

Revista Científica Direitos Culturais – RDC

v. 9 – n. 18 – Maio/Agosto/2014 – pp. 81-96

O CASO BRASKEN, ULTRA E PETROBRÁS: ANÁLISE DE CASO DOS IMPACTOS DA DECISÃO DO CADE PARA O CONSUMIDOR¹

*CASE BRASKEN, ULTRA AND PETROBRAS: CASE STUDY OF IMPACTS OF THE
DECISION OF CONSUMER CADE*

*Felipe Chiarello de Souza Pinto²
Daniel Francisco Nagao Menezes³*

Resumo: A proposta do presente artigo é discutir a atuação do CADE (Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência) no controle dos preços dos produtos e serviços e eventuais consequências sobre o controle da inflação. O estudo proposto tem por base os Processos Administrativos 0812.002813/2007-91; 0812.002816/2007-25; 0812.00218/2007-14; e 0812.0014599/2007-16, que julgaram o caso Braskem, Ultra e Petrobrás. A intenção do artigo é demonstrar, com fundamento no Direito Constitucional, a possibilidade que as decisões do SBDC venham a interferir nas políticas governamentais de controle de preços aos consumidores finais, em contrariedade à Decisão do SDE no citado Processo Administrativo, evitando-se a lesão sofrida pelos consumidores no caso citado.

Palavras-chave: CADE. Controle de Preços. Defesa da Concorrência.

Abstract: The purpose of this article is to discuss the role of CADE (Administrative Council for Protection of Competition) to control the prices of goods and services, and possible consequences on the control of inflation. The proposed study is based on the Administrative Proceedings 0812.002813/2007-91; 0812.002816/2007-25; 0812.00218/2007-14 and; 0812.0014599/2007-16 who judged the Braskem, Petrobras and Ultra case. The intention of the article is to demonstrate, on the basis of constitutional law, the possibility that the decisions of the SBDC will interfere with governmental control of prices to final consumers, in contradiction to the decision of SDE in the said Administrative Procedures, avoid injury suffered by consumers in our case.

¹ Artigo decorrente do projeto A Faceta Anti-inflacionária do CADE, financiado pelo CNPQ.

² Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006) e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000). Foi membro do Conselho Técnico Científico, do Conselho Superior e do Comitê da Área do Direito da CAPES-MEC. Atualmente é Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro do Comitê Científico da Revista da ANPG; Ciência, Tecnologia e Políticas Educacionais, periódico científico institucional editado pela Associação Nacional de Pós-Graduandos e Membro do Conselho Editorial da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central. Parecerista na Área do Direito da CAPES-MEC.

³ Doutor e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2002), especializações em Direito Constitucional e Direito Processual Civil, ambos pela PUC-Campinas, Especialização em Didática e Prática Pedagógica no Ensino Superior pelo Centro Universitário Padre Anchieta. Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie, *campus* Campinas, onde é Coordenador de Atividades Complementares e Estágio e professor na FACAMP.

Keywords: Price Controls. CADE. Antitrust.

Considerações iniciais

O Brasil efetiva com a Constituição Federal de 1988 um modelo de intervenção do Estado no Domínio Econômico que permite uma gama de ações estatais para controle de uma série de questões econômicas. Dentre essas várias possibilidades, que vão desde o monopólio estatal até o simples monitoramento de índices econômicos, encontramos a Defesa da Concorrência, que a partir de 1988 é tratada como Princípio da Ordem Econômica pelo art. 170, V, da Constituição Federal.

No âmbito infraconstitucional é criado o SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, cuja missão fundamental é a manutenção da competição entre os agentes econômicos no modelo econômico brasileiro. O SBDC, por sua vez, é formado pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), vinculado ao Ministério da Justiça; pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), vinculada ao Ministério da Fazenda; e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça.

O problema a ser debatido no presente texto é se o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência deve se limitar a atuar somente na sua atividade fim (Defesa da Concorrência) ou se suas decisões podem refletir em outras searas da Ordem Econômica, como o controle da inflação. A análise do problema implicará necessariamente no estudo da existência ou não de uma ordem econômica sistematizada na Constituição Federal e a aplicação prática desta conclusão nas decisões do CADE.

