



Advogado analisa métodos de funcionamento do Cade

Críticas várias têm sido lançadas contra os órgãos de defesa da concorrência por não ter o mesmo, tendo à frente o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), assumido o seu posto na luta contra os cartéis. Todavia, na sessão do dia 27 de junho deste ano, o CADE proferiu uma decisão que, à parte os comentários que possam ser feitos a respeito do seu mérito, constitui verdadeiro paradigma e não deveria ter passado quase despercebida pela comunidade empresarial.

Os comentários que faço aqui não devem ser confundidos com qualquer forma de apreciação de mérito, de resto descabida neste momento, mas sim como constatação da posição tomada pelo CADE em matéria tão polêmica. Ressalto que se trata de temas tratados exclusivamente em sessões públicas.

Para resumir os fatos, onze empresas adquiriram os editais de uma determinada licitação, sendo que duas delas, que passo a denominar Representadas, trocaram informações previamente à licitação, fazendo um acordo para mutuamente eliminar prejuízos no caso de vitória de uma ou outra. Era uma forma de, caso uma delas fosse declarada vitoriosa, compensar o investimento compartilhado feito pela outra.

Ocorre que as outras nove empresas, entre elas algumas bem maiores do que as Representadas, desistiram de participar da licitação, na qual permaneceram apenas as duas Representadas, inexistindo qualquer prova de que as Representadas tivessem ciência de que as demais nove empresas iriam desistir da licitação.

Dados os fatos, passemos à análise do direito e da decisão. As Representadas puseram ênfase no argumento segundo o qual, para cometer infração contra a ordem econômica, é preciso que se tenha poder de mercado, o que não era o caso das Representadas, empresas de porte menor face às demais competidoras. Assim, dentro da mesma argumentação, as Representadas não tinham capacidade de eliminar a concorrência, ainda que efetivamente trocassem as informações e levassem a efeito o acordo de ressarcimento mútuo acima referido.

O argumento prosseguiu para mostrar que no Brasil não existe o que se denomina, em direito da concorrência, infração *per se*, em que, bastando o contato entre concorrentes, fica caracterizada a existência de infração contra a ordem econômica. No Brasil, segundo o argumento, é necessário que seja caracterizada a capacidade de eliminação da concorrência em decorrência de tal contato entre concorrentes.

O CADE, todavia, não acolheu tal argumento. Ao contrário, entendeu que o mero contato entre os concorrentes já foi capaz de eliminar a concorrência. Não foi acolhido o argumento segundo o qual as Representadas ignoravam que as demais nove empresas não participariam da licitação. De fato, o que ficou patente foi a consideração do fato em si de que as duas Representadas foram as únicas a participar da licitação.

Para o CADE bastou essa consideração – de que as duas Representadas foram as únicas a participar da licitação, independentemente de saber se as demais onze apresentariam propostas ou não – para concluir que o contato entre as concorrentes eliminou a concorrência, já que foram as duas únicas a apresentar



propostas.

O presente comentário não tem a intenção de analisar o mérito da decisão ou de descrevê-la na sua íntegra, até porque resulta de conhecimento adquirido apenas nas sessões públicas. Visa apenas alertar para o caminho adotado pelo CADE.