

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS IV

MARCELO ANTONIO THEODORO

ANTÔNIO GERMANO RAMALHO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos e garantias fundamentais IV [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Antônio Germano Ramalho, Marcelo Antonio Theodoro – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-356-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Garantias Fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS IV

Apresentação

A Constituição Federal de 1988 se aproxima dos trinta anos de promulgação, no entanto, a parte que trata dos direitos e garantias fundamentais ainda por muito tempo será foco de permanentes e complexos debates no âmbito da academia do Direito, cujos discursos procuram fundamentos que sejam razoáveis ou proporcionais que expliquem o fenômeno do descumprimento desse conjunto de normas superiores cuja representação tem repercussão no poder da sociedade.

Neste Grupo de Trabalho, algumas dessas questões são reiteradas, sendo que nos casos aqui expostos, são apresentadas performances como resultado de pesquisa em estudos de casos cujas decisões independentem da ordem jurisdicional tem importante alcance que possa permitir a aplicação do conjunto dos direitos e das garantias constitucionais.

No ranking da saúde destacam-se trabalhos de excelência pautados na seguinte ordem: pressupostos buscando meios de concretização desses direitos; A reserva do possível e a garantia mínima do direito à saúde; A justiça como guardiã da concretização do direito à saúde; a proposta do reconhecimento e paternidade efetiva nos casos de reprodução assistida heteróloga no Brasil.

Outras linhas se expandem procurando dinamizar o debate sobre esses direitos consagrados pela CFB/88, a exemplo do estudo que aponta o Ministério Público como instrumento de defesa dos direitos humanos; O reconhecimento da comunidade das cidades e seus direitos de fala nos planos de desenvolvimento urbano; Os limites da liberdade de expressão e a prudência dos reclamos na atuação dos movimentos feministas; A necessidade de ampliação de se ampliar a discussão do uso do Habeas Data como remédio constitucional; O processo de (re) educação do apenado através da formação no ensino superior através de estudo de caso; O processo migratório em perspectivas de alternativas laborais e a atenção para a repercussão social.

O leitor terá a oportunidade de se debruçar sobre temáticas pouco usuais ainda nas discussões acadêmicas, mas, que trazem extraordinários benefícios para quem atua na linha de Direito Constitucional e seus desdobramentos, quer sejam de ordem teórica, formal ou de ordem material.

O melhor conselho que podemos oferecer é convidá-los a leitura!

Prof. Dr. Marcelo Antonio Theodoro - UFMT

Prof. Dr. Antônio Germano Ramalho - UEPB

ATUAÇÃO PREVENTIVA E REPRESSIVA DO CADE PREVENTIVE ACTION AND THE CADE REPRESSIVE

Joedson de Souza Delgado ¹
Thandra Pessoa de Sena

Resumo

O presente artigo tem a pretensão de analisar a questão da regulação econômica e defesa da concorrência por meio do estudo a respeito do CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica, e análise da sua atuação preventiva e repressiva para com as sociedades empresárias. Sendo uma autarquia federal, está dotado de poder de polícia para atuar na prevenção, repressão e julgamento dos casos que lhes são atribuídos por força da lei 12.529 de 2011. Analisa-se os aspectos gerais da concorrência no Brasil e como é feita a fiscalização pelos órgãos legais de proteção da concorrência.

Palavras-chave: Concorrência empresarial, Controle, Cade, Atuação preventiva e repressiva

Abstract/Resumen/Résumé

This article purports to examine the issue of economic regulation and protection of competition by studying about the CADE - Administrative Council for Economic Defense, and analysis of its preventive and repressive actions towards entrepreneurial societies. As a federal agency, it is endowed with police power to act on prevention, enforcement and prosecution of cases assigned to them by law 12.529 2011. It analyzes the general aspects of competition in Brazil and how the monitoring is done by legal protection bodies of the competition.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Business competition, Control, Cade, Preventive and repressive action

¹ Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

1 INTRODUÇÃO

A questão do poder econômico sempre foi motivo de grandes discussões e pretensões pelo homem moderno. Isso porque com o advento do capitalismo quem tem o poder econômico nas mãos, de certa forma, tem o poder sobre o todo, obviamente que medidas as proporções. É certo que o capital domina o mundo atual e com isso, faz sentido a existência de controle por parte do governo de todas as atividades que possam prejudicar de alguma forma o país.

