avanços sociais e proletários, pode-se afirmar que o Estado brasileiro, na econômica, é neoliberal - ainda que com obscuridade e falta de clareza, averigua-se.

Observa-se ainda, que alguém do desejado pelo constituinte, o empresariado busca saídas para aumentar arbitrariamente seus lucros. *A priori*, os esforços do empresariado não devem ser considerados ilícitos ou ilegais, visto que o jogo competitivo do mercado livre busca exatamente o benefício próprio, com reflexos obviamente positivos ao agente econômico. Mas levem-se em conta os melhoramentos, a qualidade dos produtos e a tecnologia despendida em favor da coletividade. O empresariado deve primar pela competição justa, sobretudo leal, aos moldes do mercado livre, modelado pelos intuitos do constituinte. Entretanto, os atos inidôneos são repudiados, pois vão de encontro aos ideais constitucionais. Nessa forma, os agentes econômicos valem-se de meios desleais para com seus competidores. Isso é errado. A Constituição Federal não tolera os atos que visem prejudicar os competidores. O direito concorrencial ao afirmar a probidade dos agentes, faz com que a evolução do mercado e economia não retroaja. Dessa forma todos saem ganhando, os produtores inovarão suas mercadorias e o consumidor em um curto espaço de tempo terá maior poder de compra. O egoísmo do empresariado só prejudicará o bom andamento da economia.

Ainda faz-se necessário conceituar o mercado. É um espaço concreto, pois seus efeitos são reais, onde estão presentes a oferta e demanda e, também, onde os agentes econômicos circulam bens e/ou serviços. Observa-se também, que a área onde atuam agentes econômicos em concorrência direta, nomina-se mercado relevante. perpassando-se também pela sua conceituação, o sentido geográfico é aquele no qual o agente econômico está situado. Já o sentido material, é aquele mercado no qual o agente injeta seu produto. Adentra-se também no entendimento do poder de mercado, que nada mais é que o prestígio do agente econômico. Sua reputação é amplamente conhecida. Da sua eficiência, além disso, pode ser que tenha consigo a posição de dominância, que é uma situação em que o agente econômico é principal expoente de seu seguimento e, suas ações repercutem com mais veemência no mercado e nos seus concorrentes, podendo até mesmo nem sentir riscos na atividade empresarial.

No terceiro capítulo, temos a explicação sobre a Lei Antitruste brasileira, nº 12.529/2011. Essa lei foi criada como uma interpretação extensiva do texto constitucional, no momento em que nela foi comandado ao Congresso Nacional, a criação de uma lei que tratasse da proteção efetiva da Ordem Econômica. Nela restou-se consagrada a existência de duas entidades responsáveis ao combate das infrações econômicas: a Secretaria de Acompanhamento Econômico (que possui uma competência administrativa) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômico (este que age em face dos particulares), que interessa.

O CADE é uma autarquia federal de regime especial. Isto é, está vinculado ao Ministério de Jus-

tiça, mas é autônomo. Composto por três órgãos, cada um com suas atribuições, competências e peculiaridades. O Departamento de Estudos Econômicos é responsável pela elaboração de estudos econômicos. A Superintendência Geral instaura e instrui os processos administrativos econômicos, que serão julgados pelo crivo do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica.

As infrações à ordem econômica estão contidas no Artigo 36 da Lei Antitruste. Nota-se que o dispositivo faz expressa previsão de responsabilidade objetiva, em que pese, de tão gravosos, os atos não precisam nem mesmo ser consumidos, bastando somente a intenção do agente infrator. Isto quer dizer que não se analisa culpa ou dolo. Sendo assim, ao praticar ato inidôneo que configura infração à Ordem Econômica constitucional, o agente será responsabilizado. As infrações econômicas não são taxativas no texto legal, mas os efeitos descritos devem estar evidentes. São eles: limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, dominar mercado relevante de bens ou serviços, aumentar arbitrariamente os lucros e exercer de forma abusiva posição dominante.

Dada a importância da Ordem, observam-se assim as formas de responsabilização para os agentes infratores. Imputa-se a responsabilidade penal, que está prevista na Lei 8.137/1990, fora da Lei Antitruste, em que se tipificam os crimes. A responsabilidade civil está de forma intrínseca, vinculada à responsabilização penal, tendo em vista o art. 66 do Código de Processo Penal, que não permite pretensão para reparação civil caso o acusado seja absolvido. Entretanto, cabendo indenização, aplica-se o código cível relativo à reparação por atos ilícitos. E, por fim, a administrativa: essa, como a penal, também autônoma. A Lei Antitruste prevê todo o procedimento responsabilizatório do infrator, desde a instauração do processo à possibilidade da procuradoria promover a execução da pena, no âmbito judiciário.

No quarto e último capítulo, passa-se a uma análise crítica da lei. Por ter incumbido ao CADE o encargo de se a vanguarda no combate as infrações à Ordem Econômica, grande responsabilidade recai sobre ele, pelo importante múnus público da matéria. Percebe-se que, envolvido em matéria estritamente econômica e os ideais liberais e, ao mesmo tempo, a proteção garantida pelo Estado à sociedade, o CADE está numa faixa de guerra entre interventores e conservadores. Portanto, fez-se necessário uma análise criteriosa e técnica da Lei Antitruste, abordando-se os seus aspectos positivos e negativos.

LIVRE INICIATIVA

Entende-se por Livre Iniciativa como um Fundamento estabelecido no *caput* do Artigo 170 da Constituição Federal de 1988, que rege sobre a Ordem Econômica, contemplado juntamente com a valorização do trabalho humano. A Ordem Econômica é uma organização dada pela Carta Magna, que disciplina as relações de relevância jurídica no âmbito do universo do Direito Econômico, que se expandem em uma “rede” teleológica de dispositivos compatíveis entre si. João Bosco Leopoldino retrata essa matéria da forma em que “O conceito de ordem se prende à correlação e correspondência hierárquica existente dentro do conjunto de normas, ligando as normas particulares a uma norma fundamental.” (FONSECA, 2014, p. 65). Portanto, a Ordem Econômica é uma norma

fundamental com relevância hierárquica maior, sendo a norteadora dos dispositivos particulares que nela estão contidos e regulam as relações de Direito Econômico.

Logo, Tal Fundamento, garante ao particular, dentro das normas da licitude do nosso ordenamento jurídico, se lançar no mercado competitivo por sua própria conta e risco. Isto é, o particular poderá juntamente com outros, formalizar uma sociedade, assim personificando uma pessoa jurídica ao qual explorará uma atividade empresarial ou simples, ou até mesmo, exercer uma atividade organizada por seu próprio nome, em que pese seu exercício se confundirá com a própria empresa (se tornando, portanto, um empresário), nos moldes do Artigo 966 do Código Civil. Logo, o particular poderá circular pelo mercado sem restrição. Seu ingresso, saída e atividade no mercado será feita da forma ou momento em que bem entender conveniente.

Observemos a redação dada pelo dispositivo supramencionado e, em seguida, destrinchá-lo, por ser o mais importante dispositivo da Ordem Econômica, contemplando os Fundamentos, o Objetivo e a Equiparação: “Art. 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988). A nossa Carta Magna segue uma lógica coesa. Também chamada de “Constituição Cidadã”, muito advinda do período histórico na época vivido, enaltece os valores eminentemente humanos de tal forma que se prima a todo instante a defesa do Estado Democrático de Direito. É como nos ensina Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

Essas disposições, (...) revelam nitidamente o caráter compromissário de nossa Carta Política. Em vez de assumir como um dado inelutável a consagrada cisão entre ‘capital e trabalho’, o histórico antagonismo entre ‘empresário e trabalhador’, o texto constitucional procura transmitir uma ideia de integração, de harmonia, de sorte que assegura a livre-iniciativa (ALEXANDRINO; PAULO, 2014, p. 994)

Nota-se nesse liame que a Constituição Federal dá uma natureza jurídica à Livre Iniciativa de Fundamento da Ordem Econômica. Desatina-se, outrossim, que a Valorização do Trabalho Humano segue a mesma ordem equitativa constitucional. Para este último, o particular poderá ingressar da mesma forma no mercado de trabalho, com seu labor. Nesse cenário, ao contrário da Livre Iniciativa, o particular trocará a prestação do esforço de seu trabalho por uma contraprestação correspondente à sua remuneração, advinda de seu empregador. Pode até mesmo, prestar concurso público para cargos vinculados à Administração Pública direta ou indireta, sendo um funcionário público com vínculo de emprego com o Estado. Um dos Princípios da Ordem Econômica, o Princípio do Pleno Emprego (Artigo 170, VII, Constituição Federal/1988), é uma consequência direta de tal fundamento.

Nesse momento, há que se delinear as diferenças entre Fundamento e Princípio. Os fundamentos são alicerces que o Direito Econômico através da Ordem Econômica busca alcançar. Em outras palavras, é o bem jurídico tutelado pela Constituição. Já os princípios são os meios que se valerão para alcançar o bem jurídico ou prevalecê-lo no tempo. Segundo o entendimento de Petter:

Há que se tornar o ‘fundamento’ como a causa da ordem econômica, ligando-se, portanto, ao próprio objetivo por ela pretendido. Enquanto que os princípios serão os elementos pelos quais aquela ordem se efetivará, ou seja, o ponto de partida para esta efetivação, e que, portanto, não pode ser relegado. Fundamento, no sentido aristotélico, é tomado

como causa no sentido de razão de ser. Já princípio caracteriza o ponto de partida de um processo qualquer. (PETTER, 2013, p. 50-51).

A Constituição Federal de 1988 ainda nos descreve sobre o Objetivo da Ordem Econômica: a vida digna. Ora, permeando-se pelos fundamentos, quaisquer que sejam, o particular deverá ter garantida sua vida digna. O Estado então, figura como um garantidor de uma vida digna ao particular, partindo do pressuposto de que este se valerá para concorrer como agente econômico na micro ou macro economia, circulando o capital. Subentende-se como existência digna, a capacidade de subsistência do particular. Assim sendo, ao se valorar o trabalho humano e a Livre Iniciativa, a existência digna é uma consequência lógica e direta.

