



# PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

---

**Atos de concentração no Direito Antitruste  
brasileiro: fundamentos, disciplina e desafios.**

por

**BERNARDO ZAHRAN RACHE DE ALMEIDA**

**ORIENTADOR: Paulo Eduardo Penna**

**2013.1**

---

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

# **Atos de concentração no Direito Antitruste brasileiro: fundamentos, disciplina e desafios.**

por

**BERNARDO ZAHRAN RACHE DE ALMEIDA**

Monografia apresentada ao  
Departamento de Direito da Pontifícia  
Universidade Católica do Rio de  
Janeiro (PUC-Rio) para a obtenção do  
Título de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Paulo Eduardo Penna

**2013.1**

## Dedicatória

*Ao pai professor e botafoguense; à mãe arquiteta e fotógrafa; à irmã, que em muito se parece e ao irmão, que em muito é diferente; ao avô diplomata e ao avô empresário; à avó que assiste de longe e à avó que assiste de cima.*

## Resumo

O presente trabalho consiste na análise do Direito Antitruste sobre três perspectivas: de seus fundamentos, de sua disciplina pelo ordenamento jurídico brasileiro e de desafios a sua aplicação.

Partindo do reconhecimento do papel ativo do Estado frente à atividade econômica, conclui-se pelo entendimento do Direito Antitruste como meio para a consecução das finalidades propostas pelo Estado em matéria concorrencial.

Aborda-se, em seguida, a disciplina da concorrência no âmbito da Constituição de 1988, com o intuito de demonstrar a sua consagração como organizadora das regras de mercado e como instrumento para implementação de políticas públicas.

Em seguida, trata-se da consolidação da concorrência em sede legislativa, notadamente do advento da Lei nº 12.529/11 e da adoção do sistema de análise prévia dos atos de concentração.

Por fim, são levantados desafios ao controle de concentrações no que se refere à identificação das práticas de *gun-jumping* e à aplicação de remédios antitruste.

**Palavras-Chave:** Direito Antitruste – livre concorrência – controle prévio de concentrações – *gun-jumping* – remédios antitruste.

## **Abstract**

The present work is an analysis of Antitrust Law as seen from three perspectives: its basic elements, its provision by Brazilian legislation, and some of the challenges to its application.

Keeping ever in mind the State's active role in all economic activity, one concludes that Antitrust Law functions as a tool for the achievement of the State's goals in matters related to competition.

Next, competition is studied according to the ways it was influenced by the 1988 Brazilian Constitution, which has as one of its goals to celebrate competition as one of the a Market Economy's main organizing rules and as a tool to accomplish its political strategy.

After that, competition is seen at a legislative level, notably with the arrival of Law no. 12.529/11 and the adoption of the system of previous analyses of concentrative acts.

Finally, challenges to concentrative control such as gun-jumping and the use of antitrust remedies are examined.

**Key-Words:** Antitrust Law – free competition – previous analysis of concentration acts – gun-jumping – antitrust remedies.

## Sumário

Introdução.....	7
1. Os Fundamentos do Direito Antitruste.....	9
1.1. O Mercado.....	9
1.2. O Direito e a Economia.....	12
1.3. O Liberalismo Econômico e o Intervencionismo.....	14
1.4. O Direito Econômico.....	19
1.5. O Direito Antitruste.....	25
2. A Concorrência na Constituição de 1988.....	33
2.1. Breve Histórico.....	34
2.2. A Ordem Econômica de 1988.....	37
2.3. A Concorrência na Constituição de 1988.....	42
3. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.....	48
3.1. A Lei nº 8.884/94.....	49
3.2. O Advento da Lei nº 12.529/11.....	54
3.3. A Infração à Concorrência.....	63
4. Desafios ao Controle de Concentrações.....	70
4.1. <i>Gun Jumping</i> .....	71
4.2. Remédios Antitruste.....	80
Conclusão.....	90
Bibliografia.....	93

## **Lista de Abreviações**

APRO - Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

*DOJ – Department of Justice*

*FTC – Federal Trade Commision*

*HSR Act – Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976*

*M&A – Merger and Aquisition*

OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico

ProCADE – Procuradoria do CADE

RICADE – Regimento Interno do CADE

SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

SDE – Secretaria de Direito Econômico

SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico

## Introdução

A década de 1990 testemunhou o desenvolvimento de um capitalismo de mercado livre das amarras do intervencionismo estatal direto, sendo certo que em sua construção institucional teve fundamental participação a Constituição de 1988.

A nova carta constitucional optou, de maneira enfática, por uma ordem econômica erigida sobre os pilares da livre iniciativa e da valorização do trabalho humano, como quer o *caput* de seu artigo 170, bem como da previsão dos valores sociais da livre iniciativa e do trabalho como fundamentos da própria República, conforme previsto no inciso IV de seu artigo 1º.

Portanto, com o diploma de 1988, o constituinte incumbe à livre iniciativa o papel de protagonista da dinâmica econômica. Em verdade, trata-se da confiança do Estado na capacidade dos indivíduos de produzir os melhores resultados econômicos e sociais, visto que é a essência da livre iniciativa:

“[a] a faculdade reconhecida às pessoas de se organizarem para explorar os meios de produção que lhe pertençam, exercendo a atividade econômica com o objetivo de dela extrair benefícios pessoais. (...) O lucro produzido pela empresa pertence aos donos dela que dele se apropriam, reinvestindo-o no negócio ou embolsando-o para gastar como melhor os aprouver.”<sup>1</sup>

Ato contínuo, retira-se do Estado grande parte de suas ferramentas de intervenção direta, aparelhando-o de mecanismos indiretos de atuação na ordem econômica: o ente público passa de prestador e provedor para fiscalizador, com indiscutíveis benefícios à atividade econômica privada.

---

<sup>1</sup> CRISTÓFARO, Pedro Paulo. O princípio da livre iniciativa como um dos fundamentos da República. Consequências. *Revista de Direito Renovar*. n° 12, p. 178, set./dez. 1998.

Entretanto, a outorga à livre iniciativa é realizada mediante fiscalização através do poder estatal de polícia que, em matéria concorrencial, é realizado pelas autoridades antitruste.

À medida que se desenvolve a economia brasileira, torna-se indispensável a adequada compreensão dos institutos e medidas previstos na legislação antitruste, o que impõe ao estudioso a realização de reflexões não apenas limitadas ao Direito posto.

Desta forma, busca o presente trabalho tratar de aspectos indispensáveis para a compreensão da prática antitruste, a partir de uma análise quanto a seus fundamentos, sua disciplina constitucional e legal, e aos desafios encontrados hoje pelas autoridades da concorrência.

# 1. Fundamentos do Direito Antitruste

*“The ends of the economist become policy only through the means provided by the law.”*

Eugene V. Rostow

Certo de que o Direito Antitruste ganha, a cada dia, novos patamares de protagonismo na moderna economia de mercado, é por bem anteceder ao estudo da matéria concorrencial positivada aspectos relacionados aos fundamentos e à legitimidade deste ramo do Direito.

Deste modo, tendo o mercado como ponto de partida, caberá ao primeiro capítulo abordar institutos e noções essenciais para formar a atual concepção da matéria concorrencial. Posteriormente, discorrer-se-á acerca das relações entre Direito e Economia e da maneira como o Estado Moderno passou a lidar com a matéria.

Como se verá, a busca por determinadas finalidades exigirá do poder estatal uma atitude ativa e conformadora da atividade econômica.

## 1.1. O Mercado

Ainda que de maneira preliminar, o mercado pode ser entendido como um mecanismo “não linguístico” de coordenação<sup>2</sup>.

Tal noção está ligada à possibilidade de harmonização de interesses individuais a partir de regras próprias de mercado: com base nas variáveis

---

<sup>2</sup> GOLDBERG, Daniel. *Poder de Compra e Política Antitruste*. 1ª ed. São Paulo: Singular, 2006. p. 28.

da oferta e da demanda, tornam-se determináveis tanto a quantidade quanto o preço de um bem.

Neste sentido, o mercado representa uma *ordem*, visto que possui uma organização racional constituída a partir da expectativa de que cada um de seus agentes obedecerá a certos padrões de comportamento, de maneira regular e previsível, de modo a permitir que os demais desenvolvam cálculos e tomem decisões<sup>3</sup>.

A título de exemplo, cumpre citar o mercado perfeitamente competitivo ou em equilíbrio, caracterizado pelo grande número de fornecedores, homogeneidade do produto, ampla disponibilidade de informações e inexistência de barreiras à entrada e saída de novos concorrentes, no qual oferta e demanda indicarão preços e quantidades exatas dos bens a serem produzidos sem que haja desperdício.

Além disso, o preço de mercado tenderá a ser o menor possível, se igualando ao custo médio para produção de uma unidade de determinado bem<sup>4</sup>. Incapazes de alterar o valor do bem, os fornecedores se tornam tomadores de preço.

Haveria, assim, um estado de eficiência econômica, também conhecido como Ótimo de Pareto<sup>5</sup>, no qual a produção dos fornecedores corresponderia às necessidades e preferências dos consumidores. Além disso, qualquer troca adicional seria desvantajosa, visto que colocaria eventuais contratantes em situação menos favorável.

Ademais, a eficiência pode ser tanto *alocativa*, visto que será cobrado o menor preço de mercado possível, quanto *distributiva*, em razão da maximização da quantidade ofertada, o que importa em aumentar o excedente econômico total, sendo este a soma dos excedentes do fornecedor e do consumidor<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> IRTI, Nartalino apud GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 30.

<sup>4</sup> SANTACRUZ, Ruy. Antitruste, eficiência, curvas, triângulos e retângulos. *Revista do IBRAC: Direito Concorrencial, Consumo e Comércio Internacional*. São Paulo, n. 9, p. 163, jan. 2002.

<sup>5</sup> GOLDBERG, Daniel. Op. cit., p. 29.

<sup>6</sup> SANTACRUZ, Ruy. Op. cit., p. 8-9.

Por sua vez, o mercado sob monopólio, caracterizado pela existência de apenas um fornecedor, com essencialidade do produto e elevadas barreiras à entrada de novos concorrentes, será ineficiente, tendo em vista que sempre existirá parcela de renda total que se perde em função da redução da oferta e aumento do preço de mercado, o chamado custo social ou peso morto do monopólio.

Não obstante a excepcionalidade dos referidos tipos de mercado, estes servem ao menos para evidenciar as vantagens de um mercado eficiente. Desta forma, pode-se apontar como função precípua dos mercados a de “ordenar a troca econômica de forma a, ao facilitar a circulação de riqueza a partir de uma dada e prévia atribuição de propriedade, tornar o sistema mais eficiente.”<sup>7</sup>

Desde já, cabem algumas considerações. Em primeiro lugar, verifica-se que a noção de mercado está intrinsecamente ligada ao modo de produção capitalista, à apropriação privada dos meios de produção e à livre iniciativa, sendo indissociável destes<sup>8</sup>.

Ademais, ainda que se possa falar em uma organização racional, tal racionalidade não deve ser entendida como absoluta e pura. Em verdade, o processo de escolha de determinado agente econômico será influenciado por predicados de caráter valorativo, com base não no conhecimento completo das informações, mas na interpretação de certos significados, em esquemas de incentivo e desincentivo<sup>9</sup>.

Ressalta-se, ainda, que a circulação de riqueza e aumento de eficiência do sistema não se dá pelo altruísmo dos agentes econômico, pelo contrário: conforme ensinado pela ciência econômica, o dinamismo do mercado se dá justamente pelo fato de estarem seus participantes movidos pelo interesse egoístico da maximização do lucro.

---

<sup>7</sup> SZTAJAN, Rachel apud PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercado*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 2006. p. 15.

<sup>8</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 799.

<sup>9</sup> MALLOY, Robin Paul apud PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Op. cit., p.16.

Cumprir destacar, o papel fundamental da concorrência como organizadora da economia e do mercado, responsável pela “manutenção do sistema”<sup>10 11</sup>. Entendida como “o livre jogo de forças do mercado, na disputa de clientela”<sup>12</sup>, ela permite a persecução da eficiência nas economias de mercado.

A eficiência econômica é, portanto, o escopo primordial dos mercados. Ainda que não aprecie aspectos cruciais à vida em coletivo, como a justiça e a isonomia (ou seja, uma situação de extrema miséria, de um lado, e de extremo luxo, de outro, pode ser entendida como eficiente) a noção de eficiência é importante na medida em que está ligada ao controle para que se evite a destruição de riqueza da sociedade<sup>13</sup>.

Se, por um lado, o mercado é decorrência do dinamismo social, por outro, é uma criação jurídica, vez que apenas pode se desenvolver caso existam os veículos e garantias jurídicas necessárias<sup>14</sup>, motivo pelo qual o mercado está intimamente ligado às ciências econômicas e jurídicas.

## 1.2. O Direito e a Economia

Ensina Miguel Reale que os mercados estão ligados à própria subsistência e conservação do ser humano, em razão de seu inafastável interesse na vida e no desenvolvimento<sup>15</sup>.

Ora, sendo a Economia toda atividade dirigida à produção, distribuição e consumo de bens<sup>16</sup>, esta nada mais é do que o conjunto de trocas econômicas que ocorre no bojo do mercado.

---

<sup>10</sup> FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Direito Antitruste*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 37.

<sup>11</sup> Como será analisado, a concorrência apresenta uma *dupla instrumentalidade*: por um lado é organizadora; pelo outro, é instrumento para a consecução finalidades através de políticas públicas.

<sup>12</sup> GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 206.

<sup>13</sup> GOLDBERG, Daniel. Op. cit., p. 30

<sup>14</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Conceito jurídico de regulação da Economia. *Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro*. São Paulo, n. 122, p. 39, abr./jun. 2001.

<sup>15</sup> REALE, Miguel. *Noções Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 20.

<sup>16</sup> MONCADA, Luís Cabral de. *Direito Econômico*. 6ª ed. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 10.

Por outro lado, este é instituição jurídica<sup>17</sup>, criada e regulada pelo Direito, que nele intervém com o intuito de corrigir, controlar e conformar o funcionamento espontâneo da decisão econômica<sup>18</sup>.

Desta forma, o Direito disciplina o mercado a partir da operacionalização da multiplicidade: ao formular, classificar e valorar comportamentos duais (como justos ou injustos e legais ou ilegais), converte em jurídico – em última análise, legítimo - os elementos de mercado<sup>19</sup>.

Ressalta-se, entretanto, que seria ingênuo acreditar que o Direito tem inteira disponibilidade sobre o mercado. Segundo Aragão, “[m]algrado as suas inegáveis possibilidades de ingerência, os aspectos de maior dinamismo do mercado são dificilmente apreensíveis pelo Direito.”<sup>20</sup>

Assim, ao mesmo tempo em que é criação jurídica e apenas se desenvolve com os veículos e garantias jurídicas adequados, o mercado é decorrência natural e espontânea da atividade social, motivo pelo qual se conclui que, não obstante ser criado pelo Direito, é o próprio mercado que cria seus próprios meios de comunicação, posteriormente protegidos e aplicados pelo Estado<sup>21</sup>.

Em verdade, as relações entre Direito e Economia se dão de maneira “dialética, dinâmica e mutável”<sup>22</sup>, variando de acordo com as contingências políticas ideológicas e econômicas. Em um primeiro momento, tal reconhecimento torna necessária a análise dessas variações, tendo como ponto de partida o Estado Moderno, sendo certo que as diferentes abordagens de Direito e Economia foram responsáveis por promover mudanças na própria noção de Estado.

Ademais, produzem uma interação de inegável complexidade: se o Direito tem possibilidades de limitar e direcionar as atividades econômicas,

---

<sup>17</sup> GRAU, Eros Roberto. Op. cit, p. 29.

<sup>18</sup> MONCADA, Luís Cabral de. Op. cit., p. 36.

<sup>19</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Op. cit., p. 16.

<sup>20</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 39.

<sup>21</sup> Ibid. p. 39.

<sup>22</sup> Ibid. p. 39.

estas também influenciam o Direito não apenas na sua edição, mas também na sua aplicação, de forma a moldá-lo às necessidades do sistema econômico. Assim, em um segundo momento, cumpre analisar os diferentes métodos de abordagem dessas relações.

### **1.3. O Liberalismo Econômico e o Intervencionismo**

Enquanto mecanismo “não linguístico” de coordenação, ao mercado é atribuída a noção de ordem, devendo seus agentes se comportar de acordo com determinados padrões de conduta, de modo a permitir a calculabilidade e previsibilidade essenciais à persecução dos objetivos de circulação de riquezas e aumento da eficiência.

Trata-se de instituição criada e regulada pelo Direito com o fim de criar as condições para que a atividade econômica possa se desenvolver da melhor maneira possível, de acordo com critérios e objetivos acolhidos pelo ordenamento jurídico<sup>23</sup>.

Logo, o desenvolvimento dos mercados e, de modo geral, da sociedade civil, só pôde se dar plenamente com a instalação do Estado Moderno, entendido este como “um sistema integrado de normas jurídicas uniformes e de decisões políticas em relação a determinado território.”<sup>24</sup>

Entretanto, o reconhecimento da regra jurídica como instrumento apto a perseguir finalidades próprias não foi desde sempre acobertado: o pensamento liberal, responsável por estabelecer as bases da ciência econômica, parte do entendimento de que a atividade econômica é preponderante sobre a regra jurídica, que teria papel secundário.

Para esta corrente, a atividade econômica seria um dado natural, decorrente do prolongamento das liberdades de indivíduos racionais e dotada de lógica própria, cabendo à regra jurídica a função de preservar o mercado a partir de um suporte normativo sistemático e transparente, de fácil entendimento e capaz de proporcionar previsibilidade e segurança, a

---

<sup>23</sup> Ibid. p. 39.

<sup>24</sup> GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 29.

fim de permitir o produtivo giro de capitais e, por conseguinte, a geração de riquezas<sup>25</sup>.

Pressupõe, deste modo, que as leis econômicas são benfazejas por si, visto que fazem parte de um sistema de produção e circulação entendido como ótimo, no qual a concorrência possui papel central como fator de organização do fluxo de relações econômicas: é encarada como solução para conciliar liberdade individual e interesse público, conduzindo ao bem-estar social sem a necessidade da atuação do Estado<sup>26</sup>.

O liberalismo econômico, em consonância com o individualismo decorrente, principalmente, da Revolução Francesa do século XVIII, foi responsável pelo desenvolvimento do modelo do Estado Liberal, marcado pela abstenção na conformação das relações econômicas.

Haveria, assim, uma separação entre a esfera pública e a esfera privada, ainda que todo regime estatal implique em um mínimo de intervenção.

De um lado, caberia ao Estado o tratamento do mínimo indispensável para a garantia do funcionamento da vida social e política, matéria que pouco se relacionava à esfera privada.

Como típico representante do liberalismo econômico, Adam Smith apontaria como funções do Estado apenas as de erigir e manter certas obras públicas e certas instituições públicas que nunca seriam do interesse de qualquer indivíduo ou pequeno número de indivíduos, e de dar segurança à coletividade, contra violência e invasão de outras sociedades, e ao indivíduo, por meio de uma adequada administração da justiça<sup>27</sup>.

Pela concepção liberal acerca do Estado de Direito, sendo esta a realidade constitucional do século XIX, caberia a este, ainda, atender a um conjunto de pressupostos formais relativos à separação de poderes, independência dos tribunais e respeito aos direitos fundamentais dos entes privados.

---

<sup>25</sup> MONCADA, Luís Cabral de. Op. cit., p. 7-8.

<sup>26</sup> FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 57.

<sup>27</sup> VENÂNCIO FILHO, Alberto. Op. cit., p. 4.

De outro lado, as liberdades individuais teriam como campo propício para sua manifestação o direito privado, sendo certo que este abrigaria também atividade econômica, enquanto prolongamento da liberdade.

Ademais, as relações econômicas teriam sua legitimidade na livre manifestação da vontade de indivíduos livres e capazes, independentemente de qualquer fim proposto pelo Estado, devendo este ser indiferente quanto às consequências da atividade privada.

Desta forma, representa a atividade econômica uma relação entre sujeitos livres e capazes, sendo o mercado nada mais que um lugar privilegiado para a manifestação da liberdade individual, que corresponderia a uma verdadeira barreira ao Estado, uma zona livre de intervenção.

O liberalismo econômico propunha, portanto, a primazia da Economia sobre o Direito, o que implicava, por conseguinte, numa abstenção por parte do Estado na conformação da atividade econômica.

Partindo de premissa semelhante, o pensamento marxista entenderia o sistema social baseado no capital e na apropriação privada dos meios de produção como a sobredeterminação da superestrutura jurídica pela infraestrutura econômica<sup>28</sup>.

Para esta corrente, ao jurista caberia apenas uma atuação em conformidade e neutralidade face à atividade econômica, visto que sua função, ao fim e ao cabo, seria de dar roupagem ideológica destinada a disfarçar o real comando dos detentores dos meios de produção<sup>29</sup>.

É certo, porém, que o período em que preponderaram as medidas liberais, sobretudo em sua fase mais característica e intensa, na chamada Revolução Industrial do século XIX, foi marcado por resultados indiscutivelmente extraordinários, tendo propiciado indiscutível impulso econômico e técnico.

---

<sup>28</sup> Ibid. p. 7.

<sup>29</sup> REALE, Miguel. Op. cit., p. 21.

Por mais que possam ser discutidos os motivos de tal desenvolvimento, pode-se afirmar que este não ocorreu sem a contribuição da agenda liberal no progresso do século XIX. Neste sentido, válidas são as expressões de Francisco Ayala:

“Seria, supostamente, uma falsa implicação a de que o grande impulso econômico e técnico que transformou a fisionomia de nossa civilização em tão breve lapso seja um resultado de certos princípios doutrinários. Mas, em todo caso, a Revolução Industrial foi presidida pelo princípio fundamental da abstenção do Estado nas relações sociais de tipo econômico, e ninguém pode pensar que se trata de uma conexão accidental. Em fenômenos desta natureza a casualidade desempenha papel secundário.”<sup>30</sup>

Não obstante o impulso econômico e técnico, as transformações da vida econômica causadas pela Revolução Industrial revelariam disparidades em diversos aspectos da vida social, como na relação entre concorrentes.