1 O Modelo Sistemático da Constituição Federal

O sistema econômico capitalista, que sempre vigorou no Brasil, possui alguns elementos gerais com a existência de propriedade privada e livre iniciativa, questões estas que passaram a ser tratadas a partir do século XVIII como direitos fundamentais individuais, bastando para tal comprovação uma leitura simples dos documentos no período constituinte norte-americano ou das Declarações Universais pós-Revolução Francesa.

Esse modelo, que inculca os elementos básicos do sistema econômico capitalista nos direitos fundamentais individuais, por sua vez, jamais pode prescindir da presença do Estado para proteger o livre desenvolvimento dos princípios econômicos com a proteção da propriedade privada e garantia da execução forçada dos contratos – tratava-se do Estado Liberal. A única função do Estado Liberal, no século XVIII, era garantir que nenhum dos direitos individuais, que na verdade são os princípios econômicos capitalistas, seria ameaçada.

Tal modelo de Estado Liberal não é imune a críticas, principalmente ocorridas no século XIX, dentre elas a de John Stuart Mill,⁴ que já em 1848 defendia o protecionismo estatal no âmbito do comércio internacional para fins de desenvolvimento econômico. A Revolução Industrial, por sua vez, é o episódio histórico que vem demonstrar as contradições e falhas do Estado Liberal. Com a Revolução Industrial há a organização das massas trabalhadoras, que passam a reivindicar a atuação do Estado no sentido de fornecer o que hoje denominamos de direitos sociais.

Num primeiro momento há a negação da prestação dos direitos sociais reivindicados com a proibição e criminalização dos movimentos operários, numa contradição com as liberdades (de reunião, associação e expressão) previstas nas Declarações liberais. Já num segundo momento, diante de tais reivindicações e diante do poder dos trabalhadores demonstrado durante a Comuna de Paris⁵ (1871), o Estado

⁴ MILL, John Stuart. **Princípios de economia política: com algumas de suas aplicações à filosofia social** (2 volumes). Introdução de W. J. Ashley; apresentação de Raul Ekerman; trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1983 (Os Economistas).

⁵ “Comuna de Paris é o nome dado à primeira experiência histórica de um governo proletário, ocorrida entre março e maio de 1871, na França. O movimento que levou à formação da comuna, entretanto,

Liberal se reformula passando a não mais a liberalidade econômica, intervindo na economia através da regulação e no âmbito social através da prestação de serviços públicos, criando um protótipo do modelo de Estado Intervencionista.

A partir de então, o Estado evolui acompanhando as mudanças sociais, tendo na I Guerra Mundial uma nova alteração substancial. Tal mudança ocorre principalmente devido ao fato de a I Guerra Mundial ser a primeira guerra total da história, na qual todas as atividades econômicas e sociais são voltadas para a guerra. Toda a atividade econômica e social deve ser centralizada e controlada pelo Estado com um objetivo único de vencer a guerra, estendendo assim o Estado sua atuação sobre todos os setores sociais.

Já a II Guerra Mundial amplia e aperfeiçoa o modelo de intervenção voltado para os esforços de guerra, principalmente criando ações estatais direcionais aos ex-combatentes, permitindo assim a criação do Welfare State após o término do conflito. Com isso, as legislações pós-segunda guerra tentam humanizar as relações econômicas e sociais, vinculando na seara econômica a valorização do trabalho humano – e dignidade humana também, aos pilares do sistema econômico.

A Constituição brasileira de 1988 segue esse caminho, criando todo um sistema econômico capitalista que tem os velhos pilares do liberalismo econômico do século XVIII, porém, mitigados pela possibilidade de intervenção do Estado seja para garantir a sobrevivência do próprio sistema como para respeitar os direitos fundamentais. Assim leciona Tércio Sampaio Ferraz⁶ sobre a livre iniciativa no contexto atual:

Nestes termos, o art. 170, ao proclamar a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano como fundamentos da ordem econômica está nelas reconhecendo a sua base, aquilo sobre o que ela constrói, ao mesmo tempo sua *conditio per quam* e *conditio sine qua non*, os fatores sem os quais a ordem reconhecida deixa de sê-lo, passa a ser outra, diferente,

contou com a participação de outros extratos e segmentos político-sociais, como a pequena burguesia francesa, membros da Guarda Nacional e partidários do regime republicano, proclamado em setembro de 1870.” in ANGELO, Vitor Amorim de. Comuna de Paris – Conheça a Primeira Experiência de Governo Proletário. <http://educacao.uol.com.br/historia/comuna-de-paris.jhtm>. Acessado em 31/03/2013.

