



UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO CIENTÍFICO

A importância do CADE para a ordem jurídica e econômica: uma análise do caso SOMESE, a partir do princípio da secundariedade

João Alberto Teles Moura

Hélder Leonardo de Souza Góes

Aracaju

2018

JOÃO ALBERTO TELES MOURA

A IMPORTÂNCIA DO CADE PARA A ORDEM JURÍDICA E ECONÔMICA: UMA ANÁLISE DO CASO SOMESE A PARTIR DO PRINCÍPIO DA SECUNDARIEDADE

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo
– apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Tiradentes – UNIT, como
requisito parcial para a obtenção do grau
de bacharel em Direito.

Aprovado em __/__/____

Banca Examinadora

Professor Orientador
Universidade Tiradentes

Professor Examinador
Universidade Tiradentes

Professor Examinador
Universidade Tiradentes

A IMPORTÂNCIA DO CADE PARA A ORDEM JURÍDICA E ECONÔMICA: UMA ANÁLISE DO CASO SOMESE, A PARTIR DO PRINCÍPIO DA SECUNDARIEDADE

João Alberto Teles Moura¹

RESUMO

Trata-se de artigo interdisciplinar, que envolve o direito constitucional, empresarial, econômico, processual civil, e até mesmo a economia. A proposta do presente artigo científico consiste em desenvolver uma análise crítica do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e a sua relevância para ordem jurídica e econômica, tendo como exemplo, o exame de caso envolvendo a Sociedade Médica de Sergipe (SOMESE), a partir do princípio processual da secundariedade. Para tanto, sem pretensão de esgotar o tema, o trabalho buscará abordar os seguintes aspectos: o CADE e sua atuação, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), a ordem econômica na Constituição Federal de 1988, e os seus princípios norteadores, tais como: livre iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, repressão ao abuso do poder econômico, e por fim, o princípio da secundariedade em face do princípio da inafastabilidade jurisdicional e a falsa dicotomia existente entre os dois.

PALAVRAS CHAVES: Cade. Defesa do consumidor. Poder econômico.

¹ Graduando em Direito pela Universidade Tiradentes. E-mail: joao.alberto.tm@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho trata da importância do CADE para a ordem jurídica e econômica, através da análise de um caso em que a Sociedade Médica de Sergipe é acusada de fazer um cartel, ou seja, de combinar preços de consultas, com a Comissão Estadual de Honorários Médicos do Estado de Sergipe, o Conselho Regional de Medicina de Sergipe e o Sindicato dos Médicos de Sergipe. Tal análise é realizada a partir do princípio processual da secundariedade.

Apesar de desempenhar papel importante para a economia brasileira, o CADE vem sendo combatido por parte da doutrina, principalmente por aqueles que se consideram defensores de uma economia de mercado ou de um “mercado livre”, como gostam de dizer. Segundo os defensores desse entendimento, a atuação do CADE é desnecessária, tendo em vista que o mercado livre se autorregularia. Outro argumento utilizado é de que a atuação do CADE viola o princípio processual da inafastabilidade jurisdicional.

O presente artigo busca desvendar o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) e a sua atuação na ordem jurídica e econômica, analisando a sua estrutura e a sua função no SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência). Partindo da análise de um caso em que a Sociedade Médica de Sergipe (SOMESE) foi acusada de combinar preços com outras entidades. O caso da SOMESE é relevante porque demonstra a importância da atuação do CADE na prática, e afasta os argumentos contrários à atuação do CADE, principalmente o de que atuação da autarquia violaria o princípio da inafastabilidade jurisdicional.

A metodologia utilizada na presente tese é a dedutiva, ou seja, é um processo de raciocínio que de princípios e proposições gerais que chega a conclusões menos específicas. É, portanto, o método cujo antecedente é constituído de princípios universais, do qual se chega a um conseqüente específico. (RODRIGUES, 2011, p. 140)

Os objetivos do presente trabalho são: demonstrar a importância do CADE para a ordem jurídica e econômica e comprovar que a atuação do CADE não viola de modo algum o princípio processual da inafastabilidade jurisdicional.

O presente trabalho será dividido em cinco partes: A primeira parte busca explicar o que é o CADE, delimitar a sua atuação e definir a sua função no SBDC

(Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência). A segunda parte explica os princípios processuais da secundariedade e da inafastabilidade jurisdicional e por que a atuação do CADE seria benéfica para a ordem jurídica e econômica, principalmente para o Poder Judiciário. A terceira parte trata de examinar um caso prático envolvendo a SOMESE (Sociedade Médica de Sergipe), em que houve a atuação do CADE. A quarta e última parte, traz a conclusão do presente artigo científico, calcada na importância da CADE para ordem constitucional vigente e amparada pelo princípio processual da secundariedade.