Desde os primórdios da história do Brasil, quando ainda reinava a égide das ordens e leis da Coroa Portuguesa, as empresas ou negócios realizados eram acompanhados por Conselheiros que, ao lado do Rei, promoviam a fiscalização dos negócios para que pudessem angariar recursos para si. Ao passo, que ao longo das décadas e centenas de anos, ainda depara-se com problemas tão antigos quanto modernos sem qualquer solução. Desde a extração de riquezas de forma ilegal do país, ao contrabando relacionado à biopirataria nos dias atuais.

Há ainda que se falar, que desde a saída dos europeus de suas terras natais para descobrimento de outros territórios, já havia a intenção de domínio econômico e do povo onde quer que os encontrassem. Nesse sentido, o pensamento exaurido ao esbarrarem no Brasil, é o de domínio econômico, social, político etc. Decerto que a composição político-administrativa de Portugal, é a mais próxima da do Brasil desde o início, tendo em vista a sua intrínseca ligação de dependência e compartilhamento de pessoas e de poderes políticos governamentais e administrativos.

Há consenso no sentido de que a globalização contribui para a abertura de fronteiras comerciais, e nesse passo, as empresas e grandes organizações transnacionais por vezes juntam-se a outras locais adquirindo-as ou fundindo-se como uma forma de parceria para aumento de atividade e ou de atuação geográfica.

Dessa maneira, as fusões e aquisições vem aumentando ao longo dos anos, e ao passo que aumentam, os processos internos de controle de riscos vão sofrendo alterações e adaptando-se aos existentes nas organizações internacionais ou ainda criando novos procedimentos de controle e governança corporativa e despertando interesse do Estado em controlar o mercado concorrencial por meio de seus órgãos, como é o caso do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o CADE.

Nesse sentido, internamente as companhias tem a área denominada de compliance, que nasce como sendo uma forma de controle dentro da governança corporativa e como um

braço importante da área de controle de riscos e adequação das normas inerentes às operações das organizações. Atendendo desde a legislação existente nos países de atuação, até o próprio corpo normativo da organização como os códigos de ética e conduta de sigilo etc. que existem para promover segurança interna e externa dos clientes e corpo de colaboradores.

Dessa forma, quando há um processo ou início de negociação de fusão e aquisição de empresas, é importante para as partes saberem o quanto há de implicação nos processos de controle de riscos, afinal, muitas estratégias e entrada em novos mercados são feitas com base na credibilidade e na estrutura organizacional existente nas grandes empresas. E o CADE atua justamente com base nessas informações oriundas das próprias empresas e de suas ambições no que diz respeito ao manter a concorrência leal dentro do país. Afinal, a fusão de empresas do mesmo setor poderia dominar o mercado de tal forma que poderia tornar o processo de compra do produto inviável pela população do país.

Com isso, busca-se no presente trabalho analisar de que forma o CADE atua na prevenção e também na repressão do controle das empresas e suas operações que possam ser prejudiciais aos interesses da coletividade do país, analisando não somente o órgão de defesa econômica, mas também, a questão do poder econômico e defesa da concorrência. Para isso a pesquisa é realizada de forma bibliográfica e em fontes legislativas e publicações especializadas da área em estudo.

2. O CADE E SUA ATUAÇÃO PREVENTIVA E REPRESSIVA NA DEFESA DA ECONOMIA E LIVRE CONCORRÊNCIA

2.1. Constituição e funcionamento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE

A primeira legislação brasileira envolvendo aspectos de direito concorrencial foi o Decreto-lei n. 869, de 18 de novembro de 1938, que tipificava como crimes certas práticas empresarias, como os acordos visando o aumento arbitrário dos lucros e competitividade.