Entretanto, não basta apenas termos os pilares da Ordem Econômica e seu Objetivo. É aí que entra a equiparação. Nas suas dimensões geográficas, o Brasil tem área equiparadamente continental. As deformidades estarão sempre evidentes por todo o território nacional. Para tanto, está presente também no Artigo 170 da Lei Maior, a Equiparação. Quando no referido dispositivo é mencionado “os ditames da justiça social”, o legislador deu-nos a interpretação de que estaria tentando criar espaço para efetivar a equanimidade - mas, note-se que a justiça social não é e nem pode se confundir com Estado Social. Dessa forma, qualquer manifestação de injustiça social, de qualquer natureza, as popularmente chamadas “injustiças da vida”, devem ser suprimidas para que todos possam ter acesso ao mercado como um todo. Machado diz que “os fundamentos da livre iniciativa e da valorização do trabalho humano serão o suporte da Ordem Econômica para garantir a todos uma existência digna, nos ditames da justiça social” (MACHADO, 2017, P. 59). De tal modo, qualquer um no país pode ser um agente econômico. O Estado nesse momento tem uma roupagem corretor de assimilaridades. Coerentemente, a competência para legislar sobre matéria econômica é concorrente para União, Estados e Distrito Federal (Artigo 24, I, Constituição Federal/1988). Como um bom exemplo que atende à Equiparação, temos no ordenamento jurídico a Lei Complementar 123/06 que dispõe sobre as Micro Empresas (ME) e Empresas de Pequeno porte (EPP), contendo regras benéficas específicas para seu regime, que vão desde a carga tributária menos penosa (Simples Nacional) à possibilidade de concorrência em modalidades de licitação, acarretando assim uma possibilidade de crescimento no mercado.

Em outras palavras, a Ordem Econômica prevê um Estado em que todo cidadão tenha sua participação e contribuição. Há que se ressaltar aqui, que a atividade econômica *a priori* é de **exclusividade do particular**. É dessa forma que podemos observar que nossas leis, de certa forma, possuem uma postura tendenciosa à liberdade e incentivo da prática mercantil, ainda que não na forma tributária, principalmente quando se analisa nosso atual panorama, em que muitas vezes é fato, a alta carga tributária desestimula os entes econômicos e pode até engasgar a economia (entretanto, esses exames, quais sejam da intervenção do Estado na economia e seus reflexos, não serão tratados no objeto deste estudo). O que vale destacar aqui é que, a Constituição, desde logo, preza pela prática mercantil. Destarte, logo na abertura de seu escopo normativo, temos:

Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Município e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem

como fundamentos:

(...)

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

Sendo assim, concluí-se pela simples hermenêutica que, o Fundamento da Livre Iniciativa da Ordem Econômica e Financeira constitucional, é alicerce para a República Federativa do Brasil, pois reflete ao particular a subsistência de vida digna, resguardada sempre. E, de antemão, terá tratamento em equidade para que possa concorrer no espaço mercantil.

A LIVRE CONCORRÊNCIA

Vimos que o Artigo 170 da Constituição Federal de 1988 prevê a Ordem Econômica. Tão logo, é um dispositivo preliminar de normas gerais que elencam os Fundamentos, o Objetivo e a Equiparação. Passando agora a analisar os Princípios (lembrando, como anteriormente distinguido, há diferenças quanto aos Fundamentos), também expostos nesse Artigo, mais precisamente em seus incisos, pode-se afirmar que por meio deles se alcançará o Objetivo constitucional da Ordem Econômica soberana e forte, qual seja a Vida Digna. Desta forma, ensina-nos em suas lições, João Bosco Leopoldino:

a Constituição estabelece a finalidade de toda a atuação através de políticas econômicas, qual seja a de assegurar a todos existência digna. (...) Para que os fundamentos sejam concretizados e para que os fins sejam alcançados, necessário se faz adotar alguns princípios. (FONSECA, 2014, p. 92-93).

Ao todo, a Constituição elenca nove incisos. Mas, de todos, a Livre Concorrência é o que mais se destoa se comparado aos demais. Prevista no inciso IV do *caput* do Artigo 170. Concorrência pode ser obviamente entendida como competição. As relações econômicas, historicamente falando, datam de tempos longínquos (que não se faz necessário detalhá-los neste estudo) que foram se aperfeiçoando ao longo dos séculos, aliado a adaptação à modernidade, e assim, o Constituinte original não poderia se eximir ao tratar deste instituto dada à sua importância. Logo, a competição entre os agentes econômicos é o que impulsiona a economia em relação direta ou indireta (micro e macro economias). Assim se posiciona Lafayette Josué Petter:

a concorrência pressupõe uma ação entabulada por um grande numero de competidores atuando livremente no mercado de um mesmo produto, fazendo com que a oferta e a procura provenham de compradores ou de vendedores cuja igualdade de condições os impeça de influir, de modo permanente ou duradouro, no preço dos bens e serviços. (...) Um ambiente concorrencial é tão vital que não seria desarrazoado aferir a legitimidade da economia e dos bons frutos que tal ambiente potencialmente pode produzir, pela dimensão que a concorrência efetiva, leal e concreta, toma nos setores específicos: quanto mais concorrência, mais benefícios, não só para os consumidores, mas para estes de um modo especial. (PETTER, 2013, p. 78)

Isto é, um ambiente economicamente concorrencial é um efetivo benefício para toda a sociedade. Ao competirem (como primou o Constituinte original) os agentes econômicos além de favorecerem a economia, buscarão evoluir seus produtos, para angariar maior clientela e se estabelecer no mercado.

A Livre Concorrência é um especial Princípio da Ordem Econômica, porque decorre de uma íntima conexão, uma consequência direta do Fundamento da Livre Iniciativa. Não basta apenas prezar pela participação no mercado, sem garantir ao seu novo participante a possibilidade de disputar clientes com os agentes pré estabelecidos. É neste tocante, que ensina-nos Pedro Lenza: “Enquanto desdobramento da livre-iniciativa, a livre-concorrência aparece como princípio da Ordem Econômica, devendo ser balizada pelos ditames da justiça social e da dignidade.” (LENZA, 2010, p. 986). Isto porque ela vem frear diretamente a o mercado, tendo em vista que seu principal atributo é de harmonizá-lo. De tal forma, podemos claramente observar que tal Princípio repreende a concentração injusta e desleal de um agente econômico para com outro, veementemente destacado na Lei Maior:

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

§ 4º: A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

Isto quer dizer que a Livre Concorrência, como corroboração à coerência sempre presente em nossa Constituição Federal, busca dar aos particulares, uma ampla possibilidade de lograr êxito no âmbito do desenvolvimento de sua atividade, dando partida direta a assegurar a existência digna moldada nos ditames da justiça social, como consagrado no *caput* do Artigo 170 de nossa Constituição Federal. E de tão logo podemos observar dois momentos que o dispositivo acima quer nos mencionar, que defenderão empiricamente o Princípio da Livre Concorrência. Iniciando pelo § 4º, o texto constitucional deixa claro que a competição entre os agentes econômicos é regra geral normatizadora. Não poderá um ou mais agentes econômicos, praticarem atos que irão de encontro ao texto constitucional, eliminando a concorrência ou arbitrariamente locupletar-se. A lei referida em seu início, trata-se da atual Lei Antitruste (12.529/2011, que será oportunamente apreciada), que revogou a antiga lei 8.884/1994, pioneira no exame da matéria. Já no segundo momento, temos que a exploração da atividade econômica será exercida pelo particular, como regra geral. Podemos ainda dividir esse segundo momento em dois outros, já que a Constituição Federal prevê atuação estatal prevista no próprio texto constitucional. Abordando-se primeiro a exceção, teremos o Estado como interventor direto na economia. Sua atuação está prevista também no Artigo 173 e, possui complementação (advinda do §1º) pela Lei 13.303/16. Serão os casos de “imperativo da segurança nacional” e “relevante interesse coletivo”. O Estado pode atuar diretamente na economia, vestindo uma roupagem empresarial. Para Petter, são os casos em que atuam “Na exploração direta do Estado na economia (...) por intermédio das empresas públicas, das sociedades de economia mista e mesmo através de outras entidades estatais ou paraestatais.” (PETTER, 2013, p. 107). Para ilustrar, são os exemplos clássicos de intervenção direta, para as empresas públicas a Caixa Econômica Federal e, para as Empresas de Economia Mista o Banco do Brasil. Como segunda, teremos então a regra geral da atuação estatal na economia: o Estado Regulador, previsto no artigo 174 também da Carta Magna, que por ser um tema de especial tratamento, esboçando-se abaixo.

A tarefa de classificação quanto à política econômica empregada no Brasil não é fácil e, muito se

dá pela tendência esquerdista e Estado interventor vividos atualmente no governo federal, juntamente com os demais partidos políticos. Entretanto, podemos mensurar que num painel geral, nosso país vive um expoente do liberalismo que propunha o pensador e economista *Adam Smith* e os ideais do *laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même*. É como, inclusive, pondera Fábio Ulhoa Coelho: “Ao delinear o perfil da ordem econômica com o traço neoliberal, a Constituição, (...) assegura aos particulares a primazia da produção e circulação de bens e serviços” (COELHO, 2015, p. 257). De um modo geral, portanto, classificamos o Brasil como um país que emprega o “Neoliberalismo Econômico”.

