

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

LUIZ DAS NEVES

O modelo Antitruste Brasileiro (Lei nº12.529/2011)

Mestrado em Direito

São Paulo

2015

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

LUIZ DAS NEVES

O modelo Antitruste Brasileiro (Lei nº12.529/2011)

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Comercial, sob a orientação do Prof. Dr. Marcus Elidius Michelli de Almeida.

São Paulo

2015

LUIZ DAS NEVES

O modelo Antitruste Brasileiro (Lei nº12.529/2011)

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Comercial, sob a orientação do Prof. Dr. Marcus Elidius Michelli de Almeida.

Aprovado em: ____/____/____

Banca Examinadora

Prof. Dr. Marcus Elidius Michelli de Almeida (Orientador)

Instituição: PUC-SP

Assinatura _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura _____

Julgamento: _____

Dedico esse trabalho à minha esposa Rosimary, pelo apoio e incentivo irrestrito aos meus estudos, e pela compreensão, durante a gravidez e após o nascimento do nosso filho, Joaquim Luiz, ao aceitar meus momentos de concentração e isolamento para concluir esta pesquisa.

Dedico à minha filha, Anna Beatriz, por também compreender meu isolamento e concentração neste período.

AGRADECIMENTOS

A Deus sempre, iluminador dos nossos caminhos e fonte renovadora de energia do meu dia a dia, em especial dos momentos mais desafiadores nos quais a construção e a conclusão deste trabalho se inserem.

À minha mãe Paula (*in memoriam*), por ser fonte de inspiração e modelo de persistência e de simplicidade para atingir objetivos, ainda que na sua origem pudessem ser só sonhos.

À minha esposa, pelo encorajamento da administração do meu dia a dia, me ajudando a conciliar os estudos com o trabalho e a família.

Ao meu Prof. Dr. Marcus Elidius Michelli de Almeida, pelos grandes ensinamentos ao longo da minha trajetória no Mestrado, que tiveram origem na pós-graduação *lato sensu*, com incentivo e compreensão que se mostraram determinantes para o presente feito.

Aos meus professores, Prof. Dr. Celso Fernandes Campilongo e Prof. Dr. Ivo Waisberg, pelos grandes ensinamentos nas aulas de Direito Concorrencial.

Aos meus colegas de classe de todos os créditos do Mestrado aos quais cursei, com quem, junto aos professores, sempre pude aprender e ampliar o meu conhecimento em Direito, em especial, o Direito Comercial.

RESUMO

Esta dissertação tem como objetivo apresentar o Direito Concorrencial Brasileiro, desde as fontes internacionais de sua formação e dinamismo, até a inserção normativa no Brasil e sua atual legislação, Lei nº12.529/11.

A partir de pesquisas bibliográficas contendo doutrinas, história e legislação, bem como pesquisas em jornais e *sites*, iniciou-se o trabalho pelos elementos que deram origem à formação do antitruste, numa breve visão histórica, teórica e multidisciplinar do instituto, até chegar às figuras jurídicas clássicas da análise antitruste atual.

Em seguida, ingressou-se no estudo da modelagem do sistema antitruste brasileiro, seus aspectos históricos, constitucionais e de melhor adequação a partir da vontade constitucional de 1988, pela economia de mercado, no qual a Lei nº12.529/11 fez bem em reafirmar a defesa da concorrência e reestruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Por fim, utilizando-se de ementas de julgados do CADE e de matérias jornalísticas, além da verificação dos bancos de dados públicos, procurou-se extrair conclusões sobre a boa técnica do antitruste nacional e sua adequação à realidade brasileira.

Palavras-chave: Concorrência. Infração à ordem econômica. Ato de concentração. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

SUMMARY

This thesis aims to present the Brazilian Competition Law, from international sources of its formation and dynamism to the rules insertion in Brazil and current legislation, Law No. 12.529 / 11.

From literature searches containing doctrines, history and law, as well as research in newspapers and websites, the work began by the elements that gave rise to antitrust formatting, a brief historical overview, theoretical and multidisciplinary of the Institute, to finally reach the legal classic figures of the current antitrust analysis.

Following the study of the modeling of the Brazilian antitrust system, its historical, constitutional issues and better adaptation from the constitutional will of 1988, by the market economy in which the Law No. 12.529/11 did well to reassure a antitrust defense and to restructure the Brazilian System of Competition Defense.

At last, by using the menus of trials from CADE and newspaper articles, as well as verification of public databases, we tried to extract conclusions on the good technique of the national antitrust and its adaptation to the Brazilian reality.

Keywords: Competition. Violation of the economic order. Act of concentration. Administrative Council for Economic Defense (CADE).

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	ELEMENTOS DO SISTEMA ANTITRUSTE	17
2.1	Elementos históricos	17
2.1.1	A chegada do liberalismo – Idade Média ao século XVIII	17
2.1.2	Nova organização industrial e reflexos sociais	20
2.2	A origem do antitruste – séculos XIX e XX	21
2.2.1	Keynesianismo em oposição ao liberalismo – reflexos no antitruste do século XX	24
2.2.2	Antitruste europeu – séculos XX e XXI	27
2.3	Elemento teórico	30
2.3.1	Ambiente acadêmico de fundo – Keynes, Hayek e Friedman	30
2.3.1.1	Escola de Harvard	34
2.3.1.2	Escola de Chicago	36
2.3.1.3	Escola orto-liberal	38
2.3.1.4	Escola Austríaca – contrária ao antitruste	40
2.3.1.5	John Nash, Joseph Stiglitz e Jean Tirole, entre outros	42
2.3.1.6	Escolas americanas e europeias	43
2.4	Alguns elementos da microeconomia	45
2.4.1	Eficiência	45
2.4.2	Estrutura do mercado	47
2.4.3	Concorrência perfeita	48
3	ELEMENTOS DA ANÁLISE ANTITRUSTE	50
3.1	Mercado relevante	50
3.2	Concentração econômica	51
3.3	Eficiência no antitruste	52
3.3.1	Horizontal	55
3.3.2	Vertical	55
3.3.3	Conglomerado	56
3.4	Monopólio	57
3.5	Oligopólio	60
3.6	Acordos verticais	61
3.7	Dominação dos mercados	63
3.8	Abuso de posição dominante	64
3.9	Atos e condutas – antitruste	68
3.9.1	<i>Gun jumping</i>	69
3.10	A razoabilidade (regra da razão)	69
3.11	<i>Failing firm defense (FDC)</i>	71
3.11.1	Instituições financeiras – Banco Central e antitruste	74
3.12	Cartel	76
3.12.1	<i>Crisis cartels</i> (cartel da crise)	80
3.12.2	<i>Price leadership</i>	82
3.13	Antitruste – internacional	84

4	DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO	89
4.1	Concorrência – enfoque brasileiro	89
4.2	Brasil: elementos históricos	91
4.3	O Estado na Constituição 1988 (intervenção-regulação-integração)	99
4.4	Princípios constitucionais – aspecto concorrencial	101
4.4.1	Valorização do trabalho humano	102
4.4.2	Livre iniciativa	103
4.4.3	Soberania nacional	103
4.4.4	Propriedade privada	104
4.4.4.1	Função social da propriedade	105
4.4.5	Livre concorrência	106
4.4.6	Defesa do consumidor	107
4.4.7	Defesa do meio ambiente – tratamento diferenciado	108
4.4.8	Redução das desigualdades regionais e sociais	109
4.4.9	Busca do pleno emprego	109
4.4.10	Tratamento favorecido – empresas nacionais de pequeno porte	110
4.5	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – Lei nº12.529/11	111
4.5.1	Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)	112
4.5.1.1	Tribunal administrativo de defesa econômica	114
4.5.1.2	Superintendência-geral	115
4.5.1.3	Departamento de estudos econômicos	117
4.5.1.4	Procedimentos administrativos no CADE	118
4.5.2	Secretaria de acompanhamento econômico	120
4.5.3	Procuradoria do CADE (ProCADE)	121
4.5.4	Dispositivos da Lei nº8.884/94 na nova Lei nº12.529/11	122
4.5.5	Dispositivos principais e inovações	125
4.5.5.1	Atos e contratos de concentração	125
4.5.5.1.1	Forma de apresentação dos atos de concentração	131
4.5.5.1.2	Prazo para a decisão do CADE	133
4.5.5.1.3	Liminar junto ao CADE	133
4.5.5.1.4	Punição por <i>gun jumping</i>	134
4.5.5.1.5	Punição por falsidade ou informação enganosa	134
4.5.5.2	Condutas anticoncorrenciais	135
4.5.5.2.1	Rol exemplificativo das infrações à ordem econômica	137
4.5.5.2.2	Dominação de mercado relevante e seu abuso	139
4.5.5.2.3	Abuso do direito de propriedade	142
4.5.5.2.4	Cartel na lei antitruste brasileira	143
4.5.5.2.5	Venda casada e <i>dumping</i>	146
4.5.5.2.6	Punição das condutas anticompetitivas	147
4.5.5.3	Intervenção na empresa	152
4.5.5.4	Desconsideração da pessoa jurídica	152
4.5.5.5	Prisão	154
4.5.5.6	Acordos entre a Administração Pública e os administrados	155
4.5.5.6.1	Termo de Cessação de Conduta (TCC)	155
4.5.5.6.2	Programa de Leniência	156
4.5.5.6.3	Outros acordos do CADE	159
4.5.5.7	Celeridade e desburocratização do CADE	162
4.6	Acordos internacionais – CADE	163

5	REALIDADE ANTITRUSTE NO BRASIL	167
5.1	Jurisprudências brasileiras – conteúdo de algumas ementas	167
5.2	Fortalecimento institucional – CADE na imprensa	177
5.3	Desinformação do pequeno e médio empresário – cartéis bizarros	179
5.4	Tratamento das informações	181
5.4.1	<i>Open data</i>	182
5.4.2	<i>Compliance</i> (como facilitador de operações)	183
6	CONCLUSÃO	187
	REFERÊNCIAS	190

1 INTRODUÇÃO

Os estudos sobre o Direito Concorrencial, para sua melhor compreensão, necessitam estar permeáveis às verificações do contexto socioeconômico político a cada área de sua jurisdição, a cada tempo, bem como à ordem econômica vigente sob a influência dos debates acadêmicos nacionais e internacionais, sem os quais o estudo da instituição ‘concorrência’ poderia causar estreitamento de visão e baixa compreensão.

O caráter interdisciplinar, reunindo economia e direito, tramita por questões políticas internas de cada jurisdição e não necessariamente haverá soluções iguais, atemporais, aos casos iguais apresentados em outras jurisdições.

É essa complexidade jurídica que obriga os interessados a derivarem os seus olhares a diferentes disciplinas, numa apreciação crítica como método de estudo.

Neste contexto, os ensinamentos de Eleanor M. Fox¹ podem ser usados como um manto iluminador aos estudos concorrenciais desta dissertação na área do Direito Concorrencial, os quais trazemos em destaque para melhor dignificar o desafio dos estudos antitruste, que sem eles, a meu ver, a lógica jurídica do antitruste ficaria prejudicada.

Para melhor esclarecê-los, destacamos o texto *Teaching and learning antitrust-politics, politics, casebooks and teachers* da autora:

[...] because antitrust law is no “Science”; it is not derivable from basic and accepted truths. Rather, it is an aspect of political economy. Like democracy, it encompasses tensions between pluralism and efficiency, power and powerlessness, freedom and fairness. It implicates questions of process and questions of policy.

The study of antitrust law requires the student to contemplate how much is the “right” amount of intervention by government into the economy. The balance society strike today may be different from the balance it finds acceptable tomorrow. Public sentiment changes with changes in America’s economic and political strength and social condition. As public sentiment changes, so too do the opinions of judges. Accordingly, the student must be prepared to any given problem and its possible solutions within the context of moving panorama of social change.² [...]

A tradução livre nos instiga à reflexão por afirmar textualmente que a lei antitruste não está na ordem da ciência, não deriva de verdades básicas, conhecidas e aceitas. Ela é um aspecto da economia política. Como uma democracia, engloba tensões

¹ Professora de Direito da Universidade de Nova York.

² FOX, Eleanor M. *Teaching and learning antitrust-politics, politics, casebooks and teachers*. In: **New York University Law Review**. Heinonline, 66 N.Y.U., Law Review, 1991, p.225-238.

entre pluralismo e eficiência, poder e impotência, liberdade e justiça, que envolve processos e questões de ordem política.

O estudo das leis de concorrência requer do interessado um olhar minucioso sobre o contexto político predominante e o grau de intervenção do governo na economia que fosse considerado base ou aceitável. O equilíbrio buscado pela sociedade hoje pode ser diferente do equilíbrio aceito no futuro. A opinião e o comportamento público oscilam perante mudanças econômicas, forças políticas e condições sociais – a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos. À medida que o sentimento público muda, a opinião *juris* também muda. Dessa forma, o interessado deve estar preparado para lidar com qualquer problema e suas possíveis soluções num contexto mutável do panorama social.

Ainda em conclusão ao seu artigo, Eleanor M. Fox faz referência à outra obra conjunta de E. Fox & Sullivan³, para expressar a opinião de que os casos relacionados no *casebook* estiveram de alguma forma vulneráveis à influência política, notadamente a política econômica norte-americana, razão para propor uma análise do arcabouço antitruste segundo a realidade e os limites das possibilidades políticas vigentes em cada época:

As for the charge of politicization, none of the routes suggested in Fox Sullivan is political in the sense of constraining or disinventing thoughts or ideas in any direction. But most of the routes are political in the sense that antitrust law is a subset of political economy. To ignore that fact is to ignore reality. Law imports political philosophy and personal values, and in that sense, law is political. Antitrust law is Exhibit A. Antitrust law helps us understand the meaning – and limits – of that proposition.³

Para Eleanor M. Fox, é imprescindível ao estudante ou aos operadores do antitruste formarem a sua base principiológica pautados nos valores éticos seguido da análise crítica sobre a história do pensamento econômico e político da sociedade. A conclusão sobre os seus ensinamentos é de que a opção econômica é política e implica em dizer que a política econômica é política; tendo em vista esse pragmatismo de influências, o sistema antitruste é, portanto, o poder vigente.

A liberdade e os meios democráticos são os elementos indissociáveis para as boas práticas, normas e política antitruste.

³ FOX, Eleanor M. Teaching and learning antitrust-politics, politics, casebooks and teachers. In: **New York University Law Review**. Heinonline, 66 N.Y.U., Law Review, 1991, p.225-238.

Pautado nesse primeiro entendimento, transpõe-se para a fronteira entre política e burocracia, na medida em que os agentes em sua função pública não de participar do processo decisório antitruste sob as pressões dos mais diferentes objetivos de políticas públicas. São seres humanos, naturalmente suscetíveis de atuarem politicamente e não apenas burocraticamente, conforme nos ensina o texto “Controles democráticos sobre a administração pública no Brasil”⁴, de Maria Rita Garcia Loureiro, Fernando Luiz Abrucio e Regina Silva Pacheco.

A lei antitruste brasileira prevê em alguns de seus artigos as penalidades específicas aos servidores do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), e naquilo que couber à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. É a medida para neutralizarmos os eventuais desvios das particularidades do processo investigativo-decisório que possam macular a neutralidade do instituto concorrencial segundo a ordem econômica vigente e a política econômica adotada.

Seguindo as estruturas mais avançadas do direito concorrencial, notadamente americana e da comunidade europeia, o CADE tornou-se uma autarquia federal, entidade máxima em direito concorrencial com jurisdição em todo o território nacional, dotado das prerrogativas para editar portarias e resoluções de conteúdos específicos, para o público interno e externo à autarquia, de modo a emoldurar os requisitos e os procedimentos necessários para o bom cumprimento dos objetivos da defesa concorrencial.

Há um paralelo na liberdade de expressão e de iniciativa privada, próprios dos Estados democráticos de direito, com os países nos quais vigem a estrutura legal na defesa da concorrência. Situação análoga à experimentada pelo Brasil após a Constituição de 1988 e as leis posteriores, especiais, em defesa da concorrência.

Ainda que possa surgir alguma crítica à atual Lei nº12.529, de 30 de novembro de 2011, popularmente batizada “Super-Cade”, relevante mencionar que o termo superlativo está condizente com a dimensão do avanço alcançado no Brasil em razão da nova lei antitruste.

O paralelismo feito entre o instituto concorrencial e a democracia está em perfeita sintonia com o direito antitruste nos dizeres do estadista inglês Winston Churchill: “Ninguém pretende que a democracia seja perfeita ou sem defeito. Tem-se

⁴ LOUREIRO, Maria Rita Garcia; ABRUCIO, Fernando Luiz; PACHECO, Regina Silva. **Burocracia e política no Brasil** – desafios para a ordem democrática no século XXI. Rio de Janeiro: FGV, 2010, p.112.

dito que a democracia é a pior forma de governo, salvo todas as demais formas que têm sido experimentadas de tempos em tempos.”

Sendo assim, ainda que possam ser suscitadas descrenças sobre a sua melhor formulação em defesa do bem comum social, há que se curvar diante das evidências históricas de que é melhor um sistema de defesa da concorrência atuante do que nenhum sistema.

A estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) foi criada pela Lei nº12.529, em 30 de novembro de 2011, para entrar em vigor no dia 29 de maio de 2012, com os propósitos de prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica, no qual a coletividade é a titular dos bens jurídicos defendidos pela lei.

Essa concepção do SBDC atendeu não só à sociedade, mas também à Organização para a Cooperação e Desenvolvimento (OCDE) que havia prescrito em seu documento⁵ de 2006, o fortalecimento da política da defesa da concorrência no Brasil, tendo como estrutura recomendada a consolidação das funções investigatória/fiscalizatória, acusatória e julgadora/sancionatória em apenas uma única autoridade autônoma.

Mas, justiça seja feita, essa maturação do CADE (Lei nº12.528/11) teve seu início em 11 de junho de 1994 com a promulgação da “Lei do Cade” (Lei nº8.888/94), que lhe deu competência para julgar casos de concentração, transformando-o numa autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça. Dessa plataforma teve origem grande parte dos dispositivos que atualmente integram a Lei nº12.529/11, de significado aumentativo justificável, “Super-Cade”, por ter tornado o aparato antitruste no Brasil mais robusto e efetivo.

Feitas essas considerações iniciais, o presente trabalho teve o desafio de pesquisar o máximo de informações relacionadas ao antitruste, partindo de suas fontes, contextualização político-econômica e figuras jurídicas, até chegar ao sistema antitruste no Brasil, inclusive num breve olhar sobre sua adequação diante da realidade verificada através de noticiários e *sites*, notadamente do Jornal Valor Econômico e do *site* do CADE.

Portanto, o trabalho esteve direcionado para a abrangência do tema e para a reunião do máximo de informações que pudessem dar um encaminhamento e direção

⁵ ORGANIZATION for Economic Co-operation and Development (OECD) – Competition Law and Police in Latin America, ano 2006, p.67.

aos estudos iniciais de algum interessado sobre o tema antitruste e sobre o antitruste brasileiro, com o propósito de ser introdutório aos estudos sobre o assunto.

O mérito do trabalho em ser abrangente está na escassez de trabalhos voltados para iniciantes, uma vez que no Brasil são poucas as obras que procuram simplificar a apresentação do antitruste e a lei antitruste brasileira. Em regra, tratam do tema partindo do dispositivo legal brasileiro ou abordando particularidades do sistema antitruste que exigiriam outros conhecimentos gerais ou introdutórios.

A dissertação se divide em seis partes, iniciada pela presente parte introdutória e cinco partes de desenvolvimento: apresentação dos elementos do sistema antitruste, dos elementos da análise antitruste, do direito concorrencial brasileiro modernizado pela Lei nº12.529/11, seguida de uma breve verificação dos seus efeitos no Brasil, ainda que num limitado olhar, mas sem prejuízo da conclusão sobre o atual panorama da concretude do sistema antitruste no Brasil.

A segunda parte, das seis partes, faz-se a apresentação dos elementos fontes, brevemente comentados como elementos do antitruste histórico e teórico, basilares, de influência decisiva para o atual panorama antitruste no mundo.

Na parte três faz-se a apresentação das figuras antitruste, na qual as análises jurídicas antitruste se revestem e são os elementos a serem perqueridos numa análise antitruste, conforme os atos e condutas dos participantes de um determinado mercado de produto ou serviço.

Na sequência, parte quatro, analisa-se a inserção do sistema antitruste no Brasil até a estruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e a organização do Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Na parte cinco, são oferecidos os resultados de uma breve verificação da realização do antitruste no Brasil, tanto no âmbito das pesquisas de jurisprudência junto ao CADE, como na repercussão do tema antitruste na mídia especializada, em especial pelo jornal Valor Econômico, durante os meses de outubro e novembro de 2014, e outras questões relacionadas ao tratamento das informações públicas e sigilosas.

Por fim, a parte seis é dedicada à conclusão sobre o atual sistema antitruste no Brasil, sua adequação aos modernos procedimentos de análise e a sua assimilação efetiva no país.

Feita essa apresentação introdutória, importante observar que os diversos temas-tópicos abordados ao longo da dissertação poderiam, cada qual, isoladamente, serem tema de alguma outra dissertação, tamanha suas riquezas individuais e

importância para o Direito Concorrencial, mas que o presente trabalho de dissertação optou por apontá-los e reuni-los, delimitando sua abrangência, de modo a facilitar a compreensão do modelo antitruste brasileiro, ora em vigor.

2 ELEMENTOS DO SISTEMA ANTITRUSTE

Esta parte da pesquisa é desenvolvida em tópicos, aparentemente estanques, em razão do recurso metodológico escolhido para melhor apresentar a complexidade do sistema concorrencial, suas origens, seu caráter multidisciplinar e sua dinâmica tridimensional – economia, política e jurídica concorrencial.

Importante mencionar que alguns desses tópicos ou temas, por vezes, se entrelaçam no tempo, podendo exercer influências recíprocas, tanto no campo teórico como no campo prático, ou mesmo se complementando umas às outras.

2.1 Elementos históricos

A história da evolução do direito antitruste se caracteriza por movimentos, em sua direção, de diferentes enfoques, ora pautados na necessidade do desenvolvimento da sua própria estrutura jurídica ora assimilando as novas diretrizes do momento político, da economia e do pensamento econômico.

A breve análise aqui proposta, desse elemento histórico, tem como objetivo contextualizar os fatos mais marcantes no âmbito econômico, social e político, nos quais as diversas disciplinas são comentadas conforme a oportunidade e o encadeamento histórico, ainda que por poucas vezes a necessidade didática tenha mitigado a ordem dos acontecimentos.

2.1.1 A chegada do liberalismo – Idade Média ao século XVIII

O nascimento das preocupações com o preço justo conforme o equilíbrio das relações de trocas data da Idade Média, muito antes de Adam Smith, segundo os estudos de Raymond de Roover⁶.

Na obra *Business, banking, and economic thought – in late medieval and early modern Europe*, o autor também observa que na antiga lei romana (Codex) já havia um princípio cujo efeito era considerar ilícito qualquer aumento injustificável das relações de trocas-moeda (preços) dos mercadores ou artesãos na condição de monopólio ou praticados de forma concertados (combinados).

⁶ ROOVER, Raymond de. *Business, banking and economic thought*. In: **Late medieval and early modern Europe – selected studies of Julius Kirshner**. The University of Chicago Press, jun.1976, p.273-305.

Em seguida, os doutores escolásticos na Idade Média recuperaram os ensinamentos aristotélicos do conceito de justiça, promovendo a distinção entre justiça distributiva e comutativa, no qual esta é baseada na igualdade absoluta, isto é, na equivalência entre o produto entregue e o recebido – a expressão do preço justo.

A questão do preço justo para os escolásticos estava no livre mercado decorrente da oferta e da demanda dos produtos, e não se baseava no custo de produção, que seria o preço natural ou competitivo. Este preço justo estaria calcado na utilidade e na necessidade da sociedade, e não em decorrência das urgências individuais de compra ou de venda. Por meio dessa premissa, toda e qualquer diferença de preço em relação ao preço justo, decorrente de monopólio ou acertos, seria considerado injusto, uma obra do demônio a ser condenada pela lei canônica da época.

Raymond de Roover nos ensina que os escolásticos acabaram por estender os seus entendimentos sobre o preço injusto de monopólio, conforme São Tomás de Aquino, para as derivações anticoncorrenciais do oligopólio, monopsônio e oligopsônio, segundo São Tomás de Aquino, mas mantendo o termo monopólio para designar qualquer prática anticoncorrencial.

Caso as infringências ao preço justo fossem cometidas de forma não intencional, a lei canônica do século XIV impingia a devolução da soma das diferenças em relação ao preço justo às atividades de amparo das almas pobres cristã, aos hospitais e a qualquer instituto de caridade que beneficiasse a coletividade.

Paula Forgioni informa que a origem dos monopólios remonta à Antiguidade (séc. VII ac. a séc.V), na Grécia, quando o próprio governo grego usava o instituto para gerar receitas e controlar mercado.

Roma também utilizava os monopólios estatais; o governo usufruía, principalmente, do monopólio do sal e concedia alguns monopólios aos particulares. A política de monopólios foi regulamentada e proibida pelo Édito de Zenão, de 483⁷, que tinha a preocupação de impedir acordos de preço que resultasse em abusos.

Já na Idade Média (séc.V–XV), o modelo econômico adotado era feudal, havia ausência normativa a respeito do comércio, até porque, no sistema feudal, a riqueza decorria da posse de terras. Não havia comércio em si, os produtos eram agrícolas e a base era a troca. O Estado intervinha pouco, mas tinha a preferência em negociar a aquisição dos produtos.

⁷ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. 4.ed. São Paulo: RT, 2010, p.38.

A economia da Europa fez evolução e ocorreram as grandes navegações em busca de novos mercados e de matéria prima. Já na Baixa Idade Média, com o crescimento das cidades, surgiram as corporações de ofício.

As corporações de ofício surgem em contexto de florescimento do comércio e artesanato nas cidades, como associação daqueles que tinham interesses comuns e tencionavam protegê-los. As corporações não nascem de imposição das autoridades, mas sim da espontânea união dos agentes econômicos, catalisada pelo peculiar momento histórico. Não se pode, portanto, deixar de notar a semelhança da motivação da gênese das corporações de ofício e dos cartéis ou associações atuais: união dos agentes econômicos tendo em vista a proteção dos interesses que são comuns.

Nesse período histórico nascem muitas das regras de concorrência, positivando princípios que, de certa maneira, inspiram o legislador até nossos dias⁸.

De acordo com Paula Andrea Forgioni, até mesmo as feiras eram utilizadas como mecanismos para coibir o abuso de preço, pois eram realizadas em praças com horários estabelecidos, no intuito de viabilizar a concorrência.

Depois, na Idade Moderna, a partir da fase mercantilista, a troca de produtos passou a ser feita efetivamente por moedas e atividade de monopólio com a exclusividade de comercialização.

Mas nem todos os monopólios eram ilegais. Foi-se estabelecendo a distinção entre monopólios ilícitos e lícitos, que seriam aqueles outorgados pelos soberanos, tendo em vista o bem comum. A apreciação do que vai ao encontro desse bem comum compete, em um primeiro momento, ao governante e somente ele.

Os monopólios legais, fossem exercidos diretamente pelo governo, fossem exercidos pelos particulares, mediante concessão, acabavam largamente utilizados no comércio colonial e do além mar. Veneza, Espanha e Portugal transformam-se nos 'Estados armadores' que detinham o monopólio do comércio marítimo, facilitando a participação de navios privados em seus empreendimentos⁹.

No final do século XVIII surge a doutrina do liberalismo econômico, com fundamento nas ideias de Adam Smith e sua obra *A Riqueza das Nações*, de 1776. Ao Estado não era dado o controle e a organização da economia, era o *laissez faire*, *laissez passer*. Cada indivíduo tinha liberdade para cuidar dos seus interesses; era uma doutrina que atendia aos interesses da burguesia. Surgem nessa época os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência:

Com a Revolução Industrial, o centro de produção deixa de ser a oficina do maestro e desloca-se para as fábricas. Os grandes investimentos em

⁸ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. 4.ed. São Paulo: RT, 2010, p.44.

⁹ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. 4.ed. São Paulo: RT, 2010, p.50.

maquinários, os espaços que se faziam necessários a sua acomodação e a quantidade de mão de obra empregada levam à organização das indústrias. A relação maestro e aprendiz é substituída por aquela entre patrão e empregado. Este assume o risco do empreendimento, pois efetua o investimento, e seu retorno depende da produção das fábricas. Nada há, portanto, na atividade desse empresário que lembre a segurança proporcionada pelo sistema das corporações de ofício medievais¹⁰.

Esta liberdade conferida pelo Estado aos indivíduos aumentou as desigualdades sociais, e o Estado não pode ficar indiferente a este cenário.

Roover informa também que continuavam as críticas ao monopólio, feitas pelo pensador econômico Adam Smith, no século XVIII, por entender que a apropriação do excedente no monopólio é injusta em razão de assimetria de poder entre o comprador e o vendedor.

Ainda que Adam Smith tenha contribuído significativamente para as teorias do livre mercado (*laissez-faire*) “segundo a mão invisível que guiará a sociedade para a ‘riqueza’¹¹”, ao afirmar que com o transcorrer do tempo os preços das mercadorias e os salários estariam equilibrados por si mesmos, será nos escritos dos doutores escolásticos sobre a teoria de valor e preço que a teoria moderna sobre os preços encontrará suas bases teóricas.

Mas, por outro lado, é em Adam Smith que aparecem as primeiras formulações sobre o bem-estar: assim, o mercador ou o comerciante, movido apenas pelo seu próprio interesse egoísta (*self-interest*), é levado por uma mão invisível a promover algo que nunca fez parte do seu interesse: o bem-estar da sociedade. (Adam Smith)

Portanto, a ideia de que as práticas artificiais anticoncorrenciais deviam ser condenadas é muito antiga, têm origem nos escritos do codex da Roma antiga e nos doutores escolásticos, até as escritas sobre o liberalismo econômico formuladas por Adam Smith.

2.1.2 Nova organização industrial e seus reflexos sociais

Na era denominada pré-capitalismo, em meados do século XVIII, ocorre a primeira fase de transformações sociais através do capitalismo comercial da pré-revolução industrial.

¹⁰ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. 4.ed. São Paulo: RT, 2010, p.55.

¹¹ SMITH, Adam. **Riqueza das Nações**. v.I e VII. Coleção “Os Economistas”. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

A partir da metade do século XVIII, com as contribuições econômicas de Adam Smith, o mundo muda de perspectiva tornando-se competitivo baseado numa nova reunião dos fatores de produção – é a fase da Revolução Industrial. O conceito de mercado distancia-se da noção anterior de local, onde as pessoas se encontravam para efetivar as trocas. Agora, fixa-se a ideia de que, além das trocas, o mercado favoreceria a concorrência e a liberdade econômica. A nova ordem concorrencial passa a ser a força motriz da melhor alocação de recursos, que não mais repousará nas relações estáveis de maestro e aprendiz das corporações de ofício, mas nas relações instáveis entre patrão e empregado, associado ao risco capitalista das unidades fabris. A nova forma de produção trazida pela revolução industrial necessitava de conquistas dos mercados: “era necessário o estabelecimento da concorrência.”¹²

Na passagem do século XVIII para o século XIX, ocorre a segunda fase da Revolução Industrial e, com ela, o capitalismo industrial e as grandes corporações.

Ao final do século XIX, e início do século XX, surgem vários movimentos sociais inconformados com as relações de trabalho e a situação econômica vigente. O poder regulador dos preços, antes exercido pelos mercados livremente competitivos, vai sendo substituído por acordos entre as grandes empresas e os sindicatos. O Estado é demandado a intervir por iniciativas pacíficas ou através de revoluções sociais, no qual assume uma posição mais atuante, reguladora e fiscalizadora – é a fase do dirigismo econômico de Keynes a ter perpetuado o modelo de produção capitalista e a exercer suas influências em maior ou menor grau até os dias de hoje.

Assim, parece ter sido também o *enforcement* antitruste no mundo e especificamente, nos Estados Unidos, ora flexível ora agressivo.

2.2 A origem do antitruste – séculos XIX e XX

A razão da importância histórica do surgimento do Direito Antitruste confere aos Estados Unidos da América a primazia de ser o país nascedouro da legislação antitruste, ainda que o Canadá tenha sido o país pioneiro a promulgar a primeira legislação concorrencial em 1889, porém de *enforcement* muito limitado.

Dessa forma, nos Estados Unidos, em 1890, através do Presidente Harrison e de iniciativa do senador John Sherman, foi editada a Lei Federal de 2 de julho de 1890 – o *Sherman Act* – que até hoje é considerada o ícone dos ordenamentos

¹² FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 7.ed. São Paulo: RT, 2014, p.55-57.

jurídicos sobre a defesa da concorrência, tornando ilegal a combinação ou a conspiração com objetivos de restringir o negócio ou o comércio (*Sherman Act*, §1º), assim como as práticas de monopólio, derivações e tentativas (*Sherman Act*, §2º).

A legislação antitruste americana nasceu num contexto social-econômico de guerras de preço entre as empresas que se esforçavam por ganhar mercados e manter os preços através de organização no formato de *corporations* no intuito também de atrair capitais para seu fortalecimento, o que facilitou o surgimento dos monopólios e dos oligopólios, mediante processos de integração vertical e horizontal.¹³

As empresas ferroviárias americanas que haviam se digladiado na década de 1870 por conquistas de clientes através de preços predatórios, passam a se defender contra a concorrência através de um acerto de cartel, o que fez gritar a reação política entre os seus usuários, notadamente as pequenas empresas usuárias das ferrovias.

O *trust* nasceu, então, como uma necessidade de contornar a ausência de força juridicamente vinculante dos acertos do cartel e o provável desrespeito aos seus objetivos.

A origem do termo antitruste nasce de *trust*, um instituto do direito anglo-saxão que permitia a transferência do poder das ações do empresariado para um fiduciário, *trustee*, de comando único, em troca de um *trust certificate*, que faria a força vinculante necessária aos participantes do cartel. O termo antitruste nasce objetivando combater os cartéis abrigados no instituto do *trust*.

No entanto, há uma voz destoante sobre as razões da criação do *Sherman Act*. Segundo Herbert Hovenkamp, a explicação mais provável está capitaneada nos interesses contrariados dos pequenos e ineficientes empresários que desencadearam um intenso *lobby* contra a proliferação de empresas maiores e mais eficientes. Nas palavras do autor, “Senator Sherman himself may have been acting at the behest of independent oil producers in Ohio, who wanted protection from the Standard Oil Company and the railroads”¹⁴.

No entanto, há quem sustente que o *enforcement* do *Sherman Act* não foi imediato em razão da baixa compreensão do Poder Judiciário americano, que demorou muitos anos para compreender o real significado da lei, ainda assim aplicando-a muitas vezes segundo uma interpretação literal (regra *per se*) das suas disposições, o que levou

¹³ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 7.ed. São Paulo: RT, 2014, p.67-69.

¹⁴ HOVENKAMP, Herbert. **Federal antitrust policy: the law of competition and its practice**. West Group. 3.ed. St. Paul (Minn): West Publishing, 2005, p.52.

não só à condenação dos cartéis, mas a todo tipo de acordos de parceria e de formação de sindicatos.¹⁵

É chegado o ano de 1911 como o marco do *enforcement* da lei antitruste americana, refletida na condenação de dois famosos casos da história do antitruste que geraram controvérsias: a condenação do truste *Standard Oil*, comandada por Rockefeller, e a condenação do truste *American Tobacco*. O truste *Standard Oil* foi condenado pela Suprema Corte a desmembrar-se em 38 companhias independentes para eliminar o poder que detinha sobre a indústria do petróleo por concentrações horizontais realizadas ao longo de 30 anos da vigência do *trust*. As mesmas questões de concentração horizontal por meios de aquisição na indústria do tabaco fizeram a Suprema Corte determinar o desmembramento do truste *American Tobacco*.

O progressivo entendimento sobre o significado real e a intenção do *Sherman Act* fizeram despertar as observações para o avanço do arcabouço antitruste de que a lei isoladamente não seria suficiente para fomentar a concorrência nos Estados Unidos, pois só estava focada em acordos colusivos ou de abusos unilaterais por poder de mercado. Por essas razões de complementariedade e de avanço do arcabouço concorrencial foram promulgadas em 1914 o *Federal Trade Commission Act* e o *Clayton Act*, este último voltado para o controle das estruturas e demais práticas anticompetitivas, como a discriminação de preços. O *Federal Trade Commission Act* dá surgimento à agência independente *Federal Trade Commission* (FTC) que tem as funções de vigilância e de aplicação das leis antitruste americano, em paralelo à Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos (DoJ).

A estas leis do *Sherman Act* e *Clayton Act*, juntaram-se outras, como o *Robson-Patman Act* em 1936, voltado para reforçar a coibição das diversas formas de discriminação, e o *Celler-Kefauver Act* em 1950, como reforço ao art.7º do *Clayton Act*, ampliando as previsões e a fiscalização na disciplina das fusões.

Esse arcabouço legal do antitruste americano vige até os dias de hoje e serve como referência ou inspiração a outros países na formulação de suas leis concorrenciais, cada qual com o seu viés institucional-histórico a influenciar também, e de volta, as demais jurisdições concorrenciais dos países, como a contribuição da Comissão Europeia na construção atual do direito concorrencial.

¹⁵ PERITZ, Rudolph J. R. **Competition policy in America**, 1888-1992: history, rhetoric, law. New York: Oxford Universit Press, 1996, p.26-27.

Relevante mencionar que, durante a evolução do antitruste americano, a economia americana e o mundo estiveram envolvidos em diversos acontecimentos sociais e políticos de grande magnitude, como a Grande Depressão de 1929 e as duas Guerras Mundiais. Ambos influenciaram o grau de aplicação das leis antitruste americana, ora mais agressivo ora mais frouxo ou disperso, segundo a força dos *lobbys* políticos e as pressões sociais internas.

Estes acontecimentos sociopolíticos estiveram alinhados ao ambiente do século XX, envolvido em discussões sobre a relação capital-trabalho e o papel do Estado na economia, como reflexo da efervescência ideológica do século envolvendo a corrente de pensamento capitalista e comunista/socialista.

No plano acadêmico, este ambiente conjuntural e filosófico impulsionou estudos e teorias da organização industrial em dois centros universitários dos Estados Unidos: a Universidade de Harvard e a Universidade de Chicago. Ambas trouxeram uma significativa contribuição teórica para as bases do direito concorrencial conhecidas como Escola de Harvard e Escola de Chicago.

Segundo Lucia Helena Salgado¹⁶, as duas escolas, ainda que tenham visões distintas sobre os métodos de estudos do antitruste, permanecem até hoje inseridas no contexto da opinião americana da “incorporação legal do compromisso da nação com a economia de mercado livre”, segundo o *Antitrust Enforcement Guideline* de 1988 do Departamento de Justiça (Doj) americano.

No entanto, a depender do momento histórico americano, a noção de concorrência como um valor absoluto, típico do liberalismo, abre lugar à opção concorrência-instrumento para o bem-estar social keynesianismo em oposição ao liberalismo.

Dessa forma, são estabelecidos os princípios da intervenção estatal na economia, não mais como um instrumento do interesse liberal das grandes empresas e sua perspectiva de expansão internacional do livre mercado, mas também ao contrário, em conjunto com o interesse e defesa da coletividade.¹⁷

2.2.1 Keynesianismo em oposição ao liberalismo – reflexos no antitruste do séc. XX

A grande crise do capitalismo de 1929, conhecida como a quarta-feira negra dos Estados Unidos e do mundo pela forma abrupta pela qual a crise se instalou,

¹⁶ SALGADO, Lucia Helena. **A economia política da ação antitruste**. São Paulo: Singular, 1997, p.12.

¹⁷ CARVALHOSA, Modesto. **Direito econômico**: obras completas. São Paulo: RT, 2013, p.148-149.

paralisou todos os fatores de produção já desgastados pelo cenário de desemprego, desordem de preços e quebra de empresas.

As ideias do economista inglês John Maynard Keynes reunidas posteriormente na “Teoria Geral”¹⁸ foram demandadas para estancar a crise do liberalismo.

O keynesianismo vem em defesa do capitalismo com medidas corretivas do Estado para enfrentar os momentos de crise e a recessão econômica.

Segundo Fábio Konder Comparato¹⁹, a atividade do novo Estado na realização de sua política econômica faz nascer o direito no campo econômico, assim definido como “o conjunto das técnicas jurídicas de que lança mão o Estado contemporâneo na realização de sua política econômica”.

É a atividade do Estado sobre o domínio econômico, regulando a produção de riquezas, a qual Eros Grau²⁰ esclarece a dupla instrumentalidade que se serve o instituto da concorrência, variando de grau segundo a vontade política de cada país:

Por um lado organiza os processos que fluem segundo as regras da economia de mercado, colocando a sua disposição normas e instituições [...] e, por outro, converte-se em instrumento de que lança mão o Estado para influir em tais processos e, a um só, obter a consecução de determinados objetivos de política social – instrumento destinado ao desenvolvimento de políticas públicas, como se vê. (Eros Grau).

Nos Estados Unidos, por exemplo, foi o keynesianismo que deu suporte ao plano *New Deal* do presidente Roosevelt, voltado para socorrer a economia norte-americana da profunda crise provocada pela quebra da Bolsa de Valores de 1929 (Grande Depressão), visto que a criação jurisprudencial da teoria *crises cartels* (CC) e *failing firm defense* (FFD), a serem posteriormente explicados, flexionaram em demasia o antitruste americano.

Este contexto de mitigação do *enforcement* antitruste pode ser medido na abordagem do discurso do presidente Roosevelt aos americanos, encorajando-os à cooperação em sentido amplo:

¹⁸ KEYNES, John Maynard. **Teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. Coleção “Os Economistas”. Nova Cultural. São Paulo: Abril, 1985.

¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. Ensaios e pareceres de direito empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p.465 apud FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**.7.ed. São Paulo: RT, 2014, p.78.

²⁰ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 apud FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**.7.ed. São Paulo: RT, 2014, p.83.

Você e eu reconhecemos a existência de práticas injustas de competição, de preços predatórios e de caos generalizado. Você e eu concordamos que isso deve ser corrigido para que a ordem seja restaurada. Alcançar tal objetivo depende da nossa disposição e vontade para cooperar, bem como de sua vontade e disposição para cooperar com o governo. (Franklin Roosevelt, 1933). (tradução livre).²¹

Vale mencionar que o *New Deal* teve uma composição temporal e programática dividida em duas partes: um primeiro período entre 1933 e 1935, identificado como *early New Deal* em razão das urgências do *National Industrial Recovery Act (NIRA)*, e o segundo período entre 1936 e 1948, conhecido como *later New Deal*.

O *NIRA* envolvia o governo americano nas iniciativas de costurar acordos entre capital e trabalho para promover o aumento de emprego e salário, oferecendo em contrapartida o relaxamento antitruste (suspensão) nos acordos setoriais de não competição para obter maiores preços e lucros, iniciativa que a literatura antitruste denomina “Cartel da Crise”, ou entre empresas, *Failing Firm Defense (FFD)*. Ambas serão apresentadas posteriormente.

A questão do *NIRA* trazida ao presente trabalho teve o condão apenas de mostrar os efeitos práticos do keynesianismo, isto é, seus postulados de Estado indutor da atividade econômica e os reflexos dessa política econômica sobre o *enforcement* antitruste da década de 1930.

A partir da década de 1950, Milton Friedman²² e seus *Chicago's Boys* começam a delinear e influenciar o mundo com o seu pensamento econômico neoclássico, em oposição ao pensamento keynesiano. Nesse centro de estudo da Universidade de Chicago, as inquietações sobre a organização industrial e o antitruste acabaram por apontar a eficiência como um contraponto ao modelo até então dominante da Universidade de Harvard (estrutura-conduta-desempenho).

Esses dois centros de estudos norte-americanos deram origem às bases teóricas do direito antitruste, mundialmente reconhecidas como Escola de Chicago e Escola de Harvard.

²¹ You and I acknowledge the existence of unfair methods of competition, of cutthroat prices and of general chaos. You and I agree that this condition must be rectified and that order must be restored. The attainment of that objective depends on our willingness to cooperate with one another to that end, and also your willingness to cooperate with the Government. (Franklin Roosevelt, 1933).

²² Prêmio Nobel em Ciências Econômicas de 1976, conhecido por sua pesquisa sobre a análise do consumo, a história e a teoria monetária e a complexidade da política de estabilização. Sua filosofia política exaltava as virtudes de um sistema econômico de livre mercado com intervenção mínima.

2.2.2 Antitruste europeu – século XX e XXI

A perspectiva concorrencial da União Europeia gravita em outro ambiente econômico-político-social. Segundo Paula Andrea Forgioni²³, em referência a Jorge de Jesus Ferreira Alves, a concorrência “não é um valor absoluto, mas um meio normal, eventualmente privilegiado, de obter o equilíbrio econômico”. As consequências conclusivas são de que – “se a concorrência não é um valor em si mesmo, pode ser sacrificada em homenagem a outros valores”. É a noção de concorrência-instrumento a pautar também a evolução do antitruste da comunidade europeia.

A evolução histórica do antitruste da comunidade²⁴ tem início nas questões comerciais envolvendo o carvão e o aço entre França, Alemanha, Bélgica, Itália, Holanda e Luxemburgo, quando os países assinaram o Tratado de Paris para formalizar a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), em 1951.

Este tratado nasceu no contexto da Guerra Fria, no qual o ministro das relações exteriores francês, Robert Schuman, fez gestões de cooperação entre os países e as empresas produtoras de carvão e aço, como estratégia militar de suprimento bélico estável, porém de grande impacto e exposição anticompetitivo.

O Plano *Schuman*, como ficou conhecido, não só permitiu a criação do CECA, como também deu forma embrionária à União Econômica Europeia em razão do escopo do Tratado de Paris para abrigar o CECA, e mais adiante, a interesses mais amplos, como o Tratado de Roma de 1957.

No âmbito do antitruste, a criação do CECA “por força maior” deu a oportunidade dos países integrantes do Tratado de Paris de reafirmarem suas convicções antitrustes especialmente em partes do art.4º do tratado, tornando-se um marco inicial do antitruste da comunidade europeia:

Art.4º – As seguintes práticas são consideradas incompatíveis com o mercado comum do carvão e do aço, e deverão ser abolidas e proibidas no âmbito da Comunidade, nos termos deste Tratado:

[...]

b) Medidas ou práticas discriminatórias entre produtores, entre compradores ou entre consumidores, especialmente com relação a preços e condições de entrega ou transporte, e medidas ou práticas que interfiram na livre escolha de fornecedores por parte dos compradores;

²³ ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. Direito da concorrência nas comunidades europeias, p.16 apud FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**.7.ed. São Paulo: RT, 2014, p.81.

²⁴ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**.7.ed. São Paulo: RT, 2014, p.80-82.

- c) Subsídios ou ajudas dos Estados, ou cobranças impostas por Estados, sob qualquer forma;
- d) Práticas restritivas que tendam ao compartilhamento ou exploração de mercados²⁵.

Em 1957, o Tratado de Roma criou a Comunidade Econômica Europeia (CEE) e estabeleceu os pilares do antitruste em toda a comunidade europeia, não só sobre o carvão e o aço, mas sobre todos os setores, conforme o disposto no trecho original consolidado²⁶ dos seus arts.81 e 82, Título VI, Capítulo 1, da Seção 1.

A estes avanços da comunidade europeia somam-se outros, como a política antitruste preventiva, implementada pelo *Merger Regulation*²⁷ em 1989, pelo

²⁵ Article 4 – The following are recognized as incompatible with the common market for coal and steel and shall accordingly be abolished and prohibited within the Community, as provided in this Treaty: [...] b) Measures or practices which discriminate between producers, between purchasers or between consumers, especially in prices and delivery terms or transport rates and conditions, and measures or practices which interfere with the purchaser's free choice of suppliers; c) Subsidies or aids granted by States, or special charges imposed by States, in any form whatsoever; d) Restrictive practices which tend towards the sharing or exploiting of markets.

²⁶ Título VI

As Regras Comuns Relativas à Concorrência, à Fiscalidade e à Aproximação das Legislações.

Capítulo 1 (As Regras de Concorrência)

Seção 1 (As Regras Aplicáveis às Empresas)

Art.81º

1. São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, designadamente as que consistam em:

- a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação;
- b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;
- c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;
- d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
- e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo.

3. As disposições no nº1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:

- a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas;
- a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas;
- a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos;

b) Nem deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

Art.82º É incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste.

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

- a) Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas;
- b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;
- c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
- d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

Disponível em: <https://republicaeuropeia.wordpress.com/2002/12/24/tratado-de-roma-versao-consolidada>. Acesso em: 13 fev.2015.

²⁷ COUNCIL REGULATION (EEC) n°4064/89, de 21.12.1989. EC. Merger control between companies.

qual passou-se a exigir a aprovação prévia da autoridade concorrencial para quaisquer operações que envolvessem riscos de criação ou aumento de poder econômico.

Em seguida, em fevereiro de 1992, foi celebrado o Tratado de Maastricht, dando formalidade à União Europeia para sua integração econômica e política.

Em 2004, aprovou-se o *Council Regulation* (EC) nº139/2004, modificando os critérios de notificação dos atos de concentração à autoridade concorrencial do bloco.

No final de 2007, celebrou-se o Tratado de Lisboa para a vigência em dezembro de 2009, conhecido como Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFEU).

O TFEU trouxe diversas mudanças normativas, mas manteve intactas a redação dos arts.81 e 82 do Tratado de Roma, renumerando-as para arts.101 e 102 como disposições sobre o controle de condutas anticompetitivas.

Massimo Motta²⁸, na mesma linha de pensamento de Jorge de Jesus Ferreira Alves, argumenta que o direito concorrencial europeu também possui razões sociais, além dos objetivos de promover a eficiência e integrar a região – concorrência com objetivos mistos.

Na obra “Os fundamentos do antitruste”, Paula Andrea Forgioni²⁹ destaca a dupla instrumentalidade do direito concorrencial europeu, citando as lições de Frignani e Waelbroeck:

[...] a política de concorrência persegue dois objetivos principais: de um lado, provocar o desfazimento de acordos e práticas tendentes ao fechamento do mercado comum dentro de fronteiras de cada Estado-membro; do outro, facilitar a adaptação das empresas às novas dimensões do mercado e aumentar sua competitividade a nível mundial, favorecendo a cooperação e a concentração entre as empresas dos diversos Estados-membros.

Conforme veremos na parte II desta pesquisa, a legislação concorrencial brasileira tem fortes influências da legislação europeia. Os ensinamentos de Eros Grau,

²⁸ MOTTA, Massimo. **Competition policy**: theory and practice. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2004, p.15.

²⁹ FRIGNANI, Aldo; WAELBROECK, Michel. Disciplina della concorrenza nella CEE, p.7 apud FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**.7.ed. São Paulo: RT, 2014, p.83.

por Paula Andrea Forgioni³⁰, a esse respeito, nos ajudam a compreender o caráter duplo do direito concorrencial na União Europeia e no Brasil:

Por um lado organiza os processos que fluem segundo as regras da economia de mercado, colocando a sua disposição normas e instituições [...] e, por outro, converte-se em instrumento de que lança mão o Estado para influir em tais processos e, a um tempo só, obter a consecução de determinados objetivos de política social – instrumento destinado ao desenvolvimento de políticas públicas, como se vê. (Eros Grau).

2.3 Elementos teóricos

O desafio desse tópico é apresentar sucintamente as diferentes escolas de pensamento econômico e empresarial que nutrem os dois pilares do direito concorrencial – o controle de atos de concentração e o combate às condutas anticompetitivas.

É com base nelas que as figuras jurídicas do antitruste serão desenvolvidas e se consolidarão em bases acadêmicas internacionais e normativas de cada jurisdição, cada qual com as suas particularidades de adoção e *enforcement* histórico, no qual a implantação do antitruste no Brasil não fugiu a regra.

Em complemento a este tópico de breve apresentação teórica da construção do sistema jurídico antitruste, comentaremos também as teorias subjacentes, construídas pela jurisprudência antitruste dos países centrais, como a Regra da Razão, o *Failing Firm Defense* e o Cartel de Crise, todas desenvolvidas para melhor ajustar o antitruste às situações político-social-econômica que se apresentavam, sem contudo ter-lhes garantido os melhores resultados.

2.3.1 Ambiente acadêmico de fundo – Keynes, Hayek e Milton Friedman

Durante o largo período compreendido entre Adam Smith e a publicação da Teoria Geral de Keynes, em 1936, a ideia predominante entre os economistas era a de que a preocupação fundamental deveria ser a construção de uma teoria que explicasse o funcionamento das pequenas engrenagens (microeconomia), com o respaldo teórico de Adam Smith. Esse pensamento parecia estar correto na época, uma

³⁰ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. 7.ed. São Paulo: RT, 2014, p.83.

vez que durante esse período, poucas notícias existiam a respeito de problemas macroeconômicos graves, como fortes inflações ou deflações, elevadas taxas de desemprego, problemas de dívida externa, etc. Somente com a Grande Crise de 1929 é que os economistas foram forçados a repensar vários pontos, surgindo, a partir de então, uma preocupação crescente com a Macroeconomia e, na esfera do poder, o *imperium* do Estado sobre a economia. Nos Estados Unidos, o *Sharmant Act* vigia desde 1890, mas ainda sem o *enforcement* desejado e calcado unicamente na regra *per se*.

