



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL

GILMARA MARIA DE OLIVEIRA BARBOSA

O PODER JUDICIÁRIO
E A IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA ANTITRUSTE NO BRASIL

FORTALEZA

2014

GILMARA MARIA DE OLIVEIRA BARBOSA

**O PODER JUDICIÁRIO
E A IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA ANTITRUSTE NO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo.

FORTALEZA

2014

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- B239p Barbosa, Gilmara Maria de Oliveira.
 O poder judiciário e a implementação da política antitruste no Brasil. / Gilmara Maria de
 Oliveira Barbosa. – 2014.
 199 f. : enc. ; 30 cm.
- Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de
 Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2014.
 Área de Concentração: Ordem Jurídica Constitucional.
 Orientação: Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo.
1. Direitos fundamentais - Brasil. 2. Direito antitruste - Brasil. 3. Poder judiciário - Brasil. 4.
 Revisão judicial - Brasil. 5. Políticas públicas – Brasil. I. Machado Segundo, Hugo de Brito
 (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Mestrado em Direito. III. Título.



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (*STRICTO SENSU*)
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO

“O PODER JUDICIÁRIO E A IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA ANTITRUSTE NO BRASIL”

GILMARA MARIA DE OLIVEIRA BARBOSA

Dissertação defendida em 18/08/2014, às 10h00min.,

com menção:

APROVADA

COMISSÃO EXAMINADORA:

Professor Doutor Hugo de Brito Machado Segundo - da UFC
(Orientador e Presidente)

Professor Doutor João Luis Nogueira Matias - da UFC
(Membro Interno)

Professora Doutora Gina Vidal Marcílio Pompeu - da UNIFOR
(Membro Externo à Instituição)

A Immanuel. Porque Ele esteve comigo todo o tempo.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que honrou, além do que poderia pedir ou imaginar, o grande esforço dedicado quando de minha participação no processo seletivo para ingresso nesse curso de Mestrado Acadêmico em Direito, e que também foi conforto e fortaleza nos dias em que a missão assumida parecia insustentável.

À minha mãe, Grasielia Barbosa, que foi “mestre” na nobre arte de alfabetizar adultos e de quem recebi o legado da valorização do estudo. Às minhas irmãs, Gardenia e Gláucia Barbosa, por me apoiarem em todo o tempo e em qualquer circunstância.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo, pela confiança que depositou em mim ao aceitar o encargo de me orientar, pela disponibilidade e presteza com que sempre me atendeu e respondeu às minhas mensagens eletrônicas, pela serenidade e responsabilidade com que conduziu a orientação, e, principalmente, por contribuir com sua inteligência e profundo conhecimento jurídico para o trabalho desta sua orientanda.

À Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu, pela disponibilidade em aceitar o convite de participação na banca examinadora e pelo tempo dedicado a essa tarefa, e ao Prof. Dr. João Luís Nogueira Matias, que também aceitou prontamente o mesmo convite, pelo exemplo de Mestre que é para todos quantos tenham a oportunidade de acompanhar sua dedicação no magistério e pelas valiosas contribuições críticas e sugestões apresentadas na minha banca de qualificação.

À minha sócia Juliana de Abreu Teixeira, pelo grande incentivo para que eu cursasse o Mestrado em Direito da UFC e pela compreensão e apoio nos períodos em que precisei me ausentar de nosso escritório de advocacia para me dedicar a esta dissertação. Não posso deixar de agradecer, também, à cooperação dos demais colegas do escritório, principalmente aqueles que compõem a minha equipe e que souberam conduzir suas atividades com tanta responsabilidade e sem qualquer percalço nesse período em que dediquei menos tempo à Abreu, Barbosa e Viveiros Advogados, o que faço na pessoa da advogada Priscila Frota.

Às minhas grandes amigas Roberta Mendes, Cristiane Formighieri, Isabella Brasil Soares, Zuila Gomes e Rebeca Botelho, pelas orações e pela fonte de amor, amizade, compreensão e cumplicidade mesmo nesse período de ausência tão prolongado.

