

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

MARIA JÚLIA DOS SANTOS PINHEIRO

**ANÁLISE DO ATO DE CONCENTRAÇÃO DAS
EMPRESAS SADIA E PERDIGÃO SUBMETIDO À APRECIÇÃO DO
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE)**

Florianópolis (SC)

2011

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

MARIA JÚLIA DOS SANTOS PINHEIRO

**ANÁLISE DO PROCESSO DO ATO DE CONCENTRAÇÃO DAS
EMPRESAS SADIA E PERDIGÃO SUBMETIDO À APRECIÇÃO DO
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE)**

Monografia submetida à Universidade
Federal de Santa Catarina – UFSC, como
requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito

Orientador: Prof. Humberto Pereira Vecchio

Florianópolis (SC)

2011

Autora: Maria Júlia dos Santos Pinheiro

Título: Análise do ato de concentração das empresas Sadia e Perdigão submetido à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do título de bacharel em Direito, aprovado com nota.

Florianópolis (SC), 09 de dezembro de 2011.

Professor Orientador Dr. Humberto Pereira Vecchio

Juliana Wülfing
Coordenadora do Curso de Graduação em Direito

Autora: Maria Júlia dos Santos Pinheiro

Título: Análise do ato de concentração das empresas Sadia e Perdigão submetido à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)

Trabalho de Conclusão apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina
como requisito à obtenção do título de
bacharel em Direito, aprovado com
nota

Florianópolis (SC), 09 de dezembro de 2011.

Prof. Dr. Orientador Humberto Pereira Vecchio

Prof. Dra. Cristiane Derani

Rodrigo Otávio Cruz

RESUMO

A presente produção científica é uma análise do processo de fusão das empresas Sadia e Perdigão como fenômeno jurídico e econômico, buscando, para tanto, compreendê-lo dentro do quadro normativo brasileiro. É neste contexto que se desenvolve o estudo da evolução legislativa antitruste brasileira e suas influências externas. A Lei nº 8.884, de 1994, provocou mudanças profundas no direito antitruste brasileiro, conferindo poderes e instrumentos ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no desempenho de suas funções, quais sejam, a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica brasileira. O detalhamento das atividades do CADE, bem como sua composição, competência e órgãos auxiliares estão todos dispostos no atual diploma antitruste, o qual orienta-se pelos princípios constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Também são examinados conceitos exógenos ao direito, mas importantes para o objeto da presente monografia, tais como mercado relevante e posição dominante. Desta forma, o ato de concentração das empresas Sadia e Perdigão submetido à aprovação do CADE em 2009 foi estudado em consonância com os seus aspectos legais vigentes e conceitos econômicos pertinentes à matéria e concluiu-se que a fusão tem o condão de provocar efeitos negativos à economia e à sociedade.

Palavras-chave: Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Lei nº 8.884/94. Antitruste. Mercado Relevante. Poder Econômico. Princípio da Livre Iniciativa. Princípio da Livre Concorrência. Concentração Econômica. Fusão da Sadia e Perdigão.

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1 - ELEMENTOS DE PRÉ-COMPREENSÃO DA ANÁLISE DE CASO.....	11
1.1 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO ANTITRUSTE	11
1.2 A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	17
1.2.1 A livre iniciativa e a livre concorrência: princípios complementares ou antagônicos?	18
1.2.2 Intervenção do Estado no domínio econômico	20
1.3. CONCEITOS EXÓGENOS AO DIREITO	23
1.3.1 Concentrações econômicas	24
1.3.2. Identificação do poder de mercado	28
CAPÍTULO 2–ASPECTOS RELEVANTES DA LEI N. 8.884 AO ESTUDO DE CASO	39
2.1 DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE)	40
2.1.1 Natureza Jurídica	40
2.1.2 Composição	41
2.1.3. Competência: Discricionariedade e vinculação dos atos do CADE	45
2.1.4. Procuradoria do CADE	47
2.2. SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO.....	48
2.2.1 Competências da SDE	48
2.2.2 A SDE como órgão administrativo	50
2.3. SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO	50
2.4. PROTEÇÃO À CONCORRÊNCIA	51
2.5 DAS FORMAS DE CONTROLE.....	55
CAPÍTULO 3 - ANÁLISE DE CASO: O PROCESSO DE FUSÃO DA SADIA COM A PERDIGÃO.....	60
3. 1 ACORDO DE PRESERVAÇÃO DA REVERSIBILIDADE DA OPERAÇÃO (APRO):	60
3. 2 PARECERES	64
3.2.1 Secretaria de Acompanhamento Econômico	65
3.2. 2 ProCADE	69
3.2.3. Secretaria de Direito Econômico	71
3.3. OS VOTOS	72
3.3.1 Voto do Relator Carlos Ragazzo	72
3.3.2Voto do Conselheiro Ricardo Ruiz	90

3.4 TERMO DE COMPROMISSO DE DESEMPENHO	91
CONCLUSÃO	94
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	94

INTRODUÇÃO

A presente produção científica se destina a análise do ato de concentração das empresas Sadia e Perdigão submetido à apreciação do CADE em 9 de maio de 2009.

A origem do fenômeno concentracionista no Brasil, na década de 60, esta intimamente ligada à necessidade do aumento da produção nacional e o estabelecimento de um empresariado forte, capaz de competir com os agentes econômicos internacionais, dentro e fora do país.

Neste contexto, se observa o fortalecimento da defesa da concorrência e dos órgãos antitrustes responsáveis pela sua aplicação.

Das discussões que antecederam a promulgação da Lei nº 4.137, em 1962, depreende-se a preocupação em reprimir o abuso do poder econômico e seus efeitos danosos sobre a sociedade. Entretanto, esta lei, que criou o CADE, um dos três órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, não encontrou grande efetividade, verificando-se, apenas, o que Paula Forgioni (1998, p. 131) chamou de “surto ou ondas de aplicabilidade”. Além disso, foi criticada por não definir conceitos importantes aos quais se referia, como abuso do poder econômico, e também por atribuir poderes excessivos ao Conselho, sem dotá-lo dos instrumentos para exercê-lo.

A Lei nº 8.884, de 1994, revogou a Lei nº 4.137, sistematizando e aperfeiçoando a legislação antitruste brasileira e transformando o CADE, responsável pela aplicação desta norma, em autarquia vinculada ao Ministério da Justiça.

O diploma de 1994 dispôs sobre a “prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica”, ao contrário do anterior que fazia qualquer referência a atuação preventiva do CADE.

A presente monografia foi escrita antes da sanção da Lei nº 12.529, de 2011, que provocou alterações na composição e funcionamento do CADE. Além disso, a nova lei aperfeiçoou o rol das condutas infrativas e as hipóteses em que as empresas deverão sujeitar suas concentrações econômicas ao Conselho.

Este trabalho insere-se é um estudo do controle preventivo realizado pelo CADE, nos moldes do art. 54 da Lei nº 8.884.

Nesse viés, para fins didáticos, o estudo se divide em três etapas:

O primeiro capítulo contemplará elementos fundamentais à pré-compreensão da temática que será abordada na terceira parte da monografia. Dessa forma, far-se-á um breve relato da evolução histórica das legislações antitrustes, com o intuito de entender, ainda que de forma concisa, os fatos que levaram ao surgimento da atual norma antitruste em vigor, Lei nº 8.884, de 1994.

Em seguida, serão analisados dois princípios constitucionais importantes para o entendimento da matéria, a livre concorrência e a liberdade de iniciativa. É do equilíbrio entre estes dois princípios que se insere, neste trabalho, a intervenção do Estado na economia. Desta maneira, o Estado é responsável por “dosar” os dois princípios, harmonizando-os no caso concreto.

Ao final do primeiro capítulo serão levantados alguns pontos da teoria econômica necessários à análise das decisões do CADE nos autos do ato de concentração das duas empresas. Além do estudo do conceito de mercado relevante e posição dominante, fundamentais à leitura e compreensão dos argumentos presentes nos pareceres e votos do ato de concentração da Sadia e Perdigão, far-se-ão algumas observações a respeito do fenômeno concentracionista no mundo, e mais especificamente, no Brasil.

Na sequência, na segunda parte do trabalho, serão estudados os principais artigos da Lei nº 8.884, de 1994, relevantes ao estudo de caso.

Nesta parte, será discutida a natureza do CADE, sua composição, competência, órgãos auxiliares que atuam conjuntamente na prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Neste capítulo, se insere também o estudo do art. 54 da lei antitruste, item basilar para a análise do ato de concentração das empresas em questão.

A parte final da produção científica destina-se à análise do processo de fusão das empresas Sadia e Perdigão, o qual foi submetido à apreciação do CADE, em virtude do controle preventivo exercido pela Autarquia nos atos de concentração brasileiros quando inseridos nas hipóteses legais do art. 54, da Lei nº 8.884.

O objetivo primordial deste trabalho é a análise da fundamentação jurídica empregada pelos órgãos antitrustes nos autos do ato de concentração da Sadia com a Perdigão. Para tanto, analisar-se-ão o Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação – APRO, os pareceres emitidos pela Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, a Secretaria de Direito Econômico – SDE, a Procuradoria do

CADE, finalizando pelos votos dos conselheiros, Carlos Ragazzo e Ricardo Ruiz e pelo Termo de Compromisso de Desempenho. Portanto, este trabalho tem como objetivo averiguar a consonância do ato de concentração das empresas citadas com a Lei nº 8.884, de 1994, sem se olvidar da importância da compreensão dos conceitos econômicos atinentes ao caso.

CAPÍTULO 1 - ELEMENTOS DE PRÉ-COMPREENSÃO DA ANÁLISE DE CASO

O objetivo deste capítulo é o estudo de elementos que serão relevantes para a compreensão da decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), exarada no processo de fusão da Sadia com a Perdigão.

Primeiramente, pretende-se, através do estudo do contexto histórico de surgimento das legislações antitrustes no mundo e, posteriormente, no Brasil, percorrer a evolução pela qual passaram as concepções de atuação do Estado na economia no intuito de compreender o atual estado da legislação nacional como um processo complexo e repleto de alterações no decorrer do tempo, que refletem as mudanças de abordagem do papel estatal frente ao papel da economia.

Em segundo lugar, será realizado o estudo da ordem econômica, tal como comparece na Constituição Federal de 1988, com sua ênfase no princípio da livre iniciativa e da livre concorrência, contemplando o papel do Estado no equilíbrio desses dois pressupostos, de forma a compreender de que forma o atual arcabouço jurídico, reflete e fornece elementos para a implementação da atual política econômica nacional, e dota os agentes públicos de poderes e instrumentos de política eficazes para atuação na prevenção de desvios na esfera privada.

Por fim, alguns pontos da teoria econômica serão abordados para a compreensão de conceitos usados frequentemente pelo CADE como fundamento de suas decisões.

1.1 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO ANTITRUSTE

O modelo econômico proposto por Adam Smith que vigeu nos séculos XIX e XX parte do pressuposto de um mercado atomizado (GOMES, 2004, p. 23). Esta concepção pressupõe a ideia de mercado, como *locus* das trocas econômicas, seja de produtos ou de fatores produtivos, regido por regras internas, como, por exemplo, a da oferta e demanda. Deste ponto de vista, parte-se de um conceito de mercado autorregulável, através da lei da oferta e da demanda, e formado por pequenas unidades produtoras de bens e serviços, e esta virtude seria capaz, por si mesma, de evitar crises econômicas.

No modelo Smithiano, o mercado é atomizado e autorregulável, porque, conforme ensina Carlos Jacques Vieira Gomes

[...] nenhum agente de mercado possui, isoladamente, poder (aqui entendido como poder de fato, poder econômico) para influir na quantidade e no preço dos bens produzidos, uma vez que a fatia de mercado detida por cada um é desprezível, comparativamente ao tamanho do mercado envolvido (2004, p. 24).

Neste modelo, há a segmentação da esfera pública da esfera privada, o mercado seria capaz de per si regular os preços dos diversos produtos, dos insumos e dos salários, cabendo ao Estado um papel residual de interferência na economia e de proteção da liberdade dos indivíduos. O papel do Estado, no modelo de liberalismo econômico proposto pelos pioneiros da teoria econômica de cunho liberal, se restringe ao que se convencionou chamar de “poder de polícia”, na medida em que ao Poder Público estava atribuído o dever de garantir a ordem e o direito à propriedade, punindo os descontentes, e de zelar pelo cumprimento dos contratos realizados entre sujeitos privados.

A defesa do livre mercado, tal como defendido pelos teóricos liberais, e sua contrapartida de não interferência do Estado na economia, acarretou a concentração econômica na mão de poucos agentes econômicos, convertendo este espaço em uma competição selvagem, em que prevalecia a lei do mais forte, gerando a convicção de que sua continuidade poderia levar a sua destruição.

Posteriormente, como consequência dos efeitos desastrosos da não intervenção do Estado, passou-se a um momento de regulamentação da concorrência entre os agentes econômicos, apenas para corrigir os resultados indesejados ocorridos, mantendo-se o liberalismo econômico, mas abandonando alguns de seus princípios.

Ao Estado passa a ser atribuído o papel de preservar o mercado e suas estruturas, inibindo ou reprimindo os seus efeitos negativos, que poderiam prejudicar as trocas econômicas, e o de possibilitar a competição livre entre os agentes econômicos.

Nesse sentido, vale colacionar, por oportuno, o ensinamento de Paula Forgioni, acerca das funções do Estado, quais sejam:

assegurar as premissas do direito civil, como as instituições básicas da propriedade e da liberdade de contratar. Ao mesmo tempo, deve proteger o mercado contra seus efeitos, autodestrutíveis mediante o controle da jornada especial de trabalho, a promulgação de normas antitruste, a estabilização do sistema monetário etc. (FORGIONI, 1998, p.64).

Dentro deste contexto, o acontecimento mais marcante que simboliza esta mudança na atuação do Estado é o *Sherman Act*, editado nos Estados Unidos, em 1890, e considerado o marco legislativo pioneiro do direito antitruste, embora não tenha sido o primeiro diploma legal da matéria (GOMES, 2004, p. 56).

Antes da elaboração do *Sherman Act*, até 1850, a economia dos Estados Unidos da América era desaquecida. Por volta de 1865 este cenário mudou e iniciou-se um processo de aumento da produção, no lugar de uma economia baseada na agricultura e em pequenas empresas surgiram muitos casos de monopólios e oligopólios.

Nesse âmbito que tem início o fenômeno de cartelização na economia norte-americana, cujo exemplo importante é o caso das estradas de ferro nos Estados Unidos. Em um primeiro momento estas empresas começaram uma competição predatória entre si. Posteriormente, estes agentes econômicos celebraram acordos para neutralizar a concorrência, na tentativa de escapar dos efeitos nocivos da disputa por clientes, verificando-se um fenômeno de cartelização crescente, efeito que foi observado também em outros setores da economia.

Este processo de cartelização gerou instabilidade, pois que os acordos firmados não eram vinculantes para as partes. Surge então a figura do *trust*, instituto de direito anglo-saxão definido por Paula Forgioni como instrumento utilizado pelo empresariado na formação de monopólio lesivos à sociedade, da seguinte maneira:

O industrial transferia a um *trustee* o poder derivado de suas ações, recebendo, em contrapartida, um *trust certificate*. Os trustes, então, proporcionavam a administração centralizada dos agentes econômicos que atuavam no mesmo mercado, impedindo, de uma maneira segura e estável, que a concorrência se restabelecesse entre eles. (FORGIONI, 1998, p. 69-70).

Neste período ganharam relevo os debates a respeito das concentrações econômicas em larga escala verificadas. Os grandes agentes econômicos defendiam que a concentração era um processo natural que proporcionava o aumento da produção e expansão da indústria, enquanto consumidores, agricultores, trabalhadores e pequenos empresários se opunham a esta conformação do mercado.

Em 1890 o *Sherman Act* foi promulgado, mas sua aplicação foi dificultada pelos termos genéricos empregados em seu texto. Em um primeiro período, portanto, os tribunais americanos concentraram-se em um trabalho de definição destes conceitos vagos da legislação.

Em razão dos problemas enfrentados pelos tribunais americanos na aplicação do *Sherman Act*, duas novas leis são promulgadas em 1914: *Clayton Act* e o *Federal Trade Commission Act*. A primeira exemplificando e condenando algumas condutas lesivas à concorrência e estipulando os que estas práticas serão lesivas se “restringirem a concorrência de forma não razoável ou tenderem a criação de um monopólio” (FORGIONI, 1998, p. 75). A segunda criou uma agência encarregada de controlar o cumprimento da legislação antitruste e as condutas dos agentes econômicos.

Este período é marcado por acontecimentos que forçaram o Estado a mudar o seu comportamento econômico. A Primeira Guerra Mundial em 1914 e a crise de 29 fizeram com que o Estado intervisse ainda mais na economia, no primeiro caso para direcioná-la para guerra e no segundo para conter os efeitos da crise, reimpulsionando a economia.

Assim, muito embora sempre se tenha verificado a atuação do Estado na economia, a partir do início do século XX, a quantidade de normas emanadas aumentou sensivelmente, de forma a fazer uma interferência não apenas episódica, mas organizada e sistemática. O Estado passa a dirigir o sistema, com o escopo de evitar as crises. (FORGIONI, 1998, p. 78).

Embora a legislação europeia tenha surgido em momento posterior à americana, a constituição alemã de 1919 (*Weimar*) foi a primeira a abandonar as concepções oriundas de uma interpretação estrita do liberalismo econômico do século XIX e tratar da ordem econômica e social, submetendo a propriedade à sua função social e condicionando o seu uso ao interesse geral.

No ano de 1951 com a assinatura do Tratado de Paris instituiu-se a Comunidade Europeia do Carvão e Aço. Acredita Paula Forgioni (1998, p. 83) que neste instrumento fica clara a ideia da concorrência não como um fim em si mesma, um valor a ser defendido em detrimento de outros, e sim, como um instrumento para atingir objetivos protegidos, como o equilíbrio econômico.

Posteriormente, em 1957, Tratado de Roma estabeleceu a Comunidade Econômica Europeia e, seguindo o Tratado de Paris, protegeu a concorrência como instrumento do Estado para implementação de políticas públicas.

Nos termos do artigo 85 do Tratado de Roma:

1. São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou

falsear a concorrência no mercado comum, designadamente as que consistam em:a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação;b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;(…)3. As disposições no n. 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:(...) - a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico (...) (VAZ, 1993, p. 449-450).

Depreende-se deste artigo a instrumentalidade da concorrência, pois apenas os acordos e práticas que possam causar efeitos negativos sobre a concorrência do mercado comum violam os termos do tratado. Ainda, os itens elencados no n. 1, poderão ser declarados inaplicáveis nos casos em que se verifiquem efeitos positivos ou objetivos buscados pelo mercado comum.

Portanto, neste último momento, na Europa, “intensifica-se o caráter instrumental da concorrência, que passa, então, a ser tomada como um princípio cardeal a orientar o processo de interpretação/aplicação das normas antitrustes” (FORGIONI, 1998, p. 86).

Após análise sintética do nascimento do antitruste nos Estados Unidos e na Europa, é oportuno estudar o seu surgimento no Brasil.

Paula Forgini ressalta a diferença do nascimento do antitruste brasileiro e o americano, pois, aqui, ele “nasce como repressão ao abuso do poder econômico e tendo como interesse constitucionalmente protegido o interesse da população”, nos Estados Unidos, por sua vez, ele surge como “elo lógico de ligação entre o liberalismo econômico (manutenção da) liberdade de concorrência” (FORGIONI, 1998, p. 106).

O primeiro diploma antitruste brasileiro, o Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1938, regulamentava a Constituição Federal de 1937 que autorizava, em seu texto, a aplicação de sanções penais as práticas ofensivas à economia popular (FORGIONI, 1998, p. 106).

Seguindo a orientação constitucional da época, o Decreto-Lei nº 869, em seu art. 2º, previa sanções para práticas lesivas à concorrência, tais como fusões, convênios, entre outras, sob o argumento que estes atos provocavam aumento arbitrário de preços e, dessa forma, de lucros.

Desta forma, neste primeiro diploma estavam contidas algumas normas que foram repetidas nas legislações antitrustes seguintes e vigentes até os dias de hoje,

através da Lei nº 8.884, de 1994, como, por exemplo, o art. 20, inciso III, que condena o aumento arbitrário de lucros, à semelhança do art. 2º, inciso III, do Decreto-Lei nº 869.

Em 1945, um novo projeto antitruste foi promulgado, ao fim da era Vargas, o Decreto-Lei nº 7.666, de forte caráter nacionalista, protegia o interesse nacional em detrimento do poder estrangeiro (GOMES, 2004, p. 58).

O Decreto-Lei nº 7.666 abandonou o caráter penal da lei anterior e referiu-se, expressamente, aos “atos contrários aos interesses da economia nacional” e não mais “crimes”, como no diploma anterior. Além disso, atribui à administração pública a função de apurar as práticas contrárias à economia nacional, bem como a aplicação das sanções respectivas. Para isso, foi criado órgão administrativo federal, a Comissão Administrativa de Defesa Econômica. Após apenas três meses de vigência o decreto foi revogado, com a queda do governo Vargas.

O fato é que o referido Decreto-Lei nº 7.666 colocava nas mãos do Poder Executivo um instrumento apto a controlar atividades do poder econômico em território brasileiro, facultando até mesmo a intervenção em empresas que praticassem atos nocivos ao interesse público. [...] Como não poderia deixar de ser, a oposição ao Decreto-Lei nº 7.666 foi das mais ferrenhas e sistemáticas (FORGIONI, 1998, p. 113).

Após a revogação do decreto, sobreveio a Constituição Federal de 1946, primeira norma a conter, expressamente, o princípio da repressão ao abuso do poder econômico (GOMES, 2004, p. 60).

Neste momento, o governo federal dispunha de instrumentos legais para intervir na economia, porém ainda lhe faltava meios, ou seja, um órgão, que fosse responsável pela averiguação e aplicação das normas antitrustes.

Em 1962, a Lei nº 4.137 é promulgada e cria-se, através dela, finalmente, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, órgão responsável pela “apuração e repressão dos abusos do poder econômico”, nos termos do seu art. 8º.

A Lei nº 4.137 suscitou dúvidas quanto à taxatividade ou não das práticas elencadas como formas de abuso do poder econômico dispostas em seu art. 2º. “Enfrentava-se o problema da conciliação da eficiência do sistema antitruste com a segurança e previsibilidade a serem proporcionadas aos agentes econômicos” (FORGIONI, 1998, p. 121).

Na vigência do diploma de 1962, a atuação do CADE foi muito diluída e quase ineficaz, tendo grande parte de suas decisões revistas e efeitos suspensos pelo Poder

Judiciário. “O CADE passa, então, a ser visto pelo empresariado (e mesmo pela população) como um órgão inoperante ou que, se fazia algo, não era de muito relevo” (FORGIONI, 1998, p. 127).

No entender de Paula Forgioni, a Lei n° 4.137, de 1962, não possuiu grande aplicabilidade pelo CADE, assim, nas palavras da mencionada autora,

ao que tudo indica, em seu período de vigência, sem embargo de alguns breves “surto” ou “ondas” de aplicabilidade, a Lei Antitruste de 1962 não encontrou uma maior efetividade na realidade brasileira, não sendo possível identificar qualquer atuação linear e constante de uma política econômica que se tenha corporificado em uma política da concorrência (FORGIONI, 1998, p. 131).

No ano de 1991, novo diploma antitruste é editado, trata-se da Lei n° 8.158. O objetivo desta lei era trazer maior celeridade na apreciação de denúncias feitas por desrespeito das normas antitrustes. Para tanto, criou-se a Secretaria Nacional de Direito Econômico – SNDE, vinculada ao Ministério da Justiça, que passou a agir conjuntamente ao CADE, fornecendo-lhe corpo técnico e suporte administrativo.

Finalmente, em 1994, edita-se a atual norma antitruste em vigor, Lei n° 8.884, que será objeto de análise mais detalhadamente no capítulo 2 do presente trabalho.

1.2 A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição brasileira de 1934 foi a primeira a tratar da ordem econômica, influenciada pela Constituição de *Weimar* de 1919 (GOMES, 2004, p. 50), dispôs no seu art. 115: “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos a existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica”. Todas as constituições posteriores à de 1934 trouxeram a disciplina jurídica da ordem econômica.

A constituição econômica brasileira de 1988 funda-se em princípios consagrados no ideário do liberalismo econômico, tais como liberdade de iniciativa, competição dos agentes econômicos e na propriedade privada, equacionados com novos preceitos, frutos de conquistas sociais, quais sejam: função social da propriedade, a defesa dos direitos do consumidor, entre outros.

Analisando o *caput* do art. 170 da Constituição Federal depreende-se que “a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa”, as quais se referem o legislador

como fundamentos da ordem econômica brasileira, consagram uma economia de mercado, de cunho capitalista.

Paralelamente, da leitura do Título VII da Constituição, em que estão contidas as normas da ordem econômica e financeira brasileira, depreende-se, nas palavras de José da Silva

[...] que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Conquanto se trate de declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado, na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil (art. 1, IV) (SILVA, 2010, p. 790).

A seguir serão analisados dois dos princípios elencados no rol do art. 170 da Constituição Federal: o da livre iniciativa e o da livre concorrência.

