

CARTEL: POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO JUDICIAL PARA A FIXAÇÃO DE PREÇOS OU DA MARGEM DE LUCRO DOS AGENTES ECONÔMICOS



Janaina de Carli dos Santos

Promotora de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul, sendo titular da 1ª Promotoria de Justiça Especializada de Caxias do Sul/RS;

Bacharel em Direito pela PUC/RS;

Pós-Graduada pela Escola Superior do Ministério Público (FESMP/RS).

E-MAIL: JANAINADCS@MP.RS.GOV.BR



Juliano Viali dos Santos

Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, lotado na Promotoria de Caxias do Sul/RS;

Bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS/RS);

Pós-Graduação pela FIJO-PUC/RS;

Licenciando em História, pela Universidade de Caxias do Sul (UCS/RS).

E-MAIL: JVIALI@MP.RS.GOV.BR

I – Introdução; **II** – Princípios da ordem econômica – Liberdade de iniciativa, livre concorrência e defesa dos consumidores; **III** – Cartel e preço excessivo; **IV** – Da possibilidade de intervenção judicial na fixação de preços ou da margem de lucro; **V** – Conclusão; **VI** – Referências bibliográficas.

RESUMO

A ordem econômica constitucional brasileira incluiu, dentre os seus princípios, estes definidos como bases de um sistema jurídico, a liberdade de iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor. As atividades profissionais dos agentes econômicos, de acordo com os princípios citados, podem ser desenvolvidas livremente, sem a intervenção estatal, em um mercado baseado na ampla e livre concorrência entre os agentes. Como forma de preservar e coibir o mercado do abuso do poder econômico mediante práticas anticoncorrenciais, dentre elas a cartelização, o Estado criou leis visando à manutenção do mercado competitivo, de um lado, e a defesa dos consumidores, de outro. O Poder Judiciário, quando chamado a tutelar os interesses difusos e coletivos dos consumidores pelo abuso do poder econômico, pode e deve atuar, interferindo no mercado afetado pela conduta abusiva, seja punindo os responsáveis, seja fixando preços ou margem de lucro, realizando a ponderação no caso concreto, diante dos princípios em conflito.

Palavras-chave : Princípios; ordem econômica; colisão; Cartel; consumidor; margem; fixação.

ABSTRACT

The Brazilian constitutional economic order included, among its principles, those defined as basis for a legal system, freedom of initiative, free competition and consumer protection. The professional activities of economic agents, according to the principles cited, can be developed freely without state intervention in a market based on broad and open competition between the players. As a way to preserve the market and curb the abuse of economic power through anticompetitive practices, among them the cartel, the state has laws aimed at maintaining the competitive market on the one hand and consumer protection, on the other. The Judicial power when called upon to protect the collective interests of consumers and diffuse the abuse of economic power, can and must act, interfering in the market affected by improper conduct, is punishing those responsible, is fixing prices or profit margin, carrying out the weighting in this case, ahead of principles in conflict.

I – INTRODUÇÃO

No sistema constitucional brasileiro, a ordem econômica, além de ter como objetivos assegurar a todos uma existência digna, “conforme os ditames da justiça social”, tem como alguns dos seus princípios ou bases fundamentais a liberdade de iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor.

Pela livre iniciativa, o agente econômico detém a liberdade de desenvolver sua atividade profissional sem a interferência do Estado, dentro dos parâmetros legais.

Por sua vez, de acordo com o princípio da livre concorrência, é o mercado que deve influenciar na fixação dos preços e outras condições de aquisição e venda dos produtos e serviços, atuando livremente os competidores no mercado de consumo, a fim de captação dos consumidores ou usuários das mercadorias e serviços.

No entanto, a par da liberdade do mercado competitivo, a Magna Carta também incluiu, dentre os princípios que regem a

ordem econômica, a defesa do consumidor, princípio este que, da mesma forma, faz parte do rol de direitos fundamentais da pessoa humana, disposto no art. 5º da Constituição Federal.

Como forma de equacionar os princípios já citados, previu o legislador constituinte que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros”.

A conhecida Lei Antitruste (Lei nº 8.884/1994) veio em decorrência da previsão constitucional, regulando o sistema jurídico, cujo objetivo é a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica.

A existência de ajuste ou acordo entre concorrentes, uniformizando as variáveis econômicas inerentes às suas atividades, visando, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência e, conseqüentemente, o consumidor, é denominada Cartel e é prevista na legislação antitruste como um dos tipos de infrações à ordem econômica.

O que se pretende demonstrar no presente trabalho, sem esgotar o tema, é que, diante dos princípios já referidos, e tendo como norte a dignidade da pessoa humana, princípio maior do nosso sistema jurídico constitucional, o Estado, na figura do Juiz, tem o poder-dever de atuar no sentido de determinar medidas eficazes para, além de punir os infratores pela conduta praticada, contribuir para que as variáveis econômicas sejam definidas por um mercado realmente comprometido com os princípios da livre iniciativa e concorrência, em prol dos consumidores afetados pelo abuso do poder econômico.

O trabalho está dividido em três capítulos, nos quais, primeiramente, será feita uma abordagem acerca do conceito e da diferenciação entre princípios e regras e a aplicação do princípio da proporcionalidade no caso de colisão de princípios, passando a dissertar sobre os princípios constitucionais da ordem econômica, em especial os da liberdade de iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor. No segundo capítulo, serão feitas considerações sobre um dos tipos de infração à ordem econômica, o Cartel, e sua implicação na caracterização de preço excessivo de produtos ou serviços aos consumidores. Por sua vez, no capítulo terceiro, a abordagem diz respeito à possibilidade de intervenção judicial na hipótese de abuso do poder econômico pela prática de cartel por agentes econômicos, inclusive para a fixação de preços e margem de lucro pelo Poder Judiciário. Por fim, serão feitas conclusões sobre o presente trabalho.

II – PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA – LIBERDADE DE INICIATIVA, LIVRE CONCORRÊNCIA E DEFESA DOS CONSUMIDORES

Dentre os princípios constitucionais da ordem econômica, inte-ressa ao presente trabalho uma abordagem específica acerca dos princípios da liberdade de iniciativa, livre concorrência e defesa dos consumidores. Antes, no entanto, é importante tecer alguns comentários gerais sobre o conceito e a diferenciação entre princípios e regras, para que, posteriormente, se possa entender a aplicação do princípio da proporcionalidade no caso de colisão entre princípios.

Princípio em sentido estrito, segundo Dworkin (LEIVAS, 2006, p. 33), seria “um estândar que tem de ser observado, não porque favoreça ou assegure uma realização econômica, política ou social que se considere desejável, senão porque é uma exigência da justiça, da equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade”¹.

Nota:

(1) Para Dworkin, o conceito de princípio em sentido lato, que seria o “conjunto de estândaes que não são regras”, compreende dois tipos de princípios: princípio em sentido estrito e determinação de objetivo estatal, que é um “tipo de estândar que propõe um objetivo que tem de ser alcançado; geralmente, uma melhora em algum nível econômico, político ou social da comunidade”.