Por fim, porém não menos importante, agradeço aos colegas do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC da Turma de 2012, pelos ricos debates e reflexões compartilhadas em sala de aula, em especial a Joyce Chagas de Oliveira, Itanieli Rotondo Sá e Rômulo Moreira Conrado, pela amizade construída ao longo do mestrado.

“Freedom has a thousand charms to show, that slaves, howe’er contented will never know.”
(A liberdade tem mil encantos a mostrar,/Que os escravos, por mais satisfeitos, nunca hão de provar) - William Cowper

“[...] quem sustenta o naturalismo econômico e entende como absoluto e imutável o regime da propriedade e das trocas privadas tem medo da vontade e da história. A vontade que institui e determina a estrutura econômica também está em condições de demoli-la e depô-la. E, por isso, o agir humano é igualmente necessário para defende-la e derruba-la. A inerte e passiva natureza não tem nada a nos dizer.” (Natalino Irti, *A ordem jurídica do mercado*)

RESUMO

Diante da necessidade imperativa de aprimorar a relação entre o Poder Judiciário e as autoridades antitruste na promoção de um ambiente concorrencial cada vez mais eficiente no Brasil, o presente estudo presta-se a analisar como se tem estabelecido a atuação do Poder Judiciário sobre a política antitruste nacional ao realizar o controle judicial das decisões administrativas emanadas do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no exercício do controle de condutas e de estruturas. O trabalho é desenvolvido com recurso a uma extensa revisão bibliográfica na matéria correlata, assim como a decisões judiciais existentes sobre o assunto, provenientes principalmente do TRF da 1ª Região e do STJ. Inicialmente, a investigação debruça-se sobre o conceito de políticas públicas no âmbito do direito antitruste, para, em seguida, apresentar os fundamentos e o contexto, internacional e nacional, da origem do interesse público voltado para a defesa do ambiente concorrencial. Analisa, ainda, acerca os fins e os valores tutelados pela política antitruste brasileira, cuidando, também, de refletir acerca da possibilidade de caracterização de um direito fundamental à livre concorrência e à livre iniciativa. No intuito de analisar como se dá o balizamento geral das condutas dos agentes privados envolvidos, quer sejam os protagonistas da política, quer sejam os seus destinatários, apresenta os arranjos de regras e procedimentos que estruturam a ação governamental no exercício desse mister, assim como identifica as autoridades competentes para a concretização da política da concorrência. Por fim, realiza uma abordagem à experiência internacional no tema da revisão judicial das decisões das autoridades antitruste e apresenta um diagnóstico da situação no Brasil, detendo-se, logo em seguida, na análise da controvertida questão da discricionariedade nas decisões do CADE e dos limites de sua revisão judicial, a qual se dá em razão de aspectos formais e de aspectos materiais. Ao final, o estudo revelará se e em que medida o Poder Judiciário tem alterado e/ou influenciado a realização da política pública antitruste no Brasil, e de que forma essa atuação impacta a promoção de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Política pública antitruste. Direitos fundamentais. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Controle judicial.

ABSTRACT

Given the imperative need of improving the relationship between the Judiciary and the antitrust authorities for the promotion of an increasingly efficient competitive environment in Brazil, the study at issue is aimed at analyzing the Judiciary praxis in connection with the national antitrust policy by enforcing judicial control over the administrative decisions rendered by the Administrative Council for Economic Defense – CADE, be it in connection with acts of economic concentration (control over economic structures) or in connection with the administrative procedures themselves (control over the administrative conduct). The work is based on extensive bibliographic references regarding the relevant matter as well as in paradigmatic case law related thereto. Firstly, the study focuses on the concept of antitrust public policies and subsequently presents the national and international fundamentals and context that has drawn the attention of the public interest to the defense of the competitive environment. Furthermore, it analyzes the goals and values protected under the Brazilian antitrust policy, proposing a reflection regarding the possibility of characterizing the principles of free competition and free enterprise as fundamental rights. Aiming at investigating the guidelines applicable to the conduct of the private agents involved as enforcers or addressees of the antitrust policy, the work presents the arrangement of rules and procedures which structure the governmental action in the competitive environment, as well as identifies the authorities responsible for the implementation of the competitive policy. Lastly, the study also discusses the international praxis of judicial review of acts and decisions of the antitrust authorities and places a diagnosis of the respective Brazilian scenario, by highlighting the controversial discretion of the decisions rendered by CADE and the restrictions to their judicial review, both under formal and substantive aspects. As a conclusion, the study reveals whether and to which extent the Judiciary has altered or influenced the implementation of the public antitrust policy in Brazil and how the interference of the Judiciary impacts the promotion of fundamental rights.