Mais tarde foi criado o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), aprovado em 1962, com a promulgação em 10 de setembro da Lei n. 4.147, cuja finalidade é regular a repressão ao abuso do poder econômico, com funcionamento dentro do Ministério da Justiça.

Segundo entendimento da legislação, o CADE, à luz do disposto na lei 12.529/2011, também poderá considerar legítimo o ato previsto no caput do art. 54, quando necessário por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, desde que não implique prejuízo ao consumidor ou usuário final.

O CADE não detém poder normativo, não é uma agência reguladora, mas o controle estrutural exercido pelo CADE significa que órgão desempenha não apenas a função de repressão, também a de prevenção na área concorrencial.

Trata-se de inovação da Lei em relação ao sistema que vigia nas leis anteriores. Exige que quaisquer atos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, devem ser submetidos à apreciação do CADE.

Cabe ao mesmo decidir pela existência ou não de condutas contrárias à legislação concorrencial, realizando, quando necessário, multas e sanções. É o CADE que decide sobre a legitimidade de atos jurídicos: fusões, corporações ou quaisquer tipos de integração horizontal, que restringem ou eliminam a concorrência. (EIZIRIK, 2011.p.88)

O processo administrativo que analisa tais atos jurídicos é chamado de Ato de Concentração, ou simplesmente AC. Os Atos de Concentração podem ser aprovados sem restrições pelo CADE, aprovados com restrições ou não aprovados. O CADE pode celebrar, quando entender que determinado ato jurídico deve ser aprovado com restrições de ordem comportamental, o chamado Termo de Compromisso de Desempenho.

A lei 12.529 de 2011, define o CADE no artigo 4º, e assim diz: “Art. 4º O CADE é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas nesta Lei”. (BRASIL, Lei 12.529/2011).

Dessa maneira o CADE sendo uma autarquia Federal é um órgão judicante e que pode atuar em todo o país. Sendo de bom tom esclarecer que a jurisdição concernente ao CADE é administrativa e não se confunde com a jurisdição judicial de um tribunal por exemplo.

Está ligado ao poder executivo, e não ao poder judiciário, vinculado ao Ministério da Justiça. O órgão tem como missão defender a concorrência de acordo com o modelo de Estado regulador existente no Brasil. (PETTER, 2011.p.98)

2.2. Direito Concorrencial, CADE e disputa de competência

As atividades econômicas são assim entendidas como sendo aquelas realizadas por empresários ou pessoas que desempenham papel destes, com intuito de obter lucros e por assim dizer, perfazer o giro da economia, em que um produz, o outro distribui e outro vende, chegando ao consumidor que o compra.

Essa atividade, nada mais é que um ciclo desde a produção até a venda e compra pelo consumidor. Fazendo com que haja a inserção da atividade econômica também no sentido amplo, como investimentos e bancos, que prestam apenas serviços. (SALOMÃO FILHO, 2008.p.90)

No tocante ao papel do Estado, como um ente público que também demanda a respeito da economia, não sobressai-se a sua essência Administrativa e de zelar pelo bem estar da coletividade, conquanto esteja participando de atividades relacionadas à produção de riquezas e recursos financeiros.

O chamado estado empresário, nesse passo, perfaz o seu papel de forma a situar-se num contexto extraordinário de sua precípua finalidade. Cujas é o bem estar das pessoas de e do país. Mas, contudo, adentra nos caminhos da economia e daí surge as divergências e diferenças em se estabelecer até que ponto o serviço público, pode estar ligado à atividade da economia. (DI PIETRO, 2010.p.320)

O modo de produção capitalista nasceu sob duas contradições: o princípio da livre empresa, delimitando espaços de ação dos agentes econômicos em face da interferência estatal. De outro, o princípio da liberdade de concorrência.

A liberdade de concorrência é um direito do agente econômico em face do Estado, demandar deste, enquanto princípio da livre concorrência.

A legislação do Direito Concorrencial mostra que a preocupação do ponto de vista legislativo no Brasil, a respeito da questão concorrencial se deu com a entrada da Constituição Federal de 1946, onde faz menção de abuso de poder econômico.