Diante das circunstâncias da Grande Crise, Keynes arguiu sobre a conveniência da aceitação e a permanência das teses clássicas de Adam Smith, até então dominantes, e formulou sua Teoria Geral dando bases teóricas para a intervenção maciça do governo na economia, a fim de reduzir os elevados níveis de desemprego herdado da crise.

Esse novo papel dirigente do Estado na economia desencadeou uma verdadeira revolução, tanto teórica quanto prática, posto que no pensamento clássico prevalecia a ideia de que não havia a necessidade de intervenção governamental na economia, porque a economia de mercado funcionava muito bem até então. Com a chegada da crise e o desemprego maciço, a Teoria Geral teve suas ideias aceitas e aplicadas em todo o mundo até o final da década de 1960. Mas a dose excessiva desse intervencionismo estatal acabou por gerar, na outra ponta, desequilíbrios de toda ordem, como inflação, dependência excessiva dos governos e mercados desequilibrados ou pouco eficientes – “estagflação”.

Antecipando-se a esses problemas, em meados da década de 1950, Milton Friedman, professor da Universidade de Chicago e vencedor do prêmio Nobel de Economia de 1976, desencadeou uma verdadeira contrarrevolução, tentando rever de forma mais moderna alguns dos princípios clássicos do Liberalismo. Seu movimento, que ficou conhecido como Monetarismo, representou uma volta às teses de fortalecimento do mercado e da iniciativa privada, de abolição dos controles governamentais, de não intervencionismo e de máximo cuidado no controle da emissão de moeda, aceitando uma visão positivista, matemática, conforme os métodos e usos da física dos economistas neoclássicos.

Nessa seara e calor dos debates da Universidade de Chicago, egresso de Viena, veio a importante contribuição de Friedrich A. Hayek, ganhador do Prêmio Nobel de Economia de 1974 e discípulo de um dos fundadores da Escola Austríaca, o

economista austríaco Ludwig von Mises, de grande relevância e produção teórica liberal ao longo da metade do século XX.

Hayek, seguindo a tradição liberal da Escola Austríaca, irá também se posicionar contra as ideias planificadoras e centralizadoras da economia keynesiana, sob o argumento de que o verdadeiro conhecimento da economia encontra-se nas decisões ou nos planos individuais a partir do livre mercado, por ser a melhor e verdadeira organização econômica, segundo a “mão invisível” de Adam Smith, isto é, na concorrência e sistema livre de preços.

Essa visão é trazida por André Luiz Santa Cruz Ramos³¹, ilustrada pelos dizeres de Hayek³²:

[...] Não podemos esperar que esse problema seja resolvido por meio da transmissão de todo esse conhecimento para um diretório central que, depois de ter integrado todo esse saber, emita uma ordem. Precisamos da descentralização porque apenas assim podemos garantir que o conhecimento das circunstâncias particulares de tempo e lugar seja prontamente utilizado. [...]

Basicamente, em um sistema no qual o conhecimento dos fatos relevantes está disperso entre várias pessoas, os preços podem servir para coordenar as diferentes ações de várias pessoas do mesmo modo como os valores subjetivos ajudariam aquela mente onisciente a coordenar as diferentes partes do seu plano. [...]

Precisamos entender o sistema de preços como um mecanismo de transmissão de informações para podermos entender sua verdadeira função – uma função que ele cumpre evidentemente com menos perfeição na medida em que os preços se tornam mais rígidos. [...]

O sistema de preços é apenas uma dessas criações que o homem aprendeu a usar (embora ele ainda esteja longe de ter aprendido a usá-lo perfeitamente), depois que se deparou com ele, mesmo antes de entendê-lo. [...]

Tudo que podemos dizer é que até agora ninguém conseguiu produzir um sistema alternativo no qual certas características do sistema existente – que são respeitadas mesmo por aqueles que o atacam violentamente – possam ser preservadas, especialmente em relação à capacidade do indivíduo de escolher seus objetivos e, conseqüentemente, de dispor livremente de suas habilidades e conhecimento. [...]

Hayek também fará uma crítica contundente à teoria da “concorrência perfeita”, base dos estudos matemáticos utilizada na fundamentação industrial neoclássica em que aproveitou Milton Friedman e os seus conterrâneos da Escola de Chicago, na qual se serve o sistema antitruste, ainda que este, hoje, seja adotada com critérios e ressalvas.

³¹ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Os fundamentos contra o antitruste**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.45-46

³² HAYEK, Friedrich A. **The use of knowledge in society**. Individualism and economic order. Chicago: University of Chicago Press, 1948, p.77-91.

Sob essa visão crítica ao keynesianismo e aos econometristas, Hayek dirá que a “concorrência perfeita” está no campo do imaginário ideal, tais como: mercadoria homogênea oferecida e demandada por um grande número de vendedores ou compradores, todos relativamente pequenos e sem exercer influências marcantes sobre os preços; livre entrada de competidores, fatores de produção e recursos; e o perfeito conhecimento das variáveis do empreendimento por todos os competidores.

Seriam essas condições de mercado improváveis que sustentariam a afirmação do economista de que a teoria da “concorrência perfeita” deveria ser abandonada, mesmo porque a variável de conhecimento “genuína” voltado para o benefício do consumidor (coletividade) só seria alcançada através da livre concorrência “genuína”, sem as amarras e barreiras à entrada provocadas pelas leis antitruste – sua posição crítica se volta contra o aparato antitruste por julgá-lo anticompetitivo.

Ainda segundo Hayek, a concorrência “genuína”, isto é o *laissez-faire*, proporcionaria melhores escolhas aos consumidores por força das melhores ofertas de produtos (variedade, qualidade e preço), reflexo do livre conhecimento adquirido e depurado pela livre competição, num processo dinâmico das competências humanas – “praxeologia”³³ de Mises da Escola Austríaca. É o choque frontal com o modelo matemático estático da teoria da “concorrência perfeita”.

O pensamento de Hayek³⁴ dirá que somente o conhecimento adquirido livremente, num processo dinâmico de descoberta, de acertos e erros, ou lucros e prejuízos, seria possível justificar o tamanho ótimo de um determinado mercado e seus competidores, e não a modelagem matemática ancorada em bases falsas a ditar a estrutura de um mercado.

Os ensinamentos de Hayek³⁵ apontam que o livre mercado, a economia, está sob a natureza das ciências humanas, e não físicas. Por isso, para promover a concorrência bastaria uma repressão às barreiras, à entrada, notadamente do Estado, isto é, às bases e às leis antitruste. O antitruste seria resultado de “lobbying” da ineficiência para não ocorrer a verdadeira e genuína concorrência do liberalismo.

Entretanto, quis a controvérsia teórica econômica dar maior ênfase somente ao debate entre os keynesianos e os monetaristas de Chicago (Milton

³³ HOPPE, Hans-Hermann. A ciência econômica e o método austríaco. Tradução de Fernando Fiori Chiocca. São Paulo: Instituto von Mises Brasil, 2010, p.11 apud RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Os fundamentos contra o antitruste**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.118.

³⁴ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Os fundamentos contra o antitruste**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.151-152; 164-165; 175.

³⁵ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Os fundamentos contra o antitruste**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.123-125.

Friedman), mesmo porque grande parte das inquietações da Escola Austríaca (pró-liberalismo), excetuado o uso do instrumental matemático, também estavam contempladas pelo pensamento econômico da Universidade de Chicago.

A polarização entre os dois centros universitários americanos, Harvard e Chicago, acabaram por produzir muitos trabalhos teóricos que se estenderam ao terreno prático das formulações antitruste, que explicam as variações do *enforcement* antitruste norte-americano ao longo do século XX, conforme os diferentes alinhamentos político dos governos americanos, a destacar e ilustrar, em posições opostas, o período intervencionista do Presidente Franklin Roosevelt (1933 – 1945) e do liberalismo do Presidente Ronald Reagan (1981 – 1989).

2.3.1.1 Escola de Harvard

A Escola de Harvard é conhecida e definida pela produção dos seus escritos entre 1930 e 1960³⁶ no campo da economia e dos estudos ligados aos mercados e suas diferentes estruturas definidoras de desempenho.

Segundo o economista francês Jean Tirole³⁷, a primeira onda de interesse por estudos relacionados à organização industrial estava associada a Joe Bain e Edward Mason, todos da Universidade de Harvard, estudos esses ligados ao ganho de escala no modelo de produção monopolizado ou oligopolizado.

Ainda nessa linha de organização industrial, o centro de estudos de Harvard conseguiu formatar uma modelagem em bases empíricas das estruturas organizativas e seus efeitos finais no mercado, conhecido como paradigma Estrutura-Conduita-Desempenho (E-C-D), que tomou vulto e marco³⁸ com os trabalhos publicados em 1959, por Carl Kaysen e Donald Turner. Esse paradigma afirma que a estrutura de um mercado (quantidade de competidores, produtos diferenciados ou não, verticalização etc.) determina a conduta das firmas em relação às estratégias de produção, preço e tecnologia, que por sua vez leva ao desempenho do mercado (produtividade, custos, lucros, participação de mercado etc.).

O fundamento matemático do paradigma E-C-D está repousado nos estudos estatísticos das observações realizadas, na época, no qual resultou um elevado

³⁶ HOVENKAMP, Herbert. **The antitrust enterprise**. Principle and execution. Harvard University Press. 2008, p.35-36.

³⁷ TIROLE, Jean. **The theory of industrial organization**. Cambridge: The MIT Press, 1988, p.01.

³⁸ SALGADO, Lucia Helena. **A economia política da ação antitruste**. São Paulo: Singular, 1997, p.28.

grau de correlação negativo entre o número de participantes concorrentes e o nível de concentração de mercado.

Calixto Salomão faz constar também outra denominação para a Escola de Harvard, em razão da ênfase dada aos estudos da estrutura de mercado:

[...] ‘Escola de Harvard’ também chamada Estruturalista (os principais representantes dessa escola são C. Keysen e D. Turner). Os defensores dessa teoria dão ênfase ao estudo da estrutura de mercados individuais para a aplicação do direito antitruste. Para esses autores a estrutura do setor determina predominantemente a *performance* da indústria respectiva. Em uma indústria concentrada as empresas estão protegidas da competição por barreiras à entrada, consistentes em economias de escala, exigência maiores de capital, *know how* escasso e diferenciação dos produtos.³⁹

No campo do antitruste, esse pensamento estruturalista teve predominância por um período compreendido entre os anos de 1950 e 1980, voltada para o objetivo de não permitir estruturas concentradas ainda que houvesse o apelo da eficiência. Nesse período não se vislumbrava a necessidade de qualquer análise sobre os supostos benefícios ou eficiências oriundas de condutas aparentemente anticompetitivas ou de atos de concentração, dado que a regra *per se* já os definia como anticompetitivo.

No entanto, a leitura “harvardiana” de interpretação econômica de maior impacto sobre a legislação antitruste, segundo Lucia Helena Salgado⁴⁰, teve origem nos escritos desenvolvidos por Areeda e Turner, em Harvard (1978-1980), no qual passavam a reconhecer, pela primeira vez, os elementos pró-eficiência e pró-liberdade contidos na legislação antitruste norte-americana.

O arremate de suas descobertas dava uma nova interpretação da legislação antitruste norte-americana, a qual, segundo eles, continha dois objetivos – um econômico (eficiência) e outro político.

Segundo os autores, o objetivo político estaria bem representado pela dispersão preponderante do poder em pequenas empresas locais da época e em linha com a representação no Congresso e a preservação da democracia, num equilíbrio de competição que estimularia a eficiência. Mas também passaram a admitir o erro de se voltar contra as grandes empresas e não reconhecer as particularidades organizativas concentrantes, estruturais, que as levassem à eficiência. Da mesma forma, fez reconhecer os limites do raciocínio antitruste em defesa das pequenas empresas junto aos Tribunais, em razão da base legal norte-americana ser inapropriada para a defesa de

³⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as condutas. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.21-22.

⁴⁰ SALGADO, Lucia Helena. **A economia política da ação antitruste**. São Paulo: Singular, 1997, p.16.

mecanismos de igualdade entre as empresas ou de defesa das pequenas empresas contra as grandes corporações.

Segundo Herbert Hovenkamp⁴¹, esses escritos de Donald F. Turner trouxeram também outras reflexões e o entendimento sobre a integração vertical, a qual, na sua nova visão, não mais seria anticompetitiva *per se*, pelo contrário, poderia estar também na direção da eficiência. Turner e Areeda acabaram se alinhando com as preocupações focadas na conduta da Escola de Chicago.

2.3.1.2 Escola de Chicago

Contrapondo-se à Escola de Harvard está a Escola de Chicago-Neoclássica cujo ponto central para a análise do objetivo do antitruste é proteger a eficiência, focada na capacidade de maior produção ao menor custo e diretamente beneficiar os consumidores (bem-estar). A preocupação com a eficiência bastaria ao direito antitruste.

As críticas recaem sobre os diversos absurdos constatados pelo paradigma E-C-D, no qual os resultados do seu emprego chegavam a reprovar operações com baixíssimo nível de *market share* ou de inegável eficiência.

Segundo Lucia Helena Salgado⁴², Bork (1978) faz uma contundente e famosa crítica ao antitruste da época (1960 a 1980) – *The Antitrust Paradox* – cujas bases teóricas estavam direcionadas à Escola de Harvard, ao antitruste da época e à Suprema Corte: “[...] a lei tem produzido resultados crescentemente bizarros. Algumas de suas doutrinas promovem a competição, enquanto outras a suprimem, o que resulta em uma política em guerra consigo mesma”. (Bork).

O autor também não poupa a Suprema Corte por ter introduzido interesses conflitantes com a eficiência econômica, tais como “a sobrevivência e o conforto da pequena empresa”.

Para Bork, as regras do antitruste até então continham regras econômicas irracionais que “significativamente impediam tanto a competição quanto a habilidade de a economia produzir bens e serviços eficientemente”.

⁴¹ HOVENKAMP, Herbert. **The antitrust enterprise**. Principle and execution. Harvard University Press, 2008, p.37.

⁴² SALGADO, Lucia Helena. **A economia política da ação antitruste**. São Paulo: Singular, 1997, p.17-18.

Ainda segundo o autor, o objetivo da atividade antitruste seria a busca da eficiência competitiva para alcançar a eficiência produtiva, o vigor da inovação técnica e a criação de novos produtos, que sempre induzirá ao bem-estar do consumidor.

Essa linha de pensamento, a “força competitiva”, refletia os novos ares da Universidade de Chicago: Milton Friedam, *Chicago's boys*, o monetarismo, a alocação eficiente de recursos, a economia de mercado, a Microeconomia. Enfim, a Economia Positiva, com suas proposições “distantes de valores”, numa lógica positiva dos modeladores estatísticos ou econometristas.

Nessa conjugação de forças, de um lado, egressos do estruturalismo puro, como Areeda e Turner; do outro, Bork e Richard Posner⁴³ e demais pensadores críticos, como Eleanor M. Fox, acabaram por ditar as novas bases do atual antitruste nos Estados Unidos que passou a ser referência obrigatória na construção antitruste das demais jurisdições estrangeiras, em que as duas escolas americanas e seus postulados ora se aproximam ora se distanciam em oferecer a matriz teórica no combate ao preço distorcido do poderio econômico.

No entanto, ambas as escolas apresentam suas dificuldades teóricas na aplicação isolada ao antitruste, que se resolvem numa investigação caso a caso mediante o estudo do “mercado relevante” e estudos sobre os benefícios e ônus (regra da razão) causado pela conduta ou de um ato de concentração.

Partindo do mesmo modelo parentiano que aponta para perdas de bem-estar do consumidor diante da elevação nos preços de produtos, cada escola apresentará sua visão própria dos malefícios ou não da concentração do mercado.

A Escola de Harvard afirma que o exercício do poder de mercado (elevação de preços) decorrente de uma posição de monopólio reduziria a eficiência distributiva, e que por esse motivo, não poderia ser admitida, uma vez que os eventuais ganhos obtidos com as reduções de custos não seriam repartidos com os consumidores (eficiência distributiva).

A Escola de Chicago, em posição contrária a dos estruturalistas, argumenta que mesmo na condição de monopólio e de preços elevados no curto prazo, a dinâmica alocativa do emprego dos recursos daria ao monopólio a condição de gerar reduções significativas de custos, propiciando a redução de preços no longo prazo para a riqueza da sociedade (eficiência alocativa). A crítica a essa teoria refere-se à dificuldade

⁴³ POSNER, Richard. **Antitrust law**. 2.ed. The University of Chicago Press, 2001, p.2001.

de garantir que os ganhos com a redução do custo da produção sejam repassados aos consumidores.

Como resultado do encontro dessas duas dimensões de pensamento e sua evolução, temos hoje, segundo Herbert Hovenkamp⁴⁴, um antitruste norte-americano mais robusto, temperado pela convergência das duas escolas, ainda que continue no detalhe, a característica da Escola de Harvard sendo um pouco mais intervencionista que a Escola de Chicago.

2.3.1.3 Escola orto-liberal

Além das Escolas de Harvard e de Chicago, Calixto Salomão Filho faz alusão à Escola de *Freiburg* ou Orto-Liberal, nascida nos anos 1930, a qual analisa a concorrência tanto com enfoque no consumidor quanto no concorrente, contrapondo-a com as escolas americanas:

A maior contestação a essa teoria (Chicago) vem da chamada Escola Ordo-Liberal ou Escola de Freiburg. A Escola de Freiburg nasce nos anos 30 na Alemanha, como reação aos fracassos econômicos da República de Weimar e como crítica à concepção econômica nazista que começava a ser aplicada. Os componentes dessa Escola identificam no livre jogo dos monopólios e cartéis na Alemanha dos anos 30 um dos grandes motivos para o fracasso econômico da República de Weimar e a ascensão do nazismo. Para seus representantes garantia da competição é fundamento essencial para garantia do funcionamento econômico de uma economia de mercado. A organização ideal da ordem privada é aquela que permita a autocoordenação e o autocontrole. O direito deve criar condições para que ambas as garantias se efetivem: a autocoordenação é garantida através das transações privadas, para as quais o direito de propriedade e o direito das obrigações são elementos organizativos fundamentais. Já a segunda ordem, autocontrole, “becomes effective as soon as the potential partners to a transaction have moved into a position which allows them to assess the conditions of na Exchange in view of the possibility of substituting partenrs to (and objects of) a transaction”, isto é, “as soon as effective competition is possible. The transitory patterns of allocation an of distribution produced by self coordination and self control reflect a spontaneous order”⁴⁵. [...] É esse tipo de preocupação – a possibilidade de efetiva competição – que deve ter guarida no direito concorrencial.⁴⁶

⁴⁴ HOVENKAMP, Herbert. **The antitrust enterprise**. Principle and execution. Havard University Press, 2008, p.38.

⁴⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.26. “Cfr. M. Streit, “ Economic order, private law and public policy the Freiburg School of law and economics in perspective”. In: Journal of Institucional na Theoretical Economics, p.148 (1992), p.677 (683).

⁴⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.26.

Na análise dos elementos fundantes do antitruste europeu, Paula Andrea Forgioni⁴⁷ marca outra grande diferenciação de visão antitruste europeia em relação à norte-americana:

A União Europeia, tal como existe hoje, não teria sido alcançada sem a implementação de política concorrencial consistente. Assim, as normas que disciplinam a concorrência são utilizadas para fins maiores, tendentes à implementação dos escopos impostos pelo Tratado da União Europeia e também pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, especialmente pelo art.3º do primeiro, ou seja, ‘crescimento econômico equilibrado’, a ‘estabilidade dos preços, numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social’, um elevado nível de proteção e de melhoramento da qualidade do ambiente’, além do fomento do ‘progresso científico e tecnológico’, além da ‘justiça e a proteção sociais, a igualdade entre homens e mulheres, a solidariedade entre as gerações e a proteção dos direitos da criança’. A política concorrencial deve também ser instrumento da promoção da ‘coesão econômica, social e territorial’ e da solidariedade entre os Estados-Membros’. Atente-se, ainda, para o art.7º do TFUE que exige a ‘coerência entre as suas diferentes políticas e ações, tendo em conta o conjunto dos seus objetivos [...]’.

Depreende-se assim, que a política concorrencial europeia, de inspiração orto-liberal, é instrumental para que o Estado atinja também outras finalidades de integração da região dos Estados-membros, bem como a melhoria das condições econômicas para os seus cidadãos, sob uma plataforma de economia social de mercado – diferente do ditame norte-americano de economia de mercado.

Sobre esse prisma da economia social de mercado, a escola de *Freiburg* também irá criticar o conceito neoclássico de utilidade marginal do produto relacionado à indiferença de preço sob condições artificiais de mercado, pois, segundo a escola, isso seria pouco diante da necessidade de liberdade de escolha que pautasse não só em preço, mas em qualidade, pluralidade de produtos e tudo o mais relacionado aos aspectos culturais regionais envolvidos.

O Estado não poderia se ausentar do regramento e incentivo à competição. Se o fizesse, monopólios (ou oligopólios) inevitavelmente surgiriam, o que não só prejudicaria quaisquer vantagens advindas de uma economia de livre mercado, como também poderia aprisionar o próprio governo, uma vez que o poder econômico concentrado, distribuído em poucos grupos, deixaria o poder político em desvantagem à coletividade.

⁴⁷ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. 7.ed. São Paulo: RT, 2014, p.83.

A teoria orto-liberal irá também revelar a importância da verificação das barreiras à entrada de outros competidores no mercado como uma forma de melhor avaliar a real posição de poder sobre o mercado.

Por fim, a Escola orto-liberal faz críticas aos pressupostos neoclássicos de Chicago, notadamente referentes ao conceito de bem-estar do consumidor e ao uso excessivos de modelos econométricos para pautar os objetivos legais na defesa da concorrência.

2.3.1.4 Escola Austríaca – contrária às leis antitruste

A visão econômica da Escola Austríaca, na qual se inclui Hayek, é de que os desarranjos da economia, suas crises, são produtos da pretensa sabedoria planificadora do Estado e seu arsenal intervencionista na economia, portanto, falhas de Governo e não de mercados.

Enquanto a grande maioria das publicações especializadas ou não, apontavam como causa das crises de 1929 e 2008, o excesso de liberalismo, os seguidores do “pensamento austríaco” discordam e apontam como causas dessas crises o excesso de intervencionismo, principalmente ligado à promoção e expansão artificial do crédito.

Os estudos de Hans-Hermann Hoppe⁴⁸ sobre o método investigativo da Escola Austríaca trazem o que um dos fundadores da escola (Mises) chamou de “praxeologia” – lógica-aplicada das descobertas econômicas da vivência humana. Estas “descobertas econômicas da vivência humana” não aceitariam a visão positivista de “que a ciência econômica deveria imitar os métodos utilizados na física matemática”.

O instrumental matemático dos positivistas, a aceitação da “concorrência perfeita”, será uma das principais marcas da crítica e da diferenciação sobre a Escola de Chicago, ainda que ambas comunguem do mesmo espírito libertário do liberalismo.

Para a Escola Austríaca, o antitruste não protege a concorrência, ao contrário, impõe barreira à entrada e à competição. Seria mais uma manifestação intervencionista do Estado, a premiar a ineficiência acomodada nos *lobbys* para a aprovação de leis antitruste – verdadeiras barreiras à genuína concorrência do liberalismo.

⁴⁸ HOPPE, Hans-Hermann. **A ciência econômica e o método austríaco**. Tradução de Fernando Fiori Chiocca. São Paulo: Instituto von Mises Brasil, 2010, p.11 apud RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Os fundamentos contra o antitruste**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.118.

De Soto⁴⁹, principal economista “austríaco” da Espanha, elabora a crítica ao conceito de equilíbrio da “concorrência perfeita” dos positivistas, de visão estática, irreal para o mundo concreto e dinâmico da economia, nos seguintes dizeres:

O conceito errôneo de concorrência é aquele que vê a concorrência como uma situação, um estado de equilíbrio em que há uma multiplicidade de ofertantes que produzem exatamente o mesmo produto e vendem exatamente ao mesmo preço – ou seja, não há competição nenhuma entre eles. [...] Logo, é fácil observar que estes dois conceitos de concorrência são praticamente opostos: de um lado temos a concorrência como um processo dinâmico de rivalidade, que é o conceito *correto* de concorrência; de outro temos a burla, que supõe uma concorrência jocosamente chamada de perfeita, que é caracterizada por uma situação em que todos os empreendedores fazem absolutamente o mesmo — e portanto ninguém compete com ninguém. [...] É aqui que podemos constatar, novamente, um dos exemplos mais claros do nefasto efeito gerado pelo uso da matemática na ciência econômica. Dado que a ciência econômica nada mais é do que a ciência da ação humana, os fenômenos estudados dependem totalmente da interação voluntária entre bilhões de indivíduos, algo que por definição não pode ser matematizado.

Do todo, depreende-se que o pensamento desta escola é radicalmente oposto das demais escolas que nutriram o sistema antitruste, como conhecido hoje, mas sem que isso signifique o seu descredenciamento ao debate acadêmico – muito pelo contrário.

Para essa escola, o importante é saber se há liberdade de entrada a um determinado setor da economia em decorrência da coerção sistemática do Governo através de agências reguladoras, de burocracias excessivas e dos mesmos regramentos e leis antitruste, ou seja, se haveria impedimento ao exercício da livre iniciativa.

André Luiz Santa Cruz Ramos⁵⁰ esclarece ainda outro paralelismo com a Escola de Chicago, fora a identificação com o liberalismo, que é a concordância com a “teoria da captura” delineada pela Escola de Chicago, tratando da propensão das empresas reguladas atuarem em prol da regulação, sempre com o objetivo de restringir ou de impedir a concorrência nos setores regulados.

⁴⁹ DE SOTO, Jesús Huerta. **As definições corretas de monopólio e concorrência** – e por que a concorrência perfeita é ilógica. Instituto Ludwig von Mises Brasil. Disponível em <http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1603>. Acesso em: 20 mar.2015.

⁵⁰ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Os fundamentos contra o antitruste**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.199.

2.3.1.5 John Nash, Joseph Stiglitz e Jean Tirole, entre outros

São muitos os nomes de autores que ofereceram e ainda oferecem contribuições ao antitruste, mas aqui escolhidos apenas por sua relação com o tema abordado neste trabalho ou cujas contribuições estejam na ordem da atualidade e dos noticiários.

John Nash, matemático norte-americano, ganhou o Prêmio Nobel de Economia de 1994, junto a Reinhard Selten e John Harsanyi, por seus estudos sobre a Teoria dos Jogos, em doutoramento defendido em 1950 na Universidade de Princeton. O estudo motivou suas descobertas quanto aos equilíbrios não-cooperativos, chamado Equilíbrio de Nash, de grande impacto econômico-teórico no antitruste para a análise de mercado com poucos ofertantes, típica do capitalismo vigente. A interdependência das estratégias desses poucos competidores é que vem a dar a transposição para a Teoria dos Jogos e sua análise econômica moderna no antitruste.

Joseph Stiglitz, economista norte-americano, venceu o Prêmio Nobel de Economia de 2001, juntamente com A. Michael Spence e George A. Akerlof, por seus estudos sobre a assimetria de informações que lançaram as bases do novo conceito de que as economias que sofrem de imperfeições de informação não poderiam atingir a eficiência de Pareto⁵¹, mesmo se considerados os custos da obtenção da informação. Nessa assimetria de informações o mercado seria imperfeito:

O mercado neoliberal fundamentalista foi sempre uma doutrina política a serviço de certos interesses. Nunca recebeu o apoio da teoria econômica. Nem, agora fica claro, recebeu o endosso da experiência histórica. Aprender essa lição pode ser a nesga de sol nas nuvens que hoje pairam sobre a economia global. (Joseph Stiglitz)⁵²

Stiglitz nos traz outras contribuições⁵³ ao criticar uma série de acontecimentos no campo da economia ligados às influências da tradição neoclássica para promover grandes empresas e seu encorajamento à tecnologia, absorvendo e concentrando produções concorrentes médias e pequenas, para desenvolver produtos em grande escala e propaganda massiva para construir o gosto do consumidor e não apenas

⁵¹ Conceito de economia desenvolvido pelo italiano Vilfredo Pareto. Uma situação econômica é ótima no sentido de Pareto se não for possível melhorar a situação, ou, mais genericamente, a utilidade de um agente, sem degradar a situação ou utilidade de qualquer outro agente econômico. Numa estrutura ou modelo econômico podem coexistir diversos “ótimos de Pareto”. Um ótimo de Pareto não tem necessariamente um aspecto socialmente benéfico ou aceitável.

⁵² O GLOBO. Joseph Eugene Stiglitz. Prêmio Nobel de Economia 2001. O fim do neoliberalismo. Publicado em: 16 jul. 2008.

⁵³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.232-233.

atender as suas preferências. Segundo ele, isso demandaria mudanças significativas nos pontos de vista sobre as políticas governamentais de concorrência diante das estruturas de mercado ou, mesmo descentralizando-o e coordenando-o.

Jean Tirole, economista francês, vencedor do Prêmio Nobel de Economia de 2014, valeu-se da Teoria dos Jogos de Nash para desenvolver o “jogo da regulamentação” junto com o francês Jacques Laffont. Seus modelos comprovariam que sem uma regulação específica para setores da indústria dominados por poucas e grandes empresas, na situação de monopólio ou oligopólio, haveria prejuízos à economia em razão de preços elevados e descolados de custos, bem como baixa produtividade – configurando-se obstáculos à concorrência.

Tirole e Laffont⁵⁴ influenciaram bastante a regulação da infraestrutura na Inglaterra, em 1980, após as privatizações da Primeira Ministra Margaret Thatcher, e por consequência, exerceram influência indireta na regulação dos setores de infraestrutura no Brasil, pós-privatização dos anos 1990, em razão da escolha da modelagem ter se baseado no modelo adotado na Inglaterra. Dentre os seus estudos no domínio da organização industrial e da regulação da concorrência, vale a pena mencionar seu outro estudo mais recente de como a psicologia poderia estar integrada aos modelos econômicos que, uma vez vencido esse desafio, poderá nos dar outro salto na teoria econômica e de uma forma quase decisiva à teoria antitruste.

2.3.1.6 Escolas americanas e europeias

A diferença de economia de mercado e economia social de mercado, entre as visões do antitruste americano e europeu, ditará percursos distintos para os objetivos antitruste, cada qual com as suas especificidades.

Nos Estados Unidos⁵⁵, em linha com o pensamento econômico neoclássico da Escola de Chicago, o alvo da atividade antitruste é o exercício do poder de mercado direcionado apenas contra o consumidor. Nos dizeres dos teóricos de Chicago, a única finalidade do antitruste é a eficiência econômica a serviço do bem-

⁵⁴ O ESTADO DE S.PAULO. Edição publicada em: 14 out.2014, p.B-4.

⁵⁵ HORIZONTAL Merger Guidelines 2010. U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. Issued: August 19, 2010. Disponível em: www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.html#2b. Acesso em: 03 mar. 2015.

estar do consumidor. Esse pensamento encontra eco no território americano até os dias de hoje, no qual os dizeres de Bork⁵⁶ continua sendo referência:

A lei antitruste, como se encontra hoje, só tem um objetivo legítimo e esse objetivo pode ser derivado rigorosamente de qualquer teorema econômico. (I) O único objetivo legítimo da lei antitruste americana é a maximização do bem-estar do consumidor;

Na União Europeia⁵⁷, o alvo começa pela posição dominante segundo os indicadores de desempenho individual de cada segmento do mercado (mercado relevante) e, uma vez efetivado esse exercício, este poderá ser não só contra o consumidor, mas também contra os concorrentes e fornecedores – a coletividade.

Essa posição de domínio no mercado relevante será o passo inicial para o exercício do poder de mercado. No entanto, também deverão ser analisadas as vias pelas quais o agente obteve a posição de domínio. Se tratar-se de um processo natural fundado na maior eficiência, será positivo e legal. Por outro lado, em sendo um processo “artificial” através de conduta unilateral (ato de concentração) ou de conduta em conjunto (cartel) será ilegal, salvo justificativas atribuídas a cada caso.

Desta forma, tautologicamente, o raciocínio sobre a conduta empresarial indesejada passa pela criação ou reforço “artificial” de poder de mercado e consequentemente pela ilegalidade do aumento de preços, nas quais as duas escolas concordam em quase tudo.

Atualmente a análise exclusivamente calcada na identificação do poder de mercado da posição dominante parece estar superada para o antitruste em geral. A problemática foi transferida para a investigação dos seus efeitos no caso concreto. A diferença entre as escolas se dará nos métodos de apreciação dos casos conforme a visão centrada: se no benefício do bem-estar do consumidor (EUA) ou no benefício da coletividade (Europa).

Disto, se conclui que uma mesma situação analisada pelos órgãos antitruste nos Estados Unidos e na Comunidade Europeia, pode ter resultados distintos em cada região. Isso se deve ao fato de o antitruste europeu incorporar mais elementos

⁵⁶ BORK, Robert H. **The antitrust paradox**: a policy at war with himself. New York: Free Press, 1993, p.51 (tradução livre). “The antitrust laws, as they now stand, have only one legitimate goal, and that goal can be derived as rigorously as any theorem in economics (I) The only legitimate goal of an American antitrust laws is the maximalization of consumer welfare;”

⁵⁷ ACÓRDÃO 14.2.1978 – Processo 27/76 – Comissão Europeia, entre a *United Brands Company* e *United Brands Continental BV* vs. Comissão das Comunidades Europeias. “Bananas Chiquitas”.

de cuidados (benefícios da coletividade) do que antitruste americano (bem-estar do consumidor).

2.4 Alguns elementos da microeconomia⁵⁸

Como já evidenciado, a base jurídica antitruste gravita também sobre conceitos econômicos da Microeconomia, sujeitos às influências da Economia Política e seu “pensar macroeconômico”, propositadamente apresentadas em ordem conforme a menor vulnerabilidade da ocorrência de mudanças em seus pressupostos ou conteúdos.

Nesse sentido, passamos a apresentar brevemente alguns conceitos da Microeconomia, que se compõe, em sua maior parte, de teorias matemáticas dedutivas, que se vangloriam de serem despidas de quaisquer julgamentos de valor ou ética⁵⁹ – a economia positiva, neoclássica ou teoria marginalista.

Dentre os conceitos da microeconomia e formulações econométricas, destacam-se o manuseio das variáveis sobre eficiência no plano estático, mas com provocações no âmbito da plausibilidade do plano dinâmico; a estrutura de mercado (poder de determinação de preço); e o conceito sempre discutível, *ceteris paribus*, da “concorrência perfeita”.

2.4.1 Eficiência

O critério de eficiência varia segundo o enfoque do interlocutor, ora o termo se reveste de tecnologia da produção ora da ótica da alocação de fatores de produção, ou das decisões particulares do consumidor ou investidor. No caso da economia positiva será uma situação eficiente (nível Ótimo de Pareto) se matematicamente ‘não for possível melhorar a situação de qualquer pessoa sem piorar a situação de outra. Da mesma forma, diz-se que uma situação é ineficiente, se for possível melhorar a situação de alguém sem piorar a de outra pessoa.’ A hipótese básica para o modelo microeconômico é que, *ceteris paribus*, a eficiência é sempre desejável para possibilitar a produção a custos menores e, conseqüentemente, reduzir preços ao

⁵⁸ AWH, Robert Y. **Microeconomia**: teoria e aplicações; Tradução: José Ricardo Brandão Azevedo. Rio de Janeiro: Livros Técnicos Científicos, 1979.

⁵⁹ AWH, Robert Y. **Microeconomia**: teoria e aplicações; Tradução: José Ricardo Brandão Azevedo. Rio de Janeiro: Livros Técnicos Científicos, 1979, p.8.

consumidor e obter a maior riqueza possível (maximização da riqueza total de todos os consumidores).

A eficiência (Escola de Chicago) fica associada ao bem-estar do consumidor, o que a racionalidade monopolista de escala de produção resolve por meio de preços mais baixos.

Oportuno observar que para a escola antitruste europeia o deságio da eficiência é na coletividade; só a escala de produção e os preços mais baixos não necessariamente resolvem o bem-estar.

Um ponto adicional na discussão teórica da eficiência, de suma importância nos debates envolvendo microeconômica, economia industrial e antitruste atual, diz respeito à crítica ao enfoque convencional de eficiência alocativa estática, baseada na premissa de que o equilíbrio do mercado é geral, ou parcial ajustável no tempo.

Em oposição a essa visão chicaguiana, há a corrente evolucionária neoschumpeteriana⁶⁰, que acredita ser o equilíbrio de mercado uma exceção; segundo essa corrente, a regra é o desequilíbrio do mercado, movido pelas incertezas sobre o futuro e a limitação da racionalidade humana. Sobre esse prisma do darwinismo universal, a inovação e o desenvolvimento tecnológico acabam ditando um dinamismo diferente da visão tradicional estática de eficiência – são essas as bases da nova visão de eficiência alocativa dinâmica, a fomentar todo o tipo de discussão no âmbito do antitruste mundial.

Os ganhos típicos de eficiência reconhecidos pelos estudiosos são a redução de custos ligados à economia de escala e de escopo, o aumento da produtividade e da quantidade, o aperfeiçoamento tecnológico e os diferentes tipos de sinergia resultados da concentração (fusão, aquisição, *joint venture*, etc.).

Entretanto, Fabiano Del Masso⁶¹ observa que a utilização pura dos conceitos de eficiência nas decisões jurídicas podem não ser as melhores decisões na nova ordem econômica-social-jurídica, em razão de o debate econômico atual estar incorporando outros fatores de desenvolvimento, de impacto ambiental e social, que não mais se satisfariam apenas com a variedade e o aumento de produção de bens/serviços que acarretassem ônus ao emprego/renda e/ou meio ambiente.

⁶⁰ SCHUMPETER, Joseph Alois. **Teoria do desenvolvimento econômico**. Coleção "Os Economistas". São Paulo: Nova Cultural, 1985, p.47-50.

⁶¹ MASSO, Fabiano Del. **Direito econômico esquematizado**. 3.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p.242.

Nesse sentido, de crítica ao pensamento econômico tradicional sobre eficiência, Del Masso traz o posicionamento crítico dos economistas americanos Paul Krugman e Robin Wells, a respeito da eficiência econômica como um fim em si mesma, sem considerar outros resultados:

Imagine uma economia em que um ditador controla tudo, guardando para si mesmo quase tudo o que a economia produz e concedendo aos seus vassallos somente o mínimo necessário para sobreviver. Uma economia dessa poderia ser eficiente? Sim, poderia. Se não há maneira de melhorar a situação de um dos cidadãos sofredores sem piorar a situação do ditador, a economia é eficiente. Mas isso não significa que temos que aprová-la. A situação é nitidamente injusta; o contraste entre a riqueza do ditador e a pobreza de seus súditos não é justo.

Esse extremo mostra que queremos mais do que eficiência em uma economia. Queremos também equidade: queremos que a distribuição da utilidade entre os indivíduos seja razoavelmente justa.⁶²

Para esses economistas, a economia deveria incluir outros parâmetros e valores no cômputo da eficiência para a realização da justiça, sustentados inclusive pela ordem jurídica, como no caso brasileiro – pelo princípio constitucional do pleno emprego.

2.4.2 Estrutura de mercado

O método mais generalizado de classificação das diversas estruturas de mercado é o baseado no número de vendedores (compradores) e na homogeneidade ou diferenciação do produto.

Diz-se que os produtos são homogêneos se forem idênticos (fungíveis) ou indistintos; que são diferenciados se os compradores puderem distingui-los e tiverem por eles diferentes preferências.

Diz-se que o mercado é de concorrência perfeita (mercado de concorrência) se houver muitos vendedores, compradores e produto homogêneo. Quando houver um vendedor no mercado, haverá monopólio. Nessa situação não haveria necessariamente produtos semelhantes (substitutos).

Quando poucas firmas grandes são responsáveis pela maior parte da oferta de produtos no mercado, temos um oligopólio. A depender das características dos produtos oferecidos pelo oligopólio (homogêneos ou não), haverá um monopólio puro

⁶² KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. **Introdução à economia**. Rio de Janeiro: Campus, 2007, p.283.

ou um monopólio diferenciado. No mercado no qual só existem dois vendedores, temos um duopólio.

Inversamente ao caso de monopólio, se o mercado tiver só um comprador e diversos vendedores, estaremos diante de um mercado monopsônio. Num caso de poucos compradores e diversos vendedores, haverá um oligopsônio.

Se tivermos apenas um comprador e um vendedor, ou apenas dois vendedores, teremos um duopólio.

Por essas estruturas deduz-se qual é a capacidade da empresa de autonomamente praticar preço sem levar em consideração as condições externas à empresa (mercado). No caso do monopólio, a capacidade de impor o preço aos consumidores é total. No caso do oligopólio diferenciado, a capacidade é menor do que o monopolista, mas existe.

A lógica é que quanto maior a quantidade de unidades produtoras/comerciantes no mercado, menor é a capacidade de impor preços aos consumidores.

Por essa lógica, percebe-se teoricamente qual a tentação dos oligopolistas em se firmarem em cartel, dado que numericamente seriam poucos a determinar as condições de oferta de produtos no qual todos se beneficiariam sem o risco da competição.

Nas condições normais de competição, a posição da curva de demanda de um oligopolista não dependeria só do seu produto e da sua política de promoção, mas também do preço, do produto e das estratégias de promoção elaboradas pelos seus concorrentes.

Essa interdependência de poucos ofertantes faz surgir uma forte tentação para entrarem em acordo a fim de atenuar a concorrência, diminuir a incerteza ou a entrada de novas empresas no segmento, na garantia do aumento nos lucros sem riscos. O acordo pode variar de um simples “acordo de cavalheiros” até o conluio explícito de cartel, envolvendo empresas interessadas e grupos, como associações comerciais, sindicatos ou grupo de profissionais.

2.4.3 Concorrência perfeita

Na modelagem da “concorrência perfeita”, o mercado de concorrência se encontra equilibrado e caracterizado pelos seguintes elementos: grande número de

vendedores e compradores, produtos homogêneos (ou semelhantes), inexistência de conluio ou restrições artificiais, mobilidade perfeita de recursos, simetria de informações etc.

Relevante esclarecer e desmistificar que para a microeconomia não está implícito a existência de um grau de competição maior nesse mercado em relação aos demais tipos de mercados. O termo concorrência perfeita é apenas a denominação de um mercado com muitos compradores e vendedores de produtos homogêneos ou quase, no qual nenhum dos participantes concorrentes teria condições de determinar o preço.

Por sua vez, Calixto Salomão Filho⁶³ irá assinalar que a partir do final da década de 1980, a maioria dos teóricos da Escola de Chicago aceitavam as críticas de inconsistência nos pressupostos de concorrência perfeita, em razão do consenso acadêmico de que as premissas da homogeneidade dos produtos eram inexistentes e de não haver informações completas aos consumidores. (assimetria de informações).

Vale dizer que a vulnerabilidade desse pressuposto deixou atônita a ala radical da Escola de Chicago, em razão dele ser a base do “modelo de situação ótima de bem-estar do consumidor” – situação matemática de ganho de bem-estar marginal próximo à zero.

Foram as contribuições de Hayek na academia de Chicago, egresso de Viena em 1950, que alimentaram as ressalvas sobre a modelagem estática da “concorrência perfeita”. Para ele, o desequilíbrio dos mercados é uma regra e, sendo assim, não haveria como aproveitar uma modelagem que se baseasse num falso equilíbrio dos mercados.

Ludwig von Mises, através da sua “praxeologia”⁶⁴, irá refutar o empirismo e o positivismo do pensamento econômico dominante (neoclássicos) porque não seria afeito às naturezas humanas (ciências sociais), e sim às ciências naturais da física e seus instrumentos investigativos da matemática.

⁶³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.26-27.

⁶⁴ Teoria geral da ação humana, que formula suas proposições não com base na experiência, mas em verdades autoevidentes (axiomas), por meio das quais é possível estabelecer, segundo um procedimento lógico-dedutível, conclusões irrefutáveis (teorias). (MISES, Ludwig von. **The ultimate foundation of economic science**. Kansas City: Sheed Andrews and McMeel, 1978).

3 ELEMENTOS DA ANÁLISE ANTITRUSTE

A base dessa análise são os conceitos da Ciência Econômica, com todas as implicações das escolhas no âmbito da economia política para promover o bem-estar do consumidor (da coletividade), isto é, segundo o pensamento da economia como ciências exatas ou ciências humanas.

Feitas as ressalvas dos cuidados necessários ao emprego pleno dos conceitos econômicos no direito da concorrência, a análise antitruste se servirá do instrumental analítico microeconômico para formar suas figuras jurídicas e as técnicas que irão compor o sistema antitruste.

No intuito de destacar as figuras jurídicas do antitruste que brevemente serão apresentadas, oportuno observar que ambas as escolas (norte-americanas e europeias) utilizam essas figuras em sua integralidade ou em grande parte, nas quais o grau de concentração econômica e as decisões coordenadas são os focos de preocupação respectivamente no âmbito das estruturas e condutas.

O termo ‘concentração’ já traz consigo o sentido na direção de um único ponto convergido para o centro de decisão econômica de um mercado. Em seu extremo, o detentor (monopolista) reinaria absoluto a determinar as condições de qualidade, quantidade e preço do produto.

No entanto, a realidade revela que geralmente os mercados estão estruturados em grandes *players*, competindo entre si, em grau maior ou menor, segundo as condições de concentração.

O antitruste irá se preocupar com as situações de baixa competição, no qual o alto grau de concentração no mercado relevante poderá ser um dos indícios que levem aos ilícitos concorrenciais. Para analisar o mercado é necessário a definição do produto alvo, seu grau de substituição e a localidade limítrofe da sua circulação, a qual se denomina mercado relevante.

3.1 Mercado relevante

O mercado relevante é aquele delimitado materialmente (produto) e geograficamente (território), sobre o qual o antitruste irá se debruçar para verificar se algum ou alguns dos participantes estão detendo parcela significativa que pudesse desequilibrar ou influenciar as condições de equilíbrio concorrencial. É um conceito

jurídico com diversas passagens na antiga e na nova legislação antitruste brasileira (Lei nº12.529/2011), que será adiante analisada.

A apresentação do mercado relevante ficará circunscrito à noção dos elementos que o compõem, e agora não só à maneira tradicional de sua verificação, tais como produto, seu grau de substituição (elasticidade cruzada) e delimitação territorial, mas também à questão temporal trazida por Richard Posner⁶⁵ e sua teoria *diversion approach*. Por meio dela, o tempo contracenava com os elementos tradicionais para verificar as possíveis “barreira à entrada” no mercado, sejam de origem internas e/ou externas, tal como as resultantes da globalização e facilidade à importação, sua perenidade ou não, se isolada ou de um país pertencente a um mercado declarado comum.

Essa teoria de Richard Posner, de cunho liberal, foi aceita e incorporada pela legislação norte-americana, tanto pelas *Merger Guidelines* (de 1984 e 1992), como pelos demais sistemas antitruste estrangeiros, ainda que existam ponderações sobre o uso da teoria sem ressalvas, já que são identificados ruídos a dificultar a fluidez transnacional dos produtos e serviços, seja por políticas governamentais deliberadas de proteção aos produtos e serviços nacionais, seja por excesso de burocracias alfandegárias por razões intencionais não manifestas ou de ineficiência administrativa.

Para as questões de barreira ao comércio internacional, a Organização Mundial do Comércio (OMC) é a instituição internacional mais habilitada para neutralizar as resistências à fluidez comercial, uma vez que não há atualmente uma organização multilateral do antitruste que se fizesse presente para coibir tais práticas. Ainda assim, o modo de operação da OMC oferece pouca agilidade com suas instalações de painéis de conflitos, uma vez que normalmente demandam muito tempo para as soluções de controversas, eivadas de componentes políticos e de contrapartidas comerciais dos diferentes governos, muitas vezes sem o enfoque rápido ou da matéria do antitruste.

3.2 Concentração econômica

A concentração é classificada em concentração horizontal, vertical e conglomerado, ordenadas segundo o grau de importância para as autoridades antitrustes,

⁶⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.121-122.

nas palavras de Calixto Salomão Filho⁶⁶, em razão das reais ameaças ou dos prejuízos concorrenciais.

Pelo lado dos agentes econômicos, as concentrações são desejáveis como uma forma de gerar eficiências competitivas das mais diversas, entre elas, reduzir os custos fixos e variáveis, inovar o produto ou melhorar a qualidade, todas voltadas para aumentar o lucro.

Do ponto de vista econômico das concentrações, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES)⁶⁷ elaborou um quadro sinóptico esclarecedor dos objetivos empresariais em cada tipo de concentração, que destaca e diferencia os tipos de atenção antitruste.

Tipos de Concentração – fusão

Tipo	Definição	Possíveis objetivos
Horizontal	Fusões dentro de uma mesma indústria ou segmento	Obter economias de escala e escopo; elevação do market-share; penetrar rapidamente em novas regiões.
Vertical	Fusões de empresas que estão à frente ou atrás da cadeia produtiva	Maior controle sobre as atividades; proteção do investimento principal; maior facilidade na distribuição dos produtos; Assegurar matérias-primas (eventualmente a custos mais baixos).
Concêntrica	Fusões de empresas com produtos ou serviços não similares que apresentam algum tipo de sinergia	Diminuição dos custos de distribuição; diversificação do risco; adquirir rapidamente o know-how no setor; ampliar a linha de produtos; entrar em novos mercados.
Conglomerado puro	Fusões sem qualquer tipo de sinergia	Diversificação do risco; aproveitar as oportunidades de investimento.

3.3 Eficiência no antitruste

A terminologia ‘eficiência’ no antitruste transpõe o sentido puramente microeconômico; ela avança e agrega a esfera do consumidor (ou coletividade) em seu benefício de aumento de bem-estar para que a operação possa ser considerada eficiente.

⁶⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.300.

⁶⁷ Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES). Informe Setorial nº15. Abril, 1999.

Disponível em:

www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/setorial/gsl_15.pdf.

Acesso em: 03 mar.2015.

As concentrações que se justificam pela busca da eficiência relevante para a concorrência serão analisadas previamente pelo órgão antitruste, para assim fazer a verificação dos verdadeiros ganhos líquidos auferidos pelo consumidor (ou coletividade), segundo a resultante do embate entre os benefícios da eficiência e o ônus concorrencial da concentração.

O *Federal Trade Commission (FTC)*, em seu *Horizontal Merger Guidelines*⁶⁸ para análise de fusões, não aceita eficiências relacionadas apenas a reduções de custos fixos ou que não possam ser repartidas com o consumidor.

A jurisprudência⁶⁹ do CADE, na mesma linha do *FTC*, adota critérios idênticos, de maneira que não bastam somente eficiências de redução de custos fixos ou que apenas aumentem os lucros empresariais. Estas eficiências precisam ser repartidas com o consumidor, como forma de bônus, por experimentar os riscos anticompetitivos de uma concentração.

Além disso, para avaliar o prazo em que as eficiências já estariam produzindo os seus resultados, seria necessário verificar os tipos de eficiências a serem conquistadas, muito bem explicitadas⁷⁰ pelos agentes fusionados ou concentrados.

As apresentações prévias de concentração aos órgãos antitrustes são munidas de estudos e de modelagens econômicas que têm por objetivo demonstrar o lado positivo e eficiente da concentração.

Estes levantamentos têm, em grande parte, um conteúdo matemático de simulações e de comprovações econométricas, de campo teórico discutível sobre as bases de sua aplicação (isto é, a eficiência⁷¹), seja estática ou dinâmica.

O desafio jurídico na análise do antitruste é justamente, na interação multidisciplinar, saber bem avaliar as argumentações matemáticas e a plausibilidade de sua concretude, de modo a afastar decisões equivocadas em razão do uso inadequado do recurso matemático ao caso concreto, ou mesmo, de considerá-lo com erro de modelagem econométrica. Daí as motivações propensas à rejeição de operações com resultados de eficiência em prazos muito longos, dada a complexidade de

⁶⁸ HORIZONTAL Merger Guidelines 2010. Department of Justice and Federal Trade Commission, p.29-31. Disponível em: <http://www.ftc.gov/competitioncounts>. Acesso em: 24 fev.2015.

⁶⁹ Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº08012.01092/2004-77 (Votorantim Celulose e Papel S.A. e Ripasa S/A Celulose e Papel).

⁷⁰ ORGANIZATION for economic co-operation and development (OECD). Policy roundtables. Dynamic efficiencies in merger analysis, 2007, p.17-43. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/merger/40623561.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2015.

⁷¹ ORGANIZATION for economic co-operation and development (OECD). Policy roundtables. Dynamic efficiencies in merger analysis, 2007, p.17-43. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/merger/40623561.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2015.

previsibilidade dos resultados benéficos à coletividade e da urgência de contrapor os efeitos negativos imediatos de uma concentração com os efeitos benéficos, num prazo razoavelmente curto de incorporação pela coletividade.