Keywords: Antitrust public policy. Fundamental rights. CADE – Administrative Council for Economic Defense. Judicial control.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgR	Recurso de Agravo
AI	Agravo de Instrumento
AMB	Associação Médica Brasileira
ANAC	Agência nacional de Aviação Civil
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicação
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
APRO	Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação
CADE	Comissão Administrativa de Defesa Econômica
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CAE	Comissão de Assuntos Econômicos
CF	Constituição Federal
COFTALCE	Cooperativa dos Oftalmologistas do Ceará
DoJ	<i>Department of Justice</i>
ECD	Estrutura-Condução-Desempenho
FIESP	Federação das Indústrias do Estado de São Paulo
FTC	<i>Federal Trade Commission</i>
ICN	<i>International Competition Network</i>
MS	Mandado de Segurança
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OCDE	Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico
REsp	Recurso Especial
RMS	Recurso Ordinário em Mandado de Segurança
S/A	Sociedade Anônima
SAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SBDP	Sociedade Brasileira de Direito Público
SDE	Secretaria de Direito Econômico
SNDE	Secretaria Nacional de Direito Econômico
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCC	Termo de Compromisso de Cessação de Prática

TCD	Termo de Compromisso de Desempenho
TRF	Tribunal Regional Federal
UFIR	Unidade Fiscal de Referência

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	13
2	A POLÍTICA ANTITRUSTE NO BRASIL.....	18
2.1	O conceito de políticas públicas no âmbito do direito antitruste.....	18
2.2	Fundamentos históricos, econômicos e jurídicos do direito antitruste.....	23
2.2.1	<i>Contexto internacional.....</i>	<i>25</i>
2.2.2	<i>Contexto brasileiro: evolução normativa.....</i>	<i>27</i>
2.3	As escolas do pensamento antitruste: um introito sobre os tradicionais “concorrentes” a protagonista da política da concorrência	32
2.3.1	<i>A teoria neoestruturalista do antitruste de Calixto Salomão Filho.....</i>	<i>37</i>
3	A POLÍTICA ANTITRUSTE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: O PLANO MACROINSTITUCIONAL.....	42
3.1	A ordem econômica na Constituição de 1988 e os fins do direito antitruste.....	42
3.1.1	<i>Os fins e os valores tutelados pelo direito antitruste.....</i>	<i>44</i>
4	A NORMA REGULADORA DO ANTITRUSTE NO DIREITO BRASILEIRO.....	73
4.1	Estrutura, competência e atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).....	73
4.1.1	<i>Aspectos institucionais e atribuições do SBDC e do CADE</i>	<i>73</i>
4.1.2	<i>Mecanismos de controle: controle de conduta e controle de estrutura.....</i>	<i>85</i>
4.1.2.1	<i>Controle de conduta</i>	<i>85</i>
4.1.2.2	<i>Controle de estrutura</i>	<i>91</i>
4.2	A eficiência econômica como justificativa para as posições de dominação de mercado.....	95
4.3	A abertura do conteúdo semântico dos enunciados das normas antitruste.	98
4.3.1	<i>Incerteza e insegurança jurídica no direito antitruste.....</i>	<i>105</i>
5	A REALIZAÇÃO DA POLÍTICA ANTITRUSTE PELO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DAS DECISÕES DO CADE.....	110
5.1	Revisão judicial das decisões do CADE.....	113
5.1.1	<i>A experiência internacional.....</i>	<i>114</i>
5.1.2	<i>Um diagnóstico da situação no Brasil.....</i>	<i>117</i>