Para Alexy, princípios e regras são normas jurídicas, sendo que os princípios seriam *mandados de otimização*, que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, enquanto que as regras, por sua vez, contêm *determinações* no âmbito fático e juridicamente possível, sendo aplicáveis à maneira de disjuntivas (LEIVAS, 2006, p. 39); são normas jurídicas que, sendo válidas, somente podem ou não serem aplicadas (FREITAS, 2007, p. 29).

Os princípios, portanto, poderiam ser comparados a *pilares de um edifício* (BONATTO, 1999, p. 24), que servem como base do sistema jurídico, atuando como diretrizes orientadoras deste sistema. Os princípios definem fins a serem atingidos, já as regras estabelecem meios e determinam comportamentos a eles adequados de modo mais preciso e definido (FREITAS, 2007, p. 31).

No caso das regras, se antagônicas, uma delas deverá ser excluída do sistema em questão. Conforme as teorias de Dworkin e Alexy, um conflito de regras somente pode ser solucionado, ou bem introduzindo em uma delas uma cláusula de exceção, eliminando o conflito, ou declarando pelo menos uma das regras inválida (LEIVAS, 2006, p. 40/41).

Com os princípios é diferente, eles convivem no mesmo sistema, mesmo que entre eles haja, eventualmente, uma antinomia.

No caso de colisão entre princípios, já que estão abstratamente no mesmo nível, procede-se à ponderação, definindo-se qual dos princípios, diante das circunstâncias do caso concreto, terá maior peso e prevalecerá ao outro.

As normas jusfundamentais², segundo Alexy (FREITAS, 2007, p. 26), possuem caráter duplo, podendo ser consideradas normas tanto do tipo regra quanto do tipo princípio. Quando estabelecem direitos com limites de certa maneira “*abertos*”, serão consideradas princípios e, nesse caso, haven-do colisão, um cederá ao outro no caso concreto após a ponderação.

Nota:

(2) O autor refere que os conceitos de *dispositivo*, *norma* e *direito* fundamental são correlacionados, mas diversos entre si. Os dispositivos são o enunciado semântico ou programa da norma, tal como enunciado no Texto Constitucional; norma é o resultado da interpretação do enunciado semântico do dispositivo que veicula o respectivo comando textual; já direito

fundamental seria a conclusão final após uma primeira etapa de exame do dispositivo e norma, e segunda etapa, de análise da norma à luz das teorias dos limites e restrições (tratadas na obra do autor), verificando-se se a hipótese fática do caso concreto goza de proteção jusfundamental. Em caso positivo, obtém-se o direito fundamental.

Por outro lado, quando estabelecem algo já determinado pela ponderação feita pelo legislador constituinte, indo além de razões *prima facie*, estabelecendo razões definitivas, serão normas jusfundamentais caracterizadas como regras (FREITAS, 2007, p. 32)³.

Nota:

(3) É o caso do inciso XX do art. 5º da Constituição Federal, que institui o princípio da liberdade de associação, enquanto que o inciso XVII do mesmo artigo, que veda a associação de caráter paramilitar, é considerada uma regra, pois resultante de ponderação feita pelo próprio legislador entre o princípio da liberdade de associação e o direito fundamental à segurança e manutenção da ordem pública e paz social.

Apesar de sustentar o caráter duplo das normas jusfundamentais, para Alexy, as normas instituidoras de direitos fundamentais são essencialmente princípios (FREITAS, 2007, p. 169).

Como já referido, não existe, abstratamente, precedência absoluta de um princípio em relação a outro, em razão das imensuráveis situações fáticas e jurídicas diante das quais deverão ter aplicação. Na existência de colisão entre princípios, deve-se verificar, por intermédio da ponderação, qual princípio, no caso, deverá ceder ante a aplicação do outro.

Dessa forma, na hipótese de colisão principiológica, utiliza-se o princípio da proporcionalidade para se definir qual princípio terá prevalência ante os pressupostos fáticos e jurídicos apresentados.

O princípio da proporcionalidade subdivide-se em subprincípios: “*adequação* ou idoneidade do meio empregado para o alcance do resultado com ele pretendido, *necessidade* desse meio (um meio não é necessário se existe um meio mais ameno, menos interventor) e *proporcionalidade em sentido estrito* (o postulado da ponderação, propriamente dito)” (LEIVAS, 2006, p. 47).

De acordo com o princípio da adequação, deve-se verificar, no caso concreto, se o meio empregado para a restrição ou afetação desvantajosa ao direito fundamental é apto a promover o resultado almejado (FREITAS, 2007, p. 208).

A aplicação dos subprincípios da proporcionalidade em sentido amplo ocorre de forma subsidiária. Em virtude disso, se for constatado que o meio empregado para limitar o direito fundamental não foi idôneo, conclui-se que a restrição não é constitucionalmente adequada e, portanto, ofende o dever de proporcionalidade, não necessitando seguir adiante no exame dos outros dois subprincípios (FREITAS, 2007, p. 207 e 209).

No exame da necessidade do meio, será considerado necessário caso o seu fim não possa ser atingido de outra maneira que afete ou restrinja menos o direito fundamental. Havendo excesso, pela existência de meio mais idôneo, que produza igual ou melhor resultado com menor restrição, considerar-se-á a medida desproporcional, em ofensa ao princípio da proporcionalidade.

Por sua vez, no caso do exame da proporcionalidade em sentido estrito, o que se analisa é a “relação custo benefício existente entre o resultado obtido pelo emprego do meio eleito e a afetação desvantajosa a direitos fundamentais dele decorrente”.

A proporcionalidade em sentido estrito seria a ponderação propriamente dita diante da colisão entre direitos fundamentais, exigindo equanimidade na distribuição dos ônus que se farão sentir nos direitos fundamentais afetados (FREITAS, 2007, p. 211), levando-se em consideração as circunstâncias do caso concreto.

Em seu art. 170, a Constituição Federal brasileira dispõe sobre os princípios gerais da atividade econômica. A par de alguns desses princípios serem vistos muito mais como objetivos da ordem econômica, como, por exemplo, o da redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego, podem ser considerados princípios, na medida “em que constituem preceitos condicionadores da atividade econômica” (SILVA, 1994, p. 671).

A ordem econômica brasileira, de acordo com o dispositivo constitucional acima citado, tem como fundamentos a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, com o fim de “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Ainda segundo a Carta Magna, são previstos como princípios da ordem econômica: a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

Dentre eles, relacionam-se mais diretamente com esta proposta de trabalho os princípios da livre iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor; por tal razão, serão feitas algumas considerações acerca dos referidos princípios.

A liberdade de iniciativa, além de estar expressamente prevista no *caput* do art. 170 da Constituição Federal como um dos pilares da ordem econômica, consta no parágrafo único do mesmo dispositivo legal: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, previsto em lei”.

No dizer de José Afonso da Silva (SILVA, 1994, p. 673), a livre iniciativa “é certamente o princípio básico do liberalismo econômico”. No entanto, afirma o autor:

“[...] a liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que ‘liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo Poder Público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidades de submeter-se às limitações postas pelo mesmo’.”

Dessa forma, entende o eminente doutrinador que será considerada legítima a iniciativa econômica quando exercida

com a finalidade de assegurar a todos a existência digna, segundo os ditames da justiça social. Ao contrário, não estará em consonância com os princípios constitucionais caso o objetivo do empresário seja apenas o lucro e sua realização pessoal.