1.2.1 A livre iniciativa e a livre concorrência: princípios complementares ou antagônicos?

A Constituição Federal de 1988 traz princípios e regras de direito econômico. Estes princípios são normas de caráter abstrato que estabelecem diretrizes ou mandamentos nucleares para o sistema jurídico como um todo. Os princípios constitucionais inscritos na Constituição estabelecem entre si relações de coalescência e dominância, não prevalência, como acontece com as demais as normas jurídicas. Portanto, é possível encontrar na Constituição ocasiões em que os princípios são harmônicos e outras em que são antagônicos, permanecendo mesmo assim válidos e vigentes, e variando com a situação real objetiva, porém, sem a anulação ou revogação total ou parcial que ocorre entre as demais normas jurídicas infraconstitucionais.

Dessa forma, a livre iniciativa é o princípio básico do liberalismo econômico, assentado sobre a ideia de mercado, como lugar ideal onde seriam realizados todos os negócios concernentes às trocas capitalistas, mas também de mercado como mecanismo de autorregulação das trocas e das relações estabelecidas entre os diversos agentes sociais. A livre iniciativa, assim concebida, diz respeito à liberdade dos agentes econômicos agirem, a princípio, sem a interferência do Estado. Este princípio basilar está estreitamente relacionado à crença na necessidade de liberdade dos empresários

para o desenvolvimento e expansão de suas atividades. A Lei Maior, porém, prevê limites ao exercício da liberdade econômica, pois “ao mesmo tempo em que garante a propriedade privada dos meios de produção”, estabelece que o direito de propriedade não pode ser utilizado de forma abusiva e antieconômica, devendo, em todo o caso, cumprir sua função social” (ABREU, 2008, p. 75).

É neste contexto que se insere a concepção de que a liberdade de iniciativa deve estar condicionada a outros interesses, os quais se encontram também expressos na Constituição Federal de 1988. Em complementação, os ensinamentos de José Afonso da Silva informam que

[...] a evolução das relações de produção e a necessidade de propiciar melhores condições de vida aos trabalhadores, bem como mau uso dessa liberdade e a falácia da “harmonia natural dos interesses” do Estado liberal, fizeram surgir mecanismos de condicionamento da iniciativa privada, em busca da realização de justiça social, de sorte que o texto supratranscrito do art. 170, parágrafo único, sujeito aos ditames da lei, há de ser entendido no contexto de uma Constituição preocupada com a justiça social e com o bem-estar coletivo (2010, p. 796).

O art. 170 e seu parágrafo único disciplinam a livre iniciativa econômica na Constituição Federal de 1988. O *caput* afirma que a ordem econômica se funda na livre iniciativa e o parágrafo único assegura “a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

A concorrência, por sua vez, deriva da liberdade de iniciativa, uma vez que os particulares, desfrutando de liberdade de acesso ao domínio econômico, tendem a multiplicar sua exploração em diversos setores da economia e, conseqüentemente, lutar por espaços de mercado e pela obtenção da clientela.

Entretanto, a livre concorrência possui outra faceta, a de assegurar a eficácia da livre iniciativa. Nesse sentido, ressalta Rogério Roberto Gonçalves de Abreu:

A livre concorrência, contudo, como princípio de base constitucional (indicação de objetivo a atingir), procura assegurar a eficácia da livre iniciativa. De nada valeria poder entrar no mercado, utilizando o fundamento da livre iniciativa, se nele não fosse possível se manter, dada a falta de efetividade do princípio da livre concorrência. Sendo assim, parece-nos adequado dizer que o princípio da livre concorrência alicerça e efetiva o fundamento constitucional da livre iniciativa (2008, p. 80).

O princípio da livre concorrência encontra-se do art. 170, IV e é instrumentalmente reforçado pelo art. 173, 4º, ambos da Constituição Federal de 1988.

A defesa da livre concorrência, portanto, “traduz um objetivo estatal, um compromisso estatal a ser mantido e garantido permanentemente, devendo o Estado agir para restabelecer a livre concorrência sempre que houver condutas abusivas por parte dos agentes econômicos” (ABREU, 2008, p. 81).

Dessa forma, o Estado tem o poder-dever de tornar possível a concorrência entre os agentes econômicos, guiando-se pelo desenvolvimento nacional e interesse público. (ABREU, 2008, p. 81).

1.2.2 Intervenção do Estado no domínio econômico

O modelo de uma economia pura, sem intervenção do Estado, em que os agentes econômicos se regulariam automaticamente se provou insustentável. Ao invés, o que se verificou foi a concentração econômica exigindo-se do Poder Público “uma permanente vigilância em prol da manutenção da integridade do sistema” (ABREU, 2008, p. 82).

Historicamente, pode-se dizer que a Lei nº 8.031, de 1990, foi marco decisivo no perfil atual do Estado brasileiro diante do domínio econômico. Através deste diploma ficou instituído o Programa Nacional de Desestatização que transferiu à iniciativa privada atividades antes exploradas pelo setor público, entre outras medidas tomadas.

Dessa forma, “o Estado regulador é o novo perfil do Estado contemporâneo, que se afastou da prestação de diversas atividades, transferindo-as aos particulares, sem, contudo, abandonar totalmente os setores que deixava, já que permaneceu neles regulando e acertando a conduta privada” (TAVARES, 2006, p. 299).

Acredita-se, dessa forma, que o Estado deve possuir os instrumentos necessários para preservar o sistema, a livre concorrência e o exercício da livre iniciativa dos agentes econômicos, tudo isso, nos limites impostos pela Constituição Federal.

Existem duas acepções para a noção de atividade econômica na doutrina atual, são elas: em sentido estrito e a em sentido amplo. A em sentido amplo engloba, paralelamente, o controle estatal sobre o comportamento dos agentes econômicos privados e sua participação no domínio econômico. A atuação estatal em sentido estrito refere-se apenas àquelas que são reservadas aos particulares, são essencialmente econômicas.

Para Eros Grau (1990, p. 162) ocorre *intervenção* apenas quando o Estado atua no campo da atividade econômica em sentido estrito (grifo nosso).

O ex-ministro do Supremo Tribunal Federal distingue ainda três modalidades de intervenção estatal: por absorção ou participação, por direção e por indução.

A atuação do Estado mediante absorção e por participação dizem respeito a intervenção estatal *no* domínio econômico, ao contrário, as hipóteses de direção e indução são formas de intervenção *sobre* o domínio econômico (grifo nosso).

Isto significa dizer que nos casos de absorção e participação o Estado desenvolve atividades de agentes econômicos. Na absorção, o Estado atua em regime de monopólio, impondo, mediante normas, a exclusividade desta exploração. Já na intervenção por participação o Estado atua em igualdade de condições, ou seja, em regime de competição com os agentes particulares ou em parceria com estes.

Nos dois últimos casos – direção e indução – o Estado age sobre o domínio econômico, sendo o regulador do processo de produção. Atuando de forma diretiva estará o Estado desenvolvendo atividade legislativa, ou seja, impondo “normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade em sentido estrito”. Agindo por indução estará manipulando “os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados” (GRAU, 1990, p. 162-163).

Para a análise de caso, objeto da presente monografia, interessa as duas últimas formas de intervenção estatal proposta por Eros Grau, quais sejam, por direção e por indução. Estas duas hipóteses correspondem a forma de intervenção do Estado de maneira indireta na economia, prevista na Constituição, nos termos do art. 174 e dos parágrafos 4º e 5º do art. 173.

Ensina Rogério Roberto Gonçalves de Abreu que na intervenção indireta o Estado atua influenciando “a vida econômica através de normas jurídicas e atos de regulação, incentivando ou não atividades, traçando planos para a economia em prol do desenvolvimento nacional” (ABREU, 2008, p. 88).

As normas jurídicas que preveem a intervenção estatal por direção são chamadas de normas de controle e buscam equilibrar alguns direitos, como o de propriedade e a livre iniciativa econômica, com os valores conformadores da ordem econômica (GOMES, 2004, p. 46).

As normas de controle se dividem em duas: as preventivas e as repressivas. As primeiras possibilitam ao Estado intervir previamente no exercício dos direitos e liberdades dos particulares, por entender que, no futuro, tal ato poderá gerar abuso de poder (GOMES, 2004, 46). É neste contexto, segundo Carlos Jacques Vieira Gomes, das normas preventivas, que se encontram os controles dos atos de concentração previsto no art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994. As normas repressivas determinam aos particulares a abstenção de certas condutas perante o domínio econômico, consideradas lesivas ao interesse público, sob pena de sanção penal ou administrativa e, na Lei nº 8.884, encontram-se previstas entre os arts. 20 e 27.

No que diz respeito a hipótese de indução, proposta por Eros Grau, depreende-se do estudo do art. 174 da Carta Magna que o principal instrumento do Estado para sua atuação será a lei, ainda que não o único: “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, *na forma da lei*, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado” (TAVARES, 2006, p. 172) (grifo nosso).

Quando age na sua função de fiscalização, o Estado deve observar a conduta dos agentes econômicos, evitando seus abusos e práticas ilícitas. Esta função deriva da “prerrogativa de estabelecer regras que evitem a destruição do sistema pela atividade lesiva e anticoncorrencial dos agentes privados, conferindo ao Estado o dever-poder o respectivo cumprimento” (ABREU, 2008, p. 88).

A Constituição reconhece no êxito da iniciativa econômica uma ferramenta para a busca do desenvolvimento nacional, o pleno emprego, a dignidade da pessoa humana e demais valores econômicos, portanto, o Estado deve incentivar a atuação legítima dos agentes econômicos e pode conceder benefícios fiscais e creditícios, dentre outros mecanismos, quando o desempenho de determinada atividade pela iniciativa privada interessá-lo.

A função de planejamento é um método de “racionalização e otimização das diversas formas de atuação do Estado no domínio econômico. Não representa propriamente um dos meios de intervenção, mas traduz a opção estatal pela ordenação racional dos meios de intervenção” (ABREU, 2008, p. 90).

Para Eros Grau “o planejamento, assim, não configura modalidade de intervenção [...] mas, simplesmente, um método a qualificá-la, por torná-la sistematizadamente racional” (GRAU, 1990, p. 164).

Portanto, das funções exercidas pelo Estado depreende-se que a atuação regulatória do Estado pode ser feita ou não através de normas jurídicas. Isto porque, “há três poderes inerentes à regulação: aquele de editar a regra, o de assegurar a sua aplicação e o de reprimir as infrações” (ARAGÃO, 2002, p. 24).

O CADE, autarquia pertencente ao Poder Executivo, desempenha papel na política antitruste do Estado como agente regulador da economia, pois ainda que não emita normas, assegura a sua aplicação e reprime as infrações à ordem econômica, ou seja, exerce as funções de fiscalização e planejamento.

O CADE é órgão essencial à proteção dos princípios constitucionais relativos à ordem econômica, entre eles o da liberdade de iniciativa e da livre concorrência.

Neste trabalho, estes postulados constitucionais não são entendidos como conflitantes entre si, isto porque nenhum princípio é absoluto. A autoridade estatal serve para efetivar a liberdade de iniciativa e de concorrência, dosando estes princípios, tudo nos termos da lei.

Neste condão, é o pensamento de Rogério Roberto Gonçalves de Abreu, em que defende a ausência de garantias ou proteção aos eventuais abusos praticados pelos particulares, nos seguintes termos:

a liberdade de iniciativa e concorrência não protege o sujeito que, in concreto, abusa do exercício do poder econômico para afastar a concorrência, dominar mercados ou aumentar arbitrariamente os lucros. Não existe garantia constitucional que sobreviva no ambiente do abuso e proteja o agente econômico privado contra uma atuação estatal interventiva dotada de proporcionalidade e razoabilidade (ABREU, 2008, p. 95).

No exercício de suas funções interventivas, o Estado encontra-se de frente à conceitos estranhos ao direito, portanto, nesta monografia, é importante o estudo destes termos, os quais são largamente usados pelo CADE nos atos de concentração sujeitos à sua apreciação.

1.3. CONCEITOS EXÓGENOS AO DIREITO

Há interdisciplinaridade entre direito positivo e a teoria econômica. Isso porque, à medida que a sociedade se torna mais complexa, o direito também precisa aumentar o nível de complexidade de suas normas, incorporando conceitos da teoria econômica.

Nesta seção serão abordadas questões de teoria econômica atinentes a análise de caso, objeto de estudo desta monografia.

Primeiramente, serão levantadas informações acerca dos tipos de concentrações econômicas existentes, seus efeitos e alguns aspectos históricos relevantes.

Em um segundo momento, far-se-á um estudo de dois conceitos econômicos importantes para entender os pareceres emitidos pelos órgãos que atuam no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, bem como de todos os atos emitidos nos autos do processo de fusão, são eles: mercado relevante e posição dominante.

1.3.1 Concentrações econômicas

A doutrina classifica as concentrações econômicas em horizontais, verticais e conglomeradas.

A primeira delas, a concentração horizontal, ocorre entre concorrentes, ou seja, agentes econômicos atuam no mesmo mercado relevante, conceito que será estudado mais a frente.

As concentrações verticais ocorrem “entre empresas que estão em diferentes níveis ou estágios da mesma indústria, mantendo entre si relações comerciais, na qualidade de comprador/vendedor ou prestador de serviço” (MALARD, 1994, p. 44).

Por último, os conglomerados inserem-se em categoria residual e reúnem concentrações econômicas em que a atividade dos agentes não possuem relação entre si.

Em seu livro “Os fundamentos do antitruste”, Paula Forgioni trabalha, inicialmente, com os conceitos de acordos horizontais e acordos verticais, nos seguintes termos:

Os acordos entre os agentes econômicos tendem, muitas vezes, a viabilizar a reprodução de condições monopolísticas e, por essa razão, são tradicionalmente regulamentados pelas legislações antitrustes. Em outras palavras, a união entre agentes (concorrentes ou não) pode proporcionar um poder econômico tal que permita aos partícipes desfrutar de uma posição de indiferença e independência em relação aos outros agentes econômicos. Nosso sistema jurídico, desde que nele foram introduzidas normas destinadas a tutelar a livre concorrência e reprimir o abuso do poder econômico, sempre

determinou a ilicitude de acordos entre empresas que fossem nocivos, em seu objeto ou efeito, à concorrência (FORGIONI, 1998, p. 394).

A autora salienta que esses acordos podem ser chamados também de práticas concentracionistas, pois, ainda que os agentes econômicos mantenham suas autonomias, essa aliança faz com que detenham vantagem competitiva em relação aos demais participantes do mercado.

Entretanto, a tendência, para Paula Forgioni, é se referir às concentrações nos casos em que pelo menos um dos agentes econômicos perde a sua autonomia, em virtude, por exemplo, de uma fusão ou quando as partes “constituem nova sociedade ou grupo econômico cujo poder será compartilhado” (FORGIONI, 1998, p. 356).

Existem diversas modalidades de concentrações econômicas, o que importa observar em todas elas é que esse ato de associação empresarial provoca modificações estruturais no controle da empresa, ou seja, ocorre uma “substituição de órgãos decisórios independentes por um sistema unificado de controle empresarial” (CARVALHO, 1995, p. 91).

As operações de concentração geram efeitos que são sentidos na economia e na sociedade. Paula Forgioni (1998, p. 360-362) elenca uma série desses efeitos, são eles: neutralização da concorrência, viabilização de economias de escala e o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis, aquisição de pessoal especializado, patentes, preservação da continuação de suas atividades, entre outros.

A concentração pode gerar o efeito da neutralização da concorrência. Isso ocorre porque

a concorrência, ainda que lícita, prejudica os concorrentes, pois faz com que o empresário acabe por auferir lucros menores, força o cuidado com a qualidade do produto e gera a necessidade de investimentos para que o agente econômico possa manter-se no mercado, competindo (FORGIONI, 1998, 396).

Diante dessas dificuldades, a concentração representa uma espécie de solução que os agentes econômicos encontram para usufruírem das vantagens decorrentes de uma posição monopolística do mercado.

Geralmente, essas concentrações são rejeitadas pelo CADE, tendo em vista que os seus prejuízos não se compensam com benefícios ao mercado, à economia nacional e aos consumidores. “Diz-se, assim, que não há qualquer eficiência trazida pela operação” (FORGIONI, 1998, p. 361).

Outro efeito das concentrações pode ser o da preservação e continuação das atividades da empresa. Isto significa que, a concentração pode se apresentar como a solução em casos de conflitos entre os acionistas ou sócios, por exemplo, ou então nos casos de falência do agente econômico. Estas duas hipóteses, conflito entre os acionistas e processo de falência, foram verificadas no caso de fusão da Sadia a Perdigão.

Ensina Paula Forgioni:

O empresário que está encerrando sua vida profissional pode preferir deixar a seus herdeiros outros bens que não a unidade produtiva. Para os acionistas, administradores, fornecedores e empregados pode ser menos traumática a opção da venda àquela da bancarrota ou do declínio das atividades empresariais. No Brasil, a venda a terceiro costuma ser a solução para eventual conflito entre os sócios ou acionistas, viabilizando a continuação das atividades sociais (1998, p. 362).

As concentrações, muitas vezes, ensejam efeitos negativos para a economia e sociedade. Os agentes econômicos que conquistam o monopólio tendem a agir de maneira independente e com indiferença às outras empresas e ao consumidor, o que pode acarretar um abuso da sua posição no mercado.

Entretanto, conforme ressalta Paula Forgioni (1998, p. 363), as concentrações econômicas podem gerar efeitos positivos para a economia e para a sociedade, através do aumento do grau de eficiência, do desenvolvimento tecnológico e também do benefício ao consumidor.

Ainda, as concentrações podem ser encaradas como uma ferramenta pelos países para enfrentar as pressões de um mercado globalizado e a necessidade de aumentar seus graus de competitividade. É neste sentido que “a evolução da economia capitalista nos últimos quarenta anos e notadamente a partir da Segunda Guerra Mundial, tem sido comandada pelo fenômeno da concentração empresarial” (COMPARATO, 1970, p. 4).

Com a expansão da União Europeia, os países pertencentes a esse bloco econômico adotaram posturas favoráveis aos processos concentracionistas. Na França, a concentração foi autorizada sob o argumento da necessidade das empresas nacionais se fortalecerem para poderem concorrer com os poderosos grupos alemães e formar, dessa vez no âmbito europeu, unidades capazes de enfrentar as empresas dos Estados Unidos.

No Brasil, o fenômeno concentracionista tem origem na década de sessenta, muito depois do seu início na Europa e nos Estados Unidos, com o objetivo de aumentar

a produção nacional e criar um empresariado forte, capaz de concorrer com a indústria internacional.

A partir da década de setenta, depreende-se a postura favorável do Estado brasileiro às fusões e incorporações (FONSECA, 1995, p. 7). A Lei nº 5.727, de 1971, aprovou as diretrizes e prioridades estabelecidas no Primeiro Plano Nacional de Desenvolvimento (I PND), entre elas:

II - Implantação de novos instrumentos para modernizar a empresa nacional, fortalecendo-lhe a capacidade competitiva e eliminando as condições de desigualdade em que opera, relativamente à estrangeira. [...]III - Vitalidade do setor privado, originada de uma nova concepção de empresa, inclusive com tendência a fusões e a modernas estruturas de produção e de comercialização. Com o nosso empresariado ainda em maturação, a pequena e média empresas continuarão desempenhando papel relevante, principalmente nos setores em que é menos forte o efeito das economias de escala. Para modernização dessas empresas, já foram criados inúmeros instrumentos, que importa sejam efetivamente utilizados.

Segundo João Bosco Leopoldino da Fonseca (1995, p. 8-9), o II Plano Nacional de Desenvolvimento, Lei nº 6.151, de 1974, seguiu a mesma linha do anterior apoiando as concentrações econômicas no Brasil como estratégia para a aceleração do desenvolvimento de certos setores e dedicando um capítulo especial para tratar das fusões e conglomerados. Nesse capítulo a lei descreve a situação da economia no país naquele momento. Tratava-se de uma pulverização de empresas nacionais, pequenas e fracas, desprovidas de poder de competição, concorrendo, no mesmo setor, à uma ou poucas empresas estrangeiras, detentoras, porém, de escala satisfatória. Por isso defendia-se, nos termos da lei:

uma política de fusão de empresas nacionais – e o que se tem estimulado é exatamente isso –, para adquirir escala econômica, significa: elevar a eficiência do setor, fortalecer o empresariado do país e aumentar o grau de competição daquele mercado. Sim, porque a existência de algumas empresas médias e eficientes, ao lado das grandes, vitaliza a competição do setor, ao invés de enfraquecê-la.

Acerca da postura favorável do Estado brasileiro às concentrações econômicas a partir da década de 60, vale colacionar os ensinamentos de Waldirio Bulgarelli:

a posição do Estado brasileiro foi então de amplo apoio à concentração, notadamente no seu aspecto de fusão e incorporação, e se manifestou de um lado, deixando ampla liberdade para a formação de vários tipos de ajustes, convênios, consórcios etc., desde que não tivessem por fim o domínio do mercado e a eliminação da concorrência para a obtenção de lucros anormais, pela fixação artificial de preços. Por outro, estimulou de maneira direta ou indireta, no primeiro caso exigindo certo vulto de capital para determinados tipos de empresas como as de seguro, bancos, e mais recentemente as tradings. Também incentivou diretamente através da concessão de uma série de vantagens fiscais e linhas de financiamentos. De tal arte que, como se

verá, o número de fusões e incorporações cresceu bastante nesses anos, ocorrendo o mesmo com a própria dimensão das empresas que, sob a forma de sociedade anônima, constituem, a bem dizer, o primeiro aspecto da concentração econômica (1996, p. 110).

Desta maneira, de um lado depreende-se que o desenvolvimento econômico atual não teria sido possível sem a concentração econômica e, de outro, que esses agrupamentos podem gerar excessos e colocar em risco o próprio sistema, nas palavras de Paula Forgioni: “ao mesmo tempo em que a concentração de capitais é vista como indispensável ao progresso e mesma à eficiência do sistema produtivo, é também fator de instabilidade desse próprio sistema” (1998, p. 368).

Diante do desafio de analisar os efeitos positivos ou negativos das concentrações, o próximo tópico tratará da determinação dos impactos dos atos de concentração no mercado. Neste processo, primeiramente o CADE, que é o responsável pela apreciação dos atos de concentração, faz a delimitação do mercado relevante, para, em seguida, identificar o percentual detido pelas empresas. Por fim, o Conselho, faz o levantamento de uma série de fatores, como, por exemplo, barreiras à entrada de novos agentes econômicos, e analisando-os simultaneamente, chega a sua decisão sobre quais serão os impactos do ato de concentração.

1.3.2. Identificação do poder de mercado

Os incisos II e IV do art. 20 da Lei nº 8.884 de 1994 trazem conceitos exógenos ao direito, são eles: mercado relevante e posição dominante.

O conceito de mercado relevante é crucial para a aplicação pelo CADE dos arts. 20 e 54 da Lei nº 8.884, de 1994, ou seja, para fins de apuração de atos infracionais por eventual abuso de poder ou por domínio de mercado e também para o controle das concentrações econômicas.

a) Mercado Relevante

Primeiramente, é importante diferenciar poder econômico de poder de mercado. O poder econômico é “a capacidade de opção econômica independente, naquilo em que essa capacidade decisória não se restringe às leis concorrenciais de mercado”

(CARVALHOSA, 1967 apud GOMES, 2004, p. 134). O poder de mercado, por sua vez, é a manifestação deste poder econômico dentro de um mercado relevante determinado.

Portanto, o poder econômico possibilita ao agente econômico agir independentemente, sem se preocupar com os seus concorrentes e se manifesta através da capacidade da empresa em aumentar preços com a redução da oferta do bem. Segundo Carlos Jacques Vieira Gomes (2004, p. 106) poder de mercado e a posição dominante são espécies pertencentes ao gênero poder econômico.

O método teórico de acesso e medição do poder de mercado adotado nesta monografia é aquele que o divide em dois níveis: o geográfico e o material, este último também chamado de tipo de produto, neste sentido, os autores Paula Forgioni (1998, p. 201) e Fábio Ulhôa Coelho (1995, p. 58).

É importante ressaltar que alguns autores, como Calixto Salomão Filho (1998, p. 90) inserem ainda um terceiro nível à análise do mercado relevante, trata-se da dimensão temporal.

Para a definição de mercado, de produtos e geográfico, é importante o exame de dois elementos: os substitutos do lado da demanda e os substitutos do lado da oferta.

Calixto Salomão (1998, p. 90) argumenta que para a compreensão desses dois elementos é preciso projetar um aumento de preços que acontecerá em consequência da situação monopolística analisada. Através desta projeção, feita com base no aumento de preços pretéritos, pode-se avaliar se o consumidor deste produto procurará um concorrente próximo, ou seja, se é possível a substituição da demanda, ou se novos concorrentes entrarão no mercado, motivados por este aumento de preços (substituição da oferta).

A projeção dos preços pretéritos para apurar, com base nos comportamentos passados dos consumidores, se ocorrerá a substituição dos produtos é importante na apuração do mercado relevante. É o que observa Calixto Salomão Filho:

Note-se que essa análise aparentemente complicada é necessária para fornecer a real dimensão do mercado e para avaliar o próprio poder no mercado. Só em perspectiva dinâmica o poder de mercado pode ser corretamente captado e mensurado. Isso porque só verificando os efeitos de um determinado aumento de preços é possível observar a movimentação dos consumidores no sentido de substituir um produto pelo outro. Essa análise dinâmica do mercado permite, portanto, ter uma ideia das elasticidades cruzadas, cujos valores não é possível calcular teoricamente (1998, p. 91).

O método supracitado de aumento hipotético de preços baseia-se em presunções econômicas. Uma delas é a presunção de que o agente econômico usará seu poder de mercado e aumentará os preços, atingindo seu ponto de equilíbrio, se já tiver ultrapassado este ponto será constrangida a abaixar os preços praticados.