5.1.3	<i>A questão da discricionariedade nas decisões do CADE</i>	121
5.1.4	<i>O Poder Judiciário na revisão de decisões do CADE</i>	137
5.1.4.1	<i>Revisão judicial com fundamento em aspectos formais</i>	138
5.1.4.2	<i>Revisão judicial com fundamento em aspectos materiais</i>	145
5.1.4.3	<i>O caso Nestlé/Garoto</i>	152
5.2	Acordos entre o CADE e os agentes econômicos	170
5.3	Dificuldades na aplicação da norma antitruste pelo Judiciário: críticas e competência institucional	173
6	CONCLUSÃO	177
	REFERÊNCIAS	183

1 INTRODUÇÃO

Na Constituição Federal de 1988 sobressai, como uma das características normativas mais salientes, uma opção política pela instituição de um Estado Democrático de Direito que apresenta em sua base o princípio da soberania popular e a garantia universal de direitos subjetivos relativos à autonomia privada e pública dos cidadãos. A partir dessa opção política advém o teor do artigo 170 da CF/88, que fixa como objetivo da ordem econômica constitucional o “bem de todos segundo critérios de justiça social”. Esse dispositivo parece determinar, em um sentido normativo, como que prescrevendo aos poderes públicos, que a ordem econômica seja estruturada de modo a assegurar à totalidade dos cidadãos as condições materiais para o exercício da cidadania e a fruição de uma vida com um mínimo de bem-estar. É possível dizer que esta é a finalidade das políticas públicas voltadas à regulação da economia, dentre elas a política antitruste, a qual se relaciona mais diretamente com a observância aos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, também expressamente mencionados no referido art. 170.

Nesse contexto, o legislador atribuiu ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) o papel de guardião do ambiente concorrencial, tendo sido implementado pela Lei nº 8.884/94 e revisto pela recente Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que revogou a anterior, determinando a sua composição por dois órgãos: o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia especial que funciona vinculada ao Ministério da Justiça cuja finalidade é orientar, fiscalizar, prevenir e apurar abusos de poder econômico; e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), órgão do Ministério da Fazenda. O CADE, por sua vez, passou a ser constituído por três órgãos: o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, a Superintendência-Geral e o Departamento de Estudos Econômicos.

O fundamento constitucional e legal do SBDC está posto, a princípio, nos seguintes dispositivos: art. 170, “caput” e inc. IV, e art. 173, parágrafo 4º, da Constituição Federal, e na própria Lei nº 12.529/2011. Todavia, os últimos anos de atuação do SBDC, mormente após a transformação do CADE em autarquia, em 1994, revelam que o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, ao preconizar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, tem se erguido como outro fundamento positivo da política de defesa da concorrência no Brasil, na medida em que o princípio da inafastabilidade

da tutela jurisdicional tem sido diuturnamente utilizado pelos administrados, que, não raro, submetem à apreciação do Poder Judiciário as decisões do CADE, seja em atos de concentração (controles de estruturas), seja em processos administrativos (controle de condutas).

Nesse contexto, o Poder Judiciário também tem se erguido como um importante ator da política antitruste no Brasil, não sendo demais reconhecer que tem mesmo havido um processo de progressiva *judicialização* da política de defesa da concorrência, existindo, em contrapartida, um movimento no CADE para tentar convencer o Poder Judiciário a prestigiar as suas decisões administrativas. Reconhece-se a necessidade de controle pelo Poder Judiciário para que seja garantido o mínimo de legitimidade social para as decisões do CADE, afinal, a inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário é pilar do Estado de Direito. Todavia, qual é o limite e como tem se dado a atuação desse poder quando revê decisões emanadas da mencionada autarquia, muitas vezes dotadas de extrema complexidade técnica em área que extravasa o eminentemente jurídico?

No âmbito do CADE, naturalmente tem sido construída a defesa da independência das decisões administrativas, nesses casos, em virtude de sua excelência técnica e especificidade. Porém, a adesão a esse entendimento levaria à concordância com a instauração do contencioso administrativo (não recepcionado na tradição jurídica brasileira), para cujos defensores é um desperdício de atividade, de tempo e de recursos públicos o Estado rever o conflito em duas oportunidades distintas.

Fato é que o CADE tem enfrentado grandes dificuldades para efetivamente implementar suas decisões administrativas, seja no que diz respeito ao desfazimento de atos de concentração econômica que não foram aprovados, seja no que toca à cobrança das multas que foram impostas tanto em ato de concentração econômica como no julgamento de condutas anticoncorrenciais.