Em 1962, por meio da Lei nº 4.137, é criado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Pela primeira vez, com o advento da citada norma, a legislação federal passa a prever a existência de ilícitos concorrenciais do ponto de vista administrativo. A citada, em 1994, foi substituída pela Lei nº 8.884, que consolida a legislação concorrencial e a estrutura do chamado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC,

responsável pela apuração e repressão de infrações concorrenciais, criando a Secretaria de Direito Econômico – SDE (subordinada ao Ministério da Justiça) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE (subordinada ao Ministério da Fazenda) para atuarem em conjunto com o CADE. (PETTER, 2011, p.54).

Para Aguillar (2006) é no contexto de políticas públicas repressivas de abusos é que surge o primeiro texto normativo brasileiro relacionado à preservação da liberdade de concorrência:

No Brasil já há uma experiência legislativa e toda uma estrutura administrativa voltada às questões da concorrência no Direito Econômico, que é definido por Champaud (apud Fonseca, 2002, p. 18): Direito Econômico é uma ordem jurídica decorrente das normas e das necessidades de uma civilização ainda em via de formação.

Se se adotar este ponto de vista, dever-se-á admitir que o Direito Econômico não é um novo ramo do direito, mas um direito novo que coexiste com o corpo das regras jurídicas tradicionais da mesma maneira que a ordem social industrial que se elabora coabita com as instituições da ordem social precedente.

O Direito Concorrencial ganhou força na década de 90, com a mudança do perfil regulatório, que passou a privilegiar a competição como instrumento de controle de preço e qualidade de bens e serviços. Foi estimulado pela Globalização, com esta questão as empresas podem não resistir o mercado e fechar, assim diversas pessoas perderem seus empregos, com essa linha de pensamento que percebemos a importância do direito concorrencial.

Bagnoli (2008) percebe que a concorrência existe para garantir o desenvolvimento dos mercados e, como beneficiados, os consumidores, já que são eles que irão usufruir as melhorias decorrentes da concorrência.

Para Ferreira (apud Bagnoli, 2008, p. 129): “O significado da concorrência, entendimento comum é a disputa ou rivalidade entre produtores, negociantes, industriais, etc., pela oferta de mercadorias ou serviços iguais ou semelhantes”.

O próprio Bagnoli completa que para o Direito, evidentemente para Economia, essa visão de concorrência não se resume apenas a uma disputa ou rivalidade, mas envolve interesses, mercados, países, populações, conquistas e meios para atingir os resultados. (BAGNOLI, 2008.p.90)

O conceito que Bagnoli traz do Direito da Concorrência é: “ramo do Direito Econômico cujo objetivo é o tratamento jurídico da política econômica de defesa da concorrência, como

normas a assegurar a proteção de interesses individuais e coletivos, em sintonia com a ideologia adotada no adorno jurídico”. (BAGNOLI, 2008, p.91).

2.3. A regulação estatal e o direito econômico

O Direito sempre buscou regular a vida em sociedade. E por meio dessa vertente é possível dizer que o regulamento das atividades econômicas, está intrinsecamente ligado à questão do poder, uma vez que, o poder está ligado à economia de alguma forma. (PIKETTY, 2014)

Dessa feita o direito econômico, cujo preceito fundamental é a tentativa de regulação da economia como um todo, tem seu fundamento na política econômica, para que diante dessa, possa desenvolver os mecanismos necessários à consecução dos seus objetivos. (EIZIRIK, 2008, p.35)

Seguindo-se ao contexto do poder econômico, é possível dizer que, quando o ser humano presta-se a observar a troca de produtos como forma de sustento, volta-se ao contexto do mercado comercial. Ou seja, a questão social perde relevância perante o fator econômico. Nesse sentido são as palavras de Max Weber (apud. Bagnoli, 2008), a respeito do tema: “a troca é a forma especificamente pacífica de obter poder econômico”.