⁶ FERRAZ, Tércio Sampaio Jr. **A economia e o controle do Estado**, parecer publicado no jornal “*O Estado de S. Paulo*”, p. 50, em 04.06.1989, *apud* GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 232.

constitucionalmente inaceitável. Particularmente a afirmação da livre iniciativa, que mais de perto nos interessa neste passo, ao ser estabelecida como fundamento, aponta para uma ordem econômica reconhecida então como contingente. Afirmar a livre iniciativa como base é reconhecer na liberdade um dos fatores estruturais da ordem, é afirmar a autonomia empreendedora do homem na conformação da atividade econômica, aceitando a sua intrínseca contingência e fragilidade; é preferir, assim, uma ordem aberta ao fracasso a uma ‘estabilidade’ supostamente certa e eficiente. Afirma-se, pois, que a estrutura da ordem está centrada na atividade das pessoas e dos grupos e não na atividade do Estado. Isto não significa, porém, uma ordem do ‘laissez faire’, posto que a livre iniciativa se conjuga com a valorização do trabalho humano, mas a liberdade, como fundamento, pertence a ambos. Na iniciativa, em termos de liberdade negativa, da ausência de impedimentos e da expansão da própria criatividade. Na valorização do trabalho humano, em termos de liberdade positiva, de participação sem alienações na construção da riqueza econômica. Não há, pois, propriamente, um sentido absoluto e ilimitado na livre iniciativa, que por isso não exclui a atividade normativa e reguladora do Estado. Mas há ilimitação no sentido de principiar a atividade econômica, de espontaneidade humana na produção de algo novo, de começar algo que não estava antes. Esta espontaneidade, base da produção da riqueza, é o fator estrutural que não pode ser negado pelo Estado. Se, ao fazê-lo, o Estado a bloqueia e impede, não está intervindo, no sentido de normar e regular, mas está dirigindo e, com isso, substituindo-se a ela na estrutura fundamental do mercado.

A simples reunião de livre iniciativa e dignidade do trabalho humano realizada no *caput* do art. 170 da Constituição Federal, por si só, já possui força suficiente para lastrear a afirmação que toda a ordem econômica brasileira funciona como um organismo integrado e seus vários elementos somente têm sentido se pensados dentro deste todo.

Os princípios da ordem econômica previstos nos nove incisos do art. 170 da Constituição somente possuem sentido lógico se pensados conjuntamente. Assim, o conceito de soberania nacional, de início já demonstra o controle do Poder Econômico pelo Poder Político (único efetivamente soberano) e a plena capacidade de intervenção do Estado na esfera da economia. A colocação concomitante de propriedade privada e função social da propriedade representa que a propriedade dos meios de produção permanece com o particulares, porém, esta propriedade somente se justifica se inserida num contexto social que a justifique.

A livre concorrência prevista no inciso V do art. 170 da CF praticamente é uma derivação da livre iniciativa, como já falou Eros Roberto Grau:⁷