Somente no quadriênio 2003/2006 foi distribuído na seção judiciária do Distrito Federal o total de 276 ações envolvendo o CADE, número que representa mais do que o que fora distribuído em todo o decênio 1993/2002, quando foram ajuizadas 234 ações em face de atos da mencionada autarquia.¹ Nesse contexto, ganha especial relevância a análise a respeito dos impactos que a revisão judicial das decisões do CADE tem na política antitruste,

¹ BADIN, Arthur Sanchez. **A revisão judicial das decisões do CADE**. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/resenhaeletronica/MostraMateria.asp?page=&cod=330523>>. Acesso em: 15 set. 2011.

erguendo-se a questão central do presente trabalho: *afinal, é correto afirmar que o Poder Judiciário tem atrapalhado a concreção dessa política pública?*

O risco de sua decisão não ser a mais adequada parece recair tanto sobre a autoridade antitruste quanto sobre a autoridade judicial, o que parece sugerir mais a necessidade de conjugação de esforços na promoção dessa política pública do que, propriamente, o alijamento de um desses *players* dessa função.

O tema, portanto, revela-se como assunto de grande importância no âmbito do direito constitucional brasileiro por verificar-se que o princípio da livre concorrência, a despeito de tratar-se de um dos pilares que sustentam nossa ordem econômica, pode ter sua proteção potencialmente enfraquecida diante da *valorização* de um conflito entre os papéis do Poder Judiciário e do CADE na promoção da política de defesa da concorrência no Brasil.

Atento a esse contexto, e pretendendo verificar como se tem dado a implementação da política da concorrência no Brasil, o presente trabalho iniciará o seu primeiro capítulo analisando o conceito de políticas públicas no âmbito do direito antitruste e identificando os três planos de aproximação – macro, meso e microinstitucionais - em que se relacionam governo, política e direito na área antitruste. Essa identificação permeará todo o trabalho, no intuito de observar se já existe uma política da concorrência integralmente constituída e estabelecida no Brasil. Este primeiro capítulo cuidará, ainda, de apresentar os fundamentos históricos, econômicos e jurídicos, assim como o contexto, internacional e nacional, da origem do interesse público voltado para a defesa do ambiente concorrencial, preocupando-se, também, em apresentar as escolas do pensamento antitruste que influenciaram e as que ainda influenciam essa política pública.

Na sequência, o segundo capítulo analisará a constitucionalização da ordem econômica no direito pátrio, bem como os fins e os valores cuja tutela o legislador constituinte originário de 1988 atribuiu à política antitruste. Ao final, abordando um assunto ainda muito incipiente na doutrina nacional, será oferecida uma reflexão sobre a possibilidade de caracterizar a livre iniciativa e a livre concorrência como direitos fundamentais, para tanto buscando inspiração nos estudos do economista indiano Amartya Sen sobre o tema da liberdade.

Dando continuidade ao tema proposto pelo trabalho, o terceiro capítulo realizará uma reflexão sobre a interface da política pública onde restam definidos os arranjos de disposições, regras e procedimentos que estruturam a ação governamental na área antitruste,

bem como onde são identificadas as autoridades competentes para a concretização dessa política, no exercício das funções do Poder Público. Assim, será analisada a atual estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), delineada pelo novo marco legal do direito antitruste (Lei nº 12.529/2011), assim como os mecanismos utilizados pelo CADE no controle das condutas e das estruturas de mercado com efeitos anticompetitivos. Por fim, proceder-se-á ao exame da possibilidade de utilização do argumento da eficiência econômica como justificativa para as posições de dominação do mercado, assim como das implicações do farto emprego da técnica legislativa de abertura do conteúdo semântico nos enunciados das normas antitruste, dentre elas a tão mencionada insegurança jurídica.