Por estes motivos, durante o transcorrer do século XIX, uma série de transformações econômicas e sociais serviram para alterar o quadro no qual se inseria o pensamento liberal, das quais se destacam as reações contra o fenômeno da cartelização da economia americana, sobretudo após o surgimento dos trustes como instrumento empresarial criado para permitir a administração centralizada de agentes econômicos pertencentes a um mesmo mercado, em detrimento da concorrência<sup>31</sup>.

Ademais, também pode ser apontada a consolidação do regime político do constitucionalismo, aliado a uma extensão ampla das oportunidades educacionais e ao conseqüente aumento da participação das camadas mais numerosas da população no debate político<sup>32</sup>.

Como se vê, as exigências sociais passam a ser observadas não mais a partir de uma reflexão metafísica, mas a partir da maneira como estão situadas na vida quotidiana, sendo certo que estas não são mais atendidas pelo pressuposto liberal do mercado como instrumento capaz de produzir, por si só, os melhores resultados sociais.

---

<sup>30</sup> AYALA, Francisco apud VENÂNCIO FILHO, Alberto. Op. cit., p. 6-7.

<sup>31</sup> FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 70.

<sup>32</sup> Ibid. p. 9.

Surge, assim, um movimento em favor do intervencionismo estatal no plano econômico com o fim de suplementar as forças de mercado, incapazes de estabelecer o equilíbrio total da sociedade<sup>33</sup>.

Diante de tal realidade, o Estado altera suas notas características, assumindo finalidades próprias, distintas da dos indivíduos, e alargando-se para outras esferas de atividade, das quais se destaca a atividade econômica, que deixa de ser mais um setor exclusivo da atividade privada geral para se tornar o objeto específico da atividade conformadora dos poderes públicos<sup>34</sup>.

Por consequência, traços essenciais do modelo liberal são modificados, motivo pelo qual passa o Estado à condição de Estado Social, tendo em vista esta nova função de agente de realizações, principalmente no domínio econômico.

Destaca-se o esbatimento da distinção entre direito público e direito privado, devido à publicização da vida econômica e social. O fim perseguido pela atividade privada e pública passa a se confundir à medida que o Estado assume finalidades empresariais, ao mesmo tempo em que se atribui a entidades privadas concessionárias e mistas, dentre outras, finalidades de interesse geral.

Da mesma forma, ocorre a funcionalização da autonomia privada à vontade dos poderes públicos, assumindo o Estado a função de árbitro dos interesses privados, visto que atua, agora não mais em caráter excepcional, de modo conformar e condicionar o exercício da vontade privada aos interesses coletivos, a partir da criação de limites impostos ao relevo da autonomia privada.

Ademais, ressalta-se que à regra jurídica é atribuído um novo papel, não mais de neutralidade, mas de conformadora da realidade social e econômica. Explica Luís Cabral de Moncada que:

---

<sup>33</sup> Ibid. p. 12.

<sup>34</sup> MONCADA, Luís Cabral de. Op. cit., p. 34.

“[a] permeabilidade aos valores da norma jurídica, quer constitucional quer legislativa, atribui-lhe um novo significado. Ao veicular valores, a norma jurídica intervém constitutivamente no terreno econômico e social, conformando-o de acordo com a carga axiológica que assumiu.”<sup>35</sup>

Por mais que se pudesse falar em uma inversão na relação entre Direito e Economia, visto que, ao invés de uma relação de subserviência da regra jurídica, esta reagirá à atividade econômica em nome de valores estranhos à Economia, caminha-se para aceitação de uma influência recíproca entre Direito e Economia, sendo as relações entre estas duas ciências marcadas pela dialética.

Certo é que há necessidade de se estabelecer um método de estudo de ambas as ciências que leve em consideração este fenômeno de fluxos e refluxos entre Direito e Economia, bem como a complexidade dessas relações, sendo o Direito Econômico adequado para atender a tais exigências.

#### **1.4. O Direito Econômico**

A fim de aperfeiçoar o tratamento da nova realidade estatal, marcada pela intervenção à atividade econômica como forma de realizar os novos objetivos assumidos pelo Estado, o Direito Econômico surge como matéria escolar em 1945 no Instituto de Estudos Políticos da Universidade de Paris<sup>36</sup>.

É indiscutível a vocação interdisciplinar deste ramo do Direito com a Economia, devendo o conceito de Direito Econômico invariavelmente homenagear tal interação, sendo certo que o exame da matéria não implica em descaracterizar uma ou outra ciência confundindo-lhes os limites<sup>37</sup>.

Por diversas perspectivas tentou-se conceituar Direito Econômico de modo a que sua delimitação refletisse esta interação. Como se verá, as definições com base no conteúdo, na interpenetrabilidade das regras econômicas e no escopo da regulação à atividade econômica falham ao não abranger, de maneira satisfatória, a dimensão do Direito Econômico.

---

<sup>35</sup> MONCADA, Luís Cabral de. Op. cit., p. 7-8.

<sup>36</sup> CRENOT, Bernard apud VENÂNCIO FILHO, Alberto. Op. cit., p.69.

<sup>37</sup> VENÂNCIO FILHO, Alberto. Op. cit., p. 78.

Sob o critério do conteúdo, as dificuldades surgem, desde logo, das incertezas quanto à definição do fenômeno econômico.

De início, as tentativas passam por defini-lo como o ramo do direito relativo à Economia, conforme sugerido por J. Hamel e G. Lagarde<sup>38</sup>.

Ainda que se considerasse que a atividade econômica corresponde à toda atividade dirigida à produção, distribuição e consumo de bens, o Direito Econômico apresentaria âmbito por demais abrangente: abarcaria todos e quaisquer aspectos econômicos do direito privado, como o Direito Civil e Direito Societário; do direito público, a exemplo do instituto das desapropriações, pertencente ao Direito Administrativo; igualmente, do Direito do Trabalho e do Direito Previdenciário.

Ademais, haveria uma dificuldade de delimitação do Direito Econômico do Direito Financeiro, visto que este cada vez mais deixa sua neutralidade para realizar os objetivos estatais no que se refere à ordem econômica.

Outras tentativas buscam abranger aspectos específicos da atividade econômica, das quais se destaca, em um primeiro momento, a que enxerga na produção e na circulação de riquezas o aspecto delimitador do Direito Econômico.

Entretanto, tal conceito falha ao ser demasiadamente privatístico, em razão de enfocar a atividade negocial da empresa dentro de uma visão microeconômica, em detrimento de questões macroeconômicas.

Além disso, é característica marcante da natureza do Direito Econômico o seu aspecto público, visto que se exerce no quadro de regime político, baseado em princípios constitucionais rígidos e tendo como pressuposto a garantia dos direitos fundamentais<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> MONCADA, Luís Cabral de. Op. cit., p. 10.

<sup>39</sup> VENÂNCIO FILHO, Alberto. Op. cit., p. 72.

Uma segunda definição enxerga o núcleo do Direito Econômico na “organização e desenvolvimento econômico”<sup>40</sup>, quer dependa do Estado, da iniciativa privada ou da soma de ambos.

De acordo com tal posição, o Direito Econômico abrangeria dois aspectos da ordem pública, sendo o primeiro o da ordem pública de *proteção*, que compreenderia os limites para a atividade privada a partir de regras da concorrência; e o segundo o da ordem pública de *direção*, atinente aos objetivos da política econômica que orientam a ação do Estado.

Não obstante compreender aspectos referentes às relações concorrenciais entre empresas, tal conceito falha ao não se atentar para o fato de que há empresas de natureza pública, privada e mistas.

Cumprе ressaltar, ainda, que o crescente processo de intervenção estatal e o conseqüente esbatimento da distinção entre o direito público e o direito privado, fez com que não mais fosse possível concluir com total segurança pela natureza jurídica de determinada atividade a partir da natureza publicística, privatística ou mista de determinado órgão.

Além do critério do objeto como delimitador, surge o conceito de Direito Econômico como “o direito da concertação e coletivização dos meios de produção e da organização da economia.”<sup>41</sup>

Com ênfase na noção de organização econômica, o Direito Econômico seria caracterizado pela interpenetrabilidade das regras que regem a Economia, sendo este ramo impermeável à distinção entre direito público e direito privado.

Falha tal definição por partir de uma orientação negativa, de que o Direito Econômico resultaria da ausência de um conteúdo capaz de individualizá-lo face aos demais ramos do Direito.

A partir de uma concepção finalista do Direito Econômico, buscou-se defini-lo também como o ramo do Direito responsável por promover o

---

<sup>40</sup> CHAMPAUD, Claude apud MONCADA, Luís Cabral de. Op. cit., p. 12.

<sup>41</sup> FARJAT, Gerald apud MONCADA, Luís Cabral de. Op. cit., p. 13.

equilíbrio dos agentes econômicos públicos e privados e o interesse econômico geral.

Tal perspectiva, no entanto, é demasiadamente fluida para lograr alcançar o conteúdo próprio do Direito Econômico: o interesse geral, por si só, não configuraria critério suficiente para excluir o direito privado comum do âmbito do Direito Econômico.

Cumprido citar, ainda, o entendimento segundo o qual o Direito Econômico seria o Direito “considerado nas suas consequências econômicas.”<sup>42</sup> Desta maneira, tratar-se-ia não de um ramo autônomo do Direito, mas de técnica de abordagem científica.

Todavia, consolidou-se, em doutrina nacional e internacional, o posicionamento no sentido de reconhecer o Direito Econômico como ramo autônomo do Direito<sup>43</sup>, sendo este decorrente do complexo de normas próprias, fruto da incorporação à ordem jurídica de uma rede fragmentária de comandos atinentes à atividade econômica, da qual fazem parte leis, decretos, portarias e atos administrativos<sup>44</sup>.

Ressalta-se que este complexo de normas não poderia estar amparado pelo direito privado, antes responsável por disciplinar a atividade econômica por meio do Direito Civil e do Direito Societário, por força, como visto, de uma transformação do tipo de atuação do Estado.

No âmbito do direito público, igualmente não compete ao Direito Administrativo regular matérias relativas à Economia, que o faz apenas em casos particulares, por meio, por exemplo, do poder de polícia.

---

<sup>42</sup> MONCADA, Luís Cabral de. Op. cit., p. 14.

<sup>43</sup> Além das correntes supracitadas, destaca-se: J. W. Hedeman e seus estudos sobre “*Wirtschaftsrecht*”, dedicados à ordenação da vida econômica e de seu desenvolvimento planejado; E. R. Huberque, que o caracterizava pela oposição entre liberdade e coação; François de Király, para quem se tratava de uma nova concepção científica do Direito, não obstante com objetivo e conteúdo ainda não definidos de maneira uniforme; Henri Guitton, que se refere à edificação de um Direito novo, distinto do direito privado e do direito público; Gratuliano de Brito que, ao escrever sobre a nova lei do abuso do poder econômico, referia-se à constituição de um verdadeiro Direito Econômico; Luiz Gonzaga do Nascimento e Silva, para quem era tarefa do jurista a criação das regras próprias ao Direito Econômico indo ao encontro da realidade social; dentre outros (VENÂNCIO FILHO, Alberto. Op. cit., p. 70-77).

<sup>44</sup> Ibid. p. 73.

Ademais, tal multiplicidade de estatutos legais referentes à disciplina da atividade econômica faz com que seja possível falar em uma lógica própria do Direito Econômico, visto que corresponderia a uma nova concepção científica do Direito, constituída com base nas modificações profundas ocorridas no organismo e na evolução da vida econômica, na transformação radical da legislação e da aplicação do Direito e, finalmente, nos métodos de sistematização e modos de análise jurídica do novo espírito econômico e social<sup>45</sup>.

É certo, entretanto, que a abordagem do Direito a partir de suas consequências econômicas é sustentada como forma de inserir o pragmatismo, o consequencialismo e a racionalidade econômica dentro do mundo jurídico, fatores a serem considerados na tomada de decisões jurídicas<sup>46</sup>.

De acordo com tal posição, dever-se-ia adotar um sincretismo metodológico, para que, na interpretação das leis, prevalecesse o entendimento razoável dos preceitos em detrimento do rigor da lógica racional, visto que o que se espera inferir das leis não é a melhor conclusão lógica, mas uma solução justa e humana.

Abre-se espaço, portanto, para a incursão da teoria econômica na teoria jurídica, o que, ao invés de significar na submissão desta àquela, revela o aumento da intercomunicação entre Direito e Economia, bem como importa na criação de um ambiente propício à transposição de critérios, a fim de atingir os melhores resultados práticos<sup>47</sup>. Neste sentido:

“Não se trata propriamente de uma sobrepujança da Economia sobre o Direito, mas sim de uma inevitável – em razão do aumento do poder efetivo dos capitais globalizados – valorização do elemento econômico na interpretação jurídica, elemento este que não era muito considerado pela hermenêutica jurídica.”<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> VENÂNCIO FILHO, Alberto. Op. cit., p. 73-74.

<sup>46</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade*. Disponível em <[http://biblioteca.universia.net/html\\_bura/ficha/params/title/interpreta%C3%A7%C3%A3o-consequencialista-analise-econ%C3%B4mica-do-direito-publico-a-luz-dos/id/52663197.html](http://biblioteca.universia.net/html_bura/ficha/params/title/interpreta%C3%A7%C3%A3o-consequencialista-analise-econ%C3%B4mica-do-direito-publico-a-luz-dos/id/52663197.html)>. Acesso em 28 mai. 2013.

<sup>47</sup> Ibid. p. 4.

<sup>48</sup> Ibid. p. 5.

Assim, a Economia contribui para a formulação e aplicação de políticas públicas: uma interpretação ou aplicação de determinada regra jurídica que não a permita atingir concreta e materialmente seus objetivos não pode ser considerada como a mais correta.

Não obstante as perspectivas apresentadas *supra*, o Direito Econômico é melhor delimitado como o ramo do direito público que tem por objetivo o estudo das relações entre os entes públicos e os sujeitos privados, na perspectiva da intervenção do Estado na vida econômica<sup>49</sup>.

Trata-se, desta forma, de ramo do direito público, seja por seu objeto, que corresponde a todo o complexo normativo por meio do qual ocorre a intervenção estatal na Economia, sendo estes instrumentos ou meios jurídicos expressão do *jus imperii* do Estado; seja por suas finalidades, visto que perquire os objetivos econômico-sociais que passaram a nortear a atividade do Estado.

Ademais, destaca-se que a intervenção do Estado na atividade econômica é fenômeno historicamente permanente e constante, presente em qualquer forma de Estado, visto que todo regime estatal implica em um mínimo de intervenção na atividade econômica:

“(...) até mesmo o Estado liberal puro, não obstante seu programa negativo em relação à economia, não pode desinteressar-se inteiramente de alguns aspectos do fenômeno econômico, seja para limitá-lo, seja para favorecê-lo e integrá-lo.”<sup>50</sup>

Conforme visto, a mera participação do Estado como garante da liberdade individual, se mostrou incapaz de realizar as finalidades que passou a assumir no lugar do mercado, visto que esta era incapaz de promover as realizações que lhe haviam sido confiadas.

Como método de abordagem próprio desta nova atuação do Estado, como agente de realizações face às modificações profundas ocorridas na vida econômica, na legislação e da aplicação do Direito e nos métodos de

---

<sup>49</sup> MONCADA, Luís Cabral de. Op. cit., p. 15.

<sup>50</sup> ZANOBINI, Guido apud VENÂNCIO FILHO, Alberto. Op. cit., p.70.

sistematização e análise jurídica, consolidou-se o Direito Econômico como responsável por tratar das intervenções do Estado no domínio econômico.

Entretanto, quando a abordagem passa para a tutela da livre concorrência, a consolidação da atuação do Estado com o intuito de promover os fins aos quais se propõe encontra maiores dificuldades, sendo necessário identificar e sedimentar os fundamentos e objetivos das normas referentes à concorrência, conforme o prisma do Direito Econômico, para que estas se confirmem como poderoso instrumento jurídico, a serviço de uma política estatal que atenda aos seus objetivos perante a ordem econômica.

### **1.5. O Direito Antitruste**

O impulso econômico e técnico promovido, sobretudo, durante o século XIX, resultou em disparidades em diversos aspectos da vida social, que, por sua vez, motivaram a transformação do papel do Estado para o de agente de realizações, tornando a atividade econômica objeto específico de sua atividade conformadora, a partir de uma atuação positiva.

Tendo o Direito Econômico se consolidado como o ramo do direito público, com o objetivo de estudar as relações entre os entes públicos e os sujeitos privados na perspectiva da intervenção do Estado na vida econômica<sup>51</sup>, o Direito Antitruste encontra dificuldades em firmar-se em posição semelhante: como técnica a que lança mão o Estado para repressão do abuso do poder econômico e para a tutela da livre concorrência<sup>52</sup>.

Contribui para isto a persistência em discussões excessivamente gerais sobre os objetivos do Direito Antitruste, sem mesmo a delimitação de um ordenamento jurídico ou momento histórico, que não só as torna estéreis, mas também desviam as atenções do Direito Antitruste como instrumento para a realização de determinada política econômica<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> MONCADA, Luís Cabral de. Op. cit., p. 15.

<sup>52</sup> FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 29.

<sup>53</sup> Ibid. p. 161.

Destaca Paula Forgioni a impressionante miríade de objetivos já atribuídos às leis antitruste, que vão desde a redistribuição de renda e proteção aos trabalhadores até a proteção das pequenas empresas, passando por eficiência econômica, bem-estar do consumidor e estabilidade de produção, dentre outros<sup>54</sup>.

Ao falar da paralisia do Direito Antitruste, Salomão Filho adverte que doutrina e jurisprudência contentam-se com polêmicas pontuais entre teorias econômicas, que levam a melhorias ao Direito Antitruste de modo bastante marginal<sup>55</sup>.

No que se refere ao Direito Antitruste no Brasil, tal situação é agravada com a incorporação acrítica de teorias desenvolvidas para realidades econômicas completamente distintas. O que impede o desenvolvimento de uma teoria jurídica própria, que permitiria um tratamento econômico e jurídico mais coerente à nossa realidade<sup>56</sup>.

Neste sentido, segundo Fábio Nusdeo:

“[a] tutela da concorrência e a repressão aos abusos do poder econômico são objetivos de caráter múltiplo, inseridos no próprio conjunto da política econômica de cada país, com o qual devem guardar uma necessária coerência. É por esse motivo que se tem observado, ao longo da história economia dos vários países, posições e atitudes diversas frente aos mesmos.”<sup>57</sup>

Desta forma, o Direito Antitruste vai sendo cada vez mais relegado a um tratamento prático e casuístico, o que acaba por transformá-lo em mero arranjo inteligente de normas destinado a evitar ou neutralizar certos efeitos do mercado<sup>58</sup>.

O reconhecimento do atual papel do Direito Antitruste passa por enxergar na terminologia “concorrência” fenômenos diversos: distinguem-se, de um lado, as regras que disciplinam a conduta dos agentes econômicos, relacionadas ao fenômeno econômico da concorrência; e, de

---

<sup>54</sup> Ibid. p. 163.

<sup>55</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. A paralisia do Antitruste. *Revista do IBRAC: Direito Concorrencial, Consumo e Comércio Internacional*. São Paulo, n. 16, p. 305, jan. 2009.

<sup>56</sup> Ibid. p. 306.

<sup>57</sup> NUSDEO, Fábio apud FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 161.

<sup>58</sup> FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 29.

outro, a regulação da concorrência correlata a um discurso técnico-econômico<sup>59</sup>.

Enquanto estas permanecem adstritas à noção de concorrência nos moldes estabelecidos pelo liberalismo econômico, aquelas tratam do fenômeno da disciplina dos agentes econômicos de maneira geral e abrangente.

Deste modo, partindo do entendimento de que o mercado existe desde que haja uma pluralidade de interessados competindo por oportunidades de trocas<sup>60</sup>, as regras concorrenciais podem ser encontradas em qualquer período histórico que preencha o requisito da existência do mercado, sendo estas de duas ordens: criadas pelos próprios comerciantes e decorrentes de regulamentação por autoridade exterior.

A evolução deste fenômeno da concorrência pode ser dividida em três fases principais. Em um primeiro momento, as regras concorrenciais têm razões absolutamente práticas, visando resultados eficazes e imediatos: com a finalidade de eliminar distorções tópicas<sup>61</sup>.

Em um segundo momento, entende-se a concorrência por seu aspecto técnico-econômico. Esta assume identificação correlata a um modelo de organização do mercado, para o qual é indissociável e indispensável. Fala-se, então, em *concorrência-condição*.

Tal noção decorre do liberalismo econômico do século XIX, segundo o qual são as leis econômicas benfazejas por si, visto que fazem parte de um sistema de produção e circulação entendido como ótimo. A concorrência é

---

<sup>59</sup> Ibid. p. 34.

<sup>60</sup> Ibid. p. 34.

<sup>61</sup> Por esta perspectiva, já se regulava a concorrência, por exemplo, na antiguidade grega, ao regulamentar os monopólios instituídos em momentos de crise econômica, limitar o poder de agentes econômicos capazes de manipular os preços e a oferta de produtos de maneira artificial e limitar o estoque e prefixar o lucro máximo dos comerciantes importadores de grãos; na antiguidade romana, ao coibir monopólios; na Idade Média, ao conceder a agentes privados determinados monopólios e, no âmbito das corporações de ofício, nas regras de conduta que vedavam a intromissão nos negócios iniciados por outro agente econômico, bem como a abertura de loja ou oficina concorrente senão a certa distância das já existentes, além da comercialização de produtos diferentes da categoria artesanal da corporação; no Mercantilismo, ao permitir o exercício de monopólios do direito marítimo e instituir sistemas de exclusividade de exploração de colônias. (Ibid. p. 37-54).

tida como única solução para promover o bem estar social sem a necessidade de intervenção estatal:

“preservando-se a competição entre os agentes econômicos, atende-se ao interesse público (preços inferiores aos de monopólio, melhora da qualidade dos produtos, maior nível de atividade econômica, etc.), ao mesmo tempo em que se assegura ao industrial ou comerciante ampla liberdade de atuação, com a concorrência evitando qualquer comportamento danoso à sociedade.”<sup>62</sup>

Assim, o mercado funcionaria como um aparelho regenerador, promovendo a reciclagem do hedonismo individual em acomodação racional do interesse da coletividade<sup>63</sup>.