2 O QUE É O CADE E QUAIS AS SUAS ATRIBUIÇÕES

O CADE (conselho administrativo de defesa econômica) é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, tem como missão zelar pela livre concorrência no mercado sendo a entidade responsável, no âmbito do poder executivo, não só por investigar e decidir em última instância sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da concorrência. A lei n. 12. 529/2011 simplificou a estrutura do CADE:

A Lei n. 12. 529/2011 teve como um de seus principais objetivos a simplificação da estrutura institucional do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). De forma semelhante ao que ocorreu em outros países-como Espanha, França, e mais recentemente, Reino Unido-, os órgãos de investigação de condutas e de concentrações no Brasil se fundiram ao órgão julgador: as competências da antiga Secretaria de Direito Econômico – SDE/NJ e da SEAE/MF na instrução de processos de defesa da concorrência foram incorporadas ao novo CADE, que passou a exercer plenamente todas as competências relevantes para fins de controle de concentrações econômicas e repressão a infrações contra a ordem econômica. O CADE continua sendo uma autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, mas agora constituído por quatro órgãos internos principais: Superintendência Geral, Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, Departamento de Estudos Econômicos e Procuradoria Federal especializada junto ao CADE. (PEREIRA NETO-CASAGRANDE, 2016, p.38)

Tendo compreendido o que é o CADE, e sua função dentro do SBDC, mister se faz necessária uma análise da relevância da sua atuação no atual cenário.

As atribuições do Cade são definidas pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, e complementadas pelo Regimento Interno do CADE. A autarquia exerce três funções: preventiva, repressiva e educativa. No tocante à função preventiva, o CADE analisa e posteriormente decide sobre as fusões, aquisições de controle, incorporações e demais atos de concentração econômica que possam colocar em risco a livre concorrência. Na repressiva, investiga e julga cartéis e outras condutas nocivas ao mercado. Na função educativa, o CADE instrui o público em geral sobre as diversas condutas que possam prejudicar a livre concorrência. [CITATION 1804 \l 1046]

A atuação do CADE tem sido exitosa, prova disso é o prêmio recebido pela Autarquia Federal agora em 2018, de Melhor Agência das Américas (Agency of the Year, Americas: Brazil's CADE), de uma das mais conceituadas revistas internacionais especializadas em direito antitruste, a Global Competition Review. [CITATION cad18 \l 1046]

A existência do CADE é amparada implicitamente pela Constituição Federal que consagrou princípios importantíssimos para ordem econômica, tais como, livre iniciativa, livre concorrência, repressão ao abuso do poder econômico e defesa do consumidor, todos esses princípios dão respaldo ao enfretamento dos ilícitos econômico, como trustes e cartéis. Vejamos o art. 170 da Carta Magna:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Assim sendo, fica evidenciado que através de seus princípios, a ordem constitucional vigente colabora sobremaneira para a correta aplicação do direito antitruste.

A finalidade da ordem econômica está relacionada com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Vejamos o art. 3º da Constituição Federal:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Fica explícito que além da correta aplicação do direito antitruste, os princípios da ordem econômica, possuem uma finalidade muito mais ampla, ajudando inclusive, na realização dos objetivos da República Federativa do Brasil, tais como a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais, e o CADE é instrumento imprescindível para o alcance desses objetivos.

Grande parte das críticas à atuação e até mesmo à existência do CADE, vem dos defensores da economia de mercado liberal, na visão deles, a concentração de mercado só ocorre se houver presença do estado, fomentando de maneira incisiva a atividade empresarial, o que beneficiaria apenas os empresários “amigos do rei” ou o estamento burocrático, ou seja, estrutura formada por aqueles que usam o estado para se locupletar (WEBER, apud FAORO, 2012). O mercado livre se autorregularia, o que tornaria desnecessária a atuação do CADE. Vejamos o que o professor André Luiz Santa Cruz Ramos diz sobre monopólios:

Monopólio é uma concessão de privilégio especial pelo Estado, reservando uma determinada área de produção a um indivíduo ou grupo. A entrada nessa área é proibida aos outros e essa proibição é imposta pelos agentes oficiais do estado.

Esta definição de monopólio remonta ao direito comum e adquiriu grande importância política na Inglaterra durante os séculos XVI e XVII, quando uma luta histórica ocorreu entre os libertários e a Coroa sobre a questão do monopólio como algo que se opunha à liberdade de produção e de comércio. Sob essa definição do termo monopólio, não é de se estranhar que ele tenha assumido conotações sinistras e

tirânicas na mente do público. As enormes restrições sobre a produção e o comércio, bem como o estabelecimento de monopólios pelo Estado a uma casta de favoritos, foram objeto de veementes ataques por vários séculos.

Não existe o problema do monopólio como um problema especial dos mercados que exige uma ação estatal para ser resolvido. De fato, só quando o Estado entra em cena é que surge um problema real, não ilusório, do monopólio e dos preços monopolísticos. [...] E, realmente, enquanto não havia evidência para a tese de que o sistema de mercado provocaria uma tendência para o crescimento do monopólio, a tese de que um sistema estatista a produziria é amplamente apoiada pela experiência histórica.