O quarto e último capítulo, enfim, dedicar-se-á direta e exclusivamente à análise de como tem-se dado a realização da política antitruste pelo Poder Judiciário no controle das decisões do CADE. Nessa abordagem, será compilada jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais (TRFs), do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF) em situações de controle judicial das decisões emanadas do CADE, atentando, principalmente, para a forma como os magistrados se relacionam com os temas da discricionariedade técnica e dos conceitos jurídicos indeterminados, e verificando, ainda, a solidez da fundamentação de suas decisões, seja quando essas determinam a reforma, seja quando determinam a manutenção do entendimento do CADE no caso concreto. Observar-se-á que a resposta à questão da possibilidade de revisão de decisões técnicas do órgão antitruste não é pacífica entre os estudiosos do tema, todavia a jurisprudência vem reconhecendo essa aptidão. Nesse tocante, indaga-se: os magistrados têm feito essa revisão de decisões técnicas do CADE de maneira adequadamente motivada e fundamentada? A análise realizada nesse último capítulo refletirá, separadamente, sobre as situações em que o mérito do caso levado ao Judiciário refere-se apenas a aspectos formais do ato administrativo e sobre aquelas em que o mérito envolve, efetivamente, discussões sobre a presença ou não de ofensa ao ambiente concorrencial no ato do agente econômico. Em virtude da grande repercussão causada pelo conhecido caso Nestlé-Garoto, proceder-se-á à análise da atuação do CADE e do Poder Judiciário no que tange ao Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89, o qual se refere à aquisição da Chocolates Garoto S/A pela Nestlé Brasil Ltda.. Esse famoso *case* - que teve início no ano de 2002, ainda se encontra pendente de uma decisão definitiva, mas já teve impactos sobre a política da concorrência no Brasil - revelará que importância pode ter para essa política pública a participação do Poder Judiciário na revisão dos entendimentos provenientes do CADE.

Vê-se, dessa forma, que a temática do presente trabalho, a propósito, muito jovem no Brasil, justifica-se de forma relevante por tratar da necessidade imperativa de aprimorar a relação entre o Poder Judiciário e as autoridades antitruste, visando à implementação de um ambiente concorrencial cada vez mais eficiente na concretização dos objetivos definidos pelo legislador para a política antitruste nacional, dentre eles a proteção aos direitos à livre concorrência e à livre iniciativa.

Os tipos de pesquisa realizados na consecução dos objetivos da dissertação foram o bibliográfico, o jurisprudencial e o histórico, com a utilização de obras nacionais e estrangeiras, revistas, periódicos e assemelhados, bem como como visitas a sítios eletrônicos especializados nas áreas de Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Antitruste. Quanto à pesquisa jurisprudencial, tomou-se conhecimento de como têm se posicionado os juízes dos Tribunais Regionais Federais, bem como os membros do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal diante de demandas que envolvem decisões administrativas sobre condutas com potencial de malferir a livre concorrência, com o fim de verificar a receptividade desses magistrados à tese da sindicabilidade judicial das decisões do CADE, bem como a amplitude que conferem a esse controle jurisdicional, atentando, principalmente, para a fundamentação atribuída quanto a esse aspecto. Da mesma forma, realizou-se pesquisa, junto ao CADE, acerca do entendimento que os membros dessa autarquia especial (mormente presidência, conselheiros e procuradores federais) têm manifestado quanto ao mesmo tema. Já a pesquisa histórica, essa ficou restrita à consulta à legislação pátria (revogada e vigente), abrangendo, ainda, a origem e evolução dos institutos em análise, tanto no âmbito nacional como internacional.

Os dados levantados foram abordados predominantemente sob um prisma qualitativo, preocupando-se com o aprofundamento e abrangência de uma compreensão crítica acerca da eficiência e da eficácia da atuação do Poder Judiciário como instrumento para a promoção da política antitruste no Brasil, a partir da discussão acerca do controle judicial dos atos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e seus limites e implicações.

2 A POLÍTICA ANTITRUSTE NO BRASIL

Na medida em que o presente trabalho tem por tema a atuação do Poder Judiciário na política antitruste brasileira, é interessante que, inicialmente, seja analisado o conceito de políticas públicas no âmbito do direito antitruste, cuidando, ainda, de apresentar os fundamentos e o contexto, internacional e nacional, da origem do interesse público voltado para a defesa do ambiente concorrencial, assim como as escolas do pensamento antitruste que influenciaram a concepção e o desenvolvimento dessa política pública.