Chamando-o então de “Neoliberalismo Brasileiro”, o Estado Regulador vem para regular e fiscalizar a economia. Entretanto, como já visto, há uma incoerência legislativa visto que o Constituinte original prima pela concorrência, fazendo-nos pressupor que a tendência adotada seria de liberalismo econômico. Essa incoerência se dá pelo estudo da economia liberalista pura e aplicada. Isto é, Estado não interventor. Ao se prezar pela competição entre os agentes econômicos, não só se contradiz o legislador (tendo em vista que o Estado interventor não deveria ser regra), como também o Estado não deveria participar ou regular/fiscalizar a economia. Dessa forma, o Neoliberalismo Brasileiro atua da seguinte forma, em linhas breves: levando-se em conta que o Estado deve exercer serviços tidos como públicos, e por não ser de sua competência exercê-los, cria então as Agências Reguladoras. Dessa forma, o particular licitará para obter a concessão desse serviço. Logo observa-se o problema nesse esquema. Apenas agentes econômicos que participam de processo licitatório podem exercer a atividade econômica, se sujeitando as normas de regulação ou fiscalização da agência econômica ao qual está vinculado. Portanto, não há ampla concorrência para os demais agentes econômicos e desse modo, o Estado beneficia apenas aqueles que estão sob sua vinculação. Em um trabalho colaborativo, economistas filiados ao Instituto Ludwig von Mises Brasil (IMB), fizeram em um de seus trabalhos, uma crítica fortíssima a essa forma de capitalismo à brasileira:

Em teoria, agências reguladoras existem para proteger o consumidor. Na prática, elas protegem as empresas privadas dos consumidores. Por um lado, as agências reguladoras estipulam preços e especificam os serviços que as empresas reguladas devem ofertar. Por outro, elas protegem as empresas reguladas ao restringir a entrada de novas empresas neste mercado. No final, agências reguladoras nada mais são do que um aparato burocrático que tem a missão de cartelizar as empresas privadas que operam nos setores regulados, determinando quem pode e quem não pode entrar no mercado, e especificando quais serviços as empresas podem ou não ofertar, impedindo desta maneira que haja qualquer ‘perigo’ de livre concorrência.” (INSTITUTO LUDWIG VON MISES BRASIL, 2015)

Então a regra imposta pelo sistema constitucional é a de que o Estado não terá participação direta na economia. Isso atende diretamente a difícil classificação econômica, como acima demonstrada, do Neoliberalismo Brasileiro. Essa proteção se dá pelo fato de que o particular não teria uma justa concorrência com o Estado. A equação do balanço de mercado tenderia ao Estado, vez que este teria amplo poder e dominância de mercado em relação ao particular, em vista de seu poderio financeiro, econômico e político.

A união ainda poderá ter diferentemente de participação e regulação, o monopólio sobre certos tipos de atividades econômicas, atuando de forma privativa. Isto quer dizer que o Estado toma para

si somente, a execução de atividades destacadas no rol do Artigo 177 da Constituição Federal. O monopólio significa que o estado não terá competidores para o exercício de uma atividade econômica. Nesse liame, cria-se agentes econômicos com a faceta estatal que executarão ou prestarão o serviço. Melhor ensina-nos o saudoso Ministro do e. Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso:

Este caráter excepcional é enfatizado pela Constituição em duas normas, uma implícita e outra explícita. A primeira limita a criação de novos monopólios públicos, além daqueles que já constam da Carta. E a segunda impõe a necessidade de lei autorizativa de qualquer forma de exploração direta de atividade econômica pelo Estado, cujos pressupostos são os imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo. Além disso, a Constituição estabelece que, nessas hipóteses, o Estado-empresário estará submetido às mesmas condições que os particulares, de modo a evitar a concorrência desleal, com prejuízo maior para o princípio da livre iniciativa. (BARROSO, 2015, p. 202)

Complementando, assim leciona Lafayette Josué Petter:

Trata-se de atuação subsidiária, pois a Constituição Econômica elegeu o particular como protagonista da atividade econômica. A excepcionalidade dessa forma de atuação decorre do modelo econômico adotado, o qual tem por pressuposto (...) a livre iniciativa. (PETTER, 2013, p. 106)

Portanto, no do direito competitivo, é de suma importância que os agentes econômicos respeitem a livre concorrência, por sem um especial princípio à Ordem Econômica e Financeira, pois é ele quem harmoniza suas relações e protege o consumidor final, visto que em uma conexão implícita, os agentes sempre buscarão melhorar seus produtos, e assim granjear mais clientes.

Concorrência Desleal

Como demonstrado anteriormente, a regra constitucional é de que o mercado se configurará em uma concorrência justa entre os competidores. A concorrência é benéfica ao consumidor. Há sempre que se ter em mente que o mercado brasileiro se desenvolverá empregando nos moldes da justa competição que, os seus competidores no desempenho de suas atividades, aplicarão a lealdade para com os seus concorrentes diretos ou indiretos. A vedação constitucional, corroborada com a Lei Antitruste punem os agentes econômicos que transgridem a regra.

Os atos desleais não são bem vindos, passíveis de serem punidos: são práticas viciosas que trazem prejuízos aos consumidores e possivelmente a macroeconomia. Por outro lado, a concorrência leal também busca causar danos no concorrente. O empresário buscará seus lucros em detrimento dos seus concorrentes. Esse é o jogo mercantil. Fato é que não é fácil a tarefa de distinguir a concorrência leal da desleal, tendo que sempre nos submetermos a análise teleológica da interpretação casuística, nos termos do Artigo 36 da Lei Antitruste (que ainda será melhor contextualizada abaixo, oportunamente). Para o Professor Fábio Ulhoa:

São os *meios* empregados para a realização dessa finalidade que as distinguem. Há meios idôneos e meios inidôneos de ganhar consumidores, em detrimento dos concorrentes. Será, assim, pela análise dos recursos utilizados pelo empresário, que se poderá identificar a deslealdade de concorrência ilícita (...) – a infração da ordem econômica (COELHO, 2015, p. 261)

Surge nesse contexto e pelos estudos do Direito Econômico, uma característica peculiar desse

ramo: a Economicidade. As normas positivadas do Direito Econômico possuem, por excelência, atenção aos efeitos econômicos. Ora, os recursos são escassos. Logo, regulamentar a locação dos recursos e observar os seus efeitos na economia e mercado, devem ser feitos de forma a que se prime a efetivação do bem estar social. Potencializar a economia brasileira, em uma macroescala, é afirmar um forte poder econômico aos brasileiros. Garantido-se a concorrência entre os entes econômicos, consequentemente ocorrerá: melhora nos produtos, melhora nas formas de produção, evolução das mercadorias, melhor custo-benefício ao consumidor e empresa, etc. Desse modo, podemos afirmar constitucionalmente que a melhor alternativa para a efetiva proteção do mercado e do consumidor, é o respeito ao Princípio da Livre Concorrência. Destarte o mercado deverá impor aos seus participantes, a noção de competição.

Para tanto, para que esteja evidentemente admitida uma conduta pela Lei Antitruste, como infração a Ordem Econômica, deverá produzir os efeitos contidos nos incisos do caput do Art. 36, quais sejam: (I) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (II) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (III) aumentar arbitrariamente os lucros; e (IV) exercer de forma abusiva posição dominante. Ainda para Fábio Ulhoa Coelho (e para o restante da doutrina) é essencial cominação da Lei Antitruste ao texto constitucional que dispõe sobre a Ordem Econômica, para configurar uma infração a tal: “feita pela *indispensável* conjugação de dois dispositivos da Lei Antitruste, o art. 36 e seu § 3º [a] norma constitucional programadora da Lei Antitruste (CF, art. 173, § 4º).” (COELHO, 2015, p. 278). A concorrência desleal então, se mostra no caso concreto como os atos que buscam dominar o mercado e aumentar arbitrariamente os lucros dos agentes econômicos que os praticam.

Em um panorama geral, portanto, a prática de atos desleais infringem o texto constitucional quanto a respeito ao Princípio da Livre Concorrência. No tocante aos efeitos, a concorrência desleal oprime o consumidor pelos mais diversos motivos que são verificados no caso concreto e prejudicam o mercado.

Mercado

Vimos que a competição é regra e deve ser exercida de forma justa para com todos os agentes econômicos. Vimos também que há sempre que se ter em mente que o mercado brasileiro se desenvolverá empregando os moldes da justa competição e, os seus competidores no desempenho de suas atividades, aplicarão a lealdade para com os seus concorrentes diretos ou indiretos. Ainda, vimos que disso, entretanto, não quer dizer que o agente econômico deva se ater a simplesmente não buscar auferir maiores lucros que seu concorrente. O mercado é a plataforma em que os agentes econômicos se apoiam para competir entre si. Para Petter:

o princípio da livre concorrência visa a garantir aos agentes econômicos a oportunidade de competirem no mercado de forma justa, isto é, a ideia de conquista de mercado e de lucratividade deverá estar ancorada em motivos jurídico-econômicos lícitos (...) e não serem decorrentes de hipoteses de abuso de poder econômico. (...) Traduz-se, portanto, numa das vigas mestres do êxito da economia de mercado. (PETTER, 2013, p. 78-79)

O mercado, portanto, é uma ficção jurídica, econômica e social, em que haverá produção ou circu-

lação de bens e/ou produtos, entre pelo menos dois agentes: de um lado a oferta, agente que circula o bem ou o serviço (ainda que este também seja o que produziu o bem) e, do outro, a demanda, agente que adquire o bem ou o serviço onerosamente. Em outras palavras, o consumidor. É curioso que sua menção esteja fora da Ordem Econômica e Financeira, sendo contemplado “*a posteriori*” no Artigo 219 da Constituição Federal. Possui natureza de patrimônio nacional, sendo dever do Estado fomentá-lo.

Há ainda, uma classificação especial de mercado. Diz-se um mercado relevante, quando nele se observe a atuação de ramos mercantis específicos. Literalmente, há uma relevância que permita a verificação da atuação empresarial em um determinado local, que seus efeitos estarão submetidos à apreciação de aplicação das normas legais pertinentes. Para Fábio Ulhoa, a caracterização do mercado relevante se dá em dois momentos: o primeiro geográfico e o segundo material. Quanto aquele, observaremos a proporção que o mercado atuará. “Não há necessidade de o mercado relevante abranger todo o território nacional (...) por outro lado, que o mercado relevante mobilize grandes somas de capital” (COELHO, 2015, p. 285-286), simplesmente se observa os limites geográficos que este mercado relevante opera. Quanto ao último, se mede pela perspectiva do consumidor: “abrange todos os produtos ou serviços pelos quais o consumidor poderia trocar, razoavelmente” (COELHO, 2015, p. 286). Assim sendo, essa relação deve ser sempre analisada nos casos concretos e, se presentes, conceituam o mercado relevante.