O fato de um agente econômico possuir grande participação nas vendas que estipula o nível de preços em um determinado momento não significa que ele possui poder de mercado. Isto ocorre no caso em que um aumento de preços gere a substituição da demanda, passando os consumidores a consumir outros produtos, ou então a entrada de um número expressivo de concorrentes no mercado, na chamada substituição da oferta.

Para Calixto Salomão (1998, p. 92) três são os problemas centrais desse método. O primeiro advém do nível do aumento de preços e, de modo “necessariamente arbitrário”, estipula-se com um valor razoável que ele ocorra entre 5%, 10% ou 15%, segundo o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração estabelecido pela Portaria Conjunta da SDE e da SEAE, que será analisada no terceiro capítulo.

O segundo problema é relativo à demonstração da existência de substituição, ou seja, analisa-se a “provável reação dos compradores aos aumentos de preços” (SALOMÃO FILHO, 1998, p. 93) e para resolvê-lo três critérios distintos são utilizados.

O primeiro deles é considerado o mais confiável segundo Calixto Salomão Filho, pois faz um levantamento do comportamento passado dos consumidores. Nas palavras do mencionado autor:

O primeiro desses critérios é a prova de que os compradores efetivamente substituíram ou consideraram a possibilidade de substituir o produto em função de mudanças nos preços ou outras variáveis competitivas. Este indício é tido como mais confiável, pois analisa o consumo dos produtos no passado em função das variações de preços, a “inexistência de movimento paralelo de preços entre produtos similares é indicação razoavelmente segura de que os consumidores não os vêem como substitutos” (1998, p. 94).

O segundo deles observa o comportamento dos vendedores diante da possível substituição da demanda por alguma razão, como, por exemplo, o aumento de preços. Neste caso, procura-se chegar a verificação do poder de mercado através da importância, ou não, que os agentes econômicos dão aos seus concorrentes. Assim, se um agente ignora totalmente seus concorrentes, geralmente, isto significa um comportamento típico de monopolista. Esta regra não é conclusiva, pois o planejamento

de um agente econômico, preocupando-se com os seus concorrentes pode também ser exatamente em virtude do seu poder de mercado, usado com o objetivo de exclusão da concorrência.

O último critério, que procura resolver o problema da demonstração da existência de substituição, leva em consideração a conveniência dos custos da substituição de produtos ou de produção.

Por fim, o terceiro problema encontrado no método de aumento hipotético de preços diz respeito ao montante do produto que deve ser incluído no levantamento de um mercado relevante. Para a análise deste problema é conveniente fazer uma distinção entre mercado de produtos e mercado geográfico. “Pode-se dizer que, como regra geral, tratando-se de substitutos da demanda, o volume inteiro de vendas do produto substitutivo dever ser incluído”. Portanto, todos os substitutivos de um produto que se pretenda analisar serão considerados no levantamento do mercado relevante. Quando se fala em substituição da oferta, porém, leva-se em conta apenas aquele “volume que seja razoável supor que virá a ser redirecionado em função do aumento de preços” (SALOMÃO FILHO, 1998, p. 95).

Para delimitação do mercado de produtos é importante a identificação das relações de concorrência, analisando se há ou não fungibilidade entre diferentes produtos ofertados.

Frequentemente os agentes econômicos ampliam o mercado relevante material dos seus produtos, estrategicamente, na tentativa de evitar a submissão de seus atos à autorização do CADE.

Após esta análise inicial em que foram levantados alguns pontos comuns à compreensão da das dimensões de produto e geográfica, passar-se-á ao estudo dos substitutos da demanda:

Primeiramente, quanto a análise da substituição da demanda, não podem ser considerados substitutos os produtos que servem, de acordo com os consumidores, para o mesmo uso, porém possuem diferença de preço muito grande. Isso não se aplicará para os produtos que possuem uma grande diferença de preços, porém proporcional à qualidade oferecida, que é atribuída pelos consumidores;

Outro ponto a ser levantado é o caso de substituição de produtos que importa gastos extraordinários (conceito que será analisado a seguir) para os consumidores e

que, por isso, devem ser pesados quando se delimita se há ou não poder de mercado. O *lock in* é um exemplo dessa situação e “é um caso extremo de limitação da liberdade do consumidor em um mercado por força de determinantes vindas de outro mercado” (SALOMÃO FILHO, 1998, p. 97).

Calixto Salomão Filho (1998, p. 97) fornece como exemplo de *lock in* o mercado de manutenção de um determinado equipamento em que o produtor possui o monopólio deste serviço e do fornecimento das peças para aqueles consumidores que já compraram o seu produto. Para escapar desse monopólio e ter acesso a novos concorrentes, os compradores teriam que arcar com os custos de um novo produto, ou seja, gastos extraordinários.

Outro exemplo de limitação de liberdade ocorre na “influência exercida pelas redes de distribuição sobre as possibilidades de substituição dos produtos distribuídos” (SALOMÃO FILHO, 1998, p. 97).

Através do exemplo anterior entende-se que produtos vendidos em supermercados não são substituíveis por aqueles de comércios especializados, pois se considera que os custos de substituição, embora subjetivos (tempo perdido de trabalho e lazer), são excessivamente elevados para os consumidores que preferem fazer suas compras conjuntamente.

Quanto ao estudo dos substitutos da oferta, depreende-se que os agentes econômicos pautam suas decisões na procura de lucros e, portanto, as análises estruturais deste grupo são consideradas mais confiáveis, em comparação com a da demanda, segundo os analistas. Essa presunção de racionalidade e repetição de comportamentos provoca uma segurança maior da projeção futura feita na determinação do poder de mercado de um determinado agente econômico.

O método predominante de levantamento da quantidade substituta que deve ser incluída para a determinação do poder de mercado, dimensão produto, considera “a capacidade total de todas as firmas produzindo o bem a ser substituído” (SALOMÃO FILHO, 1998, p. 100).

Este método baseia-se na suposição de que os agentes econômicos, guiados pela possibilidade de lucro, irão desviar suas produções para este outro produto, conforme explica Salomão Filho:

O raciocínio econômico usado por seus defensores é bastante simples. O agente econômico estará disposto a redimensionar toda a sua produção, caso isso seja mais lucrativo que sua produção corrente. Ora, isso ocorrerá sempre que o preço que poderá cobrar pelo novo produto for maior que o preço do produto substituído mais os custos de substituição[...] É necessário demonstrar que a substituição de produção efetivamente já ocorreu em função de um aumento de preços, ainda que apenas em grau mínimo (SALOMÃO FILHO, 1998, p. 100).

Entretanto, Calixto Salomão Filho faz ressalvas a este método de somar toda a capacidade produtiva dos agentes econômicos que, incorrendo em custos, substituiriam suas produções para atender o mercado de outro produto, caso vislumbrassem possibilidade de lucros. Isto porque, a capacidade produtiva deve ser diferenciada daquela ociosa, pois a primeira envolve custos elevados de redirecionamento o que faz com que se deva levar em conta a disposição do produtor de transferir a sua produção. A capacidade ociosa, por sua vez, pode ser incluída totalmente no levantamento do mercado relevante, pois que não envolve perda do mercado anterior.

Após o estudo feito de alguns pontos relevantes para compreensão da dimensão produto, deve-se passar a análise do mercado relevante em sua dimensão geográfica.

A dimensão geográfica refere-se ao espaço físico em que os produtos serão substitutos. Em outras palavras: “Identifica-se o mercado relevante geográfico com o espaço físico onde se desenvolvem as relações de concorrência que são consideradas” (FORGIONI, 1998, p. 202).

Deve-se levar em consideração, na análise do mercado, características ao menos similares entre os concorrentes. “Por essa razão a concorrência deverá ser relativamente uniforme para autorizar a conclusão de existência de um mercado relevante geográfico único” (FORGIONI, 1998, p. 204).

Para Paula Forgioni (1998, p. 205-206), existem alguns aspectos que devem ser levado em conta para que se possa delimitar o mercado relevante geográfico, são eles: hábitos dos consumidores, incidência de custos de transportes, características do produto, incentivos de autoridades locais e existência de barreiras à entrada de novos agentes econômicos.

O primeiro aspecto leva em conta a disposição do consumidor em se afastar para procurar produtos similares ou idênticos, embora a autora defenda que é raro que o consumidor se afaste muito para obter produtos de uso pessoal. O segundo pode fazer com que produtos sejam indiferentes a outros (similares ou idênticos) em virtude dos

custos gastos com os transportes das mercadorias. As características do produto envolvem questões como durabilidade, resistência ao transporte, entre outras. Os incentivos de autoridades locais afasta a concorrência entre os agentes econômicos. E, por fim, a existência de barreiras à entrada de novos agentes faz com que o mercado de determinado produto não esteja suscetível a concorrência externa ainda que potencial.

b) Posição dominante

A expressão posição monopolista não está associada à presença de apenas um agente econômico no mercado. Frequentemente, ela se refere à participação de uma empresa que detém poder econômico em um mercado em que os outros agentes participantes não oferecem concorrência razoável.

Significa dizer que esse agente econômico, detentor de poder econômico, pode agir de maneira independente e com indiferença à presença e às ações dos outros agentes participantes do mesmo mercado, enquanto o reverso não acontece.

Os mercados em que existem agentes econômicos detentores de posição dominante estão propensos a sofrerem aumento de preços, diminuição da qualidade dos produtos ou serviços, entre outros. Isto porque, as empresas com posição dominante adotam postura e agem diversamente de como fariam em um mercado em que há a concorrência.

Neste condão, é o pensamento de Paula Forgioni:

o poder econômico implica sujeição (seja dos concorrentes, seja dos agentes econômicos atuantes em outros mercados, seja dos consumidores) àquele que o detém. Ao revés, implica independência, absoluta liberdade de agir sem considerar a existência ou o comportamento de outros sujeitos. [...] Em conclusão: a posição dominante é decorrência e, ao mesmo tempo, se identifica com o poder detido, pelo agente, no mercado, que lhe assegura a possibilidade de atuar um comportamento independente e indiferente em relação a outros agentes, impermeável às leis de mercado (FORGIONI, 1998, p. 271-272).

Importante perceber que o direito antitruste brasileiro não pune simplesmente o agente que possui posição dominante. Para efeitos da aplicação da legislação e imposições de sanções ou reprovação do ato de concentração, apenas o abuso da posição dominante é proibido, e não o seu uso.

É oportuno perceber que existem diversos métodos que podem ser utilizados na determinação da existência de posição dominante, alguns deles serão analisados a seguir.

Antes do estudo destes métodos, Paula Forgioni ressalta a dificuldade de um levantamento apurado acerca da existência ou não de posição dominante. Nesse sentido, segundo a mencionada autora:

não há métodos de interpretação jurídicos ou fórmulas matemáticas que possam levar a uma conclusão segura sobre a existência de posição dominante em um determinado mercado, não obstante a tentativa dos economistas nesse sentido. A posição dominante é um fato, não fácil de se constatar (1998, p. 282).

A primeira análise a ser feita quando da determinação da posição dominante é delimitar o mercado relevante para, sucessivamente, estudar sua estrutura.

Paula Forgioni (1998, p. 283) trabalha com indicativos da existência de posição dominante, são eles: *marketshare* x *marketpower*, concorrência potencial e barreiras à entrada de novos agentes econômicos, comportamento/dependência dos consumidores e/ou fornecedores, potência econômica da empresa, estrutura avançada da empresa, vantagens tecnológicas, grau de crescimento do setor e aspecto temporal.

O primeiro indicativo refere-se a presunção de que os agentes econômicos que possuem parcela substancial do mercado (*marketshare*), detêm também poder econômico (*marketpower*). Esta técnica é a mais utilizada na determinação da posição dominante pelas cortes e autoridades antitrustes, entre as quais, encontra-se o CADE, o qual presume o poder econômico de uma empresa que possua vinte por cento do mercado relevante, em obediência ao estipulado no art. 20, parágrafo 3º da Lei n. 8.884, de 1994.

Cabe ressaltar que da mesma maneira que não necessariamente o agente econômico que possuir vinte por cento do mercado relevante ou mais possuirá posição dominante, aquele que detiver percentual inferior a este valor poderá desfrutar de poder econômico. Esta relatividade do percentual de vinte por cento e a necessidade de comparação com os demais concorrentes existentes no mercado encontra previsão inclusive no texto legal, mais precisamente no parágrafo 2º, art. 20 da lei antitruste, em que dispõe: “ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial do mercado relevante [...]”.

Portanto, o que se conclui do percentual legal de vinte por cento da lei é que ele não basta para configuração de posição dominante, sendo necessário a conjugação de outros fatores, como por exemplo, a capacidade da empresa de impor preços, agir de maneira independente e indiferente aos demais agentes econômicos.

Ainda, o CADE, ao determinar a existência de posição dominante, vale-se da análise das barreiras de ingresso de novas empresas ao mercado que se pretende estudar. Neste sentido, ressalta Paula Forgioni,

a ausência de concorrência potencial em mercados concentrados é vista como um dos maiores indicadores de posição dominante: se a empresa encontra-se livre de pressões concorrenciais, atuais ou potenciais, sua independência mostra-se em grau máximo, viabilizando a atuação potestativa (1998, p. 286-287).

Por outro lado, pode o agente econômico possuir participação substancial do mercado relevante e, ainda assim, ter descartada a sua posição dominante. É o que ocorre quando existe concorrência potencial ou capacidade ociosa no mercado de outros agentes econômicos, impossibilitando a empresa detentora de parcela substancial de práticas monopolistas, as quais provocariam aumento dos lucros.

Isto porque, o aumento de preços em um determinado mercado estimula a concorrência, atraindo outros agentes econômicos. Paula Forgioni explica este comportamento dos possíveis concorrentes nos seguintes termos:

(i) se não houver significativas barreiras à entrada, os agentes econômicos que estão afastados do mercado (*in the wings*) podem nele entrar, determinando, assim, o restabelecimento da concorrência; ou (ii) os demais agentes econômicos atuantes no mesmo mercado podem não estar produzindo de acordo com sua capacidade máxima, porque o preço praticado não compensaria o aumento de produção. Assim, quando o agente econômico detentor de parcela substancial do mercado elevar os preços ali praticados, os demais aumentarão sua produção, incrementando, de consequência, o grau de concorrência (1998, p. 287-288).

Neste segundo indicativo, da concorrência potencial e barreiras à entrada, há uma questão importante a ser ressaltada que é o espaço de tempo. Assim, a entrada no mercado por agente econômicos (concorrentes potenciais) pode ocorrer tardiamente, não compensando os danos causados pela empresa que abusou do poder até aquele momento.

Portanto, ainda que o agente econômico provoque a entrada de concorrentes potenciais ao mercado devido a um aumento de preços praticados, “a demora na

correção da distorção poderá trazer consequências danosas para o mercado, que não podem e não devem ser desprezadas” (FORGIONI, 1998, p. 291).

O terceiro indicativo de posição dominante de uma empresa no mercado ressaltado por Paula Forgioni (1998, p. 293) é o comportamento/dependência dos consumidores e/ou fornecedores.

É neste contexto que se inserem as marcas de produtos ou serviços que possuem consumidores “fiéis”. Estas marcas, ainda que sujeitas à concorrência, podem conferir aos agentes econômicos posição dominante pela dependência que geram em seus consumidores, os quais ignoram os outros produtos substitutos.

Pode ocorrer também no caso do fornecedor que adquire grau de dependência com um cliente, outro agente econômico. O fornecedor passa a depender de cliente para escoar sua produção, o qual adquire poder econômico, por ser seu único ou principal comprador e começa a agir com independência e indiferença.

A posição dominante do agente pode advir da potência econômica da empresa. Aqui, inserem-se, por exemplo, os conglomerados, que possuem capacidade de desviar recursos de uma atividade para outra com facilidade, e também as empresas, que atuam em diversos mercados relevantes distintos, e podem, por isso, usar o suporte econômico de uma atividade para desenvolver a outra.

Da mesma forma, a eventual capacidade ociosa do agente econômico pode significar um poder de mercado bastante elevado, por lhe possibilitar a resposta imediata a aumentos de procura, mais celeremente e incidindo em menores gastos que a concorrência. Em ocorrendo tal hipótese, a empresa impede a entrada de novos agentes econômicos no mercado ou o aumento da participação de seus concorrentes (FORGIONI, 1998, p. 295).

Ainda, usa-se o indicativo de estrutura avançada da empresa para analisar a posição dominante de determinado agente. Infere-se que o controle de várias etapas da produção confere à empresa poder econômico. Isto porque, o agente econômico possui a segurança da obtenção de matéria-prima a preços competitivos e detém, ele mesmo, as redes de distribuição.

O poder econômico de uma empresa pode ser fruto também das vantagens tecnológicas. Exemplo dessa situação é o caso da empresa detentora de tecnologia desconhecida pelos demais agentes econômicos pertencentes ao mesmo mercado, o que pode lhe conferir poder de monopólio.

Em sentido contrário aos indicativos acima, o grau de crescimento no setor pode ser um fator de relativização do poder econômico detido por uma empresa, pois estando o mercado em ascensão o agente deve poder acompanhar esta expansão, sob pena de perder espaço para os seus competidores. “A expansão do mercado é, portanto, um fator de enfraquecimento do poder econômico do agente e não pode deixar de ser considerado” (FORGIONI, 1998, p. 296).

Neste sentido, também o aspecto temporal pode ser um fator usado para enfraquecer a caracterização do poder econômico de uma empresa. Ocorre quando o poder do agente é, em realidade, esporádico, tendo em vista a dinamicidade da concorrência e dos mercados atualmente.

Por fim, Paula Forgioni alerta a importância de se considerar todos estes fatores na determinação da existência de posição dominante em um mercado relevante, cabendo aos intérpretes a conjugação destes indicativos. Neste sentido, a mencionada autora salienta:

a análise de todos esses fatores pode resultar em indicativos da existência da posição dominante em um mercado relevante. Não se há, entretanto, de tomá-los individualmente como decisivos. Ao contrário, a análise da jurisprudência comparada nos mostra que a conclusão sobre a existência da posição dominante deriva da consideração de vários desses indicativos e, principalmente, de sua conjugação. Mais do que isso: deve-se sempre ter em mente que a posição dominante é uma questão de grau. Torna-se, mais uma vez, evidente a elasticidade da aplicação da Lei Antitruste, a partir do momento em que a própria determinação da existência da posição dominante é um processo que requer valorações altamente subjetivas e conjugação de variáveis, a serem efetuadas pelo intérprete (1998, p. 297).

Após o estudo de alguns aspectos históricos do antitruste, da compreensão do papel do Estado na dosagem dos dois princípios constitucionais analisados, quais sejam, a liberdade de iniciativa e de concorrência, e dos aspectos relevantes da teoria econômica para o exame do ato de concentração submetido ao CADE pelas empresas Sadia e Perdigão, o próximo capítulo fará o levantamento dos principais pontos do diploma antitruste brasileiro em vigor, a Lei nº 8.884, de 1994, que interessam ao caso concreto.

CAPÍTULO 2–ASPECTOS RELEVANTES DA LEI N. 8.884 AO ESTUDO DE CASO

Este capítulo destina-se ao estudo dos principais aspectos relevantes da Lei nº 8.884, de 1994, à análise de caso objeto da presente monografia, qual seja, a decisão do CADE no processo de fusão das empresas Sadia e Perdigão.

A Lei Federal nº 8.884, de 1994, revogou a Lei nº 4.137, de 1962, compatibilizando a legislação antitruste com a Constituição Federal de 1988. O art. 1º da lei antitruste reafirma os princípios constitucionais já expressos no art. 170 e 173, parágrafo 4º da Carta Magna, são eles: liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Enquanto outras leis cuidam da responsabilidade penal e civil, a Lei nº 8.884, de 1994, trata das hipóteses de responsabilidade administrativa dos empresários. De acordo com o diploma antitruste, o principal encarregado em reprimir e prevenir a responsabilidade administrativa dos agentes econômicos é o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

A prática consagrou a existência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) para referir-se ao conjunto dos três órgãos envolvidos na tutela da concorrência, são eles: a Secretaria de Direito Econômico (SDE), a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Nas palavras de Patrícia Regina Pinheiro Sampaio e Caio Mário da Silva Pereira Neto, organizadores das aulas ministradas pela Fundação Getúlio Vargas sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência:

essa estrutura tripartite do sistema confere transparência e pluralidade à análise de atos de concentração e processos administrativos. Por outro lado, o sistema tem sido acusado de ineficiência, uma vez que a pluralidade de órgãos e autoridades com competência em matéria antitruste termina por ocasionar delongas na conclusão dos casos que lhes são submetidos. Referida demora se apresenta incompatível com o desenvolvimento de um ambiente concorrencial saudável, uma vez que, desde a perspectiva preventiva, a demora na análise de atos de concentração onera as empresas e gera um ambiente de incerteza no mercado afetado. No que tange aos processos administrativos, o tardar na conclusão das investigações permite a perpetuação de práticas ilícitas no mercado, distorcendo o ambiente concorrencial, com prejuízos incalculáveis para a sociedade.

Ao encontro deste entendimento esta o Projeto de Lei nº 3.937, de 2004, que propõe alterações à Lei nº 8.884, de 1994, e teve sua Redação Final aprovada em Sessão Extraordinária do Plenário da Câmara dos Deputados do dia 5 de Outubro de 2011 e, atualmente, aguarda sanção presidencial

Em apenso ao Projeto de Lei acima, encontra-se outro, o nº 5.877 de 2005, que, de acordo com a ementa, “estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências”.

2.1 DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE)

2.1.1 Natureza Jurídica

Através da Lei nº 4.137, de 1962, o CADE é criado, com o nome que possui até hoje e vinculado à Presidência do Conselho de Ministros. Neste momento, tem-se a implantação no Brasil de um órgão especializado na apuração e repressão dos abusos do poder econômico, aos moldes do que ocorrera nos Estados Unidos em 1914 com a criação do *Federal Trade Commission*.

Até a entrada em vigor da Lei nº 8.884, de 1994, havia divergência quanto à natureza do CADE. A edição desta lei, entretanto, saneou todas essas questões ao constituir expressamente, no seu art. 3º o CADE como Autarquia Federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal.

O Decreto-Lei nº 200, de 1967, ao dispor sobre a organização da Administração Federal, estabelece em seu art. 19 que “todo e qualquer órgão da Administração Federal, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente, excetuados unicamente os órgãos mencionados no art. 32, que estão submetidos à supervisão direta do Presidente da República”. Assim sendo, com o novo diploma antitruste, o CADE conquistou mais autonomia, no entanto, por força da sua natureza autárquica, esta sob a supervisão do Ministério da Justiça.

A autonomia do Conselho se configura através de

- i) autonomia administrativa e financeira, com poder normativo e decisório sem instância superior, ii) mandato fixo e estável de seus conselheiros, sabatinados e aprovados pelo Poder Legislativo. Em suma, sua estrutura e composição segue a linha das diversas agências regulamentadoras

posteriormente constituídas, oriundas da reforma do Estado ocorrida em 1999, dentre as quais se destacam a Anatel – Agência Nacional de Telecomunicações, Anaeel – Agência Nacional de Energia Elétrica e ANP – Agência Nacional de Petróleo (AMARAL SANTOS, p. 149).

A expressão “órgão julgante” empregada no art. 3º refere-se a jurisdição administrativa e não judicial, pois o CADE integra o Poder Executivo. Nas palavras do ex-procurador do CADE, Elbruz Moreira de Carvalho:

Daí decorre ser da exclusiva competência do CADE a emissão de decisões de mérito administrativo visando sobre a existência de abusos de poder econômico. Aliás, a natureza do CADE, órgão administrativo com funções quase-judiciais é pacificamente reconhecida pelos tratadistas, a exemplo do que ocorre com o Tribunal Marítimo, colegiado administrativo com funções específicas apontadas em lei. (1986, p. 207).

Harmoniza-se com essas reflexões Fábio Ulhôa Coelho quando ressalta que:

Mas a solenidade com que procura revestir seus julgamentos e o detalhamento legislativo da disciplina de tramitação de seus processos administrativos não são fatores suficientes para alterar a qualidade jurídica dos atos emanados pelo CADE. A sua natureza é igual às dos atos emanados dos demais órgãos administrativos. Abstraídas as formalidades, estas sim pára-judiciais, as sanções do CADE têm rigorosamente a mesma natureza administrativa das aplicadas por qualquer fiscal de normas edilícias de uma Prefeitura, ou pela Polícia de Trânsito, em estradas estaduais. Seus pronunciamentos não fazem coisa julgada e estão sujeitos sempre à revisão judicial, como todos os demais atos administrativos, art. 5º, XXXV, CF. (COELHO, 1995, p. 12).

Cretella Júnior é categórico ao apontar a falta técnica no emprego da expressão “órgão julgante”:

Órgão julgante o CADE não o é. Só quem confunde administração com jurisdição poderá fazer semelhante afirmação, que, aliás, contém a ideia aberrante da processualidade no Direito Administrativo. O atributo da “processualidade” é estranho ao Direito Administrativo. Julgar é aplicar por provocação. Administrar é aplicar a lei “de ofício”. E, nunca, no Brasil, autarquias podem ser órgãos julgantes, detentores de jurisdição. (CRETTELA JUNIOR, 1995, p. 15).

Frequentemente, da análise minuciosa da letra da lei surgem impropriedades técnicas, portanto, para o presente trabalho, interessa saber que o CADE é Autarquia Federal, faz parte do Poder Executivo e pode ter suas decisões revistas judicialmente.