A afirmação, principiológica, da livre concorrência no texto constitucional é instigante. De uma banda porque a concorrência livre – não liberdade de concorrência, note-se – somente poderia ter lugar em condições de mercado nas quais não se manifestasse o fenômeno do poder econômico. Este, no entanto – o poder econômico – é não apenas um elemento da realidade, porém um dado constitucionalmente institucionalizado, no mesmo texto que consagra o princípio. (...) De outra banda, é ainda instigante a afirmação do princípio porque o próprio texto constitucional fartamente o confronta. A livre concorrência, no sentido que lhe é atribuído – ‘livre jogo das forças de mercado, na disputa de clientela’ –, supõe desigualdade ao final da competição, a partir, porém, de um quadro de igualdade jurídico-formal. Essa igualdade, contudo, é reiteradamente recusada (...). O que se passa, em verdade, é que é outro, que não aquele lido no preceito por quantos se dispõem a fazer praça do liberalismo econômico, o sentido do princípio da livre concorrência. Deveras, não há oposição entre o princípio da livre concorrência e aquele que se oculta sob a norma do § 4º do art. 173 do texto constitucional, princípio latente, que se expressa como princípio da repressão aos abusos do poder econômico e, em verdade – porque dele é fragmento – compõe-se no primeiro. É que o poder econômico é a regra e não a exceção. Frustra-se, assim, a suposição de que o mercado esteja organizado, naturalmente, em função do consumidor. A ordem privada, que o conforma, é determinada por manifestações que se imaginava fossem patológicas, convertidas, porém, na dinâmica de sua realidade, em um elemento próprio a sua constituição natural. (...) Livre concorrência, então – e daí porque não soa estranho nem é instigante a sua consagração como princípio constitucional, embora desnecessária (bastava, nesse sentido, o princípio da livre iniciativa) –, significa liberdade de concorrência, desdobrada em liberdades privadas e liberdade pública.

Os princípios da defesa do consumidor e do meio ambiente trazem a proteção às pontas do ciclo econômico, ou seja, a proteção do destinatário do ciclo produtivo, isto é, o consumidor, evitando a sua superexploração pelo sistema econômico e, de outro lado, a manutenção dos insumos produtivos evitando que os mesmos se esgotem (proteção ao meio ambiente), trazendo ainda a ideia de desenvolvimento sustentável, isto é, a possibilidade de degradação do meio ambiente desde que reparado o dano ambiental.

A diminuição das desigualdades sociais, muito mais que uma norma diretiva de cunho social, possui por fundo a intenção de homogeneização dos mercados de consumo e produção, estando este artigo aguardando aplicação prática até a presente

⁷ GRAU. *Op. Cit.*, p. 234.

data. A busca do pleno emprego e do tratamento privilegiado à pequena empresa são temas correlatos à questão do trabalho. Indubitavelmente, o trabalho é questão crucial, possuindo tratamento privilegiado em todas as concepções ideológicas de Davi Ricardo a Karl Marx. Embora pleno emprego seja algo impossível num sistema capitalista, vide a Lei de Ferro dos Salários de Davi Ricardo, a diminuição de seus efeitos deletérios são buscados pelo Estado embora quase impossíveis de se concretizar. O apoio e incentivo à micro e pequena empresa é no contexto trabalhista, pois, são nas pequenas empresas que se concentram os maiores índices de emprego.

Ora, um sistema econômico que não tenha ao mesmo tempo regulação do trabalho, regras de uso da propriedade e regulação da produção (proteção ao consumidor) não pode ser considerado um sistema econômico.

3 Dos Instrumentos de Defesa da Concorrência

Um dos princípios da ordem econômica é a Defesa da Concorrência, o qual, reitere-se, somente possui sentido lógico e teleológico se considerado dentro da ordem econômica como um todo.

A política de defesa da concorrência⁸ no Brasil, criada em 1988 com a Constituição Federal e regulamentada com maior ênfase a partir de 1994, insere-se no contexto do Estado regulador,⁹ pois, com a privatização/concessão dos monopólios (empresas) estatais, fez-se necessário que os novos agentes econômicos responsáveis

⁸ Carl Kaysen e Donald Turner afirmam que os objetivos gerais desta política devem ser: i) limitação do poder de mercado das grandes firmas em indústrias não competitivas; ii) preocupação com a “performance”, ou seja, a eficiência técnica (utilização de métodos produtivos eficientes, planta com escala eficiente e eficiente localização) e o progresso tecnológico; iii) proteção do processo competitivo através da limitação do poder de mercado; iv) negociação justa ou incentivos às boas práticas de negócios. Os dois últimos itens poderiam ser satisfeitos através da regulação de condutas das firmas que visem criar ou manter poder de mercado “indesejável”. In KAYSEN, Carl, TURNER, Donald F. **Antitrust Policy: an economic and legal analysis**. Cambridge: Harvard University Press, 1959, p. 44.