Do contrário, conforme observado por John Maynard Keynes⁷² em descrédito aos ajustes econômicos “naturais” de longo prazo – a eficiência estará desfeita para a sociedade: “In the long run we are all dead”.

Sobre esse prisma de atenção redobrada da autoridade antitruste aos modelos matemáticos, oportuna a transcrição de parte da manifestação de voto do então Presidente do CADE, João Grandino Rodas, no julgamento de um ato de concentração:

[...] Mesmo sem perquirir a lógica interna dos estudos realizados, tanto pelas requerentes como pelas impugnantes, deve-se recordar que são eles vulneráveis às críticas de natureza metodológica, bem como à confiabilidade das respectivas informações quantitativas. O modelo, sendo uma simplificação da realidade, escolhe variáveis, tidas como relevantes, descartando outras. Tais variáveis, que perfazem o modelo, são de arbitrária escolha do próprio cientista, que confirmará suas hipóteses, partindo da observação empírica.⁷³ [...]

Se, nos Estados Unidos da América, em que surgiram e foram trabalhados tais modelos pelas autoridades antitruste, persiste séria desconfiança sobre sua capacidade em gerar prognósticos seguros sobre os impactos da concentração, o que acontecerá no Brasil, em que a relativa ausência de elementos estatísticos diminui a confiabilidade de resultados de tais modelos? Face a isso, forçoso é concluir pela temeridade de se fundamentar uma decisão importante com base apenas em modelos de simulação.⁷⁴ [...]

Portanto, os cuidados com a importação de modelos dos países centrais estão também na esfera das ciências exatas, uma vez que o banco de dados estatísticos das economias maduras não seriam uma boa referência para aplicabilidade nas economias em amadurecimento. Fora essas questões de bases econométricas, há ainda as questões no campo da economia política, de quais fatores seriam compostos a eficiência: fatores estritamente econômico-industrial ou fatores econômico-industrial-social.

⁷² KEYNES, John Maynard. **A tract on monetary reform**. Chapter III. Macmillan: London, 1923, p.80.

⁷³ Ato de Concentração nº08012.001697/2002-89 (Nestlé e Garoto). Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE). Voto Vogal do Presidente João Grandino Rodas, p.5-6. Referente ao acórdão de 04 fev. 2004.

⁷⁴ Ato de Concentração nº08012.001697/2002-89 (Nestlé e Garoto). Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE). Voto Vogal do Presidente João Grandino Rodas, p.6-7. Referente ao acórdão de 04 fev. 2004.

3.3.1 Horizontal

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência não deixam dúvidas quanto à potencialidade de danos concretos quando duas ou mais empresas concorrentes do mesmo mercado se unem, em razão de estarem se concentrando no segmento em que antes concorriam, restando tão somente verificar o nível de concentração no mercado relevante a partir do qual será necessário o controle.

Há inúmeras divergências na doutrina a respeito dos níveis de concentração que poderiam ser considerados críticos, mas há consenso de que o tratamento a ser dispensado a um mercado atomizado (muitos competidores com participações pequenas) deva ser diferente do tratamento dispensado aos agentes de mercados com poucos competidores.⁷⁵

3.3.2 Vertical

A concentração vertical acontece na mesma linha produtiva, isto é, entre empresa fornecedora e empresa demandadora ou vice-versa. Aqui ocorrem as maiores discussões doutrinárias sobre os efeitos danosos ou pró-competitivos, que alimentaram as discussões acadêmicas entre a Escola de Harvard (modelo E-C-D) e a Escola de Chicago (eficiência).

Segundo Calixto Salomão⁷⁶, são os primeiros a sofrerem interferências políticas segundo o viés da Economia Política, de modo que, para linha de pensamento liberal, as concentrações verticais estariam tendentes à aprovação pela autoridade antitruste sob a argumentação da eficiência em prol do bem-estar do consumidor.

Sob a ótica liberal, a verticalização propiciaria eliminar os custos de transação, entre os quais o *free riding*.

A Teoria dos Custos de Transação (*Transaction Cost Economics – ECT*) desenvolvida, ainda que não exclusivamente, por Williamson (1975, 1981 e 1985), a partir dos trabalhos pioneiros de Coase⁷⁷ (1937), informa-nos que os custos de transação podem ser responsáveis por decisões da integração vertical de uma firma para eliminar os custos decorrente da passagem de um bem ou serviço para outra firma e os decorrentes dos mecanismo de governança de cada transação.

⁷⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.179.

⁷⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.307.

⁷⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.314- 315.

Segundo Williamson⁷⁸ (1985), vencedor do Prêmio Nobel de Economia de 2009, os custos de transação (ECT) originam-se de fatores humanos, dos aspectos circunstanciais às transações e os decorrentes do sistema econômico, sendo os de atributos humanos conferidos à racionalidade humana limitada e ao oportunismo desqualificado.

A partir da análise humana oportunista, sob a forma ardilosa de agir, procurando a satisfação de seus próprios interesses através do engano, da distorção, da desorientação e todo modo de confundir e tirar proveito, como numa transação com informação incompleta ou distorcida para a outra parte, construiu-se a figura de análise antitruste denominada *free rider*.

O *free riding* é um oportunista cuja ação ardilosa é livrar-se do esforço de cumprir certos termos contratuais, aproveitando-se de situações e de contratos de terceiros – é o carona. Esse oportunismo do *free rider*, para auferir lucros no qual não empreendeu esforços, se dá em razão da assimetria de informação.

O lucro “fácil” advindo da malícia, não dará incentivos para que o oportunista, detentor da informação privilegiada, se comporte de forma eficiente. Essa ausência de incentivos à eficiência dá origem ao chamado *moral hazard* (risco moral).

3.3.3 Conglomerado

A concentração de conglomerados é o tipo de concentração mais complexo e discutido entre os especialistas antitruste, ainda que sua ocorrência seja residual se comparada às outras categorias.

Normalmente a concentração acontece entre conglomerados de setores distintos, mas sem que isso possa caracterizar tranquilidade às autoridades antitrustes. Ao contrário, causa preocupação em razão da envergadura da operação e do alcance em diversos setores através da aglutinação de forças produtivas distintas e da baixa participação em cada um de seus mercados relevantes.

A característica desses conglomerados envolve diversas participações cruzadas que somente uma investigação detalhada poderá apontar eventuais influências indesejadas no comando dessas empresas de modo a afastar o perigo à concorrência.

⁷⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as condutas. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.28-29.

Segundo Salomão Calixto⁷⁹, os instrumentos de controle sobre esse tipo de concentração ainda são muito limitados, mas mesmo com base neles, é possível e necessário investigar a potencialidade dos conglomerados naqueles mercados nos quais exista a possibilidade de fabricação de produtos potencialmente substitutos.

Ainda que formalmente não possa incluir as empresas produtoras no mercado, a potencialidade de virem a integrar o mercado com base em planos concretos permitiria objetivamente considerá-las no mercado relevante, ou mesmo na perspectiva subjetiva, se os concorrentes considerassem em seus planejamentos estratégicos a entrada da empresa do conglomerado no segmento ou na cadeia do segmento.

Uma das soluções objetivas para esse caso seria controlar as operações por volume, conforme adotada pela legislação brasileira, a ser comentado posteriormente, de acordo com o art.88, I e II, combinado com o §1º da Lei nº12.529/2011.

3.4 Monopólio

As noções microeconômicas da estrutura monopolista apresentadas anteriormente ganham uma nova dimensão sobre o enfoque do antitruste ao analisar os aspectos que poderão ser benéficos ou prejudiciais ao mercado e à sociedade.

Um deles diz respeito à discussão sobre a capacidade dessa estrutura conseguir agregar mais eficiência. Os teóricos neoclássicos dirão que sim em função da produção em grande escala poder gerar excedentes que seriam repartidos com a sociedade, uma visão calcada nos custos fixos e na produção marginal em que o custo marginal se igualasse ao preço.

Segundo essa visão, o processo de monopolização obrigaria o seu detentor a inovar na produção ou serviço, ou mesmo reduzir o preço para concluir o seu domínio de mercado, o que na outra ponta do mercado acabaria por gerar benefícios para o consumidor. Os resultantes dessa posição monopolista, seus excedentes de lucros, teriam que ser em parte invertidos na melhoria da produção (serviços) como forma de manutenção de sua posição dominante contra eventuais entradas de competidores.

São muitas as críticas atribuídas a essa visão marginalista. Entre elas, a de que *a posteriori* o comportamento do monopolista mudaria e se tornaria ineficiente pelas barreiras impostas à competição e tudo o mais relacionado à queda de qualidade

⁷⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.300-319.

do produto e/ou aumento de preço, bem como a transferência de renda de forma assimétrica para o monopolista.

As condutas anticompetitivas de imposição de barreiras à entrada de competidores é uma das principais preocupações das autoridades antitruste, comumente praticada por aqueles detentores do monopólio através de diversos expedientes, entre eles o de exercer pressão política para obter barreiras legais à entrada de concorrentes.⁸⁰

Na medida em que essas condições de barreira se perpetuam, aumenta a proporção de faturamento do monopolista e do lucro, realimentando sua disposição de manutenção da posição monopolista, através de gastos no limite dos seus excedentes, gerando prejuízo à coletividade.⁸¹

Entre as preocupações do antitruste com a estrutura de monopólio, cabe ressaltar que a teoria do monopólio não se aplica exclusivamente ao monopólio 100%, mas também aos mercados nos quais haja um detentor de parcela expressiva e os demais concorrentes fracionados. Estes últimos não conseguiriam exercer força competitiva com o detentor de posição dominante, o que configuraria na prática conduzir o mercado como um típico monopolista.⁸²

Como visto, o monopólio pode ter origens na própria competição de mercado (processo natural), por motivações justificáveis como qualidade do produto e preço baixo, ou num processo artificial através de aquisição de concorrentes e que recebe a maioria das críticas da doutrina e repressão por parte dos órgãos antitruste.

Diz-se ser monopólio natural, a atividade na qual os “custos fixos de produção ou da prestação de serviços, tais como maquinário, instalações e base territorial são desproporcionalmente elevados em relação aos custos variáveis”⁸³ ligado a matérias primas, energia elétrica, empregados, etc.

Essas condições favorecidas do monopólio natural torna onerosa a entrada de novos competidores em razão dos altos investimentos necessários para competir no segmento já plenamente atendido pelo monopolista, o que obriga a intervenção ou o monitoramento pelas autoridades. Segundo Nusdeo⁸⁴, “as formas mais

⁸⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.146.

⁸¹ AREEDA, V.P., TURNER, D. Antitrust law, v. IV. Boston-Toronto, Little, Brown and Company. 1980, p.90. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.145.

⁸² POSNER, Richard. The law and economics of antitrust. Chicago-London. The University of Chicago Press, 1976, p.12. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.144.

⁸³ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 9.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015, p.218-219.

⁸⁴ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: introdução ao direito econômico. 9.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015, p.219.

comumente adotadas no caso de monopólios naturais são a nacionalização das empresas atuantes no setor e/ou a criação de órgãos reguladores especiais”.

A situação de monopólio natural só seria ameaçada ou quebrada na hipótese do progresso tecnológico conseguir reduzir os custos fixos de entrada no mercado de monopólio, ou se houvesse uma bem estruturada redução do preço dos insumos ou de seu acesso, situações essas que demandariam uma transição do estado de monitoramento (controle estatal) para o estado de competição (privatização).

Mas há também a situação de imposição legal de monopólio, como bem lembrado por Vicente Bagnoli⁸⁵, como o caso da exploração de petróleo no Brasil, cuja extração era exclusiva da Petrobrás (monopólio legal).

Monopsônio é o oposto do monopólio no campo da demanda. Apenas um demandador de produto ou serviço de inúmeros ofertantes, cujo segmento de alimentos é rico na exemplificação de como a postergação da compra de produtos pode afetar as condições de mercado e levar à pressão de baixa dos preços por artificialismo do monopsonista. Fábio Nusdeo⁸⁶ nos traz um rico exemplo hipotético de um único abatedouro de aves de uma determinada região:

Ele ao retardar suas compras, poderá levar os granjeiros a situações insustentáveis, pois é sabido que as aves têm um momento certo para serem abatidas, passado o qual elas não mais convertem ração em peso [...] O produtor não poderá reter as aves além desse ponto, caso contrário, deverá alimentá-las, sem qualquer contrapartida de ganho de peso, sendo forçado, portanto, a entregá-las mesmo a um preço vil para evitar prejuízos maiores.

Monopólio bilateral é uma situação pouco usual, na qual comprador e ofertante únicos se encontram, e muito oposta à situação hipotética de concorrência perfeita, com muitos compradores e vendedores do produto ou prestação de serviços.

Esse hipotético confronto entre gigantes, monopolista e monopsonista, muito provavelmente não ocorreria, porque se associariam para desfrutar da posição de domínio na ponta da cadeia e do mercado consumidor. Segundo Fábio Nusdeo⁸⁷, o segmento de transferência de tecnologia envolvendo muita especialização se reveste de plausibilidade para esse tipo de situação.

⁸⁵ BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.103.

⁸⁶ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 9.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015, p.220.

⁸⁷ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 9.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015, p.221.

Por fim, há de se registrar que a Constituição de 1988 não veda a criação de monopólios estatais na hipótese de situações previstas no art.173 da Constituição Federal, isto é, casos de segurança nacional e relevante interesse coletivo.

3.5 Oligopólio

A questão central sobre a estrutura oligopolista é saber se a ação tem sido “racional”, em conjunto, todos concertados, para um comportamento típico monopolista, seja em conjunto para um único mercado de produto (comportamento típico de monopólio puro), ou em conjunto, mas fatiado por região ou por nicho de mercado (comportamento típico de monopólio diferenciado).

Calixto Salomão Filho⁸⁸ nos revela que nos anos 1960, a Escola Estruturalista marcou posição ao sustentar que a racionalidade oligopolista tenderia a adotar comportamentos paralelos em relação aos preços, agindo segundo a lógica monopolista de maximização do seu lucro e de todas as consequências em prejuízo à coletividade.

A crítica a esse entendimento vem naturalmente da escola marginalista, a Escola de Chicago⁸⁹, para a qual os grandes *players* e seu poder de competição estrategicamente dissimulariam suas ações no mercado, o que dificultaria o paralelismo comportamental. Para essa corrente, “os oligopólios não poderiam ser caracterizados (necessariamente) como cartéis tácitos, como querem muitos dos estruturalistas.”⁹⁰

Para o autor, a questão deve ser tratada com tensão e a partir da análise caso a caso, visto que seria um exagero afirmar que o comportamento paralelo dos oligopolistas seria a regra:

As imperfeições na transmissão de informação e na reação dos oligopolistas são circunstâncias muito prováveis, que aconselham cuidado quanto a esse tipo de conclusão. Mas do que isso. O moderno desenvolvimento da teoria dos jogos, aplicada aos oligopólios, demonstra que o comportamento dos participantes não é totalmente previsível.⁹¹

⁸⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.147-148.

⁸⁹ BORK, Robert H. The antitrust paradox. A policy war itself. 2.ed. New York. The free press, 1993, p.182 e seguintes. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.149.

⁹⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.149.

⁹¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.149-150.

A Teoria dos Jogos (John Nash) e o *Cournot-Nash Equilibrium*⁹² vieram aclarar a compreensão a respeito dos possíveis comportamentos dos *players* oligopolistas, utilizando um exercício de estratégias individuais segundo a verificação das estratégias dos outros participantes, com rodadas de estratégias finitas ou infinitas (ou finitas de duração incerta), de maneira a constatar o resultado final das estratégias individuais.

Feita a transposição dessa teoria para a prática dos mercados oligopolizados, constatou-se que a modelagem de rodadas de estratégias infinitas (ou finitas de duração incerta) seria a melhor aproximação da realidade oligopolizada e que induziria os *players* a terem um comportamento mais defensivo e colusivo para todos ganharem.

A liderança desse paralelismo, uma vez frustrada, isto é, de estratégia finita, tornaria o jogo mais arriscado para a posição de líder – seu lance conhecido permitiria as estratégias dos demais *players*. Essa conclusão sobre a teoria dos jogos aplicada ao oligopólio orienta a importância da ação preventiva do órgão fiscalizador da concorrência, uma vez que sua ação repressiva contundente no presente colocaria risco a um eventual paralelismo no futuro.

No tocante à persecução do paralelismo, é necessário que este comportamento seja intencional para eliminar a concorrência.

3.6 Acordos verticais

No contexto econômico em que as empresas operam, elas se relacionam numa cadeia produtiva para baixo e para cima, nutrindo um processo produtivo com incorporação (aquisição) dos insumos (matérias primas ou serviços intermediários), conduzindo o seu processamento transformador até o escoamento do bem (ou serviço) acabado para o consumo final ou intermediário (outra empresa).

Como já visto anteriormente, na concentração vertical estão as estruturas operativas e de comando das empresas envolvidas na operação (para baixo, para cima ou para ambas as direções) de modo a provocar a unificação da estrutura e de comando entre a produção de matéria prima (ou serviço intermediário), a sua transformação em

⁹² O primeiro ensaio conhecido de teoria dos jogos foi feito por Cournot a partir da análise do comportamento dos oligopolistas. Daí por que o Nash-Equilibrium também é conhecido como Cournot-Nash Equilibrium. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.149-150.

um produto acabado (ou pacote de serviço) e seu escoamento (venda) para o consumidor final ou intermediário (outra empresa).

Nos acordos verticais, não há concentração das estruturas, mas um comando de uma empresa sobre a(s) outra(s) em linha vertical, de modo a ditar um padrão de comportamento ou produção que afeta a independência empresarial. Esses são os acordos verticais, escritos ou tácitos, que uma vez realizados em prejuízo da concorrência devem ser reprimidos pela autoridade antitruste.

O acordo vertical é assim definido pela autoridade antitruste da União Europeia⁹³:

Acordos ou práticas concertadas em que participam duas ou mais empresas, cada uma delas operando, para efeitos do acordo, a um nível diferente da produção ou da cadeia de distribuição e que digam respeito às condições em que as partes podem adquirir, vender ou revender certos bens ou serviços.

Percebe-se que o termo “restrição vertical”⁹⁴ está associado à restrição de liberdade de atuação de uma das partes em uma cadeia de produção, seja de bens ou serviços.

As restrições mais comuns, segundo Paula Andrea Forgioni⁹⁵, são:

- a) Na exclusividade, uma parte (ou ambas) obriga-se a não contratar com terceiros o mesmo objeto da relação negocial.
- b) Na divisão territorial, delimita-se a área de atuação de um único agente distribuidor ou clientela a serem atendidos com a mesma marca.
- c) Nas restrições sobre preços de revenda, as restrições operam sobre a liberdade de o distribuidor praticar o seu próprio preço de modo a permitir o controle por parte do fabricante.
- d) Nas vendas casadas, opera-se a venda vinculada a venda de algum outro bem ou serviço.

Todas podem trazer impactos competitivos indesejáveis, entre outras resultantes da fértil criação humana. Essa também é a razão da atenção redobrada da autoridade antitruste a esses acordos, uma vez que normalmente se apresentam com uma roupagem de legalidade comercial.

⁹³ Regulamento Europeu nº2.790, de 1999. In: FORGIONI, Paula Andrea. **Direito concorrencial e restrições verticais**. São Paulo: RT, 2007, p.23.

⁹⁴ AZEVEDO, Paulo Furquim de. Integração vertical e outros arranjos: polêmicas e esquecimento na defesa da concorrência. Anais do XXVI Encontro Nacional de Economia. Vitória: Anpec, 1988. In: FORGIONI, Paula Andrea. **Direito concorrencial e restrições verticais**. São Paulo: RT, 2007, p.25.

⁹⁵ FORGIONI, Paula Andrea. **Direito concorrencial e restrições verticais**. São Paulo: RT, 2007, p.26.

3.7 Dominação dos mercados

Nesse tópico, faz-se necessário distinguir dois institutos: o poder econômico e a posição de domínio, ainda que, segundo Vicente Bagnoli⁹⁶, possam e devam se relacionar caso a caso em matéria da análise antitruste.

Poder econômico está relacionado à condição econômica da empresa compreendida e inserida num grupo econômico de modo a poder influenciar o mercado foco, ainda que detenha participação pequena, em razão do seu poderio econômico. Por isso, o poderio de ditar as condições de competição aos rivais e subjugar os consumidores.

Por posição dominante entende-se a participação (*market share*) relevante de determinada empresa num certo mercado de produtos ou prestação de serviços, conquistado em um processo competitivo natural, no qual a antijuricidade só apareceria em caso de uso abusivo dessa posição dominante, isto é, restrição de oferta, aumento de preços, imposição de condições e tantas outras condutas anticompetitivas.

A posição dominante de agentes econômicos derivada de vantagem competitiva foca as atenções da autoridade antitruste sobre esses agentes. A justificativa reside no fato de que, por serem mais fortes competitivamente, qualquer de suas iniciativas podem, com maior chance de acontecer, desequilibrar e prejudicar a concorrência. Segundo Hovenkamp⁹⁷: “In General, the more market power a firm has, the more damaging its exclusionary practices might be.”

A preocupação é tal que a Comunidade Europeia exige dessas empresas líderes um comportamento exemplar do ponto de vista competitivo, pois é sobre elas que estão voltados os olhares dos competidores, e, por razões regulatórias e fiscalizatórias, também a autoridade antitruste.

Ainda segundo a Comunidade Europeia⁹⁸, a competição exercida por estes líderes de mercado precisaria estar condizente com o mérito relacionado ao bem ou serviço oferecido, baseado no livre direito de concorrer ainda que lícitamente absorva fatias de outros concorrentes.

⁹⁶ BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.105-106.

⁹⁷ HOVENKAMP, Herbert. **Federal antitrust policy: the law of competition and its practice**. West Group. 3.ed. St. Paul (Minn): West Publishing, 2005, p.78-79. In: FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. 7.ed. São Paulo: RT, 2014, p.286.

⁹⁸ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. 7.ed. São Paulo: RT, 2014, p.287.

Desta forma, se a conquista de mercado ocorrer por meio de um processo natural, fundado em maior eficiência e estratégia lícita de negócio, a autoridade antitruste considerará lícita a concorrência.

Por todo o exposto, temos que a autoridade antitruste sempre irá se preocupar com o crescimento artificial de domínio, assim como a manutenção/crescimento de domínio por práticas abusivas da posição de superioridade.

3.8 Abuso de posição dominante

Segundo Salomão Calixto⁹⁹, o ilícito de abuso de posição dominante não prescinde de resultado econômico. Basta verificar a prática abusiva por parte do agente dominante para configurar a conduta ilegal *per se*.

No entanto, para Taufick, a regra *per se* é evocada apenas para inverter o ônus da prova em face do administrado: “Isso significa que regras *per se* não consistem em presunções absolutas (*iuris et de iure*), mas na simplificação do processo de instrução por meio do deslocamento do ônus da prova a quem seja mais factível invertê-lo (presunção relativa ou *iuris tantum*).”¹⁰⁰

A posição de domínio de mercado, em si, desde que obtida naturalmente, nada terá de ilegal. Passará a ser ilegal o abuso dessa posição dominante, independentemente do resultado alcançado, conforme o entendimento de Salomão Calixto.

Roberto Domingos Taufick discorda desse entendimento, porém o faz enfatizando apenas a realidade do sistema jurídico brasileiro, a ser abordada na parte 4 desta dissertação, mas que, pela oportunidade, convém apresentarmos nesse tópico a fim de exemplificar a riqueza e a complexidade do sistema antitruste:

Devo alertar, entretanto, que, no Brasil, a regra *per se* encontra sérias dificuldades de ser assimilada a ilícitos concorrenciais sempre que eles possam ser, concomitantemente, enquadrados criminalmente. Os princípios da verdade material e da presunção de inocência cerceiam a aplicação de regra *per se* a pessoas físicas. Por outro lado, não haveria, *a priori*, motivos para que a regra *per se* não pudesse ser aplicada às pessoas jurídicas – que não deveriam ser alcançadas pelos princípios protetores dos direitos fundamentais. A dificuldade talvez resida em dissociar logicamente a absolvição da pessoa física da punição da pessoa jurídica em face das mesmas provas em situação reflexa.¹⁰¹

⁹⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as condutas. São Paulo: Malheiros, 2003, p.220.

¹⁰⁰ TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova lei antitruste brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.151.

¹⁰¹ TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova lei antitruste brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.152.

São considerados abusos todos os tipos de conduta que restrinjam a concorrência por parte do dominante.

Essas restrições são objeto de análise de Sullivan e Harrison, que as distinguem entre restrições puras e restrições ancilares para verificar a pertinência de se adotar a regra *per se* ou a regra da razão:

A doutrina, estabelecida no julgamento do referido caso, assevera que todas as restrições diretas são *ipso facto ilegais*, mesmo que o resultado seja razoável. As restrições ancilares que não são razoáveis são ilegais; já as restrições ancilares que são razoáveis são consideradas legais.¹⁰²

De acordo com essa classificação de restrições, inicialmente é examinado o conteúdo da restrição para verificar a plausibilidade de se adotar a razoabilidade; se pura, aplica-se a regra *per se* para a ilegalidade; se a restrição for aplicada não diretamente (restrições ancilares), e se houver plausibilidade para estas restrições, aplica-se a regra da razão; do contrário, se não forem razoáveis, serão ilegais.

Para efeito de contemporaneidade, Roberto Domingos Taufick nos brinda com uma boa definição das restrições ancilares, conforme o trecho do voto-vista dado pelo conselheiro César Mattos:

A versão mais contemporânea deste entendimento do juiz Taft foi efetuada por Bork, em 1986: Para ser ancilar e, portanto, isento de regra *per se*, um acordo eliminando a competição deve ser subordinado e colateral a uma transação legítima e separada. A restrição ancilar é subordinada e colateral no sentido de que ela serve para tornar a principal transação mais efetiva em atingir tal propósito.¹⁰³

Desde 1890, com a promulgação do *Sherman Act* norte-americano, o antitruste tem trabalhado contra os abusos de posição dominante sobre os quais a doutrina e alguns sistemas jurídicos – a exemplo do sistema brasileiro – têm atualizado e tratado separadamente, como por exemplo:

- ✓ diminuir ou aumentar a produção visando atingir o mercado no qual o agente é detentor de posição dominante;

¹⁰² SULLIVAN, E. Thomas e Harrison. Understanding antitrust and its economic implications. LexisNexis. Fourth Edition, 2003. In: TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova lei antitruste brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.154.

¹⁰³ Voto-vista de Luiz Schuartz no cartel das vitaminas: Processo administrativo nº08012.006241/97-03, no qual foram representadas drogarias e farmácias da Rede da Economia no DF. In: TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova lei antitruste brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.158.

- ✓ discriminar preços;
- ✓ recusa de contratar;
- ✓ vendas casadas;
- ✓ *price squeeze* (atuação do dominante para provocar aumento de custos nos concorrentes);
- ✓ manipulação de pesquisa e de desenvolvimento tecnológico em proveito do dominante;
- ✓ abuso do direito de propriedade industrial;
- ✓ *sham litigation* (denominação doutrinária para o abuso do direito de demanda administrativa ou judicial, com objetivo claro de diminuir a competição dos concorrentes);
- ✓ preços predatórios praticados pelo dominante;
- ✓ além de outras iniciativas não só contra os concorrentes, mas também contra potenciais competidores que estão entrando no mercado as quais a especialidade antitruste define como “barreiras à entrada”;
- ✓ imposição de barreiras à entrada gerada pelo uso abusivo de bem *essential facilities* (termo utilizado pela jurisdição norte-americana para bens ligados à infraestrutura essencial ou de estrutura facilitadora e para a competição diferenciada que, ao universalizar o seu uso, remove as barreiras à concorrência).

A legislação em defesa da concorrência brasileira (Lei nº12.529/11) elenca o abuso da posição dominante na parte das infrações da ordem econômica (art.36, IV), segundo o rol exemplificativo das condutas do §3º, que será analisado na parte quatro dessa dissertação.

No tocante à União Europeia, o abuso de posição dominante é disposto de forma agrupada no Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), em vigor desde dezembro de 2009, mas originado do art.82 do Tratado da Comunidade Europeia, de 2002, que o TFUE aproveitou integralmente em seu art.102:

Artigo 102

É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste.

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

- a) Impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas;
- b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;
- c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
- d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.¹⁰⁴

O abuso, conforme identificado nas diferentes jurisdições, advém de condutas praticadas pelo dominante que alteram as condições da competição em proveito da dominação. Daí a necessidade de a autoridade antitruste mapear as condições de cada mercado relevante, pois é a partir dele que se extrai a informação a respeito de um possível exercício de domínio por parte de algum agente económico e impõe, dessa forma, maior controle e acompanhamento da autoridade sobre o dominante.

Por derradeiro, necessário observar que as práticas de concorrência desleal previstas pela Lei nº9.279/96, uma vez exercidas pelo dominante e dependendo da sua magnitude e efeito sobre o mercado relevante, também integrarão as hipóteses de abusividade e infrações à ordem económica. Mas somente quando, e se tiver efeito relevante sobre a concorrência, ainda que inicialmente só possa parecer a existência de prática danosa de agente dominante contra outro agente concorrente.

Importante esclarecer que o Instituto da Concorrência Desleal em nada se confunde com o Instituto da Defesa Concorrencial e infração à ordem económica, conforme distinguiu Marcus Elidius Michelli de Almeida:

Quando se fala em concorrência desleal fatalmente cria-se a ideia de infração à ordem económica, o que não foi e não será objeto de estudo na presente tese. Aqui, o que se pretende é apenas verificar os casos entre particulares não alcançando o mercado como um todo, papel esse da ordem económica.¹⁰⁵

Desse ensinamento extrai-se que o ato de concorrência desleal só interessará ao antitruste quando provocar prejuízo ao mercado concorrencial em sua integralidade.

¹⁰⁴ União Europeia – versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia, p.89. Disponível em: www.europa.eu/pol/pdf/qc3209190ptc_002.pdf. Acesso em: 03 mar.2015.

¹⁰⁵ ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. **Abuso do direito e concorrência desleal**. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p.187.

3.9 Atos e condutas (antitruste)

Os atos visados na Lei Antitruste não se confundem com o ato da lei privada, na medida em que não buscam o fim imediato de adquirir, transferir, modificar, extinguir ou resguardar. Para a lei especial antitruste pouco importa a forma pela qual se reveste o ato. São atos “sob qualquer forma manifestados” que prejudiquem ou ameacem a concorrência, segundo seus efeitos atuais ou potenciais, revestidos de simplicidade como a troca de informações ou de instrumentos mais complexos como as movimentações de participações cruzadas ou em veículos de comando (*private equity*).¹⁰⁶

A análise do ato de concentração requer primeiramente o estabelecimento do mercado relevante. A partir dessa definição, em sendo os produtos homogêneos, utilizar-se-ão do “teste do monopolista hipotético”; em sendo os produtos heterogêneos, aplicar-se-ão diversos testes, principalmente o teste de elasticidade cruzada de preço da demanda.

A nova legislação brasileira (Lei nº12.529/11, arts.88 e 90), a ser estudada na próxima parte quatro deste trabalho, revela a relação das situações consideradas atos de concentração econômica, as quais deverão ser encaminhadas previamente às autoridades antitruste para a análise da viabilidade e concretização do negócio, segundo a ótica antitruste.

As condutas são examinadas sob o prisma da dominação de mercado ou que impliquem em prejuízos à concorrência, de modo a favorecer a exclusão ou o impedimento de novos concorrentes, bem como a colusão entre os concorrentes.¹⁰⁷

No caso de exclusão, as condutas se manifestam através de condutas predatórias e da negociação compulsória. Enquanto na colusão, surgem de formas diversas envolvendo acordos e associações entre empresas, *joint ventures* etc., algumas vezes pouco transparentes.

O pano de fundo para a configuração das condutas que levem à infração da ordem econômica, no Brasil é o art.36 e o rol exemplificativo do §3º da lei nova, segundo a plataforma investigativa de mercado relevante e a posição dominante.

¹⁰⁶ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**.7.ed. São Paulo: RT, 2014, p.143-144.

¹⁰⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as condutas. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.125.

3.9.1 *Gun jumping*

O modelo internacional (EUA e Comissão Europeia) para o controle das estruturas já adotava a análise prévia das operações empresariais, submetendo os empresários ao risco do julgamento de mérito do negócio, isto é, da autoridade antitruste aprovar a operação com restrições ou mesmo rejeitá-la por completo.

As operações que porventura fossem iniciadas antes da decisão final da autoridade antitruste, infringiriam a lei e, por isso, sofreriam diversas punições administrativas, penalidades pecuniárias, além de serem forçadas a reverterem a operação quando possível.

A nova lei antitruste brasileira (Lei nº12.529/11, art.88, §2º) trouxe a necessidade de levar à análise prévia das autoridades, os atos e contratos de concentração relevantes que possam deixar vulnerável o bom funcionamento concorrencial. Do contrário, a operação de concentração não poderá ser consumada sob pena de nulidade, de multa pecuniária e de abertura de processo administrativo.

O “fechar negócio” sem a aprovação expressa da autoridade antitruste é “queimar a largada” na tradução da expressão importada do glossário norte-americano *gun jumping*.

O mesmo conceito é utilizado nas situações de troca de informações confidenciais entre as empresas, durante a análise da concentração, as quais, sem a autorização do órgão antitruste já estariam ilicitamente agindo como se concentrada estivessem.

3.10 A razoabilidade (regra da razão)

O antitruste se utiliza de técnicas de investigação para enquadrar o procedimento de verificação das ilicitudes ou licitudes praticadas por um administrado no campo da concorrência.

Essas técnicas tiveram o seu nascedouro na jurisprudência norte-americana, que passaram a analisar os casos concretos em duas regras: a regra *per se* e a regra da razão.

No sistema do direito antitruste vige a *regra per*¹⁰⁸ para os casos tipificados como ilícitos de conduta. Havendo justificativa e razoabilidade para a aceitação de tal prática, esta só seria alcançável em razão de uma profunda investigação através das ponderações dos ganhos e perdas que pudessem resultar em ganhos líquidos – técnica de investigação denominada “Regra da Razão”.

A “Regra da Razão”¹⁰⁹ traz os elementos permissivos para justificar situações de aparente prejuízo concorrencial, que a depender do momento histórico e supremacia de determinado pensamento (escola) antitruste, se tornará mais plausível a sua aceitação, que no caso de uma concentração (Escola de Chicago), os benefícios decorrente da eficiência econômica necessitariam ser repartidos com o consumidor.

A primeira decisão¹¹⁰ a reconhecer a aplicabilidade da regra da razão foi a proferida pela Suprema Corte norte-americana, em 1911, no caso *Standard Oil vs. United States 211 U.S. 65*.

Atualmente, a “Regra da Razão” vem sendo aplicada não só sobre os casos que envolvem acordos (condutas) em restrição à concorrência, mas também às concentrações econômicas, segundo a linha do antitruste europeu (art.2 do Regulamento CEE nº4.064/89 a partir dos critérios do art.81 do Tratado CEE)¹¹¹. O mesmo acontece no antitruste brasileiro (art.88, combinado com o §6º, da Lei nº12.529/11).

Segundo Hovenkamp¹¹², haveria uma escala de apreciação, de modo que, na fase de análise de uma prática na qual fossem constatados de pronto, elementos típicos *per se*, não se avançaria para outra fase que pudesse encontrar os elementos justificativos, terminando assim a investigação em momento anterior ao se fosse processado pela regra da razão.

A ilicitude *per se* não demanda uma análise profunda, dada que a sua prática já configura a ilicitude e deve ser reprimida. Segundo Eduardo Gaban e Juliana Oliveira, a ilicitude *per se* traz uma semelhança com o tipo penal brasileiro de “mera conduta”:

Trata-se de algo semelhante ao denominado, no Brasil, de tipo penal de “mera conduta”, em que não é necessário avaliar-se o resultado da prática para aferir-se seus efeitos deletérios à sociedade.¹¹³

¹⁰⁸ SALGADO, Lucia Helena. **A economia política da ação antitruste**. São Paulo: Singular, 1997, p.163.

¹⁰⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as condutas. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.174-176.

¹¹⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as condutas. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.161.

¹¹¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as condutas. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.174-176.

¹¹² HOVENKAMP, Herbert. **Federal antitruste policy** – the law of competition and its practice. St. Paul: West Publishing, 1999. p.251-252; GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.83.

¹¹³ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.84.

Quanto à aplicação da “Regra da Razão” à realidade brasileira, de baixa competição, Gaban e Juliana Oliveira mencionam¹¹⁴ a necessidade de cuidados para a sua aplicação no Brasil, uma vez que a teoria é importada da economia madura dos países da União Europeia e dos Estados Unidos.

3.11 *Failing firm defense (FDC)*

As questões com grande dose de componente político estão associadas à flexibilidade antitruste nos casos de crise estrutural de grandes empresas à beira de insolvência (*Failing Firm Defense – FFD*), as quais podem se socorrer dos elementos da “regra da razão” para facilitar a operação de salvamento da situação de crise.

O *FFD* é uma criação do direito antitruste norte-americano, da década de 1930, período de grave crise econômica nos Estados Unidos, e da edição do *National Industrial Recovery Act* (NIRA) de 1933 a 1935. Nasceu de um precedente da Suprema Corte norte-americana, identificado como *International Shoe Co. v FTC*, 280, US 291 (1930), que decidiu favoravelmente à concentração (aquisição, pela *International Shoe Co.*, da *McElwain Company*) em desfavor da *Federal Trade Commission (FTC)*, órgão antitruste norte-americano.

Entretanto, o marco de aproximação e de entendimento do que é praticado hoje em *Failing Firm Defense* surgiu de uma outra decisão da Suprema Corte norte-americana, em 1974, num caso conhecido como *United States v. General Dynamics Corporate*, 415, US 486 (1974). Nele, o fundamento da decisão de aprovação de concentração relevante recaiu sobre a situação de escassez de matéria prima (carvão) para as operações fabris de material bélico. Por essa razão, para a permanência da empresa no mercado, seria necessário adquirir o controle da *United Electric Coal Companies*, o que proporcionou e adicionou um outro entendimento sobre as justificativas e o emprego do instituto *Failing Firm Defense*, não só de insolvência iminente, mas também de outras formas ameaçadoras da existência da empresa que o guia de concentração horizontal norte-americano (2010) passou a contemplar:

11. Failure and Exiting Assets

Notwithstanding the analysis above, a merger is not likely to enhance market power if imminent failure, as defined below, of one of the merging firms would cause the assets of that firm to exit the relevant market. This is an

¹¹⁴ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 85.

extreme instance of the more general circumstance in which the competitive significance of one of the merging firms is declining: the projected market share and significance of the exiting firm is zero. If the relevant assets would otherwise exit the market, customers are not worse off after the merger than they would have been had the merger been enjoined.

The Agencies do not normally credit claims that the assets of the failing firm would exit the relevant market unless all of the following circumstances are met: (1) the allegedly failing firm would be unable to meet its financial obligations in the near future; (2) it would not be able to reorganize successfully under Chapter 11 of the Bankruptcy Act; and (3) it has made unsuccessful good-faith efforts to elicit reasonable alternative offers that would keep its tangible and intangible assets in the relevant market and pose a less severe danger to competition than does the proposed merger (16).

Similarly, a merger is unlikely to cause competitive harm if the risks to competition arise from the acquisition of a failing division. The Agencies do not normally credit claims that the assets of a division would exit the relevant market in the near future unless both of the following conditions are met: (1) applying cost allocation rules that reflect true economic costs, the division has a persistently negative cash flow on an operating basis, and such negative cash flow is not economically justified for the firm by benefits such as added sales in complementary markets or enhanced customer goodwill; (17) and (2) the owner of the failing division has made unsuccessful good-faith efforts to elicit reasonable alternative offers that would keep its tangible and intangible assets in the relevant market and pose a less severe danger to competition than does the proposed acquisition.

(16)

Any offer to purchase the assets of the failing firm for a price above the liquidation value of those assets will be regarded as a reasonable alternative offer. Liquidation value is the highest value the assets could command for use outside the relevant market.

(17)

Because the parent firm can allocate costs, revenues, and intra-company transactions among itself and its subsidiaries and divisions, the Agencies require evidence on these two points that is not solely based on management plans that could have been prepared for the purpose of demonstrating negative cash flow or the prospect of exit from the relevant market.¹¹⁵

Em tradução livre, as hipóteses de justificação para permitir a operação que resultasse em concentração são: o fato de a *failing firm* não conseguir cumprir com suas obrigações financeiras em futuro próximo; a *failing firm* não conseguir ter sucesso com a reorganização empresarial de acordo com as previsões do capítulo 11 da Lei de Falências; todos os esforços de boa-fé terem sido empreendidos, sem sucesso, de maneira que não haveria outra iniciativa, diferente da concentração de mercado, que pudesse salvar a empresa e preservar os seus ativos.

No caso do Brasil, não há normas ou regulamentos expressos tratando especificamente do *failing firm defense*, mas na esfera das discussões do CADE, a teoria já foi tratada em diversas ocasiões, nas mesmas hipóteses norte-americanas do *Horizontal Merger Guidelines* de 2010. Entre elas, citamos a incapacidade de a empresa

¹¹⁵ HORIZONTAL Merger Guidelines. **Department of justice and federal trade commission**. Disponível em: <http://www.ftc.gov/competitioncounts>. Acesso em: 24 fev.2015.

honrar com suas obrigações financeiras num futuro muito próximo; não ser capaz de se reerguer através da recuperação judicial ou extrajudicial; ter agido com boa-fé nas suas iniciativas de procurar alternativas menos prejudiciais à concorrência (compradores de baixo risco concorrencial).

No tocante às outras jurisdições estrangeiras, merece destaque o resumo da reunião na *Organization for Economic Co-operation and Development – OECD*), envolvendo 21 autoridades antitrustes presentes no encontro realizado logo após a Grande Crise de 2008 e à quebra do segundo maior banco de investimentos, o *Lehman Brothers*:

EXECUTIVE SUMMARY

Considering the discussion at the roundtable, the delegates' written submissions and the Secretariat's background paper, several key points emerge:

- (1) The failing firm defence (FFD) may arise **more frequently during financial and economic crisis**.
- (2) **The basic conditions** required for a successful application of the FFD are relatively **similar across countries**.
- (3) **Not all countries have a formal FFD**, but those that do **have one consider it to provide legal certainty**.
- (4) **Failing division defences** should be subject to standards that are similar to the FFD standards, but that **are applied differently** in light of factual differences between failing divisions and failing firms.
- (5) **The FFD criteria should not be relaxed in times of crisis**. There may, however, be some room for streamlining the FFD review process.
- (6) Whereas **not all delegates agreed that mergers involving financial institutions deserve special treatment**, they did agree that systemic risk considerations should be taken into account in merger proceedings.”¹¹⁶
(grifos nossos)

Com base na transcrição dos destaques da reunião, fazemos as seguintes considerações:

- ✓ o uso do *FFD* é mais frequente nas macrocrises financeira e econômica;
- ✓ as condições para o uso do *FFD* são similares nas 21 regiões pesquisadas;
- ✓ nem todos os países possuem regramento sobre o *FFD*, mas consideram envidar esforços para obtê-lo;
- ✓ a utilização do *Failing Division Defense* (FDD) é possível para as divisões de empresas, mas sua aplicação se diferencia segundo as particularidades e distinções entre empresa e divisão;

¹¹⁶ ORGANIZATION for economic co-operation and development (OECD). Policy roundtables. The failing firm defence, 2009, p.11-13. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/merger/45810821>. Acesso em: 24 fev. 2015.

- ✓ os critérios para a adoção do *FFD* não devem ser relaxados em momentos de crise;
- ✓ nem todos os delegados concordam que as instituições financeiras mereceriam um tratamento especial, mas todos concordam que deve ser considerado o risco sistêmico de uma operação de socorro através do *FFD*.

3.11.1 Instituições financeiras – Banco Central e antitruste

Da transcrição dos destaques, constatamos a dificuldade da redação dispensada ao setor financeiro e que, pela sua importância e atualidade de discussão, merece inteira reprodução:

(6) Whereas not all delegates agreed that mergers involving financial institutions deserve special treatment, they did agree that systemic risk considerations should be taken into account in merger proceedings. Banks are special economic agents because of their importance for the stability of the financial system and the economy. The collapse of one key bank may have a domino effect that leads to widespread loss of confidence in the financial system and thus to a severe economic recession. All countries acknowledge the importance and the special role of banks in their economies. Even so, while some countries do not consider that mergers involving failing financial institutions should be treated differently, others are prepared to treat mergers amongst financial institutions more leniently when bank failure is a possibility. Those against the special treatment of bank mergers argue that competition authorities should focus on promoting and preserving competition and leave prudential regulation to the Central Bank. Some competition agencies argue that it may be more difficult to succeed with a *FFD* in mergers involving banks. This is because they anticipate that governments may intervene with some kind of financial support in order to prevent the failing bank from leaving the market. In other words, they consider that the assets of failing banks are unlikely to exit the market in practice.¹¹⁷

O texto ajuda-nos a aclarar o quão é diferente e delicado pensar o antitruste no setor financeiro que não apenas a autoridade especializada: o Banco Central. Das considerações sobre a leitura do destaque da viabilidade de uso do *FFD* no setor financeiro, extraem-se os seguintes entendimentos:

- ✓ os bancos possuem particularidades distintas dos outros setores em razão das implicações que exercem sobre a estabilidade monetária e econômica;

¹¹⁷ ORGANIZATION for economic co-operation and development (OECD). Policy roundtables. The failing firm defence, 2009, p.11. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/merger/45810821>. Acesso em: 24 fev.2015.

- ✓ o colapso de um banco, em razão dos sinais negativos que podem gerar sobre os demais agentes, acarreta um efeito dominó sobre o sistema e causa grande crise e recessão;
- ✓ todos os países sabem da importância de manter controles especiais sobre seus bancos;
- ✓ mesmo que alguns países não considerem o uso do *FFD* para as instituições financeiras, ainda que o aceitassem, deveriam fazê-lo em bases diferentes da concepção original, ou dentro de um programa de ajuda financeira oficial, como por exemplo, o antigo PROER, da década de 1990, no Brasil;
- ✓ alguns afirmam que a autoridade antitruste deveria focar suas atenções apenas para promover e preservar a competição no setor, deixando a prevenção regulatória para o Banco Central;
- ✓ outros dizem ser simplesmente muito difícil aplicar um *FFD* no setor financeiro, porque a autoridade financeira teria como se antecipar e aportar uma ajuda monetária no banco para evitar a saída da instituição do mercado;
- ✓ considerar a falência e a saída de um banco do mercado é também considerar a possibilidade de saída de outras empresas do mercado, em razão da crise que se instalaria.

Nesse sentido, importante transcrever um trecho do “voto de vista”¹¹⁸ ao processo, atribuído pelo antigo Conselheiro do CADE, Celso Fernandes Campilongo:

[...] Nesse sentido, procurei reforçar o entendimento deste plenário de que a competência do Bacen para autorização das instituições financeiras a fim de que possam ser transformadas, fundidas, incorporada ou encapadas (art.10, inciso X, letra “c”, da Lei nº4.595/64), não pode ser confundida com a competência do CADE de apreciar tais atos, com fundamento no art.54 da Lei nº8.884/94, posteriormente à aprovação pelo BACEN, sendo que a primeira forma de controle (exercida pelo Bacen) se dá com base em aspectos específicos do setor financeiro, e a segunda forma de controle (exercida pelo CADE) se dá sob o prisma da defesa da concorrência.

[...] Assim, já havia sido consagrado, neste plenário, o entendimento de que a competência do Bacen para regular o setor financeiro, nos termos da Lei nº 4.595/64, não se confunde com a atuação do CADE na prevenção e repressão ao abuso do poder econômico, exercida nos termos da Lei nº8.884/94. **São, portanto, funções que possuem raios de atuação próprios e que se completam.**

[...] A **função** de **regulação** econômica prudencial do setor financeiro, exercida pelo Banco Central, não se confunde, em nenhuma hipótese, no

¹¹⁸ Ato de Concentração nº08012.006762/2000-09. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE). Voto de vista do conselheiro Celso Fernandes Campilongo, 28 nov.2001, p.3.

entendimento já consagrado por este Plenário, com a **função de adjudicação** exercida pelo CADE na prevenção e repressão ao abuso do poder econômico (atividades traduzidas como controle de estruturas e controle de condutas).

3.12 Cartel

O cartel consiste em um acordo entre concorrentes para, em regra, fixar preços, divisão de mercados e clientes, ou fixar quotas de produção. Estas práticas prejudicam os consumidores que acabam pagando pelos preços altos de produtos ou serviços, ou se sujeitando à baixa oferta do produto ou serviço, inclusive de qualidade ruim. Além disso, o cartel acaba promovendo um retrocesso na inovação tecnológica em razão de não haver nenhum estímulo à competição.

É a figura jurídica antitruste que mais recebe a repulsa da sociedade e das autoridades. Sua configuração, quando bem estruturada e dissimulada, recebe a condenação *per se* pela gravidade do prejuízo causado à concorrência e pela repulsa da sociedade. A doutrina antitruste denomina cartel *hard core* aquele bem administrado quanto ao controle e à fidelização dos seus integrantes, mediante elevada simulação de normalidade concorrencial.

Na definição de Forgioni¹¹⁹, os cartéis são acordos de agentes concorrentes, atuais ou potenciais, que se unem em conluio, sob o manto da “associação de classe”, ou “associações buscando qualidade de produto”, para arrefecer ou neutralizar a competição entre eles, cujo objeto ou efeito está bem tipificado nas leis antitruste – no Brasil, art.36 da Lei nº12.529/11.

Segundo Richard Posner¹²⁰, as razões para a prática dessas ilicitudes estão associadas às questões intrínsecas ao mundo empresarial, como a propensão à facilitação dos negócios, e à estrutura econômica do mercado, tais como:

- número de agentes econômicos: quanto maior o número de agentes menor é a chance do cartel se estabelecer;
- homogeneidade do produto, pois quanto mais uniforme for o produto menor é a chance de quebrar o cartel pela introdução de novidades ou diferenciação;
- baixa elasticidade da demanda em relação ao preço, de modo a não ocorrer deslocamento e queda da demanda quando praticado o aumento de preço;
- existência de barreiras à entrada de concorrentes;
- mercado em retração;

¹¹⁹ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. 7.ed. São Paulo: RT, 2014, p.341.

¹²⁰ POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 4.ed. Boston, Little-Brown, 1992. p.287-288. In: FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. 7.ed. São Paulo: RT, 2014, p.346.

– quantidade dos adquirentes, de forma que se existirem poucos compradores daria melhores chances de controle do que é vendido por cada um dos integrantes do cartel.

Essas transformações nos comportamentos dos agentes no mercado relevante, e o paralelismo percebido em suas ações, demonstram os bons indícios do início e do andamento da operação cartelizada.

Para confirmá-la, a autoridade antitruste poderá realizar inspeção *in loco* nas empresas sob investigação, conferir livros comerciais, computadores e arquivos eletrônicos, e assim, fazer provas do paralelismo. Não se trata de uma tarefa fácil, especialmente nos momentos das tentativas. Em regra, as provas são obtidas somente através de gravações de reuniões entre os envolvidos.

No tocante às tentativas, importante frisar que a convicção para condenar precisa estar bem suportada em conteúdos robustos de gravação, assim como qualquer outro meio de prova relacionado à tentativa.

A legislação antitruste, assim denominada em razão das iniciativas legislativas americanas, na virada do século XIX para o século XX, no combate aos cartéis, parece ter encontrado novas forças na virada do século XX para o XXI, agora não mais aos cartéis locais, mas também aos internacionais por força da globalização econômica.

Por outro lado, em atendimento aos objetivos pró-competitivos, poderá haver situações de aceitação de um pequeno arranjo e fortalecimento de frágeis competidores no sentido de competirem em grupo, contra os grandes competidores, de envergadura quase sempre internacional.

Os acordos anticompetitivos entre os agentes econômicos são geralmente horizontais e neutralizam a concorrência de forma direta. A racionalidade desses agentes visa uniformizar ou ajustar as suas condutas no sentido de auferir maiores lucros do que seria no ambiente de competição e rivalidade, tal como a determinação de preço (alta) e quantidade (redução) de produto/serviço, qualidade (baixa) do produto/serviço, e distribuição geográfica de exploração sem concorrência, barreiras à entrada de novos competidores, entre tantas outras iniciativas avessas aos interesses da coletividade.

Os cartéis também podem acontecer nas relações verticais entre os agentes econômicos, uniformizando procedimentos que impactam o mercado talvez não

tão diretamente, mas de alguma forma decisiva em prejuízo ao livre mercado da cadeia produtiva, que sobrarão seus efeitos negativos sobre a coletividade.

A iniciativa dos cartéis para neutralizar a concorrência entre os participantes do acordo, e assim auferir lucros maiores, visa aproximar artificialmente às condições de lucratividade da situação de monopólio (na venda) ou de monopsonio (na compra).