Com os fenômenos da cartelização e, posteriormente, dos trustes, sendo estes instrumento empresarial criado para permitir a administração centralizada de agentes econômicos pertencentes a um mesmo mercado, em detrimento da concorrência, verificou-se um processo de concentração econômica a partir da integração horizontal de empresas e consequente convergência do poder em poucos centros decisórios.

A partir do crescimento do discurso contrário à considerada excessiva concentração do poder econômico, de iniciativa de consumidores, agricultores e agentes econômicos menores<sup>64</sup>, iniciou-se uma mobilização antitruste que culminaria em uma série de atos normativos que disciplinassem o processo de concentração de empresas, dos quais se destaca o *Sherman Act*, de 1890, e o *Clayton Act* de 1914.

Tão logo a promulgação das leis antitruste, duas principais escolas de pensamento econômico propuseram objetivos para as regras da concorrência, quais sejam, as escolas de Harvard e de Chicago, em verdadeira “disputa pela alma do Direito Antitruste.”<sup>65</sup>

---

<sup>62</sup> Ibid. p. 59.

<sup>63</sup> NUSDEO, Fábio apud FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 59.

<sup>64</sup> FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 71.

<sup>65</sup> PIRAINO JUNIOR, Thomas A.. *Reconciling the Harvard and Chicago Schools: a new Antitrust approach for the 21<sup>st</sup> Century.* p. 348 Disponível em <<http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol82/iss2/4/>>. Acesso em 11 mai. 2013.

Apesar de possuírem base essencialmente comum, apresentavam objetivos e instrumentos relativamente distintos<sup>66</sup>.

Para a Escola de Harvard, também chamada de estruturalista, o escopo das regras da concorrência seria o combate à criação de poder de mercado, em vista dos impactos negativos causados pelos atos de concentração.

Esta corrente parte do pressuposto de que a detenção de determinado poder de mercado importará na prática de atos anticompetitivos. Desta forma, a principal ação das autoridades antitruste deve ocorrer de maneira preventiva, sendo esta realizada, por exemplo, por meio das presunções de ilegalidade de determinados atos de concentração, não obstante existissem possíveis aumentos de eficiência, independentemente das possíveis eficiências que a operação pudesse oferecer ao mercado, com a diminuição do preço ou aumento da produtividade<sup>67</sup>.

Busca-se, portanto, uma estrutura de mercado pulverizada, em razão da eficiência econômica de um mercado ser determinada pelo número e tamanho de agentes econômicos.

Tal orientação tem como mérito a segurança nas decisões nos órgãos antitruste: à medida que é de conhecimento dos agentes econômicos o posicionamento contrário acerca de determinado ato de concentração, estes certamente não começaram ou prosseguirão nas negociações. Como grande desvantagem, há o desincentivo a que os agentes se engajem em condutas que poderiam aumentar a eficiência<sup>68</sup>, o que representa claro desestímulo à atividade econômica.

A visão estruturalista teve predominância entre as décadas de 1950 e 1980, quando houve a adoção por parte dos órgãos antitruste da teoria da chamada Escola de Chicago.

---

<sup>66</sup> FAGUNDES, Jorge. Os objetivos da política de defesa da concorrência: a Escola de Harvard e a Escola de Chicago. *Revista do IBRAC: Direito Concorrencial, Consumo e Comércio Internacional*. São Paulo, n. 10, p. 133, jan. 2003.

<sup>67</sup> PIRAINO JUNIOR, Thomas A.. Op. cit., p. 349.

<sup>68</sup> Ibid. p. 350.

Em oposição à Escola de Harvard, a Escola de Chicago afasta a presunção de ilegalidade de diversos tipos de condutas competitivas, o que torna as agências mais lenientes nas decisões sobre atos de concentração<sup>69</sup>.

Tal posição é motivada na crença de que o mercado seria capaz de corrigir eventuais ineficiências sem qualquer intervenção de autoridades. Em verdade, as decisões dos órgãos da concorrência viriam apenas a prejudicar a natural correção do mercado<sup>70</sup>.

Os autores da Escola de Chicago defendem, portanto, o menor grau possível de regulamentação do Estado na atividade econômica através do afastamento dos elementos que não conduzem à eficiência econômica, sendo este o único valor social a ser considerado nas decisões dos órgãos da concorrência<sup>71</sup>.

Portanto, o elevado grau de concentração em um determinado mercado seria normalmente fruto da eficiência dos agentes econômicos, sendo que os custos associados à intervenção do Estado para reduzir a concentração seriam maiores do que os possíveis benefícios<sup>72</sup>.

Sob esta perspectiva, o domínio de mercado por poucos ou apenas um agente seria resultado do maior grau de eficiência em relação aos demais concorrentes, sendo a manutenção de um elevado *market share* dependente da capacidade destes se manterem mais eficientes ao longo do tempo. Além disso, via de regra, estas situações trazem benefícios à sociedade<sup>73</sup>.

Membros da Escola de Chicago, dirão, inclusive, que a própria criação da estrutura antitruste decorre de uma interpretação falha da leis econômicas referentes à concorrência. Nesse sentido, Alan Greenspan afirma:

---

<sup>69</sup> Ibid. p. 351.

<sup>70</sup> Ibid. p. 350.

<sup>71</sup> FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 175.

<sup>72</sup> FAGUNDES, Jorge. Op. cit., p. 139.

<sup>73</sup> Ibid., p. 140.

*“No one will ever know what new products, processes, machines, and cost-saving mergers failed to come into existence, killed by the Sherman Act before they were born. No one can ever compute the price that all of us have paid for that Act which, by inducing less effective use of capital, has kept our standard of living lower than would otherwise have been possible.”*<sup>74</sup>

Tais argumentos remontam à perspectiva da primazia da atividade econômica à regra jurídica, o que deve implicar, por conseguinte, na abstenção do Estado na conformação da Economia. Entretanto, é certo que, como já visto, o final do século XIX traz o Estado como agente de realizações no cenário econômico, proporcionando o esbatimento da distinção entre a esfera pública e a esfera privada e a funcionalização da autonomia privada.

A intervenção do Estado na atividade econômica faz surgir um terceiro período da regulação da concorrência, marcado pela *concorrência-instrumento*, ou seja, pelas normas antitruste como instrumento de implementação de políticas públicas.

A perspectiva da concorrência como instrumento remonta ao pós-guerra europeu: não obstante ter o Tratado de Potsdam regulado a política por meio da qual seria promovida a descartelização da economia alemã, foi o Tratado de Paris, assinado em 1951, que instituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, o responsável por assumir finalidades relacionadas à harmonia econômica dos Estados-membros e estabelecimento de um mercado comum, conforme previsto em seu artigo 2º do Tratado<sup>75</sup>.

Ademais, o artigo 5º do referido diploma prevê como objetivo dos Estados-membros, assegurar o estabelecimento, manutenção e respeito de condições normais de concorrência.

Há de se falar, desta forma, em um contexto de *dupla instrumentalidade*, visto que, se por um lado, a concorrência organiza os processos que fluem segundo as regras da economia e de mercado, de maneira a exercer seu papel de manutenção do sistema, a fim de perquirir a

---

<sup>74</sup> GREENSPAN, Alan et. al. *Capitalism: The Unknown Ideal* (Signet Shakespeare). 1ª ed. New York: Signet, 1986. *e-book*.

eficiência econômica; por outro, converte-se em instrumento de que lança mão o Estado para a consecução de determinadas finalidades através de políticas públicas<sup>76</sup>.

Tal fato se justifica a partir do reconhecimento de que novos mecanismos regulatórios da Economia em cada fase da história política e econômica do Estado não causam o fim dos instrumentos característicos das fases anteriores, sendo o dinamismo das relações entre atividade econômica e intervenção do Estado caracterizado por um processo não substitutivo, mas acumulativo<sup>77</sup>.

Deste modo, é possível falar em uma *política de concorrência*, caracterizada pela conjunção de (i) práticas das autoridades da concorrência e tribunais, que, mediante a aplicação do conjunto de normas vigentes perseguem determinado objetivo, o que confere caráter dinâmico às regras antitruste; (ii) edição de normas em abstrato que tenham impacto sobre mercados livres ou regulares; e (iii) critérios governamentais que pautam a alocação de recursos a uma ou a outra prioridade, sobre as quais, podem dispor as autoridades da concorrência<sup>78</sup>.

Sendo certo que a Constituição de 1988 promoveu a concorrência como técnica para implementação de políticas públicas, cumpre, a partir da disciplina constitucional e, posteriormente, da renovada legislação concorrencial, analisar o tratamento dado à concorrência pelo ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>76</sup> FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 83.

<sup>77</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da proporcionalidade no Direito Econômico. *Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro*. São Paulo, n. 121, p. 57, jan./mar. 2001.

<sup>78</sup> GOLDBERG, Daniel. Op. cit., p. 28.

## 2. A Concorrência na Constituição de 1988

“(...) a Carta Magna, ora em vigor, optou por uma posição intermédia entre o liberalismo oitocentista, infenso a toda e qualquer intervenção do Estado, e o dirigismo estatal.”

Miguel Reale

Conforme analisado, os fundamentos do Direito Antitruste se relacionam com as exigências de uma atuação conformadora da atividade econômica por parte do Estado a fim de suplementar as forças de mercado em seu papel de trazer o equilíbrio social e econômico.

Sob este prisma, elege-se o Direito Econômico, enquanto ramo do direito público cujo objetivo é o estudo das relações entre os entes públicos e os sujeitos privados, na perspectiva da intervenção do Estado na vida econômica<sup>79</sup>, como método de estudo adequado para tratar da interação “dialética, dinâmica e mutável”<sup>80</sup> que ocorre entre a regra jurídica e a atividade econômica, sendo certo de já ter sido acolhido pela doutrina.

Em matéria concorrencial, entretanto, discussões e polêmicas quanto aos objetivos do Direito Antitruste acabam por afastá-lo de seu melhor entendimento, qual seja, como técnica a que lança mão o Estado para repressão do abuso do poder econômico e tutela da livre concorrência<sup>81</sup>.

O reconhecimento do Direito Antitruste como forma de intervenção no domínio econômico permite a abordagem de seus objetivos não apenas de maneira teórica e abstrata, mas também a partir do conjunto de normas constitucionais e infraconstitucionais que disciplinam a concorrência em determinado ordenamento jurídico.

---

<sup>79</sup> MONCADA, Luís Cabral de. Op. cit., p. 15.

<sup>80</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Conceito jurídico de regulação da Economia. *Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro*. São Paulo, n. 122, p. 39, abr./jun. 2001.

<sup>81</sup> FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 29.

Em outros termos, conhecer os objetivos do Direito Antitruste passa necessariamente por identificar os objetivos perquiridos pelo próprio Estado ao disciplinar a ordem econômica, sendo certo que, no caso brasileiro, estes objetivos foram traçados pela Constituição de 1988.

Desta forma, o foco do presente capítulo será analisar as normas constitucionais que institucionalizam a ordem econômica e, especificamente, à concorrência, certo da opção do constituinte (i) pela economia capitalista de mercado, baseada na livre iniciativa e valorização do trabalho humano; e (ii) pela consagração da livre concorrência em seu contexto de *dupla instrumentalidade* e, portanto, em caráter organizacional e instrumental.

Cumpre, para tanto, traçar breve panorama da história constitucional brasileira no que se refere à intervenção estatal na atividade econômica.

## **2.1. Breve Histórico da Ordem Econômica**

Ausentes na Constituição de 1824 e na Constituição de 1891, que conservavam o afastamento do Estado da esfera privada, a partir do antigo conceito de Estado de Direito, a ordem econômica é inaugurada no âmbito constitucional na Carta de 1934, com influência das Constituições do México, de 1917 e, principalmente, de Weimar, de 1919, as primeiras a disciplinar, de maneira sistemática, as regras referentes à ordem econômica<sup>82</sup>.

O diploma de 1934 se enquadra no espírito do Estado Social, refletindo o desenvolvimento de uma ordem econômica e social mais consentânea com as aspirações da classe trabalhadora e com as novas atividades do Estado<sup>83</sup>. Não por outro motivo, a ordem econômica foi prevista em seu Título IV, em conjunto com a ordem social, assim como

---

<sup>82</sup> SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 786.

<sup>83</sup> VENÂNCIO FILHO, Alberto. Op. cit., p. 34.

ocorrera na Constituição de Weimar, organização que persistiu até a vigência da atual Constituição<sup>84</sup>.

Por sua vez, a Constituição de 1937, sem destruir de todo as inovações previstas no estatuto anterior, acentuou os mecanismos de intervenção do Estado na Economia, principalmente a partir da criação de autarquias econômicas para defesa de produtos agrícolas e da indústria extrativa, bem como da criação de decretos-leis<sup>85</sup>.

Não obstante a ausência de qualquer previsão quanto à repressão ao abuso do poder econômico, a Constituição de 1937 fazia referência, em seu artigo 135, à intervenção estatal como forma de “suprir as deficiências da iniciativa individual”, tendo sido este o permissivo constitucional para a promulgação do Decreto-lei nº 869/38<sup>86</sup>, a primeira preocupação legislativa com a concentração empresarial. À época, optou-se pelo controle *a posteriori* e na esfera criminal<sup>87</sup>.

Posteriormente, o mesmo artigo fundamentou a promulgação do Decreto-lei nº 7.666/45<sup>88</sup>, conhecido como Lei Malaia, que atribuía caráter de ilícito administrativo a atos anticompetitivos contrários aos “interesses da economia nacional.”<sup>89</sup>

Embora com as mesmas bases econômicas da Constituição de 1934, a Constituição de 1946 aumentou o intervencionismo estatal, principalmente em atenção a problemas de ordem regional<sup>90</sup>.

Além disso, fala-se pela primeira vez em repressão ao abuso do poder econômico “inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim

---

<sup>84</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Ordem econômica na Constituição brasileira de 1988. *Revista de Direito Administrativo: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. São Paulo, n. 6, p. 404, mai. 2011.

<sup>85</sup> VENÂNCIO FILHO, Alberto. Op. cit., p. 35.

<sup>86</sup> Publicado na Coleção de Leis do Brasil em 31 de dezembro de 1938 e posteriormente reproduzido pela Lei 1.521, de 26 de dezembro de 1951.

<sup>87</sup> MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil, In: GILBERTO, André Marques et. al. (Org.). *Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro*. São Paulo: Singular, 2011. p. 23.

<sup>88</sup> Publicado na Coleção de Leis do Brasil em 31 de dezembro de 1945.

<sup>89</sup> MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit., p. 24.

<sup>90</sup> VENÂNCIO FILHO, Alberto. Op. cit., p. 36.

dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros’’, conforme redação de seu artigo 148.

A Constituição de 1967 mantém a forte intervenção no domínio econômico, com destaque para o §8º do mesmo artigo 157, que permitia a intervenção e o monopólio de determinada indústria ou atividade para organizar setor “que não pudesse se desenvolver no regime de competição e de liberdade de iniciativa.”

Da mesma forma, manteve-se a repressão ao abuso do poder econômico no inciso VI do mesmo artigo 157, agora “caracterizada pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros”.

A Constituição de 1969 repete tais disposições em seus artigos 163 e 160, inciso V, respectivamente.

Desta forma, conclui-se, em um primeiro momento, pela predominância do intervencionismo estatal na ordem econômica anterior à Constituição de 1988, em detrimento da livre iniciativa como condutora do mercado, fato que se verificava nos mais diversos aspectos da atividade econômica, conforme análise da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”):

“O Estado controlava preços em muitos setores, e a maioria das grandes corporações industriais, de transporte e financeiras do País ou eram empresas públicas ou monopólios privados sancionados publicamente.”<sup>91</sup>

Ademais, conclui-se que, desde 1946, a preocupação com a competição se dava por meio da repressão ao abuso do poder econômico que visasse dominar mercados, eliminar a concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros.

Visto isso, passa a análise para a ordem econômica consagrada pela Constituição de 1988.

---

<sup>91</sup>OECD & Inter-American Development Bank. *Lei e política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares*. p. 10. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTsvc.asp?DocumentID=%7B47F13E26-DFEB-4D2E-B611-E6E4C97954F0%7D&ServiceInstUID=%7B2E2554E0-F695-4B62-A40E-4B56390F180A%7D>>. Acesso em 31 mai. 2013.

## 2.2. A Ordem Econômica de 1988

A Carta de 1988 prevê a ordem econômica em seu Título VII, da Ordem Econômica e Financeira, dividido da seguinte forma: Capítulo I, dos Princípios Gerais da Atividade Econômica; Capítulo II, da Política Urbana; Capítulo III, da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária; e Capítulo IV, do Sistema Financeiro Nacional.

Ressalta-se que a Constituição de 1988 traz disposições que, não obstante se encontrarem fora do Título VII, também operam a institucionalização da intervenção estatal, v.g., as normas contidas nos artigos 1º e 3º, constantes do Título dos Princípios Fundamentais e os artigos do Título da Ordem Social, sobretudo os artigos 8º e 9º do texto<sup>92</sup>.

De acordo com Eros Grau, para construção do Título VII, utilizou-se o constituinte dos critérios da *propriedade*, enquanto apropriação dos meios de produção, corolário do modo de produção capitalista, e da *empresa*, como expressão dos bens de produção em dinamismo<sup>93</sup>.

Por sua vez, Fábio Konder Comparato, vê o Título organizado em função do conjunto de atividades de produção e distribuição de bens e serviços no mercado<sup>94</sup>.

Sendo certo que a organização topológica do Título tem função meramente indicativa das disposições constitucionais que, em seu conjunto, tratam da intervenção estatal na Economia<sup>95</sup>, bem como da “impossibilidade lógica e prática de se isolar o elemento econômico do contexto social”<sup>96</sup>, a previsão da ordem econômica dissociada da ordem social, como ocorria desde 1934, sinaliza para a mudança de perspectiva quanto ao papel do Estado no domínio econômico: a Constituição de 1988 consagra uma *economia capitalista de mercado*.

---

<sup>92</sup> GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 84.

<sup>93</sup> Ibid. p. 172-173.

<sup>94</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 2.

<sup>95</sup> GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 84.

<sup>96</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 2.

Portanto, prevalece a crença de que a competição entre os agentes econômicos privados, de um lado, e a liberdade de escolha dos consumidores, de outro, produzirão os melhores resultados sociais<sup>97</sup>.

Crê, ainda, na livre iniciativa como mecanismo mais eficiente para o desenvolvimento econômico, o que se dá por duas vias: por sua elevação, em conjunto com a valorização do trabalho humano, à condição de fundamento da ordem econômica e pela redução e transformação da intervenção do Estado na Economia.

A consagração da livre iniciativa como fundamento da ordem econômica se deu pelo *caput* do artigo 170 da Constituição<sup>98</sup>, tendo sido prevista, ainda, como fundamento da própria República, de acordo com o inciso IV do artigo 1º, que se refere aos “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.”

Conforme ensinado por Luis Roberto Barroso, tratam-se de decisões políticas fundamentais do constituinte originário de 1988, que “subordinam toda a ação do Estado, bem como a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais.”<sup>99</sup>

Por este motivo, refletem-se em outras disposições constitucionais.

A valorização do trabalho humano, por exemplo, está assegurada também nas regras do artigo 7º, em que estão assegurados os direitos do trabalho e nas garantias do artigo 5º ao direito autoral, no inciso XXVII; à

---

<sup>97</sup> BARROSO, Luis Roberto Barroso. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 226. p. 187-212, out./dez. 2001.

<sup>98</sup> Cumpre transcrever o artigo 170 em sua completude: “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.”

<sup>99</sup> BARROSO, Luis Roberto Barroso. Op. cit., p. 189.

proteção patentária, no inciso XXIX; e aos profissionais de espetáculos públicos ou de obras coletivas, no inciso XXVIII<sup>100</sup>.

A livre concorrência, por sua vez, liga-se à propriedade privada, constante dos artigos 5º, XXII e 170, inciso II; à liberdade de empresa, prevista no parágrafo único do artigo 170; à livre concorrência (em seu papel funcional, como demonstrado *infra*) no artigo 170, inciso IV; e ao princípio da legalidade, com fundamento no artigo 5º, inciso II<sup>101</sup>.

Além destes, integra o núcleo da livre iniciativa também a liberdade de empresa, materializada no parágrafo único do artigo 170, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização, salvo nos casos previstos em lei.

Num segundo viés, a Constituição também homenageia a livre iniciativa ao reformular o instituto da intervenção do Estado, seja por limitar as possibilidades da intervenção direta, seja por privilegiar a intervenção indireta.

Neste sentido, o artigo 173 da Constituição prevê a exploração da atividade econômica pelo Estado de forma extremamente restritiva, “permitida quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”, conforme previsto pelo artigo 173 da Constituição.

Neste sentido, ensina Pedro Paulo Cristófaró:

“Não obstante a segurança nacional ser conceito um tanto fantasmagórico cujos contornos não puderam ser precisados nem mesmo durante o período recente da nossa história em que esteve em evidência, e o interesse coletivo se preste a interpretação ampla e variada, o fato é que a menção a estes conceitos no artigo 173 da Constituição significa grave restrição à possibilidade de o Estado exercer diretamente a atividade econômica.”<sup>102</sup>

Se a redefinição do modelo econômico justifica-se, por um lado, pela crença na livre iniciativa como apta a produzir os melhores resultados sociais, por outro, se dá pelo reconhecimento da incapacidade financeira –

---

<sup>100</sup> Ibid. p. 189.

<sup>101</sup> Ibid. p. 190.

<sup>102</sup> CRISTÓFARO, Pedro Paulo. Op. cit., p. 177.

somada à incompetência – do Estado para intervir diretamente no domínio econômico<sup>103</sup>, o que leva a uma preferência pelas atividades de regulação, fiscalização e fomento, em substituição ao Estado prestador e produtor<sup>104</sup>.

Desta forma, o artigo 174 da Constituição outorga ao Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, o poder para exercer “na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento.”

Portanto, alteram-se, também, os instrumentos para realização dos objetivos da ordem econômica, a partir da perspectiva do Estado como árbitro das atividades privadas<sup>105</sup>.