Relacionado com a livre iniciativa está o também princípio da ordem econômica da livre concorrência, sendo conceitos complementares, mas distintos.

Daniel Firmato Glória (GLÓRIA, 2003, p. 78), citando Miguel Reale, dispõe que os princípios diferem porque a livre iniciativa é:

“[...] a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados. Liberdade de fins e de meios informa o princípio da livre iniciativa, conferindo-lhe um valor primordial, como resulta da interpretação conjugada dos citados arts. 1º e 170.”

Já em relação à livre concorrência, em mesma citação refere que:

“[...] tem caráter instrumental, significando o ‘princípio econômico’, segundo o qual a fixação dos preços das mercadorias e serviços não deve resultar de atos cogentes de autoridade administrativa, mas sim do livre jogo das forças em disputa da clientela na economia de mercado.”

A livre concorrência constitui livre manifestação da liberdade de iniciativa, devendo, inclusive, a lei reprimir o abuso de poder econômico que visar à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento injustificado de preços (MORAES, 2000, p. 626).

Para Paula Forgioni (FORGIONI, 2005, p. 272), não seria necessário o Texto Constitucional prever os dois princípios separadamente, visto que “a liberdade de iniciativa implica a liberdade de concorrência e vice-versa”.

Refere a autora que no princípio da livre iniciativa (e da livre concorrência), inclui-se, também, uma atuação estatal no sentido de disciplinar comportamentos que resultariam em prejuízos à concorrência e disciplinar a atuação dos agentes econômicos, de forma a implementar uma política pública, dando concreção aos ditames do art. 3º⁴ e do art. 170 da Constituição Federal (FORGIONI, 2005, p. 273).

Nota:

(4) “Art. 3º/CF/1988 Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – constituir 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 comum de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Essa atuação do Estado no sentido de viabilizar o combate ao abuso do poder econômico relaciona-se com outro princípio que norteia a atividade econômica, o da defesa do consumidor, previsto na nossa Carta Magna também como um dos direitos fundamentais da pessoa humana (art. 5º, inciso XXXII, impondo ao Estado “promover, na forma da lei, a defesa do consumidor”).

Dispõe o art. 173, §§ 4º e 5º, da Constituição Federal:

“Art. 173. [...]

[...]

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com a sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.”

Segundo José Geraldo Filomeno (FILOMENO, 2001, p. 78-79), fica claro que, em um primeiro momento, a norma constitucional de proteção e incentivo às práticas leais de mercado interessam aos próprios fornecedores. Em última análise, no entanto, resta evidente que tal proteção e incentivo interessam também aos consumidores. Assim, entende o autor que “é fundamental que exista a livre concorrência entre as empresas, já que é por seu intermédio que se obtêm a melhoria da qualidade dos produtos e serviços, o desenvolvimento tecnológico na fabricação e melhores opções ao consumidor ou usuário final”.

No mesmo sentido, Rafael Miron (MIRON, 2005, p. 209 e 211) refere que “os benefícios que a livre concorrência pode gerar são incontáveis e atingem toda a sociedade”. Afirma que, desde as idéias liberais clássicas, quanto maior a concorrência, maiores serão os benefícios desfrutados pelos consumidores. Cita Fábio Konder Comparato, que sustentou que o interesse do consumidor era o princípio diretor máximo da legislação repressora do abuso do poder econômico.

Para Paula Forgioni (FORGIONI, 2005, p. 280), nos diplomas brasileiros antitruste e nas normas constitucionais há muito a repressão aos lucros arbitrários ou aos preços excessivos correlatos ao abuso do poder econômico visa também à proteção da população, dos consumidores, não somente ao livre mecanismo dos preços e da concorrência.

A proteção dos consumidores, de acordo com Daniel de Almeida Glória (GLÓRIA, 2003, p. 93), deve ser considerada “o princípio básico do direito da concorrência, pois se não houver concorrência não há uma efetiva defesa do consumidor. Em outras palavras, a empresa sem o consumidor não existe!”.

Em decorrência da previsão constitucional que incluiu a defesa do consumidor como um direito fundamental, criou o legislador o Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Já com o objetivo específico de prevenir e reprimir as infrações à ordem econômica, surgiu inicialmente a Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991, revogada posteriormente pela Lei nº 8.884/1994, conhecida como Lei Antitruste brasileira.

Os citados instrumentos legais seguem a atual tendência de criação de microssistemas jurídicos, que englobam toda a matéria pertinente a um ramo jurídico em um único estatuto normativo (MIRON, 2005, p. 203).

Em ambos, os princípios aqui analisados estão inter-relacionados.

No Código de Defesa do Consumidor, o art. 4º, que define os princípios norteadores do Código, prevê como uns dos objetivos basilares da política nacional das relações de consumo:

“[...]”

III – a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

“[...]”

VI – coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores.”

Importante referir, também, que a Lei Antitruste – Lei nº 8.884/1994 – dispõe, em seu art. 1º, que a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica orientam-se “pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”. E, ainda, que é a coletividade a titular dos bens jurídicos protegidos pela legislação acima referida.

Por fim, com análise sobre as diretrizes atuais do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), indica Heloísa Carpena (CARPENA, 2005, p. 273-274) a prevalência dos interesses dos consumidores, com o abandono de critérios que somente abordavam a questão econômica, em casos levados ao Conselho Administrativo:

“Assim, entre critérios de eficiência (razões econômicas) e a proteção dos interesses do consumidor (razões jurídicas), o princípio da dignidade da pessoa humana torna imperativa a prevalência destes como objetivo da proteção da concorrência.”

III – CARTEL E PREÇO EXCESSIVO

Como visto, uma das bases da ordem econômica no sistema jurídico constitucional brasileiro é a livre concorrência.

Conceitua-se concorrência como o “fenômeno que se verifica quando, no mínimo, duas pessoas estão dispostas a trocar, comprar ou vender a um terceiro um mesmo bem, ou bens intercambiáveis” (FORGIONI, 2005, p. 29).

Isabel Vaz, citada na obra de Daniel de Almeida Glória (GLÓRIA, 2003, p. 56), define concorrência:

“A noção tradicional de concorrência pressupõe uma ação desenvolvida por um grande número de competidores, atuando livremente no mercado de um mesmo produto, de maneira que a oferta e a procura provenham de compradores ou de vendedores cuja igualdade de condições os impeça de influir, de modo permanente ou duradouro, no preço dos bens ou serviços.”

Referido conceito, comenta o autor, diz respeito à chamada “concorrência perfeita”, que pressupunha uma absoluta igualdade de todos os integrantes do mercado. No entanto, a realidade demonstrou que as condições do mercado se afastaram do modelo idealizado pela economia liberal plena. Dessa forma, a concorrência passa a ser vista dentro de um mercado imperfeito, sendo denominada “concorrência imperfeita”. Nesta, “os vendedores podem influenciar os compradores e o fazem através de uma publicidade maciça e da diferenciação de produtos”.

No modelo de concorrência imperfeita, o direito da concorrência engloba o conjunto de regras de intervenção estatal cujo objetivo é garantir que a competição entre as empresas no mercado não seja feita por meio de práticas colusórias ou abusivas (GLÓRIA, 2003, p. 58).