⁹ O conceito de Estado Regulador, trabalhado pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, é muito próximo do utilizado pela Escola de Chicago. Esta escola, por sua vez, defende ser a correção das falhas do mercado o objetivo da regulação. A escola de Chicago alega ainda que a intervenção estatal deve ser limitada, bem como devem ser estimuladas a liberdade individual e a regulação espontânea da sociedade. Aqui o papel do Estado é subsidiário à economia de mercado.

por explorar estas atividades econômicas privatizadas, especialmente no que concerne a condutas e tarifas, fossem fiscalizados por órgãos independentes do Poder Executivo, de maneira a se evitar que o Poder Executivo voltasse a usar suas tarifas para controlar a inflação, como no passado.

Esse modelo de defesa econômica da concorrência é o que permeou o modelo brasileiro desde a criação do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, no ano de 1962 (Lei 4.137/62), sua reforma em 1994 com as Leis 8.884/94 e 9.021/95 com as alterações da Lei 12.529/11, que remodela todo o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência transformando o CADE em Tribunal Administrativo com função julgante.

Observa-se neste modelo, um afastamento do SBDC, em especial do CADE – que é um membro do sistema de defesa da concorrência – da ordem econômica geral, prevista no art. 170 da Constituição Federal.

A leitura tanto da Lei 8.884/94 e da nova Lei 12.529/11 formam um sistema autopoiético de defesa da concorrência, pouco ou nada interagindo com a Ordem Econômica prevista da Constituição Federal. A estruturação do CADE é voltada para a punição de atos previstos em lei como violares da livre concorrência, nada mais. Não há uma previsão legal de atuação do CADE para atuação regulamentar para evitar as práticas de ofensa à livre concorrência nem uma interação com o mercado para a efetivação dos demais princípios da ordem econômica, que podem ser tratados e desenvolvidos pelo CADE.

Chega-se aqui ao problema principal do texto: A atuação do CADE dentro de um sistema legal autopoiético, que trata somente da defesa da concorrência, está correta ou atua contrariamente à lógica sistemática que a Constituição Federal adotou para o sistema econômico?

A resposta, adiantando-se a conclusão do artigo, é que a postura do CADE está desconexa com o sistema (ordem) econômico previsto na Constituição Federal, agindo o sistema de defesa da concorrência de forma isolada em relação aos demais meios de intervenção do Estado no Domínio Econômico.

O CADE não pode e não deve atuar de forma exclusiva na defesa da concorrência, vez que sua natureza estrutural é instrumental, ou seja, o CADE é um meio de exercício da política (ordem) econômica prevista no art. 170 da Constituição Federal. Como já demonstrado acima, todos os princípios da ordem econômica compõem um todo, sendo impossível a atuação isolada de um deles.

Logo, o CADE, na sua atuação como instrumento de política econômica de Estado, deve atuar pensando em todos os princípios da ordem econômica e não única e exclusivamente na defesa da concorrência, como molda a Lei 12.529/11 e suas antecessoras.

Todos os instrumentos colocados pelo Estado para a efetivação dos princípios da ordem econômica somente atingem seus fins se atuarem visando à efetivação de todos os princípios da ordem econômica constitucional, como bem notou a professora Paula Andréa Forgioni:¹⁰

(...) em um contexto de proteção da economia popular (cf. Decreto-lei 869, de 1938, e Decreto-lei 7.666, de 1945), o que, sem sombra de dúvidas, já lhe atribui um caráter instrumental ainda que vinculado à economia popular e ao consumidor. O caráter instrumental da proteção da concorrência permanece na atual Constituição, que manda reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência (art. 173, §4º), em atenção ao princípio da livre concorrência (art. 170, IV). Manda, também, reprimir o aumento arbitrário de lucros (art. 173, §4º), conforme o princípio da defesa do consumidor (art. 170, inc. V). Essa proteção, entretanto, vai inserta no fim geral e maior, qual seja, "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social".