Não há como negar: é o Estado quem cria monopólios, duopólios e oligopólios, porque só ele pode criar barreiras legais à entrada de concorrentes. Sem essas barreiras, a concorrência sempre existirá, mesmo em mercados com alta concentração. Em suma: livre mercado e monopólio são expressões antitéticas, assim como intervenção estatal e concorrência também o são. (RAMOS, 2014)

Ao falar dos preços predatórios, o professor André Luiz Santa Cruz Ramos expõe sua visão:

Uma estratégia concorrencial tradicionalmente combatida pelo direito antitruste é a chamada precificação predatória, situação na qual uma grande empresa reduz temporariamente os preços dos seus bens ou serviços a um patamar abaixo dos custos, chegando a ter prejuízos no curto prazo, com o suposto objetivo de eliminar seus concorrentes menores e impedir artificialmente a entrada de novos potenciais competidores, para no futuro elevar consideravelmente os preços e obter lucros “monopolísticos”. (RAMOS, 2014)

Os defensores de uma economia de mercado ou liberal defendem que se algum empresário se utilizar dessa prática, quem vai sair ganhando é o consumidor, porque vai adquirir produtos e serviços mais baratos. Caso esse empresário que se utilizou dessa prática aumente os preços logo após, os concorrentes vão retornar. É a mão invisível defendida por Adam Smith regulando o mercado. Smith (1996) dizia que não é da benevolência do padeiro, do açougueiro, que esperamos que saia nosso jantar, mas sim do empenho que eles têm em promover o seu próprio interesse.

Vejamos o entendimento do professor de direito empresarial, acerca da prática do chamado preço predatório:

Em primeiro lugar, fixar preços abaixo do custo leva a empresa predadora a incorrer em prejuízos significativos, sobretudo porque ela precisará expandir sua produção para assumir mercados dos

concorrentes e fazê-lo por um tempo, em princípio, indeterminado, mas que seja duradouro o suficiente para afugentar seus atuais rivais e amedrontar potenciais competidores futuros.

Em segundo lugar, a incerteza do sucesso da precificação predatória é considerável, pois os concorrentes podem resistir em função de inúmeras circunstâncias (por exemplo, um concorrente pode ter acesso fácil a crédito, outro concorrente pode ter um bom fluxo de caixa garantido em decorrência de contratos de longo prazo já firmados etc.). Assim, uma guerra de precificação é extremamente perigosa, por mais poder de mercado que a empresa predadora ostente, pois é muita ingenuidade acreditar que concorrentes não estarão dispostos a lutar, com unhas e dentes, pela manutenção dos seus negócios.

Em terceiro lugar, deve-se levar em conta que concorrentes mais perspicazes podem perceber rapidamente a intenção da empresa predadora e simplesmente suspender suas atividades temporariamente, voltando a operar assim que os preços voltem ao seu patamar normal.

Em quarto lugar, ainda que concorrentes sejam eliminados com a precificação predatória, nada garante que a futura elevação de preços conseguirá fazer a empresa predadora recuperar os prejuízos em que incorreu durante a predação, porque uma súbita alta dos preços com certeza atrairia novos competidores (os quais comprariam a preços baixos as instalações dos concorrentes falidos), o que obrigaria a realização de uma nova predação, com a absorção de mais prejuízos. Vê-se que a empresa predadora entraria num ciclo vicioso de predação que ou a faria desistir de tal prática, ou fatalmente a levaria à falência.

Em quinto lugar, a teoria dos preços predatórios geralmente pressupõe que a empresa predadora constituiu previamente uma reserva de lucros para conseguir ingressar na guerra da precificação abaixo dos custos e suportar prejuízos por um tempo, mas nunca se explica como a criação prévia dessa reserva foi possível, se a monopolização em tese só ocorrerá após a predação.

Em sexto lugar, é preciso reconhecer que uma estratégia concorrencial de predação só seria economicamente racional se o retorno esperado dela fosse maior do que o retorno de qualquer outro investimento que pudesse ser feito com o dinheiro que vai ser desperdiçado. Contudo, isso é praticamente impossível de mensurar, porque nunca se sabe ao certo quanto se acumulará de prejuízo com uma tática de predação, nem quanto tempo será necessário suportar perdas.

Finalmente, não há como negar o fato de que, durante o período de predação, o maior beneficiário é o próprio consumidor, em razão da redução significativa dos preços. (RAMOS, 2014)

Na lição de Leonardo Vizeu Figueiredo, preço predatório é infração à ordem econômica que se caracteriza quando determinado agente oferta produto em valor

abaixo de seu preço de custo, experimentando prejuízo durante determinado período de tempo, com a finalidade de eliminar a concorrência local, e logo após, impor preços abusivos ao consumidor. (FIGUEIREDO, apud SOUZA, 2018)

Preço predatório ou dumping é a prática diminuir o preço dos produtos, deixando-os com valor inferior ao que foi produzido. Essa prática atrai diversos consumidores em decorrência dos preços muito baixos para o mercado. Não obstante, essa prática representa uma forma desleal de concorrência, vez que depois de dominar o mercado, o agente irá aumentar o preço de modo abusivo, o que pode vir a causar danos irreversíveis. (BARROS, 2010)

A atuação do CADE não se faz necessária, tendo em vista que o combate aos trustes, cartéis e preços predatórios poderia ser realizado pelo poder judiciário, visto que a sua finalidade é essa mesma de dirimir conflitos.