No Brasil, a já citada Lei Antitruste – Lei nº 8.884/1994 –, no Capítulo II, dispõe acerca das infrações à ordem econômica. O art. 20 da lei, em seus incisos, consagra, de um lado, a tutela da liberdade de iniciativa e da livre concorrência e, de outro, a defesa dos consumidores, ou, no dizer de Paula Forgioni (FORGIONI, 2005, p. 283-284), citando a expressão de Marengo, tutela-se as “duas almas” do art. 20, *in verbis* :

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

I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III – aumentar arbitrariamente os lucros;

IV – exercer de forma abusiva posição dominante.”

De acordo com o referido dispositivo legal, podem ser considerados ilícitos os acordos ou a união entre agentes econômicos, se nocivos à concorrência, tendo por objeto ou que possam produzir os efeitos descritos nos incisos do mesmo artigo.

Os acordos restritivos da concorrência são divididos entre verticais e horizontais. Os primeiros ocorrem entre agentes econômicos que desenvolvem suas atividades em mercados relevantes diversos, muitas vezes complementares. Já os horizontais são os celebrados entre agentes econômicos que atuam em um mesmo mercado relevante⁵ e estão em relação direta de concorrência (FORGIONI, 2005, p. 395). Estes últimos, quando visam a neutralizar a concorrência entre eles, são denominados pela autora como cartéis.

Nota:

(5) Para a autora, mercado relevante “é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado”. Para a sua delimitação, devem ser considerados o “mercado relevante geográfico”, como sendo a “área onde se trava a concorrência relacionada à prática que está sendo considerada restritiva”, e o “mercado relevante material” ou “mercado do produto”, definido como “aquele em que o agente econômico enfrenta a sua concorrência, considerado o bem ou serviço que oferece”.

Sem adentrar profundamente na análise histórica das origens do cartel, podemos constatar, com exclusão das práticas históricas de proteção dos mercadores nacionais aos estrangeiros, realizadas desde a Grécia Antiga, o Cartel, na sua forma atual, ou seja, a realização de acordos entre empresas para evitar as diminuições dos lucros advindos de uma concorrência natural, com o estabelecimento de preços e/ou divisão de mercados, pode ser encontrado no período moderno e, especialmente, após com a grande crise econômica da década de 1870 na Europa, período histórico conhecido pela grande industrialização.

Para Luís César Costa (COSTA, 2002), com a crise oriunda da grande industrialização na produção, o que gerou aumento significativo de produtos e esgotamento do mercado consumidor, surgem os cartéis, em especial na Alemanha, a fim de fixarem acordo entre as empresas, para evitar desgastes da concorrência, com o estabelecimento entre si de formas de manutenção dos preços e de divisão de mercados.

Destarte, o Cartel foi um antídoto contra a concorrência natural existente no período histórico conhecido como revolução industrial, que ocasionou, quando da industrialização em grande número, enorme quantidade de produtos e, com um mercado de consumo já limitado, um despencar de preços dos produtos, com reflexo direto nas margens dos lucros, o que ocasionou a grande crise de 1873.

As empresas americanas, já anteriormente protegidas e fomentadas pelas grandes barreiras tarifárias, práticas inexistentes na Inglaterra industrial, vinculada totalmente à política do livre comércio (HOBSBAWN, 1996, p. 63), criam os *trustes* para lidar com as quedas vertiginosas dos lucros e, na Alemanha, surgem os Cartéis, conforme menciona Leo Huberman (HUBERMAN, 1996, p. 239-240):

“A concorrência foi substituída pelo monopólio. Os pequenos negociantes foram expulsos dos mercados pelos grandes. O pequeno negócio foi esmagado pelo grande negócio, ou com ele se fundiu para fazer um negócio ainda maior. Em toda parte houve crescimento, fusão, concentração – indústrias gigantescas se formaram, indústrias que buscavam o monopólio.

[...] negócio é luta.

[...] E a capacidade de resistir, nessa luta, é medida pelas reservas de capital, que determinam o tempo de resistência. A firma com maior volume de capital é a mais forte.”

O mesmo autor conclui que, a partir daquele período histórico, os preços dos produtos, com as práticas do Cartel disseminadas em todos os setores da indústria, deixaram de ser estabelecidos pela concorrência natural do mercado, e os lucros dos monopolistas subiram a patamares antes não registrados (HUBERMAN, 1996, p. 243-245).

Cartel, portanto, pode ser definido como um acordo horizontal, formal ou não, entre os concorrentes que atuam no mesmo mercado rele-vante geográfico e material, que tenha por objetivo uniformizar as variáveis econômicas inerentes às suas atividades, como preços, quantidades, condições de pagamento etc., de maneira a regular ou neutralizar a concorrência (ANP/SDE, 2004, p. 10) ⁶.

Nota:

(6) Cartilha *A Defesa da Concorrência no Mercado de Combustíveis*, editada em conjunto pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) e a Agência Nacional do Petróleo (ANP), em 2004. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/sde>>. Acesso em: 10 abr. 2008.

Para João Paulo Leal (LEAL, 2005, p. 01), Cartel pode ser definido como “toda forma de coordenação de decisões entre empresas concorrentes, que elimine a rivalidade entre elas e busque a obtenção de lucros mais elevados do que seriam auferidos na ausência do Cartel”.

São dois os elementos necessários para a caracterização de um Cartel: existência de acordo entre concorrentes e aptidão de tal acordo para limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência (BOAMAR, 2005, p. 123).

Em relação ao primeiro requisito, o acordo pode ser tácito (ou implícito) e expresso (ou explícito).

A colusão tácita consiste na prática de comportamentos paralelos e interdependentes, adotados pelos concorrentes com base nas expectativas que um agente econômico tem quanto à reação a ser empreendida pelos outros, em virtude de seu próprio comportamento.

Espera-se, por exemplo, que nenhum revendedor baixe seus preços, se houver expectativa de que, a partir de tal atitude, todos os outros concorrentes seguirão seu comportamento, diminuindo seus respectivos preços. Isso porque, se a diminuição não implicar o aumento das quantidades vendidas, não haverá estímulos para que um revendedor reduza seus preços, já que isto levaria a uma redução de lucros.

Ao contrário, pode-se esperar que os revendedores sigam o aumento de preços praticado por um revendedor líder, pois, se não adotarem essa prática, o preço inicialmente elevado poderá ser reduzido ao patamar original, perdendo-se a oportunidade de aumentar as margens de lucro na revenda. O resultado é a fixação do preço de equilíbrio do mercado acima daquele que poderia se considerar como o patamar competitivo.

A colusão tácita, portanto, apesar de não ser condenada, se praticada isoladamente, é um reflexo das condições estruturais e dinâmicas de determinados mercados e resulta em perda de bem-estar para os consumidores (BOAMAR, 2005, p. 125).

Os acordos expressos, por sua vez, são vedados e coibidos pela legislação brasileira, e partem de uma prática deliberada dos concorrentes de eliminar a competição entre eles, combinando diretamente qual deverá ser o comportamento do grupo, a partir da cartelização (ANP/SDE, 2004, p. 12).