2.1.2 Composição

A Lei nº 8.884, de 1994, alterou a composição do Conselho de quatro para seis conselheiros, mais o Presidente, todos com mandatos de dois anos, permitida uma recondução. Estes membros, conforme art. 4º, serão nomeados pelo Presidente da

República, depois de aprovados pelo Senado Federal “dentre cidadãos com mais de 30 (trinta) anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada”.

O objetivo da Lei é garantir “independência, a idoneidade, a capacidade e a intangibilidade dos integrantes do CADE” (FONSECA, 1995, p. 60).

Para tanto, impõem-se idade mínima e máxima, notório saber jurídico ou econômico, ou seja, reconhecido por todos, e exige-se ato administrativo complexo para o exercício destes cargos, através da manifestação de duas vontades, a do Presidente da República e do Senado Federal.

Os conselheiros e presidente ficam sujeitos a perda dos mandatos, nos termos do art. 5, da Lei nº 8.884, de 1994, nas seguintes hipóteses: provocação do Presidente da República, condenação penal irrecorrível por crime doloso, condenação administrativa em processo disciplinar de conformidade com o que prevê a Lei nº 8.112, de 1990, e a Lei nº 8.429, de 1992, por infração às vedações do art. 6º da lei antitruste e por inassiduidade.

Questão que ganha relevância neste estudo é a hipótese de perda de mandato por provocação do presidente da República. Segundo Fábio Ulhôa cabe perda de mandato por desobediência, por parte dos conselheiros, da política econômica adotada pelo Poder Executivo, nos seguintes termos:

A perda de mandato por iniciativa do Presidente da República se justifica quando as decisões do Presidente ou do Conselheiro do CADE não estão harmonizadas com os demais aspectos da política econômica do Poder Executivo. Não há necessidade de se imputar ao Presidente ou ao Conselheiro do CADE, nessa primeira hipótese, a prática de infração de qualquer ordem. Os integrantes do Plenário da entidade autárquica, ainda que exerçam seus cargos com absoluto profissionalismo e competência técnica, podem estar atuando em dissonância com os agentes do Poder Executivo encarregados da formulação e aplicação da política econômica (1995, p. 16).

Para Fábio Ulhôa Coelho (1995, p. 17), esta hipótese de perda de mandato não entra em conflito com a autonomia das autarquias, isto porque, é o Senado Federal que irá decidir se houve ou não a incompatibilidade com a política econômica adotada pelos agentes do Poder Executivo. O autor ressalta ainda que o Presidente e os Conselheiros do CADE não possui a legitimidade conferida pelo sufrágio universal da qual o Presidente da República dispõe, sendo, portanto, a sua solicitação de perda de mandato perante o Senado Federal “instrumento de efetivação do programa econômico referendado pelos resultados da eleição” (COELHO, 1995, p. 17).

Outras possibilidades de perda de mandato estão elencadas no art. 6º da lei antitruste:

Art. 6º Ao Presidente e aos Conselheiros é vedado:

I - receber, a qualquer título, e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas;

II - exercer profissão liberal;

III - participar, na forma de controlador, diretor, administrador, gerente, preposto ou mandatário, de sociedade civil, comercial ou empresas de qualquer espécie;

IV - emitir parecer sobre matéria de sua especialização, ainda que em tese, ou funcionar como consultor de qualquer tipo de empresa;

V - manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos, em obras técnicas ou no exercício do magistério;

VI - exercer atividade político-partidária.

Estas hipóteses visam assegurar a imparcialidade do Presidente e dos Conselheiros no desempenho de suas atribuições e vigoram apenas durante o tempo do transcurso do mandato, estando os membros do Conselho totalmente desobrigados quando da extinção de seus cargos.

Através da análise dos incisos do art. 6º da Lei nº 8.884, de 1994, fica claro a tentativa de garantia da independência dos integrantes do CADE no exercício de suas funções.

Para isso, o inciso I estipula que a única fonte de rendimento dos membros do Conselho será o vencimento específico auferido pelo exercício do cargo.

O inciso II os proíbe de exercer qualquer atividade liberal, conforme previsto anteriormente no art. 4º em que a lei estabelece regime de dedicação exclusiva.

No inciso III fica vetada a participação do Presidente e Conselheiros como controladores, diretores, administradores, gerentes, prepostos ou mandatários, em todas as formas de empresas. Todavia, esta proibição não abarca a simples titularidade da participação societária, podendo, dessa forma, os membros do CADE, sem infringir nenhum dispositivo da lei, ser acionistas de sociedades por ações ou quotistas de sociedade limitada, desde que em nenhuma qualidade expressa no presente inciso.

Pelos incisos IV e V fica vedado aos membros do CADE qualquer parecer sobre matéria de sua especialização, consultoria para empresas ou manifestação de opinião sobre processos ainda pendentes de julgamento. Na qualidade de membros do CADE, os Conselheiros e o Presidente possuem acesso às informações privilegiadas de

inúmeras empresas, muitas delas confidenciais. Paralelamente, são membros do Poder Executivo, e podem desfrutar de informações internas de governo.

Por fim, o inciso VI proíbe o exercício de atividade político-partidária. O impedimento não se refere apenas a participação expressiva junto aos órgãos partidários, configurando-se a simples filiação a um partido político como violação do dispositivo.

A análise da composição do CADE, desde a escolha dos Conselheiros e Presidente até a possível perda de seus mandatos é importante neste trabalho para entender melhor as forças políticas que trabalham direta e indiretamente dentro da Autarquia e a importância de independência destes membros na análise dos casos complexos submetidos ao Conselho.

Finalmente, é importante mencionar novamente o Projeto Lei nº 5.877, de 2005, que prevê a reestruturação das competências dos órgãos do SBDC.

Através do Projeto acima os mandatos dos conselheiros da Autarquia passariam de dois à quatro anos. Segundo o Relatório do Projeto de Lei nº 5.877 “o aumento de dois para quatro anos dos membros do Tribunal é medida acertada, ampliando a independência de sua atuação e viabilizando um aprendizado maior de tais agentes em favor do aperfeiçoamento das decisões” (p. 23).

Outra mudança proposta prevê a alterações na estrutura organizacional do Conselho que passaria a ser dividido em três: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, Superintendência Geral e Departamento de Estudos Econômicos.

A SDE seria convertida em Superintendência Geral que passaria a ser integrada ao CADE, responsável pela investigação e acompanhamento das práticas comerciais, bem como instauração do processo administrativo, entre outras funções. Nesse processo de integração ao Conselho a Superintendência adquiriria diversas outras competências, funcionando como verdadeiro filtro dos processos que chegam ao CADE.

Diante desta prerrogativa, da Superintendência de filtrar os processos, impossibilitando, em alguns casos, à apreciação do CADE, o Relator do Projeto supracitado se manifestou no sentido de que apenas os casos mais simples seriam filtrados, permanecendo a competência do Conselho naqueles mais complexos. Discorre o Relator:

chegaram a nós críticas acerca do que seriam os “superpoderes” da Superintendência e conseqüente esvaziamento das funções da instância julgadora, a qual decide de forma colegiada e, por conseqüente, de forma menos autocrática. (...) De um lado, decisões colegiadas tendem a oferecer maior segurança quanto às decisões, dado que mais agentes decidindo implica mais pessoas sopesando os prós e contras envolvidos (...) De outro lado, decisões colegiadas tendem a ser mais lentas e burocráticas, o que se torna um problema grave no atual estágio de desenvolvimento do país, em que decidir em tempo econômico representa a diferença entre competir no mercado global ou estancar na periferia da economia internacional (...) Dessa forma, é preciso balancear as competências decisórias dos agentes públicos envolvidos de forma a otimizar a difícil equação entre, de um lado, segurança jurídica, e de outro, celeridade e racionalização processual. Nessa perspectiva, a linha divisória deve ser naturalmente traçada de acordo com a relevância dos casos particulares pra efeito de seus impactos sobre a concorrência. Casos mais simples devem ser “filtrados” pela Superintendência-Geral, não requerendo dispêndio adicional de tempo e outros recursos do Tribunal. Casos mais complexos em que a maior segurança jurídica da decisão colegiada passe a ser requerida devem ser encaminhados ao Tribunal.

O Departamento Econômico, terceiro órgão do CADE, absorveria algumas funções da SEAE, fornecendo análises econômicas nos processos sujeito à apreciação do Conselho.

Diante das possíveis mudanças ao SBDC trazidas pelo Projeto Lei n. 3.977, de 2004, esse já aprovado na Câmara dos Deputados e aguardando sanção presidencial, e seu apenso, Projeto Lei nº 5.877, de 2005, especialistas e meios de comunicação vem se referindo à Autarquia como o SuperCade.

2.1.3. Competência: Discricionariedade e vinculação dos atos do CADE

O capítulo III do título II da Lei nº 8.884, de 1994, elenca as competências do Plenário do CADE, todas elas relacionadas a sua função primordial de prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

O inciso II do art. 7º aponta que compete ao Plenário do CADE decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei.

Merece análise para compreensão deste inciso a distinção entre atos vinculados e discricionários.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello,

Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a

Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma. Atos discricionários, pelo contrário, seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles (MELLO, 2011, p. 424).

Quando estava em vigor a Lei nº 4.137, de 1962, Hely Lopes Meirelles emitiu parecer defendendo a natureza vinculada dos atos do CADE no que diz respeito às sanções por abuso do poder econômico, expressão que foi substituída por infração à ordem econômica. Segundo este parecer os atos do CADE seriam vinculados pois a antiga lei antitruste definia todos os casos de infração, as sanções correspondentes, os conceitos básicos, a competência do CADE e o processo administrativo, tudo de forma rígida e minuciosa.

Contudo, este não é o entendimento de Fábio Ulhôa Coelho (1995, p. 23) ao defender que o Conselho possui competência vinculada para caracterizar a infração e discricionária para aplicar a sanção. A respeito da competência vinculada o mencionado autor explica:

não pode o CADE considerar infração à ordem econômica a conduta que o legislador não descreveu como tal, nem pode deixar de considerá-la infração se corresponder à hipótese legal. Não há interpretação extensiva ou analogia possíveis nessa matéria. Se os fatos demonstrados no processo administrativo geram a convicção de que agiu o empresário do modo como a lei caracteriza infração, então o CADE não poderá deixar de considerá-la existente. Ao contrário, se dos fatos colecionados no processo administrativo não decorre essa convicção, mas sim a da licitude da prática empresarial, então o CADE não poderá considerar infração existente (1995, p. 23).

A competência discricionária do CADE, ainda segundo Fábio Ulhôa Coelho, é pertinente e se verifica nos casos de aplicação da infração. Por vezes, a violação à ordem econômica pode repercutir de maneira benéfica nos demais setores da estrutura econômica, nestes casos, o Conselho pode optar por não aplicar sanções ou atenuá-las.

Filia-se a competência discricionária do CADE na aplicação de medidas sancionadoras à corrente que entende a concorrência como “um dos diversos bens da estrutura do livre mercado dignos de tutela (teoria da concorrência-meio)”, diferindo-se do conceito adotado pelo direito norte-americano toma “a concorrência como um fim em si mesmo (concorrência-condição)”(COELHO, 1995, p. 24).

A discricionariedade que o CADE possui na aplicação de sanções fica clara no estudo do art. 27 da lei antitruste que prevê a gradação das penas em face à critérios estipulados pelo legislador, entre eles, gravidade da infração, boa-fé do infrator e consumação ou não da infração.

Para concluir, Fábio Ulhôa Coelho defende a necessidade de autonomia do Conselho no desempenho de suas funções, sem, contanto, se desvincular da política econômica adotada pelo Poder Executivo, nos seguintes termos:

o CADE, órgão administrativo, é instrumento da política econômica do Poder Executivo. Há, é certo, garantias institucionais de autonomia, visando à maior imparcialidade de seus julgados. Porém, não podem estes se distanciar dos princípios básicos norteadores da política econômica implementada pelo Presidente da República e sua equipe (1995, p. 25).

O entendimento supramencionado, entretanto, é criticado por alguns autores, entre eles, Eros Grau (2000, p. 141).

O ex-ministro do STF informa que a discricionariedade deriva da lei, ou seja, deve ser expressamente atribuída pela norma à autoridade administrativa, portanto, não ocorre como consequência implícita do texto legal. Para Eros Grau “a circunstância de os termos da lei serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receber especificações diversas não conduzem a discricionariedade” (GRAU, 2000, p. 142).

Esta discussão é importante para determinar-se qual a extensão do poder do judiciário no controle das decisões emitidas pelo CADE.

2.1.4. Procuradoria do CADE

A Procuradoria do CADE já estava prevista no diploma antitruste anterior, não obstante, foi apenas com a entrada em vigor da Lei nº 8.884, de 1994, que este órgão jurídico passou a ser responsável também pela defesa em juízo dos atos do Conselho.

Isto porque, sob a égide da Lei nº 4.137, de 1962, o CADE não possuía a natureza jurídica que há hoje de Autarquia Federal, e era, portanto, mero órgão da Administração direta federal.

A Procuradoria do Conselho é um órgão de natureza peculiar, pois além de “atuar como advocacia da Autarquia, defendendo os interesses da entidade judicial e extrajudicialmente, tem também competência para emitir parecer nos processos de competência do Conselho” (COELHO, 1995, p. 32).

Dentre as atribuições da Procuradoria do CADE esta ade zelar pelo cumprimento da lei antitruste, nos termos art. 10, inciso VI. Esta competência assemelha-se com a do Ministério Público, prevista no *caput* do art. 12 do mesmo diploma, de oficiar “nos processos sujeitos à apreciação do CADE”, porém diferenciam-se em função dos meios

que dispõem para reagir a uma possível desobediência à lei. Isto porque, conforme ensina Fábio Ulhôa Coelho,

enquanto o membro do Ministério Público Federal pode, com total independência, promover a responsabilização de quem de direito, perante o Poder Judiciário, inclusive demandando contra o Presidente ou Conselheiro do CADE, o membro da Procuradoria, ao tomar conhecimento da ilegalidade, deve se limitar a representar ao Procurador-Geral, ao Presidente do CADE ou ao próprio representante do Ministério Público Federal, para que adotem as providências tendentes a coibi-la, no âmbito das respectivas atribuições (1995, p. 32).

O Projeto Lei nº 5.788, de 2005, prevê pequenas alterações no rol de competências da Procuradoria do CADE.

Em linhas gerais, os pareceres da Procuradoria que, atualmente, nos termos do inciso V do art. 10, devem ser prestados nos processos de competência do CADE, através do projeto de lei deverão ser solicitados expressamente por um conselheiro ou pelo Superintendente-Geral. Além disso, o Procurador-Chefe será nomeado conjuntamente pelo Superintendente Geral e pelo Presidente do Tribunal.

As mudanças introduzidas pelo Projeto de Lei nº 5.877, provocariam a concentração das informações e decisões em uma entidade só, o CADE. A alteração da forma de indicação do Procurador-Chefe, assim como a necessidade de solicitação do seu parecer por um conselheiro ou superintendente apontam para uma concentração dos atos e do poder de analisá-los nas mãos do SuperCade.

A seguir serão analisados os outros órgãos do SBDC que atuam paralelamente ao CADE na defesa da concorrência.

2.2. SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

Na sua configuração atual, a SDE conta com dois departamentos: o Departamento de Proteção e Defesa Econômica e o Departamento de Defesa e Proteção do Consumidor.

O Secretário de Direito Econômico, dirigente da SDE, é indicado pelo Ministro de Estado de Justiça, nomeado pelo Presidente da República e se configura como cargo de confiança, podendo o seu titular ser exonerado a qualquer tempo.

2.2.1 Competências da SDE

Os estudos de Fábio Ulhôa Coelho (1995, p. 37) acerca da Lei nº 8.884, de 1994, dividem as competências da Secretaria de Direito Econômico em quatro grupos.

O primeiro diz respeito ao seu funcionamento como instância administrativa auxiliar do CADE e compreende diversas competências previstas no art. 14, entre elas, o inciso III de “proceder, em face de indícios de infração da ordem econômica, a averiguações preliminares para instauração de processo administrativo”, o inciso IV, de “decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando os autos das averiguações preliminares”, e ainda, o inciso VIII de “remeter ao CADE, para julgamento, os processos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica”.

O segundo grupo engloba as competências dos incisos I, II, V e IX do art. 14 e referem-se à instância fiscalizatória que essa secretaria possui. Nos termos do inciso V, compete à SDE “requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções”.

Para o desempenho das competências previstas nesses incisos, o SDE conta com um corpo de fiscais especializados, os quais, entretanto, “não possuem amplos instrumentos de investigação, fazendo apenas a reunião dos elementos indiciários para a posterior instauração das averiguações preliminares, no bojo dos quais poderão ser requisitados as informações necessárias à investigação” (COELHO, 1995, p. 39).

Quando a SDE funciona como órgão orientador em matéria de infração econômica exerce o seu terceiro conjunto de competências, de acordo incisos XIII e XV. Na hipótese do inciso XV compete à SDE “instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica, e os modos de sua prevenção e repressão”.

Enfim, o último grupo compreende os incisos IX, X e XI. Nesse conjunto fica claro o papel da SDE como órgão do Poder Executivo responsável pela implementação da política econômica do governo. Nos termos do inciso X, cabe a SDE: “sugerir ao CADE condições para a celebração de compromisso de desempenho, e fiscalizar o seu cumprimento”.

2.2.2 A SDE como órgão administrativo

O primeiro grupo de competências, analisando antes, dá margem a dificuldades conceituais e operacionais em virtude da inexistência de hierarquia entre a Secretaria de Direito Econômico e o CADE. Suponha-se que ocorra a hipótese prevista no inciso IV do art. 14 e que o SDE decida pelo arquivamento dos autos em virtude da insubsistência de indícios, devendo, entretanto, recorrer de ofício ao CADE. Nesse caso, se a Autarquia entender que cabe a instauração de processo administrativo e requisir diligências e produção de provas, caberá a SDE promover estes atos e concluir a instrução processual, visto que o Conselho não possui órgão interno de investigação e preparação dos expedientes a serem analisados pelo Plenário. Não havendo nenhum tipo de hierarquia entre estes dois órgãos, na hipótese da SDE, em desacordo com a instauração do processo administrativo, retardar a produção destas provas, não conta o CADE com nenhum tipo de instrumento de coerção contra a Secretaria.

Portanto, “o mais ajustado, para o futuro, será a criação, na própria autarquia, de órgão de investigação e preparação dos expedientes a serem apreciados pelo Plenário, reservando-se à SDE apenas as atribuições relacionadas com os demais aspectos de sua competência” (COELHO, 1995, p. 38).

Conforme mencionado antes, o Projeto de Lei nº 5.877, apenso ao Projeto Lei nº 3.937, reestrutura de forma mais profunda o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Através deste Projeto de Lei, o SBDC passa a ser formado apenas pelo CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico, ligada ao Ministério da Fazenda, a qual será matéria do próximo tópico desta monografia.

O CADE absorverá, de acordo com o projeto de lei, os cargos pertencentes ao Ministério da Justiça atualmente alocados no Departamento de Proteção e Defesa Econômica da SDE. Quanto ao segundo departamento, de defesa do consumidor, este será convertido em Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor.

2.3. SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO

Corroborar à ideia de prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica como um mecanismo de aplicação da política econômica do governo o papel desempenhado pela Secretaria de Acompanhamento Econômico.

O art. 38 da Lei nº 8.884, de 1994, dispõe que esta secretaria “será informada por ofício da instauração do processo administrativo para, querendo, emitir parecer sobre as matérias de sua especialização, o qual deverá ser apresentado antes do encerramento da instrução processual”.

Ainda neste sentido encontra-se o art. 54, parágrafo 6º, que diz respeito aos atos de concentração econômica e prevê parecer técnico da SEAE antes do envio do processo ao Plenário do CADE.

O parecer da SEAE pode ser apenas elucidativo, com dados econômicos e contribuições para o processo administrativo, de modo que ajude os outros órgãos na análise das “possíveis repercussões de suas decisões naquele caso específico” (COELHO, 1995, p. 108).

O Projeto de Lei nº 5.877, de 2005, também prevê mudanças para a SEAE, nas palavras do relator:

Dentro do modelo proposto pelo Poder Executivo, a grande parte das prerrogativas da SEAE na área de atos de concentração e processos administrativos de condutas é removida, o que elimina um balcão de análise.(...) O projeto concentra a atuação da SEAE na importante atividade de introduzir a cultura da concorrência dentro do setor público, a chamada “advocacia da concorrência” Tendo em vista que há uma parcela considerável de problemas concorrenciais gerados pela ação inadequada do próprio Estado, especialmente na atividade regulatória, faz sentido ter um órgão especializado nessa função (p. 21-24).

2.4. PROTEÇÃO À CONCORRÊNCIA

O direito considera ilegais duas formas de concorrência, a desleal e àquela praticada com abuso de poder. A primeira delas dá margem a sanção penal e civil e envolve apenas os interesses dos agentes econômicos concorrentes, não comprometendo as estruturas do mercado.

Em outras palavras, “entende-se por concorrência desleal qualquer conduta de um comerciante dirigida a desviar em proveito próprio a clientela de outro, por meio de

atividades inescrupulosas, que o violem os deveres de lealdade, honestidade, correção e bons costumes” (CERQUEIRA, 1982, p. 1266).

A segunda, aquelas praticadas com abuso de poder, são as chamadas infrações à ordem econômica, encontram-se previstas na Lei nº 8.884, de 1994, e são aquelas que realmente interessam ao presente estudo.

Cabe ressaltar novamente que o exercício do poder econômico por si só não configura uma infração à ordem econômica e sim certas modalidades, as quais a lei contemplará, de acordo com os mandamentos constitucionais. Nas palavras de Fábio Ulhôa Coelho:

“nem todas as manifestações de exercício do poder econômico se encontram, pela constituição econômica, no campo do que a lei pode considerar ilícito administrativo, mas apenas aquelas” previstas no texto constitucional. Se o agente econômico usa de seu poder econômico para competir com os outros agentes, tirando vantagens dessa posição destacada verifica-se apenas o “jogo competitivo característico do regime capitalista” (1995, p. 51).

A Constituição Federal, art. 173, parágrafo 4º, dispõe que as práticas que consistem em abuso do poder econômico, são aquelas que têm como objetivo domínio de mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrários dos lucros.

A Lei nº 8.884, de 1994, dispõe:

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

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

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

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

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

Segundo Fábio Ulhôa Coelho (1995, p. 50-51) da análise conjunta da constituição e o art. 20 percebe-se que a Lei Maior determinou a repressão do abuso do poder econômico *que vise* à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (grifo nosso). Portanto, o inciso IV deve ser entendido

como uma redundância do legislador ordinário, visto que os demais incisos referem-se todos à abusos da posição dominante. Caso contrário, seria inconstitucional, pois que o abuso econômico não pode ser determinado autonomamente e sim conjugado com os outros efeitos indicados na norma constitucional.

Entretanto, outros autores não se colocam a questão. Paula Forgioni afirma que

o art. 20 da Lei n. 8.884, de 1994, refere-se atos, sob qualquer formas manifestados, englobando, a um só tempo, os acordos e as concentrações entre empresas, o domínio de mercado e o abuso da posição dominante. Para que seja considerado contrário à ordem econômica, basta que o ato determine a incidência do art. 20, ou seja, tenha por objeto ou produza um dentre os seguintes efeitos: (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; (iv) exercer de forma abusiva posição dominante. Em decorrência desse sistema adotado pela Lei n. 8.884, de 1994, o intérprete brasileiro acaba por ser poupado de esforços hermenêuticos para a caracterização de determinada prática como atentatória à ordem econômica, como ocorre em outros ordenamentos (FORGIONI, 1998, p. 138-139).

De qualquer forma, a Carta Magna delimita o campo de incidência das normas antitrustes, reconhecendo a “licitude do poder econômico e de seu uso, bem como a atuação em busca do lucro e do aumento do poder econômico”, portanto não tendo por objeto ou não podendo produzir os efeitos previstos neste diploma, os atos dos agentes econômicos não estarão suscetíveis à repressão legal. A licitude do poder econômico que não provoque os efeitos expressos em lei evidencia-se ainda com o inciso III e § 1º do art. 20 da lei antitruste supracitado.

Da leitura do *caput* do art. 20 extrai-se que é irrelevante a culpa dos agentes ativos da infração, ou seja, “os atos sob qualquer forma manifestados” que violam a ordem econômica não “pressupõe a noção de intencionalidade, não sendo necessário demonstrar que foi resultado de utilização consciente da posição de domínio” (CUÉLLAR, 2004, p.48).

O inciso I do art. 20 protege os princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência contra os atos lesivos dos agentes econômicos e engloba inclusive aqueles que limitem, falseiem ou de qualquer forma prejudiquem esses pressupostos. Portanto, da leitura deste inciso fica clara a preocupação e cautela do legislador contra as mais variadas e imprevisíveis formas que possuem as empresas de se relacionar e ferir tais princípios.

Após o levantamento do mercado relevante de um determinado produto deve-se analisar se o agente detém posição dominante da atividade econômica. O parágrafo 3º dispõe a posição dominante é *presumida* para o agente econômico que possua vinte por cento do mercado relevante (grifo nosso).

Trata-se de presunção relativa, pois, ainda assim, o agente econômico pode demonstrar que não possui o domínio do mercado relevante. Nas palavras de Fábio Ulhôa Coelho:

se o agente participa aquém do percentual de vinte por cento do mercado relevante, caberá às autoridades administrativas provarem, por outros elementos econômicos, que ele controla o segmento. Por outro lado, se o agente participa aquém do percentual, caberá a ele provar em sua defesa que não exerce o controle (1995, p. 59).