Tal entendimento não merece prosperar, as nações mais liberais possuem leis antitrustes eficientes, à exemplo dos EUA e do Canadá. Vejamos:

Como muitas das legislações positivas, as leis sobre a defesa da concorrência, ou antitruste, como preferem alguns especialistas, antecederam a teoria econômica que lhes confere sustentação. Isto é, a lei antecipou a teoria econômica acerca da matéria antitruste. Historicamente, a legislação antitruste, na sua forma mais moderna, é uma "invenção" da América do Norte. O Canadá aprovou um estatuto antitruste em 1889; os Estados Unidos adotaram o Sherman Act em 1890. Essas leis representaram uma reação política à turbulenta mudança econômica do final do século XIX que produziu indústrias extremamente concentradas e, muitas vezes, cartelizadas (Scherer; Ross, 1990; Viscusi et al., 1995 e Gama, 2005a). (GAMA e RUIZ, 2017)

A economia sem intervenção estatal é capaz de criar fortes crises econômicas, bem como o aumento da desigualdade social, vide o exemplo da crise de 29 nos EUA e da crise financeira de 2008.

Em outubro em 1929, banqueiros receiosos com a baixa no preço de produtos industriais, ordenaram a venda maciça de ações. Entretanto, a situação se agravou com "quebra da Bolsa de Nova York". Nessa data, que ficou conhecida com a Quinta-feira negra, milhões de títulos foram lançados no mercado sem encontrar compradores. (BAGNOLI, 2017, p.48)

Em face da eclosão da crise a intervenção dos governos foi ampla e imediata. O credo liberal e a panacéia dos mercados auto-regulados foram abandonados e o

Estado assumiu, a responsabilidade pela defesa das instituições financeiras. (MAZUCHELLI, 2017)

Trata-se de uma tentativa, que se revelará exitosa, de aplicação de medidas econômicas inspiradas no intervencionismo preconizado pelo economista britânico John Maynard Keynes, para controlar a imensa crise econômica que assolou os Estados Unidos, a partir da crise da Bolsa de Nova York de 1929 (o chamado "new deal"). (JÚNIOR, 2014)

A intervenção estatal retirou os EUA da crise econômica iniciada em 1929: as inovações institucionais e jurídicas introduzidas por Roosevelt foram além da mera restauração econômica, produzindo uma transformação política de grande alcance e ineditismo. Isso para uma América até então essencialmente individualista, e num Estado até então refém da crença em supostas virtudes autorregulatórias do mercado. (JÚNIOR, 2014)

Outro aspecto importante, é que a atuação do CADE no combate às infrações econômicas não exclui a possibilidade de posterior judicialização da questão, submetendo os supostos ilícitos econômicos à tutela jurisdicional, dessa maneira, não há que se falar em violação ao princípio da inafastabilidade jurisdicional.

Portanto, pode-se extrair que a atuação do CADE é de extrema importância para economia, ajudando no enfrentamento das distorções de mercado, e no combate aos ilícitos econômicos.

3 PRINCÍPIO DA SECUNDARIEDADE X PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE JURISDICIONAL

A secundariedade é um princípio processual ou característica da jurisdição. A secundariedade é o direito de se submeter ao crivo do poder jurisdicional, somente depois de esgotadas as possibilidades de solução consensual do conflito ou no âmbito administrativo.

Vejamos a lição do professor Elpídio Donizetti:

A jurisdição é o derradeiro recurso (ultima ratio), a última trincheira na busca da solução dos conflitos. O normal e esperado é que o Direito seja realizado independentemente da atuação da jurisdição, sobretudo em se tratando de direitos patrimoniais. Em geral, o patrão paga os salários sem que seja acionado para tanto; o locatário paga o aluguel sem que o locador tenha que recorrer à Justiça para fazer valer seu direito; o pai, uma vez separado de sua mulher, paga alimentos ao filho, independentemente de qualquer ação de

alimentos. Prevalece, portanto, a observância ao dever decorrente da lei, o convencionado pelas partes, o ato jurídico perfeito. Quando se descumpre o dever jurídico oriundo de tais atos, o que se espera é que as partes envolvidas busquem os meios para solucionar o litígio de forma consensual. Nessa perspectiva, a secundariedade constitui o reverso da unidade. Segundo a característica da unidade, a jurisdição constitui monopólio do Judiciário. Por outro lado, de acordo com a característica da secundariedade, a função jurisdicional é secundária no sentido de que só atuará em último caso, quando esgotadas todas as possibilidades de resolução do conflito instaurado. (DONIZETTI, ANO, p.85)

O princípio da secundariedade não é antagônico ao princípio da inafastabilidade jurisdicional, é complementar, visto que aumenta a possibilidade de atuação do estado nas matérias econômicas, tanto no âmbito do Poder Executivo, quanto no âmbito do Poder Judiciário.

Assim, fica demonstrado que a secundariedade não exclui as infrações econômicas da apreciação do Poder Judiciário, apenas posterga, para que as soluções dos conflitos sejam mais céleres no âmbito administrativo, sendo analisadas por órgão especializado na matéria econômica, o CADE.

Por sua vez, a Constituição Federal consagra o princípio da inafastabilidade jurisdicional no seu art.5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, ou seja, o órgão não pode recusar-se, muito menos delegar a função de dirimir os conflitos”.