Importa em reconhecer que o fim do paradigma dos monopólios públicos e a abertura de campo para a iniciativa privada configura mecanismo mais eficiente para o desenvolvimento econômico, visto que proporciona ganhos de qualidade, baixa de preços e aumento das possibilidades de escolha<sup>106</sup>.

Assim, o escopo primordial da regulação estatal passa a residir no compromisso de não somente conciliar a lógica privada do lucro com a “prestação do serviço público e com os princípios que integram a ordem econômica constitucional, mas também erigir mecanismo que propiciem a universalidade de tais serviços.”<sup>107</sup>

Soma-se, ainda, que a intervenção estatal na ordem econômica há de respeitar o princípio da livre iniciativa, bem como os demais princípios constitucionais, de forma a que estes não sejam inviabilizados.

Precisa Lúcia Valle Figueiredo que:

"As balizas da intervenção serão, sempre e sempre, ditadas pela principiologia constitucional, pela declaração expressa dos fundamentos do Estado Democrático

---

<sup>103</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin; RECK, Melina Breckenfeld. A constituição econômica e a interface entre regulação setorial e antitruste no Direito brasileiro. *Revista do IBRAC: Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. São Paulo, n. 16, p. 101, jan. 2009.

<sup>104</sup> Ibid. p. 102.

<sup>105</sup> Ibid. p. 102.

<sup>106</sup> Ibid. p. 105.

<sup>107</sup> Ibid. p. 102.

de Direito, dentre eles a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.”<sup>108</sup>

Neste sentido, é importante tópico o da regulação dos atos de concentração econômica, típico exemplo de intervenção indireta do Estado através de seu poder de polícia. Por força do princípio da proporcionalidade, deve-se cuidar para que não se esvaziem princípios econômicos outros, visto que a coação administrativa:

“deve atender às particularidades do princípio da legalidade (com cláusulas de habilitação geral, metamorfose funcional e competencial...) e à incidência que sobre o mesmo adquire o princípio da oportunidade, junto com os de congruência ou idoneidade e proporcionalidade *sensu stricto* ou proibição do excesso, que obriga tanto à eleição do meio mais suave entre os idôneos ou adequados, como a ponderar a salvaguarda do interesse público com a conseguinte restrição da liberdade afetada.”<sup>109</sup>

Como se vê, não obstante tenha sido uma constante nos regimes constitucionais anteriores, a livre iniciativa aparece na Carta de 1988 com protagonismo inédito, em razão da diminuição da intervenção estatal predominante desde 1934.

Entretanto, esta desintervenção não significa a adesão a uma abordagem irrestritamente liberal. Em verdade, trata-se de um reforço no seu papel necessário e indispensável de efetivar os objetivos perquiridos pela Constituição.

Ademais, não se pode aceitar que o fim dos monopólios públicos e a abertura de campo para a iniciativa privada resulte na criação de monopólios privados, tampouco no exercício do poder econômico de forma abusiva<sup>110</sup>.

Neste sentido:

“A abertura à concorrência não consistiu unicamente em um processo ‘liberalizador’ (eliminação de barreiras de entrada ao exercício da atividade). Pelo contrário, nestes setores, a privatização e a liberalização foram

<sup>108</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle apud STF, RE n. 648.622/DF. Rel. Ministro Luiz Fux, Brasília, 20 nov. 2012.

<sup>109</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da proporcionalidade no Direito Econômico. *Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro*. São Paulo, n. 121, p. 80, jan./mar. 2001.

<sup>110</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin; RECK, Melina Breckenfeld. Op. cit., p. 106.

acompanhadas de um novo modelo de regulação para a concorrência, pois dadas as características de monopólio natural, presente em algumas fases de sua atividade, e as tendências colusivas de muitos desses setores, a privatização e a teórica liberalização poderiam posteriormente desembocar em um monopólio privado, tão ineficiente ou mais que o serviço público monopolizado de titularidade estatal.”<sup>111</sup>

Desta forma, cumpre analisar as previsões constitucionais no que se refere à concorrência, sendo certo que, além da manutenção do princípio da repressão ao abuso econômico, a Constituição de 1988 erige, pela primeira vez, um princípio da livre concorrência.

### **2.3. A Concorrência na Constituição de 1988**

A concorrência é prevista em dois dispositivos constitucionais, quais sejam, o princípio da livre concorrência, disposto no inciso IV do artigo 170 da Constituição e o princípio da repressão aos abusos do poder econômico, previsto no §4º do artigo 173.

Como visto, a repressão ao abuso do poder econômico tem previsão em sede constitucional desde 1946. Cumpre notar, de início, que o poder econômico é dado constitucionalmente institucionalizado, sendo reprimido apenas o seu abuso<sup>112</sup>.

Em verdade, não há de se falar em oposição entre o princípio da livre concorrência e o princípio da repressão ao abuso do poder econômico, visto que o poder econômico é a regra, não a exceção<sup>113</sup>.

Ensina Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

“Trata-se, modernamente, de um processo comportamental competitivo que admite gradações tanto de pluralidade quanto de fluidez. É este elemento comportamental – a competitividade – que define a livre concorrência. A competitividade exige, por sua vez, descentralização de coordenação com base da formação de produção. Neste sentido, a livre concorrência é forma de tutela do consumidor, na medida em que competitividade induz a uma distribuição de recursos a mais baixo preço. De um ponto de vista político, a livre concorrência é garantia de oportunidades iguais a todos os agentes, ou seja, é uma forma de desconcentração do poder. Por fim, de um ângulo social, a competitividade deve

---

<sup>111</sup> ORTIZ, Gaspar Ariño Ortiz; GÁRCIA-MORATO, Lucía Lopez apud CLÈVE, Clèmerson Merlin; RECK, Melina Breckenfeld. Op. cit., p. 106.

<sup>112</sup> GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 206.

<sup>113</sup> Ibid. p. 207.

gerar extratos intermediários entre grandes e pequenos agentes econômicos, como garantia de uma sociedade mais equilibrada.”<sup>114</sup>

Discute-se na doutrina, ainda, quanto à abrangência da previsão da repressão ao abuso do poder econômico.

Por um lado, argumenta-se que o fundamento da adoção de um direito concorrencial estaria adstrito ao previsto no §4º do artigo 174, que prevê a repressão ao abuso do poder econômico.

Desta forma, o abuso do poder econômico apenas estaria configurado nas hipóteses restritivas da eliminação da concorrência, dominação do mercado e aumento arbitrário dos lucros. Ademais, a configuração da abusividade da conduta dependeria da comprovação do elemento doloso.

Não obstante a segurança jurídica, tal interpretação acabaria por retirar a real aplicabilidade do princípio da livre concorrência, limitando sobremaneira a possibilidade de atuação do Estado.

O reconhecimento da livre concorrência enquanto valor instrumental necessário à consecução das finalidades da ordem econômica insta em considerar os parâmetros previstos no §4º como os limites máximos para intervenção legislativa face ao fenômeno concorrencial<sup>115</sup>.

Por este motivo, prefere-se à expressão antitruste a concorrência, visto que esta não constitui um fim em si mesmo, encontrando-se atrelada aos demais princípios e fins plasmados na ordem econômica<sup>116</sup>.

O princípio da livre concorrência, por sua vez, está previsto no inciso IV do artigo 170 da Constituição.

Ressalta-se que está entre os princípios setoriais da ordem econômica, sendo eles os da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades

---

<sup>114</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio Júnior apud GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 208.

<sup>115</sup> COSTA, Maurício de Moura. O princípio constitucional de livre concorrência. *Revista do IBRAC: Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. São Paulo, n. 5, p. 16, jan. 1998.

<sup>116</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin; RECK, Melina Breckenfeld. Op. cit., p. 106.

regionais e sociais, da busca pelo pleno emprego, e da expansão das empresas de pequeno porte.

Nota-se que tais princípios não apresentam uma homogeneidade funcional. Por este motivo, Luís Roberto Barroso os divide entre *princípios de funcionamento*, responsáveis por estabelecer a dinâmica das relações produtivas, tendo como principais destinatários os agentes econômicos privados; e *princípios-fins*, que determinam as orientações a serem seguidas pelo Estado na formulação da política econômica<sup>117</sup>.

Desta forma, são *princípios de funcionamento* da ordem econômica a soberania nacional; a propriedade privada; a função social da propriedade; a livre concorrência; a defesa do consumidor; e a preservação do meio ambiente<sup>118</sup>.

Ao estabelecerem a dinâmica das relações produtivas, tais princípios apresentam, de um lado, a limitação à atuação tanto da atividade dos agentes econômicos privados quanto do Estado.

De outro, revelam a opção pelo capitalismo de mercado, tendo em vista a consagração da propriedade privada e da livre concorrência. Além disso, estão intimamente ligados à livre iniciativa: trata-se a propriedade privada de condição inerente à livre iniciativa e lugar da sua expansão<sup>119</sup>.

Os *princípios-fins*, por sua vez, descrevem uma realidade fática desejada pelo constituinte e comandada pelo Poder Público. Como o próprio nome sugere, tratam-se das finalidades a que o Estado visa implementar na ordem econômica<sup>120</sup>, sendo eles a existência digna para todos, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca pelo pleno emprego e a expansão das empresas de pequeno porte.

Aceita-se nesta lista de *princípios-fins* o previsto no *caput* do artigo 170 como assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da

---

<sup>117</sup> BARROSO, Luis Roberto Barroso. Op. cit., p. 189.

<sup>118</sup> Ibid. p. 194.

<sup>119</sup> Ibid. p. 194.

<sup>120</sup> Ibid. p. 193.

justiça social, eleito pelo constituinte o objetivo precípua da ordem econômica.

Para Eros Grau, trata-se de nova previsão do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, previsto também como fundamento da República no inciso III do artigo 1º da Constituição<sup>121</sup>: nesta segunda consagração, o princípio assume papel relevante de comprometer o exercício da atividade econômica com o programa de promoção da existência digna, devendo ser observado tanto pelo setor público quanto pelo setor privado<sup>122</sup>.

Cita-se, a este respeito, a posição de José Afonso da Silva, para quem tal declaração não tem significado substancial, visto que este não é garantido pelos demais princípios da ordem econômica. Além disso, a Constituição institui um modelo capitalista, caracterizado pelo individualismo e pela concentração do capital, enquanto a justiça social apenas se realiza mediante equitativa distribuição de riqueza<sup>123</sup>.

No que se refere ao princípio da livre concorrência, ressalta-se que, assim como a legislação antitruste em vigor, a Constituição por bem não define o conceito de concorrência, visto que “qualquer tentativa de lhe definir condições, modo de atuação ou efeitos corre o risco de estreitar a sua aplicabilidade jurídica.”<sup>124</sup>

Por este motivo, caminhou a doutrina para uma compreensão do princípio como decorrência da livre iniciativa. Tal posicionamento pressupõe a concorrência como fenômeno real, sem conteúdo normativo, inspirada nas bases teóricas do liberalismo econômico, que via a concorrência como pura e perfeita<sup>125</sup>.

---

<sup>121</sup> GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 193.

<sup>122</sup> Ibid. p. 193.

<sup>123</sup> Ibid. p. 788-789.

<sup>124</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio Júnior. Concorrência como tema constitucional: política de estado e de governo e o estado como agente normativo e regulador. *Revista do IBRAC: Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. São Paulo, n. 16., p. 171, jan. 2009.

<sup>125</sup> Ibid. p. 171.

Destaca-se, por exemplo, José Afonso da Silva, para quem a concorrência é “manifestação da liberdade de iniciativa.”<sup>126</sup>, e Luis Roberto Barroso, que identifica o princípio da livre concorrência como corolário direito da liberdade de iniciativa, visto que:

“revela a crença de que a competição entre os agentes econômicos, de um lado, e a liberdade de escolha dos consumidores, de outro, produzirão os melhores resultados sociais: qualidade dos bens e serviços e preço justo.”<sup>127</sup>

Entretanto, Tércio Sampaio Ferraz Júnior diferencia a *concorrência*, entendida como a regra do jogo de mercado, da *concorrencialidade*, sendo esta o grau de competitividade existente em determinado mercado<sup>128</sup>.

Logo, passa o princípio da concorrência a ser entendido normativamente, em função da competitividade inerente à livre iniciativa enquanto direito fundamental de concorrer, ou seja, de atuar criativamente no jogo do mercado livre<sup>129</sup>. De modo que:

“(…) o princípio da concorrência significa, *prima facie*, que a potencialidade deve ser aberta, em sentido normativo, a todos. Em si, o mercado é cego em face dos indivíduos, sendo ao revés, um instrumento a serviço. Por meio do mercado a sociedade impõe uma ordem à livre iniciativa. O princípio da concorrência, por seu lado, garante, em nome da coletividade, o exercício da livre iniciativa a qual exige, como qualquer direito fundamental, o estabelecimentos de limites.”<sup>130</sup>

Portanto, conclui-se que livre iniciativa e livre concorrência não são necessariamente coincidentes, visto que nem sempre uma conduz a outra, motivo pelo qual se faz necessária a presença do Estado para regular, fiscalizar e disciplinar a competitividade enquanto fator relevante para perquirir os melhores resultados do mercado<sup>131</sup>.

Desta forma, há de se reconhecer que se, por um lado, o princípio da livre concorrência é *princípio de funcionamento* da ordem econômica, visto que estabelece a dinâmica das relações produtivas a ser respeitado pelos agentes econômicos, por outro, deve ser entendido também como *princípio-*

<sup>126</sup> SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 788.

<sup>127</sup> BARROSO, Luis Roberto Barroso. Op. cit., p. 195.

<sup>128</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio Júnior. Op. cit., p. 172.

<sup>129</sup> Ibid. p. 172.

<sup>130</sup> Ibid. p. 172.

<sup>131</sup> Ibid. p. 172.

*fim*, por ser de finalidade a que visa o Estado no que se refere à ordem econômica.

Trata-se, em verdade, do reconhecimento da *dupla instrumentalidade* da concorrência, sendo esta, por um lado, organizadora dos processos que fluem segundo as regras da Economia e de mercado, de maneira a exercer seu papel de manutenção do sistema, a fim de perquirir a eficiência econômica; e, por outro, instrumento de que lança mão o Estado para a consecução de determinadas finalidades através de políticas públicas<sup>132</sup>.

---

<sup>132</sup> FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 83.

### 3. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

Ao abordar questões referentes aos fundamentos do Direito Antitruste, coube ao primeiro capítulo, defini-lo como técnica a que lança mão o Estado para repressão do abuso do poder econômico e tutela da livre concorrência<sup>133</sup>. A partir desta noção, entendeu-se que os objetivos da legislação concorrencial devem ser buscados junto às finalidades do Estado para a ordem econômica.

Em seguida, o segundo capítulo traçou aspectos relevantes do tratamento constitucional à ordem econômica e, mais especificamente, à livre concorrência. Conforme visto, ao mesmo tempo em que a Constituição de 1988 consagra a livre iniciativa, ao lado da valorização do trabalho humano, como fundamento da ordem econômica, traz o inédito princípio da livre concorrência não apenas para promover uma economia capitalista de mercado, no qual este funciona para estabelecer a dinâmica das relações produtivas, mas também para constituí-lo com força normativa, sendo também finalidade do Estado.

A partir dos conceitos de concorrência e concorrencialidade, de Tércio Sampaio Ferraz, e de princípios de funcionamento e princípios fins, de Luís Roberto Barroso, concluiu-se que o constituinte consolidou a concorrência em seu aspecto de *dupla instrumentalidade*, segundo o qual esta funciona tanto como organizadora dos processos que fluem segundo as regras econômicas e de mercado, quanto instrumento para implementação de políticas públicas<sup>134</sup>.

Desta forma, segue a análise da disciplina da matéria concorrencial no ordenamento jurídico para tratar agora de aspectos relevantes da

---

<sup>133</sup> FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 29.

<sup>134</sup> Ibid. p. 83

legislação infraconstitucional, com especial atenção ao que se refere aos atos de concentração.

Ressalta-se que a disciplina da concorrência sofreu recente alteração legislativa, com importantes mudanças sobretudo na estrutura administrativa dos órgãos da concorrência no processo de controle de concentrações.

Portanto, abordar-se-á, em um primeiro momento, aspectos importantes da lei revogada, para, em seguida, analisar as principais alterações promovidas pelo novo diploma legal e, por fim, tratar do atual panorama da concorrência no Brasil no que se refere às infrações concorrenciais e ao processo de submissão dos atos de concentração aos órgãos antitruste.

### **3.1. A Lei nº 8.884/94**

Representou a lei revogada importante avanço legislativo, permitindo o aperfeiçoamento e a consolidação do Direito Antitruste na esfera legislativa<sup>135</sup> a partir da criação de um corpo técnico especializado, dotado de instrumentos adequados para garantir a validade das decisões antitruste e agilizar o processo administrativo de análise de infrações à concorrência<sup>136</sup>.

A Exposição de Motivos já indicava os objetivos traçados pela Lei para dotar o Poder Público de instrumentos suficientes a superar problemas como os seguintes:

“Primeiro, a falta de quadros especializados. (...) Em segundo lugar, a tradição brasileira mostra que o combate ao abuso do poder econômico por meios administrativos tende a ser sempre questionado no Poder Judiciário (...) impõe-se dotar o órgão de instrumentos processuais adequados notadamente de uma Procuradoria especializada. Terceiro, a própria ação administrativa ressenete-se da falta de meios que permitam praticarem, assumindo o compromisso de cessá-las. Em quarto lugar, alguns tipos de abuso, como o aumento arbitrário de preços, não encontram satisfatória configuração legal. Finalmente, o processo administrativo na atual legislação não tem claramente formulada a discriminação de

---

<sup>135</sup> OECD. Competition policy and regulatory reform in Brazil: a progress report. p. 3. Disponível em <[http://www.cade.gov.br/internacional/OECD\\_2000\\_Report.pdf](http://www.cade.gov.br/internacional/OECD_2000_Report.pdf)>. Acesso em 05 jun. 2013.

<sup>136</sup> MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit., p. 30.

competências entre os órgãos encarregados de promovê-lo, o que conduz não poucas vezes a incertezas que só delongam os prazos, em detrimento da necessária celeridade no combate ao abuso do poder econômico.”<sup>137</sup>

Para tanto, a Lei nº 8.884/94 instituiu o que se convencionou chamar de Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”), formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), criado pela Lei nº 4.137/62 e em 1994 transformado em autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça; pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (“SEAE”), vinculada ao Ministério da Fazenda; e pela Secretaria de Direito Econômico (“SDE”), vinculada ao Ministério da Justiça.

Deste modo, as funções do SBDC passariam pela atividade (i) preventiva, com meio do controle de concentrações; (ii) repressiva, via controle de condutas e (iii) educativa, com a promoção da cultura da concorrência<sup>138</sup>.

Ademais, em consonância com a consagração constitucional dos princípios da livre concorrência e da repressão do abuso do poder econômico como objetivos da ordem econômica, tratou a Lei nº 8.884/94 de prever a promoção da concorrência como seu escopo primordial, enquanto a tradição legislativa antitruste anterior, por força do espírito da forte intervenção do Estado na Economia, se dava sob o fundamento da proteção da economia popular (ainda que travestido sob o nome de “concorrência”)<sup>139 140</sup>.

A aplicação de tal conceito, somado a um ambiente econômico propício, fruto de um contexto liberalizante e em favor da concorrência, gerou significativa mudança de escala da estrutura antitruste: com o

---

<sup>137</sup> Exposição de Motivos nº 184, de 24.04.1993, do Ministro da Justiça.

<sup>138</sup> MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit., p. 31.

<sup>139</sup> Ibid. p. 31.

<sup>140</sup> Neste sentido, destaca-se (i) o artigo 1º da revogada Lei nº 8.884/94, que prevê que esta “(...) dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”; e (ii) no que se refere ao controle de concentrações, o artigo 54 da mesma lei, segundo o qual “[o]s atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.”

advento da Lei nº 8.884/94, houve expressivo aumento no número de atos de concentração levados à análise do CADE.

Destaca-se, por exemplo, que o número de processos julgados de maio a dezembro de 1996 ultrapassa o número de processo julgados no período de 1963 a 1984<sup>141</sup>.

Muito embora, as legislações anteriores previssem a obrigatoriedade de notificação dos atos de concentração, esta, além de não regulamentada, não era aplicada, tratando-se de mera formalidade:

“A defesa da concorrência nunca constituiu prioridade do Brasil do passado. Na era CIP, órgãos como o CADE existiam formalmente, mas não eram feitos para funcionar, conforme sugerem as estatísticas mencionadas antes. As autoridades usavam e abusavam de seu poder de intervenção no mercado, enquanto a morosidade da tramitação dos processos de direito econômico tornava ineficaz, na prática, o sistema legal.”<sup>142</sup>

Verificaram-se, ainda, avanços no relacionamento institucional dos órgãos da concorrência com o Ministério Público e, principalmente, com o Poder Judiciário<sup>143</sup>.

No primeiro caso, houve aumento da participação do Ministério Público junto aos órgãos do SBDC, atuando em seu papel de fiscalização do interesse público nas decisões e atos praticados pelas autoridades administrativas<sup>144</sup>.

Deste modo, o *Parquet* passou a se fazer presente no âmbito do Direito Antitruste, como a propositura de ações para coibir práticas contrárias à ordem econômica ou prejudiciais à concorrência; além de sua função de *custos legis*.

Quanto às relações entre CADE e Poder Judiciário, os avanços se deram com o respeito de juízes e tribunais às decisões proferidas pelo órgão, o que se deu a partir da própria consolidação do SBDC como responsável por lidar com a matéria concorrência. Com o tempo, verificou-

---

<sup>141</sup> Ibid. p. 31.

<sup>142</sup> CADE. Relatório Anual de Gestão de 1996. Brasília, 1997. p. 36. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?bf60a06fbd5cdc7dd77e>>. Acesso em 14 jun. 2013.

<sup>143</sup> FORGIONI, Paulo A. Op. cit., p. 123.

<sup>144</sup> Ibid. p. 123.

se um ambiente de crescente cooperação institucional, gerando, inclusive, maior participação do CADE em processos judiciais, na condição de *amicus curiae*.

A prevalência das decisões do CADE decorreu do reconhecimento do órgão como autoridade administrativa competente para proferir decisões técnicas quanto a atos de concentração que possam importar em infrações à concorrência, em atendimento ao próprio artigo 3º da revogada Lei nº 8.884/94, que, nos mesmos termos do artigo 4º da Lei 12.529/11, previa o CADE como órgão judicante<sup>145</sup>.