Essa situação de monopólio acaba por afetar o bem-estar da coletividade (ou consumidor), na medida em que elevando os preços e reduzindo a qualidade do produto/serviço ao comprador, acaba por transferir compulsoriamente a renda da sociedade para os agentes, de forma injusta e ilícita.

Como já mencionado, ao conceito geral de cartel se junta à denominação de cartel *hard core* para aqueles arranjos clássicos que envolvem a fixação de preços, a divisão de mercados de bens e serviços, de territórios, de clientes, linha de produção e tantas outras combinações. Os arranjos de escopo estão na esfera de produção, no tocante à inovação, restrição ou sua delimitação por cotas pré-estabelecidas das vendas.

O cartel, além de reduzir a concorrência, reduz a atratividade da inovação e melhora de qualidade dos produtos/serviços, de impacto negativo não desprezível para o desenvolvimento econômico e social, razão de ser considerado na grande maioria dos países que adotam as leis antitruste, uma infração à ordem econômica.

Segundo Eduardo Gaban e Juliana Oliveira¹²¹, até hoje não existe uma posição consolidada sobre a melhor forma de combater os cartéis, além de se ter pouca produção no meio jurídico sobre o tema, dado que sempre foi despendido mais tempo aos estudos das restrições verticais do que às restrições horizontais.

No entanto, é pacífico que em todas as jurisdições faz-se necessário observar o contexto e a relevância da conduta sob o ponto de vista antitruste, isto é, saber se há barreiras à entrada no mercado relevante, se a conduta propiciou ou aumentou o poder de mercado e que seu exercício seja possível e incontestável na região geográfica em que se estabeleceu.

Murray Rothbard¹²² e a doutrina liberal da Escola Austríaca advogam a ideia de que mesmo na hipótese do exercício de cartel, tal prática estaria dentro dos movimentos possíveis de um livre mercado que gerariam eficiência ou se ajustariam

¹²¹ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.163.

¹²² ROTHBARD, Murray N. **Man, economy and state with power and market**. 2.ed. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2009, p.634-652.

com o tempo por força do encorajamento à entrada de potente(s) competidor(es) atraídos pelo lucro do segmento.

Outra visão complacente com os cartéis, de origem matemática, viria da Teoria dos Jogos de John Nash, segundo a qual, depois de instalado o cartel, o “jogo” passaria a ter duração finita por alguns motivos, entre os quais, o fato de os agentes acabarem por perceber que os resultados individuais auferidos no acordo seriam menores do que se agissem fora do acordo. Por esse motivo, haveria uma propensão a adotarem comportamentos oportunistas de burla ou fraude ao cartel que acabariam por desestabilizar o cartel – sem a intervenção do Estado. Corroborando com esse raciocínio matemático da “Teoria dos Jogos”, há quem calcule que a recente possibilidade de acordos de leniência, aos casos de cartel, tenha tornado mais vulnerável o jogo inicial infinito da simulação matemática que resultaria no Cartel.

Visando justamente coibir a burla ao cartel, esses agentes cartelizados costumam incluir nos seus contratos de venda, principalmente de longo prazo, a “cláusula da nação mais favorecida” (*most favored nation – MFN*).

Essa cláusula é originariamente utilizada no comércio internacional no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC) para dar preferências comerciais aos países de menor potencial comercial, mas foi tomada emprestada no seu uso pelos cartéis *hard core*, notadamente pelos cartéis internacionais, que as usam com o cliente, de modo a garantir que o preço de venda do bem/serviço não possa ser superior ao preço praticado para outro cliente atendido por outro agente do cartel – os clientes a serviço da vigilância e estabilidade do cartel.

Os cartéis internacionais privados *hard core* são estruturados por agentes econômicos de pelo menos dois países, visando o controle de preços e a divisão de mercado pelo mundo, motivo pelo qual recebem um forte combate através de diversos acordos firmados por diferentes países e suas respectivas autoridades antitruste, já que só a circunscrição nacional antitruste, isolada, não seria suficiente para reprimir esses cartéis de atuação internacional.

Juntam-se a esses cartéis oriundos das relações particulares entre os agentes econômicos de diferentes países, outros cartéis sob os auspícios das autoridades governamentais, de aparente antagonismo com as noções antitruste já apresentadas, mas que atende às questões técnicas (Regra da Razão) de inteligência econômica e de bom senso econômico-jurídico quanto ao momento histórico de cada país (*crises cartels*); ou as necessidades de defesa ou esforço comercial em se expandir através do mercado

externo (cartéis privados de exportação), com a benção do Estado, de agentes do mesmo país no intuito de fixar preços e dividir mercados externos, entre outras iniciativas cartelizadas voltadas para o exterior, e não para o mercado interno.

Sobre os cartéis de exportação, Eduardo Gaban e Juliana Oliveira¹²³ afirmam que em algumas jurisdições, no âmbito do antitruste, preveem a necessidade de deixar registrado o acordo de exportação junto às autoridades antitruste, seguindo as tradições mercantilistas de promoção da exportação nacional. Contudo, não são verificados esses registros na maioria dos casos, razão de muitos países assumirem a exceção ao cartel de exportação de forma implícita, manifestando a jurisdição antitruste somente às atividades que possuam implicações para o mercado local-nacional.

Como se pode verificar, os cartéis que promovem a exportação por nacionais, recebem a conveniência do Estado que nada legisla e repercute no antitruste local, deixando a questão aberta para o âmbito das discussões internacionais na Organização Mundial do Comércio (OMC). Quanto aos cartéis privados *hard core* internacionais, em razão do seu *modus operandi*, acaba por receber tratamento (repressão) através de acordos e convênios bilaterais entre os países, cada qual na sua jurisdição. Assim, passemos a verificar de forma simplificada as origens e os motivos do *crisis cartels* e as peculiaridades do *price leadership*.

3.12.1 *Crisis cartels* (cartel da crise)

A primeira fase do *New Deal* (1933-1935) foi um bom exemplo de verificação da comunhão de esforços entre empresários (cartel) sob a benção do Estado e ao arripio da cultura e dos valores norte-americanos, do liberalismo. Nesse período vigorou o *National Industrial Recovery Act (NIRA)*, que suspendeu o antitruste norte-americano, razão de todo tipo de acordos realizados em diversos setores para fixar preços, estabelecer cotas de venda ou dividir o mercado por região.

Entretanto, nenhuma dessas práticas ocorreu sob alguma justificção de permissão da autoridade antitruste norte-americana; ao contrário, dela não tomava participação e sequer tinha entendimento sobre o que mais tarde (década de 1990) ficou entendido no meio antitruste como a figura do “cartel da crise”.

¹²³ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.179.

As particularidades dessa figura jurídica antitruste não encontram respaldo na jurisprudência norte-americana e em vários países, ainda que o termo e o conceito esteja há 20 anos na doutrina e recebam tratamento teórico das autoridades antitruste.

A propósito, vale mencionar que algumas experiências de cartelização institucionalizada surgem a partir das premissas sugeridas pelo próprio nome – *Crisis Cartels* – de crise. Alguns países lançaram mão desse expediente por diferentes motivos. Um deles foi o de aumentar a envergadura de competição depois da Segunda Guerra Mundial, como fez o Japão até 1990, ou as experiências de objetivos difusos, como ocorreram no Brasil de 1970 a 1990, através das portarias da SUNAB que determinaram preços e, em alguns setores, quantidades. A OPEP é um exemplo de Cartel institucionalizado que opera tanto na crise – estancando a queda de preço e estabelecendo cotas e limites de produção – como na bonança, contendo a volatilidade e a alta dos preços ou adicionando ao mercado novas cotas de produção.

A *organization for economic co-operation and development (OECD)* distingue duas formas de entender o *crisis cartels*: um acordo entre particulares com a benção do Estado; ou quando esse acordo recebe a benção e a mão do Estado, tornando-se parte diretamente envolvida no acordo e no bom funcionamento do cartel:

The term crisis cartel has been used in two ways: to a cartel between private firms that is not approved by the state or to an agreement between firms that a government body sanctions during a period of economic distress. The first type of crisis cartel may contravene the competition law of the jurisdiction in question, while the second type of crisis cartel may well require an exemption from that law. Competition authorities have to decide how much priority to give to cartel enforcement and whether that priority should change over the business cycle. Other government bodies may have to decide whether to intervene, permit, or even encourage the formation of cartels. Some have argued that these questions are of greater relevance to developing countries with fewer public policy instruments effectively available to them during downturns. Widespread toleration of crisis cartels would go against two decades of tougher enforcement against cartels in both developing and industrialised countries. If the policymaking community were to accept that there are circumstances under which crisis cartels could be justified then this would mark a significant point of departure from prevailing views on cartel enforcement. Many country contributions to this session made specific references to the significance that a policy shift would imply by a greater resort to crisis cartels. Cyclical and structural overcapacity is better dealt with by other means available to firms and to governments.¹²⁴

¹²⁴ ORGANIZATION for economic co-operation and development (OECD). **Policy roundtables**. Crisis cartels, 2011, p.9. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/48948847>. Acesso em: 25 fev.2015.

No mesmo documento elaborado em 2011, a OECD listou¹²⁵ os argumentos em prol da montagem do cartel da crise:

- limitar ou evitar aumento do desemprego;
- facilitar a racionalização de um setor que padece de excesso de capacidade;
- promover inovação, permitindo a coordenação e cooperação entre concorrentes;
- promover melhorias de produtividade;
- estabilizar preços;
- evitar concorrência predatória, que comprometa a obtenção de lucros suficientes para suportar investimentos necessários;
- reserva de mercado para priorizar empresas nacionais;
- evitar excessiva tolerância do antitruste, de modo a enquadrar-se no cartel reconhecido como excludente de ilegalidade.

Paula Andrea Forgioni¹²⁶ observa que numa economia ainda não muito desenvolvida, faria sentido adotar uma estratégia que unisse musculatura para disputar inclusive os mercados externos sob a roupagem de cartel da crise. Isto seria um exemplo de política governamental a ser adotada para o mercado externo, mas que não poderia lograr resultados se sofresse as restrições da OMC.

3.12.2 *Price leadership*

Em uma estrutura oligopolizada como a do cartel, depois de realizados os ajustes iniciais do acordo entre os agentes, haverá a necessidade de se estabelecer o meio pelo qual se dará a partida e o *quantum* de preço a ser praticado por todos de tempos em tempos, como por exemplo, o interesse de reajuste do preço cartelizado ou das condições de pagamento do preço.

Por meio da liderança de preços do líder do cartel, ou de quem detiver a maior posição dominante no mercado oligopolizado, os demais agentes seguiriam o preço. Esse comportamento seria o *price leadership*.

As motivações ou critérios de alteração de preços podem ter sido previamente acordados, explicitamente (cartel) ou não (paralelismo de conduta). Mas é certo que as motivações deverão ser do conhecimento de todos os envolvidos, pela especialidade e conhecimento do negócio ou através das vias públicas de entrevistas “desinteressadas” em jornais e revistas especializadas, de modo a permitir que o líder prepare e informe aos demais “concorrentes” a alteração de preços.

¹²⁵ ORGANIZATION for economic co-operation and development (OECD). **Policy roundtables**. Crisis cartels, 2011, p.24. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/48948847>. Acesso em: 25 fev.2015.

¹²⁶ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. 7.ed. São Paulo: RT, 2014, p.342.

A questão colocada em discussão na doutrina antitruste é se o paralelismo de conduta, isto é, a movimentação dos preços num mesmo tempo seria suficiente para concluir que houvesse algum acordo tácito para seguir o “líder” de mercado na forma de cartel e violação à ordem econômica, ou seria a movimentação resultado da capacidade humana de raciocínio econômico sobre as questões comuns a todos os integrantes do mercado e assim livre de qualquer ilicitude.

A resposta a estas questões de movimentação de preços típico de *price leadership*, do paralelismo de conduta, será dada através da razoabilidade econômica dos seus motivos, na qual a metodologia da regra da razão revelará a plausibilidade dessa conduta e o afastamento de sua licitude, uma vez que fatores conjunturais externos à estrutura do mercado podem ter alterado os custos ou outras situações de funcionamento do mercado.

Uma vez identificada a movimentação em conjunto das empresas, inclusive preços, a doutrina aponta três tipos de liderança: liderança da empresa dominante, liderança colusiva e liderança barométrica.

O conceito de “liderança da empresa dominante” deve-se à influência determinante da empresa no mercado onde atua, normalmente devido a sua participação elevada no mercado relevante. Entretanto, outros fatores também a fazem líder, como as particularidades históricas de ser uma empresa tradicional do setor, ou as circunstâncias operativas da empresa reconhecidamente competitiva, como o fato de ter custos de produção reduzidos.

A liderança colusiva se encontra pré-ajustada nos cartéis explícitos ou implicitamente dentro dos oligopólios como opção de maximização dos seus ganhos através do paralelismo.

Segundo Eduardo Gaban e Juliana Oliveira, a liderança barométrica se confunde com a liderança colusiva, diferenciando-se no foco das atenções, respectivamente, o foco daquela centrado no desempenho e o desta, na conduta. A liderança barométrica se dá pelos resultados alcançados através de sua ação, e não na conduta em si, de modo que é na “racionalidade econômica que edifica o resultado e a ação de liderança.”¹²⁷

Em outras palavras, a liderança barométrica é exercida segundo os próprios méritos do líder, em razão do reconhecimento pelos demais, de seus acertos no

¹²⁷ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.174.

mercado. Por esse motivo, as atenções dos concorrentes ficam voltadas para as ações do líder no mercado, de modo a tentarem reproduzi-las individualmente, o que, uma vez logrado sucesso, acaba por refletir em cadeia, no setor, as mesmas condutas inicialmente praticadas pelo líder.

3.13 Antitruste – internacional

O avanço das relações comerciais das últimas décadas, fruto da globalização, proporcionou reduções de entraves tarifários importantes a diversos blocos econômicos e países, o que fez reavivar as discussões acerca das questões concorrenciais do setor privado transnacional.

No âmbito das jurisdições nacionais ou regionais (União Europeia) a questão antitruste tem caminhado muito bem e encontra-se atualmente muito bem delineada, inclusive no Brasil. A questão posta é a maneira de se considerar um antitruste internacional como um complemento de repressão aos atos e condutas de efeitos supranacionais.

Ainda que os desafios de soberania existam como limitadores de um antitruste global, ele está muito presente internacionalmente por meio de acordos entre alguns países e blocos para agir com atenção sobre as fusões e condutas transnacionais, e principalmente ao ressurgimento dos cartéis internacionais.

Nas organizações multilaterais já bem constituídas, como o da Organização Mundial do Comércio (OMC), as condutas anticoncorrenciais internacionais já têm sido tema de painéis de discussões e proposições, sem, contudo ter neutralizado a primazia das discussões e atenções entre as diversas autoridades do antitruste em âmbito mundial.

É nesse sentido que aparecem as discussões das autoridades antitruste de diversos países visando convergir as particularidades jurisdicionais para uma ação única aceita internacionalmente, razão pelo qual, diante das dificuldades encontradas, os diferentes países têm dado preferência aos acordos bilaterais.

As razões para as dificuldades de convergência para um antitruste internacional são: de ordem político-jurídico, as particularidades econômicas e sociais dos países e as questões regionais internas.

Sob esse dilema de aplicação de um antitruste internacional único, Ivo Waisberg¹²⁸ menciona que as questões transnacionais relacionadas ao antitruste acabam por desaguar em algumas iniciativas, como a aplicação extraterritorial unilateral, a cooperação bilateral, ou mesmo a tentativa de um acordo multilateral.

A extraterritorialidade unilateral é a capacidade de fazer valer a lei nacional no espaço e além dos limites territoriais para alcançar estrangeiros por atos e condutas antitruste em desconformidade com as leis nacionais do país atingido. Tarefa essa, de enorme complexidade de aplicação em razão da soberania das nações e Direito Internacional, mas prevista a sua adoção, como primazia do direito antitruste norte-americana e da União Europeia.

A motivação norte-americana para a aplicação da extraterritorialidade unilateral está nas condutas e atos antitruste estrangeiros de efeitos, ou potencial efeitos, sobre o mercado nacional e mercados externos de empresas americanas (exportadoras). Na visão europeia, as motivações para a adoção da extraterritorialidade unilateral se concentrará no local da implementação e não no local onde se deram as tratativas da conduta ou formalização do contrato. Ainda que cada qual adote sua doutrina, respectivamente, doutrina dos efeitos ou doutrina do local da implementação, o efeito prático das duas doutrinas é o mesmo, restando apenas a diferença de que o sistema europeu não visa alcançar práticas que atinja a exportação das empresas da União Europeia.

Por seu turno, alguns outros países, como o Brasil, acabaram por seguir e conceber em seu sistema antitruste, a extraterritorialidade unilateral, mas de efeito prático duvidoso se litigado contra estrangeiros de países e regiões de poderio econômico-político maior que o país reclamante. Esse choque de soberanias acabou por produzir outras leis, “leis de bloqueios” (*blocking statutes*), para bloquear as iniciativas antitruste de outras nações sobre a jurisdição interna, nacional – como foi o caso da adoção dessas leis bloqueadoras por parte dos Estados Unidos da América (EUA).

O conflito gerado pela aplicabilidade da extraterritorialidade unilateral levou a Austrália (1982) e o Canadá (1984) a firmarem os primeiros acordos defensivos bilaterais com os EUA. Em 1991, surge o acordo bilateral entre as duas potências –

¹²⁸ WAISBERG, Ivo. **Direito e política da concorrência para os países em desenvolvimento**. São Paulo: Lex, 2006, p.75-78.

EUA e União Europeia – com pretensões mais ousadas (cooperação positiva)¹²⁹ de enfrentamento das questões transnacionais relacionadas ao antitruste dos dois grandes blocos econômicos. Esse acordo bilateral das duas grandes potências, voltado para o maior comprometimento antitruste (cooperação positiva), teve como características principais: cláusula de notificação; cooperação e coordenação; troca de informações (inclusive de ordem confidencial); cooperação negativa (*soft*), isto é, mais brando em algumas áreas sensíveis aos dois blocos; e assistência técnica.

Em 1999, o Brasil e os EUA iniciaram um acordo bilateral de cooperação negativa (*soft*), que entre outros itens¹³⁰, estabeleceu:

- o objetivo é promover cooperação para garantir que as partes dêem atenção cuidadosa aos interesses importantes da outra parte (art.I, 1);
- a aplicada cooperação “no limite compatível com suas leis respectivas e seus interesses importantes” (art.III, 1);
- a consulta e a cooperação positiva (art.IV, 2), mas com total discricionariedade da parte requerida de iniciar uma investigação ou deixar de fazê-lo;
- assistência técnica;
- o não-compartilhamento de informações confidenciais.

Esses acordos bilaterais, país a país, tiveram a intenção de deixar algum regramento nas relações entre os países que tivessem maior relação comercial, tal como México e EUA, e também Brasil e União Europeia, assim como os outros países, facilitando o diálogo dos sistemas e a diminuição de suas diferenças.

Entretanto, a questão bilateral, assim como a extraterritorialidade unilateral, ficaria ainda sem a fiscalização de uma entidade maior para equilibrar as relações de forças político-econômicas entre as partes. Na ausência dessa autoridade, a parte mais poderosa, seus interesses, é que poderão se sobrepor.

A multilateralidade dos acordos, elegendo uma autoridade central internacional antitruste, poderia ser uma boa resposta a essas vulnerabilidades, mas carece de viabilidade em razão da grande complexidade de unir países e regiões com diferentes graus de desenvolvimento econômico-social.

Ivo Waisberg¹³¹ explica que a abordagem multilateral encontra duas opções para se realizar: uma horizontal, através de redes internacionais com o objetivo

¹²⁹ WAISBERG, Ivo. **Direito e política da concorrência para os países em desenvolvimento**. São Paulo: Lex, 2006, p.101-103.

¹³⁰ WAISBERG, Ivo. **Direito e política da concorrência para os países em desenvolvimento**. São Paulo: Lex, 2006, p.105.

¹³¹ WAISBERG, Ivo. **Direito e política da concorrência para os países em desenvolvimento**. São Paulo: Lex, 2006, p.108.

de fomentar a cooperação e os princípios não-vinculantes; e a vertical, de difícil aplicação, através da conversão das leis para um regramento vinculante a todos os países e regiões, dirigida por uma autoridade centralizada.

A abordagem horizontal é a realidade atualmente observada no panorama antitruste internacional, a gerar esperanças de conversão dos diferentes sistemas antitruste para um regramento mais harmonioso nacionalmente em relação ao conjunto de nações, de modo a possibilitar o combate às práticas anticoncorrenciais transnacionais sem gerar um conflito político-jurídico entre os envolvidos – nacionais e estrangeiros.

Além dos acordos bilaterais, há diversas entidades internacionais ou redes organizacionais atuando em prol da concorrência e dos sistemas legais antitruste, sendo as de maior visibilidade¹³² atualmente:

International Competition Network (INC) – é uma rede virtual, que congrega agências antitruste de países desenvolvidos e em desenvolvimento, focada nas questões práticas de cumprimento de leis e política de interesse comum, de modo a favorecer melhores procedimentos e convergências das leis antitruste; tem a análise de fusões como tema principal;

Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) – é um “clube exclusivo” dos países desenvolvidos, que sob sua visão subvencionou diversos estudos e painéis sobre o tema concorrência, tendo inclusive como participantes alguns países não-membros;

United Nation Conference on Trade and Development (Unctad) – era um fórum de negociações nos anos 1980 e formulou um documento de código de condutas, revisado em 2000, intitulado Princípios Consensuais Multilaterais Paritários e Regra para o controle de Regras Restritivas de Comércio, mas que nunca foi assinado pelos países. Esse documento tinha como principal objetivo impedir os abusos das empresas multinacionais. A Unctad é controlada pelos países em desenvolvimento ou menos desenvolvidos;

¹³² WAISBERG, Ivo. **Direito e política da concorrência para os países em desenvolvimento**. São Paulo: Lex, 2006, p.109-113.

Organização Mundial do Comércio (OMC) – depois da liberalização do comércio global entre os países, a OMC tem se dedicado às restrições privadas, às trocas comerciais – a preocupação com a concorrência. Se por um lado, o organismo goza de experiência e credibilidade para encontrar soluções para dissidências, como o de grande complexidade do antitruste, por outro, é um organismo com viés comercial e não antitruste, o que poderia influenciar e macular a boa aplicação da lei antitruste em âmbito internacional.

4 DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO

A entrada em vigor da nova Lei de Defesa da Concorrência, em 29 de maio de 2012, deixou o Brasil atualizado quanto às mais modernas técnicas de investigação, análise e decisão antitruste.

A proposta desta parte é discorrer brevemente sobre o percurso das preocupações concorrenciais no Brasil, desde antes da Era Vargas até a experiência vivenciada com a redemocratização do país e seu acolhimento como princípio constitucional na Constituição Federal de 1988, bem como os seus desdobramentos infraconstitucionais, modernizadores, necessários à nova ordem econômica de economia de mercado, cujas disposições contidas na Lei nº8.884/94 e posterior integração na Lei nº 12.529/2011 são marcos indissociáveis da fase adulta do antitruste nacional.

A partir dessa inserção normativa da defesa da concorrência será apresentado um quadro sinóptico contendo os artigos anteriores da Lei nº8.884/94 e o seu aproveitamento na Lei nº12.529/11, como forma de facilitar a compreensão das mudanças gerais em matéria de organização dos dispositivos. Feito a apresentação geral, sucederá a análise dos principais artigos estruturantes do atual antitruste brasileiro.

4.1 Concorrência – enfoque brasileiro

O enfoque antitruste brasileiro absorve as influências do direito antitruste europeu, segundo a economia social de mercado, porém sem que essas circunstâncias tradicionais no campo cultural e jurídico o afastem do olhar sobre as técnicas e a jurisprudência do antitruste norte-americano.

Partindo desta ressalva, temos que o antitruste é um instituto de intervenção do Estado na economia para garantir que os agentes econômicos concorram no mercado em condições de igualdade, de modo a propiciar o uso eficiente dos recursos econômicos e o aumento dos benefícios para a coletividade.

No tocante às normas que asseguram às empresas uma adequada condição para o exercício de sua atividade no mercado, deve-se mencionar que a garantia ao empresário não está apenas circunscrita à permanência na concorrência, mas também aos meios dessa concorrência, isto é, à garantia da possibilidade de entrada no mercado e sua saída, segundo uma decisão exclusiva da empresa.

Pelas regras constitucionais e do direito antitruste brasileiro, ao Estado é possível fiscalizar e intervir nas relações econômicas a partir de normas regulamentares diante de determinadas situações de desequilíbrio das forças de mercado que levem ao aumento de preço e prejudiquem a coletividade.

A concorrência encontra-se condizente com a sua natureza quando existe no mercado a oferta de produto ou de serviço igual ou semelhante, oferecido por empresas diferentes com o objetivo de lucro, na qual o consumidor tenha ampla liberdade de escolha.

A concorrência deve estar presente no mercado até como forma de proporcionar desenvolvimento às empresas, uma vez que elas precisariam investir na oferta de melhores produtos ou serviços, melhores preços e outros itens inovadores que permitam ganhos à coletividade.

Caberá ao Estado Democrático de Direito apresentar os limites às condutas dos agentes no mercado, objetivando a pluralidade de concorrentes e a garantia de que a ordem econômica não seja manipulada em prejuízo da coletividade.

Quanto à relação entre o direito concorrencial e o poder econômico de mercado, esclarece Calixto Salomão Filho:

“Se” o direito concorrencial funciona como um corpo de regras mínimas de organização da ordem privada, que deve oferecer a seus agentes a possibilidade de livre escolha e, conseqüentemente, de descoberta da melhor opção de conduta, deve ele garantir no mínimo, (a) liberdade de escolha e (b) máxima precisão possível das informações transmitidas.

Ora, para atender a esses dois requisitos mínimos, o conteúdo central (mas não exclusivo) do direito concorrencial deve ser a regulamentação do poder econômico no mercado. É intuitivo que a existência de agentes com poder sobre o mercado, quando levada ao ponto máximo do monopólio, elimina por completo a possibilidade de escolha por parte dos consumidores. Mas mesmo antes disso o poder econômico pode ser entendido como limitador da liberdade de escolha (de todos os agentes, consumidores e produtores) quando é suficientemente grande para criar barreiras à entrada de concorrentes.¹³³

Em semelhança ao antitruste europeu, os dispositivos em defesa da concorrência no Brasil também têm o seu alcance mais alargado que o norte-americano, a ponto de tangenciar outros objetivos de dois outros diplomas jurídicos brasileiros próximos, mas que não se confundem.

A primeiro destes diplomas é a Lei nº9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial), que visa somente proteger as partes concorrentes, cujo núcleo legislado é só

¹³³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.60-61.

inter part. O segundo é a Lei nº9.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), em defesa dos consumidores.

O titular de direitos do microssistema jurídico concorrencial, Lei nº12.529/11 (Lei em Defesa da Concorrência), é a coletividade. Calixto Salomão faz bem em separar o objeto dos dois outros diplomas jurídicos:

A discussão a respeito da eventual conflitualidade entre interesses dos consumidores e interesses dos concorrentes é útil, pois põe em destaque um ponto muito importante. A defesa do sistema concorrencial, entendida como defesa da existência da concorrência, não pode ser confundida com a proteção de um tipo particular de concorrente ou de uma estrutura específica de mercado. Não é possível, portanto, incluir como objeto específico do direito concorrencial a defesa de uma estrutura empresarial formada por pequenas empresas. Esse objetivo, sim, poderia conflitar com interesses dos consumidores.¹³⁴

A legislação brasileira em defesa da concorrência (Lei nº12.529/2011) visa coibir a lesão ou a ameaça de lesão aos interesses concorrenciais, difusos, portanto de interesses ou direitos transindividuais, de natureza indivisível. Protege o mercado e o consumidor.

A coletividade é a titular dos direitos da Lei de Defesa da Concorrência.

4.2 Brasil – elementos históricos

O estudo da concorrência no Brasil deve ser precedido de um contexto histórico para a compreensão da raiz das dificuldades de sua evolução no Brasil até a promulgação da Lei nº12.529, de 30 de novembro de 2011, de grande impacto institucional para o direito concorrencial brasileiro.

A primeira fase identificada é a fiscalista, no Brasil colônia, antes da transferência da corte portuguesa para o Brasil, quando o objetivo maior era arrecadar impostos com as riquezas brasileiras a fim de suprir as necessidades da Coroa. As riquezas daqui eram remetidas, principalmente, para Portugal. Não havia nenhum controle efetivo, nem preocupação com os recursos naturais, questões trabalhistas, muito menos ligado à concorrência.

Nessa época, o Brasil era eminentemente agrário, a mão de obra era escrava e havia plantações com monoculturas que empobreceram o solo em vários locais do nordeste do país. O que realmente importava era assegurado pelas leis da época: o lucro da Corte Portuguesa.

¹³⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.37.

O sucesso da fase política fiscalista requeria que fossem sufocadas quaisquer tentativas de desenvolvimento industrial brasileiro. À guisa de exemplo, a Carta régia de 1766, que proibiu as atividades dos ourives, a vedação da fabricação de mel e vinho, ou ainda da cultura de uvas (sempre para que fosse eliminada a concorrência com o similar português).

Assume particular importância o Alvará de 5 de janeiro de 1785, que proibiu “todas as fábricas, manufaturadas, ou teares ou galões, de tecidos, ou de bordados de ouro, e prata: de veludos, brilhantes, cetins, tafetás, ou de outra qualquer qualidade de seda: de belbutes, chitas, bombazinas, fustões, ou de qualquer outra qualidade de fazenda de algodão, ou de linho, branca, ou de cores: e de panos, baetas, droguetes, saetas, ou de qualquer outra quantidade de tecidos de lã; ou os ditos tecidos sejam fabricados de um só dos referidos gêneros; excetuando tão somente aqueles dos ditos teares, e manufaturas, em que tecem, ou manufaturam fazendas graofas de algodão, que servem para o uso e vestuário dos negros, para enfardar e empacotar fazendas, e para outros ministérios semelhantes¹³⁵.”

A segunda fase começa com a mudança da Corte Portuguesa para o Brasil em 1808, ocasionada pela invasão napoleônica à Península Ibérica, com a instalação da família real no Rio de Janeiro e a edição de alvará de abertura do portos às nações amigas. “Há de se considerar, ainda, que o alvará de 1º de abril de 1808 não acabou por fomentar a indústria nacional de forma decisiva, como por vezes costuma ser afirmado. Com efeito, se, ao mesmo tempo em que foi permitida a indústria, abriram-se os portos às nações amigas, sujeitou-se na verdade, a incipiente indústria nacional à devastadora concorrência estrangeira.” Essa mesma concorrência é a que se refere Topik¹³⁶, é a “que veio perseguir os empresários e industriais durante todo o período do Império e da República”. D. João VI adota um

liberalismo pragmático, não ortodoxo, que visava a retirar do princípio da liberdade de comércio e de iniciativa todas as vantagens que pudesse proporcionar, deixando de aplicá-lo quando contrariasse os interesses nacionais. Com a implementação dessa política, acabou-se por contentar, ao menos imediatamente, as aspirações dos lavradores e comerciantes, que ansiavam por liberdade de atuação¹³⁷.

Após a declaração da independência do Brasil, em 7 de setembro de 1822, D. Pedro I outorga em 25 de março de 1824 a Constituição Imperial. É de se ressaltar que o Brasil passava, então, a ter uma Constituição, mas com muita centralização político-administrativa. Havia o Poder Moderador, exercido diretamente pelo Imperador, com grande influência sobre os demais poderes; a forma de Estado, por sua vez, era unitária.

¹³⁵ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. 7.ed. São Paulo: RT, 2014, p.86.

¹³⁶ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. 7.ed. São Paulo: RT, 2014, p.55-57.

¹³⁷ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. 7.ed. São Paulo: RT, 2014, p.90-91.

Segundo o art.179, XXIV, nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria ou comércio poderia ser proibido, se não se opusesse aos costumes públicos, à segurança, e à saúde dos cidadãos. Além disso, abolia as corporações de ofício.

Art.179. A inviolabilidade dos Direitos Cíveis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. XXIV. Nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria, ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança, e saúde dos Cidadãos.

XXV. Ficam abolidas as Corporações de Ofícios, seus Juizes, Escrivães, e Mestres.

XXVI. Os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas produções. A Lei lhes assegurará um privilégio exclusivo temporário, ou lhes remunerará em ressarcimento da perda, que hajam de sofrer pela vulgarização.

Apesar da Constituição de 1824 ter previsto alguns direitos e garantias, no Brasil permanecia a exploração de terras e a escravidão. Só no fim do período do Brasil Colônia, em 13 de maio de 1888, foi assinada a Lei Áurea pela Princesa Isabel abolindo a escravidão.

Na terceira fase está o Brasil independente politicamente. Entretanto, essa alteração política não bastava para industrializar o país, que continuava abastecido por mercadorias estrangeiras.

A primeira Constituição da República foi editada em 24 de fevereiro de 1891 e consagrava o sistema de governo presidencialista, a forma de Estado Federal e a forma de governo republicana, pondo fim à monarquia. O Poder Moderador foi extinto e adotou-se a clássica teoria de Montesquieu baseada na Tripartição de Poderes. Modificava-se, um pouco, os interesses e os ideais do país.

A Emenda Constitucional nº3, de setembro de 1926, alterou o art.72, §24, e consignou: “é garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial”.

Art.72 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§24. É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial. §25. Os inventos industriais pertencerão aos seus autores, aos quais ficará garantido por lei um privilégio temporário ou será concedido pelo Congresso um prêmio razoável, quando haja conveniência de vulgarizar o invento. §26. Aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar. §27. A lei assegurará a propriedade das marcas de fábrica.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1934, inspirada na Constituição do México de 1917 e na Constituição alemã de Weimar de 1919, previu pela primeira vez a liberdade econômica, com perspectivas de um Estado Social de Direito. Em seu art.115 estabelecia competir ao Estado a organização da ordem econômica:

TÍTULO IV

Da Ordem Econômica e Social

Art.115 – A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

Parágrafo único – Os Poderes Públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões do País.

Art.116 – Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações, devidas, conforme o art.112, nº17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos Poderes locais.

Art.117 – A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País.

A Constituição de 1934 durou apenas três anos, período no qual não houve a edição de lei antitruste. Observa-se que os princípios trazidos por esta Lei Maior devem ser interpretados considerando o momento histórico ao qual o Brasil atravessava.

A Constituição de 1937, chamada de Polaca, foi outorgada por Getúlio Vargas, durante o “Estado Novo”. O documento tinha fundamento fascista e delegava ao Poder Executivo poderes excessivos. Ao Estado conferia a função de orientar e coordenar a economia nacional. Foi a primeira a tratar expressamente a intervenção do governo no domínio econômico.

O art.135 tratava da Ordem Econômica, considerando diretamente a iniciativa individual:

DA ORDEM ECONÔMICA

Art.135 – Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.

Art.141 – A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição. Ao

mesmo tempo, o art.141 do texto constitucional brasileiro de 1937 colocava, como princípio, a proteção à economia popular. Regulamentando o referido dispositivo, veio o Decreto-lei nº869, de 18 de novembro de 1938, nitidamente, em muitos dos seus aspectos, uma lei antitruste. O primeiro diploma brasileiro antitruste surge com função constitucional bastante definida, buscando a tutela da economia popular e portanto, precipuamente, do consumidor. Dentro da nossa linha de evolução histórica, essa constatação não deve causar qualquer surpresa, mas sim fazer sobressair o fato de que a evolução da disciplina, no Brasil, não se deu como nos países com certa tradição antitruste: o antitruste não nasce no Brasil, como fatos de ligação entre o liberalismo econômico e (manutenção da) liberdade de concorrência. Nasce como repressão ao abuso do poder econômico e tendo como interesse constitucionalmente protegido o interesse da população, do consumidor.¹³⁸

A primeira lei sobre o assunto foi o Decreto-lei nº869, de 18 de novembro de 1938, que previa crimes contra a economia popular e foi criado para regulamentar o art.141 da Constituição de 1937. Diferentemente do sistema norte-americano voltado para o respaldo ao capitalismo puro (liberalismo) e no qual o Estado não tinha o direito de regular o mercado, o mote da lei e do sistema brasileiro era proteger o consumidor e a economia brasileira. Nos dizeres de Paula Forgioni:

Sob o manto da proteção da economia popular, é no Decreto-lei nº869, de 1938, que se colocam, pela primeira vez, em nosso sistema jurídico, algumas normas antitrustes que perduram até hoje: coibição do açambarcamento de mercadorias (art.2º, IV), manipulação da oferta e da procura (art.2º, I e II), fixação de preços mediante (art.3º, I), venda abaixo do preço de custo (art.2º, V), exclusividade (art.3, I), etc.¹³⁹.

O Decreto já mencionava a proibição de práticas anticompetitivas possíveis de determinar e de dominar o mercado, como os consórcios e os convênios.

Com a crise do Estado Novo de Getúlio Vargas, e ainda, com o fim da Segunda Guerra Mundial, surgiram vários movimentos no Brasil em prol da redemocratização do país.

Getúlio Vargas promulga o Decreto-lei nº7.666, de 22 de junho de 1945, que introduziu o conceito de abuso de poder econômico relacionado ao aumento arbitrário de lucros. Com caráter eminentemente administrativo criou a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE), que entre outras funções, cabia aprovar, verificar e autorizar práticas de interesse da economia nacional.

O Decreto-lei nº7.666/45, também conhecido por Lei Malaia, foi um projeto elaborado por Agamemmon Magalhães, que previa em alguns de seus

¹³⁸ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. 7.ed. São Paulo: RT, 2014, p.100.

¹³⁹ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. 7.ed. São Paulo: RT, 2014, p.101.

dispositivos¹⁴⁰ a possibilidade de intervenção do Estado e a desapropriação de empresas em defesa do interesse nacional. Alguns entendiam que o Decreto-lei tinha um cunho nazifascista, pois visava proteger demais o interesse nacional em detrimento do estrangeiro e ainda deixava a iniciativa privada a mercê de conceitos, por demais, abertos, que poderiam resultar em elevação de preço, restrição da liberdade econômica e monopólio.

¹⁴⁰ Decreto-lei nº7.666/45

Art.1º Consideram-se contrários aos interesses da economia nacional:

I – os entendimentos, ajustes ou acordos entre empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios, que tenham por efeito:

- a) elevar o preço de venda dos respectivos produtos;
- b) restringir, cercear ou suprimir a liberdade econômica de outras empresas;
- c) influenciar no mercado de modo favorável ao estabelecimento de um monopólio, ainda que regional;

II – os atos de compra e venda de acervos de empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou de cessão e transferência das respectivas cotas, ações, títulos ou direitos, ou de retenção de estoques de mercadorias, desde que de tais atos resulte ou possa resultar qualquer dos feitos previstos nas alíneas a, b e c do item I;

III – os atos de aquisição ou detenção, a qualquer título, de terras, por parte de empresas industriais ou agrícolas, em proporção superior às necessidades de sua produção, desde que daí resulte ou possa resultar a supressão ou redução das pequenas propriedades ou culturas circunvizinhas;

IV – a paralisação, total ou parcial, de empresas comerciais, industriais ou agrícolas desde que de tal fato resulte ou possa resultar a elevação dos preços das mercadorias ou o desemprego em massa de empregados, trabalhadores ou operários;

V – a incorporação, fusão, transformação, associação ou agrupamento de empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou a concentração das respectivas cota, ações ou administrações nas mãos de uma empresa ou grupo de empresas ou nas mãos de uma pessoa ou grupo de pessoas, desde que de tais atos resulte ou possa resultar qualquer dos efeitos previstos nas alíneas a, b e c do item I.

Parágrafo único. Para os efeitos deste Decreto-lei a palavra "empresa", abrange as pessoas físicas ou jurídicas de natureza comercial ou civil que disponham de organização destinada à exploração de qualquer atividade com fins lucrativos.

Art.2º Verificada a existência de qualquer dos atos referidos no art.1º, a C.A.D.E. notificará as empresas faltosas ou comprometidas no ato ou fato contrário aos interesses da economia nacional para, dentro de prazo certo, fixado de acordo com as circunstâncias, cessarem a prática dos atos incriminados

Art.3º Se as empresas notificadas não cumprirem a determinação da C.A.D.E. dentro do prazo fixado, ou se, dentro desse prazo, não cessarem os efeitos prejudiciais aos interesses da economia nacional, a C.A.D.E. decretará a intervenção em todas as empresas envolvidas nos atos ou fatos julgados contrários à economia nacional.

§1º A intervenção terá caráter provisório e se limitará às gestões necessárias ao restabelecimento da situação conforme aos interesses da economia nacional.

§2º A partir da data da decretação da intervenção, os administradores da empresa visada ficarão impedidos de praticar quaisquer atos de disposição de bens ou direitos integrantes do acervo da empresa.

§3º Os atos eventualmente praticados pelos administradores de empresas com infração do disposto no parágrafo anterior, serão nulos de pleno direito.

Art.4º A intervenção será executada pela C.A.D.E., através da nomeação de interventor que praticará todos os atos necessários ao cumprimento da decisão proferida.

Parágrafo único. As despesas com a intervenção correrão por conta da empresa que a sofrer.

DOS ATOS NOCIVOS AO INTERESSE PÚBLICO

Art.5º Os atos referidos no art.1º serão considerados nocivos ao interesse público quando:

- a) envolverem indústrias bélicas, indústrias básicas, empresas editoras, jornalísticas, de rádio e teledifusão ou de divulgação e publicidade;
- b) deles participarem empresas estrangeiras;
- c) resultarem da ação de empresas nacionais ou estrangeiras, notoriamente vinculadas a coalizões, “trusts” ou cartéis, ajustados no estrangeiro.

Art.6º Serão desapropriadas pela União as empresas comerciais, industriais ou agrícolas comprometidas ou envolvidas em atos nocivos ao interesse público.

§1º O valor das desapropriações de que cuida este artigo será pago aos desapropriados em títulos do Tesouro, de emissão especial, amortizáveis em quarenta anos.

§2º Para os efeitos do que dispõe o parágrafo único do art.15 do Decreto-lei nº3.365, de 21-6-1941 (Decreto-lei nº4.152, de 6-3-1942), o depósito será feito nos títulos a que se refere o parágrafo anterior e em montante correspondente ao capital registrado das empresas desapropriadas.

§3º Na avaliação para fixação da indenização devida pela desapropriação, tomar-se-á por base o valor do ativo líquido da empresa.

O Decreto-Lei nº7.666/45 teve um prazo curto de vigência (aproximadamente três meses) e, com a saída de Getúlio Vargas do governo, foi revogado pelo presidente José Linhares.

A Constituição Federal de 1946 consignou em seu art.145 a liberdade de iniciativa conciliando-a com a valorização do trabalho humano:

Da Ordem Econômica e Social

Art.145 – A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.

Parágrafo único – A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social.

Art.146 – A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição.

Art.148 – A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

Em 1951, surgiu a Lei nº1.521 trazendo dispositivos relativos aos crimes contra a economia popular, no intuito de regular a repressão ao abuso do poder econômico. Também continha dispositivos relativos às regras antitruste: o art.3º, III, tipificava como crime “promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transportes ou comércio”.

Em 1962, Agamemnon Magalhães¹⁴¹ também elaborou o projeto de Lei Antitruste parecido com a Lei nº7.666/1945. O projeto foi amplamente criticado, porque causaria insegurança jurídica, pois tipificava o ato ilícito pelo seu efeito e não pela sua intenção. Por fim, o projeto transformou-se na Lei nº4.137/1962 que criou, por meio do art.8º, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), cujas funções são apurar e reprimir os abusos ao poder econômico.

A Constituição de 1967, reafirmando os postulados da Carta anterior, adotou como princípios a liberdade de iniciativa e a repressão ao abuso do poder econômico.

Da Ordem Econômica e Social

Art.157 – A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: I – liberdade de iniciativa; II – valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III – função social da

¹⁴¹ Deputado Federal e Constituinte de 1946, uma das principais lideranças nacionais do Partido Social Democrático (PSD); alinhou-se aos defensores da intervenção estatal na economia.

propriedade; IV – harmonia e solidariedade entre os fatores de produção; V – desenvolvimento econômico; VI – repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

Atualmente, a Constituição brasileira dedica um capítulo exclusivo à Ordem Econômica, tamanha a sua importância para a manutenção e o desenvolvimento de uma nação. A Constituição Federal de 1988 prevê, já no seu art.1º, IV, os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa como fundamentos da República Federativa do Brasil.

No art.3º, II e III, elege o desenvolvimento nacional e o combate à pobreza e às desigualdades como objetivos fundamentais. Como são princípios fundamentais devem ser utilizados de forma preponderante para a interpretação de todo o texto constitucional.

No deslinde histórico político e econômico, a Constituição de 1988 tem finalidade dirigente. Ao ser elaborada, traçou metas para serem alcançadas no futuro. Assim como a Constituição alemã de Weimer, a Constituição dirigente prevê objetivos a serem alcançados tanto pelo poder público quanto pela sociedade e obriga o Estado a intervir na exploração da atividade econômica para garantir um mercado perfeito.

Art.1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Art.3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

Sob a égide da Constituição de 1988 surgiram as Leis nº9.279/96 e a Lei nº8.884/94, dois diplomas jurídicos que tutelam direitos distintos. A Lei nº9.279/96 visa proteger os concorrentes, regula e protege direitos e obrigações relativos à propriedade intelectual entre partes; no entanto, se utilizados mediante abuso de poder de mercado mereceria uma repressão em prol da concorrência.

Já a Lei nº8.884/94 abarca os direitos da coletividade segundo as normas do direito antitruste na preservação da defesa concorrencial. Mas, por vezes, uma única conduta estava prevista tanto na Lei nº9.279/96 quanto na Lei nº8.884/94. Isto significa que prejudicava tanto o concorrente (individualmente) quanto a coletividade.

A Lei nº8.884/94 está atualmente revogada quase integralmente pela Lei nº12.259, de 2011. Esta nova lei tem a forma de um microsistema que regula com

conceitos técnicos jurídicos e princípios próprios que não se aplicam a outras áreas do direito. É uma legislação específica, de cunho administrativo, que pode ter repercussões criminais para punir a ilegalidade dos cartéis e todas as outras infrações à ordem econômica.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) está estruturado por essa nova lei, objeto de estudo nos próximos tópicos.

4.3 O Estado na Constituição 1988 (intervenção-regulação-integração)

O valor ‘concorrência’ está recepcionado na Constituição de 1988 como um princípio, em garantias que se somam e se sobrepõem a outros princípios conforme o caso concreto e o interesse da coletividade representado pelo Estado.

Tanto do preâmbulo da Constituição de 1988, quanto no art.1º depreende-se que o Brasil adota o dirigismo econômico ou o neocapitalismo¹⁴² incumbindo ao Estado funções como erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades regionais. Nesse modelo, a atuação estatal é feita basicamente de três formas: a) intervenção no domínio econômico; b) regulação e c) integração.

Eros Grau distingue “Na Ordem Econômica na Constituição de 1988”, uma atividade econômica em sentido amplo e outra em sentido estrito. Atividade econômica em sentido amplo (gênero) é aquela que possui como espécies o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito.

A Constituição Federal, ao adotar um modelo capitalista, dispôs em seu art.173 que o Estado só pode explorar diretamente a atividade econômica, em sentido estrito, nos casos previstos na Carta. A regra é que a exploração seja de iniciativa privada. E assim, quando a atividade econômica for prestada pela iniciativa privada, o Estado atuará de forma a manter o mercado saudável e equilibrado.

É dever do Estado prestar diretamente a atividade econômica em sentido amplo – no que se refere a serviços públicos. No entanto, há exceções: alguns podem ser prestados pela iniciativa privada, quando o ente federativo assim o delegar. Observe-se que o Estado não transfere a titularidade do serviço, mas tão somente a sua prestação.

O art.173 da Constituição Federal permite a exploração de atividade econômica pelo Estado em duas situações: constituir empresa em caso de imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

¹⁴² MANDEL, Ernest. **Ensayos sobre el neocapitalismo**. 4.ed. México: Era, 1976.

O art.177 da Constituição dispõe ainda sobre as atividades que serão exploradas em forma de monopólio pela União:

Art.177. Constituem monopólio da União:

I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III – a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV – o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V – a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art.21 desta Constituição Federal.

Em relação às atividades constitucionalmente previstas para a exploração por meio de monopólio, o próprio texto constitucional, a partir da Emenda Constitucional nº9, dispõe sobre a possibilidade de a União contratar tanto com empresas privadas quanto com estatais as atividades relacionadas nos incisos I a IV do art.177.

Quanto à ordem econômica na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº3512-6 do Espírito Santo, cujo relator à época foi o Ministro Eros Grau, transcrevemos parte do voto proferido em 15/02/2006:

A ordem econômica pode ser definida, enquanto parcela da ordem jurídica, mundo do dever ser, como o sistema de normas que define, institucionalmente, determinado modo de produção econômica. A ordem econômica diretiva contemplada na Constituição de 1988 propõe a transformação do mundo do ser. O seu art.170 determina que a ordem econômica (mundo do ser) deva estar fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa e deva ter por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados determinados princípios. É Constituição diretiva. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus arts.1º, 3º e 170. Os fundamentos e os fins definidos em seus arts.1º e 3º são os fundamentos e os fins da sociedade brasileira

Eros Grau distingue três modalidades de atuação estatal no campo da *atividade econômica em sentido estrito* 'domínio econômico', três modalidades de intervenção: *intervenção por absorção ou participação (a)*, *intervenção por direção (b)* e *intervenção por indução (c)*. No primeiro caso, o Estado intervém no domínio econômico, isto é, no campo da *atividade econômica em sentido estrito*. Desenvolve ação, então, como agente (sujeito) econômico. Intervirá, então, por absorção ou participação. Quando o faz por absorção o Estado assume integralmente o controle dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito; atua em regime de monopólio. Quando o faz por participação, o Estado

assume o controle de parcela dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da *atividade econômica em sentido estrito*; atua em regime de competição com empresas privadas que permanecem a exercitar suas atividades nesse mesmo setor.

No segundo e no terceiro casos, o Estado intervirá sobre o domínio econômico, isto, sobre o campo da atividade econômica em sentido estrito. Desenvolve ação, então, como regulador dessa atividade. Intervirá, no caso, por direção ou por indução. Quando o faz por direção, o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica em sentido estrito.

Quando o faz por indução, o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados. No caso das normas por indução defrontamo-nos com preceitos que, embora prescritivos (deônticos), não são dotados da mesma carga de cogência que afeta as normas de intervenção por direção. Trata-se de normas dispositivas [...] ¹⁴³

Ao intervir no domínio econômico o Estado age como um agente econômico, atua de forma direta, obrigatoriamente, através de empresas públicas e de sociedades de economia mista. O art.173, §2º da Constituição Federal impõe às estatais um regime jurídico privado semelhante aos das demais empresas privadas comuns. Assim, as empresas estatais, quando exploradoras de atividade econômica, estão sujeitas, em regra, às mesmas normas tributárias, previdenciárias, trabalhistas e obrigacionais que incidem nas demais empresas.

Já quanto à intervenção sobre o domínio econômico, o Estado atua para fiscalizar, acompanhar e reprimir as formas ilícitas de exploração. Conforme determina o art.173, §4º da Constituição Federal, o Estado tem o dever de intervir sobre o domínio econômico para fiscalizar e reprimir atos de abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. A lei infralegal que hoje cumpre essa finalidade é a Lei nº12.259/11.

4.4 Princípios constitucionais – aspecto concorrencial

O Estado na concepção aqui abordada precisa garantir os direitos mínimos, com a menor intervenção possível. O Título VII da Constituição Federal trata da Ordem Econômica e Financeira, enuncia diretrizes, programas e finalidades a serem desenvolvidos tanto pela sociedade quanto pelo Estado. A intervenção do Estado é garantia de maior segurança à livre iniciativa e a todos os outros princípios da ordem econômica, e deve assegurar a existência digna a todos os cidadãos.

¹⁴³ Voto do Ministro Eros Grau, no julgamento da ADI 3.512, interposta pelo governador do Espírito Santo à época, em desfavor da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, fls.100/101.

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; 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. 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.

A política concorrencial brasileira trabalha sobre essa perspectiva de ser um instrumento de política pública, econômica e social, em prol do desenvolvimento na acepção ampla, isto é, produção e distribuição de riqueza e progresso social.¹⁴⁴

4.4.1 Valorização do trabalho humano

O primeiro princípio do art.170 é o da valorização do trabalho humano, inclusive antes da livre iniciativa, ordem que foi propositalmente escolhida pelo Constituinte. Isto, porque, quando da promulgação da Constituição de 1988, comemoravam-se os 100 anos da abolição da escravidão no Brasil. Historicamente, um prazo muito curto para resgatar as desigualdades sociais causadas no período escravocrata.

Em regra, casos de conflitos entre princípio de cunho social (valorização do trabalho) ou outro princípio (livre iniciativa), deverá prevalecer o de cunho social.