A doutrina entende que o princípio da inafastabilidade jurisdicional é: “o direito de demandar perante os órgãos jurisdicionais do Estado, seja qual for a causa que se queira deduzir perante estes (ressalvadas, apenas, algumas hipóteses de legítima vedação, as impossibilidades jurídicas)” (CÂMARA, 2012, p.55)

Além de garantir o mero acesso à via jurisdicional, com suas pretensões e satisfações, o dispositivo constitucional que trata da inafastabilidade jurisdicional representa a garantia de outorga a quem tiver razão, de uma tutela jurisdicional efetiva. (DINAMARCO, 2017, p.54/55)

Dos conceitos acima expostos, pode-se extrair que o princípio da inafastabilidade jurisdicional tem como objetivo, garantir que o Poder Judiciário não se escuse de dirimir os litígios. Entretanto, nada obsta que a tutela jurisdicional seja a *ultima ratio* na composição das lides, tal característica da jurisdição não viola o princípio da inafastabilidade, tendo em vista que não mitiga o acesso à justiça,

apenas dá a possibilidade de que as lides possam ser resolvidas consensualmente, ou no âmbito administrativo, através do CADE, por exemplo.

Desse modo, resta demonstrado que o princípio da secundariedade e da inafastabilidade jurisdicional não são antagônicos entre si, na verdade, são princípios complementares.

Restando esclarecida a falsa dicotomia entre os dois princípios retro mencionados, se faz necessário destacar que o princípio da secundariedade contribui sobremaneira, para a diminuição de processos no já abarrotado Poder Judiciário.

4 ESTUDO DE CASO: SOMESE

Demonstrada a possibilidade de atuação do CADE, no âmbito administrativo, no enfrentamento dos ilícitos econômicos, sem ferir o princípio da inafastabilidade, mister se faz a análise de um caso em que o CADE processou e julgou a SOMESE (Sociedade Médica de Sergipe).

Peço licença ao leitor para transcrever trecho do livro Direito Antitruste, que apesar de longo, evidenciará de modo cristalino, como se dá o julgamento de um processo administrativo no Conselho Administrativo de Defesa Econômica:

Processo Administrativo n. 08000.011518/1994-06 – Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde (CIEFAS) v. Associação Médica Brasileira (AMB) em Sergipe. Tabela de honorários médicos (início em junho de 1992, decisão em julho de 1999). (MOLAN e GABAN, 2012, p.403/404)

No caso em análise, o Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Saúde (CIEFAS) acusou a Comissão Estadual de Honorários Médicos do Estado de Sergipe, a Sociedade Médica de Sergipe, o Conselho Regional de Medicina de Sergipe e o Sindicato dos Médicos de Sergipe de combinarem entre si, impor a Tabela de Honorários Médicos de Associação Médica Brasileira aos prestadores de serviço Médico do Estado de Sergipe conveniados ao Comitê:

Trata-se de Processo Administrativo instaurado pela SDE/MJ, em virtude de acusação de conduta concertada entre agentes, feita pelo Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde (CIEFAS). Consta na denúncia que a Comissão Estadual de Honorários Médicos do Estado de Sergipe, a Sociedade Médica de Sergipe – SOMESE, o Conselho Regional de Medicina de Sergipe – CREMESE e o Sindicato dos Médicos de Sergipe teriam acordado

entre si, de impor a Tabela de Honorários Médicos de Associação Médica Brasileira de 1992 (THM/AMB-92) e de aderir o Coeficiente de Honorários Médicos (CH), em 0,21 URV, aos prestadores de serviço médico do Estado de Sergipe conveniados ao Comitê. Ademais, o CIEFAS acusou a AMB de descumprir o acordo CIEFAS/AMB, firmado em 1992, que tinha por objeto a adoção, pelo Comitê, da Tabela de Honorários Médicos de 1992, com alterações acordadas. Além disso, acusou a divulgação, por parte da AMB, de informações falsas quanto às modificações da tabela de preços pelo CIEFAS e ao descumprimento do acordo por parte da Representada, o que teria levado várias entidades prestadoras de serviços a se mobilizar contra as empresas que integram o CIEFAS. (MOLAN e GABAN, 2012, p. 404)

O Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE) entendeu que haviam indícios suficientes para a instauração de Averiguação Preliminar, com base nos seguintes indícios: acordo firmado entre a SOMESE, o CREMESE, o Sindicato dos Médicos de Sergipe, o qual dispunha sobre a suspensão do serviço médico, caso o CIEFAS não pagasse o serviço com base na tabela da Associação Médica Brasileira. Comunicado aos médicos e usuários do acordo. Atas de deliberações da Assembleia Geral dos Médicos. Pronunciamentos representativos, em relação ao não cumprimento por todos os hospitais e médicos do boicote aos beneficiários do CIEFAS. Resolução da CREMESE, fixando os valores constantes da tabela da Associação Médica Brasileira, bem como responsabilizando em processo ético profissional o Diretor Técnico do convênio pelo não cumprimento da resolução. Vejamos:

O DPDE, entendendo existirem indícios suficientes, bem como estarem tipificadas infrações econômicas descritas no art. 20 c/c o art. 21 da Lei n. 8.884/94, solicitou a instauração de Averiguação Preliminar, com base nos seguintes indícios/provas:

- (i) acordo firmado entre a SOMESE, o CREMESE, o Sindicato dos Médicos de Sergipe, o qual dispunha sobre a suspensão do serviço de atendimento médico aos beneficiários do CIEFAS, caso não houvesse por parte dessa entidade, o pagamento desse serviço com base no THM-AMB/92;
- (ii) comunicado aos médicos e usuários de o Estado desse acordo;
- (iii) atas de deliberações da Assembleia Geral dos Médicos sobre o desacordo quanto a remuneração dos serviços médicos pelo CIEFAS e sobre o estabelecimento de vínculos com outros Planos de Assistência Médica. Além disso, consta a votação de um referencial de negociação com os Planos de Saúde (estabelecido como CH 0.21 URV) e com o CIEFAS, separadamente, a um valor inferior (estabelecido como CH 0, 16 a 0,155 URV), a fim de solucionar a pendência quanto a suspensão de atendimento de seus beneficiários;

(iv) pronunciamentos representativos, em relação ao não cumprimento por todos os hospitais e médicos do boicote aos beneficiários do CIEFAS;

(v) Resolução n. 6/94 do CREMESE, incluindo alguns dos seguintes artigos: “ Art. 1º - Fixar os valores constantes na Tabela de Associação Médica Brasileira, atualizada, em vigor, para cobrança de honorários a pacientes assistidos pelos convênios. Art. 2º - Responsabilizar em Processo Ético Profissional o Diretor Técnico do convênio pelo não cumprimento da presente Resolução”.

A SOMESE, com base no acordo que fixou o uso da Tabela Consensual MB/CIEFAS-92 com CH de 0.155 URV (ou Real), bem como a consulta de 75 CH e a normalização dos atendimentos aos usuários do Grupo CIEFAS, requereu o arquivamento da Averiguação Preliminar. (MOLAN e GABAN, 2012, p. 404/405)

A Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ), considerou configurados os indícios de infração e determinou a instauração de Processo Administrativo, e retirou do polo passivo a Caixa de Assistência dos Funcionários de Empresa Energética de Sergipe (CASSES):

Em 25-7-1996, a Secretária Substituta da SDE/MJ, acolhendo a Nota Técnica elaborada pelo DPDE, deu por configurados os indícios de práticas infrativas à ordem econômica, determinando, assim, a instauração de Processo Administrativo.

Vale dizer que, devido a um equívoco, a SDE/MJ incluiu no polo passivo como representada a Caixa de Assistência dos Funcionários de Empresa Energética de Sergipe (CASSES), que na verdade pertencia ao grupo CIEFAS e do próprio DPDE, a SDE/MJ, corrigiu a autuação e instaurou novo Processo Administrativo. (MOLAN e GABAN, 2012, p. 405)

As representadas apresentaram suas defesas reiterando as alegações da Averiguação Preliminar, ou seja, argumentando que somente seguiam o determinado pela Tabela de Honorários Médicos da AMB. A SDE/MJ considerou insuficientes as alegações das representadas, que ainda possuíam o agravante de ameaças de suspensão do atendimento aos beneficiários do CIEFAS, por tempo indeterminado. A SDE/MJ considero comprovada a conduta anticoncorrencial:

Em seguida, as Representadas apresentaram suas defesas, as quais, em suma, reiteraram as alegações quando da Averiguação Preliminar. Posteriormente, a SDE/MJ emitiu Parecer no qual considerou insuficientes as alegações das Representadas para afastar os indícios que apontavam que, em conluio, as Representadas somente atendiam os beneficiários dos planos de assistência técnica de Sergipe mediante a utilização plena da Tabela de Honorários Médicos da AMB, ainda com o agravante de ameaças de suspensão, por tempo indeterminado, dos atendimentos médicos a todos os beneficiários, caso não fossem acatadas tais imposições. Dessa forma, considerou configurada e devidamente comprovada a conduta anticoncorrencial praticada pelas Representadas, propondo a remessa dos autos para a SEAE/MF, para emissão do Parecer.

Assim, após a remessa dos autos e análise, em 6-5-1998, a SEAE/MF emitiu Parecer no sentido de não haver informações econômico-financeiras que lhe permitisse elaborar análise técnica sobre o tema, encaminhando novamente os autos à SDE/MJ, que notificou as Representadas para apresentação de alegações finais. (MOLAN e GABAN, 2012, p. 405)

Após as alegações finais da CREMESE, a SDE/MJ considerou que a Tabela de Preços da AMB eliminou os mecanismos de formação de preço, e por consequência, foi prejudicial à concorrência. A SDE/MJ considerou que todo o estado de Sergipe, foi afetado pela combinação de preços impostas pelas associações. Dessa forma, em virtude das provas contidas nos autos, a SDE/MJ determinou a remessa do processo ao CADE para julgamento. Após a distribuição, o caso foi remetido ao ProCADE, onde as representadas foram condenadas ao pagamento de multa, bem como publicar no jornal de maior circulação de Sergipe, a decisão do CADE:

Passada a fase de alegações finais – oportunidade em que somente o CREMESE se manifestou – a SDE/MJ emitiu Parecer final, considerando que a imposição da adoção da Tabela de Preços, editada pela AMB, foi prejudicial à concorrência, por quanto eliminou os mecanismos normais de formação de preço. Além disso, considerou que a imposição não propiciou a melhoria (i.e., não artificiais) da qualidade de serviços, bem como impediu que cada agente econômico estabelecesse, individualmente, os seus preços, em consonância com os seus próprios custos.