Ainda com relação ao poder, e sua força perante às relações comerciais e jurídicas, é possível dizer que o Estado, enquanto mantém-se apático a essa realidade promove o dissabor de ver as regras serem impostas pelas partes. No entanto, a partir do momento em que inicia-se a interferência do Estado perante as relações individuais por meio de leis e regulamentos de setores da economia, mostra-se com força e virtudes para promover o correto e bom andamento das negociações bilaterais. A fiscalização do poder público é inerente aos atos praticados pelos entes comerciais privados e não compreende a negociação em si.

O poder econômico como visto nasce da própria economia e é criado pela própria sociedade ao passo que consomem os produtos fabricados pela indústria e essa por sua vez detém poder de mando em diversas frentes. Como por exemplo o poder de contratação de empregados de certa cidade, ou o poder de precificar um produto exclusivo etc. daí, decorre a necessidade de controle por parte do Estado, que o faz por meio jurídico.

Não obstante o poder econômico emanar da própria sociedade na busca de produzir para ela mesma, esse poder concentra-se nas mãos de pouquíssimas pessoas, e aí mora o problema

central da economia. Dessa feita, o poder central enquanto governo democrático, ou seja, tem o condão de governar para todos. Cria por meio do poder legislativo, as regras inerentes a cada setor econômico.

Exemplo prático desse controle da parte estatal é a concorrência e sua regulamentação jurídica. Certo é que a legislação tem propiciado significativos avanços na busca da manutenção de um ambiente de saudável competição entre empresas.

Não obstante a criação dessa lei como forma de controle econômico, coincide com a mudança que o país passava em meados da década de 90, quando da criação do plano real e da mudança de uma economia de altíssimos índices inflacionários para índices menores praticados até os dias atuais.

Cria-se por meio da legislação o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, visando a manter controle de grandes negociações entre empresas para promover o verdadeiro acompanhamento dos atos jurídicos empresariais resguardando a economia nacional.

Dessa forma, parte-se do princípio de que manter a competição entre empresas integrantes de um mesmo mercado é o principal fator que as levará à inovação e à redução de custos até o consumidor final, pois suas regras induzem a eficiência em agentes econômicos e almejam melhor distribuição de benefícios a todos os cidadãos. Essa é a teleologia das normas de defesa da concorrência, de que são vertentes o controle da concentração econômica e o combate ao abuso de poder econômico, tendo por destinatário final ao consumidor, um dos pilares da moderna economia de mercado.

Há de se entender ainda que a mera detenção de poder de mercado não é fato antijurídico, pois o aumento da participação e da importância de uma empresa são forças propulsoras da sua atuação e consubstanciam-se na própria razão de existir desses agentes. O fato punível por lei, portanto, não é a existência de poder de mercado ou mesmo a existência de um monopólio por si só, mas o abuso do Poder econômico, como ocorre em outras áreas sensíveis a este inexorável fenômeno, é que são o problema punível.

Contudo, o Brasil ao ser instituído como República e criada a Constituição Federal que em termos bem simples, promove e obriga o cumprimento de regras inerentes à pessoa humana e sua proteção e dignidades. Os valores lastreados nessas regras constitucionais devem sobrepor-se ao poder econômico. Seja ele de qual origem for.

2.4. Defesa da Concorrência

Certamente que os contratos administrativos celebrados por entidades governamentais e particulares merecem atenção. Principalmente em tempos de tantas mudanças no mundo jurídico.

Os Contratos administrativos, são geralmente celebrados por meio do amparo legal da legislação, mais especificamente pela Lei 8.666 de 1993. Tendo como exemplos contratos de concessão ou de gestão da administração pública. Enquanto que os contratos da administração se prestam a satisfazer as necessidades do ente público, como exemplo, o aluguel de um imóvel, que faça parte a administração pública, e uma pessoa física, portanto, regido pelo direito privado.

Importante mencionar que os contratos administrativos são sempre regidos por meio da legislação existente. Por força do princípio da legalidade. Todos os atos da administração pública devem ser amparados pela lei. Diante desse entendimento é possível dizer que alguns doutrinadores divergem acerca da existência e separação de contrato administrativo e contrato da administração. Para melhor entendimento, falar-se-á inicialmente dos contratos administrativos.