Por outro lado, referentemente ao segundo elemento para a caracterização do Cartel, considera-se apto a prejudicar a concorrência o conluio em que seus integrantes disponham de suficiente poder de mercado para influenciar os preços ou

outras condições comerciais. Presume-se tal aptidão quando os agentes do Cartel controlarem, ao menos, 20% do mercado em que atuam (ANP/SDE, 2004, p. 12). Esse percentual é definido tendo por base o previsto nos §§ 2º e 3º do art. 20 da Lei nº 8.884/1994:

“[...]”

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

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

No aspecto criminal, o Cartel é crime contra a ordem econômica ⁷, previsto no art. 4º da Lei nº 8.137/1990. É crime de mera conduta, sendo suficiente para a sua caracterização a conjugação da intenção do agente, o dolo, com a formação do acordo, independentemente do resultado ou da possibilidade de que se alcance o resultado (TAUFICK, 2007, p. 02).

Nota:

(7) “Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica: [...] II – formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre os ofertantes, visando: a) fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.”

Paula Forgioni (FORGIONI, 2005, p. 403), ao comentar os cartéis de preços, refere que “a concorrência é um fator que tende a levar à diminuição dos preços praticados pelos agentes econômicos, como decorrência da disputa pela clientela”.

Prossegue a autora, referindo que “em um mercado competitivo, os abusos serão ‘naturalmente coibidos’, pois punidos pelas próprias forças de mercado”. Assim, se um agente econômico resolve aumentar demasiadamente os preços, perderá clientela de consumidores. Não se pode admitir (e daí a repulsa dos ordenamentos jurídicos à artificial fixação dos preços pelos agentes econômicos) que esse efeito da concorrência seja neutralizado por um acordo celebrado entre os agentes.

A existência de ajuste ou acordo entre os concorrentes, que resulte em majoração do preço do bem ou serviço ou dos seus respectivos custos, é inclusive considerado um dos critérios previstos no parágrafo único do inciso XXIV do art. 21 da Lei Antitruste, para análise da caracterização da imposição de preços excessivos ou do seu aumento injustificado, conduta esta elencada como infrativa à ordem econômica, segundo rol exemplificativo do dispositivo legal acima citado.

Assim, não se pode olvidar que a infração econômica denominada *Cartel* afronta a livre concorrência e a proteção dos consumidores, com reflexos nefastos aos consumidores e ao próprio cerne da livre concorrência. A elevação dos preços de forma concertada e, por consequência, as margens de lucro dos participantes do Cartel afetam diretamente o bem-estar nas relações de consumo, com a fixação artificial dos preços e a captação, pelos produtores, de lucros arbitrários, em evidente prática de abuso do poder econômico em detrimento dos consumidores.

Conforme citado por Fernando Aguillar (AGUILLAR, 2006, p. 237), no anexo I da Resolução nº 20 do CADE, de 09 de junho de 1999, assim resta expresso a definição de Cartel:

“[...] acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio.”

Neste aspecto, cabe colacionar parte do voto do Conselheiro do CADE, Ruy Afonso de Santacruz Lima, Relator do Processo Administrativo nº 08000.015337/1997-48, citado por Daniel Firmato Glória (GLÓRIA, 2003, p. 124-126), sobre a conduta do Cartel:

“[...] o objetivo do Cartel é elevar os preços do consumidor, através da redução da concorrência, aproximando o resultado do mercado em termos de lucratividade ao que seria alcançado numa situação de monopólio. Além do efeito direto sobre o bem-estar do consumidor, na forma da elevação compulsória de preços ao consumidor, o que caracteriza uma transferência de renda deste para o produtor, o Cartel, ao reduzir a concorrência entre as empresas, reduz também a pressão para a melhoria da qualidade dos produtos, para a redução dos custos de produção e para a busca e introdução de inovações de um modo geral.

[...]

O fato é que o Cartel prejudica o consumidor, subtrai do mercado sua função justa e fundamental para o bem-estar econômico resultante de uma economia livre e concorrencial. Se a concorrência não existe, colocam-se em risco princípios fundamentais não apenas do mercado, mas da liberdade e da democracia. Nesse sentido, é preciso por término à visão ainda vigente entre alguns empresários no país que ‘organizar os mercados’ faz parte da atividade empresarial. Não faz. A coordenação é dada pelo livre mercado, único ambiente que define o que é um preço justo.”

Dessa forma, com o Cartel a agredir pilares fundamentais dos princípios constitucionais da ordem econômica, em verdadeiro abuso do poder econômico dos participantes, legitimado está o Estado para a sua intervenção na atividade econômica, a fim de sustar os abusos praticados.

V – DA POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO JUDICIAL NA FIXAÇÃO DE PREÇOS OU DA MARGEM DE LUCRO

Sem adentrarmos em linhas mais aprofundadas sobre as formas atuais de intervenção preventiva e repressiva do Estado, para o presente estudo, abordaremos a possibilidade de intervenção repressiva do Estado mediante o Estado-Juiz, por meio de uma determinação judicial na fixação de margens de lucro quando existente o abuso da atividade econômica.

Como anteriormente citado, a realização de abuso do poder econômico mediante condutas concertadas proporcionam, com raras exceções, a prática de preços excessivos aos consumidores e, por consequência, lucros arbitrários aos fornecedores dos produtos ou serviços.

Cabe frisar, novamente, a Magna Carta determinou, quando expressou que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4º)”, a proteção e fiscalização estatal sobre os abusos realizados pelos agentes econômicos que se afastem dos princípios constitucionais da ordem econômica trazidos pelo Estado Social erigido pela Constituição de 1988.

Dessa forma, pode-se afirmar que a livre iniciativa do titular do poder econômico, assegurada pela ordem econômica vigente, não detém, como os demais princípios constitucionais, caráter absoluto e imune de restrição.

Sobre a temática, o Ministro Celso de Mello, na ADIn 319-4, com publicação da decisão em 03.03.1993 (STF), assim afirmou:

“[...] O princípio da liberdade de iniciativa não tem, desse modo, caráter irrestrito e nem torna a exploração das atividades econômicas um domínio infenso e objetivamente imune à ação fiscalizatória do Poder Público. A intervenção regulatória ou normativa do Estado encontra pleno suporte jurídico na própria Constituição da República, cujo art. 174 autoriza o Poder Público – enquanto agente normativo e regulador da atividade empresarial – a exercer, na forma da lei, funções de controle na ordem econômica, com o objetivo de reprimir o abuso do poder econômico de cuja prática, sempre inaceitável, resultem ou possam resultar a dominação dos mercados, a eliminação de concorrência ou o aumento arbitrário dos lucros (CF, art. 173, § 4º). A regulação normativa, pelo Estado, das políticas de preços traduz competência constitucionalmente assegurada ao Poder Público cuja atuação regulatória é justificada e ditada por evidentes razões de interesse público, especialmente por aquelas que visem a preservar os postulados da livre concorrência, a fomentar a justiça social e a promover a defesa dos direitos e dos interesses do consumidor (CF, art. 170, *caput*, e incisos IV e V). Esta Corte, no desempenho de suas altas funções político-jurídicas, não pode desconhecer e nem permanecer insensível ante a exigência de preservar a intangibilidade desses pressupostos de ordem axiológica, que devem nortear e condicionar, enquanto referenciais de compulsória observância, a atividade estatal de regulamentação e de controle das práticas econômicas.”