No mesmo sentido, temos o voto do então Ministro Eros Grau no V. Acórdão de sua relatoria na ADI 1.950/SP:

É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema, o sistema capitalista, no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Muito ao contrário. A ordem econômica ou Constituição econômica pode ser definida,

¹⁰ FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 170.

enquanto parcela da ordem jurídica, mundo do dever ser, como o sistema de normas que define, institucionalmente, determinado modo de produção econômica. A ordem econômica diretiva contemplada na Constituição de 1.988 propõe a transformação do mundo do ser. Diz o seu art. 170 que a ordem econômica [mundo do ser] deverá estar fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa e deverá ter por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados determinados princípios. É a Constituição diretiva. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170. Os fundamentos e os fins definidos em seus artigos 1º e 3º são os fundamentos e os fins da sociedade brasileira.

Como bem ponderou Eros Grau em seu voto, a atuação do Estado na economia se dá por uma ação global, isto é, em todas as frentes, motivo pelo qual, não pode o CADE, limitar-se a atuar somente no controle da concorrência, como prevê a Lei 12.529/11. O CADE, ao analisar uma conduta prevista na Lei 12.529/11, deveria não somente se ater à defesa da concorrência, mas a todos os efeitos da ação analisada na ordem econômica.

3 O Caso *Braskem, Ultra e Petrobras*

O caso aqui estudado versa sobre a aquisição da Rede Ipiranga pelas empresas Braskem, Ultra e Petrobrás, no valor de US\$ 4 bilhões. O intuito do negócio pretendia dividir os ativos financeiros e o patrimônio da Rede Ipiranga, por meio de atos de concentração horizontais e verticais e, assim, explorar a distribuição de combustíveis e o setor petroquímico em geral, visto que as empresas adquirentes atuam nesses setores. Quanto ao setor de combustíveis, as empresas pretendiam dividir o controle dos postos Ipiranga por região, onde cada uma controlaria certa região.

O Governo Federal, por meio da Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, e da Secretaria de Acompanhamento Econômico, do Ministério da Fazenda, propôs medida cautelar em face da aquisição pretendida pelas empresas Braskem, Ultra e Petrobrás, com o fundamento de que tal negócio teria potencial de causar danos à concorrência nos mercados de distribuição de combustíveis e petroquímica.

Isso se deu com a aquisição da Rede Ipiranga, a Petrobras passaria a ter 50% do mercado de várias cidades das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, o que caracterizaria domínio pleno do mercado, visto que o principal concorrente teria apenas 10% a seu favor. Além disso, nas regiões Sul e Sudeste, onde a Ultra controlaria a rede Ipiranga, haveria prejuízo à concorrência, visto que ela é a principal concorrente da Petrobrás, e ambas teriam interesses conexos, o que seria prejudicial para o consumidor.

A medida cautelar foi acolhida de forma a determinar que as empresas não poderiam tomar decisões estratégicas ou comerciais no setor petroquímico e de distribuição de combustíveis que não pudessem ser desfeitas após o julgamento da operação pelo CADE, caso o conselho rejeitasse ou determinasse restrições à aquisição da Rede Ipiranga.¹¹

Porém a medida foi rejeitada uma semana depois, de forma a flexibilizar os termos antes decididos. Apesar disso, continuaram as restrições quanto à reversibilidade das operações ocorridas antes da decisão final do CADE. Após esse momento, o Acórdão do CADE sobre o caso foi proferido em julho de 2008 e decidiu, por unanimidade, aprovar a aquisição da Rede Ipiranga pelas empresas Braskem, Ultra e Petrobrás, com a restrição de delimitação geográfica da cláusula de não concorrência às áreas em que o Grupo Ipiranga atuava anteriormente ao negócio.