Pode-se falar em breve síntese, que as opiniões divergem em três correntes de entendimento jurídico. A primeira analisada, ensinada por Maria Sylvia Di Pietro (2010) fala que não existe o contrato administrativo. Defende-se que não há espaço para o princípio da igualdade entre as partes e da autonomia da vontade e da força obrigatória das convenções, sendo que estes seriam essenciais para a consecução do contrato administrativo.

Num segundo momento, há a existência da segunda corrente, cuja defende, em contrário da primeira, a existência de contratos administrativos celebrados pela Administração Pública. Essa corrente defende que não existem contratos de direito privado dentro da administração pública e que todos os atos praticados pelo ente público são e devem ser regidos pelo direito público.

Já a terceira corrente ensinada pela doutrinadora, diz que o contrato administrativo é um gênero do contrato. Ou seja, existe no regimento jurídico do direito público, no entanto, extrapola esse, e invade a seara do direito privado no que lhe é cabível e necessário. Essa é a terceira corrente, cuja é a maioria da doutrina pátria e defendem que os contratos administrativos diferenciam-se dos contratos do direito privado.

Ainda seguindo-se os esclarecimentos da doutrinadora Di Pietro (2010), é possível averiguar que todos os atos da Administração Pública que visem a consecução de seus objetivos públicos, podem ser encaixados por meio do contrato administrativo, regido esse, por meio do direito público.

Os contratos administrativos, referem-se especificamente e estritamente a “ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público”. (Di Pietro, 2010. p. 400)

No mesmo entendimento segue-se a lição de Hely Lopes Meirelles, assim sendo, todas as atividades da administração pública que envolvam fins públicos e não contrariem o interesse e bem estar da coletividade, devem ser tratados pelo direito público.

Ainda segundo o autor, a Administração Pública utiliza-se dos contratos administrativos como uma forma de ajuste aos novos modelos de negócios. Conquanto que os contratos da administração pública são os privados e originários do direito contratual.

Os contratos da Administração Pública são assim conceituados por estarem ligados à Administração Pública, no entanto, não são contratos que determinam os fins precípuos das atividades públicas. Segundo o entendimento de Hely Lopes Meirelles esses contratos, também denominados de semi-públicos, são firmados com um particular. Nesse caso, prevalecendo as normas inerentes ao direito privado e não o público como nos casos de contrato administrativos.

Outrossim, não há que se falar em esquecimento das normas de direito público. Isso porque, as normas inerentes ao direito administrativo também são aplicadas nesses casos. Tendo em vista a supremacia do interesse público sobre o privado.

Ainda segundo a doutrina de Di Pietro (2010), esses contratos da administração pública podem ser conceituados como contratos que andam paralelamente ao regimento do direito público. Assim, a ilustre autora elenca que alguns contratos podem ser classificados nesse diapasão, como os contratos de empréstimo, contratos de locação de imóveis para instalações do poder público, a empreitada de serviços e obras inerentes a atividade da administração entre outros.

Dessa maneira, esses contratos são manufaturados pelo poder público, porém com intrínsecas obediências ao direito privado e suas regras legais e contratuais. Contudo, esses contratos não deixam de ser ligados à supremacia do interesse público em detrimento do privado.

As diversas espécies de contratos existentes no mundo jurídico, fazem com que haja um esforço a mais para que o profissional responsável por estes o esclareça. No tocante ao contrato em apreço, da administração e o administrativo não é diferente.

Muitas são as nuances relacionadas aos contratos da administração pública e os contatos administrativos. Assim como o regime jurídico ao qual se submetem esses contratos, não é tarefa das mais simples. Daí advém a grande diferença de pensamentos e correntes que defendem ser essa ou aquela forma e obrigatoriedade dos contratos.

Surge então, nova problemática. Até que ponto a Administração Pública se equipara ao particular, a ponto de estar submetida aos princípios e regras legais inerentes aos particulares. Sendo que dispõe e sua atividade fim é o bem da coletividade, ou seja, do público. Ao passo que, indagando-se o interesse público, essa mesma Administração Pública poderá sobrepor seus direitos no contrato privado, por imposição e chamamento do princípio do interesse público.