Assim, à constatação de abuso do poder econômico, na forma de condutas concertadas entre os concorrentes, que se possa aferir suficiente poder de dominação de mercado relevante, na forma legal, ou, ainda, preço excessivo aos consumidores, o objetivo maior da repressão estatal é assegurar a existência digna de todos e na forma de uma justiça social, conforme preceitua o *caput* do art. 170 da Constituição Federal ⁸.

Nota:

(8) “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:

[...] *omissis*”

Nesse aspecto, toma maior relevo o aspecto da primazia da justiça social nas relações de consumo e nas relações concorrenciais, ambos afetados pela prática perniciosa do cartel. Os princípios expressados no mandamento constitucional devem ser harmonizados, tendo como critério supremo as regras da justiça social (COMPARATO, 1997, p. 19-23), que encontra no consumidor o seu elo mais vulnerável e merecedor de proteção, na forma do art. 5º, XXXII, e art. 170, V, ambos da Constituição Federal.

Como reflexo, no Código de Defesa do Consumidor, a Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo “o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo”, conforme prevê o *caput* do art. 4º.

Ao observar esses objetivos, leciona João Batista de Almeida (ALMEIDA, 2006, p. 16) que a postura do Estado, frente às relações de consumo, ao legislar sobre o tema ou fiscalizar para a garantia dos objetivos elencados no Código de Defesa do Consumidor, visa a “eliminar ou reduzir tais conflitos, sinalizar para a seriedade do assunto e anunciar sua presença como mediador, mormente para garantir proteção à parte mais fraca e desprotegida”.

Igualmente, na própria legislação antitruste (Lei nº 8.884/1994), a lei é orientada para, entre outros objetivos, a proteção do consumidor, conforme se verifica pelo seu artigo introdutório, *in verbis*:

“Art. 1º Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei.”

Mesmo que exista certa divergência na doutrina sobre o destinatário maior da norma repressiva supracitada, conforme já explicitado, com o cuidado de não abandonar a noção de sistema e do próprio vértice constitucional, o da dignidade da pessoa humana, se evidencia a prevalência da defesa do consumidor, inclusive, na legislação antitruste, conforme resume, com propriedade, Heloísa Carpena, após estudo sobre o consumidor no direito da concorrência (CARPENNA, 2005, p. 275):

“A ética no mercado, este transcendente e indefinido espaço onde se encontram a oferta e a procura, é possível, embora não seja naturalmente alcançado pelo jogo das forças econômicas, o qual consagra o predomínio do mais forte. Esta realidade reclama, portanto, a intervenção do Estado, guiada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, cujo reflexo no plano da ordem econômica é a soberania do consumidor.”

Com isso, a soberania dos interesses do consumidor dentro das práticas concorrenciais e de consumo somente será alcançada com uma concorrência não maculada por condutas concertadas entre os agentes econômicos ou com valores dos produtos ou serviços fixados à margem do natural preço de mercado.

Destarte, a atuação repressiva do Estado no controle de preços no mercado incrustado com o abuso do poder econômico não pode ser visto como medida violadora da ordem econômica vigente (COMPARATO, 1997, p. 22).

Com isso, se denota possível, quando verificado na situação fática e sopesados os princípios em conflito, pela própria regra da ponderação e evidenciando a técnica da proporcionalidade, a intervenção do Poder Judiciário, mediante pedidos

dos órgãos de defesa do consumidor ou do próprio Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art. 10, III, da Lei nº 8.884/1994), sem prejuízo da adoção de outras medidas mais coercitivas e pecuniárias, na fixação de preços ou margens de lucros dos agentes que perpetraram o abuso do seu poder econômico e ocasionem a fixação de preço abusivo ou de lucros arbitrários.

Repise-se, a fim de estancar eventual perplexidade da afirmação posta, basta ponderar sobre os interesses e princípios em conflitos, com a prevalência da existência de uma decisão judicial que promova a justiça social, ou seja, que suste os abusos praticados e promova o bem-estar do consumidor, parte mais vulnerável e reflexo da dignidade da pessoa humana dentro do contexto do mercado. Dentro desta lógica, o titular do poder econômico não pode somente visar seus interesses privados, o que é contrário aos interesses da comunidade e inviabiliza o desenvolvimento e a busca pela justiça social (BRUNA, 2001, p. 173).

Essa atuação do Estado-Juiz, ao impor obrigações e não simplesmente sancionar conduta ilícita se demonstra em sintonia e atualizada com os ditames constitucionais e da própria atuação jurisdicional adequada na obtenção de medida eficaz para sustar o abuso perpetrado pelo agente titular do poder econômico.

Nesta linha, o Procurador da República Lafayete Josué Peter assevera (PETER, 2005, p. 150-151) que a:

“[...] atuação positiva do Estado-juiz, por trazer como consequência jurídica algo que deve ser feito e não simplesmente sancionar de forma negativa condutas antijurídicas, constitui técnica jurídica atualizada, frente à complexidade da vida e das interconexões que se estabelecem entre os diversos interesses e direitos.”

Mais adiante, o mesmo autor (PETER, 2005, p. 157), prossegue:

“Sempre que houver adequação (a medida tem efeito de lograr o fim visado: atendimento aos valores protegidos pela Lei nº 8.884/1994), necessidade (essa medida não pode ser válida-mente substituída por outra, menos restritiva) e proporcionalidade *stricto sensu*, ele estará autorizado a adotar solução nessa linha.”

No mesmo sentido, Kazuo Watanabe (WATANABE, 2001, p. 730-731) sobre as novas espécies de provimentos judiciais que visem o cumprimento efetivo das obrigações de fazer e não-fazer para evitar ou reparar o dano aos consumidores:

“No plano do provimento jurisdicional, ao juiz foi conferido o poder de adotar todas as providências adequadas e legítimas à tutela específica das obrigações de fazer e não-fazer [...].

[...] o provimento do juiz na tutela das obrigações de fazer ou não-fazer não se restringirá à mera condenação (provimento condenatório na concepção tradicional), mas abrangerá também a expedição de mandamentos ou ordens [...].”

Entretanto, cabe ressaltar, pelo próprio sustentar do método empregado (princípio da proporcionalidade), que a própria determinação judicial deve atentar para, na sua intenção de fixação de preço ou margem de lucro, não estabelecer medidas que favoreçam unicamente o consumidor em detrimento contínuo dos demais princípios constitucionais da ordem econômica.