Sobre esse prisma, cabe mencionar um trecho do voto do antigo Presidente do CADE, João Grandino Rodas, no qual incorporou o princípio da valorização do trabalho para defender a prudência do órgão antitruste nas decisões que envolvessem pedido de paralisação de operações de concentração em curso:

Entretanto, uma desaprovação total, ou mesmo parcial, pode constituir em intervenção desmedida no domínio econômico que, a teor do art.170 da Constituição Federal, possui limites, com o fito de não quebrar o equilíbrio do próprio mercado. Por outro lado, deve-se lembrar que a ordem econômica se sustenta sobre dois fundamentos: a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano e, também, sobre um objetivo nuclear: assegurar a todos uma vida digna, de acordo com os preceitos da justiça social. Dessa forma,

¹⁴⁴ WAISBERG, Ivo. **Direito e política da concorrência para os países em desenvolvimento**. São Paulo: Lex, 2006, p.135.

sobre esses pressupostos básicos, constrói-se a ordem social, decorrente deles, também, os limites da intervenção governamental.¹⁴⁵

4.4.2 Livre iniciativa

A livre iniciativa nasceu com o intuito de permitir que todos pudessem comercializar. Rompe-se com a ideia das corporações de ofício, segundo as quais o exercício de determinadas atividades seria restrito a certa classe, só sendo permitido desenvolvê-las quando permitido pela corporação.

É fundamento da ordem econômica, supraprincípio, que envolve o livre exercício de qualquer atividade econômica, a liberdade de trabalho, ofício ou profissão além da liberdade de contrato. A livre iniciativa é limitada por questões éticas e jurídicas como a proteção ao meio ambiente, a concorrência e ao consumidor. De acordo com Marcus Elidius Michelli de Almeida¹⁴⁶,

Livre iniciativa vem a ser um princípio constitucional que visa afastar a ingerência do Estado na atividade econômica evitando assim o monopólio como regra, bem como concedendo ao particular a liberdade para exercer qualquer atividade, salvo nos casos previstos em lei.

E prossegue o autor:

A livre iniciativa se corporifica na livre concorrência que vem a ser a efetivação de uma estrutura econômica democrática, impondo uma disputa leal e igual na exploração de qualquer atividade.

A livre concorrência visa, portanto, buscar chances iguais para a disputa do mercado entre os particulares que desejarem exercer e permanecer numa atividade econômica no território brasileiro.

4.4.3 Soberania nacional

A soberania é um princípio fundamental da República Federativa do Brasil, conforme estabelece o art.1º, I, da Constituição Federal. A atividade econômica, o desenvolvimento nacional e a ordem econômica possuem relação com a soberania nacional na medida em que são vetores, ou seja, questões relacionadas à ordem interna e externa do país.

Como princípio fundamental, é aplicado indiretamente na elaboração e interpretação de outras normas do ordenamento jurídico, servindo sempre como diretriz

¹⁴⁵ Ato de concentração nº08012.001697/2002-89. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE). Voto Vogal do Presidente João Grandino Rodas, p.8. Referente acórdão de 04 fev. 2004. Disponível em: www.cade.gov.br/ Acesso em: 28 fev. 2015.

¹⁴⁶ ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. **Abuso do direito e concorrência desleal**. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p.98-110.

para essa finalidade. Também é utilizado de forma direta quando fundamenta uma decisão num caso concreto.

O princípio da soberania nacional assegura a autonomia econômica do Brasil em relação aos demais Estados e lhe impõe o dever de planejar, regular e incentivar atividades econômicas de maneira a garantir a autonomia da nação e regular as formas de permissão às interferências internacionais.

No âmbito interno do Brasil são aplicadas as normas, os princípios e os costumes internos. No âmbito internacional, a soberania se manifesta na capacidade de o Brasil só se sujeitar a normas internacionais, de forma voluntária, característica da autodeterminação incondicionada.

No âmbito internacional do comércio, o Brasil está adstrito voluntariamente às regras da Organização Mundial do Comércio, organização que tem, dentre outras funções, a de ser o foro para as negociações entre seus membros acerca das relações comerciais multilaterais que os envolvem. Em caso de desentendimento, litígio ou práticas anticoncorrenciais, o país membro prejudicado pode apresentar queixa formal à Organização Mundial do Comércio para a instauração de painel e de averiguação.

A OMC age como um Tribunal Internacional administrativo arbitral para julgar os ilícitos concorrenciais internacionais, dentre eles a instituição de subsídios e de barreiras fiscais por sobretaxa. No âmbito internacional não se aplica a legislação antitruste brasileira. No entanto, repercute aqui, no âmbito do antitruste brasileiro e se sujeitam as suas regras, qualquer ato ou conduta praticado no exterior que repercutam sobre as estruturas ou as condutas das empresas multinacionais instaladas no Brasil.

4.4.4 Propriedade privada

A Constituição protege todo patrimônio privado acumulado lícitamente, a propriedade privada, urbana, rural e intelectual.

De acordo com José Afonso da Silva¹⁴⁷,

A Constituição inscreveu a propriedade privada e sua função social como princípios da ordem econômica. Já destacamos antes a importância desse fato, porque, embora também prevista entre direitos individuais, ela não mais poderá ser considerada puro direito individual, relativizando-se seu conceito e significado, especialmente porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização de seu fim: assegurar a todos existência

¹⁴⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.788.

digna, conforme os ditames da justiça social. Se é assim, então, a propriedade privada, que, ademais, tem que atender a sua função social, fica vinculada à consecução daquele fim. O regime da propriedade denota a natureza do sistema econômico. Se se reconhece o direito de propriedade privada, se ela é um princípio da ordem econômica, disso decorre, só por si, que se adotou um sistema econômico fundado na iniciativa privada. A Constituição o diz (art.170).

4.4.4.1 Função social da propriedade

O enfoque da função social da propriedade nesse capítulo refere-se àquela voltada aos fins econômicos, que permite ao Estado restringir ou condicionar o uso da propriedade independentemente de manifestação do Poder Judiciário.

Entretanto, além de impor restrições negativas, o princípio da função social da propriedade junto ao art.5º, XXIII da Carta Magna “cumprirá sua função social”, impõe atuações positivas ao proprietário:

No espaço urbano, o titular de imóvel situado em área incluída por lei específica no Plano Diretor e que não esteja edificado, subutilizado ou não utilizado poderá, a teor do art.182, §4º, por força do aludido princípio, ser compelido pelo Município, nos termos da lei federal, a promover seu adequado aproveitamento, sob pena de se assujeitar, sucessivamente a: (a) parcelamento ou edificação compulsória; (b) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; (c) desapropriação paga mediante títulos da dívida pública, com prazo de resgate até 10 anos, assegurado seu valor real, em parcelas anuais e sucessivas.

Na área rural, se o imóvel não estiver cumprindo sua função social, apurada segundo critérios legais estabelecidos a partir dos elementos constantes do art.186 da Constituição Federal, poderá com fulcro no art.184, ser desapropriado com pagamento mediante títulos da dívida agrária com cláusula de preservação de seu valor real, resgatáveis em até 20 anos em parcelas anuais e sucessivas.¹⁴⁸

Assim, o proprietário deve dar à propriedade uma destinação lícita que atenda aos fins sociais.

A propriedade também deve exercer sua função social no que tange à propriedade intelectual, uma forma de reprimir o abuso de poder econômico, mas também de tutelar o direito à propriedade intelectual, resguardando, por exemplo, o direito à patente no âmbito do direito industrial e do direito autoral assegurado, em regra, no âmbito do direito civil.

O direito do criador de explorar a sua criação, garantido por patente, nada mais é do que uma forma de garantir a concorrência, eis que o criador do produto patentado, em regra, grandes empresas, faz altos investimentos em pesquisa científica,

¹⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25.ed.São Paulo: Malheiros, 2008, p.790.

confiante no fato de que a comercialização do produto desenvolvido trará o retorno do investimento, além do lucro dele decorrente. É o exemplo das indústrias farmacêuticas que realizam dispendiosas pesquisas sobre doenças raras e produzem medicamentos de alto custo, durante o período de exclusividade assegurado pela patente. Após o término da patente, o medicamento poderá ser produzido por outros laboratórios e popularmente ganhará o nome de “medicamento genérico”.

Assim, o Estado garante a exclusividade de exploração ao criador, após expedir a patente pelo Instituto Nacional de Propriedade Intelectual, um direito conferido àquele que solicitar o registro. O Estado assegura o direito à exploração pelo criador, após o cumprimento das formalidades administrativas de registro no INPI. A patente é conferida no âmbito do direito industrial e sua proteção vai além da forma visando proteger também a ideia do produto criado.

4.4.5 Livre concorrência

O princípio da livre concorrência garante a possibilidade de atuação no mercado sem embaraços impostos por parte do Estado. A tutela da livre concorrência pelo Estado vai além da livre iniciativa e visa garantir não só a liberdade de acesso ao mercado, por parte do agente econômico, mas também a liberdade de decidir por sua permanência no mercado. De modo a propiciar aos consumidores melhores preços e qualidade dos produtos e serviços, como resultado dos estímulos de investimentos realizados e aprimoramento das atividades exercidas.

Portanto, vai além de garantir a liberdade de empreender, entrar no mercado, que seria a garantia dada pelo princípio da livre iniciativa.

Objetiva garantir um mercado com regras justas, no qual o Estado atua para afastar a possibilidade de regras anticompetitivas. Assim dispõe o art.173, §4º da Constituição Federal:

Art.173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§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.

A lei infraconstitucional que rege atualmente a livre concorrência é a Lei nº12.259, de 30 de novembro de 2011, que revogou a Lei nº8.884/94.

Há, ainda, condutas anticompetitivas descritas como crimes na Lei nº8.137 de 27 de dezembro de 1990, que define os ilícitos contra a ordem tributária e os aspectos penais de infrações à ordem econômica e nas relações de consumo.

4.4.6 Defesa do consumidor

A defesa do consumidor como um princípio garante a sustentabilidade da ordem econômica, baseada no trabalho, na livre concorrência e no consumo. A inserção da proteção ao consumidor exige normas interventivas para garantir a sustentabilidade do mercado e o próprio regramento das relações de consumo.

Estas normas deságuam em dois sistemas infraconstitucionais: de um lado, atuando de forma direta nas relações de consumo e proteção do consumidor, o Código de Defesa da Concorrência (Lei nº8.078/1990); de outro, atuando na preservação da livre concorrência, e consequentemente relacionado à satisfação do consumidor, a legislação da defesa da concorrência – hoje, Lei nº12.529/2011.

A conjugação dos princípios constitucionais da livre-iniciativa e da livre concorrência norteia a legislação da defesa da concorrência, do qual se extrai os resultados mais facilmente perceptíveis sobre o consumidor, traduzidas pela possibilidade de obterem maior diversidade de produtos/serviços com melhores preços e qualidades.

No âmbito do antitruste, vale relembrar as diferenças das escolas americana e europeia no tocante aos benefícios alcançáveis: sendo a americana voltada exclusivamente para a maximização do bem-estar do consumidor decorrente das eficiências; e a europeia voltada não só para os benefícios do consumidor, mas também para o benefício dos concorrentes e fornecedores – a concorrência em favor da coletividade.

O Brasil tem adotado a defesa da concorrência inspirado na escola europeia, no qual, além dos efeitos sobre os consumidores, outros fatores são levados em consideração.

A atual configuração da rede de proteção aos consumidores teve início na Constituição Federal de 1988, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (art.5º, XXXII), que determinou ao congresso a elaboração do Código de Defesa do Consumidor.

Uma vez criado o diploma legal, o Poder Judiciário constituiu os Juizados Especiais que acabaram por coletar a maioria das reclamações relacionadas ao direito do consumidor.

Em paralelo à nova Constituição e à economia de mercado, a abertura econômica progrediu e levou o Executivo a instalar as agências reguladoras para realizar a fiscalização técnica dos setores incorridos em privatização, medida que também trouxe benefícios aos consumidores e à economia.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e seu aparato antitruste veio beneficiar e completar a rede de proteção ao consumidor, em plano mediato, como consequência da persecução anticoncorrencial. Esses cuidados sobre os efeitos positivos desejáveis se assemelham aos cuidados com o consumidor do Código de Defesa do Consumidor (CDC), mas são diferentes quanto ao objeto e aos métodos, porque neste a persecução é sobre as relações de consumo.

4.4.7 Defesa do meio ambiente – tratamento diferenciado

A defesa ao meio ambiente como um princípio garante que a ordem econômica não pode ser um fim em si mesmo, mas deve observar os fins da justiça social. Só haverá justiça social com respeito ao meio ambiente.

Com base em uma economia de mercado sustentável, os meios de produção devem optar por recursos sustentáveis e renováveis. As empresas devem adotar ao máximo a utilização de recursos renováveis com a menor produção de poluição/lixo, inclusive tratando seus próprios resíduos e cuidando dos efeitos causados pela poluição decorrente do processo de produção.

A Constituição permite o estímulo econômico às empresas que causem menores danos e impacto ambiental. Na Lei nº8.666/93, que trata de licitações e de contratos, o art.12, VII, prevê que nas licitações serão consideradas o impacto ambiental tanto nos projetos básicos quanto nos projetos executivos de obras e de serviços.

É sob essa perspectiva que se deve interagir o princípio da livre concorrência. Não mais se aceitará uma competição sem a observância dos demais princípios, como o do meio ambiente. A concorrência não pode ocorrer de forma desrespeitosa ao meio ambiente, utilizando-se de produtos poluidores ou de baixa qualidade para a perpetuação da vida; o processo de elaboração do produto e a prestação do serviço não poderão mais ignorá-lo.

Sob esse enfoque ambiental, o direito concorrencial está legitimado constitucionalmente a se valer em suas análises antitruste, pois o enfoque da qualidade, variedade de produto e preço de aquisição, terá que incorporar outros valores para a perpetuação da vida, como as questões de utilidade e de longevidade de produto, a engenharia reversa, entre outras medidas de sustentabilidade ambiental.

Entretanto, em matéria de antitruste no mundo, essas questões ainda padecem de formulações concretas, ficando no debate das organizações internacionais voltado para o meio-ambiente.

4.4.8 Redução das desigualdades regionais e sociais

A ordem econômica deve ter como fundamento reduzir as desigualdades regionais e sociais; mais que um princípio, é um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil estampado no art.3º da Constituição Federal de 1988.

Relaciona-se com a distribuição de renda e com as oportunidades oferecidas no país. O princípio da redução das desigualdades sociais tem como principal destinatário o Poder Público, que deve positivamente estimular mais algumas regiões pobres em detrimento de outras mais ricas.

Mas o antitruste, em suas persecuções anticoncorrenciais acaba por incorporar os resultados almejados de combate às desigualdades sociais, na medida em que coíbe práticas ilícitas de abuso de posição dominante, cujo resultado prático econômico é evitar a transferência ilegítima de renda dos consumidores para os agentes econômicos com domínio sobre a produção e o preço.

4.4.9 Busca do pleno emprego

Trata-se de uma meta a ser alcançada pelo governo. As atividades econômicas devem ser exercidas de forma a garantir o pleno emprego, um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art.3º da Constituição Federal), que se relaciona diretamente com a erradicação da pobreza e da marginalização.

É meta do governo garantir que as atividades econômicas se desenvolvam sem ferir os direitos sociais dos trabalhadores, de forma a criar mais oportunidades e incentivar melhores empregos. Por meio deste princípio, proíbe-se no art.7º:

Art.7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXVII – proteção em face da automação, na forma da lei;
XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;
XXXI – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;
XXXII – proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos.

Qualquer restrição ao emprego só pode ser imposta por lei, e se relacionar com a natureza e complexidade da função a ser desempenhada. O desenvolvimento econômico deve acompanhar o social.

O princípio em questão é analisado na forma do cumprimento de metas estabelecidas; atualmente, o índice utilizado para acompanhamento é o índice de ocupação a partir de critérios como o número da população economicamente ativa e de carteiras de trabalho assinadas.

Nessa mesma linha, o voto vogal¹⁴⁹ do antigo Presidente do CADE João Grandino Rodas, já fez justificativa das necessidades do antitruste brasileiro sopesar os impactos nos postos de trabalho para firmar suas decisões antitruste.

4.4.10 Tratamento favorecido – empresas nacionais de pequeno porte

Proporcionar tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas constituídas e instaladas no Brasil é essencial para garantir o princípio da livre iniciativa, eis que é muito difícil se inserir no mercado quando já existem várias empresas de médio e grande porte estabelecidas e com clientela fixa.

Por esse princípio, o Estado intervém de forma positiva para garantir a participação de pequenas empresas em licitações, além de fixar parâmetros para que a microempresa consiga concorrer em igualdade com outras empresas maiores. Existe também a possibilidade de licitações apenas com a participação de microempresas.

O princípio assegura um tratamento favorecido às empresas de pequeno porte para garantir condições mínimas de competição com as maiores e assim gerar empregos, geralmente, aos próprios proprietários e a terceiros.

O instrumento legal para dar efetividade ao princípio da livre iniciativa porém em favorecimento às empresas de pequeno porte e das microempresas é regulamentada pela Lei nº123/2006 que prevê, dentre outros benefícios, os seguintes:

¹⁴⁹ Ato de concentração nº08012.001697/2002-89. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE). Voto Vogal do Presidente João Grandino Rodas, p.8. Referente acórdão de 04 fev. 2004. Disponível em: www.cade.gov.br/ Acesso em: 28 fev. 2015.

Art.44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no §1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

Dentre os instrumentos criados para garantir efetividade a esse princípio ainda está a possibilidade de constituição de sociedade de propósito específico, que permite reunir várias empresas em sociedade para adquirir matéria-prima em condições mais vantajosas do que a aquisição individual; após a aquisição, a matéria é repassada para cada empresa sem custos adicionais. Também permite a possibilidade de reunir várias microempresas ou empresas de pequeno porte para realizar vendas em grandes quantidades, com maior competitividade, ou seja, um caso menor, mas semelhante à figura antitruste, já analisada no item destinado ao *crisis cartels* desta dissertação.

4.5 Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – Lei nº12.529/11

Antes da reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), a Secretaria de Defesa Econômica (SDE), ligada ao Ministério da Justiça também fazia parte do SBDC, com sobreposição de tarefas junto ao CADE e SEAE. Essa situação fazia a comunicação dos atos de concentração serem encaminhados aos três órgãos, com pagamento de custas em todos eles, encarecendo os administrados e contribuindo para a morosidade dos processos.

Junto com essa particularidade administrativa dos órgãos estatais, corria em paralelo uma nova realidade política-econômica-jurídica no Brasil na virada de século dos anos 1990, fruto da abertura econômica e da desestatização, no qual a estrutura decisória do antitruste não mais correspondia às necessidades dos administrados e do Estado, em flagrante atraso institucional em relação aos centros antitrustes mais modernos e experientes.

Esta situação de descompasso econômico-jurídico acabou por exigir das autoridades uma nova legislação antitruste (Lei nº12.529/11) que assegurasse melhores meios para a qualidade das decisões, menor burocracia, mais rapidez e menores custos, entre outras mudanças importantes a serem comentadas nesta pesquisa.

Diante desse cenário, a Secretaria de Defesa Econômica deixou de integrar o novo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, mas não foi extinta. Suas funções relativas ao antitruste foram transmitidas ao CADE objetivando deixar o sistema menos burocrático e mais rápido.

A Lei nº12.529/11, em vigor desde 29 em maio de 2012, revogando e aproveitando a grande maioria dos dispositivos da Lei nº8.884/94, dentre outras revogações de leis, reestrutura de forma decisiva o SBDC, cuja ementa é:

Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências.

Assim, o SBDC passou a ser formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), uma autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE).

O CADE passou a ser a única autoridade competente para, administrativamente, investigar/fiscalizar, acusar e julgar/sancionar casos ligados à concorrência em todo o território nacional. Já a SEAE tem atribuições de advocacia concorrencial, objetivando promover a concorrência em órgãos do governo e perante a sociedade.

O Ministério Público Federal também atuará em conjunto com o CADE, mediante solicitação, para emitir pareceres nos processos que requeiram a imposição de sanções administrativas por infração à ordem econômica, e a procuradoria especializada (ProCADE) para prestar consultoria e representar o CADE judicialmente.

O foco da nova Lei nº12.529/11 continua sendo a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, respectivamente nos atos de concentração e as condutas anticoncorrenciais, mas com mudanças não muito singelas que acabaram por fortalecer institucionalmente o antitruste no Brasil.

4.5.1 Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)

Um dos avanços da nova lei é a autonomia administrativa dada ao CADE, assegurando a sua independência, de modo que suas decisões só poderão ser revistas pelo Poder Judiciário, e ainda assim somente quanto às suas formalidades. As

decisões do CADE são títulos executivos extrajudiciais e não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução.

Sobre o CADE ser um órgão julgante, conforme o art.6º da lei, destacamos a manifestação de voto do atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux¹⁵⁰, quando ainda integrante do Superior Tribunal de Justiça:

Processual civil e administrativo. Lei nº8.884/94. Decisão plenária do CADE. Imposição de multa. Título executivo extrajudicial. Desconstituição do julgado. Necessidade de apresentação de garantia. Recurso Especial. Requisitos de admissibilidade.

1 – A nova lei antitruste, no art.60, dispõe que a decisão do CADE continua tendo duplo conteúdo: cominação de multa e imposição de obrigação de fazer ou não fazer. A novidade consiste na atribuição de natureza de título executivo extrajudicial à decisão do CADE. No sistema adotado pelo Código de Processo Civil de 1973, Lei nº5.869 de 11 de janeiro de 1973, toda execução terá por base um título executivo que poderá ser judicial ou extrajudicial. No inciso VII do art.585 do Código de Processo Civil, está estabelecido que são títulos executivos extrajudiciais, além dos enumerados nos incisos anteriores, ‘todos os demais títulos, a que por disposição expressa a lei atribuir força executiva’.

Assim, a disposição do art.60 da Lei nº8.884, de 1994 está em consonância com a lei que disciplina o processo comum.

[...]

A decisão proferida pelo CADE tem, portanto, no dizer de HELY LOPES MEIRELLES, uma natureza administrativa, mas também jurisdicional, até porque a nova lei antitruste, no art.3º, como já salientado, conceitua o CADE como um órgão julgante. Não resta dúvida de que as decisões do CADE, pela peculiaridade de versarem sobre matéria especificamente complexa, que requer um órgão especializado, apresentam natureza bastante similar a uma decisão judicial. E o legislador quis exatamente atribuir a essa decisão uma natureza especificamente judicial, posto que de origem administrativa. (João Bosco Leopoldino da Fonseca. Lei de proteção da Concorrência. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2001, p.312/313)

2– Na forma do art.65 da Lei nº8.884/94, qualquer ação que vise a desconstituição da decisão plenária do CADE, não suspenderá a sua execução ainda que referente às multas diárias, sem que haja garantia do juízo.

3– O Plenário do E. STF indeferiu medida cautelar na ADIN 1094-8/DF na qual se questiona a constitucionalidade, dentre outros, do art.65 da Lei nº8.884/94, concluindo pela improcedência de alegação de lesão à garantia constitucional de acesso ao Poder Judiciário.

4– O art.60 da Lei nº884/94 dispõe equivocadamente que as decisões plenária do CADE, quer impondo multas, quer estabelecendo obrigações de fazer ou de não fazer, constituem título executivo extrajudicial.

5– Revelam-se deficientes as razões do recurso especial quando o requerente não aponta, de forma inequívoca, os motivos pelos quais considera violados os dispositivos de lei federal, o que atrai a incidência da Súmula 284 do STF.

6– É inviável a apreciação, em sede de Recurso Especial, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, porquanto indispensável o requisito do prequestionamento. Aplicação das súmulas 282 a 356 do STF. Ausência de prequestionamento dos arts.67 da Lei nº8.884/94 e 128 do CPC.

7–Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

¹⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp.590.960/DF, RE 2003/0169770-6, Rel.Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 26.10.2004, DJ 21.03.2005, p.234.

De acordo com a Lei nº12.529/2011, que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o CADE é formado pelo:

- Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), ligado ao Ministério da Justiça, que é a autoridade antitruste judicante;
- Secretaria de Acompanhamento Econômico-SEAE, essa com vinculação ao Ministério da Fazenda, que faz a advocacia antitruste e assessora o CADE quando requisitado.

O CADE é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça. É composto pelo tribunal administrativo de defesa econômica e pela Superintendência-geral e departamento de estudos econômicos, que interagem segundo um procedimento interno quando provocado pelos administrados, por notícias veiculadas indicando questões anticompetitivas, por denúncia anônima ou por iniciativa da Superintendência-Geral.

4.5.1.1 Tribunal administrativo de defesa econômica

O tribunal administrativo, órgão judicante, tem entre seus membros um Presidente e seis Conselheiros escolhidos dentre cidadãos com mais de 30 anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal (Lei nº11.259/11, art.6º).

A principal competência do Tribunal¹⁵¹ é de proceder ao julgamento de todas as questões de âmbito concorrencial que tenham sido instrumentalizadas e encaminhadas pela Superintendência-Geral.

¹⁵¹ Lei nº12.529/2011, art.9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei:

- I – zelar pela observância desta Lei e seu regulamento e do regimento interno;
- II – decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei;
- III – decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral;
- IV – ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar;
- V – aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do acordo em controle de concentrações, bem como determinar à Superintendência-Geral que fiscalize seu cumprimento;
- VI – apreciar, em grau de recurso, as medidas preventivas adotadas pelo Conselheiro-Relator ou pela Superintendência-Geral;
- VII – intimar os interessados de suas decisões;
- VIII – requisitar dos órgãos e entidades da administração pública federal e requerer às autoridades dos Estados, Municípios, do Distrito Federal e dos Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta Lei;
- X – apreciar processos administrativos de atos de concentração econômica, na forma desta Lei, fixando, quando entender conveniente e oportuno, acordos em controle de atos de concentração;
- XI – determinar à Superintendência-Geral que adote as medidas administrativas necessárias à execução e fiel cumprimento de suas decisões;
- XII – requisitar serviços e pessoal de quaisquer órgãos e entidades do Poder Público Federal;
- XIII – requerer à Procuradoria Federal junto ao Cade a adoção de providências administrativas e judiciais;

O mandato dos seus membros é de quatro anos, não coincidentes e vedadas a sua recondução. Tais formalidades encontram-se diametralmente opostas ao que era permitido antes da vigência da nova lei (dois anos de mandato com possibilidade de recondução).

O plenário do Tribunal decidirá com quórum de deliberação mínimo de três membros e a presença de pelo menos quatro deles. As decisões do Tribunal não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições.

4.5.1.2 Superintendência-geral

O CADE tem em sua estrutura uma superintendência-geral, composta por um superintendente-geral e dois superintendentes-adjuntos, estes últimos indicados pelo superintendente-geral, cujas atribuições específicas estão definidas em resoluções do CADE. No período de vacância que antecede à nomeação do novo superintendente-geral, assume interinamente o cargo um dos adjuntos, indicado pelo presidente do tribunal, o qual permanece no cargo até a posse do novo superintendente-geral.

O superintendente-geral será escolhido dentre cidadãos com mais de 30 anos de idade, notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada e será nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovado pelo Senado Federal. O superintendente-geral tem mandato de dois anos; é permitida a recondução para um único período subsequente.

A Superintendência é que fica incumbida de instaurar e instruir o processo administrativo para a imposição de sanções administrativas contra a ordem econômica, do processo administrativo voltado para a análise prévia de ato de concentração econômica, dos procedimentos para apuração do *gun jumping* e tantos

XIV – instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica;

XV – elaborar e aprovar regimento interno do Cade, dispondo sobre seu funcionamento, forma das deliberações, normas de procedimento e organização de seus serviços internos;

XVI – propor a estrutura do quadro de pessoal do Cade, observado o disposto no inciso II do caput do art. 37 da Constituição Federal;

XVII – elaborar proposta orçamentária nos termos desta Lei;

XVIII – requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções; e

XIX – decidir pelo cumprimento das decisões, compromissos e acordos.

quantos forem necessários para a apuração e repressão às condutas anticompetitivas, inclusive as de origens incidentais.

Dentre as competências¹⁵², incluem-se também as de natureza preventiva ou preparatória direcionadas à preservação das condições de concorrência, como o direito de requisitar informações e documentos visando acompanhar mercados

¹⁵² Lei nº 12.529/2011

Art.13. Compete à Superintendência-Geral:

I – zelar pelo cumprimento desta Lei, monitorando e acompanhando as práticas de mercado;

II – acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e documentos necessários, mantendo o sigilo legal, quando for o caso;

III – promover, em face de indícios de infração da ordem econômica, procedimento preparatório de inquérito administrativo e inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;

IV – decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando os autos do inquérito administrativo ou de seu procedimento preparatório;

V – instaurar e instruir processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, procedimento para apuração de ato de concentração, processo administrativo para análise de ato de concentração econômica e processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais instaurados para prevenção, apuração ou repressão de infrações à ordem econômica;

VI – no interesse da instrução dos tipos processuais referidos nesta Lei:

a) requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício de suas funções;

b) requisitar esclarecimentos orais de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, na forma desta Lei;

c) realizar inspeção na sede social, estabelecimento, escritório, filial ou sucursal de empresa investigada, de estoques, objetos, papéis de qualquer natureza, assim como livros comerciais, computadores e arquivos eletrônicos, podendo-se extrair ou requisitar cópias de quaisquer documentos ou dados eletrônicos;

d) requerer ao Poder Judiciário, por meio da Procuradoria Federal junto ao Cade, mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física, no interesse de inquérito administrativo ou de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, aplicando-se, no que couber, o disposto no [art.839 e seguintes da Lei nº5.869, de 11 de janeiro de 1973](#) – Código de Processo Civil, sendo inexistente a propositura de ação principal;

e) requisitar vista e cópia de documentos e objetos constantes de inquéritos e processos administrativos instaurados por órgãos ou entidades da administração pública federal;

f) requerer vista e cópia de inquéritos policiais, ações judiciais de quaisquer natureza, bem como de inquéritos e processos administrativos instaurados por outros entes da federação, devendo o Conselho observar as mesmas restrições de sigilo eventualmente estabelecidas nos procedimentos de origem;

VII – recorrer de ofício ao Tribunal quando decidir pelo arquivamento de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica;

VIII – remeter ao Tribunal, para julgamento, os processos administrativos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica;

IX – propor termo de compromisso de cessação de prática por infração à ordem econômica, submetendo-o à aprovação do Tribunal, e fiscalizar o seu cumprimento;

X – sugerir ao Tribunal condições para a celebração de acordo em controle de concentrações e fiscalizar o seu cumprimento;

XI – adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada, no caso de descumprimento;

XII – receber, instruir e aprovar ou impugnar perante o Tribunal os processos administrativos para análise de ato de concentração econômica;

XIII – orientar os órgãos e entidades da administração pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento desta Lei;

XIV – desenvolver estudos e pesquisas objetivando orientar a política de prevenção de infrações da ordem econômica;

XV – instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica e os modos de sua prevenção e repressão;

XVI – exercer outras atribuições previstas em lei;

XVII – prestar ao Poder Judiciário, sempre que solicitado, todas as informações sobre andamento das investigações, podendo, inclusive, fornecer cópias dos autos para instruir ações judiciais; e

XVIII – adotar as medidas administrativas necessárias à execução e ao cumprimento das decisões do Plenário.

vulneráveis ao abuso de posição dominante, ou em face de indícios ou promover o procedimento preparatório de inquérito administrativo para a apuração de infringência à lei antitruste.

4.5.1.3 Departamento de estudos econômicos

Dirigido por um economista-chefe, elabora estudos e pareceres econômicos, de ofício ou por solicitação do plenário, do presidente, do conselheiro-relator ou do superintendente-geral.

Art.18. O Economista-Chefe será nomeado, conjuntamente, pelo Superintendente-Geral e pelo Presidente do Tribunal, dentre brasileiros de ilibada reputação e notório conhecimento econômico.

§1º O Economista-Chefe poderá participar das reuniões do Tribunal, sem direito a voto.

§2º Aplicam-se ao Economista-Chefe as mesmas normas de impedimento aplicáveis aos Conselheiros do Tribunal, exceto quanto ao comparecimento às sessões.

Em razão das normas jurídicas antitruste trabalharem com elementos das ciências econômicas, é decisivo para o bom funcionamento do órgão antitruste, haver um departamento econômico próprio, especializado e engajado nos objetivos concorrenciais.

Considerado a relevância e a predominância das variáveis econômicas nas questões do antitruste, nada mais inteligente do que ter propiciado organicamente um departamento econômico que pudesse agir em linha reta, de forma preventiva ou célere, às demandas da Superintendência ou do Tribunal.

Essa inserção orgânica do departamento, dentro do CADE, confere o *status* indissociável das boas práticas do sistema antitruste, no qual só foi possível se realizar com o amadurecimento nacional da cultura da economia de mercado e da política de defesa da concorrência.

Essa opção por um departamento econômico, mais bem delineado com a estrutura funcional antitruste, pode significar um potencial ganho técnico aos julgados, uma vez que seu corpo técnico econômico tende a estar mais identificado e atualizado com as reflexões econômicas do mundo especializado das questões econômicas do antitruste.

4.5.1.4 Procedimentos administrativos no CADE

A nova lei antitruste disciplina seis espécies¹⁵³ de procedimentos administrativos, cada qual com as suas razões específicas de adoção, mas divididos em duas ramificações: condutas contra a ordem econômica e atos de concentração.

A primeira ramificação traz os procedimentos para as questões envolvendo as infrações contra a ordem econômica, dispostas nos incisos I, II e III, do art.48 da lei nova: procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica, instauração do inquérito ou de processo administrativo para a imposição das sanções administrativas, sem prejuízo do encaminhamento ao Ministério Público das questões de repercussões criminais, as quais a Lei nº8.137/1990 (infrações contra a ordem econômica) se incumbirá.

O inciso I prevê a instauração de procedimento preparatório de inquérito administrativo em caso de dúvida ou quando não houver certeza se a questão analisada está dentre as competências do CADE.

No caso do inciso II, o inquérito administrativo é instaurado para verificar o que poderá ser feito com base nos fatos para apurar a autoria e se realmente o ocorrido constitui uma infração à ordem econômica. O procedimento é encerrado com o Parecer da Superintendência Geral que poderá arquivar ou instaurar um processo administrativo.

Na hipótese do inciso III, o processo administrativo já é imposto para aplicar sanções administrativas quando constatadas infrações, respeitando o contraditório e a ampla defesa. O processo poderá ser arquivado ou, com base no parecer da Superintendência Geral, ser levado a julgamento pelo Tribunal.

Nos casos previstos nos incisos I, II e III, é possível que o investigado firme um compromisso de cessação da prática sobre a investigação junto ao CADE, conforme prevê o art.85:

Art.85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art.48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

¹⁵³ Lei nº12.259/11, art.48, I – procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; II – inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; III – processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica; IV – processo administrativo para análise de ato de concentração econômica; V – procedimento administrativo para apuração de ato de concentração econômica; e VI – processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais.

Os incisos IV, V e VI do art.48, referem-se aos atos de concentração econômica. O inciso IV é voltado especificamente para atender à novidade da lei, o procedimento da análise prévia de ato de concentração, no qual o veículo é o processo administrativo para a análise de ato de concentração econômica.

O inciso V é voltado para o procedimento de apuração de algum ato de concentração econômica não comunicado previamente à autoridade antitruste.

O inciso VI diz respeito à imposição de sanções processuais incidentais às empresas com processos pendentes de apreciação pelo CADE, em razão do descumprimento de alguma obrigação.

O processo administrativo para a análise de ato de concentração econômica (inciso IV) recebe tratamento pormenorizado no art.53 e seguintes da Lei nº12.529/11, bem como em resoluções do CADE.

Para a avaliação do ato de concentração, as partes envolvidas devem encaminhar um requerimento ao CADE a respeito do ato de concentração pretendido, acompanhado do comprovante de pagamento relativo às taxas e os documentos necessários à Superintendência Geral. Competirá à Superintendência analisá-los e requisitar mais documentos e diligências nos casos de operações complexas quando, então, concluirá pela aprovação ou impugnação da operação.

Caso a operação seja impugnada, o recurso dos interessados será encaminhado diretamente ao presidente do tribunal.

Já nos casos de aprovação dos atos de concentração, poderá haver a interposição de recursos por parte de terceiros e, eventualmente, da agência reguladora ou, ainda a avocação por um conselheiro.

No caso de aprovação parcial da operação, o tribunal poderá determinar algumas medidas restritivas¹⁵⁴: venda de ativos, cisão de sociedade, alienação de controle societário, separação contábil ou jurídica de atividades, licenciamento

¹⁵⁴ Lei nº12.529/2011

Art.61. No julgamento do pedido de aprovação do ato de concentração econômica, o Tribunal poderá aprová-lo integralmente, rejeitá-lo ou aprová-lo parcialmente, caso em que determinará as restrições que deverão ser observadas como condição para a validade e eficácia do ato.

§1º O Tribunal determinará as restrições cabíveis no sentido de mitigar os eventuais efeitos nocivos do ato de concentração sobre os mercados relevantes afetados.

§2º As restrições mencionadas no §1º deste artigo incluem:

I – a venda de ativos ou de um conjunto de ativos que constitua uma atividade empresarial;

II – a cisão de sociedade;

III – a alienação de controle societário;

IV – a separação contábil ou jurídica de atividades;

V – o licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual; e

VI – qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

§3º Julgado o processo no mérito, o ato não poderá ser novamente apresentado nem revisto no âmbito do Poder Executivo.

compulsório de direitos de propriedade intelectual ou qualquer outro ato ou providência para sanar os efeitos indesejáveis à concorrência.

4.5.2 Secretaria de acompanhamento econômico

A Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) integra, juntamente com o CADE, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). É dirigida pelo Secretário de Acompanhamento Econômico, indicado pelo Ministro da Fazenda e nomeado pelo Presidente da República.

A nova lei trouxe-lhe um novo formato e uma importante incumbência¹⁵⁵ para a boa consecução da política antitruste, uma vez que poderá atuar em diferentes frentes para disseminar a cultura concorrencial e a defesa de iniciativas de interesse do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

Em razão desta atuação ativa na promoção da concorrência, a SEAE encontra-se apta a opinar sobre propostas e alterações de atos normativos das entidades de interesse geral dos agentes econômicos e consumidores, inclusive no âmbito das agências reguladoras e de pedidos de revisão de tarifas.

¹⁵⁵ Lei nº12.529/11

Artigo 19. Compete à Secretaria de Acompanhamento Econômico promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade cabendo-lhe, especialmente, o seguinte:

- I – opinar, nos aspectos referentes à promoção da concorrência, sobre propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidos a consulta pública pelas agências reguladoras e, quando entender pertinente, sobre os pedidos de revisão de tarifas e as minutas;
- II – opinar, quando considerar pertinente, sobre minutas de atos normativos elaborados por qualquer entidade pública ou privada submetidos à consulta pública, nos aspectos referentes à promoção da concorrência;
- III – opinar, quando considerar pertinente, sobre proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional, nos aspectos referentes à promoção da concorrência;
- IV – elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitada pelo Cade, pela Câmara de Comércio Exterior ou pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça ou órgão que vier a sucedê-lo;
- V – elaborar estudos setoriais que sirvam de insumo para a participação do Ministério da Fazenda na formulação de políticas públicas setoriais nos fóruns em que este Ministério tem assento;
- VI – propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal que afetem ou possam afetar a concorrência nos diversos setores econômicos do País;
- VII – manifestar-se, de ofício ou quando solicitada, a respeito do impacto concorrencial de medidas em discussão no âmbito de fóruns negociadores relativos às atividades de alteração tarifária, ao acesso a mercados e à defesa comercial, ressalvadas as competências dos órgãos envolvidos;
- VIII – encaminhar ao órgão competente representação para que este, a seu critério, adote as medidas legais cabíveis, sempre que for identificado ato normativo que tenha caráter anticompetitivo.

§1º Para o cumprimento de suas atribuições, a Secretaria de Acompanhamento Econômico poderá:

- I – requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal quando for o caso;
- II – celebrar acordos e convênios com órgãos ou entidades públicas ou privadas, federais, estaduais, municipais, do Distrito Federal e dos Territórios para avaliar e/ou sugerir medidas relacionadas à promoção da concorrência.

§2º A Secretaria de Acompanhamento Econômico divulgará anualmente relatório de suas ações voltadas para a promoção da concorrência.

Sua atuação opinativa voltada para a promoção da concorrência não encontrará limites, podendo inclusive ocorrer junto às comissões legislativas ou entidades privadas, no intuito de preservar e de defender projetos do interesse do SBDC.

As competências de exercício da advocacia da concorrência envolverão também estudos econômicos setoriais e pareceres técnicos, de ofício ou quando solicitado pelo CADE, a Câmara de Comércio Exterior ou o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça.

A SEAE atuará também junto aos demais poderes, entes da federação, entidades privadas e órgãos públicos celebrando acordos e convênios, para avaliar e/ou sugerir medidas relacionadas à promoção da concorrência.

Visando o cumprimento de suas atribuições, a SEAE poderá requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, mantendo o sigilo quando necessário.

4.5.3 Procuradoria do CADE (ProCADE)

É uma procuradoria federal especializada, mantida na nova lei, cujas atribuições consultivas e de defesa judicial da autarquia foram ampliadas. Agora, não só assessora o Tribunal, como também a Superintendência-Geral.

Além dessas mudanças de assessoramento, as competências¹⁵⁶ do ProCADE também deixaram de ser apenas de representação judicial e extrajudicial do CADE, de apuração da liquidez dos créditos para inscrição na dívida ativa da União, ou de promoção de acordos judiciais. A estas competências, todas mantidas, se juntaram a

¹⁵⁶ Lei nº 12.529/11

Artigo 15. Funcionará junto ao Cade Procuradoria Federal Especializada, competindo-lhe:

I – prestar consultoria e assessoramento jurídico ao Cade;

II – representar o Cade judicial e extrajudicialmente;

III – promover a execução judicial das decisões e julgados do Cade;

IV – proceder à apuração da liquidez dos créditos do Cade, inscrevendo-os em dívida ativa para fins de cobrança administrativa ou judicial;

V – tomar as medidas judiciais solicitadas pelo Tribunal ou pela Superintendência-Geral, necessárias à cessação de infrações da ordem econômica ou à obtenção de documentos para a instrução de processos administrativos de qualquer natureza;

VI – promover acordos judiciais nos processos relativos a infrações contra a ordem econômica, mediante autorização do Tribunal;

VII – emitir, sempre que solicitado expressamente por Conselheiro ou pelo Superintendente-Geral, parecer nos processos de competência do Cade, sem que tal determinação implique a suspensão do prazo de análise ou prejuízo à tramitação normal do processo;

VIII – zelar pelo cumprimento desta Lei; e

IX – desincumbir-se das demais tarefas que lhe sejam atribuídas pelo regimento interno.

Parágrafo único. Compete à Procuradoria Federal junto ao Cade, ao dar execução judicial às decisões da Superintendência-Geral e do Tribunal, manter o Presidente do Tribunal, os Conselheiros e o Superintendente-Geral informados sobre o andamento das ações e medidas judiciais.

responsabilização pelas medidas judiciais e extrajudiciais na obtenção de documentos para a instrução de processos administrativos, além de assessorar o Conselho redigindo pareceres quando solicitados.

A vontade da lei nova foi o de manter uma Procuradoria Federal especializada junto ao CADE, que ficou conhecida como ProCADE.

Conforme o art.16 da Lei nº12.529/11, a nomeação do Procurador-Chefe é da competência da Presidência da República, depois de aprovado pelo Senado. Seu mandato é de dois anos, renováveis pelo mesmo período.

4.5.4 Dispositivos da Lei nº8.884/94 na nova Lei nº12.529/11

Em conformidade ao que determina o art.173, §4º da Constituição Federal, “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. A Lei nº12.529/11 aproveita em quase tudo os dispositivos da Lei nº8.884/94. As mudanças, ainda que aparentemente singelas e pontuais, imprimiram um grande significado para a modernização do antitruste brasileiro.

Os arts.86 e 87 da Lei nº8.884/94 foram os únicos a permanecer vigentes; os demais foram revogados e aproveitados quase que integralmente.

O art.86 ainda em vigor traz as implicações do processo penal para a garantia da ordem econômica e a persecução antitruste, como a prisão, através da nova redação do art.312 do Código de Processo Penal:

Art.312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art.282, §4º). (NR)

Art.282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

[...]

§4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art.312, parágrafo único).

O art.87 da Lei nº8.884/94, também ainda em vigor, deu uma nova redação ao art.39 do Código do Consumidor e ao inciso IX, além de ter incluído o inciso X, de modo a deixá-lo em comunhão com as preocupações do antitruste:

Lei nº8.078/90

Art.39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

I – condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;
 II – recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;

III – enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço;

IV – prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;

V – exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

VI – executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes;

VII – repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos;

VIII – colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro);

IX – recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais;

X – elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços.

XI – Dispositivo incluído pela (MPV nº1.890-67, de 22.10.1999), transformado em inciso XIII, quando da conversão na (Lei nº9.870, de 23.11.1999)

XII – deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério.

XIII – aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido

Parágrafo único. Os serviços prestados e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor, na hipótese prevista no inciso III, equiparam-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento.

Feitas as observações de que as revogações sobre a Lei nº8.884/94 ocorreram em quase todos os artigos, e não à lei em si, passemos a verificar as transposições e as novas numerações dos dispositivos da antiga (Lei nº8.884/84) para a nova lei (Lei nº12.529/96), segundo o entendimento de Roberto Domingos Taufick¹⁵⁷:

¹⁵⁷ TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova lei antitruste brasileira**. Rio de Janeiro: Método, 1912.

Lei nº 8.884/94	Lei nº 12.529/11	Lei nº 8.884/96	Lei nº 12.529/11	Lei nº 8.884/96	Lei nº 12.529/11
1º	1º	33	70	63	96
2º	2º	34	71	64	97
3º	4º	35	72	65	98
4º	6º	35-A	13,VI,"d"	66	99
5º	7º	35-B	86	67	100
6º	8º	35-C	87	68	101
7º	9º	36	9º, § 3º	69	102
8º	10º	37	70;73	70	103
9º	11	38	–	71	104
10º	15	39	73;74	72	105
11	16	40	82	73	106
12	20	41	–	74	107
13	12	42	75	75	108
14	13	43	76	76	109
15	31	44	78	77	110
16	32	45	51,III, IV	78	111
17	33	46	79	79*	–
18	34	47	13,XVIII;14,II	80	–
19	35	48	81	81	121;122
20	36	49	9º, § 5º	81-A	–
21	36, § 3º	50	9º, § 2º	82*	–
22*	–	51	83	83	115
23	37	52	84	84	–
24	38	53	85	85	–
25	39	54	88	86	127
26	40;41;43	55	91	87	127
26-A	42	56	–	88	117
27	45	57	–	89	118
28**	46	58	92*	90	–
29	47	59**	9º, § 4º, § 5º	91	119
30	66	60	93	92	127
31	67	61	94	93	128
32	69	62	95		

* vetado

** revogado

Indicados os artigos em ambas as leis, importante mencionar que a redação dos artigos, em sua grande maioria, também foi mantida na transposição.

As mudanças verificadas ocorreram em poucos detalhes das redação ou em pequeníssima exclusão/inclusão de conteúdo, os quais, quando relevantes ao atual sistema antitruste brasileiro, serão comentadas ao longo da exposição a seguir.

4.5.5 Dispositivos principais e inovações

Além das mudanças estruturais promovidas no CADE, a nova lei modernizou os dispositivos de controle e defesa concorrencial, como a obrigatoriedade da análise prévia dos atos de concentração e demais exigências legais dessa notificação, e não mais *a posteriori*, como ocorria sob a égide da antiga Lei nº8.884/94.

Essas mudanças, ainda que aparentemente singelas, trouxeram maior racionalidade ao sistema de controle antitruste brasileiro, que se somam a outros não tão explicitados, e que se juntam a outros dispositivos mantidos e reafirmados na repressão à infração da ordem econômica, sua relação de proporcionalidade mais condizente entre as infrações e as respectivas penas, bem como seus mecanismos de investigação.

Passemos, então, a analisar os principais eixos normativos do sistema antitruste brasileiro, segundo a Lei nº12.529/11, que em seu art.127 removeu os entulhos da antiga estrutura de taxas processuais do CADE (revogação da Lei nº9.781/99) e a antiga política econômica de tabelamento de preços (art.6º da Lei nº8.137/90).

4.5.5.1 Atos e contrato de concentração

Os atos de concentração relevante para o antitruste envolvem dois ou mais partícipes que atuam como centros de comando autônomo de decisão e passam a agir, do ponto de vista econômico, como um novo centro de comando em todo o conjunto das atividades de um determinado mercado (mercado relevante).

Entretanto, Calixto Salomão¹⁵⁸ chama a atenção para duas vertentes de concentração de poder que não são só o de ordem patrimonial das operações e dos atos do direito societário, mas também outras vertentes de controle sobre o poder de decisão dos órgãos da administração da empresa.

No tópico analisado, os atos de concentração estão sendo elencados conforme a classificação jurídica já conhecida, cujo próprio nome não deixa dúvida. São atos que permitem a concentração das estruturas e o poder de domínio para o aumento da riqueza nem sempre repartidos com o consumidor.

¹⁵⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e concorrência** – estudos e pareceres. São Paulo: Malheiros, 2002.

Paula Andrea Forgioni¹⁵⁹ assim descreve a passagem e a concentração do centro decisório das empresas envolvidas na operação de concentração da estrutura de mercado:

Normalmente, nas operações de concentração, (a) existem, em um primeiro momento, pelo menos dois agentes econômicos dotados de autonomia decisória; (b) posteriormente, tais centros decisórios sejam unificados em um centro unitário constituído por um partícipe ou por um novo ente; (c) tenha ocorrido modificação na estrutura proprietária ou de gestão de um dos partícipes. Na União Europeia, esclarece o regulamento das concentrações (n.139/2004), em seu preâmbulo (item 20), que “o conceito de concentração deverá ser definido de modo a abranger as operações de que resulte uma alteração duradoura no controle das empresas em causa e, por conseguinte, na estrutura do mercado.

No Brasil, os atos de concentração estão elencados no art.90, a ser comentado mais adiante. Estes atos recebem um filtro de relevância para o antitruste, no qual as empresas envolvidas na operação ficam obrigadas a fazer a comunicação prévia ao CADE.

O filtro se reveste de alguns parâmetros objetivos¹⁶⁰ de valores para as empresas em questão, dispostos no art.88 da lei nova, que se diferenciam do critério menos preciso e subjetivo da lei anterior (Lei nº8.884/94).

¹⁵⁹ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**.7.ed. São Paulo: RT, 2014, p.402.

¹⁶⁰Lei nº12.529/11, art.88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I – pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II – pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

§1º Os valores mencionados nos incisos I e II do caput deste artigo poderão ser adequados, simultânea ou independentemente, por indicação do Plenário do Cade, por portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça.

§2º O controle dos atos de concentração de que trata o caput deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda.

§3º Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art.69 desta Lei.

§4º Até a decisão final sobre a operação, deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas, sob pena de aplicação das sanções previstas no §3º deste artigo.

§5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no §6º deste artigo.

§6º Os atos a que se refere o §5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I – cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade ou a competitividade;
b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

II – sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

§7º É facultado ao Cade, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo.

O parâmetro mais objetivo utilizado pela nova lei é o do faturamento bruto anual de ambos os lados envolvidos na operação. Os valores previstos no primeiro parágrafo do art.88 estabeleciam originalmente R\$ 400 milhões para uma parte e um faturamento equivalente ou superior a R\$30 milhões para a outra parte. Na Lei nº8.884/1994 era observado também o faturamento bruto anual de R\$ 400 milhões somente de um dos participantes, conforme o último balanço publicado, ou se uma das partes detivesse 20% de participação de um mercado relevante.

Atualmente, estes valores, trazidos pela Lei nº12.529/11, conforme a disposição do art.88, §1º podem ser alterados mediante uma portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça após a indicação do Plenário do CADE, o que ocorreu em 30 de maio de 2012, através da Portaria Interministerial nº994, que alterou os valores para R\$750 e R\$75 milhões respectivamente.

Das mudanças já assinaladas, outra a ser ressaltada, de efeito prático revolucionário no antitruste pátrio foi a modificação do momento de comunicação de uma operação envolvendo concentração de mercado, isto é, a necessidade da comunicação e análise prévia da operação conforme o disposto no art.88, §2º. Na antiga Lei nº8.884/94 era possível fazer a operação e depois, em até 15 dias, comunicar ao CADE, encaminhando a documentação à Secretaria de Defesa Econômica.

Essa particularidade da antiga lei, em sendo a comunicação *a posteriori*, sequer era realizada no prazo estipulado, o que obrigava o CADE a ser apenas reagente à operação, algumas vezes até mesmo tomar conhecimento da operação através de noticiários de jornais, situação que dificultava a possibilidade de desfazer a operação anticompetitiva e o *enforcement* antitruste no Brasil.