Nesse sentido, a diferença e importância entre os contratos administrativos e os contratos da administração pública, reside no fato do regime jurídico a que está submetido um ou outro tipo de contratos estabelecido.

O regime jurídico dos contratos administrativos obedece senão o regimento administrativo, enquanto que os contratos estabelecidos com os particulares, ou seja, os contratos da esfera privada, entram em regime especial. Empregando nesse diapasão regras próprias e inerentes ao direito privado. Conquanto adentrando também regras do direito público no que couber.

2.5. Atuação preventiva do CADE

O CADE desempenha um importante papel de prevenção em sua missão de zelar pela livre concorrência no país. Dessa maneira, sendo uma autarquia pública atua na análise de atos de concentração de mercado para que empresas não dominem um nicho específico dificultando a vida empresarial de pequenos negócios ou mesmo da população como um todo. (DLODI, 2012)

Diante disso, a autarquia analisa as solicitações de fusões e incorporações de empresas ou mesmo associação entre elas. No importando a espécie da junção das empresas e agentes econômicos.

A lei 8.884 de 1994, já ultrapassada pela lei 12.529 de 2011, ainda serve de amparo ao estudo proposto, previa em seu artigo 54 que os atos de concentração das empresas não são considerados atos ilícitos, mas simplesmente negócios jurídicos de cunho privados, que por sua importância e atuação dentro do mercado nacional carecem de atuação do CADE no sentido de acompanhar e autorizar a concentração do mercado por essa nova empresa que se formaria. (PETTER, 2011.p.227)

De acordo com o que estabelece a legislação, Lei 11.529/2011, nem todos os atos entre empresas que digam respeito à concorrência estão sujeitos ao controle preventivo do CADE.

De acordo com a norma jurídica, as empresas que tenham faturamento anual acima de 400 milhões reais, e a outra com faturamento anual de mais de 30 milhões, terão que se submeter ao crivo do órgão antes mesmo do fechamento do negócio jurídico privado. Outra possibilidade de atuação é se empresa atinge um total de 20% do mercado de atuação. Outrora, durante a vigência da lei anterior, a regra era que a empresa apresentasse o ato de concentração depois do negócio estar fechado.

Com a chegada da nova lei, 11.529/2011, a regra é a antecipação da apresentação dos atos de concentração ao CADE para que esse analise o negócio antes mesmo de ser fechado e autorize após a verificação de que não terá ferido direito alheio e nem o direito concorrencial.

É importante dizer que não cabe ao CADE analisar todos os negócios jurídicos fechados entre empresas de qualquer tamanho ou faturamento. Isso porque os atos que merecem atenção do órgão são aqueles que possam causar prejuízo ao mercado, controlando uma fatia de mercado ou produto.

2.6. Atuação repressiva do CADE

Enquanto que a atividade preventiva do CADE cabe antes do fechamento do negócio jurídico, obviamente que a atuação repressiva caberá após a concretização de um negócio que mereça a atenção e atuação do órgão no sentido de impedir o prosseguimento do negócio prejudicial.

As análises desenvolvidas pelo CADE no sentido repressivo, diz respeito a verificação de condutas infrativas, ou seja, que infringem a norma referente à ordem econômica e concorrencial.

Na lei 11.529 de 2011, as infrações à ordem econômica estão previstas no artigo 31 e seguintes. No artigo 34 por exemplo, consta um rol de infrações como prejudicar de qualquer forma a livre concorrência ou iniciativa, dominar o mercado relevante de bens ou serviços, ou ainda, aumentar de forma arbitrária os lucros por meio de expedientes de contabilidade fraudulentos.

Dessa forma, a lei considera graves essas infrações e com isso as penas aplicadas aos agentes responsáveis. É possível verificar no artigo 37 da lei 11.529 o elenco de penalidades aplicadas tanto à empresa enquanto pessoa jurídica quanto à pessoa física responsável.

Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação.)

II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais);

III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo. § 1º Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro. (BRASIL, 2011).

Em relação aos valores apontados pela lei, é interessante notar que, conforme preceitua a lei, o Tribunal poderá atualizar tais valores seguindo a indicação do Ministério da Fazenda e Justiça.