Desse modo, não é impossível de se imaginar ou até mesmo de se perceber no mercado, agentes econômicos que nos parece, em análise superficial, estarem controlando o mercado e prejudicando seus concorrentes. Pode ser que de fato o agente esteja usando métodos anti concorrenciais, incur-sando em infração à Ordem Econômica. Entretanto, ao desempenhar sua atividade empresarial, o agente econômico poderá se deparar com uma plena situação de poder de mercado. Isto quer dizer que, no decorrer dos exercícios financeiros, seu prestígio com a clientela e poderio financeiro poderá ser acentuado em detrimento dos demais concorrentes, aplicando ou não neles, danos econômicos que não geram ato ilícito. Esses fatos são chamados de poder de mercado. Ou seja, um ente econômico tem tamanha importância em um mercado relevante que o nome por ele ostentado ecoa mais fortemente que de seus concorrentes. Em um primeiro momento, tais condutas não caracterizam abuso concorrencial, visto que incorrem em concorrência leal, em uma simples situação de competição, pois não abusam dos limites estabelecidos na Lei antitruste (12.529/2011) em consonância com a Constituição Federal.

O poder econômico poderá estar atrelado ao campo concorrencial desleal. O interesse na soma de capitais é o principal fator que move o empresariado no mundo capitalista. Isso deverasmente é habitual no mundo dos negócios. Fábio Ulhoa entende em sua obra Curso de Direito comercial, que porquanto a Constituição prima pela coletividade e vida cidadã, sempre se atendo à civilidade, o interesse egoístico do empresariado comumente desrespeita as normas gerais e sociais impostas pela Constituição Federal. Portanto, mesmo que sua posição de prestígio se destaca em relação aos concorrentes, esse poder econômico de mercado é completamente ilícito e ilegal nos moldes da lei, devendo ser devidamente punido. A regra dada pelo texto constitucional é soberana e, a

concorrência desleal será repudiada nos termos do Artigo 173, § 4º.

O poder econômico (ou de mercado) do agente econômico poderá estar tão agravado, obtendo um *status* de poder dominante. Pode decorrer de fatores primários e originários, como por exemplo, uma novidade empresarial (novo bem ou serviço); nesse caso, sendo ele um único agente a realizar o serviço ou comercializar o bem. Entretanto, também pode ocorrer de que a empresa seja praticamente soberana. Nas palavras de Paula Forgioni:

Parte-se do pressuposto de que mesmo a empresa que não atue sozinha no mercado pode deter poder econômico tal (ou seja, *razoável*) que lhe permita agir de forma *independente* e com *indiferença* à existência ou comportamento dos outros agentes. Em virtude da ausência de ambiente concorrencial, o agente econômico titular de ‘razoável’ poder *não sofre maiores pressões de competidores*. Neste caso, a posição dos pequenos agentes será sempre de sujeição ao comportamento da outra empresa. (FORGIONI, 2013, p. 259)

Ainda que não necessariamente seja monopolista na aplicação da atividade empresarial, o agente econômico tomará uma postura monopolista, visto que suas decisões no âmbito do mercado relevante serão absolutas, não abrindo possibilidade para os demais concorrentes de se estabelecerem no mercado relevante e competirem ou, simplesmente, se subjugarem às decisões do agente econômico.

Entretanto, não punimos a posição dominante no Brasil. Nos termos do Artigo 36, §1º, da Lei Antitruste, é lícita “a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores”, ainda que prejudiciais aos demais entes econômicos. Para Forgioni: “Consagra-se a vantagem competitiva (...) do agente econômico: se há maior eficiência, nada se deve punir” (FORGIONI, 2013, p. 260). Portanto, a conquista de mercado por meio leal, jamais deverá ser punida, ainda que aparentemente infrinja à própria coerência constitucional. É uma forma que o legislador encontrou de congratular o agente econômico eficiente. E, nada mais lógico do que ratificar seu empenho e progresso durante o decurso do tempo, é permitir que ele continue a atuar no mercado, ainda que em detrimento de seus concorrentes.

A NOVA LEI ANTITRUSTE (12.529/2011)

Observamos pela leitura do já aludido Artigo 173, em seu § 4º, que se trata de uma norma constitucional de eficácia limitada, pois necessita de lei infraconstitucional que regulará a matéria. Nele está cediço, no geral, que uma lei posterior regulará o abuso do poder econômico para garantir a integridade da ordem econômica constitucional. Diante desse cenário, no ano de 2011 criou-se uma nova Lei em nosso ordenamento jurídico que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, a já anteriormente referida Lei 12.529, como resposta direta ao texto constitucional. Também conhecida como Lei Antitruste, que revogou a Lei 8.884/1994 que outrora dispunha da matéria. Em tese, essa lei possibilita o Estado regulamentar e disciplinar a economia como um todo. Face outra, essa lei também é uma referência ao Artigo 174, também da Carta Política, em sua função econômica indireta, vestido da roupagem fiscalizatória. É também chamado didaticamente de “Estado Interventor”.

De um ponto vista material, a nova lei não trouxe consigo tantas diferenças se comparada à ante-

rior (ainda que aqui, destaca-se, não é o objetivo compará-las). Mas, se houve no aspecto legislativo e do direito como um todo, a necessidade de se revogar uma lei, é por óbvio que seu escopo trouxe à baila novos elementos significativos. Desse modo a evolução legislativa permitiu que a análise da matéria abrangida pela Lei Antitruste fosse muito mais abrangente que a apreciação das infrações da Ordem Econômica, como descrito no texto constitucional. Destarte essa nova lei estrutura, como acima citado, todo o Sistema Brasileiro de Defesa Econômica.

Passando-se agora a análise liminar da lei, temos inicialmente, as novas (ou antigas) competências definidas para a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SeAE). Não é uma novidade. Em verdade, esta secretaria já existia preteritamente à vigência da Lei Antitruste, sendo vinculada ao Ministério da Fazenda. Diz Paula Forgioni que: “teve diminuídas suas funções relativas referentes ao antitruste, restando-lhe a competência não exclusiva de promover a concorrência junto à própria Administração” (FORGIONI, 2013, p. 124). Ou seja, a SeAE atua no âmbito da Administração Pública, nos órgãos governamentais, de modo simplório que, ela estará focada em estudar a prática da concorrência sempre que o Poder Público agir para com a sociedade, nos moldes do Artigo 19.

Tem-se que a persecução às práticas ofensivas à Ordem Econômica constitucional é eminentemente administrativa. Mas, mais uma vez não podemos nos olvidar aos moldes constitucionais. É direito fundamentalmente garantido ao ofendido, quando no seu íntimo há a lesão ou ameaça de seu direito, pleitear em juízo a contenda. É o chamado “direito de ação” do Artigo 5º, XXXV da Constituição Federal. A lei faz nada menos que alusão ao referido direito, o corroborando ao Artigo 47. A lei não poderá afastar a atuação judiciária. Portanto, o agente econômico poderá pleitear em juízo a contenda da via administrativa.

As condenações se aplicam às pessoas físicas ou jurídicas (públicas ou privadas) à associações de pessoas, registradas ou não (Artigo 31). Disso, há responsabilidade solidaria da pessoa jurídica à física, (na figura de seus sócios, dirigentes e administradores), ou entidades e empresas pertencentes ao grupo econômico (Artigos 32 e 33). Além disso, há a plena possibilidade de despersonalização da pessoa jurídica, quando houver infração à Ordem Econômica (Artigo 34). E, por fim, a condenação administrativa não os exime de punições em outras searas, que é a chamada “independência de esferas” (Artigo 35).

O Ministério Público tem fundamental atuação na construção da defesa econômica. É sabido legalmente que o CADE é o responsável por instaurar e julgar os processos administrativos que ter por fundamento a defesa da ordem econômica (matéria tal, que será exaurida logo mais). O ministério Público, nesse liame, além de sua função solene de “*custos legis*”, também atuará jurisdicionalmente em matéria civil, pela indenização causada pelos danos dos agentes econômicos que produziram atos ilícitos bem como pela condenação penal dos agentes concorridos nas infrações à Ordem Econômica. Na esfera administrativa, indicará um representante para atuar junto ao CADE. Lafayete Josué Petter, que inclusive é Procurador da República, leciona que:

as atribuições da instituição do ministério público (...) insere-se a proteção da ordem econômica, face os inegáveis efeitos sobre a coletividade em geral e sobre os agentes econômicos. Isto implica em atribuições bastante largas, tudo a fim de preservar a justiça econômica do mercado. Ora acautelando a iniciativa econômica daqueles a quem foi

suprimida esta liberdade, ora promovendo ações e iniciativas em favor das circunstâncias concorrenciais, ora tentando uma atuação protetiva do consumidor, destinatário final dos movimentos do mercado. (...) As atribuições e competências próprias do ministério público incumbem-no de atuar tanto no chamado controle preventivo (...) como no controle repressivo (...)” (PETTER, 2013, p. 224-225)

Finalizando essa trindade e, de igual modo, a advocacia também tem papel fundamental para o direito concorrencial. Sua atuação até certo ponto se assemelha ao Ministério Público. O procedimento administrativo não obstará o exercício da profissão do advogado, tampouco a judicialização do feito. Consoante, a Constituição Federal faz menção à classe de modo que, pelo seu Artigo 133, a advocacia é essencial a administração da justiça. Sendo assim, a defesa econômica, deverá ser observada também pelos advogados no âmbito social, pois a regra constitucional deve ser defendida e, não há ninguém mais apta a exercer este múnus do que o advogado. Desse modo, Forgioni diz:

Se os advogados não levarem ao conhecimento dos juízes os abusos cometidos pelos agentes econômicos com posição dominante, a magistratura não será impelida a envolver-se pela matéria, prejudicando a sociedade brasileira.” (FORGIONI, 2013, p. 157)

Tão logo, temos que de forma sumária, a nova Lei Antitruste busca firmar o preceito constitucional estabelecido, de modo que o direito concorrencial deverá ser sempre a regra e, por ter essa condição, sofrerá sempre atentados à sua soberania, por agentes econômicos impelidos de má-fé. Destarte, a nova lei então, entra em vigência com uma conjuntura normativa robusta ao ataque às infrações à Ordem Econômica.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)

Se por um lado a Administração Pública tem na Secretaria de Acompanhamento Econômico, um órgão que vinculado ao Ministério da Fazenda, que estuda o planejamento econômico da própria Administração em ação para com a sociedade, por outro, temos o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) que é responsável por instaurar, processar e julgar as demandas que versem sobre a Ordem Econômica constitucional. É ele o protagonista. É ele a linha de frente do Estado para punir e prevenir as condutas que a infringem.