O art. 21 da lei antitruste elenca vinte e quatro condutas, “na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos”, caracterizadoras de infração à ordem econômica. É importante ressaltar que o elenco é exemplificativo e suas hipóteses não se configuram isoladamente infração à ordem econômica.

O Projeto Lei nº 3.937, que aguarda sanção presidencial, provocará algumas mudanças na caracterização das infrações à ordem econômica previstas na Lei antitruste brasileira.

De acordo com o projeto fica extinta a possibilidade do CADE de alterar o percentual que gera a presunção do domínio do mercado relevante para setores específicos da economia, conforme previa o final do parágrafo 3º do art. 20.

O projeto à espera de sanção também modifica levemente o rol de práticas infracionais dispostas no art. 21. O autor do projeto, deputado Carlos Eduardo Cadoca, na chamada justificativa do documento, argumenta que

várias das práticas infrativas enumeradas no art. 21 da referida Lei são definidas de maneira ambígua ou não podem ser consideradas efetivamente condutas anticompetitivas. Isso acarreta insegurança jurídica quanto à interpretação adequada das previsões legais e abre espaço para a aplicação incorreta da legislação antitruste.

Ainda, se sancionado, o projeto inserirá o parágrafo 5º ao art. 20, flexibilizando o texto normativo e descaracterizando as infrações previstas no *caput* do referido artigo quando forem observadas os efeitos elencados, nos seguintes termos:

Não constituem infração à ordem econômica, para efeito do disposto neste artigo, as condutas que promovam a eficiência econômica e o bem-estar dos consumidores, e cujos benefícios, cumulativamente:

- I - não possam ser obtidos de outro modo que implique menores restrições ou prejuízos à livre concorrência;
- II - compensem as restrições causadas à livre concorrência, devendo ser compartilhados entre os seus participantes e os consumidores ou usuários finais.

Após a análise das condutas infrativas dos arts. 20 e 21 da Lei nº 8.884, passará-se-á, a seguir, ao estudo da atuação do CADE na prevenção dos atos potencialmente lesivos à livre concorrência.

2.5 DAS FORMAS DE CONTROLE

O capítulo I, título VII traz os artigos mais importantes da lei antitruste para a análise de caso do ato de concentração das empresas Sadia e Perdigão.

Embora predominem na lei antitruste os artigos de caráter repressivo (art. 15 ao 53), os artigos que tratam da prevenção dos atos (art. 54 ao 58), tidos pelo diploma como infracionais, são aqueles que vem ocupando mais tempo do Conselho atualmente. Fábio Ulhôa Coelho informa que “atualmente o CADE tem-se dedicado muito mais à apreciação dos atos de concentração do que ao julgamento dos processos administrativos sobre condutas infracionais” (1995, p. 128).

O art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994, prescreve que os atos “que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE”.

O legislador adotou o controle preventivo dos atos, estipulando que eles devem ser submetidos ao CADE antes de sua efetivação ou nos quinze dias seguintes a ela, nos termos do parágrafo 3º do mesmo artigo. Na verdade, processualmente, a empresa deverá encaminhar três vias à SDE, “que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à SEAE”.

Fábio Ulhôa Coelho aponta três distinções desses atos quanto a sua submissão ao parecer do CADE, são elas: “a) atos reputados limitativos ou prejudiciais à concorrência pelas partes, mas tidos por inofensivos pelo CADE; b) atos reputados inofensivos pelas partes, mas considerados restritivos pelo CADE; c) atos reputados limitativos pelas partes e pelo CADE” (COELHO, 1995, p. 125).

O primeiro caso não importa competência do CADE para aprovar ou não o ato, o que ocorre, na verdade, é o desconhecimento do pedido. Fábio Ulhôa Coelho (1995, p.

125) acredita que nessa hipótese o conhecimento do pedido pelo CADE não prejudicará ninguém e contribuirá para a certeza das relações jurídicas. No segundo, caso haja divergência entre as partes e apenas o CADE entenda que os atos devem ser submetidos à sua apreciação, então cabe ao Poder Judiciário decidir os efeitos desse possível ato, isso porque apenas o estudo dos aspectos formais por parte do Conselho não servirão como embasamento para uma conclusão segura, com exceção do previsto no parágrafo 3º do art. 54, pois tal dispositivo fornece um critério “mensurável”, qual seja, a participação da empresa em 20% do mercado relevante.

Na última hipótese, em que tanto as partes como o CADE estão de acordo que o ato é limitativo ou prejudicial à concorrência, o Conselho irá analisar o caso e poderá dar parecer favorável ou não ao ato submetido à sua decisão.

O art. 54 da lei antitruste não detalhou todos os atos que serão sujeitos à apreciação do CADE. A previsão contida no *caput* do artigo faz uma previsão genérica, propositalmente, ampliando a competência do Conselho na tentativa de englobar as “inúmeras formas que podem os agentes econômicos praticar negócios que projetam efeitos lesivos às estruturas do livre mercado” (COELHO, 1995, p. 126).

Entretanto, no parágrafo 3º, o legislador detalha alguns atos que serão submetidos à análise do CADE ainda que não impliquem em limitação, prejuízo da livre concorrência ou dominação de mercados, são eles: concentrações econômicas (fusão ou incorporação), constituição de sociedade controladora ou agrupamento de sociedades que impliquem participação de empresa ou grupo de empresas resultantes “em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)”.

Neste caso, Paula Forgioni defende que estes atos deverão ser submetidos necessariamente à apreciação do CADE, ainda que não incidam nas hipóteses previstas no *caput* do art. 54, pois que o parágrafo 3º contem presunção legal absoluta, nos seguintes termos:

Assim, caso se trate de uma concentração econômica que esteja submetida aos termos do mencionado parágrafo 3º, deverá ser levada à apreciação do CADE. Na hipótese de termos um mero acordo entre agentes econômicos, o ato somente deverá ser comunicado se prejudicar a livre concorrência ou implicar domínio de mercado relevante, pois, em princípio, o acordo não está contido na hipótese normativa do parágrafo 3º. Sustentam alguns que a presunção legal a que acabamos de nos referir não seria absoluta. Assim, se

os agentes econômicos partícipes de uma operação de concentração econômica não estiverem restringindo a concorrência ou dominando mercado, não haverá a necessidade de comunicação ao CADE. Sem prejuízo do respeito que dedicamos a alguns juristas que defendem essa tese, com ela não podemos concordar. Se a presunção de necessidade de submeter a operação à apreciação do CADE admitisse, em um primeiro momento, prova em contrário, o parágrafo 3º do art. 54 seria absolutamente dispensável e inútil, pois bastaria a disposição contida no *caput*. Dessa forma, estaríamos procedendo à interpretação do dispositivo de forma a reduzi-lo à inutilidade, contrariando um dos mais comezinhos princípios de hermenêutica (1998, p. 381).

Os parágrafos 6º, 7º e 8º estabelecem os prazos do processo administrativo, uma vez submetidos ao CADE. A SEAE será a primeira a emitir parecer técnico, no prazo de trinta dias do recebimento, seguida pela SDE, com igual prazo, que encaminhará o processo ao Plenário do CADE. Do recebimento do processo devidamente instruído pelas secretarias, o CADE terá sessenta dias para emitir uma decisão, favorável ou não, caso não se manifeste dentro desse tempo, os atos consideram-se aprovados por decurso de prazo. A aprovação dos atos por decurso de prazo também ocorre no caso em que as secretarias tenham extrapolado os seus prazos e, conseqüentemente, o tempo previsto em lei para a tramitação de todo o processo expire, ainda que não tenha vencido o prazo de sessenta dias do CADE.

É importante salientar que parágrafo 1º do art. 54 se alinha ao entendimento do Tratado de Roma admitindo a razoabilidade de algumas ações ainda que elas impliquem em alguma das hipóteses previstas no *caput* do artigo mencionado. O parágrafo permite que o CADE autorize os atos descritos no *caput* do art. 54, desde que atentam algumas condições, são elas:

[...]

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade;
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou
- c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

A previsão contida no parágrafo 1º ocorre, segundo Paula Forgioni, para que a defesa da livre concorrência não extrapole os objetivos da própria lei, nos seguintes termos:

as legislações antitruste, quer no enunciado de suas normas, quer em seu processo de aplicação, contêm instrumentos destinados a evitar que a tutela da livre concorrência venha a desempenhar uma função oposta àquela desejada, criando, por exemplo, obstáculos ao crescimento da indústria nacional, ao aumento de seu grau de competitividade ou ainda à distribuição dos bens e serviços (1998, p. 178).

Ainda, Forgioni (1998, p. 178) diferencia os meios adotados pela legislação antitruste para viabilizar determinada prática, ainda que restritiva da concorrência, em regra da razão, isenção e autorizações. A primeira técnica é usada na tradição norte-americana, a segunda no direito comunitário e a última no diploma antitruste brasileiro.

Ainda que autoridade antitruste possa autorizar determinadas condutas ela deve estar sempre atenta as previsões legais, pois “os limites da concessão de autorizações, ainda que ténues, são colocados pela lei e devem ser respeitados para que não adentre ao campo da arbitrariedade” (FORGIONI, 1998, p.195).

Dessa forma, a autorização só pode ser concedida caso insira-se nas hipóteses do parágrafo 1º. Além disso, “é impossível a legitimação de prática que tenha por objeto ou efeito o aumento arbitrário de lucros ou abuso da posição dominante”(FORGIONI, 1998, p. 195), uma vez que não se inserem nas previsões do *caput* do art. 54, quais sejam, atos limitativos ou prejudiciais a livre concorrência ou que possam resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços.

O parágrafo 2º informa que também poderão ser aprovados os atos pelo CADE que preencham três dos quatro incisos dispostos no parágrafo 1º, desde que “necessários por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final”.

Interessante ressaltar que um dos casos mais famosos submetidos à apreciação do CADE foi a fusão das empresas Antarctica e Brahma dando origem a empresa Ambev em que a argumentação alegada para justificar a concentração foi justamente o motivo de preponderante interesse da economia nacional e do bem comum. As requerentes, nas suas alegações do processo de fusão, afirmaram que o ato de concentração era medida necessária que permitia à elas competir no mercado internacional e, caso não fosse aprovada, elas não teriam forças para rivalizar com os agentes estrangeiros o que geraria, conseqüentemente, a desnacionalização das empresas brasileiras do setor cervejeiro.

Ainda, o CADE pode assinar Compromissos de Desempenho com as empresas como condição de aprovação dos atos submetidos à sua decisão. Nessas hipóteses caberá a Autarquia definir os termos do compromisso e as formas de assegurar o cumprimento das condições dispostas no parágrafo 1º do art. 54. Neste documento serão estabelecidas metas qualitativas ou quantitativas com a estipulação de prazos para seus

cumprimentos, os quais serão fiscalizados pela SDE, nos termos do parágrafo 2º do art. 58.

Caso, sem justificativa, as empresas não cumpram o Compromisso de Desempenho, o CADE revogará, de ofício ou provocado pelo SDE, a aprovação concedida e será reaberto o processo administrativo “para a adoção das medidas cabíveis”, conforme art. 58, parágrafo 3º.

Segundo o art. 55 são três as hipóteses de revisão da aprovação concedida pelo CADE: “se a decisão foi baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, se ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas ou não forem alcançados os benefícios visados”.

Fábio Ulhôa Coelho pondera, entretanto, que a revisão do Compromisso de Desempenho não importa em desconstituição de todos os atos desde sua assinatura, portanto, os atos praticados neste ínterim são eficazes. Neste sentido, informa o mencionado autor que

o ato revisional da aprovação não tem a mesma natureza da rejeição. Quer dizer, não importa desconstituição de todos os efeitos jurídicos propagados pelo ato restritivo ou prejudicial à livre concorrência. Isso porque, durante o prazo em que vigorou, a aprovação do CADE conferiu plena eficácia à manifestação de vontade dos agentes econômicos. A revisão, por evidente, implica a cessação de eficácia do ato restritivo da concorrência, mas apenas a partir da sua publicação na imprensa oficial (1995, p. 129-130).

Após o estudo dos aspectos relevantes da Lei nº 8.884, de 1994, passará-se-á a análise do ato de concentração das empresas Sadia e Perdigão, submetido à apreciação do CADE.

CAPÍTULO 3 - ANÁLISE DE CASO: O PROCESSO DE FUSÃO DA SADIA COM A PERDIGÃO

Este capítulo destina-se a análise do Ato de Concentração nº 08012.004423/2009-18 submetido ao CADE em 09 de maio de 2009 para apreciação da fusão da Sadia S.A. com a Perdigão S.A., dando origem a nova empresa, Brasil Foods S.A..

Assim sendo, os instrumentos utilizados para este estudo serão o Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação, os pareceres emitidos pelo SDE, SEAE e pela procuradoria do CADE, acrescidos do voto do Relator, Carlos Ragazzo, do voto-vista do Conselheiro Ricardo Ruiz e do Termo de Compromisso de Desempenho assinado pelas partes.

3. 1 ACORDO DE PRESERVAÇÃO DA REVERSIBILIDADE DA OPERAÇÃO (APRO):

O Regimento Interno do CADE, Resolução nº 45, de 28 de março de 2007, prevê a possibilidade da redação de APRO, à requerimento do relator ou das requerentes, com o objetivo de estabelecer “as medidas aptas a preservar inalteradas as condições de mercado, prevenindo alteração irreversível ou de difícil reparação, até o julgamento do mérito do Ato de Concentração, evitando o risco de tornar ineficaz o resultado final do procedimento”, nos termos do parágrafo único do art. 139 desse regimento.

O regimento traça apenas linhas gerais das formas e hipóteses de celebração dos APROs entre o Conselho e as empresas, permanecendo as partes com uma margem de liberdade quanto aos termos precisos do acordo.

Os incisos do art. 141 do Regimento Interno determinam que a minuta do acordo deve contemplar as informações relativas aos relatórios que serão enviados ao Relator com as mudanças que “já ocorreram na empresa adquirida desde a notificação do ato e as programadas a ocorrer”, sempre que compatível com os termos do acordo.

O APRO deverá conter as sanções previstas quando do seu descumprimento, nos termos do art. 143 do Regimento.

Ainda, o acordo poderá ser revisto, por iniciativa de ambas as partes, CADE e empresas compromissárias, quando ocorrer mudanças nos requisitos que ensejaram a sua assinatura.

As empresas Sadia e Perdigão firmaram com o CADE Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação em 08 de Julho de 2009.

O item 2 do APRO dispõe das medidas e compromissos assumidos pelas compromissárias com o intuito de manutenção da reversibilidade do ato de concentração submetido à análise do CADE.

Dessa forma, as compromissárias comprometeram-se a “manter autônomas e independentes as estruturas administrativas, produtivas e comerciais relacionadas às atividades desenvolvidas por Perdigão, de um lado, e Sadia, de outro, sendo certo que estas serão mantidas separadas uma da outra, observados os termos deste Acordo”, nos termos do item 2.2 do referido documento.

Através do item 2.3 do APRO, a empresa Perdigão assumiu o compromisso de não exercer o poder de controle que possui sobre os órgãos administrativos da Sadia, bem como não influir nas suas decisões mercadologicamente relevantes. Nesse sentido, ainda, o item 2.5 prevê a independência administrativa entre as compromissárias e veda, portanto, o exercício de funções administrativas de algum membro do Conselho de Administração de uma das empresas na outra. Não obstante, o item 3, intitulado “medidas excepcionais” previu exceções ao item 2.3.

No item 2.4, em linhas gerais, as compromissárias se obrigam a manter as mesmas condições operacionais anteriores à concentração com o mesmo número de unidades produtivas, não podendo desfazerem-se de marcas ou direitos de propriedade intelectual, preservar as estruturas administrativas das empresas, manter o nível de emprego, sem dispensas injustificadas, manter os investimentos em marketing na média praticada nos anos anteriores e manter a personalidade jurídica da Sadia.

O item 2.6 traz o elenco das condutas vedadas as compromissárias, quais sejam: “integração de suas estruturas administrativas; adoção de políticas comerciais uniformes, sob pena de abertura de processo administrativo [...]; compartilhamento de informações concorrencialmente sensíveis visando à unificação da política comercial”.

Ainda nesse sentido, o item 2.7 do APRO lista outras condutas proibidas às empresas, na mesma linha das cláusulas já mencionadas, são elas, o compromisso de integridade

das estruturas comerciais, a continuação das formas de apresentação, comercialização dos produtos, das marcas e outros ativos, das relações contratuais com terceiros e das práticas de distribuição e comercialização adotadas pelas empresas à época.

Embora através do APRO as empresas tenham acordado de não praticar certas condutas, devidamente explanadas, o item 3 informa que as compromissárias poderão requerer junto ao Conselheiro Relator ou ao Plenário alterações nos termos do acordo assinado por elas.

Para tanto, deveriam obedecer os procedimentos dispostos no item 3.2 que consistem, resumidamente, em apresentar requerimento escrito ao Conselheiro Relator, o qual se comprometia a analisar o pedido das compromissárias na sessão seguinte à entrega da demanda ao CADE. Caso o Conselheiro Relator não se manifestasse, no prazo de quinze dias, o pedido ficava automaticamente aprovado. Manifestando-se em sentido contrário ao requerimento, as compromissárias teriam direito a pedido de reconsideração, caso, novamente o Relator indeferisse, a demanda seria encaminhada à análise do Plenário.

Analisando o APRO assinado, percebe-se que embora as empresas tenham assumido uma série de compromissos na tentativa de garantir a reversibilidade da concentração, em contrapartida, o acordo também previa possíveis alterações ao seu corpo, algumas das quais deveriam ser autorizadas, outras, entretanto, que poderiam ser implementadas sem prévia autorização da Autarquia, são aquelas contidas no item 3.3.

Assim sendo, as ações que envolvessem alterações de natureza societária sem implicar a extinção de personalidade jurídica da Sadia ou a extinção de sua estrutura de administração, a adoção de medidas de gestão referentes às atividades de tesouraria relativas as dívidas da empresa Sadia e o uso de meios de mitigação de riscos nas operações com derivativos, poderiam ser realizadas conjuntamente entre as empresas, dispensando autorização prévia do CADE.

Cabe ressaltar que a Sadia, no momento de sua compra pela Perdigão, encontrava-se à beira da falência. De forma progressiva, desde de 1996, a Sadia operava no mercado financeiro, obtendo grande parte do seu lucro através de transações em papel e não dos produtos vendidos.

Neste cenário, além da oferta da Perdigão, a Sadia recebeu também proposta da Tarpon, uma administradora de recursos, que queria entrar como sócia da empresa,

fazendo a capitalização necessária para recuperar a empresa. Entretanto, os acionistas optaram pela fusão com a Perdigão, impulsionados pela instabilidade da relação entre os familiares dirigentes da empresa.

Desta maneira, através da previsão contida no item 3.3, o APRO firmado levou em consideração a situação financeira deficitária da Sadia que exigia medidas urgentes e foi flexível nos aspectos atinentes a participação da Perdigão nas negociações de dívidas com credores, prestação de garantias, assunção de dívidas, capitalização da empresa, reforço do capital de giro e retomada de investimentos. Ainda, previu a mitigação dos riscos nas operações com derivativos, mercado arriscado que a Sadia vinha investindo cada vez mais, conforme mencionado, desde 1996.

O acordo ainda estabeleceu o compromisso da Sadia em apresentar relatório trimestral à Perdigão apenas com o intuito de fiscalizar o fluxo de investimento recebido. Para tanto, seria realizada reuniões em que ficava vedada à troca de informações.

Além disso, o APRO continha uma série de determinações vedando a troca de informações concorrencialmente relevantes entre as empresas. O acordo forneceu exemplos dessas trocas de informações, entre eles, faturamento detalhado por produto, lista de clientes e fornecedores e segredos industriais.

Ainda, eram previstas penalidades que seriam impostas às empresas no caso de descumprimento do acordo, nos termos do art. 143 do Regimento Interno do CADE. Os valores que fossem recolhidos em virtude de desobediência do APRO seriam revertidos ao Fundo de Direitos Difusos.

Após a celebração do APRO, o CADE proferiu dois despachos fazendo alterações ao acordo inicial, conforme requerimento das compromissárias. Nestes despachos, ficaram autorizadas a integração das atividades de exportação das requerentes, da coordenação das atividades de carne *in natura* e da negociação e aquisição de insumos e serviços.

É oportuno perceber a dificuldade de se estabelecer e controlar os limites das trocas de informações entre as empresas, visto que o próprio APRO previa a comunicação entre elas, em algumas hipóteses, e elaboração de relatórios a serem apresentados pela Sadia em reuniões trimestrais. Além disso, posteriormente, os

despachos proferidos pelo CADE permitiram a integração total das empresas em alguns segmentos do mercado de produtos.

A doutrina informa que a lei antitruste brasileira adota o controle preventivo dos atos de concentração, de acordo com o seu parágrafo 4º do art. 54.

O título VII (a partir do art. 54), que regula o controle, pelo CADE, dos “atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços”, tem caráter nitidamente preventivo, uma vez que objetiva proibir a prática de atos que tenham por objetivo falsear a livre concorrência (PROENÇA, 2003, p. 375).

Por outro lado, ainda que, em seguida, a concentração fosse vedada pelo Plenário do CADE, impossível seria falar-se em “preservação da reversibilidade da operação”, visto que as atividades e informações entre as duas empresas já se encontravam, de qualquer forma, cruzadas.

Neste ponto, cabe observar que o Projeto Lei nº 3.937, de 2004, se aprovado, provocará mudanças profundas no controle preventivo dos atos realizado pelo CADE. Isto porque, o novo parágrafo 2º do art. 54 prevê que “os atos de que trata esse artigo não poderão ser concretizados antes da apreciação pelo CADE, sob pena de nulidade, desde que essa apreciação se realize em até 90 dias após a sua notificação”.

O parágrafo 5º completa informando que não tendo os atos sido apreciados no novo prazo, eles serão considerados automaticamente aprovados.

Desta maneira, caso seja aprovado o mencionado projeto de lei, será possível dizer que existe efetivamente o controle preventivo dos atos de concentração no Brasil.

Após a redação do APRO para prevenir possíveis danos ao mercado em virtude da concentração entre as duas empresas, o processo continuou sua tramitação, com a emissão dos pareceres que serão analisados a seguir.

3. 2 PARECERES

Como já mencionado no capítulo 2, é oportuno ressaltar que a legislação brasileira autoriza a aprovação de atos ainda que estes prejudiquem a livre concorrência ou tenham como efeito a dominação de mercados relevantes, contanto que eles se insiram nas hipóteses previstas no parágrafo 1º do art. 54, da Lei nº 8.884, de 1994.

Em consonância com este dispositivo, a Secretaria de Acompanhamento Econômico e a Secretaria de Direito Econômico emitiram, em 1º de agosto de 2001, Portaria Conjunta nº 50 estabelecendo o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal.

Este documento propôs uma sistematização da apreciação realizada pelos órgãos antitrustes. Para tanto, estabelece princípios e regras que as secretarias devem seguir, bem como auxilia a emissão dos seus respectivos pareceres.

O sistema antitruste brasileiro adota o princípio da razoabilidade ao analisar os atos potencialmente lesivos à livre concorrência. Dessa forma, a defesa da concorrência “poderá ser sacrificada para a tutela de outros interesses, também protegidos em nível constitucional, como a defesa do consumidor” (PROENÇA, 2003, p. 374).

Dito isso, o guia estipula procedimentos e princípios a serem adotados pelas secretarias na emissão dos seus pareceres, servindo de instrumento na aplicação do princípio da razoabilidade.

No seu item 25, o guia estabelece cinco etapas a serem seguidas pelas secretarias em seus pareceres, são elas:

Etapa I : Definição de mercado relevante. Etapa II: Determinação da parcela de mercado sob controle das empresas requerentes. Os atos que não gerarem o controle de uma parcela de mercado suficientemente alta obterão parecer favorável das Secretarias, sendo dispensável a continuação da análise. Os demais serão objeto de análise nas etapas subsequentes. Etapa III: Exame da probabilidade de exercício de poder de mercado. Quando não for provável o exercício do poder de mercado, a concentração receberá parecer favorável. Quando for provável o exercício do poder de mercado, a concentração será objeto de investigação na Etapa IV. Etapa IV: Exame das eficiências econômicas gerados pelo ato. Etapa V: Avaliação da relação entre custos e benefícios derivados da concentração e emissão de parecer final. Quando as eficiências forem iguais ou superiores aos custos (efeito líquido não-negativo), as Secretarias emitirão parecer favorável à concentração. Quando as eficiências forem inferiores aos custos, a concentração será proibida ou terá condicionada a sua aprovação à adoção de medidas consideradas necessárias.

É neste contexto que se insere o parecer da SEAE que será analisado a seguir.

3.2.1 Secretaria de Acompanhamento Econômico

O primeiro parecer emitido no ato de concentração das empresas Sadia e Perdigão foi o da SEAE em 29 de junho de 2010.

O parecer nº 06510/2010 da SEAE recomendou a aprovação da fusão das empresas com restrições e foi dividido em sete partes, que serão analisadas a seguir.

A SEAE apresentou o seu estudo na tentativa de definir o mercado relevante das empresas. Para tanto, analisou três aspectos, quais sejam, jurisprudência europeia, resposta das empresas concorrentes e clientes e estudo de mercado relevante realizado pelas requerentes.

A SEAE concluiu que a fusão das empresas geraria concentração de mercado excessiva em quase todos os mercados relevantes analisados, com exceção de alguns poucos mercados, como o de carne bovina. Por isso, procedeu ao estudo de alguns outros elementos com o intuito de verificar se “o abuso de poder de mercado constitui em ameaça real proveniente desta operação” (p. 30).