Carece a jurisprudência pátria de decisões mais aprofundadas sobre a abordagem aqui enfrentada, sendo as existentes, mesmo que, em seara de apreciação liminar, tenham negado a pretensão específica (fixação de margem de lucro), se inclinam na possibilidade da existência de intervenção do Estado, mediante mandamento judicial, após a constatação da infração econômica:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONSUMO – COMBUSTÍVEIS – PRÁTICA DE CARTEL – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – LUCRO BRUTO – Mostra-se devida a medida antecipatória que determinou a vedação de limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, ou conduta com o objetivo de fixar ou praticar, em acordo com o concorrente, sob qualquer forma, preços ou condições de venda de bens ou prestação de serviços, Todavia, inviável o deferimento da antecipação para vedar o lucro bruto acima de 15,7% no fornecimento de combustíveis aos consumidores, pois ausente prova de que tal medida não cause dano irreparável à parte ré, além de ser medida a necessitar ampla dilação probatória. Negaram provimento. Unânime.” (TJRS, Agravo de Instrumento nº 70020067146, 18ª C.Cív., Rel. Mário Rocha Lopes Filho, Julgado em 04.12.2007)

Por outro lado, entretanto, algumas decisões judiciais começam a perceber que a defesa do consumidor e uma concorrência efetiva merecem maior valoração e atuação positiva do Estado-Juiz para sustar efetivamente a prática abusiva e promover a proteção integral do consumidor:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO – ABUSIVIDADE NA FIXAÇÃO DAS MARGENS DE LUCRO – INQUÉRITO CIVIL – DEFESA DOS DIREITOS DOS CONSUMIDORES QUE SE SOBREPÕE AOS INTERESSES PRIVADOS – Impositiva a atuação do Poder Judiciário na defesa dos interesses difusos e coletivos, quando há fundada suspeita de fixação abusiva de preços, ainda que admitida a livre concorrência. Presentes os requisitos, resta mantida a antecipação dos efeitos da tutela. AGRADO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO.” (TJRS, Agravo de Instrumento nº 70019999630, 19ª C.Cív., Rel. Guinther Spode, Julgado em 23.10.2007)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO – *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA* – Estão presentes os requisitos indispensáveis à concessão da liminar. O *fumus boni iuris* pelos elementos constantes no inquérito civil, que demonstra a abusividade injustificada na fixação do preço dos combustíveis pela parte agravada, em afronta a dispositivos de ordem pública e de interesse social. É, o *periculum in mora* com a prática reiterada no estabelecimento em questão, quando da comercialização de combustíveis por preços à margem do tolerável. AGRADO PROVIDO.” (TJRS, Agravo de Instrumento nº 70018302786, 17ª C.Cív., Rel. Álzir Felipe Schmitz, Julgado em 14.06.2007)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – REQUISITOS – IRREVERSIBILIDADE DO DANO – RELATIVIDADE – COMBUSTÍVEIS AUTOMÓTORES – LIVRE CONCORRÊNCIA – MARGEM DE LUCRO – AUMENTO POR PESSOA JURÍDICA DOMINANTE DO MERCADO – ABUSO DE PODER ECONÔMICO – INTERESSE PÚBLICO – REPRESSÃO – INTERVENÇÃO DA JUSTIÇA – PODER-DEVER – RECURSO PROVIDO – I – Estando a tese sustentada na exordial lastreada em elementos hábeis a conferir-lhe verossimilhança, quesito este imprescindível para legitimar a antecipação dos efeitos da tutela perseguida, impõe-se ao julgador o seu deferimento, a fim de evitar que a demora torne inócua a prestação jurisdicional. II – É dever constitucional da Justiça, quando provocada, reprimir práticas de abuso de poder econômico, deferindo prontamente as medidas necessárias para tanto, sem que isso represente vulneração à livre concorrência. III – Tanto a concessão quanto o indeferimento de pedido liminar resulta, em última análise, prejuízo a uma das partes, não raro, até irreversível, sendo certo contudo que, quando da apreciação de pedido de antecipação de tutela, não se vislumbrando risco de dano deveras grave, desastroso, e estando presentes os requisitos insertos no art. 273 do Código de Processo Civil, o interesse público há sempre de sobrepujar o do particular. IV – Agravo provido.” (TJDF, Agravo de Instrumento nº 20040020042985, 1ª T.Cív., Rel. Nívio Geraldo Gonçalves, Julgado em 25.10.2004, DJ

09.12.2004, p. 84)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – POSTO DE COMBUSTÍVEL – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – Correta a decisão concessiva da antecipação de tutela em ação civil pública movida pelo Ministério Público, após inquérito civil, para tentar coibir a formação de cartel e abusividade no preço dos combustíveis. Verossimilhança das alegações do Ministério Público, em face da prova documental produzida no inquérito civil, inclusive conversas telefônicas entre os proprietários de postos de combustível. Riscos de danos de difícil reparação para o público consumidor, em face dos efeitos perniciosos da cartelização da economia. Negado seguimento ao recurso.” (TJRS, Agravo de Instrumento nº 70020038303, 19ª C.Cív., Rel. Mário José Gomes Pereira, Julgado em 08.06.2007)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – COMBUSTÍVEIS – INDISPONIBILIDADE DE BENS – Instrumento que se faz necessário como forma de garantir o cumprimento e satisfação de eventual sucesso da ação civil pública e reparação dos consumidores lesados a que, eventualmente, estarão sujeitos os demandados da ação civil pública. Restrição sobre bens particulares dos sócios/diretores que se afigura demasiada pela ausência de notícias da real extensão dos possíveis danos ocasionados aos consumidores e falta de decisão judicial deferindo a despersonalização da pessoa jurídica autorizadora da busca do patrimônio do sócio. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER SOB PENA DE MULTA. A ordem judicial para não acerto de preços objetiva restaurar a prática comercial desimpedida de abusos e prejuízo aos consumidores, cuja imposição de multa visa obrigar ao cumprimento efetivo da ordem judicial determinada. Tentativa de demonstração de prova em sede de agravo de instrumento e sem a manifestação pelo juízo de origem que cumpre ser rechaçada sob pena de supressão de um grau de jurisdição. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. A inversão do ônus da prova é admissível ainda que a parte autora seja o Ministério Público, uma vez que age na condição de substituto processual dos consumidores, sabidamente parte hipossuficiente na relação processual. Agravo parcialmente provido. Unânime.” (TJRS, Agravo de Instrumento nº 70018298182, 9ª C.Cív., Rel. Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 30.05.2007)

“AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO – FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEL – ALEGAÇÃO DE PRÁTICA ABUSIVA – TUTELA ANTECIPADA – REDUÇÃO DA MARGEM DO LUCRO – DEFESA COLETIVA DE CONSUMO – Tratando-se de interesse coletivo sobreleva considerar os prejuízos decorrentes de eventual prática abusiva de preço. Mantida a liminar que coíbe margem de lucro bruto acima de 14,1% na venda de combustíveis ao consumidor, tomando-se como base o preço de aquisição junto à distribuidora. A margem bruta de lucro visa analisar o comportamento dos postos de combustíveis no que se refere aos preços praticados. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – POSSIBILIDADE – Tratando-se de matéria que envolve interesses sociais e individuais de consumidores é possível a inversão do ônus probatório. Agravo de instrumento improvido.” (TJRS, Agravo de Instrumento nº 70015944101, 19ª C.Cív., Rel. José Francisco Pellegrini, Julgado em 03.10.2006)

As decisões acima contemplam a responsabilidade do Estado, mediante o Poder Judiciário, em cumprir o mandamento constitucional de fiscalizar o setor econômico, com reprimenda dos seus abusos, e a promoção efetiva da defesa do consumidor, a parte mais vulnerável do mercado econômico e das relações de consumo.