O CADE é uma entidade prevista na Lei Antitruste. E com o advento desta lei, angariou o *status* de autarquia de regime especial (em que lhe foi conferida autonomia e independência) no âmbito federal tendo, portanto, jurisdição em todo o território nacional. Dada sua condição especial, é um órgão meramente vinculado ao Ministério da Justiça, e tem poder judicante (ou seja, julga, mas suas decisões possuem caráter restritamente administrativo por estarem vinculadas ao Poder Executivo e não ao Judiciário, não fazendo assim, coisa julgada), como preconiza o Artigo 4º c/c 47 da Lei Antitruste.

Conforme preconiza o Artigo 5º, ele se subdivide em três outros sub órgãos. As distinções legais se dão em questão de sua competência dentro do âmbito do processo administrativo. Para fins simplesmente didáticos de compreensão, passa-se a exauri-los, ainda que fora da ordem legal.

Primeiramente temos o Departamento de Estudos Econômicos. Suas atribuições são simplórias e

breves, mas não o exime de ser um importante colaborador dos trabalhos do CADE. É um órgão que auxilia os demais. É dirigido por um Economista Chefe necessariamente brasileiro, indicado pelo Presidente da República e sabatinado no Senado Federal. É competente para elaborar estudos e pareceres, primando-se de fazê-los com científica produção e perícia técnica. Pode agir de ofício, ou à solicitação dos demais órgãos. O Economista Chefe poderá participar das sessões de julgamento, mas não terá direito a voto. Assim se posiciona Forgioni:

O Departamento de Estudos Econômicos, dirigido por um Economista-Chefe, emite pareceres e realiza estudos econômicos visando a subsidiar a atuação do CADE. O Economista-Chefe pode comparecer às sessões do Tribunal, sendo-lhe facultado usar da palavra (...) (FORGIONI, 2013, p. 160)

Há também a Superintendência Geral. Outro órgão que compõe o CADE. Suas competências e atribuições estão elencadas nos artigos 12 a 14 da Lei Antitruste. Novamente tecendo breve paralelo com a revogada lei 8.884/1994, ela basicamente herdou o que antes foi chamada de Secretaria de Direito Econômico. Em síntese, pelo Artigo 13 e, nos ditames de Petter que compete a ela a: “Instrução processual, exame inicial das condutas, acompanhamento e monitoramento das práticas de mercado, produção de provas, inspeções e mesmo a aplicação de medidas preventivas estão entre suas atribuições.” (PETTER, 2013, p. 223). Tão logo, a Superintendência Geral é praticamente análoga ao Ministério Público na inquirição penal: ela é a responsável por acusar os agentes econômicos marginais à norma constitucional no âmbito administrativo. Mas suas atribuições não param por aí. Ela acompanha o mercado, zelando pelo cumprimento da lei, procede a inquéritos administrativos, dentre tantas outras faustosas competências.

A Superintendência Geral é regida por um Superintendente Geral, que é eleito da mesma forma que o Economista Chefe. Suas atribuições contidas no artigo 14 são complementares às da Superintendência Geral. Destacam-se a apuração/investigação de infrações econômicas e a instauração de atos de concentração no Tribunal, aprovando-os ou impugnando-os. Ainda, se oportuno, pode sustentar oralmente nas sessões, mas sem direito a voto nos julgamentos. O Superintendente Geral ainda conta com auxílio de mais dois Superintendentes Adjuntos, indicados por aquele.

E, finalizando a trinca dos órgãos componentes do CADE, temos o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica. Ainda que cada órgão tenha sua importância e não há hierarquia ou valoração distinta para cada um deles, ele em especial se destoa. Se o CADE detém a vanguarda do combate às infrações à Ordem Econômica, porque é no Tribunal que se brande sua clava. Ele quem julga os agentes econômicos infratores ou que buscam os atos de concentração. Tem poderes judicantes e possui autonomia em relação ao Poder Executivo, ainda que vinculado à ele, por meio do Ministério da Justiça.

Suas atribuições e competências estão definidas do Artigo 6º ao 11 da lei. É composto por um presidente e seis conselheiros, eleitos pelo mesmo modo elencado pela regra geral (escolha do Presidente da República e aprovação no Senado Federal). Ressalta-se novamente que por ser uma autarquia especial, o CADE buscará a defesa da Constituição Econômica desimpedido para julgar. Lafayette Josué Petter comenta a respeito da cúpula do CADE: “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.” (PETTER, 2013, p. 224). Logo, o Tribunal é um importante meio de combate às infrações da Ordem e de proteção à economia.

Cabe neste momento, fazer uma conexão pertinente entre a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SeAE) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Nota-se, “*ab initio*”, que ambos são instrumentos constitucionais de proteção econômica. O primeiro é um órgão do Ministério da Fazenda e o segundo uma entidade do Ministério da Justiça. Da mesma forma, um tem cunho político (advocacia da concorrência) e o outro tem meramente vinculação à Administração Pública, por ser autarquia de regime especial. Pouco embora possuam características diversas, ambos estão previstos na Lei Antitruste, logo, possuem atribuições conjuntas na edificação do amparo econômico. Assim sendo, atuam conjuntamente, dentro de suas competências, na repressão ao abuso do poderio econômico, análise das estruturas de mercado, que geralmente ocorre entre os fatos ocorrerem e, por ultimo, despertar o debate e incentivar a concorrência.

Por fim, insta salientar ainda, que o CADE possui uma Procuradoria Federal própria. Sua previsão está contida nos Artigos 15 e 16. Não está previsto no artigo 5º, logo não compõe os órgãos do CADE. Cabe a ela, entre outras determinações legais, de representar o CADE extra ou judicialmente, bem como promover as execuções judiciais de suas decisões. É representada pelo Procurador Chefe, que também é nomeado pelo Presidente da República e sabatinado pelo Senado Federal.

O papel do CADE é de assegurar a Ordem Econômica. É necessariamente e, mais incisivamente, a resposta direta do legislador à Constituição Federal (Artigo 173, §4º). Nos dizeres de Petter: “imprescindível se revela a existência de um órgão com as atribuições acumuladas pelo CADE, zelando pela harmonia da economia” (PETTER, 2013, p 220). O nosso Estado optou por uma economia interdita. Dessa forma, o Estado a regula, fomenta e disciplina. Nesse liame, continua: “O CADE tem a missão de agente modernizador e defensor da concorrência dentro de um Estado regulador moderno, pró-mercado (...) de modo a influenciar, no dia-a-dia do cidadão, partir do estímulo da concorrência” (PETTER, 2013, p. 220). Não seria de se espantar que o CADE seja uma entidade vinculada ao Poder Público.

De forma preventiva, ele atua no controle das estruturas de mercado. Busca-se sempre evitar o abuso do poder econômico. Nessa junção, faz-se uma prevenção de potenciais efeitos que ocorrerão na economia, evitando-se assim, danos à sociedade como um todo. A melhor forma de se visualizar esse diapasão é o previsto no Artigo 88 c/c 51 da lei. Nele se contempla o exame do CADE aos atos de concentração, cumpridos os requisitos. Leonardo Vizeu assim ensina:

os atos de concentração são todos aqueles que, no caso concreto, visam a qualquer forma de concentração econômica (...), seja por meio de fusão ou de incorporação de empresas, de constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação da empresa (FIGUEIREDO, 2011, p. 194)

De forma repressiva, o CADE age de forma a punir os agentes econômicos infratores do Artigo 36 da Lei Antitruste (que será logo abaixo exaurido). Será instruído no Tribunal, e se averiguará a conduta do agente. Se condenado, haverá a aplicação de penas, com fulcro nos Artigos 37 a 45

da lei. Petter ensina: “Quando o agente econômico pratica conduta infracional, o SBDC atua para coarctar a conduta e punir o responsável” (PETTER, 2013, p. 231). Logo, é a forma de punir a conduta arbitrária à Ordem Econômica quando o ato já ocorreu.

E no caráter educacional, o Pleno do Tribunal é responsável, pelo Artigo 9º, XIV, de instruir a população acerca das condutas infratoras. Ademais, nota-se que é uma norma programadora, atinada ao futuro. Dessa forma, deve realizar palestras, seminários, cursos, dentre outros, para se alertar sobre a marginalidade das infrações à Ordem Econômica.

Por fim, cabe ainda reafirmar que no âmbito do CADE, realiza-se processo administrativo em que se apura a infração à Ordem Econômica. Os diversos processos administrativos econômicos estão presentes no escopo do Artigo 48, da Lei Antitruste. Ao recebê-los, o crivo da Superintendência ira instaurá-lo, nos termos do Artigo 13. A Superintendência pode ainda realizar as diligências necessárias para o andamento do processo, como a realização de inquérito administrativo para apuração de infração à Ordem Econômica. No momento de autuação do processo, o Presidente do Tribunal nomeará um Conselheiro Relator (Artigo 10, III) que conduzirá os feitos do processo. Por todo o tempo, o Departamento de Estudos Econômicos poderá ser solicitado a participar na elaboração das decisões, por meio de pareceres. O processo seguirá até designação em pauta de julgamento. Quando feito, o plenário julgará pela aprovação integral ou parcial do pedido, ou rejeitá-lo. Ressalta-se que as decisões estão passíveis de revisão no Poder Judiciário.

Ao condenar o agente econômico, o Tribunal deverá observar o disposto nos Artigos 37 ao 45, que trata das penas. Nessa modalidade de responsabilização, o sujeito será penalizado pagando multa. No tocante da penalização da conduta, para se responsabilizar o agente econômico, destaca-se o Artigo 37 da Lei Antitruste. Para Ana Paula Martinez: “prevê como principal sanção a agentes infratores da ordem econômica a imposição de multas” (MARTINEZ, 2013, p. 150).

Nota-se na interpretação do Artigo, o caráter veementemente punitivo à prática delituosa, com multas de valores exorbitantes e, que quando apurável nunca menor que o proveito recebido. Adiante, no primeiro parágrafo, há a expressa possibilidade da cominação das multas, em caso de reincidência, dobrá-las.