Para verificar se haveria o exercício de poder de mercado com a fusão a SEAE analisou as condições de entrada no mercado de atuação das requerentes, dividindo este exame em duas partes, quais sejam: carne in natura e processados.

Quanto à entrada no mercado de carne in natura, concluiu-se que a entrada “não é provável, tempestiva e suficiente na maioria dos mercados” – abate de frangos, suínos e perus e oferta de carne de perus.

Não é provável, pois ainda que as requerentes tenham argumentado que não há necessidade de estabelecer um sistema integrado para atuar no mercado de abates, o que se verificou, ao contrário, na prática, foi a integração dos estabelecimentos destes produtos, ou seja, para entrar no mercado uma empresa teria que realizar investimentos ainda maiores para constituir uma rede de produção, contratação de matrizes reprodutoras, entre outros.

Quanto à tempestividade, a SEAE concluiu que a entrada de uma nova empresa nas atividades de abate demanda um tempo considerável, muito superior aquele mencionado pelas requerentes nas suas argumentações.

E, por fim, não seria suficiente, pois da análise do histórico de entradas recentes no mercado em questão, percebeu-se que as empresas mais novas foram formadas apenas por aquisições de outras pré-existentes.

No que diz respeito à entrada no mercado de processados, interessante notar que a conclusão da SEAE foi totalmente oposta àquela apresentada pelas requerentes. Concluíram as requerentes que a entrada é provável, tempestiva e suficiente.

A secretaria entendeu que alguns fatores, como economias de escala/escopo, grau de integração de cadeia produtiva, cadeias de distribuição e marcas podem ser vistas como barreiras à entrada.

Para a secretaria, a economia de escala das requerentes é determinante, pois elas

atuam em âmbito nacional, por meio de redes geograficamente extensas e capilares [...] As firmas otimizam seus ativos de distribuição, por meio de compartilhamento de cargas entre diversos produtos (por exemplo) [...] Do lado do ponto de venda, as empresas oferecem uma cesta de produtos que atendem às necessidades do cliente no que se refere à atratividade do seu ponto de venda, por meio da diversidade de produtos disponíveis. Essa oferta, por sua vez, possibilita um processo de negociação e suprimento integrado, coordenação e controle de diversos contratos e suprimentos de seu estoque. Em complemento, nessa fase ocorreria, também, o aproveitamento compartilhado de recursos da companhia – caminhões de entrega, equipe de vendas e campanhas promocionais, possibilitando um gerenciamento de suas operações, tanto no âmbito nacional, quanto em dimensões regionais e locais (p. 43-44).

No elemento marcas, as requerentes são as líderes de mercado da maioria dos produtos analisados e também detêm as marcas de combate, como a Rezende, da Sadia e a Batavo, da Perdigão.

A entrada de concorrentes em mercados em que existem marcas fortes, como é o caso sob análise, é mais custosa, sendo necessários gastos altos em investimentos com propagandas por parte das novas empresas. Portanto, um entrante no mercado das requerentes precisaria comprometer parte do seu faturamento com *marketing*, implicando necessidade de conquista imediata de mercado.

Dessa forma, a marca constitui, no caso em questão, barreira à entrada de novos concorrentes.

A SEAE também se manifestou no sentido que não há rivalidade de outros agentes para o mercado de carnes in natura, ou seja, não existe disponibilidade de outras empresas que permitiria aos produtores integrados migrar a sua produção.

Para a análise dos produtos processados, dividiu-se o estudo da rivalidade em dois, são eles: a capacidade ociosa e o rendimento das concorrentes em relação às requerentes.

Ficou constatado que as requerentes possuem capacidade ociosa muito superior às concorrentes, portanto, estas últimas não seriam capazes de suprir um eventual desvio da demanda.

As requerentes afirmaram em suas declarações durante o processo que o ato de concentração geraria efeitos líquidos positivos e não gerava qualquer incentivo à elevação nos preços por parte delas mesmas.

Entretanto, a SEAE julgou insuficientes os argumentos trazidos pelas requerentes e concluiu que não existiam eficiências justificativas da fusão, isto porque, não se extraíram evidências de que a concentração resultaria em

novos produtos e/ou processos distintos daqueles que já existiam antes da operação; não existe, no trabalho, evidência de inexistência de tecnologias substitutas no mercado nem de custos ou especificidades de outras tecnologias que justifiquem a fusão; não foi apresentando como as eficiências seriam repartidas pelos consumidores. Assim, espera-se que a presente operação, na forma que foi apresentada, resulte em efeitos líquidos negativos sobre os mercados afetados (p. 89).

A secretaria também observou que ainda que fosse gerada eficiência com a concentração das requerentes,

não houve um detalhamento se as eficiências calculadas pela consultoria poderiam ser alcançadas de outras formas menos prejudiciais à concorrência. Apenas identificou-se e quantificou-se as sinergias da operação por frentes de negócio. Então, embora a união de ativos possa produzir redução de custos, não se pôde concluir se tal redução só pode ser obtida por meio de fusão (p. 89).

A SEAE concluiu que a concentração das requerentes envolvia significativas concentrações em diversos mercados relevantes, com possibilidade de formação de poder de mercado o qual não encontraria contestação de nenhuma concorrente já estabelecida. Ainda, analisando os mercados em questão, é pouco provável que outra empresa tenha chances ou vontade de entrar neles.

Nesses termos, com base em toda a argumentação exposta, a SEAE recomendou a aprovação com restrições e, para tanto, apresentou duas propostas, as quais frisou não serem exaustivas e poderem ser utilizadas cumulativamente à outras sugeridas por outros órgãos.

O parecer apresentado pela secretaria informa:

Portanto, esta Secretaria recomenda que a presente operação seja aprovada com a adoção de restrições. Essas restrições englobariam um conjunto de medidas de natureza estrutural e comportamental. A Secretaria entende que a utilização combinada de medidas compensatórias vinculadas à alienação de ativos produtivos e o monitoramento de determinadas práticas detectadas

durante a instrução têm o condão de mitigar os efeitos negativos detectados no presente parecer (p. 90).

Em linhas gerais, a alternativa A propunha o licenciamento temporário, de no mínimo cinco anos, de uma das duas marcas, Sadia ou Perdigão, com a alienação do conjunto de ativos produtivos referentes à participação no mercado da marca que seria alienada.

A alternativa B sugeria a alienação das marcas de combate da Sadia e Perdigão, são elas: Batavo, Rezende, Confiança, Wilson e Escolha Saudável.

Por fim, a secretaria sugere que as requerentes devam divulgar e submeter ao CADE todos os programas promocionais de fidelidade e de bonificação junto aos pontos de vendas que realizar.

Parece que o ponto principal à ser analisado do parecer da SEAE é questão da ausência de provas de que a concentração geraria benefícios que seriam repartidos pelos consumidores finais.

A divisão dos benefícios gerados com os consumidores ou usuários finais é hipótese imprescindível à ser observada para a aprovação dos atos pelo CADE, nos termos do inciso II, parágrafo 1º, art. 54 da lei antitruste.

3.2. 2 ProCADE

A Procuradoria do CADE emitiu o parecer nº 196/2011 nos autos do processo de concentração sob análise, em 4 de maio de 2011.

Primeiramente, o órgão analisou o parecer da SEAE, para depois criticá-lo nos pontos que dizem respeito às alternativas sugeridas pela secretaria para a viabilização da aprovação com restrições.

A ProCADE concordou com a SEAE em diversos pontos do seu argumento, como, por exemplo, que a fusão geraria concentração excessiva em quase todos os mercados, que existem barreiras às entradas nos mercados em que atuam as requerentes,

tanto de processados como de carne *in natura*, e que essas não são tempestivas, prováveis e suficientes.

Porém, a ProCADE não julgou eficiente e suficiente as alternativas trazidas pela SEAE.

A alternativa “A” foi criticada pela ProCADE com base no argumento de que a marca representa nesses mercados barreiras à entrada exigindo investimentos em publicidade e propaganda, constituindo-se em elemento de custos importante. Nesse sentido

Parece que a solução “A” da SEAE, pois, além de não ser interessante para os agentes econômicos, com espeque nas próprias premissas trazidas pela Secretaria, não solucionariam os problemas do mercado de maneira definitiva, vez que, ultrapassado o prazo de 5 anos, a marca Sadia ou Perdigão não mais poderia ser utilizada pelo competidor da BRF. Enfim, trata-se de uma solução que, justamente por ser temporária, não resguarda o conteúdo, para um médio e longo prazo, a concorrência (p. 35).

A segunda solução apresentada pela SEAE também foi refutada pela Procuradoria, com base em argumentos usados inclusive pela própria secretaria.

A ProCADE ressalta que as requerentes são líderes de mercados por uma diferença de quase o dobro de participação das outras concorrentes. Portanto, a alienação das marcas de combate, alternativa “B” sugerida pela SEAE, não daria ao agente econômico que as comprasse forças para contrastar com um eventual exercício de posição dominante por parte da BRF.

Outra medida aconselhada pela secretaria foi àquela já exposta em que as requerentes divulgariam e submeteriam “ao CADE seus programas promocionais de fidelidade e bonificação junto aos pontos de venda, objetivando uma maior publicidade” (p. 35).

A ProCADE, órgão responsável pelo cumprimento das decisões do CADE, posicionou-se contra essa medida apresentada pela SEAE, afirmando que a sua observação implicaria em custos altos demais para a Autarquia.

É oportuno perceber que a ProCADE é responsável por “promover a execução judicial das decisões e julgados da Autarquia”, nos termos do inciso II, do art. 10 da lei

antitruste, porém cabe a SDE o acompanhamento dos compromissos de desempenho, de acordo com o parágrafo 2º, art. 58 da mesma lei.

Além disso, a ProCADE acredita que a SEAE não levou em consideração as questões relativas aos canais de distribuição, mas que essa preocupação deverá ser levada em conta pelo CADE na sua decisão, por representar custos significativos nos mercados sob análise.

Por esses motivos, a procuradoria entende que as medidas trazidas pela SEAE, além de não parecerem suficientes para inibir o eventual exercício abusivo de poder de mercado concentrado na BRF e de não garantirem que as eventuais eficiências decorrentes da operação sejam repartidas de maneira equânime com os consumidores, estão em contradição com os próprios fundamentos trazidos pela Secretaria em seu parecer (p. 36).

Nas suas conclusões, a procuradoria fez diversos apontamentos, posicionando-se a favor da aprovação da operação condicionada a algumas restrições que deveriam viabilizar o surgimento de, ao menos, um terceiro agente nos mercados explorados pelas requerentes, que consiga contrastar com o mercado gerado pela fusão dessas duas empresas.

Mais importante do que esse posicionamento, foi o sucessivo, em que a ProCADE afirma que caso a adoção dessas medidas não sejam viáveis o ato de concentração deve ser reprovado, “ante as elevadas concentrações encontradas nos mercados relevantes analisados” (p. 37).

3.2.3. Secretaria de Direito Econômico

A SDE emitiu parecer nº 477 em 30 de junho de 2010 em que acolheu o parecer da SEAE integralmente, nos termos da Portaria Conjunta SEAE/MF e SDE/MJ nº 33 de 4 de janeiro de 2006. Esta Portaria Conjunta estabelece diretrizes e mecanismos de cooperação entre as duas secretarias. Nos termos do art. 2º: “São diretrizes norteadoras da cooperação entre SEAE e SDE o espírito cooperativo, a transparência na comunicação, a coordenação de ações, a racionalização dos trabalhos, a economia processual e a não duplicação de esforços”.

Através da portaria também ficou estabelecida a instrução conjunta em atos de concentração complexos, como é o caso da fusão das requerentes. Isto significa que

durante todo o processo de instrução, em que a SEAE expediu ofícios à diferentes empresas do ramo e às requerentes, a SDE recebeu cópias destes documentos e foram realizadas reuniões conjuntas, periódicas, em que foram discutidos as questões relativas ao ato de concentração sob análise.

Seguindo esta orientação, o despacho emitido pela SDE encontra-se em consonância com a legislação, como salienta o art. 13 da portaria, que diz: “finalizada a análise dos casos em Instrução Conjunta de AC, a SEAE enviará parecer à SDE, que, em concordando com seu teor, prontamente emitirá parecer simplificado, ratificando o parecer da SEAE, e fará o envio do processo ao CADE”.

3.3. OS VOTOS

O Conselheiro Carlos Ragazzo, relator do ato de concentração das requerentes, emitiu voto contrário à fusão das empresas em 08 de junho de 2011. A sessão do Plenário do CADE foi suspensa após o Relator fazer a leitura do seu voto, em decorrência do pedido de vista de outro Conselheiro, Ricardo Ruiz que afirmou precisar de mais tempo para a análise do relatório de 500 folhas elaborado por Carlos Ragazzo.

3.3.1 Voto do Relator Carlos Ragazzo

No início do relatório o Conselheiro tece alguns comentários relativos ao tempo de tramitação do processo nos diferentes órgão, até sua entrega, finalmente, à apreciação do CADE. Ressalta que, além da complexidade do ato de concentração em questão, o modelo estipulado pela legislação antitruste exige o exame da operação por três órgãos distintos (SDE, SEAE e CADE) mais parecer da Procuradoria que funciona junto à Autarquia.

O relator aponta que grande parte das informações levantadas durante a tramitação do ato de concentração deveriam ter sido prestadas pelas requerentes quando da apresentação da operação ao CADE. Nas palavras do Relator,

a maneira como as partes de um ato de concentração apresentam seus dados iniciais, e o presente não foge a essa regra, obriga que o órgão antitruste busque ou confirme praticamente todas as informações necessárias para a análise do caso. Em grande medida, isso ocorre porque, de um lado, no momento da notificação as partes simplesmente não são capazes de apresentar todos os dados solicitados. De outro lado, as Requerentes, buscando ressaltar apenas aqueles dados e teses que sejam favoráveis à completa aprovação de seu pleito, tendem a disponibilizar apenas aqueles cenários que atendam a esse objetivo. Em suma, procura-se demonstrar um cenário de completa ausência de problemas anticompetitivos, que, sabidamente, não corresponde à realidade, obrigando a autoridade pública a se utilizar de todos os recursos disponíveis para desvendar o real quadro a ser analisado (p. 11).

Portanto, o Relator afasta completamente qualquer alegação de prejuízo às requerentes advindas da morosidade da tramitação do processo junto ao CADE.

O relatório traz um estudo da cadeia produtiva das requerentes que envolve sete etapas, desde o avozeiro, lugar onde as galinhas são cruzadas para gerar os pintos comerciais criados para o abate, passando, entre outras, pelo varejista e chegando, por fim, ao consumidor final.

Trata-se de cadeia complexa, composta por diferentes mercados e relacionada à diferentes agentes, os quais deverão ser considerados para levantamento do poder de mercado e possibilidade de danos concorrenciais ao mercado e aos consumidores.

O Relator ressalta que, à princípio, uma concentração não implica, necessariamente, em efeitos negativos ao mercado e aos consumidores, entretanto, contribui, principalmente entre duas empresas do porto das requerentes, para o exercício do poder de mercado e pode acarretar o aumento de preços. “Quando esse prejuízo for superior aos incrementos de bem-estar eventualmente gerados pelo ato de concentração, cabe, nos termos da Lei, a intervenção do CADE” (p. 30).

A Portaria Conjunta nº 50/2001 entre a SDE e a SEAE instituiu o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal. Este documento informa as principais variáveis a serem analisadas nos atos de concentração entre empresas que possuem substancial parcela do mercado relevante, são elas:

(i) se as importações podem ser um remédio efetivo contra um exercício de poder de mercado no território brasileiro; (ii) se a entrada de uma nova empresa no mercado poderia ser considerada um fator provável, tempestivo e

suficiente para obstar o exercício de poder de mercado por parte das firmas fusionadas; e (iii) se a rivalidade oferecida pelos demais concorrentes já instalados no mercado é um óbice efetivo ao exercício de poder de mercado (p. 30).

Não sendo observada uma das variáveis citadas e verificando-se a possibilidade de exercício de poder econômico, cabe ao CADE intervir no ato de concentração para atenuar estes efeitos negativos, podendo permitir as operações que produzam resultados positivos aos consumidores, contanto que sejam superiores aqueles prejudiciais.

Portanto, na sua análise do caso, o CADE deve fazer um “balanço entre efeitos positivos e negativos do ato de concentração. Para a aprovação da operação, o resultado líquido desse balanço deve ser “não-negativo” à coletividade” (p. 31).

Na apreciação do ato de concentração é fundamental o levantamento dos mercados relevantes envolvidos. O Relator expõe as dificuldades encontradas para este levantamento, tendo em vista a necessidade de contemplar a gama extensa de produtos comercializados pelas empresas. É praxe do CADE, diante das dificuldades que possam ser encontradas, embora o Relator avise que não tenha ocorrido no ato de concentração das requerentes, adotar critérios mais conservadores no sentido de evitar um levantamento muito amplo dos mercados relevantes. Esta postura vai de encontro à Lei nº 8.884, de 1994, e ao princípio da supremacia do interesse público, pois que esta norma protege direitos difusos, em que seus titulares, a sociedade e os consumidores, não possuem recursos extensos para se defender.

O relatório do CADE desconsiderou os argumentos quantitativos das requerentes constantes nas notas acostadas ao processo, pois não considerou sustentável e confiável as definições de mercado relevante trazidas pelas empresas. Por vezes, os dados extraídos dos documentos juntados pelas requerentes apontavam em direções opostas àquelas pretendidas por elas, portanto, o Relator entendeu ser necessário a realização de outros testes e a adoção de outras metodologias e hipóteses para delimitação do mercado relevante em questão. Nas palavras do Relator”

333. Resta claro, portanto, que a quase totalidade dos argumentos qualitativos constantes dos autos em relação a mercados relevantes foram colhidos e apresentados pela SEAE, e não pelas Requerentes, e que isso foi feito de modo independente e, em geral, posteriormente à proposta de mercado relevante trazida pelas partes. Mais do que isso, as conclusões sobre os mercados relevantes apresentadas pelas Requerentes, sejam embasadas em argumentos qualitativos ou quantitativos, acabaram por ser contraditórias entre si. A credibilidade das conclusões das Requerentes sem dúvida se enfraquece quando, diante de um mesmo grupo de dados e fatos, elas chegam a resultados discrepantes. Não há dúvida de que os argumentos das

Requerentes acerca dos mercados relevantes no presente caso ficaram comprometidos (p. 118).

O relatório trouxe estudo extenso individualizado de cada produto comercializado pelas empresas, analisando seus possíveis substitutos e suas dimensões geográficas.

Para análise da possibilidade de exercício do poder de mercado o relatório foi dividido em três: participações de mercado na aquisição de animais para abate, participações de mercado na oferta de carnes *in natura* e participações de mercado na oferta de processados.

Na primeira parte, mesmo considerando o critério de delimitação proposto pelas requerentes, portanto, mais favorável, o relatório conclui que as participações conjuntas destas empresas seriam superiores a 20% em todos os mercados geográficos analisados.

Este primeiro estudo realizado procurava verificar o possível poder de compra de insumos por parte das requerentes, quer dizer, buscava-se analisar o poder de mercado da Sadia e Perdigão, pois que as empresas são as principais compradoras de criadores de animais.

Trata-se, assim, de uma análise concorrencial com foco distinto da que é efetuada para a grande maioria dos casos, nos quais, normalmente, a autoridade buscar avaliar eventuais efeitos decorrentes de uma concentração entre duas empresas relativamente à oferta de produtos. Em tais casos, o que se pretende é verificar aumentos de preços na venda dos produtos ofertados pelas empresas fusionadas, a fim de aferir eventuais efeitos diretos sobre os compradores desses produtos (ao final, os consumidores). No caso do exame de uma concentração entre duas empresas que respondem por uma parte relevante da compra de determinados insumos, o que se pretende é analisar se, após o ato de concentração, tais empresas terão condições, por exemplo, de impor preços demasiadamente baixos aos seus fornecedores, causando-os danos que acabem por afetar o bem-estar do mercado indevidamente (p. 131).

Nesta parte do relatório analisa-se uma série de variáveis e efeitos possíveis do exercício do poder de compra. O relator trabalha com o conceito de monopsonio em referimento ao poder de compra de empresas frente à fornecedores.

Relevante para o direito antitruste é apenas observar que a teoria econômica nos informa que o monopsonista que não é consumidor final, ou seja, aquele que compra o insumo para utilizá-lo na fabricação de um produto final, não tem a tendência de repassar ao consumidor os preços menores por ele obtidos pelo insumo em cujo mercado tem poder monopsonista. A tendência é apropriar essa diferença como lucro (SALOMÃO FILHO, 1998, p. 137).

É oportuno perceber a amplitude da análise concorrencial, que não abrange exclusivamente os interesses dos consumidores. Isto porque, do ponto de vista dos

consumidores duas situações poderiam ocorrer diante de um poder de compra. A primeira delas refere-se ao caso da empresa compradora operar em um mercado perfeitamente competitivo e não possuir poder de mercado. Neste caso, o preço final é determinado pelo mercado, portanto, o consumidor não sente efeitos positivos ou negativos no exercício do poder de compra. Entretanto, caso haja poder de mercado, a tendência é um aumento de preços para os consumidores e não o inverso, como se poderia pensar.

Dessa forma, se o direito antitruste considerasse apenas o ponto de vista do consumidor ele não se preocuparia com a primeira situação descrita, quando as empresas não possuem monopólio. Embora não seja o caso da fusão sob análise, visto que as requerentes além de possuir poder de compra, não operam em mercados perfeitamente competitivos, e sim com um nível alto de concentração, é importante ressaltar que o sistema brasileiro adota a repressão de todas as formas de abuso ao poder econômico, conforme se depreende dos princípios elencados no art. 1º da Lei nº 8.884, de 1994.

As requerentes argumentaram durante o processo que as relações com seus fornecedores são pré-existentes, ou seja, antes mesmo da fusão, elas já exerciam poder de compra com os criadores. “Nesse sentido, não haveria nexo de causalidade entre o ato de concentração e um aumento dos incentivos para abuso por parte de Sadia e Perdigão na formação dos preços e condições de compra dos animais” (p. 137).

De fato, o Relator concluiu que já existia poder de compra antes mesmo da fusão, ou seja, as requerentes não representavam concorrência uma para a outra, fazendo com que a concentração não provoque modificações significativas neste ponto específico.

Outra questão importante analisada pelo Relator foi a interdependência existente entre criadores e as empresas que atuam no mercado das requerentes. Isto porque a redução dos preços pagos pelas requerentes poderia significar uma diminuição da oferta de insumos e dos investimentos em tecnologia e qualidade, o que poderia causar prejuízos as próprias empresas no atendimento às exigências do mercado interno e, principalmente, externo.

Portanto, o Relator discordou do parecer da SEAE neste ponto específico:

A ausência denexo de causalidade entre a operação e efeitos anticompetitivos relacionados ao poder de compra, portanto, dispensa a necessidade de se aprofundar a análise em direção aos questionamentos mais complexos descritos no início desta seção, sobre se o ato de concentração teria ou não o condão de afetar substancialmente os consumidores em razão de incremento de poder de monopólio, discussão essa não trivial e que também não se esgota na mera análise comum de participações de mercado e rivalidade, por todas as suas implicações. No caso, porém, os argumentos apresentados são, a meu ver, suficientes para corroborar a desnecessidade de intervenção na operação no que diz respeito à aquisição de animais para o abate, sob o argumento de poder de compra (p. 139-140).

A segunda parte da análise de poder de mercado diz respeito a possibilidade de exercício de poder de mercado na oferta de carne *in natura*. O Relator desconsiderou a análise no tocante à oferta *in natura* de bovinos, suínos e frangos, pois as requerentes possuem baixa participação de mercado. Entretanto, o relatório trouxe estudos detalhados da oferta de carnes *in natura* de perus, por verificar-se uma concentração acentuada neste segmento.

Afirmando tratar-se de mercado de produto sem um grau muito grande de diferenciação, o Relator considerou de pouca relevância fatores como a análise de marcas, por exemplo, focando em outros estudos, como níveis de concentração, escalas mínimas viáveis, oportunidades de vendas e capacidades ociosas, que possibilitassem averiguar a probabilidade, suficiência, tempestividade da entrada e efetividade da rivalidade.

Conforme exposto no capítulo 1 da presente monografia, para o estudo dos efeitos de um ato de concentração deve-se avaliar a possibilidade de entrada de novos concorrentes aos mercados sob análise. Isto porque, a existência de concorrentes potenciais podem descaracterizar a presença de poder econômico.

O Relator adotou a taxa de crescimento de 10% no mercado de perus, proposta pela SEAE, porém salientou que este índice deve ser analisado conjuntamente à outros fatores, como, por exemplo, a integração com todas as outras etapas da cadeia produtiva, que não pode ser ignorada por se tratar de elemento determinante à entrada de concorrentes. Dessa forma, Carlos Ragazzo conclui que a entrada neste mercado era incerta.

Em seguida, no exame da suficiência da entrada, o Relator traz a questão da capacidade ociosa das empresas já existentes no mercado. Com efeito, considera-se que nos mercados em que as empresas já estabelecidas possuem capacidade ociosa superior às oportunidades de vendas existirão barreiras à entrada.

O relatório considerou deficiente as informações prestadas pelas requerentes e outras empresas do mercado, restando prejudicada a análise da suficiência da entrada neste ponto específico.