CONCLUSÃO

Diante do que foi estudado e analisado neste trabalho é possível concluir que o CADE, ao atuar de forma preventiva o faz com vistas a prevenir futuros problemas envolvendo a economia nacional. É possível ainda, compreender de uma forma mais ampla a respeito da

regulação econômica e como essa se manifesta no sentido de contribuir para a criação de uma sociedade mais justa.

Não somente a regulação do mercado e do poder econômico, mas, modernamente tem-se a questão do mercado financeiro, este ligado intrinsecamente à economia como um todo. Tendo como papel crucial a busca pelo pleno funcionamento da sociedade, e mais que isso, que essa seja dotada de valores e princípios humanos e civis. Ou seja, mãos sociais e justos do que atualmente se aplica em defesa dos direitos econômicos e sociais da população.

As atividades econômicas, predominantemente de cunho capitalistas, têm como ponto fulcral o mercado financeiro, e esse por sua vez volta-se à operação por meio do poderio econômico de empresas e particulares e governo. Que atualmente, desponta como poder público estatal e também agente econômico quando atua por meio de suas empresas públicas, seja estatal ou autarquias etc.

A busca pela construção ou transformação da sociedade de forma a aplicar-se a justiça social e solidez econômica, é uma constante e assim o deveria ser. Isso porque, a exemplo do que aconteceu em 2008 quando por conta de problemas oriundos do mercado financeiro estourou a bolha nos Estados Unidos da América, o país inteiro e quiçá o mundo, sofreram ou sofrem ainda hoje em decorrência dessa problemática. Sinal de que, tanto o crescimento da economia quanto sua estagnação estão ligados com o mercado econômico-financeiro e o estado. A apatia do Estado nas ações de grande vulto do mercado econômico, pode transformar o país enquanto Estado poderoso, num Estado falido.

Percebe-se pela pesquisa realizada que o controle econômico das atividades comerciais e financeiras por parte do Estado, assim como das grandes negociações e do mercado internacional é uma necessidade latente e mais ainda nos dias atuais, tendo em vista as facilidades promovidas pelo desenvolvimento de novas tecnologias que permitem o investimento financeiro por meio de computadores.

Tem-se ainda que os limites de atuação do poder público, em detrimento do ente privado, em defesa da livre concorrência e da proteção do mercado como um todo, vão continuar crescendo e assim o devem ser. Tendo em vista que sem a regulamentação o Estado permite a ocorrência de certos atos como a concorrência desleal ou formação de cartéis que podem levar o país como um todo a um abismo sem fim.

Os controles sobre a economia, vão desde os Bancos centrais atuando nas intermediações financeiras, até as transações empresariais de compra e venda de empresas, em que há a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. São Paulo: Atlas, 2006.

BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico**. São Paulo: Atlas, 2008.

BAGNOLI, V. **Direito e poder econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BRASIL. **Lei no 12.529, de 30 de novembro de 2011. Diário Oficial da União**, Brasília, 02 de dez. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20112014/2011/Lei/L12529.htm> Acesso em 18 de Agosto de 2016.

BAGNOLI, Vicente. **Direito e Poder Econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

EIZIRIK, Nelson; GAAL, Adriana B. Gaal; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas: **Mercado de Capitais Regime Jurídico**. Ed. Renovar, São Paulo, 2008.

FARIA, Werter R. **Constituição Econômica: Liberdade de iniciativa e de concorrência**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1990.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da Fonseca. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LODI, J. B. **Fusões e aquisições: cenários no Brasil**. Saraiva. 2012.

LOPES, João. ROSSETTI, José: **Economia Monetária**. Ed. Atlas, São Paulo, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

PETTER, Lafayette Josué. **Direito econômico**. 5ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. 461 p.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

SALOMÃO FILHO, C. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2008.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do estado no domínio econômico**: o direito público econômico no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 5.

YASBEK, Otávio: **Regulação do Mercado Financeiro e de Capitais**, Ed. Campus, São Paulo, 2007.