2.1 O conceito de políticas públicas no âmbito do direito antitruste

O conceito de políticas públicas é daqueles que ainda estão amadurecendo no âmbito da teoria jurídica. Nem por isso, todavia, deixa de ser enfrentado e utilizado pelos doutrinadores no campo do direito, a exemplo de Maria Paula Dallari Bucci, que, por se dedicar há vários anos ao estudo dessa temática, assumiu posição relevante na doutrina nacional no que tange ao desenvolvimento da abordagem que relaciona direito e políticas públicas. E é dela que aqui se colhe o primeiro delineamento do tema:

As políticas públicas não são [...] categoria definida e instituída pelo direito, mas arranjos complexos, típicos da atividade político-administrativa, que a ciência do direito deve estar apta a descrever, compreender e analisar, de modo a integrar à atividade política os valores e métodos próprios do universo jurídico.²

Trata-se, em verdade, de uma nova forma de conhecimento do fenômeno governamental, a qual investiga possíveis conexões entre os principais campos de pertinência temática das políticas públicas (Direito, Ciência Política e Administração Pública), a exemplo das categorias *instituição* e *processo*, com tradição nas três áreas.³

A aproximação da temática das políticas públicas com o universo do direito no Brasil deu-se de maneira muito forte na última década do século passado, principalmente em busca da efetivação dos direitos sociais tão generosamente agraciados na Constituição Federal de 1988, sem descurar-se, todavia, da promoção de uma democracia econômica. Afinal,

² BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 11.

³ *Ibid.*, p. 11.

conforme apregoa Maria Paula Dallari Bucci, as políticas públicas passaram a assumir, também, o papel de “tecnologia jurídica governamental” para a democracia, tanto em sua vertente política, como na social e econômica. Subsequentemente, observou-se uma exigência cada vez maior de que a face política do governo fosse revestida de uma tecitura jurídica: “a política imbricada com a técnica, a gestão pública institucionalizada e regada pelo direito”.⁴

Não se pode falar, todavia, que houve uma sobredeterminação do direito sobre a política. A verdade é que o direito vincula políticas por meio de princípios constitucionais, ao passo que a constituição é alterada e moldada pela política. Ou, nas palavras de Luis Sanchez Agesta, “*El Derecho es establecido por la política y es, a su vez, marco en que la política se desenvuelve*”.⁵

Maria Paula Dallari Bucci propõe que o fenômeno governamental em que consistem o governo e a relação existente entre política e direito, enquanto manifestação juridicamente organizada, pode ser examinado em três planos de aproximação: macro, meso e microinstitucional. A autora assim introduz sua proposição:

O plano macroinstitucional compreende o *governo* propriamente. No extremo oposto, plano microinstitucional, considera-se a *ação governamental* como unidade atomizada de atuação do governo. Na posição intermediária, o plano mesoinstitucional, analisam-se os *arranjos institucionais*, ação governamental agregada em unidades maiores. Enquanto o plano macroinstitucional tem por objeto a *politics*, os planos meso e microinstitucionais focam as *policies*.⁶

No primeiro plano de aproximação, o macroinstitucional, ressalta-se o governo como motor da política, ou como corpo no interior do Estado que dá impulso à política. Tem-se nele “as decisões políticas fundamentais, a ‘grande política’, bem como os rumos do planejamento de longo prazo.”⁷

No objeto deste trabalho, esse plano de aproximação pode ser identificado com a produção do legislador constituinte originário de 1988, que não apenas substituiu a *ordem*

⁴ BUCCI, 2013, p. 34.

⁵ AGESTA, Luis Sanchez. **Principios de teoria política**. 7. ed. Madrid: Editorial Nacional, 1983, p. 125.

⁶ BUCCI, *op. cit.*, p. 37-38.