Em relação aos atos de concentração horizontal no setor petroquímico, o CADE considerou que não haveria prejuízo quanto à concorrência, já que a maioria dos produtos produzidos pelas empresas é de mercado regional e elas se localizavam em

¹¹ No setor de distribuição de combustíveis, as empresas compradoras repartiram os postos da Ipiranga nas regiões brasileiras. Petrobras ficou com as regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste. A Ultra ficou com a rede de distribuição de combustíveis nas regiões Sul e Sudeste. Contudo, a decisão do conselheiro proíbe, por exemplo, que a Petrobras, ou suas subsidiárias, participem de "deliberação, negociação, discussão e reunião, a qualquer pretexto, que tratem de aspectos comerciais e estratégicos relacionados ao negócio de distribuição de combustíveis adquirido". Isso porque, segundo a medida proposta pelo Ministério da Justiça e Ministério da Fazenda, nas regiões Sul e Sudeste, as empresas Ultra e Petrobras dividiriam interesses no setor de distribuição, mesmo sendo concorrentes. O que poderia prejudicar o consumidor. Já no caso do setor petroquímico, a medida cautelar veda que a Petrobras, ou qualquer uma de suas controladas, possam participar de "deliberação, negociação ou reunião que tratem de aspectos comerciais" e estratégicos da Companhia Petroquímica do Sul (Copesul), nem requerer qualquer documento ou informação sobre o assunto. A Copesul tinha entre seus maiores acionistas o grupo Ipiranga e a Braskem, além de participação da Petrobras. Por isso, a operação pode prejudicar a concorrência. A proibição no setor petroquímico vale também para Braskem, que não poderá participar de reunião que trate de aspectos comerciais da Ipiranga. Os ativos petroquímicos da Ipiranga e da Petrobras devem permanecer em unidade juridicamente independente, incluindo a manutenção da linha de produtos, marca e de rede de distribuição.

polos distintos. Quanto aos outros produtos envolvidos na concentração horizontal, apenas haveria problema quanto ao benzeno, que realmente caracterizaria domínio do mercado relevante, enquanto os outros eram apenas concorrentes em mercados considerados nacional ou internacional.

Quanto às concentrações verticais envolvidas na operação, foi considerado pelo CADE que não haveria prejuízo a nenhum concorrente. No que tange ao setor de combustíveis, o CADE decidiu que as concentrações realizadas não afetariam a concorrência do ponto em que a Petrobras, antes mesmo da aquisição, já era vastamente superior aos seus concorrentes, sendo inclusive distribuidora de outras redes de combustível, além dos seus próprios postos “BR”. A decisão do CADE ainda salienta que o controle da Rede Ipiranga seria realizado entre as três empresas adquirentes e não somente pela Petrobras.

Dessa forma, a aquisição da Rede de Postos Ipiranga pelas empresas Braskem, Ultra e Petrobras foi aprovada, com a única restrição de abrangência geográfica da cláusula de não concorrência.

4 A Lesão ao Consumidor

A compra de uma grande empresa por outra concorrente pode prejudicar o consumidor caso provoque concentração em determinado setor da economia. Como o novo grupo pode controlar a maior parte de determinada área tem o poder de aumentar preços das venda e prejudicar a concorrência. Por isso, seguindo esse conceito, o governo federal apresentou uma medida cautelar contra a venda do grupo Ipiranga para as empresas Petrobras, Braskem e Ultra, que atuam na distribuição de combustíveis. Segundo a ação, divulgada por nota oficial, a compra tem "potencial de causar danos à concorrência" nos mercados de distribuição e petroquímica.

Segundo a ação, a Petrobras, ao incorporar postos de combustíveis da Ipiranga nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, eleva sua participação para cerca de 50% em vários municípios, muito além do que o vice-líder do mercado, com apenas 10% de

participação. Além disso, no Sul e Sudeste, a empresa Ultra, principal concorrente da Petrobras Distribuidora, teria "comunicação" e "comunhão" de interesses a partir de uma comissão conjunta de negócios. "É potencialmente danoso à concorrência e poderia favorecer conluio entre as empresas nas regiões Sul e Sudeste", registra o texto. No caso do setor petroquímico, a ação registra que, como a Petrobras controla o fornecimento de gás e nafta, matérias-primas para todos os polos petroquímicos do Mercado Comum do Sul (Mercosul), a empresa passa a ter uma nova posição neste mercado, o que também "suscita preocupações concorrenciais". A empresa Braskem, com a aquisição de parte da Ipiranga, também aumentaria a assimetria no mercado de resinas, que abastece a indústria de plásticos.