Ainda, conclui-se que a entrada neste mercado era intempestiva, pois que superior ao prazo de vinte e quatro meses. Dessa forma,

tal fato, por si só, é suficiente para concluir que a entrada de um novo agente ofertante de carne in natura de perus não seria efetiva, pois a demora nessa entrada comprometeria a contestação minimamente tempestiva dos efeitos anticompetitivos gerados pela operação (os consumidores teriam, por exemplo, que conviver com reduções da oferta e preços mais altos por ao menos 3 anos antes que um novo entrante fosse capaz de combater o abuso), o que não é aceito pelas autoridades de defesa da concorrência (p. 145-146).

Da análise do histórico de entradas do mercado, o relatório apontou mais um elemento a ser considerado para o estudo da possibilidade de acesso de outras empresas que possam concorrer com as requerentes. “Trata-se do fato de que, nos últimos 5 anos, não houve a entrada de qualquer nova empresa destinada à oferta de carne in natura de perus no Brasil” (p. 146).

Após concluir que “que a entrada de um novo agente nesse mercado não é um fator factível a ser considerado para barrar um exercício de poder de mercado das Requerentes em decorrência da operação”, o Relator examinou a possibilidade de empresas já estabelecidas oferecerem rivalidade capaz de manter a concorrência nos segmentos analisados.

A conclusão foi que a única empresa concorrente com as requerentes, a Marfrig, não possui capacidade ociosa passível de suprir um eventual desvio na demanda. Vale dizer, caso ocorresse um aumento de preços praticados pelas requerentes, a Marfrig não teria condições de aumentar a sua produção para atender os consumidores que desejassem desviar as suas compras da Sadia e Perdigão para outras marcas.

O fato é que, antes da operação, Sadia e Perdigão, então concorrentes, limitavam os abusos uma da outra, na medida em que ofereciam uma opção a mais, significativa, aos consumidores da carne in natura de cada uma. A Perdigão contestava o poder de mercado da Sadia, e vice-versa. Com a união dos negócios de ambas em uma única firma, tal contestabilidade desapareceu, deixando apenas a Marfrig como opção de rival, rival esse, contudo, cujas limitações o impedem de contestar, minimamente, a redução da oferta e os aumentos de preços proporcionados às Requerentes como decorrência do Ato de Concentração. Não há rivalidade efetiva ao poder de mercado de Sadia e Perdigão na oferta de carne in natura de perus (p. 147-148).

Por todos os argumentos expostos, o Relator concluiu que “há significativa probabilidade de exercício de poder de mercado por parte das requerentes na oferta de

carne *in naturade* perus, com prejuízos potenciais significativos aos consumidores brasileiros” (p. 148).

Na terceira parte do relatório foram analisadas as participações de mercado das requerentes na oferta de processados.

Para isto, foram analisados todos os fatores já empregados no mercado *in natura*, como o estudo de barreiras a entrada (possibilidade, suficiência, tempestividade e efetividade da rivalidade), bem como outros métodos pertinentes a este caso específico, são eles

(i) o nível de integração da cadeia produtiva que caracteriza a indústria ora analisada, uma vez que a necessidade de verticalização por parte das empresas atuantes, entre elos de fornecimento de insumos e outros, pode dificultar a entrada ou a atuação competitiva de um entrante, assim como a rivalidade por parte de agentes que tenham deficiências nessa integração; (ii) a existência de economias de escala, de escopo e de custos afundados, que também afetam a entrada e a rivalidade de agentes de menor monta; (iii) as dificuldades de acesso a uma rede de distribuição eficiente e aos canais de venda, por parte de entrantes e concorrentes com grau de desenvolvimento não semelhante a Sadia e Perdigão; (iv) o poder compensatório potencialmente exercido por grandes varejistas nesse mercado e sua atuação como potenciais entrantes e rivais das Requerentes; (v) o poder de portfólio que caracteriza essa indústria e que também reveste fortemente a atuação de Sadia e Perdigão, podendo dificultar a entrada efetiva de novos agentes e a capacidade de rivalidade de concorrentes com poder de portfólio menos acentuado; e (vi) variáveis específicas que caracterizam a entrada e a rivalidade em mercados de produtos diferenciados e que, entre outras coisas, fazem com que o exame da força da marca nessa indústria seja um condicionante crucial da efetividade de uma entrada e da capacidade de rivalidade por parte de concorrentes detentores de marcas menos estabelecidas que as Requerentes (p. 149).

Do estudo dos métodos já empregados anteriormente, concluiu-se que a entrada de novos agentes no mercado de processados demonstrou-se improvável, para a grande maioria dos produtos, e incerta, para os restantes. A tempestividade das entradas destas novas empresas foi considerada incerta e o histórico de entradas se mostrou insuficiente. Portanto, a entrada de novas empresas nos mercados de produtos processados será incapaz de impedir os possíveis efeitos anticompetitivos gerados pela concentração das requerentes.

Quanto a rivalidade das concorrentes já existentes no mercado de processados, o Relator concluiu que ainda que não há capacidade de contestação das outras empresas face as requerentes. Ainda que as empresas concorrentes possuíssem capacidade ociosa capaz de suprir eventual desvio da demanda, o que não é o caso, isso não necessariamente ocorria, pois em se tratando de mercado de produtos diferenciados,

como o de processados, a força das marcas é fator muito importante a ser considerado, o que implica perceber que uma mudança de preços poderia não provocar substituições por parte dos consumidores.

Portanto, a única empresa capaz de rivalizar com a Sadia é a Perdigão, e vice-versa. As requerentes também são as únicas empresas estabelecidas no mercado que possuem capacidade ociosa suficiente para suprir eventual desvio da demanda.

Nas palavras do Relator:

[...]E são essas duas empresas, justamente, que ora buscam se unir por meio do presente Ato de Concentração, ocasionando o completo fim da capacidade de contestação via rivalidade nesses mercados. A concentração de Sadia e Perdigão, em face desses dados, mostra-se extremamente grave (p. 178).

O primeiro método específico utilizado pelo Relator para análise de barreiras à entrada no mercado de processados foi a integração da cadeia, o qual revelou que verticalização é uma característica das empresas que atuam neste segmento. Vale dizer, o histórico do mercado revela a tendência das empresas de processados funcionarem também como abatedouros.

As requerentes argumentaram que, apesar do padrão de funcionamento no mercado ser a integração da cadeia produtiva, uma nova empresa de processados poderia inserir-se no mercado sem necessidade de verticalização à montante, adquirindo carne *in natura* de outros abatedouros. Ainda, as requerentes sugeriram uma segunda alternativa, na qual a nova concorrente constituiria plantas de abate de animais, evitando a integração com os criadores de animais, ou seja, a proposta não evita a verticalização à montante, mas a coloca em nível menor.

Em resposta ao CADE, outras empresas atuantes no mercado de processados informaram que não existem fornecedores independentes em número significativo que possam vender insumos a uma novo agente que queria constituir plante de abates. As empresas oficiadas pelo Conselho também informaram os prejuízos que uma nova concorrente sofreria ao comprar de fornecedores independentes, isto porque, em um eventual crescimento da demanda de processados, os agentes precisarão aumentar a quantidade de insumos negociada, o que pode não ser possível. Por vezes, o aumento de insumos vendidos pelos fornecedores depende também de investimentos em capacidade instalada, o qual pode ser visto como desinteressante pelos criadores.

Outro fator que pode causar prejuízo a empresa que atue de forma não integrada é a necessidade de padronização e qualidade do produto, elementos cada vez mais fundamentais no mercado de processados.

Aufere-se das informações que uma nova empresa atuando no mercado de maneira não verticalizada seria incapaz de obter vantagens competitivas e de crescer “a ponto de conseguir oferecer qualquer contestação mínima a empresas integradas do porte de Sadia e Perdigão” (RAGAZZO, 2011, p. 184).

O Relator conclui que,

por todas essas razões – e lembrando que o que se perquire nesta análise de entrada e rivalidade é a probabilidade de uma agente ser capaz de efetivamente se inserir no mercado, se desenvolver, ganhar *share* e tornar-se relevante a ponto de obstar um exercício de poder de mercado do porte de Sadia e Perdigão, e não apenas entrar no mercado, estabelecer-se em um nicho e ganhar parcelas insignificantes de vendas, como tem ocorrido historicamente – entendo que uma entrada não integrada, que conte apenas com o fornecimento de carne in natura de terceiros, não pode ser considerada como uma alternativa factível no sentido de barrar o exercício de poder de mercado das Requerentes decorrente de uma operação da monta da presente (p. 187).

Em seguida o Relator analisou as economias de escala, de escopo e os custos irre recuperáveis como óbices a entrada de uma nova concorrente no mercado de processados.

Na economia de escala ocorre a diminuição do volume de insumos necessários em virtude do crescimento da produção final. Na economia de escopo o que ocorre é a diminuição do custo em decorrência da produção conjunta de dois ou mais bens. Portanto, a presença relevante de economias de escala e/ou de escopo em um mercado figura como barreira a entrada, em favor das empresas já estabelecidas.

As requerentes argumentaram que a existência de muitas pequenas empresas atuantes em escalas regionais e outras artesanais, oferecendo concorrência regional, indicavam a possibilidade de atuação de agentes econômicos sem economia de escala e/ou escopo.

O Relator firmou entendimento contrário e apontou que a presença de pequenas empresas indicavam a incapacidade destes agentes de conquistar fatias relevantes do mercado.

Em outras palavras,

[...]a existência dessas empresas, que não conseguem competir de modo minimamente vigoroso nesse mercado denota justamente o contrário do que as Requerentes querem fazer crer: as evidências demonstram que concorrentes com pouca escala e com pouca variedade de produtos não conseguem se desenvolver de modo relevante, o que tende a indicar que há economias de escala e de escopo muito importantes nessa indústria (2011, p. 192).

Além disso, o Relator teceu comentários sobre os custos irre recuperáveis que novas empresas incorreriam para entrar no mercado de processados, ou seja, os gastos que elas despenderiam que seriam perdidos completamente caso não obtivessem sucesso no empreendimento.

Dessa forma, diversos custos irre recuperáveis foram analisados, como, por exemplo, recrutamento e treinamento, porém o Relator chamou atenção para os chamados *sunkcost*, que incidem particularmente no mercado em questão.

Os *sunkcosts* referem-se aos altos gastos com propaganda e *marketing* que uma nova empresa incorreria com a entrada no mercado de processados, em virtude da relevância da marca para os consumidores neste segmento.

O terceiro método específico analisado pelo Relator para determinar a existência de barreiras à entrada no mercado de processados foi a importância da estrutura das redes de distribuição.

No estudo das redes de distribuição, o Relator utilizou, paralelamente aos argumentos trazidos pelas requerentes, as informações prestadas pelas outras empresas atuantes no mercado de processados.

As empresas concorrentes, de maneira consensual, responderam ao CADE que a logística de distribuição é elemento decisivo na capacidade competitiva dos agentes já inseridos no mercado de processados, bem como daqueles que pretendem inserir-se neste ramo.

As empresas que tentarem entrar no mercado de processados encontrarão uma série de dificuldades no estabelecimento de uma rede de distribuição para os produtos fabricados.

Com efeito, uma nova concorrente com redes de distribuição ainda em fase de desenvolvimento enfrentará pressões oriundas das grandes concorrentes (Sadia e Perdigão) que já possuem estes canais consolidados e, conseqüentemente, encontrará dificuldades para expandir sua participação no mercado de processados.

As pressões das grandes concorrentes também são sentidas pelas empresas já existentes no mercado, portanto, uma concentração, como a das requerentes, implica em dificuldades ainda maiores e desvantagens competitivas para os agentes econômicos menores no segmento de processados.

No relatório elaborado, Carlos Ragazzo fornece exemplo da magnitude dos canais de distribuição das requerentes:

Percebe-se, de fato, que a amplitude e complexidade das estruturas de distribuição de Sadia e Perdigão são bastante notórias, conforme reconhecido pelos Relatórios das próprias Requerentes. A título de comparação, observa-se que a Marfrig, uma das maiores e principais concorrentes das Requerentes, senão a principal, possui 15 plantas industriais e 16 centros de distribuição⁵⁸⁸. A Bertin possui 1 único centro de distribuição (fl. 215, autos confidenciais). As Requerentes, por sua vez, possuirão, conjuntamente, ao menos 60 unidades produtivas e 36 centros de distribuição (p. 202).

As requerentes alegaram que um possível poder de mercado exercido por elas também poderia ser barrado por varejistas, tendo em vista o aumento significativo na concentração deste setor. Portanto, outro item analisado no relatório foi o poder compensatório potencialmente exercido por grandes varejistas nesse mercado.

Primeiramente, o relatório recusou completamente as alegações das requerentes no sentido da alta concentração presente no mercado varejista.

Em um segundo momento, as requerentes apresentaram argumentos ao CADE afirmando que sofreriam concorrência das marcas próprias das empresas varejistas, tais alegações, entretanto, também foram refutadas pelo Relator. Isto porque, as empresas varejistas, em geral, não são proprietárias das unidades de produção, ficando sujeitas à variações ou escassez do fornecimento dos produtos, os quais são providos pelos próprios agentes concorrentes do mesmo mercado.

A capacidade ociosa disponível por estas concorrentes para aumentar a própria produção é mínima, portanto ainda mais prejudicadas restam as marcas próprias dos varejistas que apresentam-se como rivais às dos fornecedores. Dessa forma, “tal fato invalida severamente o argumento de que varejistas com marca própria seriam capazes de oferecer uma concorrência agressiva às Requerentes” (p. 218).

Outro quesito analisado pelo Relator para levantamento das barreiras existentes no mercado de processados foi o poder de portfólio. O relatório informa que os varejistas preferem negociar com empresas detentoras de extensos portfólios, em

virtude da redução significativa de custos proporcionada. Portanto, após analisar diversos benefícios gerados às empresas possuidoras de uma gama extensa de produtos, o Relator concluiu que a fusão entre as requerentes acarretaria efeitos anticompetitivos em função do poder de portfólio gerado, o qual barraria à entrada de concorrentes e prejudicaria a rivalidade já existente.

Ainda, no exame de barreiras a entrada e rivalidade, o relatório informa que o mercado de processados é marcado por um grande número de produtos diferenciados, portanto é fundamental apurar o comportamento dos consumidores em um eventual desvio da demanda.

No estudo de produtos diferenciados, o Relator constatou que em um eventual aumento de preços dos produtos da marca Sadia, uma parte significativa dos consumidores desviariam suas compras para a outra requerente, ou seja, Perdigão, e vice-versa. Isto porque, as requerentes são as duas marcas principais existentes no mercado do ponto de vista dos consumidores. Acrescente-se a isso o fato das empresas já existentes e de novas concorrentes não haverem forças para atrair para si eventual desvio da demanda.

A marca foi outro critério utilizado pelo Relator na análise de barreiras a entrada e rivalidade no setor de processados. Apesar das alegações das requerentes no sentido que os investimentos em *marketing* para fortalecer a marca eram pequenos comparados aos benefícios auferidos destes gastos, o Relator firmou entendimento em sentido oposto.

Segundo o Relator, os gastos com marketing para chamar a atenção dos consumidores, embora gerem efeitos imediatos nas vendas, importam em altos custos para as empresas, só sendo uma prática acessível aos agentes de grande faturamento.

Portanto, conclui Carlos Ragazzo que a marca constitui barreira à entrada e a rivalidade, nos seguintes termos:

Em suma, observa-se que os investimentos em marketing são, de fato, elevados na indústria em apreço, verificando-se que a marca é um fator de competitividade crucial e que, ao mesmo tempo, representa uma barreira à entrada significativa e um condicionante de rivalidade de extrema relevância. Sob esse aspecto, também não há dúvida que Sadia e Perdigão são as duas empresas nesse mercado que mais têm condições de investir em marketing, fazendo-o de maneira mais incisiva, a custos proporcionalmente muito menores que suas concorrentes, o que lhes garante uma vantagem absoluta nesse quesito (p. 251).

De fato, o estudo da evolução histórica dos preços no mercado de processados revelou que ainda com preços superiores em todo o período analisado, as empresas Sadia e Perdigão mantiveram a liderança no mercado, o que evidencia a importância dada ao fator marcas pelos consumidores neste segmento.

As requerentes argumentaram diversas vezes que encontrariam muita concorrência com empresas existentes ou entrantes que adotassem a estratégia de preços, porém a única coisa que restou evidente no relatório foi que estas tentativas no máximo disputariam mercado com as marcas de combate da Sadia e da Perdigão, como, por exemplo, Batavo e Rezende, o que também não era provável.

Paralelamente, o relatório realizou cálculos econométricos que demonstram incentivos às empresas requerentes a aumentarem os preços praticados, em virtude da perda de concorrência, consequência da fusão entre as duas.

Portanto, todos estes indicativos utilizados pelo Relator ao analisar a existência ou não de barreiras à entrada, bem como a rivalidade, apontam na mesma direção, qual seja, demonstram alta concentração nos mercados de atuação das requerentes. Finalmente, antes de passar ao estudo das eficiências, é importante transcrever parte do trecho conclusivo do Relator quanto aos resultados encontrados:

Diante de todas essas evidências, que se acumulam de forma muito significativa em um mesmo sentido, e que agravam mais e mais os resultados da análise a cada etapa que se ultrapassa, tem-se um quadro concorrencial decorrente da operação que se apresenta de modo muito cristalino. Pode-se dizer, primeiramente, que raras vezes uma análise antitruste no Brasil foi tão profunda e detalhada quanto esta. E completa essa análise, pode-se dizer, com bastante serenidade e segurança, que raramente se vê, na análise antitruste dos inúmeros casos submetidos a este Conselho e mesmo a outras autoridades ao redor do mundo, uma operação na qual a probabilidade de danos ao mercado e ao bem-estar dos consumidores se mostre de maneira tão substancial e evidente. Apesar de a presente análise ter sido profunda e complexa, o seu resultado é simples, no sentido de que não deixa qualquer margem para dúvidas: a aprovação deste ato de concentração, tal como apresentado, tem o condão de gerar aumentos de preços e danos extremos aos milhares de consumidores brasileiros que adquirem os alimentos ofertados por Sadia e Perdigão (2011, p. 314).

O conselheiro Carlos Ragazzo também seguiu o procedimento previsto na Portaria Conjunta nº 50, de 2001, que estabeleceu o procedimento adotado pela SDE e SEAE, consistente em cinco etapas, as quais já foram mencionadas nesta monografia.

Portanto, após definir o mercado relevante, determinar que parcelas pertencem as requerentes e fazer o exame de probabilidade de exercício de poder pelas empresas Sadia e Perdigão, o Conselheiro passou a análise das possíveis eficiências geradas pelo

ato de concentração em questão.

Seguindo esta orienta o, como o relatório concluiu que o exercício do poder de mercado por parte das requerentes era provável, Carlos Ragazzo passou a análise das eficiências geradas pela concentra o, comparando os prejuízos e benefícios causados pela fusão, na medida do possível. Nas palavras do mencionado Conselheiro, o levantamento de eficiências busca “avaliar se o ato de concentra o teria o condão de gerar efeitos positivos para o bem-estar coletivo, a ponto de suplantarmos os efeitos negativos gerados pela opera o” (2011, p. 316).

Antes de fazer o levantamento das eficiências, Carlos Ragazzo explica que o exame das eficiências não servirá como justificativa para aprova o de ato que provoque restri es consideráveis   concorrência. Mesmo porque, nestes casos, dificilmente os benefícios gerados pela concentra o ultrapassam os prejuízos aos consumidores e ao bem-estar econômico.

Diante da dificuldade de projetar as eficiências que serão geradas com a concentra o e com o intuito de evitar que este mecanismo seja utilizado para mascarar os prejuízos oriundos do ato, o Guia de Análise de Concentra es Horizontais, em seus itens 71 e 72, estabelece critérios para averigua o dos efeitos produzidos, são eles:

71. Eficiências Econ micas do ato. São consideradas eficiências econômicas das concentra es os incrementos do bem-estar econômico gerados pelo ato e que não podem ser gerados de outra forma (eficiências específicas da concentra o). Não serão consideradas eficiências específicas da concentra o aquelas que podem ser alcançadas, em um período inferior a 2 (dois) anos, por meio de alternativas factíveis, que envolvem menores riscos para a concorrência.

72. Verifica o. Os incrementos de eficiência são difíceis de se verificar e quantificar, em parte porque as informa es necessárias se referem a eventos futuros. Em particular, incrementos de eficiência projetados, ainda que com razoável boa f , podem não se concretizar. Por isso, serão consideradas como eficiências específicas da concentra o aquelas cuja magnitude e possibilidade de ocorrência possam ser verificadas por meios razoáveis, e para as quais as causas (como) e o momento em que serão obtidas (quando) estejam razoavelmente especificados. As eficiências alegadas não serão consideradas quando forem estabelecidas vagamente, quando forem especulativas ou quando não puderem ser verificadas por meios razoáveis.

  oportuno perceber que os incisos do parágrafo 1  do art. 54 da lei antitruste estabelecem os pressupostos a serem respeitados para aprova o dos atos que incidam em alguma das hipóteses previstas no *caput* do mencionado artigo, ou seja, “que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na domina o

de mercados relevantes de bens ou serviços”. Vale ressaltar, que o parágrafo 2º determina a possibilidade de aprovação do ato que atenda apenas três dos quatro incisos contidos no parágrafo anterior, contanto “que por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, *e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final*” (grifo nosso).

Isto significa que, as eficiências não apenas devem suplantar os efeitos negativos da operação, como também, em hipótese alguma, podem gerar prejuízos aos consumidores ou usuários finais.

As requerentes juntaram aos autos do ato de concentração alegações em que enumeravam uma série de eficiências geradas pela fusão, as quais foram exaustivamente analisadas pelo Relator.

O Relator concluiu que ainda que fossem admitidos como verdadeiros e prováveis todos os ganhos alegados pelas requerentes, as eficiências não tem o condão de compensar minimamente os prejuízos oriundos da fusão entre Sadia e Perdigão.

Neste contexto, o Relator firmou entendimento categórico:

Na realidade, o fato é que, mesmo se, *ad argumentandum*, fossem consideradas todos os ganhos de sinergias alegados pelas partes, a magnitude de tais eficiências, ainda assim, se mostra insignificante perto dos graves danos à coletividade que este ato de concentração gerará. O potencial de danos aos consumidores advindo desta operação, conforme foi aqui demonstrado à exaustão, é substancial em um grau raramente observado. Em casos assim, a literatura e a jurisprudência antitruste são extremamente claras ao afirmar que qualquer patamar de eficiências eventualmente gerado é inútil no sentido de obstar os efeitos negativos da operação. Assim já se manifestou o CADE em decisões pretéritas,⁸⁷⁰ do mesmo modo como defendem a literatura e outras agências antitruste (p. 349).

Ainda, ficou demonstrado que a redução de custos pleiteada pelas requerentes poderia ser obtida de outras formas, como, por exemplo, através de economias realizadas no interior de cada empresa, separadamente. Além disso, o Relator acredita não haver razões para crer que as reduções de custos serão repassadas aos consumidores, já que com a fusão as requerentes não possuirão mais nenhuma contestação razoável nos mercados em que atuam.

Resta evidente, dessa forma, para o Relator “que quaisquer níveis de eficiências seriam insuficientes para compensar os efeitos deletérios advindos do elevadíssimo poder de mercado detido por Sadia e Perdigão após a operação” (p. 351).

Em seguida, Carlos Ragazzo passou a análise de possíveis restrições que

pudessem viabilizar a aprovação da fusão das requerentes.

Apesar de suas alegações e pedidos constantes nos autos de aprovação do ato sem restrições, as requerentes, em 15 de abril de 2011, juntaram pedido de celebração de Termo de Compromisso de Desempenho.

O Conselheiro-Relator ressalta que o levantamento de possíveis remédios deve ser informado pelo princípio da proporcionalidade. Dessa forma, os critérios adotados devem se adequados, necessários e proporcionais. Adequados no sentido de serem hábeis a sanar realmente os problemas gerados pela concentração, necessários, pois devem ser a forma menos gravosa, às partes, mas principalmente à coletividade, de atingir esses fins e “proporcional *stricto sensu*, de maneira que o resultado final implique o máximo de benefícios à sociedade, com a geração do mínimo de danos possível” (p. 356).

É este o sentido dado pelo Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, em seu item 14, ao estabelecer que a SDE e a SEAE irão emitir parecer favorável nos casos que o ato gere efeitos líquidos não-negativos, nos seguintes termos:

Efeito Líquido Não-Negativo. Não reduzem o bem-estar econômico, isto é, geram um efeito líquido não-negativo, as concentrações: (a) que não gerarem o controle de uma parcela substancial de mercado; ou (b) que gerarem o controle de parcela substancial de mercado em um mercado em que seja improvável o exercício do poder de mercado; ou (c) que gerarem o controle de parcela substancial de mercado em um mercado em que seja provável o exercício do poder de mercado, mas cujos potenciais efeitos negativos, derivados da possibilidade de exercício do poder de mercado, não sejam superiores aos potenciais incrementos de bem-estar gerados pela concentração.

Guiando-se pelo princípio da proporcionalidade, o Relator descartou completamente o TCD proposto pelas requerentes, por não surtir nenhum efeito positivo atenuante dos graves problemas gerados pela concentração.

Assim, com base em todos os argumentos explanados no seu voto, o Relator traçou o cenário do ato de concentração das requerentes.

Primeiramente, o Relator declarou a impossibilidade de unir qualquer uma das marcas da Sadia à da Perdigão, o que implica dizer que, segundo o relatório, a assinatura de um TCD implica, necessariamente, a alienação da totalidade do portfólio de uma das marcas.

A alienação deveria estar associada a capacidade produtiva da marca, das suas respectivas unidades de abates e contratos com os criadores, bem como os contratos de distribuição que correspondesse à capacidade produtiva alienada.