Não obstante ser o CADE a entidade responsável, em única instância, pela prevenção e repressão do abuso do poder econômico e promoção da livre concorrência, sua previsão como órgão com função judicante não parece precisa, visto que, se não integra o Poder Judiciário, não pode prestar jurisdição<sup>146</sup>.

Entretanto, em diversos aspectos se aproximam as decisões do CADE das judiciais, seja porque referente a lides que envolvem restrições de grande impacto a direitos e liberdades, porque proferidas por conselheiros aos quais são impostas vedações na linha daquelas aplicáveis aos magistrados ou porque emitidas no bojo de processos – administrativos – bastante similares aos processos judiciais, motivo pelo qual pode a atividade decisória do CADE ser chamada de *quase jurisdicional*<sup>147</sup>.

Ademais, trata-se de decisão que não pode ser subestimada, sendo tomadas em única e última instância. É certo que, em tese, pode o Poder Judiciário rever as decisões proferidas pelo CADE. Todavia, por força da

---

<sup>145</sup> Previa o artigo 3º da Lei nº 8.884/94: “O CADE, órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional, criado pela Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, passa a se constituir em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e atribuições previstas nesta Lei”; tendo a disposição se repetido sem alterações substanciais no artigo 4º da Lei nº 12.529/11: “O CADE é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas nesta Lei.”

<sup>146</sup> BARROSO, Luis Roberto. A atribuição de voto duplo a membro de órgão judicante colegiado e o devido processo legal. *Revista do IBRAC: Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. São Paulo, n. 16, p. 48, jan. 2009.

<sup>147</sup> *Ibid.* p. 49.

teoria geral da matéria, a revisão judicial tende a abranger parte do mérito da questão concorrencial<sup>148</sup>.

Cumprido ressaltar, ainda, o alto grau de complexidade técnica das decisões concorrenciais, razão pela qual:

“[s]alvo em hipóteses nas quais haja evidente descompasso lógico entre as realidades econômicas apuradas pelo CADE e a conclusão jurídica por ele implementada, é improvável que o Judiciário ingresse na revisão do mérito das decisões da autarquia. Até porque, para formar juízo diverso, o magistrado dependeria de perícias técnicas que, em última análise, substituiriam a avaliação técnica feita pelo CADE. Isto é: a não ser diante de situações extremas, a avaliação do CADE sobre o mérito da questão concorrencial frequentemente restará única e final.”<sup>149</sup>

Soma-se o entendimento de que o CADE não possui poder discricionário para impor condições à aprovação de atos de concentração, mas sim competência apenas para verificar a ocorrência de infração ou não no ato de concentração econômica em questão, podendo-se falar em uma *discricionariedade técnica*<sup>150</sup>.

Desta forma, cabe ao juiz apreciar a solidez dos critérios técnicos que deram ensejo à decisão, valendo-se, quando necessário, de especialistas, que apresentarão laudo pericial quanto ao assunto<sup>151</sup>.

Tais motivos levam a doutrina a assumir posicionamento majoritário no sentido de reconhecer o caráter vinculante das decisões do CADE, o que importou na diminuição do número de ações judiciais que pretendiam anular atos administrativos da autarquia<sup>152</sup>.

A Lei nº 8.884/94 trouxe, ainda, expressivo avanço no combate aos cartéis. Embora expressamente proibidos pelos textos normativos anteriores, tal prática era com frequência verificada, sendo, em determinadas situações, até mesmo incentivadas pelo governo. Com a Lei

---

<sup>148</sup> Ibid. p. 49.

<sup>149</sup> Ibid. p. 49.

<sup>150</sup> TEIXEIRA, José Elaeres Marques. Controle judicial das decisões do CADE. *Revista do IBRAC: Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. São Paulo, n. 12, p. 180, jan. 2005.

<sup>151</sup> Ibid. p. 181.

<sup>152</sup> FALCONE, Bruno. Revisão judicial das decisões do CADE em atos de concorrência. In: GILBERTO, André Marques et. al. (Org.). *Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro*. São Paulo: Singular, 2011. p. 147.

nº 8.884/94, o que se viu foi um quadro diverso, com investigações promovidas pelo CADE e a modificação da percepção do setor público e do empresariado<sup>153</sup>.

Ademais, a Lei nº 10.149/00 introduziu na Lei nº 8.884/94 os acordos de leniência, firmados entre o integrante-delator do cartel e a autoridade antitruste com vistas a reduzir ou afastar as sanções que seriam aplicadas ao primeiro em troca de cooperação das autoridades, de modo a criar um incentivo à delação.

Com os avanços ocorridos durante a vigência da Lei nº 8.884/94, o SBDC passou a contar com expressiva reputação tanto no plano interno quanto no internacional:

“A consolidação dos avanços fartamente ilustrados neste Relatório Anual de 1997, aliada à formulação criteriosa e realista da nova agenda que se vislumbra com a modernização da economia brasileira, permitirá ao CADE se credenciar como instituição que almeja a maturidade institucional no ano de 2000.”<sup>154</sup>

Todavia, não obstante os avanços promovidos sob a égide da Lei nº 8.884/94, sua aplicação demonstrou insuficiências em certos aspectos, notadamente no que se refere à estrutura institucional do SBDC e ao sistema de controle de concentrações<sup>155</sup>.

Por este motivo, foi encaminhado à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 5.877/05, que previa a substituição da Lei nº 8.884/94, tendo este resultado na promulgação da atual Lei nº 12.529/11, em vigor desde 2 de junho de 2012.

### **3.2. O Advento da Lei nº 12.529/11**

As principais alterações trazidas pela nova legislação se referem: (i) à reestruturação do SBDC; (ii) às alterações do sistema de controle de concentrações, a partir de mudanças nos critérios de notificação e no momento da análise de atos de concentração; (iii) à modificação da forma

---

<sup>153</sup> FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 123.

<sup>154</sup> CADE. Relatório Anual de Gestão de 1997. Brasília, 1998. p. 20. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?bf60a06fbd5cdc7dd77e>>. Acesso em 14 jun. 2013.

<sup>155</sup> MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit., p. 50.

de cálculo das multas por infração à ordem econômica; e (v) ao aumento de recursos materiais à disposição do SBDC.

Nota-se que são sensíveis as alterações ao direito material. Além disso, não se tratam de alterações de todo inéditas, pois algumas já vinham sendo aplicadas por meio de portarias e resoluções.

Ainda assim, é inegável a necessidade da promulgação do novo texto, visto que as mudanças não poderiam ser realizadas sem a edição de novo ato normativo, conforme explicitado por Fernando de Magalhães Furlan, em comentário ao Projeto de Lei nº 5.877/05:

“Seja pela necessidade de aumento de recursos humanos, do que há previsão no projeto, seja pela introdução de novos incentivos às partes para cooperarem com a nova sistemática, fato é que o controle prévio necessita de uma reformulação institucional para vir a lume. Trata-se de uma mudança profunda e necessária pela qual o antitruste no Brasil precisa passar para poder continuar a evoluir livre de uma barreira estrutural.”<sup>156</sup>

Quanto à nova disposição institucional do SBDC, esta se deu com a transposição de atribuições da SDE para o CADE para investigação de cartéis e práticas anticompetitivas, inclusive para a celebração de acordos de leniência, restando ao órgão ligado ao Ministério da Justiça a competência não exclusiva de promover a concorrência junto à Administração Pública.

Desta forma, o CADE passa a ser composto por dois órgãos principais: o Tribunal Administrativo, com competência para julgar as acusações de infração à ordem econômica e as operações de concentração e a Superintendência Geral, responsável por investigar e instruir os atos a serem apreciados pelo Tribunal. Soma-se a estes o Departamento de estudos Econômicos, na função de elaborar pareceres e análises de forma a embasar a atividade do CADE.

Representa a transferência de atribuições da SEAE para o CADE a consolidação da inovação advinda da Portaria SEAE nº 72/02 e perenizada

---

<sup>156</sup> FURLAN, Fernando de Magalhães. Impactos Gerais do Projeto da Nova Lei de Defesa da Concorrência. In: GILBERTO, André Marques et. al. (Org.). *Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro*. São Paulo: Singular, 2011. p. 171.

por meio da Portaria Conjunta nº 001/03, que prevê o procedimento sumário para análise de atos de concentração.

Desta forma, passa a SEAE a atuar especificamente na advocacia da concorrência, com o fim de analisar os impactos da regulação estatal nas relações concorrenciais de determinado mercado, bem como de avaliar quais mercados necessitam de aplicação da política antitruste para se tornarem mais competitivos<sup>157</sup>.

Ponto fulcral da Lei nº 12.529/11, bem como das atenções deste capítulo, é o advento do sistema de análise *a priori* dos atos de concentração, tendo sua implementação sido apoiada por grande parte da doutrina e por membros do CADE:

“Há, se não um consenso, o que é natural, uma posição de ampla maioria em torno da implantação do controle prévio de concentrações no Brasil, sendo que tal ponto do projeto de lei não recebeu emendas no Senado Federal após ter sido inicialmente aprovado pela Câmara dos Deputados.”<sup>158</sup>

Ademais, trata-se de recomendação feita pela OCDE como forma de aprimoramento da defesa da concorrência no Brasil<sup>159</sup>.

Desta forma, enquanto a Lei nº 8.884/94, por força da adoção do sistema de análise *a posteriori* ou *ex post*, obrigava a apresentação dos atos de concentração no prazo máximo de quinze dias úteis após sua realização, salvo se apresentados previamente, na Lei nº 12.529/11, de acordo com o sistema de análise *a priori* ou *ex ante*, o controle dos atos de concentração será prévio, não podendo a operação ser consumada antes de apreciados<sup>160</sup>.

---

<sup>157</sup> Ibid. p. 170.

<sup>158</sup> Ibid. p. 171.

<sup>159</sup> COELHO, Gustavo Flausino; MAFRA, Ricardo. As recomendações da OCDE para o desenvolvimento do direito concorrencial no Brasil e a Lei nº 12.529/11. *Revista do IBRAC: Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. São Paulo: n. 22, p. 308, jul. 2012.

<sup>160</sup> Era a redação do artigo 54 da Lei nº 8.884/94: “Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE”; enquanto seu §4º previa: “Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à SPE.” Por sua vez, a leitura dos §§ 2º, 3º e 4º do artigo 88 da Lei 12.529/11 diz que “[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”, sendo que “[o]s atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem

Destaca-se como aspecto positivo do sistema de análise *a posteriori* a permissão legal para que o negócio seja consumado antes da aprovação pelo órgão antitruste. Deste modo, restam asseguradas as eficiências decorrentes da operação, com diminuição do risco de desvalorização ou até mesmo que fossem perdidas em razão da demora na análise.

Por outro lado, como aspecto negativo, existe a dificuldade na imposição de remédios antitruste: por estarem as operações consumadas, aumentam os riscos de desfazimento do negócio por força da aplicação de medidas protetoras da concorrência, sobretudo em se tratando de remédios estruturais.

Ademais, há o desincentivo na apresentação das informações necessárias à avaliação do ato de concentração, tendo em vista que a operação já foi consumada pelos contratantes, o que importará no aumento do tempo de apreciação pelo órgão antitruste.

Por mais que os requerentes possuam incentivos à obtenção de uma decisão positiva pelo CADE, esta não é elemento imprescindível à conclusão do negócio. Trata-se apenas de uma autorização posterior à definição de seus aspectos societários, regulatórios e contratuais, por exemplo, de uma operação de *M&A*.<sup>161</sup>

Tal fato se reflete nos dados apresentados pela autarquia: o Relatório de Gestão de 2010 aponta que em 2004 a aprovação de atos de concentração atingiu a média de 125 dias contados da data de notificação. Não obstante o tempo médio de análise ter diminuído para 41 dias em 2010, ainda assim são superiores às melhores práticas internacionais, que preveem aprovação em 30 dias para os casos sem maior complexidade<sup>162</sup>.

---

ser consumados antes de apreciados (...) sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária”; e que “[a]té 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”.

<sup>161</sup> FURLAN, Fernando de Magalhães. Op. cit. p. 174.

<sup>162</sup> CADE. Relatório Anual de Gestão de 2010. Brasília, 2011. p. 114. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?bf60a06fbd5cdc7dd77e>>. Acesso em 08 jun. 2013.

Com o sistema de análise *ex ante*, ocorre a *inversão dos incentivos*<sup>163</sup> à tomada final de decisões, visto que os requerentes passam a ser os grandes interessados em uma decisão célere e, por este motivo, têm incentivo para apresentar informações completas e de maneira rápida, a fim de permitir aprovação do órgão antitruste o quanto antes.

Ademais, o modelo de análise *a priori* tende a trazer maior previsibilidade, à medida que as decisões finais tem que se tomadas em prazo não superior ao estipulado pela lei, o que representa garantia de que a livre iniciativa não será restringida de maneira desarrazoada:

“O administrado, portanto, ao mesmo tempo em que terá que consultar previamente um órgão do Estado para concretizar o seu intuito, terá a garantia de que a decisão não poderá ser postergada. A mencionada garantia, com efeito, constitui um importante pilar do novo sistema.”<sup>164</sup>

Na condição de destinatários da livre iniciativa não estão apenas os requerentes do ato em questão, mas também consumidores, trabalhadores e até mesmo atuais e futuros competidores.

Ademais, a adoção do sistema de análise *a priori* permite que o controle de concentrações se compatibilize com a sistemática encontrada na grande maioria dos ordenamentos, sobretudo ao americano e europeu, sendo esta harmonização entre sistemas antitruste importante para a criação de um ambiente saudável a negócios e investimentos<sup>165</sup>.

Entretanto, torna-se prioritária a busca pela celeridade no controle de concentrações, visto que fusões, aquisições, incorporações, contratos associativos, consórcios e *joint ventures* que se enquadrem nos critérios de notificação apenas poderão ser consumados com a autorização do CADE, tornando-se o prazo para análise em verdadeiro prazo de espera:

“Ou seja, o final da análise pela qual a imensa maioria das operações será, provavelmente, aprovada sem quaisquer restrições, representará, *mutatis mutandis*, o termo inicial para que os agentes econômicos diretamente envolvidos aproveitem os ganhos privados esperados com a transação. Além disso, não se

---

<sup>163</sup> FURLAN, Fernando de Magalhães. Op. cit., 173.

<sup>164</sup> Ibid. p. 174.

<sup>165</sup> Ibid. p. 178.

deve perder de vista que a autorização de uma operação no sistema de controle prévio também representará o termo inicial para que a sociedade usufrua dos potenciais ganhos públicos resultantes do negócio.”<sup>166</sup>

Ademais, o prazo de análise previsto na Lei nº 12.529/11 diferencia-se em muito dos prazos de análise nas principais legislações: enquanto nos Estados Unidos os prazos padrão são de 30 dias, sem contar as chamadas *early termination*, em que não há questionamento da operação, e a União Europeia tem prazo médio de 25 dias úteis para análise das operações, nos termos dos artigos 1 (2) e (3) do *Council Regulation 139/2004*<sup>167</sup>, o Brasil prevê o controle das concentrações prazo máximo de 240, a contar do protocolo do pedido ou de sua emenda, nos termos do §2º do artigo 88 da nova lei.

É certo, entretanto, que, conforme informado pelo CADE, no primeiro ano de vigência da Lei nº 12.529/11, as 250 operações levadas ao conhecimento do órgão apresentaram prazo médio de controle de 25 dias, tendo 238 deles – ou seja, 95% – sido aprovados de maneira sumária ainda na Superintendência Geral, sem a necessidade de serem levados ao Tribunal<sup>168</sup>.

Todavia, o prazo do controle de concentrações continua a ser um dos principais alvos de discussão da Lei nº 12.529/11, sobretudo no que se refere à sua dilação e aos efeitos de seu decurso.

Como visto, a Lei nº 12.529/11, no §2º de seu artigo 88, estabelece o prazo máximo de 240 dias para o controle *ex ante* de concentrações. O §9º do mesmo artigo, por sua vez, prevê que as hipóteses de dilação do prazo inicial de 240 dias por (i) 60 dias, se solicitado pelas partes; ou (ii) 90 dias, mediante decisão fundamentada do Tribunal<sup>169</sup>.

---

<sup>166</sup> SALLES, Luis Eduardo. Bomba-relógio ou marca-passo? O prazo de análise de concentrações na nova lei de concorrência. *Revista do IBRAC: Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. São Paulo, n. 21, p.113, jan. 2012.

<sup>167</sup> FURLAN, Fernando de Magalhães. Op. cit., p. 178.

<sup>168</sup> CADE. Com a nova lei, tempo médio de análise de atos de concentração é de 25 dias. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?46f90811e036ca48d260f041163a>>. Acesso em 07 jun. 2013.

<sup>169</sup> Assim diz o texto legal: “O prazo mencionado no § 2º deste artigo somente poderá ser dilatado: I - por até 60 (sessenta) dias, improrrogáveis, mediante requisição das partes envolvidas na

Desta forma, questiona-se qual o prazo máximo para o controle de concentrações, considerando as possibilidades de dilação previstas pela lei, sendo três as possíveis interpretações para a redação do §9º do artigo 88.

Em primeiro lugar, a partícula “ou” pode ser tomada de forma *absolutamente exclusiva*, ou seja, se as partes obtivessem uma prorrogação de 60 dias, a prorrogação de 90 não poderia ser aplicada pelo Tribunal e vice-versa. Neste caso, o prazo máximo para o controle de concentrações seria de 300 dias, na hipótese de ter havido solicitação das partes pela dilação, ou 330 dias, se a dilação decorrer do Tribunal.

Em uma segunda interpretação, a partícula “ou” pode ser tomada de forma *absolutamente inclusiva*, em sentido equivalente à partícula “e”, o que importaria na possibilidade de dilação tanto por pedido dos requerentes quanto por decisão do Tribunal. Assim, o prazo máximo seria de 390 dias, no caso de tanto partes como o Tribunal se utilizassem das prolongações.

A terceira interpretação tomaria a partícula “ou” de forma *parcialmente inclusiva*, a partir da qual seria o prazo de 90 dias a maior prorrogação possível, seja ela solicitada pelas partes ou pelo Tribunal. Nesta forma, seria permitida a cumulação das prorrogações respeitado o limite de 90 dias, caso em que a solicitação pelas partes por dilação de 60 dias importaria na possibilidade de prorrogação pelo Tribunal por apenas mais 30 dias, sendo o prazo máximo, portanto, de 330 dias.

Ainda não se posicionou o Tribunal acerca da questão. Fernando de Magalhães Furlan, por sua vez, já se manifestou em favor da interpretação *parcialmente inclusiva*:

“Uma interpretação sumária do dispositivo nos leva a crer que, como dito acima, diante da extensão do inciso I (do §9º), caberia ao Conselho, com base no inciso II, apenas estender o prazo, fundamentadamente, por outros 30 dias, perfazendo assim até 90 dias.”<sup>170</sup>

---

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.”

<sup>170</sup> FURLAN, Fernando de Magalhães. Op. cit., 173.

Entretanto, a possível dissonância de perspectivas e interesses entre autoridade e as partes poderia gerar incentivo ao Tribunal para recusar às partes eventuais prorrogações para que a autoridade pudesse, quando entendesse necessário, prorrogar o prazo por 90 dias, ao invés de 30 dias.

Não obstante ser a interpretação que permite a maior dilação do prazo de 240, podendo chegar a 390, parece ser mais correto entender o disposto no §9º de maneira *absolutamente inclusiva*, visto que a prorrogação solicitada pela partes não pode ser interpretada do mesmo modo que a solicitada pela autoridade antitruste: a lógica privada de apropriação dos resultados de uma operação já dita a necessidade de imprimir celeridade ao controle do ato de concentração, enquanto o Tribunal não necessariamente comungará com essa lógica na mesma intensidade<sup>171</sup>.

Questiona-se, ainda, quais os efeitos do decurso do prazo limite, sendo certo que o texto original da Lei nº 12.529/11, que previa a aprovação automática dos atos de concentração não analisados dentro do prazo legal, sofreu veto presidencial<sup>172</sup>.

A princípio, poder-se-ia argumentar que, com o veto presidencial, estaria afastada a aprovação automática em razão do decurso do tempo. Entretanto, a Procuradoria do CADE tornou público o Parecer ProCADE nº 17/2012, segundo o qual o veto não implicou na adoção de um cenário de recusa automática, nem mesmo deixou de prever consequências para a inércia da autoridade antitruste.

---

<sup>171</sup> SALLES, Luis Eduardo. Op. cit., p. 119.

<sup>172</sup> Previa o artigo 64, objeto de veto da Presidência da República: “O descumprimento dos prazos previstos nesta Lei implica a aplicação tácita do ato de concentração econômica”; enquanto, segundo seu parágrafo único: Comprovada nos autos a aprovação tácita a que se refere o *caput* deste artigo, deverá ser providenciada a imediata apuração das responsabilidades penal, cível e administrativa de quem lhe deu causa.”

Nas razões do veto, consignou a Presidente: “Da forma como redigido, o artigo estabelece a aprovação tácita de atos de concentração como consequência automática do descumprimento de quaisquer dos prazos estabelecidos pela lei, resultando em medida desproporcional e com o potencial de acarretar graves prejuízos à sociedade. Note-se que a legislação já oferece mecanismos menos gravosos e aptos a apurar as responsabilidades pelo eventual desrespeito aos prazos estabelecidos em lei.”

Conforme explicitado no parecer, a aprovação automática pelo decurso do prazo seria identificável por uma interpretação histórica, teleológica e sistemática.

Por uma interpretação histórica, verifica-se que a Lei nº 8.884/94 previa a aprovação tácita no §7º de seu artigo 54<sup>173</sup>, sendo esta medida considerada salutar tanto pelos administrados quanto pela autoridade administrativa, visto que tinha como objetivo privilegiar a eficácia administrativa, princípio da Administração Pública conforme previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição de 1988.

Ademais, as razões do veto presidencial indicam que este se deu pelo fato de que o artigo 64 conduziria a interpretação de que o descumprimento de qualquer prazo do procedimento acarretaria na aprovação tácita, nos quais se incluiria, por exemplo, o prazo do parágrafo único do artigo 58 de 48 horas para a distribuição da impugnação apresentada à Superintendência Geral.