O caso da aquisição da Garoto pela Nestlé foi um exemplo de complicações para as partes envolvidas e para a defesa da concorrência no Brasil. A comunicação foi posterior à operação e quando o CADE apreciou e indeferiu a aquisição, levou a Nestlé a recorrer ao Poder Judiciário para mantê-la. A ação foi julgada procedente sob o fundamento de que o CADE descumpriu o prazo legal imposto

§8º As mudanças de controle acionário de companhias abertas e os registros de fusão, sem prejuízo da obrigação das partes envolvidas, devem ser comunicados ao Cade pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM e pelo Departamento Nacional do Registro do Comércio do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, respectivamente, no prazo de 5 (cinco) dias úteis para, se for o caso, ser examinados.

§9º O prazo mencionado no §2º deste artigo somente poderá ser dilatado:

I – por até 60 (sessenta) dias, improrrogáveis, mediante requisição das partes envolvidas na operação; ou

II – por até 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada do Tribunal, em que sejam especificados as razões para a extensão, o prazo da prorrogação, que será não renovável, e as providências cuja realização seja necessária para o julgamento do processo.

pela Lei ao demorar mais de 400 dias para analisar a aquisição, o que teria levado à aprovação automática.

O art.90 em complemento ao art.88 estabelece critérios objetivos às hipóteses consideradas para o enquadramento do ato de concentração. Difere e inova em relação à Lei nº8.884/94, que continha um dispositivo de interpretação (art.54) que deixava em aberto o ato de concentração ‘de qualquer forma manifestados, que pudessem limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços’. Atualmente na Lei nº12.259/11, o art.90 dispõe:

Art.90. Para os efeitos do art.88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

I – 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II – 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III – 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV – 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*.

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art.88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.

De acordo com Eduardo Caminati Anders¹⁶¹,

A Lei nº12.259/2011, com sua redação objetiva, não comporta a interpretação de que apenas os atos aptos a prejudicar a concorrência deveriam ser submetidos à análise do CADE. O art.90 é categórico: serão considerados atos de concentração para fins do art.88 o negócio jurídico que se enquadrar em uma das quatro hipóteses previstas nos incisos de I a IV.

Ou seja, tratando-se de um negócio jurídico, cuja hipótese esteja prevista nos incisos I a IV, do art.90, e sendo preenchidos os dois índices de jurisdição do art.88, deverá tal ato ser submetido à análise do Cade.

Essa disposição do art.90 deixa o fenômeno concentracionista com enfoque mais clássico da literatura contratual, mas sem desconsiderar o enquadramento de outras possibilidades da criação humana, exemplificada no inciso II.

O inciso II, do art.90, foi posteriormente regulamentado pela Resolução nº2 do CADE e atualizado¹⁶² pela Resolução nº9, de 01 de outubro de 2014, para

¹⁶¹ CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícios Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. **Nova lei de defesa da concorrência comentada** – Lei 12.259 de 30 de novembro de 2011. São Paulo: RT, 2012, p.202.

¹⁶² Resolução nº2 do CADE e sua atualização pela Resolução nº9, de 01 de outubro de 2014

melhor enquadrar outros destinatários importantes no cenário econômico atual, como os Fundos de Investimentos em Participações (PIPs) – fundo *private equity*.

No tocante às previsões de conceitos econômicos e jurídicos clássicos, do art.90, temos a considerar:

A fusão, que ocorre quando duas ou mais empresas, se extinguem e criam uma nova empresa, o que faz com que elas passem a não mais existir individualmente. Na maioria dos casos, envolve empresas do mesmo porte. A aquisição de controle, de participação minoritária, de direitos de propriedade industrial ou ativos físicos passam a ser controlados por outra empresa.

No caso da incorporação, uma empresa é totalmente absorvida por outra, que lhe sucede em todos os direitos e obrigações.

Segundo a Resolução nº2 do CADE, não são de notificação obrigatória as aquisições de participação societária realizadas pelo controlador unitário.

No contrato associativo, consórcio ou *joint venture*, duas ou mais empresas se unem para consolidar uma cadeia produtiva, vide exemplo do setor automotivo – montadoras e autopeças.

No *joint venture*, duas ou mais empresas reúnem esforços e/ou capital para um determinado fim, geralmente, pesquisa e desenvolvimento de produtos. Cria-se uma nova empresa ou negócio jurídico. Observa-se que cada empresa mantém sua personalidade jurídica.

Na *joint venture* clássica será criada uma empresa para explorar um mercado diferente daquele explorado pelas empresas; já na *joint venture* concentracionista será criada uma empresa para explorar mercado já explorado pelas

Art.4º Entende-se como partes da operação as entidades diretamente envolvidas no negócio jurídico sendo notificado e os respectivos grupos econômicos.

§1º Considera-se grupo econômico, para fins de cálculo dos faturamentos constantes do art. 88 da Lei 12.529/11, cumulativamente: (Redação dada pela Resolução nº 09, de 1º de outubro de 2014)

I – as empresas que estejam sob controle comum, interno ou externo; e

II – as empresas nas quais qualquer das empresas do inciso I seja titular, direta ou indiretamente, de pelo menos 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.

§2º No caso dos fundos de investimento, são considerados integrantes do mesmo grupo econômico para fins de cálculo do faturamento de que trata este artigo, cumulativamente: (Redação dada pela Resolução nº 09, de 1º de outubro de 2014).

I – O grupo econômico de cada cotista que detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 50% das cotas do fundo envolvido na operação via participação individual ou por meio de qualquer tipo de acordo de cotistas; e (Redação dada pela Resolução nº 09, de 1º de outubro de 2014).

II – As empresas controladas pelo fundo envolvido na operação e as empresas nas quais o referido fundo detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante. (Redação dada pela Resolução nº 09, de 1º de outubro de 2014).

§3º A definição de grupo econômico deste artigo aplica-se apenas para fins de cálculo do faturamento com vistas à determinação do atendimento dos critérios objetivos fixados no artigo 88 da Lei 12.529/11, e não vincula decisões do Cade com relação à solicitação de informações e à análise de mérito dos casos concretos. (Redação dada pela Resolução nº 09, de 1º de outubro de 2014).

empresas associadas. Conforme ensina José Edwaldo Tavares Borba¹⁶³ sobre *joint venture*:

Há, portanto, um aspecto de risco, próprio e típico dos novos negócios. Há igualmente, uma combinação de habilidades e competências por parte de seus integrantes, cada um trazendo seu know-how específico, o seu conhecimento de mercado, a sua competência gerencial, num somatório de aptidões capaz de conferir à sociedade condições efetivas de êxito.

Os sócios da *joint venture* podem ser empresas nacionais ou estrangeiras, ou apenas empresas nacionais ou apenas empresas estrangeiras. É comum uma empresa estrangeira, detentora da tecnologia e das marcas, associar-se, através de *joint venture*, a empresa nacional que tenha o domínio de mercado.

No consórcio, duas ou mais empresas reúnem esforços para executar um determinado empreendimento; ele está previsto na Lei das Sociedades por Ações (art.278), em que está despidido de personalidade jurídica, mas obriga as consorciadas nos termos e condições previstas no respectivo contrato associativo, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

Para o contrato associativo, vale mencionar a recente Resolução nº10 do CADE, de 29 de outubro de 2014, que fez acordar para as brechas das possibilidades criativas de concentração do art.90, IV e que não estavam bem enquadradas e definidas para as obrigações de comunicação e, por conseguinte, do risco de descumprimento pelo agente.

Art.2º Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art.88 da Lei nº12.259 de 2011, e para fins do disposto nesta lei, consideram-se associativos quaisquer contratos com duração superior a 2 (dois) anos em que houver cooperação horizontal ou vertical ou compartilhamento de risco que acarretem, entre as partes contratantes, relação de interdependência.

§1º Para fins do disposto no *caput* deste artigo, considera-se que há cooperação horizontal ou vertical ou compartilhamento de risco que acarretam relação de interdependência:

I – Nos contratos em que as partes estiverem horizontalmente relacionadas no objeto do contrato sempre que a soma de suas participações no mercado relevante afetado pelo contrato for igual ou superior a vinte por cento (20%);
ou

II – Nos contratos em que as partes contratantes estiverem verticalmente relacionadas no objeto do contrato, sempre que pelo menos uma delas detiver trinta por cento (30%) ou mais dos mercados relevantes afetados pelo contrato, desde que preenchida pelo menos uma das seguintes condições:

- a) O contrato estabeleça o compartilhamento de receitas ou prejuízos entre as partes;
- b) Do contrato decorra relação de exclusividade.

Por fim, quanto aos patamares de cortes mais vultosos financeiramente para submeter às concentrações ao CADE (art.88), estes acabam por trazer apenas as

¹⁶³ BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 9.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.521-522.

operações com um grau de complexidade elevado e riscos antitruste economicamente mais relevantes à análise do CADE.

Esse filtro acaba resultando uma consequência positiva, que é a melhoria na qualidade dos julgados e a celeridade da decisão, uma vez que nem todas as operações deverão ser levadas ao CADE.

Por outro lado, a regulação por volume financeiro poderá afastar o antitruste das microrregiões, mais vulneráveis aos abusos e infrações concorrenciais, dado que geograficamente e economicamente estas áreas têm dinâmicas distintas das áreas centrais, e certamente, um volume financeiro bem menor que o patamar de corte previsto pela lei.

Importante também destacar as isenções de submissão prévia ao CADE, quando os contratos associativos, consórcios e *joint venture* estiverem relacionados e destinados às licitações da administração pública direta e indireta, bem como alguns outros que destes decorrem. Situação essa que tem atualmente se configurado como uma das maiores vulnerabilidade para o sistema antitruste brasileiro.

4.5.5.1.1 Forma de apresentação dos atos de concentração

A forma de apresentação dos atos de concentração está regulamentada através de Resoluções do CADE. De acordo com a Resolução nº2, o procedimento é, em regra, ordinário, e excepcionalmente sumário.

No procedimento ordinário há mais informações. Entretanto, quando o ato for menos complexo e tiver menor potencial ofensivo à concorrência, o procedimento será sumário, porque há menos informações. Conforme o art.7º da Resolução nº2, a escolha do procedimento ocorre de forma discricionária pelo CADE, considerando a conveniência e a oportunidade, com base na experiência adquirida nos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. O art.8º prevê os casos de adoção do procedimento sumário:

Art.8º São hipóteses enquadráveis no Procedimento Sumário, as seguintes operações:

I – *Joint-Ventures* clássicas ou cooperativas: casos de associação de duas ou mais empresas separadas para a formação de nova empresa, sob controle comum, que visa única e exclusivamente à participação em um mercado cujos produtos/serviços não estejam horizontal ou verticalmente relacionados;

II – Consolidação de controle: as aquisições de participação notificadas nos termos do art.11 desta Resolução.

II – Substituição de agente econômico: situações em que a empresa adquirente ou seu grupo não participava, antes do ato, do mercado envolvido, ou dos mercados verticalmente relacionados e, tampouco, de outros mercados nos quais atuava a adquirida ou seu grupo; (Redação dada pela Resolução nº09, de 1º de outubro de 2014)

III – Substituição de agente econômico: situações em que a empresa adquirente ou seu grupo não participava, antes do ato, do mercado envolvido, ou dos mercados verticalmente relacionados e, tampouco, de outros mercados nos quais atuava a adquirida ou seu grupo;

III – Baixa participação de mercado com sobreposição horizontal: as situações em que a operação gerar o controle de parcela do mercado relevante comprovadamente abaixo de 20%, a critério da Superintendência-Geral, de forma a não deixar dúvidas quanto à irrelevância da operação do ponto de vista concorrencial; (Redação dada pela Resolução nº09, de 1º de outubro de 2014)

IV – Baixa participação de mercado com sobreposição horizontal: as situações em que a operação gerar o controle de parcela do mercado relevante comprovadamente abaixo de 20%, a critério da Superintendência-Geral, de forma a não deixar dúvidas quanto à irrelevância da operação do ponto de vista concorrencial;

IV – Baixa participação de mercado com integração vertical: nas situações em que nenhuma das requerentes ou seu grupo econômico comprovadamente controlar parcela superior a 30% de quaisquer dos mercados relevantes verticalmente integrados. (Redação dada pela Resolução nº09, de 1º de outubro de 2014)

V – Baixa participação de mercado com integração vertical: as situações em que a empresa adquirente ou seu grupo não detinham, comprovadamente, participação superior a 20% nos mercados relevantes verticalmente integrados, antes da operação.

VI – Ausência denexo de causalidade: concentrações horizontais que resultem em variação de HHI inferior a 200 desde que a operação não gere o controle de parcela de mercado relevante superior a 50%. (Redação dada pela Resolução nº09, de 1º de outubro de 2014)

VI – Outros casos: casos que, apesar de não abrangidos pelas categorias anteriores, forem considerados simples o suficiente, a critério da Superintendência-Geral, a ponto de não merecerem uma análise mais aprofundada.

O texto demonstra que a escolha do procedimento sumário é discricionária. O inciso VI esclarece a questão da oportunidade e conveniência do CADE.

No tocante às guias de preenchimento para a análise de concentração, independentemente do rito, merece destaque a manifestação da antiga Presidente do CADE, Elizabeth Farina¹⁶⁴, ao dizer que se trata de informações mínimas a serem encaminhadas ao CADE:

5.1.1. Da Aplicabilidade do Guia para Análise de Atos de Concentração

O Guia não é, nem foi usado como, um algoritmo do qual emergem automaticamente decisões, assim que adicionadas determinadas informações. Ele é flexível o suficiente para contemplar variáveis estratégicas dos

¹⁶⁴ 08012.000640/2000-09. Atos e contratos do artigo 54. Voto Vogal da Presidente Elizabeth Maria Mercier Querido Farina. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/>. Acesso em: 29 jan.2015, p.18.

competidores, inclusive na análise das eficiências das operações. O Guia apresenta os elementos mínimos para a análise antitruste, devendo ser complementado com informações adicionais sempre que a situação concreta exigir. Cabe às Requerentes mostrarem à Administração os resultados esperados e as relações da estratégia adotada com os mercados afetados pela operação. [...]

4.5.5.1.2 Prazo para a decisão do CADE

A lei nova, ao prestigiar a celeridade das decisões, confere o prazo máximo de 330 dias para a decisão do Tribunal (240 dias de prazo normal do §2º do art.88, além da prorrogação de 90 dias conforme o §9º, II, do mesmo artigo.

Segundo informações de Roberto Domingos Taufick¹⁶⁵, a *Federal Trade Commission* (FTC) tem decidido os casos de concentração, na economia norte-americana, em aproximadamente 30 dias.

No entanto, não credencia dizer que os prazos brasileiros estejam ainda muito longos, mesmo porque são prazos máximos, estimados para operações complexas, sem considerar os aspectos das pequenas diferenças de enfoque da análise antitruste da escola americana para a europeia, no qual sobre esta última, a tradição brasileira sofre mais influência.

4.5.5.1.3 Liminar junto ao CADE

Apesar de a Lei prever um sistema de análise prévia de concentração econômica, o art.115 do Regimento Interno do próprio CADE¹⁶⁶ prevê a possibilidade de liminar para anteceder a análise da concentração pelo CADE e produzir efeitos concretos.

Art.115. O requerente de aprovação de ato de concentração econômica poderá solicitar, no momento da notificação ou após a impugnação pela Superintendência-Geral, autorização precária e liminar para a realização do ato de concentração econômica, nos casos em que, cumulativamente:

- I – não houver perigo de dano irreparável para as condições de concorrência no mercado; e
- II – as medidas cuja autorização for requerida forem integralmente reversíveis;
- III – o requerente lograr demonstrar a iminente ocorrência de prejuízos financeiros substanciais e irreversíveis para a empresa adquirida, caso a autorização precária para realização do ato de concentração não seja concedida.

¹⁶⁵ TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova lei antitruste brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

¹⁶⁶ Regimento Interno do CADE – RICADE. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/>. Acesso em: 29 jan.2015, p.41-42.

§1º Para demonstrar a iminente ocorrência de prejuízos financeiros substanciais e irreversíveis para a empresa adquirida, o requerente deverá acompanhar seu pedido com todos os documentos, demonstrações financeiras e certidões indispensáveis para fazer prova inequívoca dos fatos alegados.

§2º O pedido será remetido ao Tribunal com manifestação da Superintendência-Geral a respeito da autorização precária para realização de ato de concentração econômica no prazo de 30 (trinta) dias contados da sua notificação.

§3º O Tribunal apreciará o pedido de autorização precária e liminar, desde que o pedido esteja devidamente instruído, no prazo de 30 (trinta) dias contados do envio do pedido pela Superintendência-Geral, sem prejuízo da continuidade da instrução do processo administrativo para análise de ato de concentração econômica por parte da Superintendência-Geral

§4º Em caso de concessão da autorização prevista no caput deste artigo, deverão ser impostas condições que visem à preservação da reversibilidade da operação, quando assim recomendarem as características do caso concreto.

§5º Da decisão do Tribunal, não caberá pedido de reconsideração.

4.5.5.1.4 Punição por *gun jumping*

Conforme o §3º, do art. 88 da nova lei, a multa é de, no mínimo, R\$ 60 mil reais até, no máximo, R\$60 milhões de reais, para as empresas que “queimarem a largada”, isto é, se concentrarem, a partir do dia 29 de maio de 2012, sem autorização prévia do CADE. Além dessas multas, os atos poderão ser declarados nulos, sem prejuízo da abertura de processo administrativo para a imposição de sanções por infrações à ordem econômica, nos termos do art.69 da lei nova:

Art.69. O processo administrativo, procedimento em contraditório, visa a garantir ao acusado a ampla defesa a respeito das conclusões do inquérito administrativo, cuja nota técnica final, aprovada nos termos das normas do Cade, constituirá peça inaugural.

4.5.5.1.5 Punição por falsidade e informação enganosa

Na hipótese de ter havido a apresentação prévia do ato/contrato de concentração e sua aprovação pelo CADE, porém em bases erradas ou resultados diferentes do informado pelas empresas, bem como o não cumprimento de alguma condição para a aprovação da concentração, o CADE irá rever a sua decisão, conforme o art.91 da lei nova.

Se houver falsidade ou enganosidade, o parágrafo único do artigo impõe uma multa entre R\$ 60 mil e R\$ 6 milhões de reais, sem prejuízo da instauração de inquérito administrativo para apurar infração à ordem econômica, nos termos do art.67 da lei nova.

Art.67. Até 10 (dez) dias úteis a partir da data de encerramento do inquérito administrativo, a Superintendência-Geral decidirá pela instauração do processo administrativo ou pelo seu arquivamento.

§1º O Tribunal poderá, mediante provocação de um Conselheiro e em decisão fundamentada, avocar o inquérito administrativo ou procedimento preparatório de inquérito administrativo arquivado pela Superintendência-Geral, ficando prevento o Conselheiro que encaminhou a provocação.

§2º Avocado o inquérito administrativo, o Conselheiro-Relator terá o prazo de 30 (trinta) dias úteis para:

I – confirmar a decisão de arquivamento da Superintendência-Geral, podendo, se entender necessário, fundamentar sua decisão;

II – transformar o inquérito administrativo em processo administrativo, determinando a realização de instrução complementar, podendo, a seu critério, solicitar que a Superintendência-Geral a realize, declarando os pontos controversos e especificando as diligências a serem produzidas.

§3º Ao inquérito administrativo poderá ser dado tratamento sigiloso, no interesse das investigações, a critério do Plenário do Tribunal.

4.5.5.2 Condutas anticoncorrenciais

O art.36 da Lei nº12.529/11 refere-se às infrações contra a ordem econômica. O parágrafo terceiro deixa evidente que as infrações abaixo elencadas formam um rol exemplificativo. No Brasil, só será considerada infração quando os atos praticados, além de produzirem os efeitos previstos pelo §3º, também produzirem os efeitos elencados no *caput* e seus incisos.

O *caput* esclarece que para caracterizar a infração não é necessário existir culpa ou dolo; também não é exigida a produção efetiva dos efeitos elencados no artigo, bastando que os atos sejam capazes de produzi-los.

Art.36. Constituem infração da 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; e

IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

Segundo o Ministro Carlos Veloso, o art.36, I, II, III e IV concretiza os mandamentos constitucionais dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência¹⁶⁷:

Na tutela da livre concorrência (e, portanto, da livre concorrência) encontra-se um dos principais parâmetros da nossa Lei Antitruste e pauta de sua interpretação. Os acordos entre empresas são vedados na medida em que

¹⁶⁷ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. 7.ed. São Paulo: RT, 2014, p.138. Voto do Ministro Carlos Velloso, do STF, na ADIn 1.094-8 DF.

configuram entrave à livre iniciativa ou à livre concorrência. Ou seja, é no prejuízo à livre concorrência e à livre iniciativa que se encontra o caráter ilícito de qualquer prática concertada. Destaque-se a lição do Ministro Carlos Velloso: *“esclareça-se que a ordem econômica, segundo modelo constitucional brasileiro, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por finalidade assegurar a todos a existência digna, no rumo da justiça social, objetivos que deverão ser atingidos mediante a observância dos princípios enumerados nos incisos I a IX do art.170 da Constituição. Um desses princípios, por isso mesmo viga mestra do sistema econômico é o da Livre concorrência. Quer dizer, tudo aquilo que possa embaraçar ou de qualquer modo impedir o livre exercício da concorrência é ofensivo à Constituição. Bem por isso, essa mesma Constituição, no §4º. Do art 173, dispõe 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.’”*

Qualquer ato praticado por um agente econômico, individualmente, ainda que não seja detentor de posição dominante no mercado, poderá ser considerado ilícito se, de algum modo prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa em conduta dissociada de sua vantagem competitiva [...]

O inciso II faz referência ao domínio de mercado; já o IV refere-se ao abuso da posição dominante. Dominar o mercado por mera competência administrativa em si não é considerado infração à ordem econômica. O art.36, §1º deixa claro: *“a conquista do mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.”* O que a lei quer resguardar e impedir é a possibilidade do agente dominar o mercado, prejudicando a livre concorrência e a livre iniciativa.

O inciso IV é voltado ao agente econômico que já dominou o mercado e abusa de sua força de domínio para prejudicar os competidores ou barrar outros competidores (barreiras à entrada) que pudessem atuar no seu mercado de domínio.

Sobre esse inciso, Leonor Clodovil¹⁶⁸ faz uma breve recapitulação de sua origem, que atualmente não teria aplicação prática, pois o país já está numa economia de mercado:

Por fim, o inc.III do art.36 dispõe ser um efeito da infração condenável o aumento arbitrário de lucros. Este é certamente o efeito mais questionável e cuja prova é mais complexa. O Brasil deixou de ser, há pouco tempo, um país que realizava um criticado e trabalhoso controle de preços. Após a abertura econômica observada na década de 90, reprime-se toda intervenção do Estado no sentido a determinar preços ou parâmetros de preços. Por isso, não é simples, a uma autoridade concorrencial, determinar o que seja aumento arbitrário de lucros [...]

Em relação à posição dominante no mercado, o art.36, §2º aduz:

¹⁶⁸ CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícios Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. *Nova lei de defesa da concorrência comentada* – Lei 12.259 de 30 de novembro de 2011. São Paulo: RT, 2012, p.105.

presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% ou mais do mercado relevante, podendo esse percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.

Sobre a ausência do significado do inciso III, observa Fábio Ulhoa Coelho¹⁶⁹: “o lucro pode ser arbitrário, apesar de sua reduzida expressão, assim como pode ser elevadíssimo, sem que se revele qualquer forma de arbitrariedade”.

O inciso III só faria sentido se ocorresse monopólio ou cartel, com autorização de funcionamento pelo Estado, quando então, poderiam surgir a figura antijurídica de aumento arbitrário dos lucros. Entretanto, esse inciso nada fez de menção especial a essas estruturas de mercado.

No entanto, o inciso I, por ser mais abrangente e envolver toda forma de limitação ou de prejuízo à livre concorrência ou livre iniciativa, impõe punição a qualquer agente infrator, por conduta isolada ou concertada (cartel). Este inciso, na nova lei, foi sabiamente melhor redigido, incorporando em parte os antigos incisos III e IV do art.21 da lei anterior.

4.5.5.2.1 Rol exemplificativo das infrações à ordem econômica

Ainda que a publicidade da nova lei tenha recaído nos destaques dos avanços trazidos pela obrigatoriedade da análise prévia dos atos/contratos de concentração, o combate repressivo às condutas anticoncorrenciais continuam a ser uma das principais preocupações e funções do órgão antitruste nacional no mundo inteiro.

Ainda nesse sentido das punições, não se pode perder de vista que algumas destas condutas¹⁷⁰, previstas de forma exemplificada no art.36, §3º, também

¹⁶⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. v.1. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.61.

¹⁷⁰ Lei nº12.529/11, art.36. Constituem infração da 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; e

IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

§1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

§2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

§3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I – acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

podem ter previsão de repressão na Lei nº8.137/90 (Lei dos Crimes Tributários, da Ordem Econômica e de Consumo), na Lei nº8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e na Lei nº8.666/93 (Lei das Licitações).

Entretanto, na hermenêutica antitruste do *caput* do art.36, as condutas exemplificadas no §3º só repercutiriam para o antitruste na hipótese de terem provocado os efeitos descritos nos seus incisos I, II, III e IV do *caput*, independentemente de culpa do agente ou do resultado alcançado, quando então seriam caracterizadas como infração da ordem econômica e receberiam a punição administrativa do diploma legal antitruste, bem como as eventuais consequências criminais ou não dos outros diplomas legais.

Todavia, em que pese a sequência lógica da leitura do art.36 e excetuadas as situações e condenações dos cartéis *hard core*¹⁷¹, a autoridade antitruste brasileira já não vinha aplicando a regra *per se*. No antitruste do Brasil, essas condutas serão analisadas sobre o prisma de sua racionalidade e dos benefícios líquidos para a coletividade, antes de serem consideradas condutas ilícitas – é a Regra da Razão, nos

-
- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
 - b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
 - c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
 - d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;
 - II – promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;
 - III – limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;
 - IV – criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;
 - V – impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;
 - VI – exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;
 - VII – utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;
 - VIII – regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;
 - IX – impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;
 - X – discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;
 - XI – recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;
 - XII – dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;
 - XIII – destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;
 - XIV – açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;
 - XV – vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;
 - XVI – reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;
 - XVII – cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;
 - XVIII – subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e
 - XIX – exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

¹⁷¹ Processos administrativos do CADE – 08012.000283/2006 e 08012.002127/2002-14. Disponível em: www.cade.gov.br/. Acesso em: 28 fev.2015.

dizeres do *caput* dos anexos da Resolução nº20¹⁷², revogados os seus artigos pela Resolução nº45 e mantidos os seus anexos:

Resolução nº20 CADE, de 9 de junho de 1999.

ANEXOS

A análise de condutas anticoncorrenciais exige exame criterioso dos efeitos das diferentes condutas sobre os mercados à luz dos artigos 20 e 21 da Lei 8884/94. As experiências nacional e internacional revelam a necessidade de se levar em conta o contexto específico em que cada prática ocorre e sua razoabilidade econômica. Assim, é preciso considerar não apenas os custos decorrentes do impacto, mas também o conjunto de eventuais benefícios dela decorrentes de forma a apurar seus efeitos líquidos sobre o mercado e o consumidor.

As definições e classificação contidas no Anexo I não exauram o universo de práticas que, em determinadas circunstâncias, podem ser consideradas como infração à ordem econômica. [...]

Por fim, merece destaque o entendimento do CADE relacionado às condutas, mas agora ligado à licitude da cláusula de exclusividade envolvendo o objeto de atividade do *joint venture* pelos contraentes e a licitude da cláusula de exclusividade envolvendo a negociação de fundo de comércio até 5 anos, tal como as súmulas editadas pela autoridade¹⁷³:

Súmula nº5, publicada no D.O.U. de 09/12/2009

É lícita a estipulação de cláusula de não-concorrência com prazo de até cinco anos da alienação de estabelecimento, desde que vinculada à proteção do fundo de comércio.

Súmula nº4, publicada no D.O.U. de 09/12/2009

É lícita a estipulação de cláusula de não-concorrência na vigência de *joint venture*, desde que guarde relação direta com seu objeto e que fique restrita aos mercados de atuação.

4.5.5.2.2 Dominação de mercado relevante e seu abuso

As leis antiga e nova se referem ao mercado relevante, devido à importância de sua delimitação para a verificação da ocorrência ou não de atos de concentração ilícitos. De acordo com Paula Andrea Forgioni,

[...] mercado relevante é aquele em que se travam relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado. Sem sua identificação, é impossível determinar a incidência de qualquer das hipóteses contidas nos incisos do art.36, *caput*, da Lei nº12.529, de 2011. A partir do momento em que o texto normativo faz menção à restrição da concorrência, para a caracterização do ilícito devemos determinar de qual concorrência estamos tratando (com o escopo de verificar se a prática analisada teve por objeto ou por efeito restringi-la). O mesmo se dá em

¹⁷² Resolução nº20 do CADE, de 9 de junho de 1999. Disponível em: www.cade.gov.br/. Acesso em: 28 fev.2015.

¹⁷³ Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Consultas de processos, súmulas e jurisprudência. Disponível em: www.cade.gov.br/. Acesso em: 04 mar.2015.

relação ao domínio de mercado e ao abuso de posição dominante: são práticas que somente existem em concreto, ou seja, se referidas a um determinado mercado: ao mercado relevante.¹⁷⁴

Trata-se de um critério de medidas, de mensurar a participação de cada empresa. O mercado relevante pode referir-se tanto ao critério geográfico quanto ao critério material. Em síntese, quando se tratar de mercado relevante geográfico considera-se uma determinada região territorial; quando for mercado relevante material considera-se a quantidade de determinado produto em um dado segmento.

Para delimitar o território geográfico – local onde atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado – para cada produto ou serviço é indispensável o uso de critérios como os hábitos dos consumidores, a incidência de custos de transportes, as características e a natureza dos produtos, além dos incentivos e dos benefícios oferecidos pelas autoridades e as barreiras a serem transpostas. Como exemplo, citamos o mercado relevante do pão, certo é que um consumidor não vai longe para adquiri-lo. Assim, o mercado relevante geográfico do pão é pequeno. Diferentemente do que pode ocorrer com a farinha de trigo, porque a depender da quantidade e da necessidade do comprador, ele poderá procurar pela farinha num mercado maior.

O mercado relevante material dos produtos considera a sua fungibilidade. Se não são fungíveis, então, não estão no mesmo mercado material relevante. Se há fungibilidade, o aumento de preço de um produto gera o aumento de consumo de outro, configurando o fenômeno da elasticidade cruzada ou *cross elasticity*, conforme ensina Paula Andrea Forgioni:

Explica-se a razão por que produtos aparentemente semelhantes podem não integrar o mesmo mercado relevante: uma caneta de plástico e outra de metal precioso, com certeza, não satisfazem idênticas necessidades do consumidor e não estão em relação de concorrência. Outras vezes, produtos diversos são destinados a objetivos iguais, integrando um só mercado. Lawrence Sullivan convida a pensar, por exemplo em flocos de milho: podem ser incluídos no mesmo mercado relevante de todos os alimentos que são consumidos no café da manhã? Empresas produtoras de filmes plásticos, daqueles que são utilizados para acondicionar alimentos levados aos refrigeradores e congeladores, atuam no mesmo mercado relevante de outras que produzem embalagens de plástico rígido? Trens e ônibus são intercambiáveis aos olhos dos consumidores? A resposta poderá ser afirmativa se concluirmos que satisfazem necessidades semelhantes dos consumidores e que estes estariam dispostos a tomar os referidos produtos por fungíveis¹⁷⁵.

¹⁷⁴ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. 7.ed. São Paulo: RT, 2014, p.214.

¹⁷⁵ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. 7.ed. São Paulo: RT, 2014, p.221.

A posição dominante pode ser obtida de forma lícita devido à capacidade e competência do agente econômico, isto é, segundo a evolução natural, conforme o art.36, §1º da lei nova:

§1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

Disto conclui-se que se a conquista de domínio por meios natural é lícita, sua manutenção sem abuso da posição de domínio também o será.

Entretanto, a dominação do mercado relevante mediante prática artificial, conforme dispõe o inciso II combinado com o §1º, todos do *caput* do art.36, torna a conduta suspeita e sujeita à investigação da autoridade antitruste para, ao aplicar a regra da razão (*rule of reason*), decidir se a conduta estaria no campo da licitude ou não. O antitruste brasileiro adota a regra da razão.

No tocante à presunção legal de domínio de mercado relevante, há duas vertentes: a primeira de que o agente possa ter poder e influência suficientes para guiar as variáveis de mercado relevante, independentemente de sua força de *market share*, tais como as variáveis preço, produto, quantidade, qualidade, publicidade, preferência do consumidor e tudo o mais que possa alterar o mercado relevante; a segunda é a presunção de que o domínio do mercado possa ser conquistado através de uma fatia mínima de 20% do mercado relevante, isto é, 20% da fatia de vendas do agente em relação às vendas reunidas de todos os competidores do mercado relevante (100%) faria o domínio, conforme o disposto no art.36, §2º da nova lei:

presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% ou mais do mercado relevante, podendo esse percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.

Na presunção percentual, a autoridade antitruste pode fazer alterações nos mínimos percentuais de alguns setores da economia (§2º do art.36 da lei nova), se for tecnicamente conveniente para o sistema antitruste.

Para avaliar os efeitos previstos no art.36, IV, basta o agente econômico deter uma posição de domínio e ocorrer alguma das infrações listadas no §3º do *caput*, para que qualquer das condutas possam ser investigadas como uma infração à ordem

econômica, porém, decidida à luz da regra da razão, por opção normativa do antitruste brasileiro, segundo as palavras de Leonor Cordovil.¹⁷⁶

À luz dos entendimentos de Roberto Domingos Taufick¹⁷⁷, a conjugação do §3º com o *caput* e incisos do art.36, a eventual aplicação da regra *per se* serviria apenas para inverter o ônus da prova em desfavor do administrado:

A regra *per se* costuma, apenas inverter o ônus da prova em face do administrado, de tal forma que, adotando certas presunções que permitem concluir pela produção de efeitos dos seus atos sobre o mercado, se exija que o investigado as afaste.

4.5.5.2.3 Abuso do direito de propriedade

A nova lei antitruste inovou no art.36, XIX, §3º, ao trazer o uso abusivo de direito de propriedade industrial, intelectual, tecnológico ou marca, no rol exemplificativo das condutas anticompetitivas.

Entretanto, segundo Leonor Cordovil¹⁷⁸, o viés do inciso XIX é da figura antijurídica concorrencial conhecida como *sham litigation* em razão dos agentes “postularem a proteção intelectual fraudulenta, e ainda ajuizar ações judiciais e administrativas para impedir que outros utilizem sua propriedade fraudulenta.”

Entretanto, à luz da caracterização do abuso de direito como um “comportamento aparentemente lícito de alguém que, ao utilizar o seu direito, pode vir a causar dano a outrem em razão de contrariar, de forma manifesta, o espírito do instituto”¹⁷⁹, temos a possibilidade da conduta anticompetitiva também com outros vieses, agora ligados ao licenciamento compulsório da propriedade industrial e tecnológica.

¹⁷⁶ CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícios Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. **Nova lei de defesa da concorrência comentada** – Lei 12.259 de 30 de novembro de 2011. São Paulo: RT, 2012, p.108.

¹⁷⁷ TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova lei antitruste brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.151.

¹⁷⁸ CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícios Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. **Nova lei de defesa da concorrência comentada** – Lei 12.259 de 30 de novembro de 2011. São Paulo: RT, 2012, p.117.

¹⁷⁹ ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. **Abuso do direito e concorrência desleal**. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p.207.

4.5.5.2.4 Cartel na lei antitruste brasileira

O art.36 da nova lei (Lei nº12.529/11), em seu *caput* e inciso I, combinados com o inciso I do §3º, descreve o cartel, tanto na sua forma consumada, e operante, como na sua forma tentada.

Como já anteriormente visto na parte três deste trabalho, o cartel é considerado a mais grave ofensa à concorrência, que por essa razão recebe da maioria dos países um tratamento severo por caracterizá-lo como uma infração penal.

No Brasil, não é diferente, e essa conduta está descrita como uma infração à ordem econômica, sujeita a diversas penalidades administrativas, além de pena criminal, devido à nova redação do art.4º da Lei nº8.137/90 (Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo), conferida pela inovação da lei antitruste vigente:

Lei nº8.137/90

Art.4º Constitui crime contra a ordem econômica:

I – abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas;

II – formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

a) à 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.

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

Diante disto, o ilícito antitruste no Brasil pode ter uma dupla repercussão, uma na esfera administrativa e outra, na criminal – o caso do cartel. A de natureza administrativa processa-se pelo processo administrativo segundo a Lei Antitruste; a de natureza criminal processa-se pelo processo penal através da Lei nº8.137/90.

Quanto à classificação dos cartéis, a partir do julgamento do cartel das britas¹⁸⁰ em julho de 2005, o CADE passou a considerar duas espécies de cartéis: o cartel clássico (*hard core*) e o cartel difuso (não permanente).

O clássico se comporta de forma institucionalizada, quase permanente, através de reuniões periódicas e de todo o aparato de manuais de operacionalização e punição para os eventuais infratores do acordo de operação cartelizada, com o objetivo

¹⁸⁰ Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14 – SDE/MJ *ex officio* v. Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo et al.

de fixar preços e condições de venda, dividir consumidores, quantidade de produção e estabelecer barreiras à entrada de novos concorrentes.

O difuso se assemelha ao clássico, no tocante aos objetivos do arranjo do grupo. No entanto, seu caráter seria eventual diante de algum acontecimento externo que os afetaria individualmente na hipótese de não costurarem um acordo.

Eduardo Gaban e Juliana Oliveira¹⁸¹ consideram a possibilidade das razões do CADE, para tal dicotomia, estarem centradas na dosimetria da sanção conforme o ímpeto e a relevância dos efeitos negativos para a sociedade. O que, segundo eles, seria pouco sustentável cientificamente porque tanto o cartel clássico como o cartel difuso se referem a fenômenos semelhantes no tocante ao mérito e apenas distintos nos efeitos negativos para a sociedade.

Para Eduardo Gaban e Juliana Oliveira, não haveria a necessidade do CADE criar uma classificação (espécies) de cartel para sustentar diferentes sanções, ou menor sanção, bastando punir os infratores segundo a relevância de seus efeitos sobre a sociedade, nos seus dizeres:

Assim, antes de criar nova classificação a sustentar menor sanção, a Lei Antitruste já dispõe de mecanismos legais para a atribuição de sanção (distinta) a semelhantes fenômenos em razão do grau da relevância de seus efeitos para a sociedade. Fato é que, seja como for, na hipótese do CADE entender tratar-se o caso concreto de hipótese de “cartel difuso”, este poderá receber tratamento mais benéfico em termos de sanção ao que receberia o “cartel clássico”.

Os acordos restritivos à concorrência, referidos aqui pela lei brasileira, estão em linha com os já analisados na parte três do presente trabalho, sejam eles acordos implícitos ou explícitos, em grande maioria horizontal, mas podendo também ser vertical, numa gama extensa de condutas coordenadas, envolvendo inclusive *joint ventures*, mas que só a análise em concreto poderá constatar a existência dessa ilegalidade.

Nesse quesito da investigação, alguns estudiosos entendem que o CADE vem se manifestando com a tendência de considerar ilícito *per se* os acordos entre concorrentes, ainda que não se admita a existência de ilícito *per se* no direito concorrencial brasileiro, conforme os anexos da Resolução nº20 do CADE ainda em vigor. Segundo esse entendimento, toda conduta, incluindo os acordos entre concorrentes, deve ser analisada sob a regra da razão, utilizando-se arcabouço teórico e

¹⁸¹ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.161.

metodológico presente na teoria econômica e jurídica, para então decidir-se sobre a aceitabilidade ou não da conduta à luz das preocupações antitruste.

Em complemento ao disposto específico do antitruste no combate implacável ao cartel, outros dispositivos que tratam de matérias diversas referendam a mesma preocupação ao espelharem no seu conteúdo as preocupações contra o arranjo entre os concorrentes em prejuízo do Estado e da coletividade, como no caso da infringência à Lei de Licitações (Lei nº8.666/93), cujas práticas concertadas entre os agentes está criminalizada.

Visando esse combate ao cartel em licitações, as autoridades publicaram um guia prático¹⁸² para os pregoeiros e membros de comissão de licitação, contendo algumas situações que podem abarcar um cartel:

- a) Fixação de preços, na qual há um acordo firmado entre concorrentes para aumentar ou fixar preços e impedir que as propostas fiquem abaixo de um “preço base”;
- b) Direcionamento privado da licitação, em que há a definição de quem irá vencer determinado certame ou uma série de processos licitatórios, bem como as condições nas quais essas licitações serão adjudicadas;
- c) Divisão de mercado, representada pela divisão de um conjunto de licitações entre membros do cartel, que, assim, deixam de concorrer entre si em cada uma delas. Por exemplo, as empresas A, B e C fazem um acordo pelo qual a empresa A apenas participa de licitações na região Nordeste, a empresa B na região Sul e a empresa C na região Sudeste;
- d) Supressão de propostas, modalidade na qual concorrentes que eram esperados na licitação não comparecem ou, comparecendo, retiram a proposta formulada, com intuito de favorecer um determinado licitante, previamente escolhido;
- e) Apresentação de propostas “pro forma”, caracterizada quando alguns concorrentes formulam propostas com preços muito altos para serem aceitos ou entregam propostas com vícios reconhecidamente desclassificatórios. O objetivo dessa conduta é, em regra, direcionar a licitação para um concorrente em especial;
- f) Rodízio, acordo pelo qual os concorrentes alternam-se entre os vencedores de uma licitação específica. Por exemplo, as empresas A, B e C combinam que a primeira licitação será vencida pela empresa A, a segunda pela empresa B, a terceira pela empresa C e assim sucessivamente;
- g) Sub-contratação, pela qual concorrentes não participam das licitações ou desistem das suas propostas, a fim de serem sub-contratados pelos vencedores. O vencedor da licitação a um preço supra-competitivo divide o sobre-preço com o subcontratado.

Complementando as informações, o guia destaca os seguintes indícios de cartelização na licitação:

¹⁸² Combate a Cartéis em Licitações – **Guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação**. Coleção SDE/DPDE 02/2008. Disponível em: http://www.comprasnet.gov.br/banner/seguro/Cartilha_Licitacao.pdf. Acesso em: 09 maio 2015.

- as propostas apresentadas possuem redação semelhante ou os mesmos erros e rasuras;
- certos fornecedores desistem, inesperadamente, de participar da licitação;
- há empresas que, apesar de qualificadas para a licitação, não costumam apresentar propostas a um determinado órgão, embora o façam para outro;
- existe um padrão claro de rodízio entre os vencedores das licitações;
- existe uma margem de preço estranha e pouco racional entre a proposta vencedora e as outras propostas;
- alguns licitantes apresentam preços muito diferentes nas diversas licitações que participam, apesar de o objeto e as características desses certames serem parecidos;
- o valor das propostas se reduz significativamente quando um novo concorrente entra no processo (provavelmente não integrante do cartel);
- um determinado concorrente vence muitas licitações que possuem a mesma característica ou se referem a um tipo especial de contratação;
- existe um concorrente que sempre oferece propostas, apesar de nunca vencer as licitações;
- licitantes vencedores sub-contratam concorrentes que participaram do certame;
- licitantes que teriam condições de participar isoladamente do certame apresentam propostas em consórcio.

Todas essas práticas de cartel também se enquadram no crime contra a ordem econômica (Lei nº8.137/90).

4.5.5.2.5 Venda casada e *dumping*

A nova redação do art.116 na lei nova antitruste, alterou o art.4º da Lei nº8.137/90 (crimes contra a ordem econômica) de modo que atualmente a infração administrativa ‘venda casada’ e *dumping* deixaram de ser de crimes tipificados contra a ordem econômica, ainda que possam continuar a sofrer os efeitos repressivos e de punição administrativa da autoridade antitruste brasileira – CADE.

O efeito anticoncorrencial da venda casada está inserido na “carona” de poder de mercado de um produto para outro produto de mercado diferente.

As consequências de dispêndio para o consumidor é direta, uma vez que este deverá desembolsar mais dinheiro para ter os bens/serviços casados, isto é, o bem/serviço desejado somado com o outro bem/serviço não desejado e imposto pelas condições unilaterais do ofertante.

Os concorrentes também sentirão as consequências, na medida em que o mercado (do produto casado) estará sendo invadido por forças de domínio de diferentes mercados, por meio da exigência de que o produto/serviço de domínio só possa ser adquirido, ou contratado, mediante a aquisição, ou contratação, do produto/serviço de outro mercado (venda casada).

Além desses prejuízos diretos aos consumidores e à concorrência, a “venda casada” também poderá significar uma burla de limites de remuneração (preço) de mercado regulado, precisando tão somente juntar outro produto/serviço (não regulado) e misturá-los num único “pacote” para cobrar pelo todo. Essa cobrança pelo todo mascararia a distribuição das margens de lucro entre o produto/serviço do mercado regulado (margem regulada) e o do não regulado.

Dumping e preço predatório são condutas que apesar de semelhantes possuem conceitos jurídicos distintos, diferenciando-se de primeira ordem no âmbito do local em que ocorrem as práticas: comércio internacional ou comércio interno.

A prática de *dumping* caracteriza-se pelo ato de vender em país alheio uma mercadoria abaixo do preço do mercado doméstico.

Os casos de *dumping* e subsídios, quando envolvidos nos acordos relativos à implementação do art.VI do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio, não serão punidos pelo antitruste nacional, conforme o art.119 do novo diploma:

Art.119. O disposto nesta Lei não se aplica aos casos de *dumping* e subsídios de que tratam os Acordos Relativos à Implementação do artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio, promulgados pelos Decretos nº93.941 e 93.962, de 16 e 22 de janeiro de 1987, respectivamente.

O preço predatório é o comércio de produtos abaixo do preço de custo no mercado interno, de forma a tirar seus concorrentes do mercado local, evitar novos entrantes e obter o monopólio nacional num futuro próximo.

As condutas do preço predatório e da venda casada, quando em prejuízo à coletividade, são analisadas pelas autoridades brasileiras conforme a regra da razão.

4.5.5.2.6 Punição das condutas anticompetitivas

As penas pecuniárias estão descritas nos arts.37 ao 45 da nova lei; o art.44 é uma inovação em relação à lei anterior, ao prever multa por descumprimento de sigilo de informação pelos servidores do CADE:

Art.44. Aquele que prestar serviços ao Cade ou a Seae, a qualquer título, e que der causa, mesmo que por mera culpa, à disseminação indevida de informação acerca de empresa, coberta por sigilo, será punível com multa pecuniária de R\$ 1.000,00 (mil reais) a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), sem prejuízo de abertura de outros procedimentos cabíveis.

§1º Se o autor da disseminação indevida estiver servindo o Cade em virtude de mandato, ou na qualidade de Procurador Federal ou Economista-Chefe, a

multa será em dobro. §2º O Regulamento definirá o procedimento para que uma informação seja tida como sigilosa, no âmbito do Cade e da Seae.

As penalidades financeiras estão descritas no art.37: para a pessoa jurídica, (inciso I), com base no faturamento; o inciso III para os casos de comprovada culpa ou dolo dos administradores (pessoa física) que tenham tido responsabilidade direta ou indiretamente na conduta ilícita, sejam administradores das empresas envolvidas ou das entidades ou associações, ou das pessoas jurídicas sem fins lucrativos, seguindo um percentual da multa cominada em concreto do inciso I ou II, em conformidade com a origem dos infratores. O inciso II é reservado a toda e qualquer pessoa jurídica, de fato ou de direito, público ou privado, associações ou entidades, que não exerçam atividade empresarial, por critérios de multa conhecidos, nos seus limites financeiros, mínimo e máximo:

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

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

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

III – no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.

§1º Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

§2º No cálculo do valor da multa de que trata o inciso I do caput deste artigo, o Cade poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, definido pelo Cade, ou quando este for apresentado de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea.

As razões da mudança de tratamento com relação ao faturamento entre ramo de atividade do art.37, I e demais disposições da lei antitruste tratando de mercado relevante, segundo Roberto Domingos Taufick,¹⁸³ deve-se a erro de redação e dificuldade regimental do congresso em retornar ao artigo sem exigir uma nova votação

¹⁸³ TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova lei antitruste brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.261-262.

da lei, nas duas casas legislativas. Da mesma forma, o autor explica as razões do patamar máximo do inciso I ser de 20% do faturamento, em referência aos estudos econômicos da OECD terem indicado que em cartéis, o sobrepreço médio oscilaria entre 20% e 30% do faturamento da empresa cartelizada.

No entanto, para aplacar as discussões a respeito do ramo de atividade, o CADE editou a Resolução nº3, em 29 de maio de 2012, expedindo a lista de ramos de atividades e outras instruções¹⁸⁴:

Art.1º. Expedir, para fins de aplicação do art.37 da Lei nº12.529, de 2011, a LISTA DE RAMOS DE ATIVIDADES EMPRESARIAIS, anexa a esta Resolução.

Parágrafo único. Caso a infração à ordem econômica tenha ocorrido em mais de um ramo de atividade empresarial, será considerada a soma dos faturamentos brutos obtidos em todos os ramos afetados.

Art.2º Quando o representado não apresentar o valor do faturamento no(s) ramo(s) de atividade empresarial em que ocorreu a infração de forma completa, inequívoca e idônea, será considerado o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo.

Art.3º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação

O art.38 da nova lei traz outras penas administrativas para serem aplicadas isoladamente ou conjuntamente, segundo a gravidade da infração ou o interesse público, inclusive a previsão da licença compulsória de direito de propriedade (inciso IV, letra “a”):

Art.38. Sem prejuízo das penas cominadas no art.37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

I – a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas;

II – a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos;

III – a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;

IV – a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito;

b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;

V – a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade;

VI – a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e

¹⁸⁴ Disponível em: www.cade.gov.br/. Acesso em: 28 fev. 2015.

VII – qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

O art.39 da nova lei trata das penalidades pela não cessação imediata das condutas ilícitas, ou pelo descumprimento de obrigações de fazer e não fazer, ou pelo descumprimento de medida preventiva ou termo de compromisso de cessação:

Art.39. Pela continuidade de atos ou situações que configurem infração da ordem econômica, após decisão do Tribunal determinando sua cessação, bem como pelo não cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer impostas, ou pelo descumprimento de medida preventiva ou termo de compromisso de cessação previstos nesta Lei, o responsável fica sujeito a multa diária fixada em valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), podendo ser aumentada em até 50 (cinquenta) vezes, se assim recomendar a situação econômica do infrator e a gravidade da infração.

O art.40 refere-se às multas pela omissão e retardamento injustificável de informação ou documentos solicitados pelo CADE:

Art.40. A recusa, omissão ou retardamento injustificado de informação ou documentos solicitados pelo Cade ou pela Secretaria de Acompanhamento Econômico constitui infração punível com multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), podendo ser aumentada em até 20 (vinte) vezes, se necessário para garantir sua eficácia, em razão da situação econômica do infrator.

§1º O montante fixado para a multa diária de que trata o caput deste artigo constará do documento que contiver a requisição da autoridade competente.

§2º Compete à autoridade requisitante a aplicação da multa prevista no caput deste artigo.

§3º Tratando-se de empresa estrangeira, responde solidariamente pelo pagamento da multa de que trata o caput sua filial, sucursal, escritório ou estabelecimento situado no País.

O art.41 diz respeito às multas pela ausência de comparecimento, quando intimado a prestar esclarecimentos em inquérito ou processo administrativo:

Art.41. A falta injustificada do representado ou de terceiros, quando intimados para prestar esclarecimentos, no curso de inquérito ou processo administrativo, sujeitará o faltante à multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) a R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) para cada falta, aplicada conforme sua situação econômica.

Parágrafo único. A multa a que se refere o caput deste artigo será aplicada mediante auto de infração pela autoridade competente.

Já o art.42, indica as situações de multas por obstruir, impedir ou dificultar a inspeção do CADE:

Art.42. Impedir, obstruir ou de qualquer outra forma dificultar a realização de inspeção autorizada pelo Plenário do Tribunal, pelo Conselheiro-Relator ou pela Superintendência-Geral no curso de procedimento preparatório, inquérito administrativo, processo administrativo ou qualquer outro

procedimento sujeitará o inspecionado ao pagamento de multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais), conforme a situação econômica do infrator, mediante a lavratura de auto de infração pelo órgão competente.

Cabe ao art.43 abordar as multas aplicadas em razão de enganosidade ou a de falsidade de informações, documentos ou declarações prestadas ao CADE ou à Secretaria de Acompanhamento Econômico (SAE):

Art.43. A enganosidade ou a falsidade de informações, de documentos ou de declarações prestadas por qualquer pessoa ao Cade ou à Secretaria de Acompanhamento Econômico será punível com multa pecuniária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), de acordo com a gravidade dos fatos e a situação econômica do infrator, sem prejuízo das demais cominações legais cabíveis.