Nas palavras de Carlos Ragazzo, com a assinatura de um TCD, ao final, “ter-se-ia não um cenário de aprovação da operação com restrições, mas sim um cenário de reprovação com determinadas concessões” (2011, p. 376).

O que o Relator explica é que, para a aprovação do ato pelo CADE, seguindo os termos da legislação antitruste em vigor, com assinatura de TCD, as restrições impostas tornariam a transação não mais interessante aos olhos das requerentes.

Portanto, o Relator conclui pela reprovação total do ato de concentração sujeito à apreciação do CADE, sem assinatura de TCD, nos seguintes termos:

Trata-se da medida mais adequada e, efetivamente, necessária, para obstar a geração de efeitos negativos à coletividade e, em particular, aos consumidores brasileiros, uma vez que nenhuma das outras restrições possivelmente cogitáveis são capazes de impedir os aumentos de preços. Ao mesmo tempo, nenhuma outra restrição possível, e muito menos a aprovação da operação, geram benefícios que compensem os fortes aumentos de preços e os severos prejuízos que causariam aos consumidores. O fato é que as evidências de danos aos consumidores e ao bem-estar econômico da coletividade são significativas e extremamente concretas, enquanto as eficiências e os demais interesses cogitados nos autos são claramente insuficientes e/ou inaplicáveis. A medida aqui adotada, portanto, é a única que atende à Lei no 8.884/94 e ao princípio da proporcionalidade (p. 376).

Por último, o Relator faz um resumo de todos os pontos explanados no relatório e com suas conclusões finais.

Neste tópico, menciona-se os termos rígidos do APRO assinado entre as requerentes e o CADE, bem como as medidas restritivas severas impostas pela SEAE, as quais a SDE acompanhou, e o parecer da ProCADE em que constava, inclusive a possibilidade de reprovação da operação.

Diante de todos estes acontecimentos, as requerentes continuaram pleiteando a aprovação do ato de concentração sem restrições pelo CADE. Esta postura, considerada absurda pelo Relator, só foi alterada no final da análise, e de maneira comprovadamente insuficiente, visto que a proposta do TCD das requerentes continha a cessão de marcas irrelevantes se comparadas à totalidade de seus portfólios.

Entretanto, o Relator firmou voto no sentido contrário a assinatura de TCD e rejeitou completamente a operação. Ressaltou que a maioria dos custos foram evitados

pelo APRO firmado e que, aqueles que não o foram, deveriam ser arcados pelas requerentes.

Após a leitura de todos os motivos do relatório, o Conselheiro Ricardo Ruiz pediu vista dos autos para emitir o seu voto, o qual será analisado a seguir.

3.3.2 Voto do Conselheiro Ricardo Ruiz

O Conselheiro Ricardo Ruiz começa a o seu voto com um resumo dos fatos e do relatório emitido por Carlos Ragazzo.

Em um segundo momento, o Conselheiro passa a análise da possibilidade de assinatura de novo TCD, tendo em vista a insuficiência daquele que foi proposto anteriormente pelas requerentes.

Neste ponto, Ricardo Ruiz afirma que após o pedido de voto vista, as requerentes adotaram postura mais colaborativa, através da juntada de petição, em 13 de junho de 2011, em que aceitavam as definições de mercado relevante e as críticas feitas pelo Relator.

Após esta mudança de postura das requerentes relatada pelo Conselheiro, foram realizadas doze audiências com as duas empresas, bem como duas com a Dr. Oetker, que impugnou o ato de concentração.

O novo TCD deve levar em conta o restabelecimento, do que o Conselheiro chamou de “duopólio virtuoso”, existente antes da fusão das requerentes, em virtude da contestação recíproca que existia entre as duas empresas. Para tanto, o Conselheiro considerou fundamental a formação de um terceiro agente para competir com as requerentes, o qual, para isso, deve possuir estrutura mínima em todos os níveis da cadeia de produção. Nas palavras do Conselheiro, principal responsável pela negociação do novo TCD:

Em termos de produção e distribuição, o presente acordo tem exatamente esse propósito: recriar um rival nos mercados críticos com uma estrutura semelhante em escala e escopo à Sadia ou Perdigão. Como registrado, o objetivo é recriar uma nova empresa que recomponha o “duopólio virtuoso” existente pré-fusão nos mercados com problemas concorrenciais (p. 25).

As considerações do Conselheiro foram divididas em duas partes, são elas: capacidade produtiva e distributiva e marcas.

Em seguida, o Conselheiro faz uma série de cálculos com base em fatores expostos em tabelas confidenciais, as quais, portanto, não foram analisadas nesta monografia. Destes cálculos depreende-se um valor da capacidade produtiva que deve ser alienado pelas requerentes no intuito de possibilitar o surgimento de um “vice-líder” no mercado.

Na alienação da capacidade produtiva, o Conselheiro concluiu que o melhor seria a transferência de toda a capacidade ociosa das requerentes e de uma pequena parte da sua capacidade de uso para uma nova concorrente. Dessa forma, segundo Ricardo Ruiz, esta alienação produziria impactos modestos para as requerentes e seriam suficiente para criar este novo concorrente no mercado.

Paralelamente, no novo TCD haveria previsões também para as marcas, fator importante nos mercados em que inserem-se as requerentes. Assim, o Conselheiro acredita na suspensão temporária de uma das marcas *premium*, Sadia ou Perdigão, bem como na alienação de marcas secundárias das requerentes como medidas para a aprovação do ato.

Quanto a capacidade produtiva, a proposta do Conselheiro previa a alienação de todos os bens e direitos relacionados a determinadas unidades produtivas.

Por fim, o Conselheiro fez diversos apontamentos acerca de cláusulas que deveriam constar no TCD, explicando as suas motivações, as quais serão analisadas mais detalhadamente no próximo tópico.

Assim, o Conselheiro Ricardo Ruiz votou pela aprovação do ato de concentração com as restrições previstas no TCD que será analisado a seguir.

3.4 TERMO DE COMPROMISSO DE DESEMPENHO

A previsão legal do TCD encontra-se no art. 58 da Lei nº 8.884, de 1994, que dispõe: “o Plenário do CADE definirá compromissos de desempenho para os interessados que submetam atos a exame na forma do art. 54, de modo a assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no § 1º do referido artigo”.

Portanto, o CADE, na aprovação de atos com restrições, nos termos do parágrafo 1º do art. 54 da lei antitruste, o fará mediante assinatura de TCD com as empresas

interessadas.

Seguindo esta orientação, o CADE celebrou TCD com as empresas Sadia e Perdigão em 13 de julho de 2011.

Os objetivos do compromisso de desempenho constam no item 1 do TCD, são eles: impedir que a concentração das compromissárias tenha como efeito a eliminação substancial da concorrência; criar as condições para surgimento de um rival nos mercados afetados; propiciar os mecanismos necessários para entrada de concorrentes nestes segmentos; e distribuir os benefícios gerados pela operação entre os participantes e os consumidores.

Para tanto, as compromissárias deverão alienar diversas marcas secundárias, também chamadas “de combate”, e todos os bens e direitos relacionados a elas, possibilitando que a empresa entrante disponha efetivamente de meios para competir com a BRF – Brasil Foods S.A.. Até que a venda se concretize, o TCD impõe que as compromissárias mantenham em funcionamento todas as estruturas objeto de alienação, bem como o nível de emprego nestas unidades, os investimentos em *marketing* e a participação no mercado das marcas envolvidas.

Ainda, as marcas Perdigão e Batavo ficarão suspensas de três a cinco anos em todo o território nacional, dependendo dos produtos.

A empresa entrante deverá comprovar perante o CADE sua higidez financeira, capacidade administrativa e empresarial e inexistência de qualquer tipo de vínculos com as compromissárias.

O item 3.3 informa que as compromissárias deverão exigir da empresa entrante manutenção do nível de emprego de todas as unidades adquiridas, por um prazo de no mínimo seis meses da compra.

O CADE irá fiscalizar o cumprimento do TCD e receberá relatórios mensais acerca da implementação das obrigações assumidas no documento.

Por último, o TCD traz as penalidades previstas às compromissárias em caso de descumprimento do termo de compromisso.

Para violações genéricas ficou estipulado multa diária no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a qual será depositada no Fundo Nacional de Direitos Difusos.

Quanto as violações decorrentes da suspensão da marca Perdigão e Batavo e da

previsão de manter em funcionamento todas as estruturas relativas as marcas que serão alienadas até que isto ocorra, a multa estipulada no TCD é de R\$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de reais), por infração.

O TCD obriga as compromissárias e seus respectivos sucessores legais, permanecendo em vigor até que todos os compromissos dispostos no termo sejam devidamente cumpridos.

Após o estudo de todos os principais atos emitidos pelo CADE e seus órgãos auxiliares no ato de concentração das empresas Sadia e Perdigão, passará-se-á a conclusão, em que estes documentos serão analisados em conjunto com os aspectos legais do capítulo 2 e com os conceitos da teoria econômica do capítulo 1.

CONCLUSÃO

Na primeira seção do capítulo 1, de aspectos históricos, observou-se, em linhas gerais, dois comportamentos diferentes em relação a defesa da concorrência por parte dos Estados. Os Estados Unidos adota a concorrência como condição para realização dos objetivos sociais e econômicos do país. Vale dizer, a concorrência é perseguida como um fim em si mesmo, evitando-se excessivas concentrações no mercado.

De outra forma, a União Europeia filia-se a corrente da concorrência vista como instrumento do Estado para realização dos objetivos dos países. Dessa forma, os atos de concentração podem não ser punidos, ainda que produzam efeitos anticompetitivos.

Ainda no capítulo 1, viu-se a diferença entre nascimento do antitruste no Brasil e nos Estados Unidos. Com o Decreto-Lei nº 869, de 1938, a defesa da concorrência nasceu como repressão ao abuso econômico e defesa da economia popular.

Neste sentido, por fim, a Constituição Federal de 1988 não deixou dúvidas da instrumentalidade do antitruste brasileiro ao assegurar a todos os cidadãos direitos e garantias fundamentais.

A Lei nº 8.884, de 1994, em sintonia com a Constituição, dispôs já de início, no art. 1º, acerca dos seus objetivos perseguidos. Dessa forma, o *caput* informou os princípios constitucionais que serviriam de guia para a defesa da concorrência pelo CADE e, no parágrafo 1º, nomeou a coletividade os titulares dos bens jurídicos protegidos pela lei.

Entre os princípios elencados encontram-se os da livre concorrência e o da liberdade de iniciativa, os quais foram matéria de outra seção.

Estes princípios, para a presente monografia, não se entendem como conflitantes entre si. O Estado será o responsável pela efetivação dos dois, dosando-os sempre que necessário.

O CADE, como órgão do Poder Executivo, exerce sobre a economia atuação por direção, através de normas de controle que podem ser repressivas (art. 20 a 27 da Lei nº 8.884) ou preventivas (art. 54 da mesma lei).

Desta forma, na apreciação dos atos de concentração, como o das empresas Sadia e Perdigão, o CADE intervém na economia por direção para garantir as condições de concorrência, tudo em vantagem do desenvolvimento nacional e do interesse público.

Sucessivamente, no capítulo 2, aspectos relevantes da lei antitruste atualmente em vigor foram levantados.

Observou-se que, com a revogação da Lei n. 4.137, de 1962, pela Lei n. 8.884, de 1994, o CADE adquiriu maior autonomia ao ser constituído como Autarquia Federal, abandonando sua vinculação anterior à Presidência do Conselho dos Ministros.

Os conselheiros, a partir do atual diploma antitruste, possuem mandato fixo e estável, tudo em prol da independência e idoneidade necessária para o desempenho das suas funções.

Entretanto, conforme observado por Fábio Ulhôa, caberá a perda de mandato dos membros do CADE, por provocação do presidente, se estes, no desempenho de suas funções, encontrarem-se em desacordo com a política econômica do Poder Executivo. Assim, os conselheiros e presidentes desta Autarquia ao aplicar as normas antitrustes de caráter repressivo (art. 15 a 53) e as repressivas (art. 54 a 58) devem estar atentos e em consonância com os membros do Poder Executivos responsáveis pela formulação e aplicação da política econômica do país.

Do estudo do art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994, observou-se que as empresas possuidoras de participação no mercado relevante em 20% deverão, necessariamente, submeter seus atos à apreciação do CADE, ainda que não impliquem nas hipóteses previstas do *caput* deste artigo.

Outra questão levantada com o parágrafo 1º art. 54 da lei antitruste é a possibilidade da aprovação dos atos, ainda que incidentes nas hipóteses do *caput* do artigo, contanto que obedeçam pelo menos uma das alíneas do inciso I (aumentem a produtividade, melhorem a qualidade de bens e serviços e propiciem a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico) e todos os demais incisos (distribuição equitativa dos benefícios aos consumidores, não implique eliminação da concorrência

de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços e sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados). Ainda, a lei prevê uma hipótese em que um dos incisos do parágrafo 1º poderá ser desconsiderado para a aprovação do ato pelo CADE, contanto que pelo menos três das condições impostas antes ainda sejam verificadas e que seja necessário por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, mas, em nenhuma hipótese, implicando em prejuízo ao consumidor ou usuário final.

O capítulo 3 consistiu no estudo de todos os principais atos emitidos pelos órgãos antitrustes no processo de concentração das empresas Sadia e Perdigão.

Do estudo do parecer da SEAE concluiu-se que os remédios sugeridos pelo órgão se mostraram totalmente ineficazes à conter os efeitos desastrosos das duas empresas líder dos mercados em que atuam, Sadia e Perdigão. A SEAE sugeriu dois remédios: o primeiro deles previa o licenciamento temporário de uma das marcas a um terceiro agente econômico e alienação dos seus ativos produtivos; o segundo sugeriu à venda de marcas pequenas, em comparação com a Sadia e a Perdigão, como a Batavo e a Rezende, a outra nova empresa.

A ProCADE refutou os remédios propostos pela SEAE e afirmou que caso não fossem encontradas alternativas realmente eficazes para a aprovação do ato de concentração o mesmo deveria ser reprovado.

O Relator do Projeto, Carlos Ragazzo, emitiu voto detalhado de 500 folhas, analisando cada tópico dos mercados relentes, da possibilidade de exercício de poder de mercado pelas empresas, analisou as eficiências e possíveis remédios para a aprovação da fusão e votou pela rejeição total do ato.

No relatório do Conselheiro Carlos Ragazzo foram analisados todos os indicativos para delimitação da existência de poder de mercado estudados no capítulo 1 como, rivalidade a partir da capacidade ociosa, integração da cadeia produtiva, economias de escala, poder de portfólio e de marca e concluiu-se que a operação tinha o condão de gerar aumentos de preços e danos graves aos consumidores e ao mercado.

Da análise de eficiências que possibilitassem de alguma forma a aprovação da fusão, o Relator concluiu que elas são mínimas e poderiam ser atingidas sem a necessidade de concentração entre as duas líderes de mercado.

Em seguida, nos autos de concentração, o Conselheiro Ricardo Ruiz emitiu voto-vista inconsistente em comparação com o do Relator. Trata-se de documento de 44 folhas, nas quais em nenhum momento compreendem-se as eficiências e os critérios usados que permitiram a redação do TCD assinado entre o CADE e as requerentes.

Do estudo simultâneo das hipóteses do art. 54 da lei antitruste para a aprovação de atos que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços depreendeu-se que a fusão da Sadia e Perdigão não encontra respaldo nos incisos do parágrafo 1º deste artigo, quanto menos no parágrafo sucessivo. Isto porque, ainda que o ato aumente a produtividade e/ou que se observe a melhoria da qualidade dos bens vendidos pelas requerentes e/ou que ele propicie a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico, nada leva a crer, pelo contrário, que os benefícios serão distribuídos aos consumidores. Além disso, não há que se falar, após a fusão, em concorrência nos mercados relevantes em que atuam as duas empresas, ou seja, o ato de concentração também não incide no inciso II do art. 54 da lei antitruste. O inciso IV do art. 54 ainda informa que os atos somente serão aprovados se observem os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados. Ora, ficou constatado pelas informações trazidas pelas próprias requerentes que os objetivos visados seriam alcançados, sem nenhum dano ao mercado e aos consumidores, igualmente, se fossem estabelecidas mudanças no interior de cada empresa, separadamente.

O parágrafo 2º ainda permite a aprovação dos atos que estejam em obediência em pelo menos três dos incisos descritos acima, o que não ocorre, quando necessários por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum. Ainda que estivessem previstos os três incisos necessários, não há nenhum motivo da economia nacional ou do bem comum envolvido que justifique a aprovação no ato de concentração das empresas Sadia e Perdigão.

O Brasil adota o sistema de notificação póstuma dos atos de concentrações, pois, ainda que eles possam ser comunicados a Autarquia antes de serem realizados, isto quase nunca ocorre, tendo em vista que a lei também possibilita aos agentes econômicos prazo de 15 dias para submeter à operação a sua apreciação.

Conforme se levantou em tópico específico, este sistema possui algumas desvantagens, tornando a defesa da concorrência mais custosa e difícil para os órgãos do SBDC, além de reduzir sua eficácia, pois a operação, ainda que em vigor o APRO, já foi

concretizada pelas empresas. Portanto, ainda que os pareceres da SEAE e do ProCADE e os votos dos conselheiros defendam este documento, sobre o argumento de que ele impede a ocorrência de graves danos a concorrência, segundo esta monografia, ainda falta ao CADE, na atual lei em vigor, instrumentos que impeçam efetivamente os prejuízos potenciais da união das operações, em qualquer nível, entre os agentes econômicos.

Esta é a principal mudança que ocorrerá com o Projeto de Lei nº 3.937, de 2004, caso ele seja sancionado, conforme analisado anteriormente no capítulo 3. Esta alteração legislativa possibilitará ao CADE analisar os casos antes que eles possam causar qualquer dano ao mercado e a sociedade, descartando que o APRO assinado entre as empresas e a Autarquia sirva como instrumento de pressão nas decisões do CADE, em decorrência das perdas privadas da desconstituição do ato de concentração.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. **Livre iniciativa, livre concorrência e intervenção do Estado no domínio econômico**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 97, v. 874, p. 70-100, agosto 2008.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BASTOS, Aurélio Wander (Org.). **Estudos introdutórios de direito econômico**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BELLO, Carlos Alberto. **A Nova chance do CADE: CADE's new opportunity**. Revista de Economia (Curitiba), Curitiba, PR , v. 32, n. 1 , p. 157-164, jan./jun. 2006.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Voto do Relator no Ato de Concentração nº 08012.004423/2009-18, de 08 de junho de 2011**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/BRFoods_VotoRagazzo_08_06_11.pdf>. Acesso em: 19/11/ 2011.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Voto do Conselheiro Ricardo Machado Ruiz Ato de Concentração nº 08012.004423/2009-18, de 13 de julho de 2011**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000616921187.pdf>. Acesso em: 19/11/ 2011.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação, de 08 de julho 2009**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000437251578.pdf>. Acesso em: 19/11/ 2011.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Regimento Interno do CADE**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/legislacao/rinterno/RICons04062008.pdf>>. Acesso em: 29/11/ 2011.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Termo de Compromisso de Desempenho, de 13 de julho 2011**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000437251578.pdf>. Acesso em: 19/11/ 2011.

_____. Procuradoria do CADE. **Parecer nº 196/2011 no Ato de Concentração nº 08012.004423/2009-18, de 13 de julho 2009**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000596381987.pdf>. Acesso em: 19/11/ 2011.

_____.Secretaria de Direito Econômico. **Parecer nº 06510/2010 no Ato de Concentração nº 08012.004423/2009-18**, de 30 de junho de 2010. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000539901187.pdf>. Acesso em: 19/11/ 2011.

_____.Secretaria de Acompanhamento Econômico. **Parecer nº 477 no Ato de Concentração nº 08012.004423/2009-18**, de 29 de junho de 2010. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000539911149.pdf>. Acesso em: 19/11/ 2011.

_____.Secretaria de Acompanhamento Econômico e Secretaria de Direito Econômico.Expedir o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal. **Portaria Conjunta nº 50**, de 1º de agosto de 2001. Disponível em: <www.seae.fazenda.gov.br/centraldocumentos/.../portconjseae-sde.pdf>. Acesso em: 29/11/ 2011.

_____.Secretaria de Acompanhamento Econômico e Secretaria de Direito Econômico.Estabelecer mecanismos de cooperação entre a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda-SEAE e a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça-SDE. **Portaria Conjunta nº 33**, de 4 de janeiro de 2006. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/2006portariaSeaeSde33.pdf>>. Acesso em: 29/11/ 2011.

_____.**Constituição da República Federativa do Brasil (1934)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 18/11/2011.

_____.**Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18/11/2011.

_____.**Decreto Lei nº 869 de 18 de novembro de 1938**. Define os crimes contra a economia popular sua guarda e seu emprego. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decllei/1930-1939/decreto-lei-869-18-novembro-1938-350746norma-pe.html>>. Acesso em: 30/11/2011.

_____.**Decreto Lei nº 7.666 de 22 de junho de 1945**. Dispõe sobre os atos contrários à ordem moral e econômica. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/126598/decreto-lei-7666-45>>. Acesso em: 30/11/2011.

_____.**Decreto Lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 30/11/2011.

_____. **Lei nº 4.137 de 10 de setembro de 1962**. Regula a repressão ao abuso econômico. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1962/4137.htm>>. Acesso em: 18/11/2011.

_____. **Lei nº 5.727 de 4 de novembro de 1971.** Dispõe sobre o Primeiro Plano Nacional de Desenvolvimento (PND), para o período de 1972 a 1974. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5727-4-novembro-1971358078publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 18/11/2011.

_____. **Lei nº 6.151 de de 1974.** Dispõe sobre o Segundo Plano Nacional de Desenvolvimento (PND), para o período de 1975 a 1979. Disponível em: <<http://www.fiscolex.com.br/ExibeDoc.aspx?busca=LEI%20Nº%206151/74>>. Acesso em: 18/11/2011.

_____. **Lei nº 8.031 de 12 de abril de 1990.** Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031.htm>. Acesso em: 18/11/2011.

_____. **Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994.** Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em: 18/11/2011.

_____. **Projeto de Lei nº 3.937 de 7 de julho de 2004.** Altera a Lei no 8.884/94, de 11 de junho de 1994, que “transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=260404>>. Acesso em: 23/11/2011.

_____. **Projeto de Lei nº 5.788 de 12 de setembro de 2005.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providência. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=299747>>. Acesso em: 23/11/2011.

BULOS, UadiLammêgo. **Constituição Federal anotada.** 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BULGARELLI, Waldirio. **Concentração de empresas e direito antitruste.** 2.ed. São Paulo: Atlas, 1996.

CARVALHO, Elbruz Moreira de. **Abuso do poder econômico.** 6. ed. São Paulo: Barreister's, 1986.

CARVALHO, Nuno T. P. **As concentrações de empresas no direito antitruste.** São Paulo: Resenha Tributária, 1995.

CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. **Direito econômico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial.** 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. vol. 1. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direito antitruste brasileiro**: comentários à lei nº 8.884/94. São Paulo: Saraiva, 1995.

COMPARATO. Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**. São Paulo: RT, 1970.

COSTA, Marcos da; MARTINS, Rogério Gandra Silva; MENEZES, Paulo Lucena (Org.). **Direito Concorrencial**: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, EgonBockmann. **Estudos de direito econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

DEL MASSO, Fabiano. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

FABRETTI, Laudio Camargo. **Direito de empresa no novo código civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004

_____. **Fusões, aquisições, participações e outros instrumentos de gestão de negócios**: tratamento jurídico, tributário e contábil. São Paulo: Atlas, 2005.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Lei da Proteção da Concorrência**: comentários à lei antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Lei da concorrência conforme interpretada pelo CADE**. São Paulo: Singular, 1998.

GOMES, Carlos Jacques Vieira. **Ordem econômica constitucional e direito antitruste**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MAGALHÃES, Arnaldo. **A análise dos atos de concentração pelo CADE**: consequências da análise posterior ao evento.. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, Porto Alegre, v. 28, p. 13-26, agosto/setembro 2009.

MALARD, Neide Terezinha. **Integração de empresas:** concentração, eficiência e controle. In Revista do IBRAC – Cadernos de Textos, vol. 1, n.4, p. 57. São Paulo, nov. 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

NUSDEO, Fabio. **Curso de economia:** introdução ao direito econômico. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Fundamentos para uma codificação do Direito Econômico.** São Paulo: RT, 1995.

PETTER, Lafayette Josué. **Direito econômico.** 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração empresarial e o direito da concorrência.** São Paulo: Saraiva, 2001.

ROSO, Jayme Vita, . **Novos apontamentos a lei antitruste brasileira.** São Paulo: LTr, 1998.

SALGADO, Lúcia Helena. **A economia política da ação antitruste.** São Paulo: Singular, 1997.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial:** as estruturas. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Direito concorrencial: as condutas.** São Paulo: Malheiros, 2003.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. **Sistema brasileiro de defesa da concorrência.** Disponível em: <<http://www.fgv.br/institucional/biblioteca/pe/SP000404539.pdf>>. Acesso em: 26/10/2011

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 2010.

TAVARES, André Ramos. **A intervenção do estado no domínio econômico.** In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes e SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Orgs.). **Curso de direito administrativo econômico.** São Paulo: Malheiros, 2006. p.176.

TRISTÃO, Rodrigo Campana. UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA Centro de Ciências Jurídicas. **O princípio da inafastabilidade do poder judiciário e a recorribilidade das decisões do conselho administrativo de defesa econômica.** Florianópolis, 2001. 139 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência.** Rio de Janeiro: Forense, 1993.