Neste sentido, concluiu a ProCADE:

“Em verdade, não é razoável supor que o descumprimento de qualquer prazo (no sentido de “prazos impróprios”, menores pela essência) pode resultar na aprovação tácita, mas sim o decurso do prazo peremptório de 240 dias (prorrogados nos termos do art. 88 §9º, I e II).”<sup>174</sup>

Sob uma perspectiva teleológica, argumenta-se que a reforma legislativa do SBDC teve como escopo precípua a celeridade no controle de concentrações, não sendo condizente com a intenção do legislador uma interpretação de que o decurso do prazo não acarrete em quaisquer consequências, ou mesmo que poderia ensejar na reprovação do ato.

Por fim, pela interpretação sistemática, a Lei nº 12.529/11 preveria outros mecanismos para objetar a continuidade da análise, como, por

---

<sup>173</sup> Dizia o dispositivo legal que “A eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo CADE no prazo de trinta dias estabelecido no parágrafo anterior, serão automaticamente considerados aprovados.”

<sup>174</sup> CADE. Parecer ProCADE nº 17/2012/PROCADE/PGF/AGU. Brasília, 2011. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/upload/Manifesta%C3%A7%C3%A3o%20da%20ProCADE%20sobre%20o%20veto%20o%20art%20%2064%20da%20Lei%2012%20529.pdf>>. Acesso em 07 jun. 2013.

exemplo, o disposto no artigo 53, que prevê o arquivamento da petição que não preencha os requisitos legais e que não tenha sido emendada pelos requerentes.

Ademais, tem-se que a análise *a priori* dos atos de concentração decorre dos princípios constitucionais da livre concorrência e do abuso do poder econômico. Entretanto, o ordenamento jurídico brasileiro não prevê o ilícito concorrencial *per se*, sendo a regra a da presunção da validade do ato.

Desta forma, não parece razoável que as partes, que exerceram legitimamente direitos assegurados pela Constituição, permaneçam indefinitivamente sem pronunciamento ou que este seja considerado negado em função do descumprimento pela Administração do prazo legal de controle.

Tendo tratado dos principais aspectos da transição da Lei nº 8.884/94 para a Lei nº 12.529/11, cumpre analisar aspectos legais das infrações à concorrência, em especial no que se refere às concentrações de empresas.

### **3.3. A Infração Concorrencial**

A configuração da infração pela Lei nº 12.529/11 parte do artigo 36, que se refere aos atos “sob qualquer forma manifestados” que produzam ou possam produzir os seguintes efeitos: (i) limitar, falsear ou prejudicar a livre iniciativa e a livre concorrência; (ii) dominar mercado relevante; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e (iv) exercer de forma abusiva posição dominante<sup>175</sup>.

Como se vê, o artigo disciplina as condutas relacionadas tanto à forma de conquista de posição dominante em determinado mercado e à manutenção da posição dominante.

---

<sup>175</sup> Lê-se no *caput* e incisos do artigo 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 .”

O artigo abrange, portanto, em um só dispositivo, os acordos entre empresas, as concentrações e o domínio de mercado e abuso de posição dominante: basta que o ato se enquadre nas hipóteses genéricas dos incisos do artigo 36 para que seja considerado contrário infração.

Trata-se de maneira peculiar de prever o ilícito concorrencial. Nos Estados Unidos, por exemplo, prevalece técnica jurídica diferente: o artigo 1º do *Sharman Act* declara ilícito todo e qualquer contrato ou conspiração em restrição ao tráfico ou comércio entre estados ou com nações estrangeiras, enquanto seu artigo 2º veda a dominação de mercado, bem como sua tentativa. Soma-se, ainda, o constante do *Clayton Act*, que trata do controle de concentrações entre empresas.

Existem, portanto, no direito americano, três disposições distintas para caracterização do ilícito concorrencial: uma vedando o acordo entre empresas; outra a posição dominante e uma terceira referente aos atos de concentração.

Por sua vez, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia veda, em seu artigo 101, os acordos empresariais que possam prejudicar o comércio entre os Estados-Membros e com o objetivo ou efeito de impedir, restringir ou falsear a concorrência. Por sua vez, o artigo 102 do diploma proíbe o abuso da posição dominante, na medida em que prejudique o comércio. Inicialmente fundamentadas nestes artigos, as concentrações foram disciplinadas pelo Regulamento CE 4.064, sendo hoje previstas pelo Regulamento do Conselho nº 139/004 e pelo Regulamento 802/04.

À luz da legislação estrangeira, pode a Lei brasileira ser considerada, neste aspecto, bastante avançada, visto que apresenta método de previsão da conduta anticoncorrencial de modo a não exigir grandes esforços hermenêuticos para caracterizar o ilícito.

Ademais, não é necessário que se caracterize o ato como abuso de posição dominante para que seja vedado: basta a existência de certos objetivos ou a verificação dos resultados previstos pelo artigo<sup>176</sup>.

É certo, todavia, que a caracterização da posição dominante é indispensável para a configuração de determinados ilícitos, bem como para a determinação dos agentes a serem responsabilizados, para a argumentação quanto à existência de infração à ordem econômica; ou nos casos de “paralelismo consciente.”

Sendo certo que as possibilidades de condutas anticompetitivas são muito amplas, o §3º do artigo 36 prevê rol de práticas que consubstanciam infrações à concorrência *desde que impliquem na incidência também do caput do artigo*, tendo em vista que, no Brasil, não há hipótese de infração *per se*<sup>177</sup>.

---

<sup>176</sup> FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 133.

<sup>177</sup> São as hipóteses trazidas pelo §3º do artigo 36: “I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: 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 -

Trata-se de rol meramente exemplificativo, visto que práticas não previstas nos incisos do §3º podem ser consideradas ilícitas caso comprovada a incidência do *caput* do artigo 36<sup>178</sup>.

A leitura isolada da redação do artigo 36, toda e qualquer ato de concentração que importe em efeitos anticoncorrenciais constituiria infração econômica, independentemente dos benefícios sociais e econômicos que pudessem ser produzidos.

A disciplina das concentrações de empresas, entretanto, é tema de maior sensibilidade se comparado às demais infrações concorrenciais, sobretudo porque podem levar a benefícios no que diz respeito à organização interna do agente econômico, ao mercado<sup>179</sup>.

No que se refere à organização interna da empresa, as vantagens se referem ao incremento do maquinário e ao progresso técnico, à redução dos gastos gerais e dos custos fixos, à diminuição das possibilidades de perdas no processo de produção, e redução do risco, a partir da obtenção de capitais líquidos.

Quanto à posição da empresa no mercado, em se falando de concentrações horizontais, os benefícios giram em torno, por exemplo, do fortalecimento do agente econômico no relacionamento com seus fornecedores, facilitação do crédito no mercado de capitais; obtenção de mão de obra mais qualificada, aumento da dimensão comercial da empresa.

No caso de concentrações verticais, os benefícios envolvem o aumento da segurança de escoamento da produção, controle das fontes de matéria-prima; e possibilidade de prática de preço final inferior<sup>180</sup>.

Por este motivo, é autorizado ao Estado, por meio do exercício de seu poder de política, avaliar as concentrações pelas autoridades antitruste,

---

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.”

<sup>178</sup> FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 135.

<sup>179</sup> Ibid. p. 404.

<sup>180</sup> Ibid. p. 404-405.

o que, pela Lei nº 12.529/11 é realizado pelo procedimento previsto nos artigos 53 ao 65.

Por este motivo, o artigo 48 inciso IV da Lei nº 12.529/12 inclui o processo administrativo para análise de ato de concentração econômica como espécie dos processos que se encontram no âmbito do CADE, de forma a constituir um dos procedimentos ordinários de competência do órgão, conforme previsto no Capítulo I do Título IV do Regimento Interno do CADE (“RICADE”)<sup>181</sup>.

Logo, a legislação não deixa dúvida de se tratar propriamente de um processo, visto que compartilha do “núcleo comum” das várias modalidades de processos, sejam eles judiciais ou administrativos, podendo este ser entendido a partir dos seguintes elementos: (i) a processualidade demonstra o vir a ser de um determinado fenômeno; (ii) existe um encadeamento entre os vários atos e atuações; (iii) este encadeamento sucessivo de atos é obrigatório; (iv) existe uma relação de instrumentalidade entre o processo e o ato, visto que estes só encontram razão de ser na decisão final; (v) mesmo que a atuação processual decorra de atividades oriundas de uma série de pessoas físicas, o ato final é imputado ao ente estatal que o emite; e (vi) todos os sujeitos que participam do encadeamento processual estão interligados por direitos, deveres, ônus, poderes e faculdades<sup>182</sup>.

Dentre as modalidades de classificação dos processos de controle de concentração, parte da doutrina tende a inserir o processo de aprovação de atos de concentração como processo administrativo de outorga. Entretanto, ainda que a aprovação do ato assumira traços de outorga, o mesmo não ocorre nas situações em que o CADE atua de ofício e demanda a submissão de dada operação a sua apreciação.

---

<sup>181</sup> CADE., Regimento Interno do CADE. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/upload/RICADE%20-%20com%20emendas.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2013.

<sup>182</sup> GILBERTO, André Marques. O processo administrativo para aprovação de atos de concentração. In: GILBERTO, André Marques et. al. (Org.). *Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro*. São Paulo: Singular, 2011. p. 63-64.

Desta forma, não há de se falar em jurisdição graciosa, mas sim em manifestação do poder de polícia do Estado na ordem econômica: trata-se de imposição legal obrigatória de apresentação e sujeito à cobrança de tributo, na modalidade taxa de exercício de polícia<sup>183</sup>.

Por sua vez, o artigo 88 prevê os critérios de notificação de atos de concentração ao CADE<sup>184</sup>, enquanto o artigo 90 da lei conceitua os atos de concentração<sup>185</sup>.

No que se refere ao artigo 90 da lei, vê-se que este não apresenta o conceito formal do que seja ato de concentração, mas sim enumera exemplos de concentrações, quais sejam, as fusões, aquisições, contratos de associação, consórcio e *joint ventures*.

Logo, pode-se concluir que ato de concentração identifica situações que demonstram a aglutinação de poder e a capacidade de alterar as condições do mercado<sup>186</sup>, podendo ser definidas como:

“todo ato de associação empresarial, seja por meio da compra parcial ou total dos títulos representativos de capital social (com direito a voto ou não), seja através da aquisição de direitos e ativos, que provoque a substituição de órgãos decisórios independentes por um sistema unificado de controle empresarial”<sup>187</sup>

---

<sup>183</sup> Ibid. p. 65.

<sup>184</sup> Com a redação dada pela Lei nº 12.529/11: “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).”

<sup>185</sup> Diz o artigo 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.”

<sup>186</sup> FORGIONI, Paula A. Op. cit., p 396.

<sup>187</sup> CARVALHO, Nuno T. P. Carvalho apud FORGIONI, Paula A. Op. cit., p 397.

Como se vê, os atos de concentração abrangem tanto as situações em que ambos ou um dos os contratantes perdem sua autonomia, como nas operações de fusão e incorporação quanto a constituição de uma nova sociedade ou grupo econômico cujo poder de controle é compartilhado, ou mesmo quando há a aquisição de ativos ou parcela do patrimônio de outra.

## 4. Desafios ao Controle de Concentrações

Conforme visto, o Direito Antitruste tem previsão no ordenamento jurídico brasileiro por meio dos princípios constitucionais da livre concorrência e da repressão ao abuso do poder econômico, bem como da Lei nº 12.529/11.

A inédita previsão, no plano constitucional, de um princípio da livre concorrência importa no reconhecimento de que esta foi consagrada em seu aspecto de *dupla instrumentalidade*, funcionando tanto como organizadora dos processos que fluem segundo as regras econômicas e de mercado, quanto como instrumento para implementação de políticas públicas<sup>188</sup>.

A Lei nº 12.529/11, por sua vez, dá prosseguimento à consolidação do Direito Antitruste iniciada pela Lei nº 8.884/94. Além disso, aprimora a disciplina legal da concorrência a partir de alterações fundamentais ao regime anterior, das quais se destacam a modernização do desenho institucional do SBDC e a adequação do controle de concentrações às melhores práticas internacionais.

Entretanto, como não poderia ser diferente, o avanço do Direito Antitruste no Brasil envolve lidar com desafios decorrentes do surgimento de novas questões relacionadas ao controle *ex ante*, bem como da busca pela melhor aplicação das regras concorrenciais já existentes.

Consciente da dificuldade de se esgotar todos os temas referentes ao controle de concentrações, este quarto e derradeiro capítulo buscará tratar de dois importantes desafios à regulação da concorrência no Brasil: a identificação do *gun-jumping* e a aplicação dos remédios antitruste.

---

<sup>188</sup> FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 83.

Adianta-se que o *gun-jumping* representa infração à concorrência que decorre do sistema de análise *a priori* dos atos de concentração, de modo que as dificuldades surgem, em grande parte, de sua recente previsão no Direito brasileiro. Cumpre lembrar que países com tradição no controle *ex ante*, como os Estados Unidos, apresentam critérios já consolidados para aplicação das regras concorrenciais.

No que se refere aos remédios antitruste, o grande desafio passa por aplicá-los de modo a permitir a contenção do abuso de poder sem o esvaziamento de valores constitucionais como o da livre iniciativa. Para tanto, abordar-se-á os benefícios e prejuízos dos remédios estruturais e comportamentais.

#### **4.1. Gun-Jumping**

Foi visto no capítulo anterior que, em atenção às solicitações dos membros dos órgãos antitruste e da doutrina, bem como das recomendações da OCDE para o desenvolvimento do direito concorrencial no Brasil<sup>189</sup>, a substituição da Lei nº 8.884/94 para a Lei nº 12.529/11 propiciou a mudança do modelo de controle de concentrações, passando a análise a ser *a priori* ao invés de *a posteriori*.

Desta forma, enquanto o modelo anterior permitia a consumação dos atos de concentração antes mesmo de notificada a autoridade antitruste, o modelo adotado a partir de 2011 condiciona a produção de efeitos da operação à sua devida aprovação.

Neste sentido, o §2º do artigo 88 da Lei nº 12.529/11 exige que o controle dos atos de concentração seja realizado de maneira prévia e, no máximo, em 240 dias, enquanto o §3º do mesmo artigo dispõe que os atos notificáveis não poderão ser consumados antes de apreciados, sob pena de multa e o §4º que as condições de concorrência deverão ser preservadas até a decisão final sobre a operação.

---

<sup>189</sup> COELHO, Gustavo Flausino; MAFRA, Ricardo. Op. cit., p. 309.

Com a alteração legislativa, surge uma nova preocupação para o controle de concentrações, qual seja, a de evitar que concentrações se realizem antes de sua prévia aprovação: exige-se dos órgãos antitruste a distinção entre um processo de concentração empresarial legítimo e a prática ilegal de condutas anticompetitivas realizadas antes do controle estatal.

Em verdade, tal prática promove a antecipação dos efeitos da operação, em inobservância à obrigatoriedade da análise pelo órgão antitruste, razão pela qual passou a doutrina estrangeira a denominá-la de *gun-jumping*, ou “queimar a linha de largada” e avançar na concentração empresarial, podendo ser chamado também de *premerger coordination*.

Ensina Leonor Cordovil que:

“ambos os termos – *gun-jumping* e *premerger coordination* – se prestam a denominar os atos imediatamente anteriores à efetiva concentração econômica entre dois grupos ou empresas, momento em que é necessário que estes agentes troquem informações, dialoguem, comuniquem-se. O maior desafio é delinear quando esta movimentação é saudável para a concorrência e quando, ao contrário, ela ultrapassa os limites necessários à futura concentração, passando a ser uma boa e ilegal oportunidade para troca de estratégias e coordenação entre concorrentes.”<sup>190</sup>

Não obstante existir hipóteses em que a prática do *gun-jumping* seja evidente (v.g., na coordenação de preços anterior à submissão do ato), em muito dos casos essas condutas não se apresentam de maneira clara e inequívoca, tratando-se de verdadeiras zonas cinzentas, o que reforça a necessidade da atuação dos órgãos antitruste e da doutrina em produzir parâmetros para a aplicação do conceito.

Cumprir notar que o CADE andou bem ao prever, no §2º do artigo 108 do RICADE, que as estruturas físicas e as condições competitivas entre os requerentes devem ser mantidas até a aprovação final do CADE, sendo vedada a transferência de ativos, a influência entre as empresas e a troca de

---

<sup>190</sup> CORDOVIL, Leonor apud MONTEIRO, Gabriela Reis Paiva. *A novo sistema de análise prévia dos atos de concentração e a questão do gun-jumping: traçando limites*. p. 5. Disponível em <[http://www.levysalomao.com.br/files/temp\\_ls/Monografia\\_1\\_9\\_Concurso.pdf](http://www.levysalomao.com.br/files/temp_ls/Monografia_1_9_Concurso.pdf)>. Acesso em 12 jun. 2013.

informações concorrencialmente sensíveis que não seja estritamente necessárias para a celebração do instrumento formal de concentração<sup>191</sup>.

Todavia, diante da inexistência de critérios próprios que permitam a adequada caracterização do *gun-jumping*, cabe buscá-los, em um primeiro momento, na experiência estrangeira: na União Europeia e, principalmente, nos Estados Unidos.

Quanto à União Europeia, o número de decisões acerca do *gun-jumping* é consideravelmente menor ao dos Estados Unidos, de modo que cumpre destacar apenas o caso *Bertelsmann/Kirch/Premiere*, no qual a Comissão Europeia, com base no Regulamento nº 139/2004, condenou as empresas contratantes por promoverem a integração de parte de suas atividades, oferecendo conjuntamente seus serviços e tecnologia, antes mesmo da notificação<sup>192</sup>.

No que se refere à teoria americana, esta possui fundamento em três dispositivos legais, dos quais se destaca, em primeiro lugar, o *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976* (“*HSR Act*”), previsto na Seção 7A do *Clayton Act*.

Trata-se do diploma que introduziu, ainda em 1976, o sistema de análise *a priori* no Direito americano. Por conseguinte, exige a notificação prévia às agências da concorrência – *Federal Trade Commission* (“*FTC*”) e *Department of Justice* (“*DOJ*”) – como requisito para a consumação da operação.

Ademais, como forma de garantir a preservação das condições da concorrência durante o processo de controle de concentração, o *HSR Act*

---

<sup>191</sup> *In verbis*: “As partes deverão manter as estruturas físicas e as condições competitivas inalteradas até a apreciação final do CADE, sendo vedadas, inclusive, quaisquer transferências de ativos e qualquer tipo de influência de uma parte sobre a outra, bem como a troca de informações concorrencialmente sensíveis que não seja estritamente necessária para a celebração do instrumento formal que vincule as partes.”

<sup>192</sup> COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. Case no. IV/M.993. Bruxelas, 27 mai. 1998. Disponível em <[http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m993\\_19980527\\_610\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m993_19980527_610_en.pdf)>. Acesso em 12 jun. 2013.

veda a aquisição de valores mobiliários com direito a voto pelo prazo de 30 dias anteriores à aprovação do ato<sup>193</sup>.

Objetiva-se, com isso, manter a autonomia dos requerentes, sendo permitida apenas alguma coordenação prévia entre as partes, desde que não configure integração prematura:

“O que o *HSR Act* passou a exigir, portanto, é que as partes mantivessem suas operações separadamente (...). Nesse sentido, apesar de ser autorizada alguma coordenação prévia entre as partes, esta seria considerada ilícita se estivessem presentes indícios suficientes de integração prematura – a denominada *beneficial ownership* – entre as empresas em concentração econômica, antes do mencionado período de espera. Caso isso ocorresse, restaria configurada a conduta anticompetitiva do *gun-jumping*, sob a égide do *HSR Act*.”<sup>194</sup>

Nos termos do *HSR Act*, representam indícios da integração prematura as coordenações pré-autorização referentes (i) ao direito da adquirente se beneficiar do aumento no valor da empresa adquirida ou de seus dividendos; (ii) ao risco de perda de valor da adquirida, ou nos casos de interesse de controle da adquirente; (iii) às deliberações tomadas em assembleia da empresa adquirida; e (iv) à não discricionariedade da adquirida sobre seus próprios investimentos<sup>195</sup>.

O segundo diploma a tratar do *gun-jumping* é o *Sherman Act*: em sua Seção 1, a lei veda todas as modalidades de acordos que abusivamente restrinjam o comércio<sup>196</sup>. Desta forma, a acusação de *gun-jumping* fundamentada no *Sherman Act* deverá estar instruída de material probatório

---

<sup>193</sup> Assim consta do Clayton Act 7A, 15 USC 18a: “Except as exempted pursuant to subsection (c) of this section, no person shall acquire, directly or indirectly, any voting securities or assets of any other person, unless both persons (or in the case of a tender offer, the acquiring person) file notification pursuant to rules under subsection (d)(1) of this section and the waiting period described in subsection (b)(1) of this section has expired (...)”

<sup>194</sup> MARTINS, Amanda Athayde Linhares. *Gun-jumping*, controle prévio de estruturas e o CADE. *Revista do IBRAC: Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. São Paulo, n. 22, p. 61, jul. 2012.

<sup>195</sup> *Ibid.* p. 61.

<sup>196</sup> Nos termos de seu § 1º: “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.”

da desarrazoada restrição ao comércio e prejuízo ao comércio interestatal causados pela conduta dos contratantes<sup>197</sup>.

Nota-se que a vedação à integração prematura de empresas durante o período anterior à apreciação do ato pela agência antitruste prevista pelo *HSR Act* é de ordem *procedimental*, enquanto o *Sherman Act*, ao exigir dos contratantes a manutenção do *status* de concorrente, estatui proibição de ordem *material*.

O *gun-jumping* também é previsto na Seção 5 do *Federal Trade Comission Act*, que veda métodos desleais de competição comercial, sendo aplicável, ainda que em menor escala, para impugnar atividades prévias a aprovação do ato que sejam desleais<sup>198</sup>.

Conforme explicitado por Amanda Athayde Linhares Martins, é possível identificar no tratamento americano ao *gun-jumping* preocupações com (i) a integração prematura entre empresas em processo de concentração econômica; e (ii) com a troca de informações entre as partes.