Nesse sentido, Lafayette Petter (PETTER, 2005, p. 162) aduz:

“Destarte, altera-se a posição do juiz, que passa a ter co-responsabilidade na ação corretiva de desvios para a consecução das finalidades a serem atingidas por uma política legislativa. Tal responsabilidade, que, pela clássica divisão dos poderes, cabia exclusivamente ao Legislativo e ao Executivo, passa a ser imputada também à Justiça. Não mais adstrito à legalidade estrita, o operador derradeiro fica obrigado também a uma atitude prospectiva, tendo inclusive responsabilidade pelo sucesso político dos fins do Estado Democrático de Direito, no presente estudo, para a efetivação dos valores protegidos pela Lei nº 8.884/1994, cujos preceitos encontram-se iluminados pela normatividade constitucional da ordem econômica (art. 170, CF).”

Dessa forma, sendo o consumidor a parte mais vulnerável e priorizada pela própria lei antitruste, além da própria legislação consumerista, onde a ordem econômica é pautada pela justiça social, caso verificado o abuso do poder econômico, mediante condutas concertadas ou preços abusivos, a imposição de obrigações específicas de fixação de margens máximas de lucros ou preços, além das sanções pecuniárias ou outras, na forma dos arts. 23 e 24 da Lei nº 8.884/1994, trazem para o consumidor e para a própria concorrência um resultado prático eficaz e que possibilita, no mínimo, ensejar indenizar o próprio mercado econômico afetado pela prática abusiva.

Entretanto, como já frisado, deve-se atentar para, no pedido formulado, não se anular os demais princípios da ordem econômica ou, inclusive, vedar uma concorrência mais efetiva, que beneficie o mercado e, especialmente, os consumidores.

Assim, a fixação de preços ou margens de lucros não pode ser rígida e determinada, mas sim com patamares máximos, a serem fixados após análise e avaliação em mercados similares, desde que competitivos (parágrafo único, III, do art. 21 da Lei nº 8.884/1994), a fim de possibilitar que margens menores sejam ofertadas ou disputadas. Outrossim, tal fixação deve indicar certo prazo ou, se indeterminado, certa condição resolutive de sua fixação, a fim de que, após o período de imposição da obrigação, o mercado promova, caso inexistente a permanência abusiva, as suas regras naturais capitalistas.

V – CONCLUSÃO

A ordem econômica vigente no atual Estado Nacional deve observar diversos princípios constitucionais, sendo que existiu um interesse – para o presente trabalho – acerca dos da liberdade de iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor, fazendo-se uma breve explanação no conceito e diferenciação entre princípios e regras, para que posteriormente se pudesse entender a aplicação do Princípio da Proporcionalidade no caso de colisão entre princípios.

Pelo princípio da livre iniciativa, o agente econômico detém a liberdade de desenvolver sua atividade profissional sem a interferência do Estado; contudo, desta liberdade não pode ele abusar de seu poder econômico. Dessa forma, a par da liberdade do mercado competitivo, a Magna Carta também incluiu, entre os princípios que regem a ordem econômica, a defesa do consumidor, princípio este que, conforme explanado, além de constar nos princípios da ordem acima referida, também faz parte do rol de direitos fundamentais da pessoa humana, disposto no art. 5º da Constituição Federal.

Com isso, verificou-se no presente estudo, sem a pretensão de esgotar a discussão, a preponderância da defesa dos consumidores na legislação antitruste, como forma de equacionar os princípios – já citados, quando em conflito, tendo como norte a dignidade da pessoa humana, princípio maior do nosso sistema jurídico constitucional, em especial quando existente o abuso do poder econômico por condutas concertadas entre os titulares da ordem capitalista ou a imposição de preços abusivos ou lucros arbitrários, na forma do próprio mandamento constitucional e da Lei Antitruste (Lei nº 8.884/1994).

Não se pode olvidar que tudo se fundamenta no vértice constitucional da dignidade da pessoa humana (fundamento constitucional: art. 1º, II, da Constituição Federal/1988), tendo como expoente máximo nas relações do mercado capitalista –

econômico e de consumo, o consumidor, além da necessidade da efetividade de uma concorrência natural, com preços competitivos e de mercado, onde as relações existentes sejam pautadas pela possibilidade de escolha pelo consumidor e um titular do poder econômico comprometido na obtenção de uma justiça social.

Portanto, percebeu-se que a temática enfrentada é fundamental para o Estado, na figura do Magistrado, proporcionar – quando constatado abuso econômico – o seu dever de fiscalização, sendo um poder-dever de atuar no sentido de determinar medidas eficazes para, além de punir os infratores pela conduta praticada, contribuir para que as variáveis econômicas sejam definidas por um mercado realmente comprometido com os princípios da livre iniciativa e concorrência, em prol dos consumidores afetados pelo abuso do poder econômico.

VI – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILLAR, Fernando Harren. *Direito econômico* : do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas, 2006. 407 p.
- ALMEIDA, João Batista. *A proteção jurídica do consumidor* . 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 696 p.
- BOAMAR, Paulo Fernando de Azambuja. *Combustíveis automotivos – Manual dos usuários e revendedores*. Blumenau: Nova Letra, 2005. 423 p.
- BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no código de defesa do consumidor* . 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. 239 p.
- BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso do seu exercício* . 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 190 p.
- CARPENA, Heloisa. *O consumidor no direito da concorrência* . Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 299 p.
- COMPARATO, Fábio. Regime constitucional do controle de preços no mercado. *Revista de Direito Público* , São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 97, p. 17-28, 1991.
- COSTA, Luís César Amad; MELLO, Leonel Itaussu Almeida. *História moderna e contemporânea* . 5. ed. São Paulo: Scipione, 1999. 560 p.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. Capítulo II – Da política nacional de relações de consumo. In: GRINOVER, Ada Pelegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor* : comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste* . 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 571 p.
- FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais – limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. 236 p.
- GLÓRIA, Daniel Firmato de Alemida. *A livre concorrência como garantia do consumidor* . Belo Horizonte: Del Rey, FUMEC, 2003. 212 p.
- HOBBSAWN, Eric J. *A era do capital (1848-1875)* . Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.
- HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem* . 21. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1986. 313 p.
- LEAL, João Paulo Garcia. Cartéis: definição e efeito sobre o bem-estar. *Jus Navigandi* , Teresina, a. 9, n. 657, 25 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6629>>. Acesso em: 20 abr. 2008.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais* . Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 146 p.
- MIRON, Rafael Brum. O direito da concorrência como instrumento de defesa do consumidor. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho et al. (Coord.). *Lei antitruste – 10 anos de combate ao abuso ao poder econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional* . 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000. 798 p.
- PETER, Lafayette Josué. Ato jurisdicional positivo na ordem econômica. Uma normatividade a espera de efetividade: análise de algumas conseqüências jurídicas previstas na Lei nº 8.884/1994. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho et al. (Coord.). *Lei antitruste – 10 anos de combate ao abuso ao poder econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* . 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. 768 p.
- TAUFICK, Roberto Domingos. Do momento de configuração do cartel. *Jus Navigandi* , Teresina, a. 11, n. 1508, 18 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10300>>. Acesso em: 20 abr. 2008
- WATANABE, Kazuo. Capítulo I – Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pelegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor* : comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.