ANÁLISE CRÍTICA DA LEI ANTITRUSTE 12.529/2011

Vê-se que a legislação antitruste é robusta em matéria de defesa concorrencial. Os procedimentos do CADE garantem que o mercado seja protegido de agentes econômicos infratores da Ordem Econômica, e também os atos de concentração de empresas de grande porte, em que seus impactos sejam profundamente sentidos na cadeia de produção e mercado.

Mas até que ponto o aparato antitruste seria efetivamente protetor do mercado? Como visto anteriormente, as leis liberais do mercado presumem atuação mínima do Estado. Não se estaria assim, criando-se um cenário embaraçoso ao próprio mercado, a ponto de que todo o ideal almejado fosse jogado por terra pela burocracia imposta nessa lei? De fato, os fins da nossa legislação poderiam potencialmente objetivar a proteção mercantil, entretanto, na prática empírica, eles podem estar

bem distantes do pretendido.

Aspectos Negativos

Do ponto de vista econômico, percebeu-se até o momento que a legislação pátria dispõe, em linhas gerais, que o mercado será concorrido entre os agentes econômicos. A Constituição Federal protege o mercado e a Lei Antitruste a corrobora, prevendo a atuação do CADE, as infrações à Ordem Econômica, as penas e sanções, o julgamento dos atos de concentração do Artigo 88, dentre outros institutos. Mas, até onde a Lei Antitruste, por meio do CADE, protegerá o mercado como o acima disposto e, até onde passará a atuar de forma adversa, agindo com parcialidade nas decisões, incorrendo assim no questionamento ao Princípio da Moralidade Administrativa, bem como no prejuízo efetivo aos agentes econômicos. Como se verá adiante há um estudo feito por André Luiz Santa Cruz Ramos (Doutor em Direito Empresarial), que vai de encontro à ideologia da referida lei.

O Instituto Ludwig von Mises (IMB) é uma associação voltada à produção e à disseminação de estudos econômicos que promovem os princípios de livre mercado. Defendendo a economia de mercado e propriedade privada, com os ideais liberais e posição de direita política, seus associados promovem os ensinamentos da escola de economia conhecida como “Escola Austríaca”. Em seu texto “A nova lei antitruste brasileira: uma agressão à livre concorrência”, André Luiz Santa Cruz Ramos (membro do Conselho Editorial do Mises), critica a atuação do CADE como uma forma de intervenção do Estado na economia, infringindo o Liberalismo Econômico: “a tal ‘defesa da concorrência’ exercida pelas autoridades antitruste nunca significou a defesa do livre funcionamento do mercado. Tal expressão foi e continua sendo usada apenas por soar bem aos ouvidos. O que uma autoridade antitruste faz é qualquer coisa, menos a defesa da concorrência.” (RAMOS, 2014, p. 1). Segundo o autor ainda, a motivação da criação da Lei Antitruste está alicerçada em mentiras e, com comprovações Históricas advindas inclusive, dos Estados Unidos pela *Sherman Act* (Lei Antitruste norte americana). Adiante, em seu pensamento:

Analizando a economia americana no período das discussões sobre o *Sherman Act* e no início de sua vigência (...) as empresas acusadas de monopolização dos mercados estavam aumentando sua produção e reduzindo seus preços num ritmo muito maior do que o resto da economia como um todo. (...) Foi esse tipo de efeito negativo sobre os consumidores provocado pelos “monopólios” que preocupou os criadores do *Sherman Act* e todas as leis antitruste que o copiaram? Claro que não! Obviamente, não eram os consumidores que estavam preocupados com essa postura das empresas “monopolistas” de aumentar a produção e baixar os preços. Quem estava preocupado com isso eram os concorrentes dessas empresas, e foram eles que passaram a pressionar os políticos a aprovarem uma lei antitruste. (RAMOS, 2014, p. 2-3)

Ou seja, não diferente à lei que a inspirou, nossa Lei Antitruste tem ideais adversos à sua fundamentação. As empresas menores, que não possuem amplo espaço no mercado, fizeram *lobby* com os legisladores para se aprovar uma lei de proteção à concorrência.

O direito antitruste seria uma invenção para combate aos atos de concentração arbitrários. Aqueles que buscam desestabilizar o ciclo econômico. Observa-se que pelo Artigo 36, §1º, Lei 12.529/2011, a conquista do mercado por meios legais/lícitos é inimputável ao agente econômico. Isto é, seria incoerente um combate estatal ao empresariado quando se justamente busca sua defesa. Em outras

palavras, seria confrontar sua eficiência econômica. Como bem disse o professor Fábio Ulhôa Coelho, em sua obra já citada, é difícil se delinear a concorrência leal da desleal, pois sua averiguação alinha a teoria legal com a aplicação no caso concreto (COELHO, 2015, p. 260-261). Dessa feita, Ramos também aponta uma falha na edição da Lei Antitruste:

é confundir concentração com monopólio. (...) o fato de um determinado mercado de bens ou serviços estar concentrado, havendo apenas uma empresa ou poucas empresas atuando nunca foi suficiente para caracterizar a existência de um monopólio (ou duopólio ou oligopólio), que devesse ser combatido por meio de intervenção estatal. A noção de monopólio sempre esteve ligada à existência de barreiras legais à entrada de competidores, algo que não pode ser criado por nenhum agente econômico privado, por mais poder de mercado que ele ostente. Só quem pode criar barreiras legais à entrada e, portanto, criar monopólios, duopólios ou oligopólios é o estado (...) uma determinada empresa só consegue abocanhar expressiva fatia de mercado sendo mais eficiente que seus competidores (RAMOS, 2014, p. 3-4)

Ora, se vê, portanto, que qualquer tentativa de se proteger a concorrência, será um processo fático. O mercado tem uma característica própria que o delinea perfeitamente: a sua dinamicidade. Mesmo que em linhas gerais, uma lei não será capaz de regulá-lo, muito porque historicamente é comprovado, que suas relações bastam e, aqui mais uma vez voltado à Adam Smith (*laissez-faire*), para o movimentarem. Ramos complementa: “É absurdo tentar impedir o funcionamento natural do mercado, em razão de suas ‘imperfeições’ reais (...)” (Ramos, 2014, p. 6). Logo, poder de mercado não é e, nem tampouco pode ser confundido, com monopólio.

Completando e finalizando seu estudo acerca dos argumentos da falha da nova legislação, a respeito das falácias da Lei Antitruste, Ramos ainda aborda a atuação dos conselheiros do CADE. “Burocratas”, como é o termo que utiliza para nomeá-los, são os cargos dispostos no Artigo 6º da Lei 12.529/2011. Ao todo, são sete conselheiros que atuam no Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, que é o órgão que julga os processos administrativos econômicos (Artigos 48 e seguintes do mesmo Diploma Legal). Renovando o conhecimento, dentre suas competências, o Tribunal é responsável por julgar os atos de concentração das empresas. Para Ramos:

Quando duas empresas resolvem se fundir (...) Alguns burocratas (...) se reúnem, discutem e decidem se aquela fusão vai ser boa ou ruim para o mercado. Nessa discussão, todos os conceitos econômicos equivocados da teoria econômica neoclássica são expostos como se fossem dogmas” (RAMOS, 2014, p. 6).

Dessa forma, a iniciativa privada se torna cativa. Não é possível, segundo sua lógica, mensurar quais atos de concentração serão benéficos à sociedade. Nem mesmo as empresas sabem se os atos de concentração serão positivos à si mesmas. É claro que os seus efeitos serão sentidos na micro ou macro economias. Mas o que está em pauta é o interesse das empresas em que, sua pretensão está adversamente tutelada no ordenamento jurídico.

Além dessas falácias, há que se falar também da atuação estatal no âmbito concorrencial. O Estado é o único agente que realmente detém poder econômico que não encontra barreiras. Essa assertiva (que não se esquivava em nada da realidade) é totalmente prejudicial ao cenário econômico. Se por um lado temos agentes econômicos privados que guerreiam pela sobrevivência em um mercado relevante qualquer, o ente estatal não enxerga fronteiras para sua atuação como regulador da eco-

nomia. Ora, é cediço que a economia deve ser reguladora da própria economia. É a ideia purista do liberalismo econômico e, ainda que pela evolução social histórica, deve-se reconhecer os direitos dos trabalhadores (que possuem uma postura de política esquerdista) ao se falar em neoliberalismo, ainda assim esse referencial deverá prevalecer. O Estado poderá prejudicar os caminhos econômicos pela sua simples existência em um mercado, agindo de forma direta (como participe e concorrente) ou indireta (regulando ou disciplinando). Ramos pondera que “na medida em que é o estado o único agente capaz de criar barreiras legais à entrada e, consequentemente, produzir monopólios, duopólios, oligopólios e cartéis, estes sim nocivos à economia” (RAMOS, 2014, p. 8). Não seria nenhum exagero pensar dessa forma, que a Lei Antitruste tem um aspecto muito mais profundo que a máscara que cobre sua face.

Como o Estado atua de forma indireta? Reforçando, é o chamado Estado interventor do Artigo 174 da Constituição Federal. Já visto, é a regra geral. Além de editar leis que direcionam a economia para onde bem entender, há um instituto do Direito Administrativo presente no nosso âmbito econômico: as chamadas Agências Reguladoras.

Sabe-se que é papel do Estado garantir e por em prática as normas da Constituição Federal, servindo como ponte de equilíbrio entre os direitos elencados e a sociedade brasileira. Entretanto, muitos desses direitos não são atividade fim do Estado, como é o caso da Livre Concorrência editada na Ordem Econômica. Portanto, o Estado se ampara em métodos administrativos para fazer valer tais direitos constitucionais. Um desses, são as Agências Reguladoras que, em síntese, é uma delegação (descentralização) a uma pessoa jurídica de regime privado que prestará os serviços de fiscalização e normatização, de um determinado seguimento econômico. Logo, é a transferência da execução (atividade fim) por meio de concessão administrativa a uma empresa privada, tendo em vista uma atividade eminentemente técnica/científica. Dessa forma, cria-se uma autarquia de regime especial, que se destaca sua autonomia pelo patrimônio e servidores/empregados próprios e, também, por não serem cargos meramente políticos. Suas características gerais podem ser percebidas na Lei 9.986/2000.