Interessante notar que, não obstante o CADE ter julgado casos semelhantes sobre denúncias elaboradas pelo CIEFAS (sobre imposição de Tabela de Preços), a SDE/MJ, pela primeira vez, dispôs nos autos sobre o mercado relevante afetado pelas condutas anticoncorrenciais. Assim, no que condiz à delimitação do produto, a Secretaria definiu como serviços de atendimento à saúde, tanto por meio de planos, seguros, como outros sistemas de atendimento coletivo. Já quanto à delimitação geográfica, considerou todo o estado de Sergipe, onde as Representadas, como entidades representativas de classe, exerceram forte influência sobre seus afiliados/associados.

Dessa forma, em virtude de todo o elemento comprobatório juntado aos autos, onde foi demonstrado que os denunciados agiram interferindo nos mecanismos de formação de preços serviços médicos, ao imporem aos seus afiliados a adoção da tabela preços, editada pela AMB, e em harmonia com recentes decisões proferidas pelo CADE, a SDE/MJ propôs a remessa dos autos ao CADE para julgamento.

Após distribuição dos autos ao Conselheiro-Relator, Sr. João Bosco Leopoldino, o caso foi encaminhado à ProCADE, que opinou pela aplicação de multa às Representadas, haja vista terem sido comprovadas as condutas infrativas à ordem econômica, bem como pela abstenção, pelas Representadas, de elaborar e divulgar quaisquer tabelas de preços ou similar entre associados e filiados.

Posteriormente, os autos foram remetidos ao gabinete do Conselheiro Relator, que no mesmo sentido dos Pareceres emitidos pela SDE/MJ e ProCADE, votou pela condenação das Representadas ao pagamento de multa, bem como de publicarem a decisão, em meia página às suas próprias expensas, no jornal de maior circulação na capital do Estado de Sergipe. (MOLAN e GABAN, 2012, p. 405/406)

Na sessão plenária, por unanimidade, o CADE considerou as condutas da Comissão Estadual dos Honorários Médicos do Estado de Sergipe, SOMESE, CREMESE e do Sindicato dos Médicos de Sergipe, como infrativas à ordem econômica:

Assim, em 28-7-1999, o CADE, em Sessão Plenária, por unanimidade, caracterizou as condutas das Representadas como infrativas à ordem econômica, nos termos do art.20, I, e 21, I e II, da Lei n. 8.884/94, determinando: (a) aplicação, a cada uma delas, de multa no valor de 5.000 UFIR, equivalente a R\$ 4.885,00 (quatro mil, oitocentos e oitenta e cinco reais), (b) que, as suas expensas publicassem em meia página no jornal de maior circulação na capital do Estado de Sergipe, por 2 (dois) dias seguidos e em duas semanas consecutivas o extrato da decisão, (c) que comprovassem perante o CADE o cumprimento dessas determinações, no prazo de 30 (trinta) dias da publicação do acórdão, (d) que comunicassem aos seus associados o teor da decisão, e (e) a aplicação de multa diária no valor de 5.000 UFIR, equivalente a 4.885,00 (quatro mil oitocentos e oitenta e cinco reais) em caso da continuidade da prática infrativa após a publicação do acórdão da decisão. (MOLAN e GABAN, 2012, p. 406)

A decisão acima, foi proferida no âmbito administrativo, de modo mais célere e eficaz, corroborando com o nosso entendimento da imprescindibilidade do CADE e da sua importância na ordem jurídica e econômica.

Trata-se de episódio em que a lide foi solucionada sem a judicialização da questão, sem submetê-la ao poder jurisdicional. A atuação do CADE no caso SOMESE serviu para demonstrar a importância do CADE para o nosso sistema jurídico e econômico, serve também para afastar o argumento de que a atuação do CADE violaria o princípio da inafastabilidade jurisdicional, se assim fosse as representadas não poderiam ajuizar ação para contestar a decisão proferida em âmbito administrativo, o que não ocorre no presente caso.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face de tudo que foi exposto, pode-se sintetizar que o CADE ganhou importância a partir da sua simplificação, que ocorreu através da lei n. 12.529/2011, o CADE passou a exercer o controle de concentrações econômicas e repressão a

infrações econômicas, além disso continua sendo uma autarquia vinculada ao Ministério da Justiça. O CADE é o órgão de maior relevância para a correta aplicação do direito antitruste.

A evolução legislativa do direito antitruste contribuiu para que a ordem econômica da Constituição Federal de 1988, viesse a respaldar princípios importantíssimos, como os princípios da livre iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade e da defesa do consumidor. Desse modo, os princípios anteriormente contidos na legislação extravagante, agora estão consagrados na Carta Magna, gozando da supremacia constitucional em face dos demais diplomas legislativos.

O principal agente na defesa dos princípios da ordem econômica constitucional é o CADE, que possui função *sine qua non*, na defesa de uma economia sadia, da correta alocação dos recursos e do desenvolvimento econômico justo e equilibrado, de modo a garantir a inviolabilidade dos referidos princípios, ajudando inclusive no alcance dos objetivos da República Federativa do Brasil.