O art.45 traz os parâmetros utilizados na dosemetria das multas aplicáveis:

Art.45. Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração:

- I – a gravidade da infração;
- II – a boa-fé do infrator;
- III – a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;
- IV – a consumação ou não da infração;
- V – o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;
- VI – os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;
- VII – a situação econômica do infrator; e
- VIII – a reincidência

A prescrição das ações punitivas acontece em 5 anos, contados da prática do ilícito ou da sua cessação:

Art.46. Prescrevem em 5 (cinco) anos as ações punitivas da administração pública federal, direta e indireta, objetivando apurar infrações da ordem econômica, contados da data da prática do ilícito ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessada a prática do ilícito.

§1º Interrompe a prescrição qualquer ato administrativo ou judicial que tenha por objeto a apuração da infração contra a ordem econômica mencionada no caput deste artigo, bem como a notificação ou a intimação da investigada.

§2º Suspende-se a prescrição durante a vigência do compromisso de cessação ou do acordo em controle de concentrações.

§3º Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de 3 (três) anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.

§4º Quando o fato objeto da ação punitiva da administração também constituir crime, a prescrição rege-se pelo prazo previsto na lei penal.

4.5.5.3 Intervenção na empresa

Com fundamento na Lei Antitruste, é possível afastar o sócio-administrador, ou o administrador, substituindo-o por alguém capacitado para melhor administrar a empresa. A intervenção é solicitada pela Procuradoria do CADE ao Poder Judiciário.

Isso poderá ocorrer nos casos em que o CADE impõe a cessação de uma conduta e o agente econômico não obedece, o que acabaria por dar causa a essa intervenção – não cumprimento das decisões do CADE (art.102 da nova lei).

Art.102. O Juiz decretará a intervenção na empresa quando necessária para permitir a execução específica, nomeando o interventor.

Parágrafo único. A decisão que determinar a intervenção deverá ser fundamentada e indicará, clara e precisamente, as providências a serem tomadas pelo interventor nomeado.

4.5.5.4 Desconsideração da pessoa jurídica

Como forma de incentivar as pessoas a investirem nas empresas sem colocar em risco seu patrimônio pessoal, surgiu a possibilidade de personificação da pessoa jurídica, limitando a responsabilidade dos sócios, e ainda, estimulando o investimento para gerar empregos, tributos e riquezas.

Surge, assim, o princípio da autonomia patrimonial, segundo o qual a empresa responde com seu próprio patrimônio pelas obrigações assumidas, desde que observados todos os requisitos de legalidade dos atos constitutivos. Este princípio poderá ser mitigado em alguns casos, de acordo com o Código Civil, quando houver desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Nessa situação, os componentes da empresa poderão responder com seu patrimônio, visto que o Código Civil adotou a teoria maior da desconsideração da personalidade.

Certo é que a desconsideração não afeta a existência nem a validade da pessoa jurídica, mas suspende de forma temporária e episódica a sua eficácia, para que as obrigações sejam cumpridas. Não desconstitui a pessoa jurídica, mas transfere as obrigações assumidas com abuso para o sócio ou o administrador que abusou da pessoa jurídica protegendo-a em função de ter sido utilizada indevidamente. A vítima de abuso é a sociedade.

Em alguns casos a desconsideração da pessoa jurídica vai além de evitar somente o abuso ao observar também a iliquidez e a insolvência; em regra, ocorre no direito do trabalho, do consumidor, no direito antitruste e no direito do meio ambiente. Entre proteger o empresário e o meio ambiente, protege-se o meio ambiente; ou ainda, entre o empresário e a proteção da coletividade pelo antitruste, protege-se a coletividade pelo antitruste.

Com relação aos grupos econômicos, o art.33 dispõe: “Art.33. Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica.”

Entretanto, a interpretação de alguns conceitos normativos antitruste pode ser diferente do direito societário. Na Lei nº12.529/11, o critério utilizado para grupo econômico é específico e está descrito no art.4º da Resolução nº2 do CADE¹⁸⁵:

Art.4º Entende-se como partes da operação as entidades diretamente envolvidas no negócio jurídico sendo notificado e os respectivos grupos econômicos.

§1º **Considera-se grupo econômico**, para fins de cálculo dos faturamentos constantes do art.88 da Lei nº12.529/11 e do preenchimento dos Anexos I e II dessa Resolução, cumulativamente:

I – as empresas que estejam sob controle comum, interno ou externo; e

II – as empresas nas quais qualquer das empresas do inciso I seja titular, direta ou indiretamente, de pelo menos 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.

§2º No caso dos fundos de investimento, são considerados integrantes do mesmo grupo econômico, cumulativamente:

I – os fundos que estejam sob a mesma gestão;

II – o gestor;

III – os cotistas que detenham direta ou indiretamente mais de 20% das cotas de pelo menos um dos fundos do inciso I; e

IV – as empresas integrantes do portfólio dos fundos em que a participação direta ou indiretamente detida pelo fundo seja igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.

O art.34, ao prever a desconsideração da pessoa jurídica infratora, acaba por remeter a solidariedade das empresas do grupo (art.32 da lei nova) como um todo, e não só como garantia da execução. Segundo Roberto Domingos Taufick:

O art.33 repete, com melhoria na redação, o art.17 da Lei nº8.884/1994. Diferentemente da lei anterior, a solidariedade, na nova lei, existe não só entre os infratores dentro do mesmo grupo – como se um cartel fosse –, mas entre todos os membros do grupo econômico, independentemente de terem, ou não, participado da infração.

O ponto nevrálgico do art.33 está na responsabilidade solidária do grupo em função da infração concorrencial cometida por um dos seus membros. Isto

¹⁸⁵ Disponível em: <http://www.cade.gov.br>. Acesso em: 28 fev. 2015.

não implica que, nos termos do art.37, a base de cálculo das multas seja, necessariamente, o faturamento do grupo econômico de que aquela sociedade faça parte- dado que o objetivo da lei é individualizar a pena de acordo com o faturamento dos infratores e proporcionalidade ao dano por eles causado. A solidariedade significa, aí sim, que o patrimônio do grupo responde, solidariamente pela multa aplicada exclusivamente sobre o faturamento da sociedade infratora- centro de imputação (sempre a depender da participação de todo o grupo na prática anticompetitiva).¹⁸⁶

Com efeito, o art.34 e parágrafo único dispõem sobre a desconsideração da personalidade jurídica na defesa da concorrência, com adoção da teoria menor, prevendo, inclusive, a repercussão da má administração para a desconsideração:

Art.34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Ressalta-se, portanto, que a Lei nº12.529/2011 conferiu mais possibilidades de responsabilização aos administrados que porventura contrariem os dispositivos antitruste.

4.5.5.5 Prisão

No âmbito do antitruste, pode-se ter repercussões como a prisão temporária ou a reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

A prisão temporária de origem antitruste tem origem no desacato ou no impedimento de cumprir uma ordem cautelar administrativa antitruste – o *caput* e §3º, 8º e 10º do art.66 da lei nova nutrem algumas situações possíveis; ou judicial motivada pelo antitruste – o art.86 da Lei nº8.884/94 e sua repercussão na redação do art.312 do Código de Processo Penal, por conveniência da instrução criminal quando houver prova da existência do crime contra a ordem econômica e indício suficiente de sua autoria, ou para assegurar a aplicação da lei penal contra os cartéis – art.4º, da Lei nº8.137/90, conforme redação dada pelo art.117 da lei nova.

A reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos é a pena em abstrato (art.4º da Lei nº8.137/90) a ser cumprida pelo agente infrator à ordem econômica por formação de cartel.

¹⁸⁶ TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova lei antitruste brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.146.

4.5.5.6 Acordos entre a Administração Pública e os administrados

Visando racionalizar custos e tempo, bem como melhorar a eficiência na persecução das infrações à ordem econômica, o CADE pode celebrar acordos com os administrados infratores ou investigados.

O art.85 da nova lei traz os requisitos do Termo de Compromisso de Cessação de conduta anticompetitiva e a contrapartida do órgão antitruste de cessação de todos os procedimentos visando a investigação e a punição, como o procedimento preparatório, o inquérito administrativo e o processo administrativo.

O art.86 da nova lei traz o Programa de Leniência, com uma pequena mudança em relação aos líderes de um cartel, porém de revolucionária efetividade para o êxito do programa e persecução do crime. Os líderes da colusão infratora também passam a poder fazer acordo de leniência.

4.5.5.6.1 Termo de Cessação de conduta (TCC)

Após a instauração de inquérito, as partes podem se comprometer a cessar a conduta. Não há análise se a conduta é realmente ilícita, mas com o termo a conduta é cessada. Ou seja, a parte não enfrenta os custos e os desgastes de um processo para análise da conduta, e o CADE economiza os custos em manter um processo.

Previsto no art.85¹⁸⁷ da Lei Antitruste, ensina Paula Andrea Forgioni:

¹⁸⁷Lei nº12.529/11, art.85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art.48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei. §1º Do termo de compromisso deverão constar os seguintes elementos: I – a especificação das obrigações do representado no sentido de não praticar a conduta investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis; II – a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas; III – a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível. §2º Tratando-se da investigação da prática de infração relacionada ou decorrente das condutas previstas nos incisos I e II do §3º do art.36 desta Lei, entre as obrigações a que se refere o inciso I do §1º deste artigo figurará, necessariamente, a obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art.37 desta Lei. §3º (VETADO). §4º A proposta de termo de compromisso de cessação de prática somente poderá ser apresentada uma única vez. §5º A proposta de termo de compromisso de cessação de prática poderá ter caráter confidencial. §6º A apresentação de proposta de termo de compromisso de cessação de prática não suspende o andamento do processo administrativo. §7º O termo de compromisso de cessação de prática terá caráter público, devendo o acordo ser publicado no sítio do Cade em 5 (cinco) dias após a sua celebração. §8º O termo de compromisso de cessação de prática constitui título executivo extrajudicial. §9º O processo administrativo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo. §10. A suspensão do processo administrativo a que se refere o §9º deste artigo dar-se-á somente em relação ao representado que firmou o compromisso, seguindo o processo seu curso regular para os demais representados. §11.Declarado o descumprimento do compromisso, o Cade aplicará as sanções nele previstas e determinará o prosseguimento do processo administrativo e as demais medidas administrativas e judiciais cabíveis para sua execução. §12. As condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo Cade se se comprovar sua excessiva onerosidade para o representado, desde que a alteração não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade. §13. A proposta de

O CADE e o agente econômico ao qual foi imputada a prática de infração tipificada no art. 36 caput, da Lei nº12.259/2011 podem celebrar no âmbito dos procedimentos preparatórios, inquérito ou processos administrativos, acordo, denominado “compromisso de cessação”, por força do qual (I) a Administração abre mão do prosseguimento do processo administrativo (e pois, da penalização do agente), enquanto estiverem sendo cumpridos os termos do compromisso e (II) o administrado compromete-se a fazer cessar imediatamente a prática, sem que haja reconhecimento da eventual ilicitude.¹⁸⁸

4.5.5.6.2 Programa de Leniência

Com fundamento no art.86 da Lei Antitruste, é possível a celebração de acordo de leniência¹⁸⁹, com a possibilidade de redução da penalidade em 1/3 a 2/3, ou a extinção da ação punitiva. É celebrado entre as partes e a superintendência-geral.

celebração do compromisso de cessação de prática será indeferida quando a autoridade não chegar a um acordo com os representados quanto aos seus termos. §14. O Cade definirá, em resolução, normas complementares sobre o termo de compromisso de cessação. §15. Aplica-se o disposto no art. 50 desta Lei ao Compromisso de Cessação da Prática.

¹⁸⁸ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. 7.ed. São Paulo: RT, 2014, p.150.

¹⁸⁹ Lei nº12.529/11

Art.86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

I – a identificação dos demais envolvidos na infração; e

II – a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

§1º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I – a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;

II – a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;

III – a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e

IV – a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

§2º Com relação às pessoas físicas, elas poderão celebrar acordos de leniência desde que cumpridos os requisitos II, III e IV do §1º deste artigo.

§3º O acordo de leniência firmado com o Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§4º Compete ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo:

I – decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou

II – nas demais hipóteses, reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis, observado o disposto no art.45 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.

§5º Na hipótese do inciso II do § 4º deste artigo, a pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior à menor das penas aplicadas aos demais coautores da infração, relativamente aos percentuais fixados para a aplicação das multas de que trata o inciso I do art.37 desta Lei.

§6º Serão estendidos às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração os efeitos do acordo de leniência, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas.

§7º A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de inquérito ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a Superintendência-Geral, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual o Cade não tenha qualquer conhecimento prévio.

O interessado em conseguir os benefícios do acordo de leniência deve ser o primeiro a procurar o Superintendente que, quando entender pertinente as alegações da parte interessada, concederá uma senha ao interessado qualificando-o. A essa senha é dado o nome de *marker*.

Já o art.87 elucida que no acordo de leniência fica suspenso o prazo prescricional e o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

Art.87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art.288 do Decreto-Lei nº2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.
Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.

Com o cumprimento das cláusulas estipuladas no acordo de leniência ocorre a extinção automática da punibilidade dos crimes em relação ao beneficiário da leniência, conforme previsto na Lei nº15.529/11, art.87. O Ministério Público, como titular da ação penal, usualmente, é chamado para assinar a celebração do acordo de leniência, a fim de evitar qualquer indagação posterior.

Entretanto, cabem as observações de Roberto Domingos Taufick¹⁹⁰ de que a extinção da ação punitiva não extingue o direito de reparação cível pelos danos emergentes e os lucros cessantes:

A extinção da ação punitiva, diversamente da exclusão da ilicitude, pressupõe, apenas, a não punição da prática de conduta tipificada. A exclusão da ilicitude é mais profunda, pois define a própria legalidade da conduta. Como a extinção da ação punitiva atinge, tão somente, o poder de punição da Administração, mas não a reparação cível pelos danos emergentes e lucros cessantes, a admissão de culpa do art.86, §1º, IV, tende a tornar-se mais um instrumento de coibir o cartel (*deterrence*): com ela, mesmo o leniente deve sopesar o benefício da extinção da ação punitiva da Administração com o ônus de civilmente reparar os danos individuais e aqueles socialmente indivisíveis, por provocação de particulares.

§8º Na hipótese do §7º deste artigo, o infrator se beneficiará da redução de 1/3 (um terço) da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4º deste artigo em relação à nova infração denunciada.

§9º Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

§10. Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada, da qual não se fará qualquer divulgação.

§11. A aplicação do disposto neste artigo observará as normas a serem editadas pelo Tribunal.

§12. Em caso de descumprimento do acordo de leniência, o beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo de leniência pelo prazo de 3 (três) anos, contado da data de seu julgamento.

¹⁹⁰ TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova lei antitruste brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.401-402.

Por fim, e antes de transcrever o Programa de Leniência do CADE, vale mencionar algumas inovações do programa de leniência da lei nova, como a extensão para todos os funcionários envolvidos na ilicitude (art.86, §6º) a possibilidade de firmarem o acordo de leniência, e não só os dirigentes e administradores.

Outra inovação é a combinação dos §7º e 8º do art.86, que faz surgir a figura da leniência *plus* para o agente que se dispuser a relatar outro crime que as autoridades não tenham conhecimento; em caso de comprovação da veracidade das informações, o agente aproveitaria dos benefícios da leniência do novo crime divulgado, e teria uma redução de 1/3 na pena do crime originário.

O *site* do CADE dispõe da seguinte forma sobre o Programa de Leniência¹⁹¹:

Programa de Leniência

O Programa de Leniência foi introduzido no Brasil em 2000 e permite que um participante de cartel ou de outra prática anticoncorrencial coletiva denuncie a prática às autoridades antitruste e coopere com as investigações e receba, por isso, imunidade antitruste administrativa e criminal, ou redução das penalidades aplicáveis. A Superintendência-Geral do Cade é a autoridade competente para negociar e assinar o “Acordo de Leniência”.

Requisitos: É necessário que a empresa ou pessoa física (I) seja a primeira a se apresentar à Superintendência-Geral com respeito à infração e confesse sua participação no ilícito; (II) coopere plenamente com as investigações e a cooperação resulte na identificação dos outros membros do cartel e na obtenção de provas da conduta; e (III) cesse completamente seu envolvimento na infração. Além disso, a Superintendência-Geral não pode dispor de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo.

Benefícios: Imunidade administrativa total ou parcial a depender se a Superintendência-Geral tinha ciência da conduta anticompetitiva no momento em que a parte confessou o ilícito. Se a Superintendência-Geral não tinha ciência, a imunidade administrativa será total. Se a Superintendência-Geral já tinha conhecimento da conduta mas não dispunha de provas para assegurar a condenação, a empresa ou pessoa física receberá redução de um a dois terços da penalidade aplicável, a depender da efetividade da cooperação e da boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência. O acordo de leniência também garante imunidade criminal dos dirigentes e administradores da empresa beneficiária do acordo, desde que eles assinem o acordo e observem os requisitos listados acima.

Sistema de “Senhas” (“Marker”): O interessado pode “reservar o seu lugar na fila” na condição de que ele apresente as informações e documentos requisitados pela Superintendência-Geral em no máximo 30 dias. Para garantir a senha, o interessado deve apresentar dados, ainda que parciais, sobre “O que?”, “Quem”, “Onde” e “Quando”.

Proposta Oral: O interessado poderá apresentar proposta oral à Superintendência-Geral, que irá então elaborar termo único a ser preservado pelo interessado.

Fase de Negociação Confidencial: A fase de negociação é de 6 meses, prorrogáveis por outros 6 meses, a critério da Superintendência-Geral, caso estejam presentes circunstâncias extraordinárias. Apenas o Superintendente-Geral e seu Gabinete participam na fase de negociação. Se nenhum acordo

¹⁹¹ Disponível em: <http://www.cade.gov.br>. Acesso em: 28 fev. 2015.

for celebrado, todos os documentos referentes à negociação são devolvidos à parte.

Leniência Plus: Eventual interessado que não se qualificar para um acordo de leniência para um determinado cartel, mas fornecer informações acerca de um outro cartel sobre o qual a Superintendência-Geral não tenha conhecimento, poderá obter todos os benefícios da leniência em relação à segunda infração e redução de um terço da pena que lhe seria aplicável com relação à primeira infração, na medida de sua cooperação com as investigações.

Incremento da Persecução Criminal: Desde 2003, a persecução criminal de cartel tornou-se prioridade no Brasil e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência tem cooperado intensamente com Ministérios Públicos e Polícia Federal para garantir que dirigentes e administradores das empresas que não assinarem acordos de leniência sejam condenados por crime de cartel, com pena máxima de reclusão de cinco anos.

Sucesso do Programa: O Programa de Leniência tem sido extremamente importante para os esforços de combate a cartéis do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Alguns elementos são indicativos desse fato: aproximadamente 25 acordos de leniência foram assinados desde 2003, e outros estão sendo negociados atualmente, incluindo com membros de cartéis internacionais.

4.5.5.6.3 Outros acordos do CADE

Além dos remédios voltados para mitigar ou resolver as infrações à ordem econômica, o CADE dispõe de remédios também para mitigar os efeitos maléficos, anticoncorrenciais, advindos dos atos e contratos de concentração, a saber:

Acordos em controle de concentração

Estaria previsto no art.92 da Lei nº12.529/11, mas foi vetado. Trata-se de uma forma de acordo entre o CADE e as partes envolvidas. Os agentes econômicos assumem metas para que o ato de concentração econômico não seja maléfico ao mercado.

O CADE impõe restrições a uma das partes ou a todos os envolvidos no ato de concentração, com fundamento no art.61, §2º, que prevê a possibilidade de restrições:

Art.61. No julgamento do pedido de aprovação do ato de concentração econômica, o Tribunal poderá aprová-lo integralmente, rejeitá-lo ou aprová-lo parcialmente, caso em que determinará as restrições que deverão ser observadas como condição para a validade e eficácia do ato.

§1º O Tribunal determinará as restrições cabíveis no sentido de mitigar os eventuais efeitos nocivos do ato de concentração sobre os mercados relevantes afetados.

§2º As restrições mencionadas no §1º deste artigo incluem:

- I – a venda de ativos ou de um conjunto de ativos que constitua uma atividade empresarial;
- II – a cisão de sociedade;
- III – a alienação de controle societário;

IV – a separação contábil ou jurídica de atividades;
 V – o licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual; e
 VI – qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.
 §3º Julgado o processo no mérito, o ato não poderá ser novamente apresentado nem revisto no âmbito do Poder Executivo.

A necessidade da separação contábil e jurídica das atividades, conforme o art.61, IV, é taxativa como condição para o ACC.

No entender de Roberto Domingos Taufick¹⁹², a existência do ACC é mais do que plausível na prateleira de “remédios” a serem prescritos pelo CADE, que tem como base de sustentação os §1º e 2º do art.61 da nova lei, ainda não disciplinado pelo órgão.

Termo de compromisso de desempenho

A Resolução nº45 do CADE, de 2007, traz os termos de aprovação de um ato de concentração mediante compromisso de ajustes ao longo da operação, que ficam sujeitos à fiscalização do seu cumprimento e eventuais penalidades pelo seu descumprimento:

DO COMPROMISSO DE DESEMPENHO

Art.131 – No julgamento do Ato de Concentração, o Plenário do CADE poderá, segundo seu juízo de conveniência e oportunidade, condicionar a aprovação da operação à celebração de Termo de Compromisso de Desempenho (TCD), nos termos do art.58 da Lei nº8.884/94.

§1º O Termo de Compromisso de Desempenho (TCD) será autuado em apartado e poderá ser apensado ao Ato de Concentração.

§2º O teor do Compromisso de Desempenho (TCD) poderá ser definido pelo Plenário do CADE no momento do julgamento do Ato de Concentração ou em até 02 (duas) sessões consecutivas.

§3º O Relator poderá, caso julgue conveniente e oportuno, negociar o teor do Compromisso de Desempenho (TCD) com os interessados, bem como submeter minutas a Consulta Pública, na forma do art.31 da Lei nº9.784/99.

§4º Aprovada a versão final do Compromisso de Desempenho (TCD) pelo Plenário, será o compromissário intimado a comparecer ao CADE, perante o Presidente, para proceder a sua assinatura.

§5º O Termo de Compromisso de Desempenho (TCD) será assinado em pelo menos 02 (duas) vias, de igual teor e forma, destinando-se uma via original a cada compromissário e outra para os autos.

§6º No prazo de 05 (cinco) dias de sua celebração, o inteiro teor do Termo de Compromisso de Desempenho (TCD) será disponibilizado no sítio do CADE (www.cade.gov.br) durante o período de sua vigência.

§7º Anotar-se-á na capa do Ato de Concentração a existência do termo (TCD).

¹⁹² TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova lei antitruste brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.481.

§8º Na elaboração, negociação e celebração do Termo de Compromisso de Desempenho (TCD), o Relator poderá solicitar a assistência da Procuradoria e da CAD-CADE.

§9º Serão encaminhadas à SDE, para observância do disposto no § 2º do art.58, da Lei nº8.884/94, cópia das peças necessárias para acompanhamento do seu cumprimento, sem prejuízo das atribuições da CAD-CADE.

§10 O CADE, sempre que as circunstâncias recomendem, poderá determinar que os relatórios para acompanhamento do cumprimento do Termo de Compromisso de Desempenho (TCD) sejam elaborados por empresas de consultoria ou auditoria independentes contratadas para este fim, às expensas da interessada.

Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (APRO)

É outro remédio utilizado pelo CADE, em razão de atos de concentração sem a aprovação prévia das autoridades. Esses acordos são celebrados para preservar as condições identificadas no mercado, antes do pedido de autorização de concentração. Os arts.139 ao 141 da Resolução nº45 do CADE, de 2007, regem o acordo a ser firmado entre o CADE e as empresas interessadas:

DO ACORDO DE PRESERVAÇÃO DE REVERSIBILIDADE DA OPERAÇÃO

Art.139 – Até a decisão que conceder ou negar a Medida Cautelar poderá ser celebrado Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (APRO), que será registrado na capa dos autos.

Parágrafo único – O acordo, conforme os arts.55 e 83 da Lei nº 8.884/94 e os arts.5º e 6º da Lei n. 7.347/85, estabelecerá as medidas aptas a preservar inalteradas as condições de mercado, prevenindo alteração irreversível ou de difícil reparação, até o julgamento do mérito do Ato de Concentração, evitando o risco de tornar ineficaz o resultado final do procedimento.

Art.140 – O APRO poderá ser celebrado por iniciativa do Relator ou por requerimento das partes envolvidas no Ato de Concentração.

§1º O requerimento de celebração do APRO não gera às requerentes direito subjetivo a sua celebração, resguardando-se ao CADE o juízo sobre a conveniência e oportunidade de celebrá-lo.

§2º Nas hipóteses em que o Relator entender conveniente a celebração do APRO, serão intimadas as requerentes para apresentação de minuta, as quais serão apreciadas pelo Relator, a quem caberá a redação final.

§3º O Relator poderá encaminhar a minuta à Procuradoria do CADE, para parecer, no prazo que estipular e, posteriormente, será levada à homologação do Plenário.

§4º Caso o acordo não seja homologado, o Relator deverá submeter, na sessão seguinte, sua decisão acerca da Medida Cautelar para *referendum* do Plenário, sem prejuízo da elaboração de nova minuta.

Art.141 – Sempre que compatível com os seus termos, a decisão de concessão da Medida Cautelar ou a minuta do APRO conterá a obrigação das requerentes informarem ao Relator, em relatório pormenorizado que contemple as mudanças que:

I – já ocorreram na empresa adquirida desde a notificação do ato;

II – e as programadas a ocorrer.

Parágrafo único – O CADE, sempre que as circunstâncias recomendem, poderá determinar que os relatórios referidos no *caput* sejam elaborados por empresa de consultoria ou auditoria independentes contratadas para este fim, às expensas dos interessados.

Observa-se o caso da aquisição da Brasfrigo pela Goiás Verdes, noticiado no *site* do CADE¹⁹³, em 29/01/2015:

Cade celebra acordo de reversibilidade da aquisição da Brasfrigo pela Goiás Verde

29/01/2015

A Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade constatou que a aquisição da Brasfrigo Alimentos Ltda. pela Goiás Verde Alimentos Ltda. teria sido consumada antes da notificação e aprovação do órgão – prática conhecida como *gun jumping*. Desse modo, foi assinado com as empresas um Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação – APRO, homologado na sessão de julgamento desta quinta-feira (29/01). A aquisição da Brasfrigo pela Goiás Verde foi realizada em outubro de 2012. Após tomar conhecimento da operação por intermédio de notícias veiculadas na imprensa, a Superintendência-Geral abriu **Procedimento Administrativo para Apuração de Ato de Concentração** (Apac 08700.007161/2013-71) e constatou, em novembro passado, que essa aquisição deveria ter sido submetida ao órgão antitruste antes de ser consumada. Ao determinar a notificação do ato de concentração ao Cade, a Superintendência solicitou às empresas a apresentação de documentos e de informações sobre a atual situação dos ativos transferidos na operação. Também foi estabelecido que a Goiás Verde e a Brasfrigo propusessem medidas acautelatórias de forma a assegurar a reversibilidade do ato, caso o Cade, depois de analisar a aquisição, entenda ser necessário adotar essa medida.

Após negociar e assinar a proposta de APRO oferecida pelas empresas, a Superintendência-Geral a encaminhou ao Tribunal do Cade, que referendou o acordo. O APRO estabelece condições que garantem a reversibilidade da operação e mitigam, em parte, os impactos decorrentes de sua consumação antecipada até a decisão final do órgão antitruste. O ato de concentração segue em análise na Superintendência-Geral, que emitirá parecer sobre os impactos concorrenciais da aquisição e encaminhará o caso ao Tribunal para julgamento. Caberá ao Conselho decidir sobre a aprovação da operação e a efetiva ocorrência de *gun jumping*, podendo aplicar sanções se a infração for confirmada.¹⁹⁴

4.5.5.7 Celeridade e desburocratização do CADE

Por fim, e não por menor importância, abordemos a celeridade e a desburocratização objetivadas pelo CADE, dispostas em diversos artigos, em especial do art.51 ao 60.

Seguindo esse objetivo e a melhor organização nos procedimentos internos do CADE, o art.51,I, da nova lei, prioriza o julgamento dos atos de concentração sobre as demais matérias:

¹⁹³ Disponível em: www.cade.gov.br. Acesso em: 04 fev. 2015.

¹⁹⁴ Disponível em: <http://www.cade.gov.br/>. Acesso em: 29 jan.2015.

Art.51. Na tramitação dos processos no Cade, serão observadas as seguintes disposições, além daquelas previstas no regimento interno: I – os atos de concentração terão prioridade sobre o julgamento de outras matérias; [...]

4.6 Acordos Internacionais – CADE

A lei antitruste brasileira prevê expressamente a possibilidade de aplicação extraterritorial dos seus dispositivos para alcançar práticas anticompetitivas, utilizando-se da doutrina dos efeitos sobre o território nacional:

Lei nº12.529/11

Art.2º Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.

Entretanto, como já observado no item 3.13 deste trabalho, o fato de algum país ter a possibilidade de adotar a extraterritorialidade não significa que o fará ou que conseguirá adotá-la. Envolve uma decisão de risco, de cunho político-jurídico, em relação ao sucesso ou efetividade da sanção que alcance o estrangeiro.

Nesse sentido, Ivo Waisberg¹⁹⁵ traz um exemplo esclarecedor de como seria arriscado ao Brasil assumir a regra da extraterritorialidade sem correr o risco de descrédito ou de gerar conflitos políticos-jurídicos:

[...] na maioria dos casos reais de fusão de grandes corporações internacionais ou cartéis, a aplicação extraterritorial brasileira tenderia a ser inócua. Imagine-se o Cade bloqueando a intentada fusão Boeing, se fossem constatados efeitos no Brasil. Qual a possibilidade de as empresas atenderem uma exigência brasileira se o ato fosse aprovado nos EUA e na Europa?

Para Waisberg¹⁹⁶, não se contesta a possibilidade da aplicação extraterritorial pelo Brasil em razão da soberania, mas em razão dos seus resultados concretos, o que deixaria o país refém de uma análise casuística de cada caso. Sob essa constatação, o uso dos acordos internacionais seriam mais interessantes a aplicação da extraterritorialidade unilateral.

Esse raciocínio parece ser o adotado pelas autoridades brasileiras, que desde 1999 têm iniciado e firmado acordos e entendimentos com diversas autoridades

¹⁹⁵ WAISBERG, Ivo. **Direito e política da concorrência para os países em desenvolvimento**. São Paulo: Lex, 2006, p.97.

¹⁹⁶ WAISBERG, Ivo. **Direito e política da concorrência para os países em desenvolvimento**. São Paulo: Lex, 2006, p.98.

antitruste do mundo, entre as quais, as mais avançadas dos Estados Unidos e a Comissão Europeia.

Além desses acordos formais e da participação em painéis temáticos internacionais sobre o antitruste, o CADE também tem trocado informações com outras nacionalidades antitruste na análise de operações de concentração e condutas anticompetitivas globais (caso metrô São Paulo – empresa alemã Siemens AG).

Como exemplo de inserção do CADE nas discussões internacionais das questões antitruste, o jornal Valor Econômico¹⁹⁷ noticiou o envolvimento do CADE na análise de concentração global das empresas multinacionais Holcim (Suíça) e Lafarge (França), envolvendo os órgãos antitruste do Canadá e Europa; cada um com seu enfoque nacional de defesa da concorrência no mercado relevante, doméstico de cimento.

A respeito desse prisma internacional do CADE¹⁹⁸, cabe elencar os acordos com seus pares internacionais atualmente em vigor:

2015

– Memorando de Entendimento entre o CADE e o Grupo Banco Mundial.

2014

– Termo aditivo do acordo de Cooperação Técnica entre o CADE e a Autorité de la Concurrence da França;

– Convênio de cooperação entre a Fair Trade Commission da República da Coreia e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE;

– Convênio de cooperação entre a Superintendencia de Industria Y Comercio; – SIC (Colômbia) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE;

– Convênio de cooperação entre a Fair Trade Commission do Japão e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE;

¹⁹⁷ VALOR ECONÔMICO. Jornal eletrônico para assinantes. Texto publicado pelos jornalistas Juliano Basile, Lucas Marchesini, Thiago Resende e Ivo Ribeiro. set.- nov., 2014. Disponível em: www.valor.com.br. Acesso em: 26 fev. 2014, p.B-5.

¹⁹⁸ Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Consultas de acordos Internacionais. Disponível em: www.cade.gov.br/. Acesso em: 04 de mar. 2015.

– Convênio de cooperação entre o Federal Antimonopoly Service of the Russian Federation e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

2013

– Convênio de cooperação entre a Superintendência de Control del Poder de Mercado (Equador) – SCPM e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

2012

– Acordo de Cooperação Técnica entre o CADE e o INDECOPI do Peru;
– Memorando de Entendimento entre o CADE e a SAIC da República Popular da China.

2011

– Acordo de Cooperação Técnica entre o CADE e a Autorité de la Concurrence da França;
– Programa de Cooperação entre o Cade/SDE/SEAE e o Serviço Federal Antimonopólio da Federação da Rússia (Programme on Cooperation between the CADE/SDE/SEAE and the Federal Antimonopoly Service of the Russian Federation, 2012-2013);
– Entendimento de Pequim sobre a 2ª Conferência Internacional sobre Concorrência dos BRICS (Beijing Consensus of the 2nd BRICS International Competition Conference).

2010

– Entendimento de Cooperação Técnica entre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e a Autoridade da Concorrência de Portugal.

2009

– Programa de Cooperação entre o CADE/SDE/SEAE e o Serviço Federal Antimonopólio da Federação da Rússia (Programme on Cooperation between the CADE/SDE/SEAE and the Federal Antimonopoly Service of the Russian Federation);

- Entendimento sobre Cooperação entre as Autoridades de Defesa da Concorrência dos Estados Partes do MERCOSUL para a Aplicação de suas Leis Nacionais de Concorrência;
- Entendimento sobre Cooperação entre as Autoridades de Defesa de Concorrência dos Estados Partes do MERCOSUL para o Controle de Concentrações Econômicas de Âmbito Regional;
- Entendimento de Cooperação entre o DG Competition (Comissão Europeia) e o CADE, SDE e SEAE;

2008

- Entendimento de Cooperação entre o governo do Canadá e a República Federativa do Brasil:
- Entendimento de Cooperação entre a Fiscalía Nacional Económica do Chile e o CADE, SDE e SEAE.

2005

- Protocolo de Cooperação Técnica entre CADE, SDE, SEAE e a Autoridade da Concorrência de Portugal.

2003

- Decreto nº4.702, de 21 de maio de 2003 – Acordo de Cooperação entre o Governo da República Federativa do Brasil e o governo dos Estados Unidos da América;
- Acordo de Cooperação entre a República Federativa do Brasil e a República da Argentina.

2001

- Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da Federação da Rússia sobre Cooperação na Área da Política de Concorrência.

5 REALIDADE ANTITRUSTE NO BRASIL

Os efeitos da Lei nº12.529/11 sobre os administrados só foram sentidos a partir de 29 de maio de 2012, ou seja, uma vigência de aproximadamente três anos contados até 28 de maio de 2015.

Entretanto, esse pouco tempo de vigência da lei não retira o brilho de verificação da correta adequação e atualidade do Instituto Concorrencial no Brasil, uma vez que a lei antiga (Lei nº8.884/94) já contemplava boa parte da base legal antitruste brasileira, motivo inclusive de ter sido aproveitada quase integralmente pela nova lei.

Feitas essas observações em razão da jurisprudência integrar em sua maioria a vigência da lei antiga (Lei nº8.884/94), passemos a analisar o conteúdo de algumas ementas para atestar o quão adequado e atualizado está o antitruste brasileiro, em matéria dos seus dispositivos, complementados por outros avanços trazidos pela lei nova (Lei nº12.529/11) no tocante à análise preventiva dos atos e contratos de concentração, celeridade, punibilidade e consolidação institucional do Tribunal (CADE) dentro de uma nova estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência aos moldes das melhores experiências antitruste norte-americana e europeia.

5.1 Jurisprudências brasileiras – conteúdo de algumas ementas

Conforme as partes teóricas apresentada na parte 2 e 3 desta dissertação, passemos agora a verificar e identificar as figuras da doutrina jurídica antitruste no conteúdo das ementas e análises realizadas pelas autoridades brasileiras.

Assim, em pesquisa junto ao *site* do CADE¹⁹⁹, de julgados atualizados até o ano 2010, encontram-se diversas decisões de processos administrativos e de averiguações preliminares, contemplando explicitamente todas as figuras analíticas clássicas do antitruste que são focos de interesse das melhores jurisdições antitruste do mundo.

Importante ressaltar que estas decisões ainda foram feitas sob os efeitos dos dispositivos da lei antiga (Lei nº8.884/94) que a nova lei (Lei nº12.529/11) fez por bem em aproveitá-los, modernizá-los e completá-los.

¹⁹⁹ Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE). Consulta a Jurisprudência. Disponível em: www.cade.gov.br/. Acesso em: 28 fev. 2015.

Seguem as figuras jurídicas antitruste colhidas no conteúdo das ementas e votos do CADE, e que demonstram que a base analítica brasileira está compatível com a base de análise antitruste praticada nos grandes centros:

Essential facilities e mercado relevante

08012.001233/1998-71 – Averiguação preliminar

Averiguação Preliminar instaurada pela Secretaria Direito Econômico em fevereiro de 1999 para apurar possível conduta infracional à livre concorrência por parte das Representadas, relacionada com a possível imposição de restrições de acesso aos serviços da cadeia de transporte sobre as pequenas empresas processadoras de suco. A presente Averiguação Preliminar se originou por denúncia dos presidentes da Associação dos Citricultores do Estado de São Paulo (AcieSP) e da Associação Brasileira da Citricultura (Associtrus), de que as empresas Cutrale, Citrosuco, Cargill, Citrovita e Frigorífico Avante, valeram-se dos termos do Compromisso de Cessão celebrado no Processo Administrativo nº 08000.012720/94-74 para negar às pequenas empresas processadoras de suco de laranja a prestação de serviços de transporte, acondicionamento, armazenamento e embarque de suco nos terminais de embarque do Porto de Santos. A denúncia da Associtrus e AcieSP abrangia dois diferentes temas: (I) o exercício de poder de mercado das representadas nas negociações de preços de aquisição de laranjas junto aos produtores; (II) restrições de acesso à logística de transporte do suco de laranja e cítricos, impostas pelas representadas às pequenas empresas processadoras de suco. A segunda acusação originou a presente averiguação preliminar e também a Averiguação Preliminar n.º 08000.005438/97-29 em que é representada a empresa Cemibra, acusada de restringir a oferta de tambores usados para a acomodação e transporte de suco de laranja pelas pequenas empresas processadoras.

[...]

Quanto aos mercados relevantes geográficos, foi considerada ser a área do Estado de São Paulo para os mercados relevantes de transporte rodoviário, a área do Porto de Santos para os mercados relevantes de armazenagem e embarque e o mercado mundial para o mercado de transporte marítimo, por serem estas aproximações razoáveis das áreas onde se localizam os fornecedores dos respectivos produtos relevantes, concorrentes das empresas representadas. O mercado de transporte marítimo é internacional. Ausência de poder de mercado das Representadas nos mercados relevantes de serviços voltados para o manuseio de suco de laranja embalado em tambores.

[...]

Os dados dos autos permitiram inferir que nem as empresas que operavam com suco de laranja a granel nem aquelas que utilizavam somente a embalagem em barris reconheceram as condutas alegadas por esta averiguação preliminar. Não havia motivos nem condições para o exercício de poder de mercado pela Cemibra contra as produtoras de suco envasado em barris, de modo que não há sustentação pelo art.20 da Lei 8.884/94 para a alegação da conduta imputada à Cemibra. Não havendo conjunto probatório suficiente para a caracterização da conduta como indício de infração segundo o art.21 da Lei nº8.884/94, o Plenário determinou o arquivamento da presente Averiguação Preliminar assim como pela extinção da AP nº08000.005438/97-29, apensada por conexão à presente. (grifos nossos)

08012.002692/2002-73 – Processo administrativo (Lei nº8.884/94)

Processo Administrativo. Gasoduto Bolívia-Brasil (GASBOL). Suposta recusa ou limitação de acesso à rede de transporte de gás natural, em detrimento de carregadoras concorrentes. Preliminares de incompetência,

coisa julgada administrativa, cerceamento de defesa, inépcia e prescrição indeferidas. Indústria do gás natural. Regulação. Essential facilities. Recuperação de investimentos e amortização. Exclusividade. Contratos firme ou não-firme e de longo ou curto prazo. Resolução nº27/2005 da ANP. Pareceres da SDE, ProCADE e MPF pelo arquivamento. Arquivamento. (grifos nossos)

Abuso de posição dominante (duplo monopólio)

08012.008024/1998-49 – Processo administrativo (Lei nº8.884/94)
 Processo administrativo. Representante: SDE "ex officio". Representadas: TBA Informática e Microsoft Informática Ltda. Infrações de caráter continuado. Ausência de prescrição. Mercado relevante de produto: venda e licenciamento de softwares e prestação de serviços de informática à administração pública federal. Mercado relevante geográfico: nacional. Análise estrutural do mercado: alta concentração e elevadas barreiras à entrada. Existência de restrição territorial que levou à concessão de exclusividade para o atendimento da Administração Pública Federal. Critérios estabelecidos ex post e observados de modo discriminatório e estendidos a todo o território nacional. Ocorrência de duplo monopólio. Inexistência das eficiências alegadas. Abuso de posição dominante e restrição vertical de caráter anticoncorrencial. Obtenção de vantagem em concorrência pública: inexigibilidade de licitação. Limitação ao acesso de empresas ao mercado. Configurada infração contra a ordem econômica. Condenação das representadas como incursas nos incisos I e IV do art.20 c/c incisos IV e VIII do art.21 da Lei 8.884/94. Imposição de multa nos termos do art.23 da Lei 8.884/94. Imposição de penas previstas no art.24 da citada lei. (grifos nossos)

Abuso de posição dominante (jurisprudência mundial)

08000.012252/1994-38 – Processo administrativo (Lei nº8.884/94)
 Processo Administrativo. Prática restritiva à concorrência e abuso de posição dominante. Adoção de tabela da AMB. Submissão ao art.15 da Lei 8.884/94. Dano à concorrência. Elaboração de tabelas equivale a fixação coordenada de preços. Jurisprudência internacional Pela aplicação de multa por entender presente a infração à Lei 8.884/94. (grifos nossos)

Abuso de posição dominante

08012.006248/1998-25 – Processo administrativo (Lei nº8884/94)
 Processo administrativo. Prática Restritiva à livre concorrência e abuso de posição dominante. Proibição aos médicos cooperados de prestarem assistência médica a outras empresas concorrentes. Infração configurada. Pela aplicação da multa do art.23, inciso III, da Lei 8.884/94. (grifos nossos)

Discriminação de preços

53500.022755/2005 – Averiguação preliminar
 Recurso de Ofício. Representação com pedido de medida preventiva. Suposta conduta de discriminação de preço de utilização de rede de telecomunicações em acordos de roaming GPRS. Averiguação Preliminar promovida pela ANATEL. Sugestão de arquivamento, por não observar infração à ordem econômica. Recurso conhecido e não provido. Manutenção do arquivamento. (grifos nossos)

Venda casada

08012.005135/1998-01 – Atos e contratos do artigo 54.

Ato de concentração. Aquisição da Cargill Incorporated pela Monsanto Company. Apresentação tempestiva. Processo Redistribuído. Mercado relevante definido como o de sementes híbridas. Mercado relacionado ao mercado de defensivos agrícolas. Operação aprovada sem restrições. Na eventualidade de vir a ser liberada a comercialização de sementes geneticamente modificadas há a possibilidade da prática de venda casada por parte da Monsanto, haja vista a vinculação da garantia concedida às sementes geneticamente modificadas à utilização do herbicida produzido pela empresa. Recomendação de mudança na política de garantias utilizada pela Monsanto no mercado de sementes geneticamente modificadas. Determinação a SDE que proceda a instauração de averiguações preliminares, caso estas ainda não tenham sido instauradas. (grifos nossos)

Regra da razão

08012.002315/1999-50 – Atos e contratos do artigo 54

Ato de Concentração. Objeto social da Brasil Álcool é a comercialização, no mercado nacional e internacional, de álcool carburante anidro e hidratado e de açúcar, pelo período de três anos, prorrogáveis por tempo indeterminado. Composição do capital social da empresa foi utilizado o valor de R\$ 606.080,00, 15% da produção da safra 1998/99 das 84 empresas e mais 100/0 da produção das destilarias autônomas, referente a essa mesma safra de cana-de-açúcar Quanto ao Produto é o de produção de álcool combustível para automóveis (anidro e hidratado). Quanto á Dimensão Geográfica, define-se o mercado geográfico relevante como o nacional A operação enquadra-se no §3º, do art.54, da Lei 8.884/94. A operação foi apresentada tempestivamente. Ato configurado como cartel. Invocação da regra da razão na avaliação e interpretação do ato. O ato deve ser considerado levando-se em conta o contexto econômico, social e jurídico da economia brasileira. A apreciação de um ato de Concentração deve fazer-se de forma centrada na ordem jurídico-econômica traçada pela Constituição Federal. A jurisprudência norte-americana e européia podem e devem ser invocadas relativamente aos princípios informadores da aplicação do Direito da Concorrência. Não aprovação do ato de Concentração. (grifos nossos)

08012.009922/2006-59 – Processo administrativo (Lei nº8.884/94)

Processo Administrativo. Tabela por sindicato. Fixação de preço mínimo. Regra da razão. Ponto focal. Condenação. (grifos nossos)

Price squeeze

08012.008088/2003-31– Processo administrativo (Lei nº8.884/94)

Processo administrativo. Mercado upstream de metacrilato de metila – MMA em âmbito nacional. Mercado downstream de chapas acrílicas em âmbito nacional. Prática de inviabilização de concorrência por meio de aumento do preço de insumo acompanhada de redução de preços do produto final – price squeeze. Preliminar de nulidade do despacho de instauração por inexistência de indícios rejeitada. Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada. Preliminar de inversão de fases processuais e ausência de saneamento rejeitada. Alegação de enganiosidade de informações prestadas considerada insuficiente para abertura de procedimento punitivo. Ato de apresentação não submetido ao sistema de defesa da concorrência. Obrigatoriedade de apresentação do ato a ser averiguada em procedimento de apuração de ato de concentração. Aplicação

do teste Alcoa. Insubsistência da perspectiva de inviabilização da concorrência. Manutenção do arquivamento. (grifos nossos)

Sham litigation

08012.005727/2006-50 – Averiguação preliminar

Recurso de ofício em Averiguação Preliminar. Suposta prática de: I) sham litigation, por meio de depósitos de registro de desenho industrial (DI) junto ao INPI, sem requisito de novidade, no segmento de perfis de alumínio destinados a portas e janelas; II) enganosidade na distribuição de comunicados ao mercado, em que a representada estaria acusando as concorrentes de prática de pirataria em face de perfis dos quais sequer detinha direito patentário; e recusa de venda, tudo nos termos do art.2º, II, c/c art.21, IV e XIII, da Lei 8.884/94. Infrações não configuradas. Exames de mérito dos registros de DI realizados pelo INPI. Comunicado defende direito de linhas de perfis de marcas pertencentes à própria representada. Acusação de recusa de venda insubsistente. Voto pelo arquivamento. (grifos nossos)

Preços predatórios

08000.004490/1997-11 – Processo administrativo (Lei nº8.884/94)

Processo Administrativo. Denúncia de preços predatórios, abaixo do custo variável médio, contra a Companhia União de Refinadores de Açúcar e Café. Ausência de provas. Barreiras à entrada baixa. Não configuração per se de prática infrativa à ordem econômica. Diversificação de produtos no mercado. Pelo arquivamento. (grifos nossos)

Recusa de contratar

08012.006899/2003-06 – Averiguação preliminar

Averiguação Preliminar. Denúncia de abuso de poder econômico. Mercado de Plano de Saúde e Serviços de Radiografia e Ecografia no município de Bento Gonçalves – RS. Recusa de contratar. Análise das justificativas. Agente com poder de mercado. Alta contestabilidade. Análise de eficiências em integração vertical hospital – plano de saúde. Não verificação de indícios de infração à ordem econômica. Arquivamento. (grifos nossos)

Ato de concentração (mesmo grupo econômico)

08012.000360/2002-54 – atos e contratos do artigo 54

Ato de Concentração. Operação decorrente da incorporação da subsidiária brasileira, Nalco/Exxon Energy Chemicals Brasil Ltda., pela Nalco Brasil, por meio da transferência das quotas da Nacol Worldwide Holdings B.V. e Nalco Global Holdings B.V. Reorganização societária dentro de empresas controladas pelo mesmo grupo. Operação não cria e nem reforça poder de mercado. Apresentação tempestiva. Aprovação sem restrições. (grifos nossos)

Ato de concentração (aprovação e aprovação com restrição)

08012.005116/2000-16 – atos e contratos do artigo 54

Atos de Concentração. Composição, pela Brasil Mídia Exterior de grupo societário no segmento de mídia externa, pela aquisição dos grupos Pintex, Publix e Local. Conexão por mesmo objeto e causa de pedir. Apresentação tempestiva. Mercado relevante: mídia exterior. Mercado geográfico

municipal, no âmbito das cidades onde ocorreu a concentração. Presença de Concentração Horizontal. Ausência de integração vertical significativa. Operação subsumida em decorrência da participação no mercado ser superior a 20%. Aprovação da operação nas cidades de São Paulo, São Caetano do Sul, São José dos Campos e Caraguatatuba, Praia Grande, Santo André e São Bernardo do Campo. Aprovação mediante restrições nas cidades de Santos e São Vicente. Restrição à cláusula de não-concorrência ao liame municipal das operações. (grifos nossos)

Barreiras à entrada

08000.019708/1996-99 – Processo administrativo (Lei nº8.884/94)
 Processo Administrativo. Representação da Secretaria de Direito Econômico – SDE/MJ, em desfavor do Sindetur-SP, pela criação de Tabela de Orientação de Preços do Sindicato das Empresas de Turismo no Estado de São Paulo, contendo sugestão de preços por serviços especializados, não comissionados, prestados por agências de turismo no Estado de São Paulo. Existência de tabela de preço não constitui ilícito per se, por não acarretar, obrigatoriamente, uniformização de condutas. Tabela não revestida de caráter mandatório, já que inexistente obrigatoriedade de seu uso pelos associados. Não existem condições estruturais para que a Representada exerça domínio de mercado ou obrigue suas associadas a seguir sua política de preços. Sindicato não é um agente com poderes suficientes para influenciar e induzir a adoção de conduta uniforme entre concorrentes, em detrimento do livre mercado e dos consumidores. Mercado altamente pulverizado e competitivo. Fracas barreiras à entrada de novos competidores. Ausentes os pressupostos dos incisos do art.20 da Lei nº8.884/94, não há que se falar em tipificação das condutas do art.21. Arquivamento do processo administrativo. (grifos nossos)

Mercados contestáveis

08012.005961/2001-72 – atos e contratos do artigo 54
 Ato de Concentração. Aquisição da Compaq pela HP. Mercados de (I) Computadores Pessoais (PC); (II) Handhelds; (III) Servidores; (IV) Serviços de Tecnologia da Informação e; (V) Sistema de Armazenagem de dados. Mercados contestáveis. Presença de Fortes concorrentes. Subsunção da operação às hipóteses do art.54 da Lei nº8.884. Apresentação tempestiva. Aprovação sem restrições. (grifos nossos)

Restrições verticais, horizontais ou conglomerados

08012.004183/1999-91 – atos e contratos do artigo 54
 Ato de Concentração que trata de constituição de Joint venture ("Joint Venture Agreement") entre a Solutia Inc. e a FMC Corporation. O principal reflexo do negócio jurídico no Brasil será a transferência de uma unidade fabril que atua na produção de fosfatos, localizada em São José dos Campos. Mercados relevantes nacionais de ácido fosfórico, sais de fosfato fertilizante, sais de fosfato ração animal, sais de fosfato técnico, sais de fosfato alimentício e sais de fosfato farmacêutico. A FMC não atuava dentro do mercado relevante no país, não se verificando qualquer tipo de Concentração horizontal, conglomeração ou Concentração vertical, resultante da operação. A operação não gera efeitos anticoncorrenciais, nem pode levar à dominação de mercados relevantes, nos termos do art.54 da lei nº8.884/94. Aprovação do Ato de Concentração sem restrições. (grifos nossos)

Concorrência desleal (para dominar mercado)

08000.000128/1995-98 – Processo administrativo (Lei nº8.884/94)