Ademais, não obstante as peculiaridades de cada ordenamento jurídico, a análise comparativa da legislação americana, sobretudo do *HSR Act*, e do §2º do artigo 108 do RICADE permite concluir pela semelhança entre ambos no que se refere à previsão do *gun-jumping*.

Deste modo, cumpre analisar alguns critérios estabelecidos pela jurisprudência americana para identificar determinados atos como *gun-jumping*, primeiro sob o fundamento da integração prematura e, em seguida, sob o da troca de informações sensíveis.

De início, ressalta-se que, a partir do julgamento do caso *Atlantic Richfield Co.*, conhecido também como “ARCO I”, criou-se entendimento pela ilegalidade de qualquer estipulação referente ao pagamento prévio de parte do preço do ato de concentração. Na ocasião, a transação havia ocorrido antes mesmo da notificação às autoridades antitruste<sup>199</sup>.

---

<sup>197</sup> MARTINS, Amanda Athayde Linhares. Op. cit., p. 62.

<sup>198</sup> Ibid. p. 63.

<sup>199</sup> DISTRICT COURT OF COLUMBIA. Case no. 91-CV-0205. Disponível em <<http://www.ftc.gov/os/caselist/9010010/>>. Washington, 30 jan. 1991. Acesso em 12 jun. 2013.

Em nova lide envolvendo a *Atlantic Richfield Co.*, agora no caso “ARCO II”, decidiu-se pela vedação à execução de acordo prévio entre as empresas que viabilizava o direito de voto pelo adquirente sobre a empresa a ser adquirida. O acordo previa, ainda, o direito da adquirente de receber ganhos da participação societária da empresa a ser adquirida<sup>200</sup>.

No caso *Gemstar-TV Guide International, Inc.*, por sua vez, entendeu-se que as contratantes teriam reduzido a concorrência de maneira ilegal, o que era comprovado pela existência de cláusula expressa de não concorrência prévia à execução do acordo<sup>201</sup>.

Conforme decidido em *Input/Output, In.*, a assinatura do contrato de concentração, não obstante representar indício do ilícito concorrencial, não é suficiente para a configuração da integração prematura, devendo o caso concreto apresentar indícios outros da prática ilegal<sup>202</sup>.

Neste caso, o *DOJ* entendeu como infração ao *HSR Act* a instalação de equipe de gerenciamento da adquirente para tratar das atividades da empresa adquirida, bem como a efetivação de antigos funcionários da empresa adquirida em cargos da adquirente<sup>203</sup>.

Ademais, quanto à troca de informações, destaca-se que as agências antitruste americanas reconhecem a importância de as partes trocarem e transferirem informações entre si. Entretanto, atentam para as informações comercialmente sensíveis: no caso *Computer Associates*, no qual as contratantes foram condenadas devido à troca de informações referente aos clientes e às estratégias comerciais (incluindo serviços e produtos

---

<sup>200</sup> DISTRICT COURT OF COLUMBIA. Case no. 91-CV-3267. Washington, 20 dec. 1991. Disponível em <<http://www.ftc.gov/os/caselist/913267/911229arcocmpt.pdf>>. Acesso em 12 jun. 2013.

<sup>201</sup> DISTRICT COURT OF COLUMBIA. Case no. 03-CV-0198. Washington, 11 ago. 2003. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/cases/gemstar0.htm>>. Acesso em 12 jun. 2013.

<sup>202</sup> DISTRICT COURT OF COLUMBIA. Case no. 99-CV-00912. Washington, 04 dec.1999. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/cases/f203600/203653.htm>>. Acesso em 12 jun. 2013.

<sup>203</sup> MONTEIRO, Gabriela Reis Paiva. Op. cit., p. 7.

oferecidos, preços, descontos e justificativas para descontos) da empresa a ser adquirida<sup>204</sup>.

Por fim, no caso *Insilco*, a *FTC* condenou as requerentes pela troca de informações comercialmente sensíveis, com prejuízo à concorrência nos mercados relevantes. No caso, a agência mostrou especial preocupação com três tipos de informações trocadas entre as partes no processo de concentração: (i) as informações não agregadas; (ii) as estratégias e políticas relacionadas à concorrência e (iii) as fórmulas ou análises que determinam custo ou preço<sup>205 206</sup>.

Conforme demonstrado por Gabriela Reis Paiva Monteiro, os critérios para identificação do *gun-jumping* também podem ser buscados na experiência do CADE na celebração Acordos de Preservação de Reversibilidade da Operação (“APROs”), previstos na Lei nº 8.884/94.

Sob a égide da lei revogada, os APROs representavam importantes mecanismos por meio dos quais o CADE buscava impedir a consumação de operações pendentes de análise, a fim de conservar o *status quo* do mercado e evitar os efeitos de concentrações com alta probabilidade de serem rejeitadas ou aprovadas com restrições.

Ao longo da vigência da Lei nº 8.884/94, foram celebrados, no âmbito dos processos de controle de concentração, um total de 36 APROs<sup>207</sup>, por meio dos quais o CADE previa aos requerentes obrigações e vedações referentes (i) à manutenção de personalidade jurídica; (ii) à manutenção da independência das atividades administrativas; (iii) a condições operacionais; e (iv) à troca de informações.

---

<sup>204</sup> DISTRICT COURT OF COLUMBIA. processo nº 01-CV-02062. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/cases/f9200/9246.htm>>. Washington, 28.07.2001. Acesso em 12 jun. 2013.

<sup>205</sup> FEDERAL TRADE COMMISSION. Docket no. C-3783. Disponível em <<http://www.ftc.gov/os/1998/01/insilcocmp.pdf>>. Washington, 30 jan.1998. Acesso em 12 jun. 2013.

<sup>206</sup> MARTINS, Amanda Athayde Linhares. Op. cit., p. 7.

<sup>207</sup> CADE. Acordo de preservação de reversibilidade da operação. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a59968ac47c44bde36d547de2bfe051ff71735f1070919>>. Acesso em 13 jun. 2013.

Por se tratarem de mecanismos utilizados pelo CADE para afastar condutas que ameaçariam a manutenção da concorrência entre requerentes, poder-se-ia ver nos APROs posicionamentos da autarquia acerca das condutas que configurem o *gun-jumping*. Nota-se, ainda, que as previsões são, em grande parte, constantes, com poucas modificações entre um acordo e outro.

Quanto à personalidade jurídica, entendia o CADE que esta deveria ser mantida autônoma, bem como os seus registros de funcionamento dos requerentes. Cita-se como exemplo, o APRO realizado com Companhia Brasileira de Distribuição e a Casas Bahia Ltda., que previa que as requerentes deveriam:

“manter a personalidade jurídica e o funcionamento, em condições de operação não inferiores àquelas existentes nesta data, da Indústria de Móveis Bartira Ltda., fornecedor de móveis da Casa Bahia.”<sup>208</sup>

Quanto à administração das requerentes, as atividades deveriam ser mantidas independentes, sendo vedado o exercício de membros do conselho de administração, diretores, gerentes ou quaisquer funcionários de uma requerente na outra.

Neste sentido, o APRO referente à concentração entre Diagnósticos da América S.A. e MD1 Diagnósticos S.A. proíbe os compromissários de emitir qualquer juízo de valor, influenciar, orientar, se manifestar e votar em sede de assembleia geral, conselho de administração e demais reuniões da empresa a ser adquirida<sup>209</sup>.

No que se refere às condições operacionais, estas deveriam ser mantidas nas mesmas condições anteriores à concentração, tendo sido previsto no APRO celebrado com Sadia S.A. e Perdigão S.A. que estas se obrigavam a:

---

<sup>208</sup> CADE. Acordo de Preservação de Reversibilidade de Operação (Ato de Concentração nº 08012.010473/2009-34). Disponível em <[http://www.cade.gov.br/temp/D\\_D000000611421927.pdf](http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000611421927.pdf)>. Acesso em 12 jun. 2013.

<sup>209</sup> CADE. Acordo de Preservação de Reversibilidade de Operação, Ato de Concentração nº 08012.01.0038/2013-43. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/upload/Apro2%20DasaMD1.pdf>>. Acesso em 12 jun. 2013.

“manter em pleno funcionamento suas respectivas unidades produtivas, em condições operacionais não inferiores àquelas existentes nesta data sendo vedada às Compromissárias desfazer-se de seus principais ativos produtivos e marcas ou direito de propriedade intelectual, ressalvada a necessidade de substituição destes por outros de padrão semelhante ou superior e as hipóteses excepcionais decorrentes da conjuntura macroeconômica nacional e internacional.”<sup>210</sup>

Ressalta-se, entretanto, que o supramencionado acordo apresentou a peculiaridade de permitir que as requerentes alterassem suas atividades:

“Sem prejuízo das obrigações ora convencionadas, serão admitidas, a juízo do Conselheiro Relator ou do Plenário, alterações que digam respeito ao presente acordo quanto às atividades das Compromissárias (...)”<sup>211</sup>

A experiência do CADE na celebração dos APROs revela-se especialmente útil no que se refere às obrigações e vedações relativas a trocas de informações, sendo vedadas aquelas consideradas comercialmente sensíveis.

Com base no disposto nos APROs, pode-se afirmar que o CADE entende como informações comercialmente sensíveis aquelas referentes: (i) ao faturamento por produto, linha de negócio, região ou tipo de cliente, exceto dados históricos; (ii) à lista de fornecedores; (iii) à lista de clientes; (iv) à estrutura de custos; (v) ao planejamento estratégico ou de marketing; (vi) ao lançamento de produtos e/ou serviços; (vii) ao preços de produtos e serviços e política de preços; (viii) à estratégia de negociação; (ix) aos segredos industriais e comerciais; (x) às condições comerciais e descontos; (xi) à comercialização do produto e (xii) às atividades específicas de processamento, produção e exportação<sup>212</sup>.

Deste modo, o conteúdo das obrigações e vedações previstas pelo CADE aos compromissários quando da celebração dos APROs permite que se tome determinadas previsões como posicionamentos do CADE no que se

---

<sup>210</sup> CADE. Acordo de Preservação de Reversibilidade de Operação (Ato de Concentração nº 08012.004423/2009-18). Disponível em <<http://www.cade.gov.br/upload/APRO%20SadiaPerdig%C3%A3o%20-%20v16.pdf>>. Acesso em 12 jun. 2013.

<sup>211</sup> Ibid.

<sup>212</sup> MONTEIRO, Gabriela Reis Paiva. Op. cit., p. 11.

refere à estrutura jurídica, às atividades administrativas e às condições operacionais dos requerentes, bem como à troca de informações entre eles.

Tendo em vista que o §2º do artigo 88 do RICADE se refere à manutenção das estruturas físicas e das condições competitivas e à vedação a “quaisquer transferências de ativos” e a “qualquer tipo de influência de uma parte sobre a outra, bem como a troca de informações *concorrencialmente sensíveis*”, ao menos a princípio poderia o CADE se valer de sua experiência na celebração de APROs para estabelecer os critérios para identificação de práticas de *gun-jumping* no controle – agora *ex ante* – de concentrações.

Ressalta-se, entretanto, que tais parâmetros configuram apenas informações que o CADE considera sensíveis, não sendo possível concluir se virão a ser proibidas, mesmo porque a simples transposição dos critérios utilizados nos APROs poderia trazer preocupantes restrições a atividades como de *due diligence*, de valoração de ativos ou da empresa e de planejamento de transição e, conseqüentemente, as operações de *M&A*<sup>213</sup>.

#### 4.2. Remédios Antitruste

Ao contrário da prevenção ao *gun-jumping*, não são os remédios antitruste introdução recente ao ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, é certo que apresentam constantes desafios tanto na perspectiva do responsável pela aplicação da norma, quanto para o estudioso do Direito.

Por “remédios” antitruste pode-se entender os instrumentos previstos em lei cujo objetivo é sanar dano a bem jurídico através da conversão de ilicitudes antitruste em condutas ou atos lícitos<sup>214</sup>.

Em última análise, equivalem aos remédios constitucionais ou processuais, visto que possuem a finalidade última de contenção de um

---

<sup>213</sup> Ibid. p. 11.

<sup>214</sup> OLIVEIRA, Amanda Flávio. Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões. In. OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado. (Org.) *Remédios Antitruste*. São Paulo: Singular, 2011. p. 19.

abuso de poder, ou a retificação de uma ação em desconformidade com o ordenamento jurídico.

Desta forma, os remédios serão aplicáveis apenas na hipótese da aprovação do ato de concentração de forma *condicional* e, portanto, sujeitos ao cumprimento de medidas corretivas.

Logo, não há de se falar em remédios para atos aprovados de forma *incondicional*, visto que há, em verdade, o reconhecimento de que a operação não gera dano à ordem concorrencial<sup>215</sup>, nem mesmo para atos *reprovados*, visto que nesses casos, o entendimento da autoridade antitruste foi pela impossibilidade de convertê-los em lícito, sendo este insanável.

Portanto, a aprovação condicional do ato de concentração importa no reconhecimento de que este possui aspectos de licitude que devem ser preservados, sob pena de representar a atividade regulatória do Estado violação à livre iniciativa.

Trata-se a elaboração e aplicação de remédios de questão bastante complexa:

“sabe-se que direitos fundamentais como, por exemplo, o direito à liberdade, requerem tanto uma prestação positiva quanto negativa por parte do Estado. Assim, se o Estado não pode atuar de forma a malferi-lo, igualmente a ele é dado agir para sua garantia. Encontra-se aí (...) o fundamento para uma intervenção estatal que aja, de forma a impedir entraves à livre concorrência.”<sup>216</sup>

De acordo com a OCDE, as melhores práticas reconhecem que os remédios: (i) devem ser adotados apenas se houver ameaça efetiva à competição em decorrência do ato de concentração; (ii) devem ser o menos restritivos possível; (iii) não devem ser usados para interesses de política industrial e não concorrenciais<sup>217</sup>.

Como se vê, há inequívoco caráter não intervencionista, devendo as autoridades “se guiar por certo minimalismo”<sup>218</sup>, afinal trata-se a livre

<sup>215</sup> FAGUNDES, Jorge; ROCHA, Maria Margarete da. Remédios em Fusões. In: GILBERTO, André Marques et. al. (Org.). *Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro*. São Paulo: Singular, 2011. p. 221.

<sup>216</sup> OLIVEIRA, Amanda Flávio. Op. cit., p. 23.

<sup>217</sup> FAGUNDES, Jorge; ROCHA, Maria Margarete da. Op. cit., p. 222.

<sup>218</sup> Ibid. p. 222.

iniciativa, como visto, do fundamento da ordem econômica, tendo a Constituição de 1988 concedido ao ente privado o papel de protagonista no desempenho da atividade econômica, em substituição ao Estado<sup>219</sup>.

Logo, para serem legítimos e sustentáveis, devem os remédios observar os parâmetros da proporcionalidade, que se reflete nas três “máximas parciais”: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Em outras palavras, somente se admite, no âmbito da ordem constitucional de 1988, remédios antitruste que se mostrem necessários, adequados e proporcionais ao dano a direitos fundamentais verificados no caso concreto.

A experiência de jurisdições mais maduras em Direito Antitruste permitiu, ainda, que fossem identificados parâmetros de proporcionalidade específicos para os remédios antitruste. Representam, portanto, corolários do princípio da proporcionalidade no âmbito dos remédios antitruste.

Desta forma, destaca-se, de início, que deve o remédio ser *claro e preciso*, de forma a permitir ao requerente a perfeita compreensão de seus direitos e obrigações.

Ademais, a definição de um remédio apropriado deve pressupor um *dano inequívoco* à concorrência, devendo ser eleito o remédio *hábil* a saná-lo, sendo este o meio *suficiente e eficaz* para tanto.

Deve-se ter em mente, ainda, as *externalidades* decorrentes da realização do remédio, especialmente em relação a terceiros.

O remédio *não deve representar uma forma de sanção* aos agentes econômicos: não se trata de punição, mas de meio para sanar problemas e corrigir comportamentos.

O delineamento do remédio deve levar em consideração as *características específicas do mercado relevante* a que se destina, bem como ponderar sobre os incentivos dele decorrentes.

---

<sup>219</sup> OLIVEIRA, Amanda Flávio. Op. cit., p. 17.

Deve ser considerada a *eficácia real* do remédio, a partir da experiência crítica acumulada na matéria, além da avaliação adequada dos recursos públicos disponíveis para o acompanhamento de sua efetivação.

Deve-se optar pelo remédio que *menos restrinja direitos fundamentais* em confronto, bem como considerar a *possibilidade de flexibilização* do remédio na hipótese de fato superveniente e independente que altere o mercado relevante de forma a redimensionar o dano causado e seus efeitos.

Por fim, o remédio deve servir estritamente *para o fim de sanar a ilicitude* ou *retificar comportamento abusivo*, não podendo ser instrumento de realização de outros objetivos de política econômica que extrapolem os limites do caso concreto<sup>220</sup>.

Os remédios antitruste são tradicionalmente classificados em duas categorias: estruturais e comportamentais.

Os remédios estruturais podem ser entendidos como aqueles que envolvem a alienação de ativos a terceiros<sup>221</sup>, representando um *desinvestimento* do que fora originalmente acordado pelas partes.

Por este motivo, possui caráter definitivo (*one-off remedy*), podendo este se dar, por exemplo, por um desinvestimento de uma unidade negocial autônoma, desmembramento e posterior desinvestimento de uma unidade parte da estrutura de uma das empresas envolvidas na concentração, comprometimento de sair de uma *joint venture* e venda de participação acionária minoritária em concorrente das requerentes<sup>222</sup>.

Por sua vez, os remédios comportamentais têm objetivo de modificar o comportamento dos requerentes, tendo caráter de continuidade (*ongoing remedies*).

Logo, exigem constante monitoramento por parte das autoridades antitruste durante a vigência do remédio. Podem ser exemplificados por

---

<sup>220</sup> OLIVEIRA, Amanda Flávio. Op. cit., p. 24-45.

<sup>221</sup> FAGUNDES, Jorge; ROCHA, Maria Margarete da. Op. cit., p. 225.

<sup>222</sup> Ibid. p. 225.

acesso à infraestrutura das empresas fusionadas; reduções; controles de tarifas; fim de acordos verticais de exclusividade, promessa de não adquirir outros concorrentes ou não abrir novas lojas por determinado período; e não discriminação de concorrentes<sup>223</sup>.

É certo, entretanto, que determinados remédios apresentam aspectos estruturais e comportamentais, podendo ser classificados com *quase-estruturais*, como no caso do licenciamento de direitos de propriedade intelectual (*IP based remedies*): este tipo de remédio não restringe o comportamento dos agentes, não sendo comportamental, nem possuem caráter definitivo, não sendo também estruturais.

Pode-se identificar, ainda, um quarto tipo de remédio: o *contingencial*. Por este, cria-se a possibilidade de rever a operação após a sua efetivação e, no caso de verificação da piora das condições da concorrência, novas medidas seriam impostas.

Entende-se que há tipos de remédios que se adéquam melhor a determinadas situações. Com base na orientação das guias e estudos de organismos internacionais, Jorge Fagundes e Maria Margarete da Rocha enxergam os seguintes postulados:

- 1) “As autoridades antitruste teriam preferência por remédios estruturais, sobretudo em casos de fusões – concentrações – horizontais.
- 2) Remédios comportamentais são preferencialmente aplicados como complementos aos remédios estruturais.
- 3) A aplicação isolada de remédios comportamentais pode ser apropriada para fusões – concentrações – verticais.
- 4) No caso de remédios estruturais, deve haver preferência por desinvestimento de unidade de negócios que já sejam autônomas (*stand alone*).
- 5) Em caso de alienação de ativos a terceiros, deve haver aparato auxiliar para garantir a viabilidade do negócio que está sendo vendido a terceiro.
- 6) Se for adotado um conjunto de remédios, deve-se garantir a consistência dos remédios que fazem parte desse pacote.”<sup>224</sup>

Das orientações acima, cumpre deter-se para as seguintes conclusões: dentre as entidades especializadas, há o entendimento

---

<sup>223</sup> Ibid. p. 225.

<sup>224</sup> FAGUNDES, Jorge; ROCHA, Maria Margarete da. Op. cit., p. 226.

majoritário pela prevalência do uso de remédios estruturais em detrimento dos comportamentais, sobretudo em casos de concentrações horizontais.

Os remédios comportamentais seriam convenientes, portanto, em apenas duas hipóteses: (i) quando aplicados de maneira conjunta e complementar aos remédios estruturais; e (ii) quando aplicados de maneira isolada, apenas para os problemas de integração vertical.

Ademais, dentre os remédios estruturais, há uma preferência pelos desinvestimento de unidades de negócios que já sejam autônomos.

A preferência declarada pelos remédios estruturais tem como principal justificativa o seu efeito definitivo sobre a estrutura de oferta de um mercado, a qual se soma o fato de não sobrecarregarem a autoridade antitruste, podendo ser considerados mais “limpos”, neste sentido:

“Uma intervenção estrutural, basicamente, encerra-se logo após a conclusão da operação de desinvestimento determinada pela autoridade pública: por haver clara alteração de titularidade dos direitos de propriedade, o monitoramento da observância à decisão é significativamente facilitado.”<sup>225</sup>

No âmbito do Ato de Concentração nº 83/2006, a Conselheira-relatora Lúcia Helena Salgado assim consignou os custos e benefícios dos remédios estruturais e comportamentais:

**Tabela de Modalidades de Remédios, Custos e Benefícios**<sup>226</sup>

	<b>Medidas Estruturais</b>	<b>Medidas Comportamentais</b>
Benefícios Públicos	Alto	Baixo
Custos Públicos	Baixo	Alto
Custos Privados	Alto	Baixo

Em comentários à tabela, ressalta a Conselheira que, no que se refere aos *custos privados*, são preferíveis os remédios comportamentais, visto

<sup>225</sup> CASTRO, Bruno Braz de. Remédios jurídicos no direito concorrencial brasileiro: um panorama. In. OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado. (Org.) *Remédios Antitruste*. São Paulo: Singular, 2011; p. 51.

<sup>226</sup> *Ibid.* p. 52.

que, enquanto estes apenas reduzem do faturamento, os remédios estruturais comprometem o próprio investimento realizado.