No que se refere às críticas feitas ao CADE, pelos defensores do “mercado livre”, de que a intervenção do CADE é prejudicial à economia, estas não merecem prosperar, já ficou comprovado que os mercados desregulados são capazes de criar recessões, que os preços predatórios são práticas desleais, que violam o princípio da livre concorrência, além de submeterem os consumidores à preços abusivos.

Outro aspecto importantíssimo, é a atuação do CADE, que infelizmente, tem sido posta em cheque por alguns doutrinadores, mas que vem colaborando para harmonia entre os agentes econômicos na ordem constitucional vigente, bem como para a diminuição da judicialização dos conflitos, em obediência ao princípio da secundariedade que em nada prejudica a aplicação do princípio da inafastabilidade jurisdicional.

Assim, criou-se uma dicotomia, entre o princípio da secundariedade e o princípio da inafastabilidade, entretanto, trata-se de equívoco, tendo em vista que não são princípios antagônicos, eles são na verdade, princípios complementares, já que o julgamento no CADE, não afasta a possibilidade de judicialização, como *ultima ratio* da solução de conflitos

Destarte, forçoso concluir que a atuação do CADE não viola de modo algum, o princípio da inafastabilidade jurisdicional. Fica comprovada também, a sua

importância para a ordem jurídica brasileira, para economia e para a defesa da concorrência, já que ajuda a promover a segurança jurídica necessária para o ambiente de negócios no Brasil, dificultando assim, a formação de trustes e de cartéis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico e Concorrencial**. 7ª Edição. Revista dos Tribunais, 2017.

BARROS, Érica Ludmila Cruz. **O dumping ambiental no setor sucroalcooleiro à luz do princípio da livre concorrência**. Disponível em: <<http://repositorio.ufrn.br:8080/jspui/handle/123456789/13917>>. Acesso em: 28 de abril de 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 de abril de 2018.

_____. **Lei 12. 529, de 30 de novembro de 2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 29 de abril de 2018.

_____. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-e-eleito-novamente-melhor-agencia-antitruste-das-americas>>. Acesso em: 27 de abril de 2018.

_____. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acessoainformacao/institucional/copy_of_competencias/capa-interna>. Acesso em: 25 de abril de 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel; CARRILHO LOPES, Bruno Vasconcelos. **Teoria Geral do Novo Processo Civil**. 2ª Edição. Malheiros, 2017.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. Atlas, 2017.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. 5ª Edição. Biblioteca Azul, 2012.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. Editora Forense, 2016.

FREITAS CÂMARA, Alexandre. **Lições de Direito Processual Civil**. 23ª Edição. Atlas, 2012.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3ª Edição. Editora Saraiva, 2012.

GAMA, Marina Moreira; RUIZ, Ricardo Machado. **A práxis antitruste no Brasil: uma análise do CADE no período 1994-2004**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ecos/v16n2/a05v16n2.pdf>>. Acesso em: 28 de abril de 2018.

KEYNES, John Maynard. **Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda**. Editora Saraiva, 2014.

JÚNIOR, Antônio Rodrigues de Freitas. **O trabalho à procura de um direito: crise econômica, conflitos de classe e proteção social na Modernidade**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010340142014000200006>. Acesso em: 20 de abril de 2018.

MAZZUCHELLI, Frederico. **A crise em perspectiva: 1929 e 2008**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010133002008000300003>. Acesso em: 29 de abril de 2018.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**. Editora Saraiva, 2016.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Os Fundamentos contra o Direito Antitruste [livro digital]**. São Paulo: Forense, 2014.

RODRIGUES, Auro de Jesus. **Metodologia Científica**. 4ª Edição. Grupo Tira-dentes, 2011.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. São Paulo: Nova Cultural, 1986.

SOUZA, Diego Krainovic Malheiros. **Dumping “underselling” e preço predatório**. Disponível em: <<https://diegokms.jusbrasil.com.br/artigos/325126832/dumping-underselling-e-preco-predatorio>>. Acesso em: 18 de abril de 2018.

WEBER, Max. **A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo**. 1ª Edição. Martin Claret, 2016.

CADE'S IMPORTANCE FOR THE LEGAL AND ECONOMIC ORDER: AN ANALYSIS OF THE SOMESE CASE FROM THE SECONDARY PRINCIPLE

ABSTRACT

It is an interdisciplinary article, which involves constitutional law, business, economic, civil procedural, and even the economy. The purpose of this scientific article is to develop a critical analysis of the Administrative Council for Economic

Defense (CADE) and its relevance to the legal and economic order, taking as an example the examination of a case involving the Medical Society of Sergipe (SOMESE) from the procedural principle of secondary. To do so, without attempting to exhaust the topic, the work will seek to address the following aspects: the history of antitrust law, CADE and its performance, the Brazilian antitrust system (SBDC), the economic order in the Federal Constitution of 1988, as well as its guiding principles, such as : free initiative, free competition, consumer protection, repression of abuse of economic power, and finally, the principle of second- ary in the face of the principle of judicial inafasability, and the false dichotomy between the two.

Keywords: Cade. Consumer defense. Economic power.