Ao Direito Econômico, pode-se perceber sua atuação, obviamente, na economia. Acontece que as Agências Reguladoras são um câncer maligno instaurado nesse ambiente. Como reflexo do Estado, ainda que não diretamente ligadas, as Agências herdaram as intempéries da corrupção estatal no seu modo de atuação. Ao mesmo tempo, impedem ou dificultam a entrada de novos concorrentes na área econômica de sua competência e protegendo as empresas que estão sob sua custódia, prejudicando o consumidor final e incorrendo gravemente em condutas anticoncorrenciais, ferindo o texto constitucional. Ramos dá exemplos da atuação das Agências Reguladoras:

a ANAC impede que companhias aéreas estrangeiras façam voos domésticos; a ANCINE impõe cotas de programação nacional às empresas de TV a cabo; o BACEN impõe uma moeda e proíbe a criação de outras. E a autoridade antitruste faz o quê contra isso? Nada! Ela prefere ficar perseguindo empresas eficientes que estão conquistando consumidores oferecendo produtos e serviços que eles decidem comprar voluntariamente. (RAMOS, 2014, p. 8)

As Agências Reguladoras em nosso panorama econômico atuam como se Estado fosse, regulan-

do e disciplinando a economia. Seus atos não são questionados na autoridade antitruste. Logo, as empresas englobadas na sua área de atuação estão blindadas da concorrência, algo inaceitável para os preceitos econômicos. Há um artigo publicado, também no Instituto Mises Brasil que trata justamente dessa questão, publicado por vários de seus autores em conjunto, porquanto seja um absurdo o modo como a economia brasileira é uma fachada para um grupo seleto de agentes econômicos. É definido que:

Em teoria, agências reguladoras existem para proteger o consumidor. Na prática, elas protegem as empresas privadas dos consumidores. Por um lado, as agências reguladoras estipulam preços e especificam os serviços que as empresas reguladas devem ofertar. Por outro, elas protegem as empresas reguladas ao restringir a entrada de novas empresas neste mercado. No final, as agências reguladoras nada mais são do que um aparato burocrático que tem a missão de cartelizar as empresas privadas que operam nos setores regulados, determinando quem pode e quem não pode entrar no mercado, e especificando quais serviços as empresas podem ou não ofertar, impedindo desta maneira que haja qualquer ‘perigo’ de livre concorrência (AUTORES, 2015, p. 2)

De fato, não há cenário competitivo em certas áreas da economia, pois já há um sistema fechado pré estabelecido. O mais intrigante é que não há sanções, mesmo que a Constituição Federal esteja sendo “rasgada”. É evidente que tais Agências Reguladoras são uma afronta aos ideais do constituinte original e do neoliberalismo brasileiro. E assim concluem que:

É impossível haver livre iniciativa se o ‘livre’ é uma mera abstração e a iniciativa privada opera sob proteção anti-concorrencial. É impossível haver uma genuína concorrência – que é o que de fato melhora os serviços e diminui os preços – quando o estado faz de tudo para impedi-la (AUTORES, 2015, p. 4)

A roupagem de representante estatal poderia ser um empecilho à atuação do CADE, mas não o é. Tal entidade tem o condão de assegurar o cumprimento do direito constitucional da Ordem Econômica. Qualquer agente econômico que a infrinja ou a coloque em xeque, deve ser objeto de averiguação do CADE, pelo simples fato de que a Ordem é matéria constitucional, sendo seu dever também de protegê-la. Logo, qualquer indagação quanto ao posicionamento do CADE, no que refere a não julgar os atos das agências econômicas não deve prosperar. Nesse sentido, voltando ao pensamento de Ramos:

Alguns podem objetar dizendo que a lei não confere poderes para a autoridade antitruste agir contra essas agressões estatais à livre iniciativa e à livre concorrência. Não é verdade. Como eu disse no início deste artigo, uma das funções da autoridade antitruste é a “advocacia da concorrência”, que consiste na prática de difundir a importância da livre iniciativa e da livre concorrência para o funcionamento sadio do mercado. No mínimo, caberia à autoridade antitruste, diante dessas agressões estatais ao ambiente concorrencial, recomendar a não realização de tais práticas ou a sua cessação. (RAMOS, 2014, p. 8)

Desse modo, observa-se que estes estudos nos apresentam uma nova faceta à legislação. Um outro lado da moeda. Ao invés de proteger a concorrência, a Lei Antitruste trouxe consigo burocracias e falhas que aos olhos dos liberais pensadores do Instituto Mises, prejudicam não só as empresas, mas atingem a toda sociedade. Esse arcabouço normativo tentou primar pela Constituição federal e a Ordem Econômica, mas restou insuficiente. Vejamos que pelo Artigo 88, o CADE irá analisar os atos de concentração. Como bem demonstrado por Ramos, a Lei Antitruste juntamente com as idéias equivocadas dos conceitos do liberalismo e economia, incutiu nos julgadores uma tendência

de sobrepujar os atos de concentração. Dessa maneira, torna-se quase impossível que as empresas alcancem seus objetivos, ainda que se permearam pela primazia da concorrência leal, de poderem se concentrar. É aí, também, que a saída pelas condutas infratoras pode ser uma solução para almejar seus objetivos.

Como bem demonstrou, os atos de concentração são submetidos a um crivo eivado de falácias. O que resta então aos agentes econômicos senão buscar alternativas para se auto defenderem de uma legislação autoritariamente deficiente, por meio de condutas que a desafiam. É claro que não é o socialmente desejável, visto que as práticas mercadológicas muitas vezes desrespeitam o consumidor final. Mas, certo também é, que os agentes econômicos que sempre atuaram de boa fé, não possam ficar a deriva das arbitrariedades subjetivas de conselheiros que acreditam que o seu julgamento, possa ser o mais benéfico para a economia. É comum ocorrer o chamado “*Gun Jumping*” entre eles. Em suma, esse processo é a consumação do ato, ou seja, a concentração empresarial dos agentes, de forma prévia ao julgamento do CADE. Ocorre que tais atos são incompatíveis com os comandos legais entabulados na Lei Antitruste, mais precisamente no Art. 88, §3º. Ainda que não incutido no dispositivo das infrações à Ordem, pode ser considerada como uma. Tão certo é que se pode mensurar que os agentes preferem cometer os atos atentatórios à ordem, não só para pretender aferir maiores lucros, mas também para evitar as aleatoriedades do neoliberalismo brasileiro. Ora, esses agentes econômicos já estão unificados antes mesmo do crivo do CADE. Tacitamente, o consumidor final está adquirindo um produto de um grupo econômico que, ilegalmente, está concentrado.

No âmbito processual, também há ponderações a serem feitas. Começando-se por um atributo que converge tenuamente com o apontamento anterior. Se o Tribunal Administrativo do CADE é o órgão responsável por julgar, é competência da Superintendência Geral acusar. Essa assertiva fala por si só. Não haveria uma potencial parcialidade nos julgamentos, visto que estes são colegas de profissão? Vale lembrar que os cargos ocupados nestes órgãos possuem os mesmos requisitos. O subjetivismo pode virar uma “jurisprudência” reiterada no Tribunal, de tal forma equivocada ao texto constitucional.

É claro que o processo administrativo econômico do CADE, pode se assemelhar com os processos e procedimentos judiciais, mas jamais serão iguais. Acontece que no Poder Judiciário estará sempre presente o Princípio da Imparcialidade. A figura de acusação, em que pese se fale na competência criminal, é o Ministério Público quem exerce. O acusador e o julgador estão lotados na mesma entidade, no processo administrativo econômico. Não parece verossímil qualquer apontamento de imparcialidade.

O Tribunal se vale do julgamento com as regras “*per se*”, isto é, utiliza critérios objetivos descritos na lei. Julgamento puramente objetivo: se há infração, é infração. Nesse liame, não se verifica, por exemplo, a excludente de ilicitude contida no § 1º do Art. 36, que trata da descaracterização do domínio de mercado irregular. Sendo assim, o arcabouço probatório levantado pelo agente econômico poderá potencialmente padecer com essa regra. Vez que a regra de constituição do dispositivo que trata das infrações é objetivo, independe de culpa, as provas deverão se mostrar puramente

fáticas. Ora, se a responsabilidade é objetiva, a Superintendência Geral acreditando se versar de uma infração à Ordem irá providenciar a denúncia do agente. A configuração de infração à Ordem é simplesmente subjetiva da Superintendência. Para se defender, terá de mostrar provas de que não cometeu ato ilícito ou não concentrou seus atos com outro agente econômico antes do crivo judicante do CADE. E denunciando, o Tribunal geralmente acata a denúncia não só pela regra objetiva (“*per se*”), mas também pelos motivos acima fundamentados.

Ainda no aspecto processual, o CADE ao condenar um agente econômico, conforme o disposto no Art. 93 da Lei Antitruste, gera um título executivo extrajudicial. Através de sua procuradoria o CADE promoverá na Justiça Federal do Distrito Federal ou no foro do domicílio do réu, a execução dessa condenação (Art. 15, III).

É claro que o CADE é uma autarquia federal de regime especial. Não há que se falar em execução de título executivo em suas atribuições. Mas fato é que os processos administrativos respaldam os princípios constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa sob pena de nulidade. E se a execução fosse promovida nesta entidade, certamente estes ditames não mudariam. Ademais, a pecúnia resultante da condenação do agente econômico vai para o próprio CADE.

O direito de petição está presente em qualquer fase do processo administrativo, podendo o agente econômico discutir o objeto dos autos judicialmente. Portanto, não seria melhor ter como base judicante apenas o Poder Judiciário quem detêm a prerrogativa jurisdicional, prevalecendo-se em relação ao âmbito administrativo? Face é que a decisão administrativa pode ser revista e até mesmo reformada. Ora, há que se ter em mente que a Ordem Econômica é preceito constitucional. Qualquer delonga na resolução da lide, não importuna o CADE ou o agente econômico no que diz respeito à própria resolução, mas sim a garantia constitucional. O que está em jogo é a soberania da Constituição Federal: a solução das demandas devem ser as mais breves possíveis para se garantir o progresso econômico e a manutenção incólume do mercado.