Em relação aos *benefícios públicos*, a Conselheira argumenta, ainda, que são preferíveis as medidas estruturais, visto que importam em soluções definitivas e eficazes a longo prazo, enquanto os remédios comportamentais apresentam resultados temporários.

Quanto aos *custos públicos*, os remédios comportamentais são mais onerosos tanto por um viés *direto*, associado ao custo do monitoramento das condutas dos agentes econômicos; quanto por um viés *indireto*, relacionado ao esforço do agente econômico para, ao longo do tempo, desenvolver estratégia capaz de “libertá-lo” do remédio comportamental.

Em relação aos *custos privados*, pode-se relativizar a prevalência dos remédios comportamentais por meio de dois argumentos: em primeiro lugar, que estes importam no risco do remédio restringir comportamentos pró-competitivos, *v.g.*, a proibição de discriminação de preços: em determinadas situações, como a queda na demanda dos consumidores, a possibilidade de fixação diferenciada de preços geraria eficiências.

Em segundo lugar, argumenta-se que o remédio comportamental impede que o agente econômico responda de forma eficiente à eventual mudança das condições mercadológicas, tornando-se, na verdade, menos competitivo do que seus concorrentes.

Também filia-se à preferência pelos remédios estruturais a OCDE, conforme observado no último relatório acerca da lei e política da concorrência no Brasil, datado de 2010:

“O CADE tem imposto regularmente remédios comportamentais a atos de concentração. Poderia ser útil a realização de um estudo sobre a eficácia desses remédios em alguns dos casos. Em outros países, a experiência tem mostrado serem as restrições estruturais mais eficazes que as comportamentais, além de mais fáceis de administrar.”<sup>227</sup>

---

<sup>227</sup> OCDE. *Lei e Política de Concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares*. p. 87. Disponível em <http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTsvc.asp?DocumentID=%7B47F13E26-DFEB-4D2E-B611-E6E4C979954F0%7D&ServiceInstUID=%7B2E2554E0-F695-4B62-A40E-4B56390F180A%7D>. Acesso em 12 jun. 2013.

Ainda de acordo com a OCDE, a predominância dos remédios comportamentais em detrimento dos estruturais decorre da adesão ao sistema de análise *a posteriori* de atos de concentrações:

“(...) o Sistema continua padecendo da ausência de notificações prévias. O resultado são longos períodos de análise de atos de concentração sujeitos ao procedimento ordinário e maiores obstáculos para a imposição de remédios estruturais pelo CADE quando as fusões forem consideradas anticoncorrenciais.”<sup>228</sup>

Em síntese, os remédios estruturais se justificariam porque (i) proporcionam mais *benefícios públicos*, visto que são definitivos, enquanto os resultados dos remédios comportamentais são temporários; (ii) apresentam menor *custo público*, visto que não exigem grandes gastos com monitoramento; e (iii) o elevado *custo privados* dos remédios estruturais em pouco diferenciam-se dos riscos aos agentes econômicos decorrentes da aplicação de remédios comportamentais.

Por constituírem medida que atinge mais *benefícios públicos* por menos *custos públicos*, os remédios estruturais se tornam os preferidos pelas autoridades antitruste:

“Aparentemente, a solução mais simples é separar os agentes de forma definitiva, Assim, a Autoridade não possui o encargo de monitorar o comportamento específico das empresas envolvidas na operação. Espera-se, desta maneira, evitar desde problemas informacionais até condutas unilaterais e coordenadas.”<sup>229</sup>

Entretanto, cumpre ressaltar que a aplicação dos remédios estruturais encontram importantes dificuldades. Para tanto, em referência à Tabela de Modalidades de Remédios, Custos e Benefícios, convém classificá-las como referentes (i) a *custos públicos*; e (ii) a *custos privados*.

As dificuldades decorrentes do *custo privado* se referem (i) à *assimetria de informações*; (ii) a importância de *avaliar o comprador*; (iii) à

---

<sup>228</sup> Ibid., p. 36.

<sup>229</sup> FALCO, Guilherme de Aguiar. Aquisições parciais: o capitalismo de laços e os desafios para o controle de atos. In: GILBERTO, André Marques et. al. (Org.). *Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro*. São Paulo: Singular, 2011. p. 196.

*definição do conjunto de ativos que serão alienados e (iv) ao risco de deterioração dos ativos*<sup>230</sup>.

No que se refere à assimetria de informações, ressalta-se a posição do *FTC* de que a viabilidade econômica dos ativos alienados pode ser comprometida pelo comportamento das empresas envolvidas na concentração, visto que, devido ao fato de deterem informações privilegiadas sobre o negócio vendido, estas possuem condição e incentivos para atuar de modo a impedir o sucesso do negócio alienado a terceiro<sup>231</sup>.

Em relação à escolha do comprador adequado, as dificuldades envolvem o desincentivo das requerentes apresentarem um comprador capaz de rivalidade de forma efetiva, somado à necessidade de se encontrar comprador com recursos e *expertise* para que possa tornar o mercado mais competitivo<sup>232</sup>.

Quanto à escolha do conjunto de ativos a ser alienado, os desafios envolvem a possibilidade de se delimitar o conjunto de ativos de modo a não abarcar mais mercados do que aqueles nas quais foram identificados os problemas concorrenciais<sup>233</sup>.

O risco de deterioração dos ativos, por sua vez, importa na necessidade das autoridades fazerem uso de medidas provisórias para manter as atividades das requerentes independentes até que uma decisão final seja tomada pelas autoridades<sup>234</sup>.

As dificuldades decorrentes do *custo privado*, por sua vez, surgem do confronto entre remédios estruturais e a livre iniciativa dos agentes econômicos.

Conforme visto, a legitimidade dos remédios está condicionada à observância de parâmetros de proporcionalidade, devendo estes se mostrar

---

<sup>230</sup> FAGUNDES, Jorge; ROCHA, Maria Margarete da. Op. cit., p. 227.

<sup>231</sup> Ibid. p. 227.

<sup>232</sup> Ibid. p. 228.

<sup>233</sup> Ibid. p. 229.

<sup>234</sup> Ibid. p. 229.

a medida necessária, adequada e proporcional à limitação a direitos fundamentais verificados no caso concreto.

Os corolários do princípio da proporcionalidade em matéria de remédios antitruste exige que estes sejam *suficientes e eficazes* para tanto sanar o dano à ordem concorrencial, devendo ser também os que *menos restrinjam direitos*.

Por conseguinte, não obstante ser o remédio estrutural meio mais eficiente para sanar o dano, em razão de ser o meio de alto *benefício público* e baixo *custo público*, não representa o meio menos restritivo a direitos fundamentais.

Conforme ressaltado, a aplicação dos remédios antitruste, por se tratar de função complexa e em prejuízo a livre iniciativa, deve a atuação do Estado se dar de maneira, de certo modo, “minimalista”<sup>235</sup>.

Neste sentido, Richard Epstein aborda com exatidão a questão:

“Remedies can be too severe, too lax, or just right. Some error will always creep in. In which way will it cut? In the antitrust context, overenforcement is much more dangerous than underenforcement. There is the initial risk that the new set of restrictions will operate in an anticompetitive fashion against incumbent. And in is always more expensive to do more than it is to do less. In terms of social utility, less enforcement results in more social improvement. Keep it simple, and you are likely to do it right.”<sup>236</sup>

Deste modo, se considerados sob a perspectiva da proteção à livre iniciativa, a aplicação dos remédios estruturais deixa de ser a mais eficiente para se tornar a que apresenta maiores riscos de se tornarem evasivas a direitos fundamentais.

Por este motivo, não obstante os *custos públicos* serem maiores, bem como os *benéficos públicos* menores, a aplicação de medidas comportamentais torna-se alternativa para os casos em que há riscos de intervenção excessiva do Estado de modo a aumentar os *custos privados* e, conseqüentemente, esvaziar princípios fundamentais do indivíduo.

---

<sup>235</sup> Ibid. p. 222.

<sup>236</sup> Epstein, Richard A. apud FALCO, Guilherme de Aguiar. Op. cit., p. 195-196.

## Conclusão

Resta evidente o aspecto dinâmico do Direito Antitruste: trata-se de matéria relacionada a fatores jurídicos e econômicos, políticos e sociais, teóricos e práticos, de modo que seus fundamentos devem invariavelmente ser buscados junto a sua interação com diversas facetas da vida social.

Em reconhecimento a tal característica, o presente trabalho assumiu-a como sua principal diretriz, tendo abordado questões para além da simples perspectiva da norma positivada.

Desta forma, a partir do fenômeno de fluxos e influxos na determinação da influencia da regra jurídica sobre a atividade econômica, buscou-se analisar, sob uma perspectiva histórica e teórica, a concepção do pensamento liberal quanto à questão, primeiro do liberalismo econômico preponderante no século XIX e, posteriormente, das Escolas de Harvard e Chicago.

A partir do reconhecimento de que o Estado, ao longo do tempo, assumiu papel ativo frente à atividade econômica, tornando-se conformador da ordem econômica para perseguir finalidades próprias e verdadeiro árbitro das relações entre os agentes econômicos privados, concluiu que é o Direito Antitruste instrumento para implementação de políticas públicas, o que importa em reconhecer a importância dos objetivos perquiridos por determinado ordenamento jurídico para a ordem econômica.

Cumprir sempre ressaltar que tal definição não busca retirar a importância das discussões de caráter geral e abstrato, mas sim viabilizar a aplicação da norma concorrencial a partir do reconhecimento de que esta comunga com os fins propostos pelo Estado.

Desta forma, uma análise ampla do Direito Antitruste exige atenção também para o Direito posto. Logo, passou o trabalho à abordagem da

disciplina da matéria concorrencial na Constituição de 1988, no que se refere, principalmente, a sua ordem econômica, e na Lei nº 12.529/11, que versa sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Em seus diferentes aspectos, comungam os dois diplomas do reconhecimento da necessidade de se consolidar no país uma política da concorrência adequada ao crescente nível de desenvolvimento de nossa economia de mercado.

Neste sentido, a promulgação de ambos os textos – a Constituição, em 1988, e a Lei nº 12.529/11, em 2011 – importou em inovação à ordem jurídica: enquanto a Constituição de 1988 previu, de maneira inédita, a livre concorrência como princípio e a livre iniciativa e a valorização do trabalho como fundamentos da ordem econômica, a Lei nº 12.529/11, ao mesmo tempo em que deu continuidade à consolidação do Direito Antitruste em sede legislativa, promoveu alterações pontuais, porém essenciais, para seu aprimoramento.

Ademais, o tratamento constitucional e infraconstitucional da concorrência permitiu que se concluísse pela sua consagração no ordenamento jurídico em um contexto de *dupla* instrumentalidade: por um lado, é organizadora das regras de mercado e, por outro, é o instrumento adequado para atingir determinadas finalidades estatais.

Traçado os principais aspectos da disciplina da concorrência em sede constitucional e infraconstitucional, reservou o último capítulo a análise de alguns desafios relacionados à aplicação das regras concorrenciais.

Em um primeiro momento, em razão da inexistência de posicionamentos sólidos – seja da doutrina, seja das autoridades da concorrência – quanto a sua definição, buscou-se apontar possíveis critérios de identificação de condutas anticoncorrenciais com base nas decisões dos órgãos antitruste americanos, bem como nas disposições constantes dos APROs.

Em seguida, passou a análise para a questão da aplicação dos remédios antitruste, notadamente dos potenciais efeitos da aplicação das

medidas estruturais e comportamentais, tendo sido firmado o entendimento pela prevalência destes àqueles.

Como se vê, buscou o presente trabalho traçar amplo panorama da matéria concorrencial no Brasil. Entretanto, em função da abrangência do tema, diversas repercussões do Direito Antitruste deixaram de ser abordadas.

Consciente da importância dessas discussões, não se pretendeu fechar os olhos para o que não foi tratado, visto que isto importaria, ao fim e ao cabo, em violar a característica precípua deste ramo do Direito.

## Bibliografia

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade*. Disponível em: <[http://biblioteca.universia.net/html\\_bura/ficha/params/title/interpreta%C3%A7%C3%A3o-consequencialista-analise-econ%C3%B4mica-do-direito-publico-a-luz-dos/id/52663197.html](http://biblioteca.universia.net/html_bura/ficha/params/title/interpreta%C3%A7%C3%A3o-consequencialista-analise-econ%C3%B4mica-do-direito-publico-a-luz-dos/id/52663197.html)>. Acesso em: 28.05.2013.

\_\_\_\_\_. O conceito jurídico de regulação da Economia. *Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro*. São Paulo, vol. 122. p. 38 – 47, abr./jun. 2001.

\_\_\_\_\_. O princípio da proporcionalidade no Direito Econômico. *Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro*. São Paulo, vol. 121, p. 56 – 81, jan./mar. 2001.

BARROSO, Luis Roberto. A atribuição de voto duplo a membro de órgão judicante colegiado e o devido processo legal. *Revista do IBRAC: Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. São Paulo, n. 16, p. 48, jan. 2009.

\_\_\_\_\_. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, vol. 226. p. 189, out./dez. 2001.

CADE. Acordo de preservação de reversibilidade da operação. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a59968ac47c44bde36d547de2bfe051ff71735f1070919>>. Acesso em 13 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. Acordo de Preservação de Reversibilidade de Operação, Ato de Concentração nº 08012.00.4423/2009-18. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/upload/APRO%20SadiaPerdig%C3%A3o%20-%20v16.pdf>>. Acesso em 12 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. Acordo de Preservação de Reversibilidade de Operação, Ato de Concentração nº 08012.01.0038/2013-43. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/upload/Apro2%20DasaMD1.pdf>>. Acesso em 12 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. Acordo de Preservação de Reversibilidade de Operação, Ato de Concentração nº 08012.01.0473/2009-34. Disponível em <[http://www.cade.gov.br/temp/D\\_D000000611421927.pdf](http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000611421927.pdf)>. Acesso em 12 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. Com a nova lei, tempo médio de análise de atos de concentração é de 25 dias. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?46f90811e036ca48d260f041163a>>. Acesso em 07 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. Relatório Anual de Gestão de 1996. Brasília, 1997. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?bf60a06fbd5cdc7dd77e>>. Acesso em 14 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. Relatório Anual de Gestão de 1997. Brasília, 1998. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?bf60a06fbd5cdc7dd77e>>. Acesso em 14 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. Relatório Anual de Gestão de 2010. Brasília, 2011. p. 114. Disponível em

<<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?bf60a06fbd5cdc7dd77e>>. Acesso em 08 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. Parecer ProCADE nº 17/2012/PROCADE/PGF/AGU. Brasília, 2011. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/upload/Manifesta%C3%A7%C3%A3o%20da%20ProCADE%20sobre%20o%20veto%20o%20art%20%2064%20da%20Lei%2012%20529.pdf>>. Acesso em 07 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. Regimento Interno do CADE. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/upload/RICADE%20-%20com%20emendas.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2013.

CALIXTO FILHO, Salomão. A paralisia do Antitruste. *Revista do IBRAC: Direito Concorrencial, Consumo e Comércio Internacional*. São Paulo, vol. 16, p. 305, jan. 2009.

CARVALHO, Patrícia Bandouk. Remédios Antitruste em Atos de Concentração Relativos à Aquisição de Participação Minoritária em Rival. *Revista do IBRAC*. VOL. 21. Pg. 181.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; RECK, Melina Breckenfeld. A constituição econômica e a interface entre regulação setorial e antitruste no Direito brasileiro. *Revista do IBRAC: Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. São Paulo, n. 16, p. 101, jan. 2009.

COELHO, Gustavo Flausino; MAFRA, Ricardo. As recomendações da OCDE para o desenvolvimento do direito concorrencial no Brasil e a Lei nº 12.529/11. *Revista do IBRAC: Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. São Paulo: n. 22, p. 307, jul. 2012.

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. Case no. IV/M.993. Bruxelas, 27 mai. 1998. Disponível em

<[http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m993\\_19980527\\_610\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m993_19980527_610_en.pdf)>. Acesso em 12 jun. 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. Ordem econômica na Constituição brasileira de 1988. *Revista de Direito Administrativo: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. São Paulo, vol. 6, p. 403, mai. 2011.

COSTA, Maurício de Moura. O princípio constitucional de livre concorrência. *Revista do IBRAC: Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. São Paulo, n. 5, p. 16, jan. 1998.

CRISTÓFARO, Pedro Paulo. O princípio da livre iniciativa como um dos fundamentos da República. Consequências. *Revista de Direito Renovar*. n° 12, p. 174 – 186, set./dez. 1998.

DISTRICT COURT OF COLUMBIA. processo n° 01-CV-02062. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/cases/f9200/9246.htm>>. Washington, 28.07.2001>. Acesso em 12 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. Case no. 03-CV-0198. Washington, 11 ago. 2003. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/cases/gemstar0.htm>>. Acesso em 12 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. Case no. 91-CV-0205. Disponível em <<http://www.ftc.gov/os/caselist/9010010/>>. Washington, 30 jan. 1991. Acesso em 12 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. Case no. 91-CV-3267. Washington, 20 dec. 1991. Disponível em <<http://www.ftc.gov/os/caselist/913267/911229arcompt.pdf>>. Acesso em 12 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. Case no. 99-CV-00912. Washington, 04 dec.1999. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/cases/f203600/203653.htm>>. Acesso em 12 jun. 2013.

FAGUNDES, Jorge. Eficiência Econômica em Análise Antitruste. In: GILBERTO, André Marques et. al. (Org.). *Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro*. São Paulo: Singular, 2011. p. 243 – 261.

\_\_\_\_\_. Os objetivos da política de defesa da concorrência: a Escola de Harvard e a Escola de Chicago. *Revista do IBRAC: Direito Concorrencial, Consumo e Comércio Internacional*. São Paulo, vol. 10, p. 133, jan. 2003.

FAGUNDES, Jorge; ROCHA, Maria Margarete da. Remédios em Fusões. In: GILBERTO, André Marques et. al. (Org.). *Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro*. São Paulo: Singular, 2011. p. 221 – 241.

FALCO, Guilherme de Aguiar. Aquisições parciais: o capitalismo de laços e os desafios para o controle de atos. In: GILBERTO, André Marques et. al. (Org.). *Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro*. São Paulo: Singular, 2011. p. 185 – 200.

FALCONE, Bruno. Revisão judicial das decisões do CADE em atos de concorrência. In: GILBERTO, André Marques et. al. *Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro: Teoria e Prática dos Atos de Concentração*. São Paulo: Singular, 2011. p. 127 – 151.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Concorrência como tema constitucional: política de estado e de governo e o estado como agente normativo e regulador. *Revista do IBRAC: Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. São Paulo, n. 16., p. 169, jan. 2009.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Direito Antitruste*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 478 p.

FURLAN, Fernando de Magalhães. Impactos Gerais do Projeto da Nova Lei de Defesa da Concorrência. In: GILBERTO, André Marques et. al. (Org.). *Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro*. São Paulo: Singular, 2011. p. 169 – 183.

GILBERTO, André Marques. O Processo Administrativo para Aprovação de Atos de Concentração: Uma Tentativa de Sistematização Procedimental, In: GILBERTO, André Marques et. al. (Org.). *Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro*. São Paulo: Singular, 2011. Pg. 61 – 89.

GOLDBERG, Daniel. *Poder de Compra e Política Antitruste*. 1ª ed. São Paulo: Singular, 2006. 309 p.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. 383 p. GREENSPAN, Alan et. al. *Capitalism: The Unknown Ideal* (Signet Shakespeare). 1ª ed. New York: Signet, 1986. 416 p.

MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil, In: GILBERTO, André Marques et. al. (Org.). *Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro*. São Paulo: Singular, 2011. p. 21 – 59.

MARTINS, Amanda Athayde Linhares. *Gun-jumping*, controle prévio de estruturas e o CADE. *Revista do IBRAC: Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. São Paulo, n. 22, p. 57, jul. 2012.

MONCADA, Luís Cabral de. *Direito Econômico*. 5ª ed. Coimbra: Coimbra, 2007. 707 p.

MONTEIRO, Gabriela Reis Paiva. *A novo sistema de análise prévia dos atos de concentração e a questão do gun-jumping: traçando limites*. Disponível em

<[http://www.levysalomao.com.br/files/temp\\_ls/Monografia\\_1\\_9\\_Concurso.pdf](http://www.levysalomao.com.br/files/temp_ls/Monografia_1_9_Concurso.pdf)>. Acesso em 12 jun. 2013.

OECD. *Competition policy and regulatory reform in Brazil: a progress report*. p. 3. Disponível em <[http://www.cade.gov.br/internacional/OECD\\_2000\\_Report.pdf](http://www.cade.gov.br/internacional/OECD_2000_Report.pdf)>. Acesso em 05 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. *Lei e Política de Concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares*. p. 87. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID=%7B47F13E26-DFEB-4D2E-B611-E6E4C979954F0%7D&ServiceInstUID=%7B2E2554E0-F695-4B62-A40E-4B56390F180A%7D>>. Acesso em 12 jun. 2013.

OLIVEIRA, Amanda Flávio. Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões. In. OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado. (Org.) *Remédios Antitruste*. São Paulo: Singular, 2011. p. 17 – 30.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercado*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 2006. 553 p.

PIRAINO JR., Thomas A. Reconciling the Harvard and Chicago schools: a new Antitrust approach for the 21<sup>st</sup> Century. Disponível em <<http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol82/iss2/4/>>. Acesso em 11 mai. 2013.

REALE, Miguel. *Noções Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 391 p.

SALLES, Luis Eduardo. Bomba-relógio ou marca-passo? O prazo de análise de concentrações na nova lei de concorrência. *Revista do IBRAC*:

Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. São Paulo, n. 21, p.113.

SANTACRUZ, Ruy. Antitruste, eficiência, curvas, triângulos e retângulos. *Revista do IBRAC: Direito Concorrencial, Consumo e Comércio Internacional*. São Paulo, vol. 9, p. 161, jan. 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. 926 p.

STF, RE n. 648.622/DF. Rel. Ministro Luiz Fux, Brasília, 20 nov. 2012.

TEIXEIRA, José Elaeres Marques. Controle judicial das decisões do CADE. *Revista do IBRAC: Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. São Paulo, n. 12, p. 173, jan. 2005.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico: o Direito Público Econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1968. 607 p.