Processo Administrativo. Denúncia de concorrência desleal. Exigência de exclusividade para veiculação de propaganda publicitária em troca de preço (bonificação), usando de meios fraudulentos para desviar clientela de outrem em proveito próprio. Concorrência desleal desenvolvida através de criação de dificuldades ao funcionamento e desenvolvimento de empresa. Mercado de publicidade em jornais. Presentes os pressupostos definitórios do domínio de mercado relevante de serviços de publicidade, com a conseqüência objetiva e inarredável do aumento arbitrário de lucros. Negado provimento ao recurso. Comprovadas as infrações, aplica-se a multa prevista na lei do tempo da infração. Conexos os processos, idênticas as matérias neles discutidas e as partes envolvidas, embora em pólos opostos, a decisão abrange a ambos. (grifos nossos)

08000.013472/1995-51 – Averiguação Preliminar

Averiguação Preliminar. Acusação de prática de preços predatórios. Ausência de Posição dominante. Ausência de comprovação de prática de preço abaixo do custo variável médio. Conduta não caracterizada. Arquivamento. VOTO Trata-se de Averiguação Preliminar iniciada em virtude de representação, em desfavor do SENAC – Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial, apresentada pelo Sr. Milton João Tomazini, proprietário da Organização Hoteleira Fonte Colina Verde Ltda., a partir de denúncia realizada junto ao Ministério Público de São Paulo, em 09 de agosto de 1993. A referida representação refere-se a supostas práticas de preços predatórios e desvio de finalidade educacional por parte do SENAC, na condição de proprietário do Grande Hotel-Escola águas de São Pedro, localizado em São Pedro-SP. As condutas enunciadas estariam relacionadas com o mercado de serviços de hospedagem para a realização de eventos. Segundo o representante, haveria concorrência desleal devido à imunidade. (grifos nossos)

Cartel (hard-core) – 1ª busca e apreensão de documentos

08012.002127/2002-14 – Processo administrativo (Lei nº8.884/94)

Processo Administrativo. Formação de Cartel. Conduta anticoncorrencial caracterizada. Mercado relevante de pedra britada na Região Metropolitana da São Paulo/SP. Pareceres da SDE, ProCADE e Ministério Público Federal pela condenação das Representadas. Exclusão do pólo passivo da Constran, com a inclusão desta na Averiguação Preliminar nº0812.005370/2003-67. Condenação das empresas Basalto, Embu, Geocal, Holcim (Cantareira e Holcim), Itapiserra, Iudice, Lafarge (Brita Brás), Khouri, Pedrix, Panorama, Cachoeira, Dutra, Mariutti, Santa Isabel, São Matheus/Lageado, Sargon, Reago e Sarpav, como incursas nos arts.20, incisos I, II, III e IV e 21, incisos, I, III, VIII, X, XI, XII, XIII e XIV da Lei nº8.884/94, e do SINDIPEDRAS nos art.20, incisos I, II, III e IV e 21, incisos II, da Lei nº8.884/94. Arquivamento do processo em relação a Mendes Júnior e Paupedra. Multa de 20% do faturamento das empresas Representadas Embu, Holcim, Lafarge, Cachoeira, Sargon, Sarpav. [...] (grifos nossos)

Condutas concertadas (verticais)

08012.000487/2000-40 – Averiguação preliminar

AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR REPRESENTAÇÃO. INSTAURAÇÃO À LUZ DO ART.30 DA LEI Nº8.884/94. ABUSO DE PODER ECONÔMICO. PREÇOS ABUSIVOS DE VEÍCULOS, DE PEÇAS, DE PEÇAS DE REPOSIÇÃO, DE MÃO-DE-OBRA EM GARANTIA

OBRIGATORIEDADE DE AQUISIÇÃO. RECUSA DE CONTRATAR VENDA CASADA DISCRIMINAÇÃO ENTRE CONCORRENTES. CONDUTA CONCERTADA NOS PREÇOS. INDÍCIOS. INDÍCIOS DE PRÁTICAS INFRATIVAS, EM PARTE, NÃO CONFIGURADOS NA FORMA DA LEI Nº 8.884/94 ARQUIVAMENTO DA REPRESENTAÇÃO QUANTO AOS INDÍCIOS NÃO CONFIGURADOS. RECURSO DE OFÍCIO CONHECIDO E IMPROVIDO, EM PARTE. INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA APURAÇÃO DE INDÍCIOS IDENTIFICADOS SUFICIENTES. ABERTURA DE AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR PARA APURAR OUTRAS PRÁTICAS. GRUPO DE TRABALHO, CONSTITUIÇÃO PARA ESTUDAR MEDIDAS DE DESREGULAÇÃO. RETORNO DOS AUTOS À SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR Nº08012.000487/00-40 Rpte: FEDERAÇÃO NACIONAL DA DISTRIBUIÇÃO DE VEÍCULOS AUTOMOTORES-FENABRAVE Rpdas: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE FABRICANTES DE VEÍCULOS – ANFAVEA, FIAT AUTOMÓVEIS S/A, VOLKSWAGEN DO BRASIL LTDA., GENERAL MOTORS DO BRASIL LTDA., FORD MOTOR COMPANY BRASIL LTDA. Advogados: Drs. Felipe Daudt de Oliveira, Bento Cândido de Andrade Filho, Oscar Sant Anna de Freitas e Castro, Alberto Daudt de Oliveira, Marcos Pedreira Pinheiro de Lemos, Leonardo Gallotti Olinto, Alessandra Krawczuk Craveiro, Alessandra Galvão Carneiro da Cunha ("FORO"); – José Inácio Gonzaga Franceschini, Gianni Nunes de Araújo, Aurélio Marchini Santos, Karina Kazue Perossi, Gerardo Figueiredo Júnior, José Alberto da Motta ("FIAT"); – Flávio Lemos Belliboni, Fernando de Oliveira Marques, Leonardo Peres da Rocha e Silva, Vicente Bagnoli ("GM"); – José Dei Chiaro Ferreira da Rosa, Luis Fernando Schuartz, Maria Augusta Fidalgo ("VOLKSWAGEN"); Neide Terezinha Malard ("ANFAVEA") e Outros. CONSELHEIRO-RELATOR: THOMPSON ALMEIDA ANDRADE

EMENTA II. Representação arquivada quanto a alguns dispositivos apontados e determinadas providências à luz da Lei nº8.884/94, quanto a outros identificado como subsistentes, inclusive com a criação de Grupo de Trabalho para estudar a desregulação do Setor. I. Representação protocolizada em 18 de janeiro de 2000, pela FEDERAÇÃO NACIONAL DE DISTRIBUIDORES – VEÍCULOS AUTOMOTORES – FENABRAVE em desfavor de ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE FRABRICANTES DE VEÍCULOS – ANFAVEA, FIAT AUTOMÓVEIS S/A, VOLKSWAGEN DO BRASIL LTDA, GENERAL MOTORS DO BRASIL LTDA, e FORD MOTOR COMPANY BRASIL LTDA, sitas, respectivamente, à Avenida Indianópolis, 496, Bairro Moema, São Paulo/SP, à Rodovia Fernão Dias, KM 429, Betim/MG, à Rodovia Anchieta, KM 23,5, São Bernardo do Campo/SP, à Avenida Goiás, 1805, São Caetano do Sul/SP, e à Avenida do Taboão, São Bernardo/SP, porquanto teriam as montadoras praticado, em detrimento das concessionárias de veículos, os seguintes atos infrativos: I) preços abusivos de veículos; II) preços abusivos de peças de reposição; III) preços abusivos de peças e mão-de-obra em garantia; IV) obrigatoriedade de aquisição; V) recusa de contratar; VI) venda casada (subordinação), e VII) discriminação entre concorrentes. A FENABRAVE acrescentou, ainda, que "a prática concertada de preços não é o objeto da presente Representação, porém existem claros indícios de que os preços das montadoras guardam forte paralelismo: O mercado é o nacional de fabricação e comercialização de veículos automotores. Representação admitida à luz do disposto no art.30 da Lei nº8.884/94, contra as Representadas, incluindo ainda a ANFAVEA como assistente das Representadas. A Averiguação Preliminar foi arquivada no âmbito da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, sob o fundamento de indícios insubsistentes. Recorrida de ofício, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica conheceu do Recurso e decidiu na forma do extrato deste Acórdão. II. Representação arquivada quanto a alguns dispositivos apontados e determinadas

providências à luz da Lei nº8.884/94, quanto a outros identificado como subsistentes, inclusive com a criação de Grupo de Trabalho para estudar a desregulação do Setor. (grifos nossos)

Agência reguladora

08012.006207/1998-48 – Processo administrativo (Lei 8884/94)

Processo administrativo instaurado para apurar uma suposta prática anticoncorrencial de fixação de preços abusivos pelas representadas, cuja previsão como infração está descrita no art.21, inciso XXIV, da Lei nº8.884/94. Competência do regime regulatório. Condições para atuação do CADE em mercado objetos de regulação econômica. Atuação do CADE em relação a atos de agências reguladoras. Preliminar de mérito, com relação à inclusão da ASEP-RJ (Agência Reguladora de Serviços Público do Estado do Rio de Janeiro) no pólo passivo. pela imputação a esta de possíveis práticas anticoncorrenciais apontadas por SEAE e SDE. A ASEP-RJ por não desempenhar atividade econômica direta, dá a compreensão de que só poderia figurar no pólo passivo do processo administrativo pela sua atuação como agente fiscalizador e regulamentador dos serviços de fornecimento de gás natural dentro do Estado do Rio de Janeiro. Adequação da state action DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO trine pelo direito brasileiro. O CADE pode agir em lugar da política regulatória quando está não for especificamente delineada na legislação, ou quando o órgão regulador age positiva ou negativamente de modo a inutilizar ou ultrapassar sua política regulatória, abrindo margem ao mercado pala condutas infrativas da ordem econômica. O CADE pode atuar em mercado regulados cuja estipulação reguladora de seu órgão responsável permita a atividade livre no mercado. Detectado que os atos da agência reguladora estão razoavelmente dentro de suas perspectivas regulatórias. O sistema de tarifas máximas diferenciadas por blocos de consumo aplicado pelas concessionárias, na sua concepção e na metodologia usada para seu emprego e administração, atende os requisitos de um sistema regulatório eficiente e promotor do bem-estar social. O sistema de by-pass comercial está adequado, mas foi verificada a necessidade de estado preventivo de seu funcionamento pela agência reguladora. As práticas das empresas concessionárias de fornecimento de gás natural que, alegaram as representantes, seriam anticoncorrenciais, foram realizadas na obediência estrita da regulamentação sobre o assunto, emanada, como visto, de órgãos competentes e decisões políticas legítimas. Não podendo as empresas agirem de outra forma, não se pode acusá-las de infração à ordem econômica por meio da dominação de mercado ou aumento abusivo de lucro. No tocante às alegações referentes às possíveis restrições nos termos contratuais de concessão ao desenvolvimento do mercado de comercialização de gás natural, entendo que cabe ao Poder Concedente estar atento às possíveis medidas a serem tomadas para sua adequação. Ao CADE cumpre alertar para a necessidade de instauração das condições propicias para o desenvolvimento pleno e livre desse mercado, em benefício do interesse público. Conhecido o recurso de officio, Sendo, porem, improvido no mérito, determinando-se O arquivamento do processo e a extinção da medida preventiva aplicada ao caso. (grifos nossos)

Gun jumping

08700.008289/2013-52 – Termo de Compromisso de Cessação (Lei nº12.529/11)

Relatório Final da Conselheira Ana Frazão, página 1 e 2

[...]

II. Operação

3. A operação consiste na aquisição, por parte da UTC, de participação de 37% detida pela Aurizônia em contrato de concessão celebrado com a Agência Nacional de Petróleo para exploração de hidrocarbonetos, no qual, o o Grupo UTC já detinha participação de 38% e já atuava na condição de operador.

[...]

7. A Superintendência-Geral, ao analisar o presente feito, concluiu pelo conhecimento e aprovação, como também pela aplicação de multa pela ocorrência de “*gun jumping*”, isto é, da efetivação prematura do negócio avençado pelas partes sem a necessária autorização do CADE, em violação ao regime de notificação prévia estabelecida pela Lei 12.529/11. (grifos nossos)

Failing Firm Defense (FFD)

08012.004423/2009-18 – Atos e contratos do artigo 54

Ato de Concentração. Procedimento Ordinário. Incorporação de ações da Sadia S.A. pela perdigão S.A.. BRF Brasil Foods S.A. Subsunção ao artigo 54, §3º, da Lei nº8.884/1994 em função da participação de mercado resultante e faturamento das requerentes. Tempestividade. APRO. Parecer SEAE pela aprovação com restrições. Parecer ProCADE pela aprovação com restrições ou reprovação. Indústria de alimentos refrigerados. Sobreposições horizontais. Aquisição e abate de frangos, perus, suínos e bovinos. Fornecimento de carnes *in natura* e processados (kit festas, lasanhas e pratos prontos, pizzas congeladas, hambúrgueres, kibes e almôndegas, empanados, mortadela, salsicha, salame, frios especiais, frios saudáveis, presento, apresentado e afiambrado, lingüiça frescal, lingüiça defumada e paio, bacon, patês cárneos e margarinas). Poder de compra. Monopsônio na aquisição de frangos e suínos. Concentração elevada na oferta de carne *in natura* de perus. Duopólio. Entrada não efetiva. Ausência de capacidade ociosa. Rivalidade não efetiva. Probabilidade de exercício de poder de mercado na oferta de carne *in natura* de perus. Concentrações elevadas na oferta de processados. Escala Mínima Viável. Oportunidades de Vendas. Lucratividade da entrada. Histórico de entradas. Entrada não efetiva. Rivalidade não Efetiva. Necessidade de integração da cadeia produtiva. Economias de escala, escopo e custos irrecuperáveis. Dificuldades de acesso aos canais de distribuição e de venda. Supermercados e marcas próprias. Ausência de poder compensatório. Poder de portfólio. Produtos diferenciados. Marcas. Preponderância das marcas Requerentes. Rivalidade direta entre as marcas Sadia e Perdigão. Análise de preços e quantidades vendidas. Análises econométricas. Elasticidades. UPP. Simulação. Demanda residual. Probabilidade de exercício de poder de mercado na oferta de processados. Efeitos anticompetitivos graves. Eficiências insuficientes. Failing Firm Defense não aplicável. Análise de remédios. Proposta de TCD insuficiente. Reprovação da operação.

Diante dessas constatações, pode-se atestar que os elementos do antitruste estão muito bem incorporados ao sistema de análise antitruste realizado pelas autoridades brasileiras, em linha com os mais modernos sistemas antitruste no mundo.

Em consequência dessa constatação, não haverá motivos para as interpelações dos agentes econômicos sobre a qualidade das técnicas empregadas pelo antitruste brasileiro, pois as mesmas encontram-se muito bem adequadas na parte dispositiva e bem manuseadas pelo corpo técnico de analistas e julgadores.

5.2 Fortalecimento institucional – CADE na imprensa

As mudanças trazidas pela Lei nº12.529/11, em vigor desde 29 de maio de 2012, completaram o marco regulatório da defesa da concorrência no Brasil, permitindo uma maior racionalidade à política de combate às práticas lesivas à concorrência e conferindo maior força institucional às decisões do CADE.

A visualização jurídica desta mudança institucional foi revelada nas disposições dos arts.21 a 30 da nova lei, as quais tornaram o CADE, desde 29 de maio de 2012, tecnicamente e administrativamente independente.

Esse novo *enforcement* legal no antitruste nacional foi muito bem captado pelos agentes econômicos e pela mídia, traduzida em melhores coberturas jornalísticas associadas ao antitruste nacional que passaram a compor em maior quantidade os seus noticiários.

Diante da percepção de haver maior interesse sobre o antitruste na imprensa, o presente trabalho construiu aleatoriamente uma pequena janela estatística de averiguação diária desses noticiários, durante os meses de outubro e novembro de 2014, por meio do jornal Valor Econômico, especializado em negócios.

A averiguação considerou as particularidades técnicas do curto período de observação das notícias e o limitado alcance público das notícias do jornal escolhido, razão pelo qual tratou de denominar averiguação e não pesquisa estatística, mas sem que isso desqualificasse as revelações obtidas no mais importante jornal de economia e de negócios da atualidade no Brasil.

Portanto, desconsiderada a limitação técnica do curto período de observação, reconhece-se a validade técnica da escolha do jornal especializado, voltado para o público especializado, que inclui administradores de empresas, controladores, advogados e tantos agentes de negócios que se envolvem nas mais diversas práticas empresariais e sobre as quais o antitruste cuida em defesa da concorrência.

Sobre essas pessoas especializadas, perceber o fortalecimento institucional do CADE é um fator que não deve ser desprezado para a defesa da concorrência. As matérias jornalísticas a respeito do antitruste, sua frequência e o espaço ocupado pela cobertura na página de jornal, são fatores que realimentam a importância e o respeito ao sistema antitruste brasileiro, que o subconsciente coletivo acaba por internalizar o jargão – “veio para pegar”.

Feitas as merecidas observações sobre a averiguação do trabalho, constatou-se que, institucionalmente, o antitruste nacional, por meio da mídia especializada, de outubro a novembro de 2014, esteve bem representado aos olhares e atenção da maioria dos leitores e homens de negócio do Brasil.

O espaço físico da página dedicada à matéria concorrencial e a frequência de veiculação, quase que semanal, são provas cabais de que a importância da matéria concorrencial se consolidou na imprensa. Abaixo, citamos o dia e o espaço físico (percentual) ocupado na página que tratou da matéria antitruste (CADE), bem como o título da notícia publicada no jornal Valor Econômico²⁰⁰:

– Dia 01 de outubro de 2014 (espaço = 28% da página)

Jornalista Juliano Basile: “Cade decide hoje fusão entre Innova e Videolar”

– Dia 16 de outubro de 2014 (espaço = 10% da página)

Jornalista Juliano Basile/Lucas Marchesini: “Cade multa médicos por tabela de preços”

– Dia 01 de novembro de 2014 (espaço = 100% da página)

Jornalista Juliano Basile/Thiago Resende: “Cade dá aval a consultas prévias de companhias”, “Gestor de fundos terá isenção antitruste” e “Órgão quer avaliar operações abaixo do limite”

– Dia 07 de novembro de 2014 (espaço = 25% da página)

Jornalista Juliano Basile: “Empresa recebe aval do Cade e vai disputar mercado com Petrobrás”

– Dia 13 de novembro de 2014 (espaço = 35% da página)

Jornalista Juliano Basile/Ivo Ribeiro: “Cade rejeita a compra de ativos da Solvey Indupa pela Braskem”

– Dia 18 de novembro de 2014 (espaço = 27% da página)

Jornalista Juliano Basile: “Acordo do Cade cria quinta maior cimenteira do país”

– Dia 26 de novembro de 2014 (espaço = 26% da página)

Jornalista Juliano Basile: “Procter pede ao Cade que vete a compra da Niely alegando concentração excessiva”

²⁰⁰ VALOR ECONÔMICO. Disponível em: www.valor.com.br. Acesso em: 26 fev. 2014.

5.3 Desinformação do pequeno e médio empresário – cartéis bizarros

Se nas grandes companhias e corporações devem estar sistematicamente assistidos juridicamente sobre as atualizações do direito e bem informados sobre as notícias do mundo dos negócios, se servindo inclusive dos meios jornalísticos (como o jornal Valor Econômico), o mesmo ambiente de disseminação de informação não se verifica nas microrregiões e pequenas/microempresas, numericamente maiores e espalhadas em diferentes regiões e setores da economia.

Esta é uma grave situação a ser enfrentada pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, no qual especificamente a Secretaria de Acompanhamento Econômico e a Superintendência-Geral (informação ao público), com suas novas atribuições, deveriam atuar firme na disseminação da cultura, lei antitruste e boas práticas concorrenciais.

A antiga política econômica brasileira – dos anos 1930 ao anos 1980 – de protecionismo nacional e promoção das grandes concentrações empresariais nacionais (“campeãs nacionais”), bem como o tabelamento de preços e tudo o mais cartelizado com a benção do Estado, deixaram marcas profundas no imaginário coletivo dos pequenos e médios negócios, mormente familiares de pai para filho, que somente uma política firme e decisiva de informação antitruste poderá atingir e incorporar esse extrato empresarial.

Na pesquisa junto ao jornal Valor Econômico, encontramos alguns cartéis bizarros noticiados pelo jornal²⁰¹, com base em informações das autoridades do CADE:

- [...] Sindicato das Empresas de Segurança Privada de São Paulo (Sesvesp), por exemplo, pediu providências ao Cade para que uma companhia do setor aderisse ao acordo de preços. A denúncia acabou se transformando numa confissão de culpa – sindicato e empresas foram multados em até R\$ 383 mil.
- [...] o órgão antitruste analisou uma acusação contra revendedores de combustíveis do interior de São Paulo que estabeleceram o cartel em atas de reunião e em sucessivas trocas de e-mails. "Ficou acertado que seremos bons companheiros dos revendedores, não aceitando guerra de preços", diz um documento apreendido pelo Cade.
- [...] a prova da combinação não estava em atas de reunião nem em e-mails, mas em algo mais inusitado. Revendedores de botijões de gás de Goiânia passaram a anunciar nos jornais quais seriam os novos preços e as datas dos reajustes. Sob a alegação de que deveriam ser "transparentes", os revendedores tornaram públicos os acordos de preços e acabaram

²⁰¹ VALOR ECONÔMICO. Jornal eletrônico para assinantes. Texto publicado pelos jornalistas Juliano Basile, Lucas Marchesini, Thiago Resende e Ivo Ribeiro. set.- nov., 2014. Disponível em: www.valor.com.br. Acesso em: 26 fev. 2014, p.B-5.

condenados. "Nós temos mais um exemplo aqui de cartel 'publicizado', com anúncio de tabelamento de preços e tentativa de uniformização do mercado", afirmou o presidente do Cade, Vinícius Carvalho, durante o julgamento.

– [...] o Cade julgou taxistas que aboliram o taxímetro e passaram a cobrar a mesma tarifa por trajeto, em Uberlândia, no interior de Minas Gerais. Eram R\$12 para viagens curtas e R\$24 para trechos mais longos. A denúncia foi feita por um visitante da cidade que se espantou com as tarifas.

– [...] Em muitos casos, o desconhecimento da lei é brutal. O economista Ricardo Ruiz, que foi conselheiro até janeiro passado, foi relator de um processo em que uma entidade recorreu ao Cade porque uma empresa do setor estava vendendo a preços menores do que o mínimo estabelecido numa planilha. A Associação Paranaense dos Produtores de Cal também encaminhou ao órgão antitruste atas de reunião em que ficou acertado que ninguém poderia cobrar abaixo do "custo mínimo" estabelecido e, com isso, acabou oferecendo provas para ser ela mesma condenada.

– [...] o caso das padarias de Sobradinho, cidade-satélite de Brasília. Quase duas dezenas de estabelecimentos aumentaram o preço do pão francês para R\$ 0,20 em toda a cidade. Ironicamente, o grupo fazia as reuniões para ajustar os preços num restaurante chamado "Armação". Um dono de padaria se recusou a aumentar o valor e passou a sofrer ameaças dos concorrentes. O caso chamou a atenção da polícia, que usou disfarces para buscar indícios de crime nas padarias. Mas não foi difícil identificar o cartel. Todas as padarias ostentavam o mesmo cartaz, com idênticos erros de português, informando que o preço do pão francês subiria para R\$ 0,20 em tal data.

– [...] outro caso envolveu revendedores de extintores de incêndio do Distrito Federal. Com medo de que alguém "furasse" os acordos de preços, os empresários simplesmente registraram em cartório uma planilha com os valores que deveriam cobrar. O registro surpreendeu os integrantes do Cade. Além dos preços, o documento levava em conta os custos das empresas e um lucro fixado em 30% para cada uma. A ata foi assinada pelos 20 integrantes da Associação das Empresas de Equipamentos Contra Incêndio do Distrito Federal e tornou-se a principal prova para condená-los em multas que atingiram R\$ 1,4 milhão.

– [...] Alguns cartéis acabam recebendo ajuda do Ministério Público, justamente umas das autoridades que deveriam coibir essa prática. No Ceará, o MP local recebeu denúncia de que a Drograria São Paulo estava praticando preços predatórios contra a Pague Menos. Representantes do MP instituíram um piso para os descontos. O objetivo da medida era o proteger o consumidor, mas ela teve efeito contrário. Uma vez instituído o piso, todas as farmácias passaram a fixar os descontos dali para cima. Ou seja, o MP acabou fixando um valor mínimo a partir do qual todos elevaram os preços, desmontando a livre concorrência no setor.

A grave questão enfrentada é que todos esses cartéis atingem a parte mais desassistida da sociedade, os consumidores mais frágeis e de baixo poder aquisitivo, o que torna o dano da ilicitude mais profundo.

Vale observar que esse enredo não foge das características que apontam as desigualdades do Brasil, como a fraca escolaridade, a falta de acesso à informação, a ausência do Estado e tantas outras variáveis, que nada contribuem para arrefecer o quadro da injusta distribuição de riquezas e de renda na sociedade brasileira.

A questão desafiadora para o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), após a Lei nº12.529/11, é que a maioria dos casos elencados pela reportagem dos cartéis bizarros aconteceu justamente após a lei nova.

Ainda que a punição a esses cartéis tenha sido em linha com o novo *enforcement* antitruste, as situações bizarras acabaram por revelar o desconhecimento ainda da lei antitruste por parte da grande maioria da sociedade brasileira.

5.4 Tratamento das informações

No campo das informações, a depender dos seus usos e de quem as manuseia, haverá dois caminhos para as autoridades antitruste percorrerem: um voltado para a abertura de informações e outro para a restrição de informações.

Quando o objetivo for voltado para a cultura e informações técnicas do antitruste, inclusive estudos de mercados ou julgados, estas deveriam receber todo tipo de abertura e de atualizações, assim como a facilitação de seu acesso físico e virtual. O destinatário das informações é a coletividade, que se utilizaria dos canais das entidades privadas e estatais, ou dos canais alternativos como os blogs e as redes sociais.

A promoção de melhores bancos de dados (*open data*) é a medida certa para atenuar as assimetrias de informações no mercado e coletividade.

Por outro lado, pode haver algumas situações singulares de tratativas de concentração que recomendariam a introdução de “remédios” para viabilizar a operação sem o risco de cometimento do *gun jumping*. Este “remédio” seria a restrição de informações a um seletivo grupo de representantes das empresas envolvidas na operação, mediante o sigilo das informações e a assinatura de um termo de conduta (*compliance*) com a autoridade antitruste.

Essa modalidade de remédio, ainda não disseminada na jurisprudência antitruste, poderia servir de contraponto à necessidade de se comunicar previamente as conversas de concentração às autoridades antitruste e de preservar as informações estratégicas separadamente de cada empresa – *chinese wall* – até a decisão final dos envolvidos e o julgamento da autoridade antitruste.

O *compliance* para esses casos singulares de urgência e de complexidade empresarial, notadamente nas economias de países em desenvolvimento, como o Brasil, poderia melhor enquadrar os interesses de desenvolvimento econômico com concorrência e segurança aos negócios.

5.4.1 *Open data*

A chegada do telefone e a redução de custos com transporte no século passado tiveram contribuições nas decisões empresariais e nas suas políticas de expansão. A internet, na virada de século para o atual, certamente poderá trazer o mesmo impacto revolucionário da redução dos custos de transação, não só no âmbito da iniciativa empresarial, mas também pela atitude colaborativa da sociedade com o uso da internet, seja para fornecer produtos e serviços pelo meio virtual ou *sites* independentes na avaliação qualitativa de produtos e serviços disponíveis no mercado.

Ronald Coase²⁰², em sua obra *The Nature of the Firm*, de 1980, se referia aos custos de transação como de controle consciente dos empresários sobre as incertezas do mercado, numa visão de internalização da diminuição dos custos de transação de fora para dentro – a verticalização.

Pedro Videla²⁰³, analisando os estudos dos custos de transação de Coase, indicará que o “poder inconsciente” do mercado, a que Coase se referia em sua obra de 1980, se juntaria a uma cooperação agora consciente dos indivíduos (mercado) para, por um lado, comercializar bens e serviços, por outro, medir a qualidade dos bens e serviços, tudo por um custo muito baixo em razão da tecnologia, a qual também contribuiriam para diminuir os custos de transação como um todo. A “economia colaborativa”, envolvendo todos os indivíduos, na parte da função opinativa sobre qualidade e preço de bens e serviço seria uma das boas formas de reduzir a assimetria de informação aos indivíduos, assim como um bom exemplo de *open data* não oficial com benefícios para a defesa da concorrência, inclusive no Brasil.

A ideia do *open data* é tornar certos dados disponíveis para uso e reuso gratuito dos indivíduos, em todos os campos da vida humana, sobretudo para favorecer a simetria de informações para a coletividade, a qual a defesa da concorrência aproveitaria.

Nesse sentido, ter o *enforcement* antitruste nacional voltado também para o incentivo à formação de banco de dados e maiores informações à coletividade, é ponto diferencial para um bom desempenho do antitruste. Isto se consegue partindo da reformulação interna do *site* do CADE, melhoria de acesso às informações do Instituto

²⁰² SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial as estruturas**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.314-315.

²⁰³ VALOR ECONÔMICO. Artigo de Pedro Videla, professor de Economia no IESE Business School. Publicado em 01dez. 2014. Disponível em: www.valor.com.br. Acesso em: 26 fev. 2014.

Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE), do Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (Ipea), agências reguladoras e tantos outros órgãos e departamentos governamentais.

A despeito da longa existência das agências reguladoras, os avanços das suas informações à coletividade continuam tímidos e, somente nos últimos anos, algumas agências iniciaram a mensuração da qualidade de serviço prestada pelas empresas do seu setor, tais como a Anatel que passou a medir a qualidade do serviço das operadoras de telefonia móvel (Anatel) e a ANS na medição dos serviços das operadoras e seguradoras de saúde, mas que esbarram em todo tipo de dificuldade para a sua divulgação.

O acesso eletrônico aos bancos de dados oficiais é uma dessas dificuldades constatadas, suas atualizações, abrangência e qualidade na navegação. A vulnerabilidade atual desses *sites* e banco de dados constata o papel desafiador que a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) passou a ocupar, conforme suas novas atribuições do art.19 da lei nova, para promover melhorias naquilo que é primordial para a coletividade e antitruste – simetria de informação como cultura do antitruste. O engajamento por mais e melhores informações, bem como a fácil acessibilidade, são pré-requisitos necessários para diversos objetivos, entre os quais, o bom funcionamento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

A promoção de bons bancos de dados (*open data*), oficiais ou não oficiais, é uma boa política concorrencial, que até maio de 2015, ainda se fazia ausente.

5.4.2 Compliance (como facilitador de operações)

A aplicação da nova lei antitruste acabou igualando o Brasil às principais jurisdições de antitruste, principalmente no que se refere à análise prévia dos atos/contratos de concentração.

Ainda que as mudanças na nova lei do antitruste tenham também incorporado os meios práticos de dar celeridade às decisões do CADE, a complexidade dos negócios e a urgência, nem sempre coadunam com o prazo necessário para uma decisão cuidadosa do órgão antitruste.

Esta realidade não é específica do Brasil, mas da natureza universal das decisões empresariais de componente oportunista, no sentido positivo do termo, quase

sempre urgente, em contraposição à natureza cuidadosa de qualquer análise fiscalizatória/regulatória das autoridades.

O desafio é manter as empresas independentes enquanto ocorre a análise de concentração da autoridade antitruste, sem que esta demora comprometa ou prejudique o fechamento do negócio no futuro ou a integração, pois é de risco não desprezível a perda de dinamismo das empresas concentrantes por conta do travamento decisório sobre as iniciativas de mercados e dificuldades de retenção de funcionários estratégicos.

O antitruste internacional, em razão de há tempos ter adotado a análise prévia dos atos de concentração, obteve experiências de conflitos de interesse entre as autoridades e os agentes concentrantes, que o fez convergir para fórmulas compatíveis com os dois lados de interesse.

Desse encontro inicial divergente é que surgiu o instrumento de *compliance* antitruste *parlor rooms* e *clean rooms*, que Patrícia Avigni²⁰⁴ fez muito bem escrever a respeito:

O termo *clean room* deriva dos setores de informática e saúde, que utilizam ambientes isolados para evitar contaminações. O acesso ao *clean room* é permitido somente ao “*clean team*”, ou seja, a uma equipe especializada e pré-selecionada que terá acesso a informações concorrencialmente sensíveis das empresas. O *clean team* opera sob rigoroso protocolos antitruste enquanto a operação está sendo examinada pelas autoridades.

O *time* solicita, avalia e processa informações confidenciais e depois elabora relatórios resumidos e agregados que serão reportados aos líderes das empresas, para que estes possam tomar decisões mais acertadas sobre o negócio e o processo de integração. Recomenda-se que o *clean team* seja formado por profissionais independentes que não sejam funcionários das empresas, instruídos a destruir toda a informação recebidas e processada caso a operação não aconteça.

Os “*parlor rooms*” são inspirados na aconchegante sala de estar da *vovó*, onde as crianças podem se reunir e conversar, mas sob constante supervisão. Nos *parlor rooms* a fiscalização antitruste é altíssima e contínua, e tudo o que é discutido deve ser registrado. A grande vantagem é proporcionar soluções mais rápidas ao processo de integração, pois os *parlor rooms* permitem o encontro entre executivos ou funcionários das empresas, que podem discutir questões financeiras ou relativas a recursos humanos e tecnologia. Informações concorrencialmente sensíveis não devem ser discutidas nos *parlor rooms* em nenhuma hipótese.

Tanto os *clean rooms* quanto os *parlor rooms* devem seguir rígidos protocolos antitruste. O objetivo é constituir provas de legalidade e *compliance* que passam a ser apresentados às autoridades quando solicitado. Todos os membros que tiverem acesso ao *clean room* ou *parlor room* devem garantir o mais alto sigilo das informações e para isso devem firmar um acordo de confidencialidade.

²⁰⁴ VALOR ECONÔMICO. Jornal eletrônico para assinantes. Artigo de Patrícia Avigni. Publicado em 29 maio 2014, p.E-2. Disponível em: www.valor.com.br. Acesso em: 26 fev. 2014.

Aqui cabe uma breve explicação quanto às diferenças de enfoque quanto ao *compliance* clássico e o *compliance*, denominado por mim, como “facilitador de negócio”. Neste, o foco recai sobre as condutas dos representantes das empresas durante as visitas e tratativas de uma operação de concentração, sob os olhares de fiscalização do órgão antitruste. Naquele, o enfoque é geral para as boas práticas corporativas de conduta e ética, comumente tratadas no meio empresarial, inclusive para gerar valor para a empresa.

No formato clássico de *compliance*, os objetivos estão voltados para o cumprimento das normas internas da empresa e prevenção ou eliminação de possíveis perdas com contingências operacionais e legais.

As contingências legais envolvem eventuais infringências que acarretem punições administrativas e pecuniárias, bem como o desgaste de imagem, advindo de corrupção, de lavagem de dinheiro, de fraudes contábeis e de infringência concorrencial.

Essa é a razão das empresas criarem suas normas internas e dedicarem parte dos seus investimentos em treinamentos nas áreas e pessoas que podem trazer riscos com relação às questões legais relacionadas no parágrafo anterior.

O treinamento (antitruste) sobre o comportamento adequado nas reuniões com concorrentes, associações de classe e tantos outros encontros, inclusive pessoal e informal, além dos cuidados para não compartilhar informações (preço, capacidade produtiva, fatia de mercado, publicidade, etc) com estranhos à empresa, é de importante prevenção.

No tocante ao enfoque *compliance* “como facilitador de negócio”, este poderia ser construído com base nos instrumentos clássicos do *compliance* ajustado aos limites legais do antitruste, segundo as necessidades empresariais e de segurança fiscalizatória das autoridades brasileiras.

Os casos de análise prévia de concentração que passaram a ser analisados depois da nova lei (Lei nº12.529/2011) certamente darão subsídios às autoridades antitruste brasileiras para estudarem as situações que poderiam se encaixar na melhor modelagem que, por um lado, não tirasse o rigor da lei para a apreciação prévia das análises de concentração, como, por outro, não inviabilizasse as tratativas das partes em razão do risco de suas condutas serem interpretadas pelo órgão antitruste como *gun jumping*.

A figura de um consultor especializado, independente e submetido às regras de *compliance* para representar as empresas envolvidas no processo de conversas,

seria uma boa medida para não afugentar os negócios e manter as informações estratégicas de cada uma das empresas sob sigilo e fora do alcance das empresas, que ficariam no aguardo da avaliação da operação pelo CADE.

Os resultados possíveis para esse desenho de *compliance* sob controle do CADE seria, de um lado, a desistência da operação por parte dos interessados, quando cada empresa sairia das conversas sem conhecer as informações estratégicas da outra parte; ou, de outro lado, a possibilidade de manifestarem interesse concreto pelo negócio, quando então formalizariam o interesse ao CADE para a análise prévia, que por sua vez poderia aprovar a operação no todo ou em parte. Já no nascedouro das conversas, a autoridade, conhecedora dos dois lados poderia se manifestar pelo impedimento das tratativas embrionárias.

6 CONCLUSÃO

As conclusões de primeira ordem que podemos retirar das constatações fáticas é que o sistema antitruste nacional ainda tem grandes desafios para obter resultados práticos em toda a extensão territorial do Brasil.

Esta constatação não está dissociada das questões históricas do Brasil e sua profunda desigualdade social em âmbitos econômicos, educacionais e tantas outras que reclama a presença do Estado.

Sob esse panorama, constatamos que de um lado há uma adequada técnica dos julgados antitruste, conferido no teor de suas ementas, e uma boa e relativa cobertura jornalística dos meios especializados, de modo a demonstrar que os avançados métodos de análise antitruste e suas repercussões institucionais estão presentes no Brasil.

Para tal feito, há de se considerar o papel determinante da nova plataforma jurídica, trazida pela nova estruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), em bases doutrinárias das melhores fontes de experiência antitruste norte-americana e europeia.

Esse lado do Brasil desenvolvido consegue ter as atenções da grande maioria das grandes empresas aqui instaladas, muitas delas transnacionais, cujas condutas e decisões não conseguem mais serem emplacadas sem os desarrazoados riscos perante o antitruste nacional.

Esse respeito ao antitruste nacional faz com que as empresas instaladas aqui demandassem uma advocacia antitruste qualificada. Situação qualitativa que já se encontra contemplada, mas ainda em diminuta quantidade de advogados.

Esta realidade qualitativa-quantitativa da advocacia, especializada em antitruste, não difere muito da realidade encontrada no próprio CADE, ainda que tenha sido reforçado, muito recentemente, pelo recebimento (concurso público) e pela transferência de técnicos (esfera pública), conforme determinou o art.121 da nova lei e outros dispositivos que abordaram o fortalecimento técnico-funcional do Tribunal.

De outro lado, do Brasil em desenvolvimento, temos muitas pequenas e médias empresas, de bases de formação familiar advinda dos anos de protecionismo e tabelamento de preços. Quase todas desassistidas juridicamente e institucionalmente pelo Estado em matéria da defesa da concorrência, que atua, por vezes, de maneira

diametralmente oposta aos preceitos antitruste nacional em locais ou regiões geográficas de pouca visibilidade à fiscalização da autoridade antitruste nacional.

Estas ilicitudes, quando não praticadas intencionalmente através da exploração estratégica oculta de pequenas empresas por grandes capitais, são praticadas por empresários modestos, despidos de qualquer conhecimento sobre a lei antitruste e sua infração à ordem econômica, conforme ilustrado nas exemplificações sobre os cartéis bizarros.

Assim, urge designar melhor o papel da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) no tocante à promoção da concorrência junto ao público, uma vez que o próprio *caput* do art.19 da nova lei traz essa incumbência perante a sociedade. As especialidades das competências da SEAE não deveriam estar descritas só junto às entidades públicas e privadas, voltadas para a construção normativa do antitruste. Deveriam também dar vazão à cultura do antitruste ao público conforme preceitua o referido *caput*: “promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade”.

No entanto, parece que quis o legislador dar essa incumbência explícita à Superintendência-Geral, através do inciso XV do art.13, da nova lei, ainda que essas atribuições, explícitas, devessem combinar mais com as novas competências da SEAE.

Sob essa perspectiva de dois órgãos envolvidos na consecução da informação e promoção à concorrência, assinala-se a necessidade de maiores esforços para disseminar a cultura do antitruste, de forma ampla, e não só das implicações do descumprimento da lei.

A lei antitruste, pelas suas especificidades e contribuição à coletividade, precisa da colaboração de toda a sociedade, mas também de uma melhor explicitação da atribuição da SEAE na promoção da concorrência ao público em geral, já que a atribuição dada à Superintendência-Geral ainda tem trazido pouco resultado, seja por sua atribuição ter sido tecnicamente indevida, seja pela envergadura desafiadora de fazer acontecer a disseminação da cultura do antitruste em geral.

Feitas as considerações sobre a realidade antitruste nacional, cabe considerarmos a complexidade da matéria e sua dimensão, em reflexo das questões econômicas e políticas, independentemente de qual jurisdição esteja se falando.

É nesse sentido que a economia política atua como resultante interdisciplinar da economia, sociologia, direito e ciências políticas, pautando politicamente o contorno das instituições para influenciar as diretrizes e a conduta do Estado, e assim dizendo, o antitruste e o *enforcement* antitruste.

Em face da questão do Estado, remetemos às considerações introdutórias, de início do trabalho, de Eleanor Fox, na qual faz a observação relevante de que economia política escreve boa parte do sistema e *enforcement* antitruste, motivo pelo qual é necessário observar o funcionamento das instituições democráticas de cada jurisdição, dado que a democracia é o melhor meio do antitruste atingir seus fins. No Brasil, essa lógica não foi diferente. A consolidação do instituto, como conhecido hoje, só foi possível com a redemocratização do país e o marco constitucional de 1988.

Mas fora as vicissitudes políticas que fazem o antitruste se movimentar, o instituto também não fica imune às intempéries das políticas econômicas, segundo as necessidades verificadas na economia, como as crises e dificuldades econômicas setoriais ou sistêmicas sobre as empresas e/ou economia, como as recentemente vivenciadas em 2008 por todo o mundo.

Como se não bastassem as complexidades de ordem política e econômica sobre o antitruste, há também a complexidade da interação dos conceitos econômicos aos jurídicos, no qual as normas antitruste se baseiam e sofrem influências constantes das variantes do pensamento econômico, de difícil sistematização jurídica.

Em arremate de conclusão, temos que o antitruste, por se utilizar de conceitos de economia e sofrer influências da economia política, é essencialmente dinâmico para os padrões tradicionais e normativos do Direito, sem que com isso imponha a apontar que o instituto sofra de insegurança jurídica crônica – muito pelo contrário, é um instituto “vivo” de bases complexas.

A dimensão e o dinamismo são da essência do sistema antitruste, muito bem inserido no Brasil através da estruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência pela Lei nº12.529/11 e em linha com os melhores sistemas antitruste do mundo.

O difícil desafio que se apresenta para o antitruste no Brasil não é muito diferente dos desafios de outras leis ou políticas públicas, e está enraizado nas profundas desigualdades regionais e sociais do país, em que chama a presença do Estado.

Para o completo sucesso do antitruste no Brasil, é necessário promover a cultura da concorrência, por todos os meios possíveis, de modo a engajar o cidadão e dar meios à sua defesa em qualquer localidade e/ou em qualquer mercado de consumo. Assim, também se estará combatendo a transferência de renda ilícita, principalmente do contingente populacional mais desassistido, contribuindo dessa forma para os objetivos constitucionais da justiça social.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. **Abuso do direito e concorrência desleal**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

AWH, Robert Y. **Microeconomia**: teoria e aplicações. Tradução: José Ricardo Brandão Azevedo. Rio de Janeiro: Livros Técnicos Científicos, 1979.

BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BANCO Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES). Informe Setorial nº15. Abril, 1999. Disponível em:

www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/setorial/gsl_15.pdf. Acesso em: 03 mar. 2015.

BONFIM, Diego. **Tributação e livre concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 9.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BORK, Robert H. **The antitrust paradox**: a policy at war with himself. New York: Free Press, 1993.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp.590.960/DF, RE 2003/0169770-6, Rel. Min. Luiz Fux, 1ªTurma, j.26.10.2004, DJ 21.03.2005.

CARVALHOSA, Modesto. **Direito econômico**: obras completas. São Paulo: RT, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial v.1**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COMBATE a cartéis em licitações – **Guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação**. Coleção SDE/DPDE 02/2008. Disponível em: http://www.comprasnet.gov.br/banner/seguro/Cartilha_Licitacao.pdf. Acesso em: 09 maio 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **O indispensável direito econômico**. Ensaios e pareceres de direito empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CONSELHO Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Consultas de processos, súmulas e jurisprudência. Disponível em: www.cade.gov.br/. Acesso em: 04 mar. 2015.

CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícios Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. **Nova lei de defesa da concorrência comentada** – Lei 12.259 de 30 de novembro de 2011. São Paulo: RT, 2012.

DE SOTO, Jesús Huerta. As definições corretas de monopólio e concorrência – e por que a concorrência perfeita é ilógica. **Instituto Ludwig von Mises Brasil**. Disponível em <http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1603>. Acesso em: 20 mar.2015.

- FARIA, J.A.E. O controle de concentrações de empresas estrangeiras e a Lei nº8.884/94: a extraterritorialidade revisitada. **Revista de Direito da Concorrência**, Brasília, nº2, abr.-jun., 2004.
- FERGUSON, C.E. **Teoria microeconômica**. Tradução de Almir Guilherme Barbassa e Antônio Pessoa Brandão; revisão técnica de Fernando Lopes de Almeida e Francisco Rego Chaves Fernandes. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. 4.ed. São Paulo: RT, 2010.
- _____. **Os fundamentos do antitruste**.7.ed. São Paulo: RT, 2014.
- _____. **Direito concorrencial e restrições verticais**. São Paulo: RT, 2007.
- FOX, Eleanor M. Teaching and learning antitrust-politics, politics, casebooks and teachers. In: **New York University Law Review**. Heinonline, 66 N.Y.U: Law Review, p.225-238, 1991.
- GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- HAYEK, Friedrich A. **The use of knowledge in society**. Individualism and economic order. Chicago: University of Chicago Press, 1948.
- HOPPE, Hans-Hermann. **A ciência econômica e o método austríaco**. Tradução de Fernando Fiori Chiocca. São Paulo: Instituto von Mises Brasil, 2010.
- HORIZONTAL Merger Guidelines 2010. **Department of justice and federal trade commission**. Disponível em: <http://www.ftc.gov/competitioncounts>. Acesso em: 24 fev. 2015.
- HOVENKAMP, Herbert. **Federal antitrust policy – the law of competition and its practice**. St. Paul: West Publishing, 1999.
- _____. **Federal antitrust policy: the law of competition and its practice**. West Group. 3.ed. St. Paul (Minn): West Publishing, 2005.
- _____. **The antitrust enterprise**. Principle and execution. Harvard University Press, 2008.
- JURISPRUDÊNCIA. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE). Disponível em: www.cade.gov.br/. Acesso em: 28 fev.2015.
- KEYNES, John Maynard. **Teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. Coleção “Os Economistas”. São Paulo: Nova Cultural, 1985.
- _____. **A tract on monetary reform**. Chapter III. Macmillan: London, 1923.

KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. **Introdução à economia**. Rio de Janeiro: Campus, 2007.

LOUREIRO, Maria Rita Garcia; ABRUCIO, Fernando Luiz; PACHECO, Regina Silva. **Burocracia e política no Brasil** – desafios para a ordem democrática no século XXI. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

MANDEL, Ernest. **Ensayos sobre el neocapitalismo**. 4.ed. México: Era, 1976.

MASSO, Fabiano Del. **Direito econômico esquematizado**. 3.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MISES, Ludwig von. **The ultimate foundation of economic science**. Kansas City: Sheed Andrews and McMeel, 1978.

MOTTA, Massimo. **Competition policy: theory and practice**. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2004.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 9.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015.

O GLOBO. Joseph Eugene Stiglitz. Prêmio Nobel de Economia 2001. **O fim do neoliberalismo**. Publicado em 16 jul. 2008.

O ESTADO DE S.PAULO. Edição publicada em 14 out.2014.

ORGANIZATION for economic co-operation and development (OECD). **Policy roundtables**. The failing firm defence, 2009, p.11-13. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/merger/45810821>. Acesso em: 24 fev.2015.

_____. **Policy roundtables**. Crisis cartels, 2011, p.24. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/48948847>. Acesso em: 25 fev.2015.

_____. **Policy roundtables**. Dynamic efficiencies in merger analysis, 2007, p.17-43. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/merger/40623561.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2015.

PERITZ, Rudolph J. R. **Competition policy in America, 1888-1992: history, rhetoric, law**. New York: Oxford Universit Press, 1996.

POSNER, Richard. **Antitrust law**. 2.ed. The University of Chicago Press, 2001.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Os fundamentos contra o antitruste**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ROOVER, Raymond de. Business, banking and economic thought. In: **Late medieval and early modern Europe** – selected studies of Julius Kirshner: The University of Chicago Press, jun.1976.

ROTHBARD, Murray N. **Man, economy and state with power and market**. 2.ed. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2009.

SALGADO, Lucia Helena. **A economia política da ação antitruste**. São Paulo: Singular, 1997.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as condutas. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Direito concorrencial**: as estruturas. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Regulação e concorrência** – estudos e pareceres. São Paulo: Malheiros, 2002.

SCHUMPETER, Joseph Alois. **Teoria do desenvolvimento econômico**. Coleção “Os Economistas”. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SMITH, Adam. **Riqueza das Nações**. v.I e VII. Coleção “Os Economistas”. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova lei antitruste brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TIROLE, Jean. **The theory of industrial organization**. Cambridge: The MIT Press, 1988.

VALOR ECONÔMICO. Jornal eletrônico para assinantes. Texto publicado pelos jornalistas Juliano Basile, Lucas Marchesini, Thiago Resende e Ivo Ribeiro. set.- nov., 2014. Disponível em: www.valor.com.br. Acesso em: 26 fev. 2014.

_____. Jornal eletrônico para assinantes. Artigo de Patrícia Avigni. Publicado em 29 maio 2014, p.E-2. Disponível em: www.valor.com.br. Acesso em: 26 fev. 2014.

_____. Artigo de Pedro Videla, professor de economia no IESE Business School. Publicado em 01dez. 2014. Disponível em: www.valor.com.br. Acesso em: 26 fev. 2014.

WAISBERG, Ivo. **Direito e política da concorrência para os países em desenvolvimento**. São Paulo: Lex, 2006.

ATOS DE CONCENTRAÇÃO

ATO DE CONCENTRAÇÃO nº08012.001697/2002-89 (Nestlé e Garoto). Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE). Voto Vogal do Presidente João Grandino Rodas, p.5-8. Referente acórdão de 04 fev.2004.

ATO DE CONCENTRAÇÃO nº08012.001697/2002-89 (Nestlé e Garoto). Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE). Voto Vogal do Presidente João Grandino Rodas, p.6-7. Referente acórdão de 04 fev. 2004.

EMENTAS

08012.001233/1998-71 – Averiguação preliminar

08012.008024/1998-49 – Processo administrativo (Lei nº8.884/94)

08012.002692/2002-73 – Processo administrativo (Lei nº8.884/94)

08000.012252/1994-38 – Processo administrativo (Lei nº8.884/94)

08012.006248/1998-25 – Processo administrativo (Lei nº8.884/94)

53500.022755/2005 – Averiguação preliminar

08012.005135/1998-01 – Atos e contratos do artigo 54

08012.002315/1999-50 – Atos e contratos do artigo 54

08012.009922/2006-59 – Processo administrativo (Lei nº8.884/94)

08012.008088/2003-31 – Processo administrativo (Lei nº 8.884/94)

08012.005727/2006-50 – Averiguação preliminar

08000.004490/1997-11 – Processo administrativo (Lei nº8.884/94)

08012.006899/2003-06 – Averiguação preliminar

08012.000360/2002-54 – Atos e contratos do artigo 54

08012.005116/2000-16 – Atos e contratos do artigo 54

08000.019708/1996-99 – Processo administrativo (Lei nº8.884/94)

08012.005961/2001-72 – Atos e contratos do artigo 54

08012.004183/1999-91 – Atos e contratos do artigo 54

08000.000128/1995-98 – Processo administrativo (Lei nº8.884/94)

08000.013472/1995-51 – Averiguação preliminar

08012.002127/2002-14 – Processo administrativo (Lei nº8.884/94)

08012.000487/2000-40 – Averiguação preliminar

08012.006207/1998-48 – Processo administrativo (Lei nº8.884/94)

08700.008289/2013-52 – Termo de Compromisso de Cessação (Lei nº2.529/11)

08012.000283/2006 – Processo administrativo

REFERÊNCIAS NORMATIVAS (ABNT)

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724:2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação

ABNT NBR 6028: 2003 – Informação e documentação – Resumo – Apresentação

ABNT NBR 10520: 2002 – Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação

ABNT NBR 6023: 2002 – Informação e documentação – Referências – Elaboração