Com isso depara-se em outro problema. O direito de petição é tão certo quanto a garantia da Ordem Econômica, sendo a decisão administrativa passível de ser revista. Mas, o que se discutir no âmbito judiciário se há uma lei federal que a prevê infra constitucionalmente válida? A jurisprudência brasileira em peso afirma que a decisão administrativa não faz coisa julgada material. Mas se há uma decisão válida, discuti-la no judiciário somente atrasaria a solução da lide. Uma corrente de juristas que vem ganhando força é a de que, se já há um processo administrativo apto a processar e julgar a demanda econômica, o que se levaria ao juízo seria apenas questões de ordem pública, não se discutindo os fatos e méritos já verificados no âmbito administrativo.

Não há nada que o administrador faça que não possa ser revisto. O máximo que pode acontecer, é a chamada coisa julgada administrativa. Exclusivamente se aplica no contencioso administrativo, limitando os recursos. Cada lei define as “instâncias” do órgão competente para processar e julgar a demanda administrativa. Mas, revisando a regra, o Direito de Ação não afasta a jurisdição.

Recordando que o CADE é uma autarquia, verifica-se que como uma unidade, não se pode chamá-lo tão bem assim. Primeiramente, o Tribunal Administrativo é um tribunal. Ou seja, ele julga.

Assemelha-se consubstancialmente a um órgão jurisdicional qualquer. Entretanto, como já visto, somente possui poder judicante e não jurisdicional. A nossa atividade administrativa é uma adequação de que decorre da Tripartição de Poderes, como outrora propôs Barão de Montesquieu. Tem duas linhas de vanguarda: a principal é a edição de leis, confundindo-se com o Poder Legislativo. A secundária é a que nos interessa que seria a aplicação da lei. Logo, há uma bifurcação aparente, visto que tanto o Poder Executivo quanto o Judiciário aplicam as leis.

O que o distingue então, é a forma como se aplica as leis. O juiz aplica a lei num caso concreto, numa demanda. Necessariamente, precisa ser provocado. Não atua de ofício em regra, a exceção dos casos previstos em lei. Além disso, suas decisões transitadas em julgado fazem coisa julgada. Logo, ao administrador, aplica-se o inverso. Sua atuação é espontânea, aplicando a lei de ofício. E sua decisão não faz coisa julgada. Portanto, fica evidente a incoerência técnica do Tribunal. Ao mesmo tempo, é um órgão “judiciário” (pois se assemelha a um tribunal jurisdicional) e executivo. Mas repara-se que, o Tribunal não age de ofício, devendo ser provocado pela Superintendência Geral para julgar uma causa administrativa. Logo, não se pode falar que o CADE é um órgão administrativo como um todo, afinal, não age soberanamente de ofício.

Portanto, o CADE é eivado de contradições, sejam técnicas ou puramente econômicas. Ao tentar proteger a Constituição Federal, a legislação é confusa e não atingiu inteiramente seu objetivo.

Aspectos Positivos

A Lei Antitruste pode não ser absolutamente perfeita, mas há que se ponderar que ela também é benéfica ao Sistema Brasileiro de Defesa Econômica. Mesmo que peque na metodologia a lei trouxe em si um arcabouço poderoso no combate às infrações à Ordem.

Ao responsabilizar objetivamente o agente econômico infrator, a Lei Antitruste não dá brechas à marginalidade. É certo que todos têm seu direito a defesa, e nisso a lei permite que a Ampla Defesa e o Contraditório estejam sempre presentes no amparo ao agente. Entretanto, quem dera que a lei fosse respeitada. Afinal, se houve um aparato para se proteger a economia, foi por causa de reiteradas condutas que prejudicavam o mercado. Os agentes econômicos em sua maioria visam o lucro acima de tudo. Além de infringir as regras econômicas, eles invadem e prejudicam o direito de seus concorrentes. O dinheiro não aceita desaforo, e medidas foram tomadas para tentar aniquilar as condutas infratoras.

Infelizmente nenhuma lei atinge em plenitude suas metas. As condutas danosas ao mercado continuam e continuarão existindo, porquanto nenhuma lei superará a cobiça humana. Mas a lei existe como uma enérgica força de combate a elas. A repressão e punição são potentes aliados, que repercutem profundamente não só no patrimônio do agente pessoa jurídica, mas prevê em outra lei (8.137/1990) pena privativa de liberdade aos seus sócios empreendedores, tanto preventivamente como punitivamente.

Pode-se dizer também que o fato de haver um processo administrativo, desafoga o judiciário. Sem

dúvidas que é bem mais célere resolver conflitos no âmbito administrativo. Apesar de as decisões administrativas poderem ser revistas no judiciário, a discussão prévia de fatos e direitos torna o processo judicial também mais célere.

Ainda no ponto de vista processual, é melhor que os órgãos acusadores e julgadores fossem lotados na mesma autarquia. Isso porque dá celeridade na tramitação do processo e seria mais prejudicial que outra lei os lotasse em órgãos diversos. Acarretaria que um órgão com previsão puramente acusatória (similar ao Ministério Público) não faria tanto sentido, e correr-se-ia o risco de generalizar suas funções. O processo administrativo econômico tem um caráter eminentemente técnico, e não é qualquer um que tem perícia para apreciá-lo. Além disso a execução judicial garante a coisa julgada.

Portanto, o CADE é um órgão que mesmo com falhas aparentes, garante a soberania constitucional. Sua competência é abrangente. Além disso, a Lei Antitruste é um poderoso aparato de combate às intempéries dos agentes econômicos que abusam do poder econômico de forma arbitrária que prejudicam o consumidor final e seus concorrentes. Ao responsabilizar o agente objetivamente, a pena pecuniária pode tornar inviável a continuação de sua atividade. E ainda, o crivo para julgar os atos de concentração também é importantíssimo para se averiguar os efeitos possíveis no mercado.

CONCLUSÃO

Remete-se, por todo o exposto, que a Ordem Econômica brasileira, deverá ser sempre respeitada. O mercado livre é importante na construção da sociedade com vida digna, prevista pela Constituição Federal. Ao preservar o mercado livre, o agente econômico continuará percebendo o poder de mercado atuando e, que a melhor fórmula de prosperar no mundo econômico, é ampliar seu prospecto relativo ao bom desenvolvimento de sua atividade, primando consubstancialmente pelo zelo da relação idônea com seu consumidor, inovando seus métodos de abordagem e bens e/ou serviços prestados. Essa equação será sempre positiva aos seus objetivos, porque sua imagem estará sempre bem vista e ilibada aos olhos dos consumidores e autoridade em geral, e suas técnicas sempre em processo de renovação.

Realizando os atos inidôneos que caracterizarão as infrações à Ordem Econômica constitucional, o agente econômico desestabilizará o mercado relevante em que atua, desarmonizando o equilíbrio constitucional perfeito, dado pela Ordem Econômica e Financeira. Dessa forma, o colapso da valorização do trabalho humano e a condição de vida digna, estarão evidentes e escancarados. Sem necessidade de mensurar, ainda, que sua imagem estará maculada perante todo o sistema mercantil, e os demais agentes que o compõe.

Portanto, agindo dessa forma, o agente econômico, indubitavelmente, será repudiadamente penalizado. Não se admite em nosso ordenamento jurídico, a prática inescrupulosa das infrações à ordem econômica. Fazendo-se necessária então, a repercussão na tríplice responsabilidade, o agente econômico sentirá todo o manifesto legislativo que faz dessa matéria, um tema de seriedade e complexidade. Valendo-se de multas à pena privativa de liberdade às pessoas físicas responsáveis pelo ato, o aparato legislativo se mostra intenso no combate às infrações à Ordem Econômica

constitucional.

Conclui-se, portanto, que as práticas de infração à Ordem Econômica, desvirtuam o propósito constitucional. Destarte, a Lei Antitruste nada mais é do que um reflexo da própria Constituição Federal.

Ainda que o CADE possa ser falho em alguns aspectos, o seu papel é de extrema importância para manter o equilíbrio econômico. Sua atuação prova a guarda da economia. Ao combater as arbitrariedades dos grandes agentes econômicos, o consumidor final pode ter segurança. Cada manifestação negativa a seu respeito deverá ser repensada. Em que pese os ideais liberais ou os comunistas que defendam a estatização da economia, há que se adequar a nossa realidade. Ambos historicamente se provaram infrutíferos. A junção dos dois torna um produto perfeito que se confunde com o cenário jurídico do CADE: permitindo-se quase que exclusivamente que os particulares tomem as rédeas da competição econômica, cabe ao Estado, agente regulador, equilibrar as relações entre eles. Não é o herói perfeito da Constituição Federal, mas é o necessário, o que merecemos. Um herói combatente. Um guardião complacente. Um vigilante cuidadoso.

REFERÊNCIAS

AUTORES, diversos. **A diferença entre iniciativa privada e livre iniciativa – ou: você é pró-mercado ou pró-empresa?**. Instituto Ludwig von Mises – Brasil (IMB), São Paulo, ago, 2015. Disponível em: < <http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2049> >. Acesso em: 12 de mar de 2017.

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 226, p. 187-212, mar. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47240/44652>>. Acesso em: 22 de Nov. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v226.2001.47240>.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume I: direito de empresa**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DESCARTES, René. **Discurso do método; tradução de Paulo Neves**. Porto Alegre: L&PM, 2013.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 4ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 7ª ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FRANCISCO, André Marques. **Responsabilidade Civil por Infração da Ordem Econômica**. Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, mai, 2014. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-08122014-091926/en.php> >, disponível para download, formato PDF. Acesso em: 09 de abr de 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010

MACHADO, Raphael Boechat Alves. **Sociedade de economia mista: uma análise a partir da lei 13.303/16**. Porto Alegre: Fi, 2017.

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. São Paulo: Singular, 2013.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 13 ed ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014

PETTER, Lafayete Josué. **Direito Econômico**. 6ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 4ª Ed. Ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **A nova lei antitruste brasileira: uma agressão à livre concorrência**. Instituto Ludwig von Mises – Brasil (IMB), São Paulo, abr, 2014. Disponível em: < <http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1319> > Acesso em: 04/03/2017.