O argumento principal do CADE para aprovar as operações era a relevância internacional da operação, que manteria a competitividade das empresas frente à concorrência estrangeira.

Em que pese a possibilidade dos atos de concentração em permitir que as empresas distribuidoras se estruturam para competir frente a ameaças internacionais à proteção do mercado interno é Ato de Governo, através de sua política de comércio exterior o qual, data máxima vênia, não é afetado em caso de distribuição de combustíveis.

Nada justifica retirar a possibilidade de escolha do consumidor através da eliminação da concorrência entre postos de combustível para sustentar a competitividade internacional das empresas julgadas pelo CADE.

Para o consumidor final não houve redução de preço, maior escolha, eficiência no mercado, melhor qualidade ou inovação não sendo o grupo criado sequer capaz de evitar o repasse ao consumidor do aumento do preço do petróleo.

Considerações finais

A conclusão deste artigo é no sentido contrário da doutrina dominante no direito econômico – filiada à Escola de Chicago –, que defende que os órgãos de controle da

concorrência atuem como órgãos julgadores, sem qualquer participação na formação de uma política econômica.

Sem a devida atuação do CADE conjunta e vinculada à política econômica de Governo, suas decisões são desprovidas de efetividade na sociedade o que se constata na prática com o aumento de casos submetidos à análise do CADE, mesmo com o aumento do número de condenações em casos famosos. Isto significa que suas decisões não possuem sequer o efeito pedagógico para que casos semelhantes não ocorram, muito menos podendo se falar em integração entre as decisões do CADE e uma Política Pública macroeconômica bem estruturada que contribua para o desenvolvimento do país.

O CADE tem mecanismos legais para com sua atuação aplicar decisões de Políticas Públicas para a economia, mecanismos estes como o Acordo de Leniência, no qual o ato de concentração é tolerado desde que a empresa assine o Acordo perante o CADE se comprometendo a determinadas condutas compensatórias.

Para tanto, é necessário consolidar o entendimento doutrinário sobre a função do CADE no Brasil o que implicará na mudança de concepção teórica sobre sua função, passando no modelo da Escola de Chicago para a Escola de Harvard.

Mas não basta combater ou regular a concorrência em si como propõem os norte-americanos, há a necessidade de reconhecer e incluir o CADE como um formulador de Políticas Públicas Macroeconômicas.

O que se observou no estudo de caso é que o CADE ignora regras básicas de Direito de Concorrência ao permitir os atos de concentração em nome da competitividade internacional das empresas, a qual se registre não restou demonstrada no caso.

Esse caso demonstra que o CADE não está preparado para lidar com Políticas Públicas que envolvam muitos atores e peca, como ocorre no caso Brasken, ao lesar uma parte, normalmente a mais fraca, que, no caso, foi o consumidor tolhido seu direito de escolher o posto de combustível que passaram a se concentrar regionalmente.

Ainda cabe uma conclusão secundária, que o modelo econômico liberal, que muitos economistas (jornalistas e juristas também!) defendem, ao necessitar de uma instituição que garanta a existência de concorrência no sistema demonstra que o sistema não funciona livremente, possuindo um equilíbrio natural, com a existência de mecanismos de autocorreção, como falsamente argumentado por seus defensores. Em síntese, o Estado é necessário!

Referências

ANGELO, Vitor Amorim de. **Comuna de Paris** – Conheça a Primeira Experiência de Governo Proletário. <http://educacao.uol.com.br/historia/comuna-de-paris.jhtm>.

FERRAZ, Tércio Sampaio Jr. **A economia e o controle do Estado**, parecer publicado no jornal "*O Estado de S. Paulo*", p. 50, em 04.06.1989, *apud GRAU*, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Malheiros. 2000.

KAYSEN, Carl; TURNER, Donald F. **Antitrust Policy: an economic and legal analysis**. Cambridge: Harvard University Press, 1959.

MILL, John Stuart. **Princípios de economia política: com algumas de suas aplicações à filosofia social** (2 volumes). Introdução de W. J. Ashley; apresentação de Raul Ekerman; tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1983 (Os Economistas).

Autor convidado pela Revista Científica Direitos Culturais