⁷ *Ibid.*, p. 43.

econômica liberal por uma *ordem econômica intervencionista*⁸, como também cuidou de enunciar os fins da política econômica nacional, nela incluindo-se a política antitruste.⁹

Desde aqui é oportuno pontuar que a política pública antitruste brasileira, conforme será melhor desenvolvido mais adiante, identifica a sua *ratio essendi* com a repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, por ter sido essa a “grande política” fixada na Constituição Federal no tocante ao antitruste, mais precisamente no §4º de seu artigo 173. Essa *politics* possui escopos de natureza econômica, social e política, também definidos na Constituição Federal, os quais serão alcançados por meio de *policies* que focarão na repressão àqueles que exercerem o poder econômico de forma abusiva.

Já no segundo plano de aproximação, o mesoinstitucional, tem-se, no dizer da autora, a “média política”, os arranjos institucionais. Aqui, a unidade essencial é a noção de *instituição*, e o termo *institucionalizar*, correlato ao adjetivo *institucional* que qualifica os arranjos das medidas governamentais, significa estruturar e estabelecer um determinado padrão de organização (permanente e impessoal, formalmente desvinculado da pessoa do governante ou gestor que desencadeia a ação), que atua como fator de unidade de vários centros de competência em articulação, aqui abrangidos não apenas os próprios órgãos e serviços, mas também a atividade privada, quando conexas com programas de ação governamental. Conforme explicita Maria Paula Dallari Bucci,

Institucionalizar, a partir da teoria de Santi Romano, é objetivar, isto é, constituir uma instância, um feixe de ações organizadas, que se descola da pessoa que o instituiu e passa a ter vida própria. Além disso, é ordenar, organizar segundo determinada combinação de conceitos e diretrizes racionais. A estruturação da ação é dada pelo direito, em determinado arranjo de disposições, regras e procedimentos previsíveis e definição de autoridades, com os poderes devidos, para o exercício das funções do Poder Público, destinadas à estabilidade, permanência e previsibilidade.

[...]

O arranjo institucional de uma política compreende seu marco geral de ação, incluindo uma norma instituidora (com o perdão da tautologia), da qual conste o

⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988** (interpretação e crítica). 14. ed, rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 72.

⁹ Trata-se de uma Constituição Econômica diretiva (ou programática), segundo a classificação de José Joaquim Gomes Canotilho (1982), entendida esta como a que não se adstringe a conceber-se como mero “instrumento de governo” (p. 12), mas, além disso, enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Esse tipo de constituição transforma-se em “plano normativo-material global, que determina tarefas, estabelece programas e define fins” (p. 12), não se limitando a estabelecer apenas um “estatuto jurídico do político”, mas um “plano global normativo” do Estado e da sociedade. Difere-se da Constituição Econômica estatutária (ou orgânica), que busca apenas definir um estatuto do poder, concebendo-se como mero “instrumento de governo”, bastando-se em enunciar competências e regular processos.

quadro geral de organização da atuação do Poder Público, com a discriminação das autoridades competentes, as decisões previstas para a concretização da política, além do balizamento geral das condutas dos agentes privados envolvidos, tanto os protagonistas da política quanto os seus destinatários ou pessoas e entes por ela afetados, como empresas e consumidores, por exemplo.¹⁰

Diante dessa definição, pode-se dizer que, no contexto deste estudo, o plano de aproximação mesoinstitucional pode ser identificado, entre outros elementos, com a produção do legislador ordinário na área do direito antitruste, cujo maior símbolo será a lei federal que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, tratando inclusive de sua competência, identificada atualmente pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

Finalmente, no plano de aproximação microinstitucional, volta-se ao conceito de política pública como programa de ação governamental (a “pequena política”), núcleo em torno do qual se movem os agentes públicos e privados em busca da execução dos objetivos traçados. Expressa-se por meio de processos jurídicos que levam à formação e desenvolvimento das políticas públicas, as quais são traduzidas em decisões e iniciativas legislativas, assim como em decisões administrativas e judiciais, estas últimas quando se está diante de uma situação conflitiva. Tem, portanto, como unidade essencial o elemento *processo*, que permite visualizar as várias fases de produção e implementação da ação governamental.¹¹

Nesse contexto, o Poder Judiciário ergue-se em destacado papel na implementação e na efetivação de políticas públicas, dando-se sua participação por meio do controle judicial de atos administrativos e legislativos, em virtude da inafastabilidade da tutela jurisdicional sobre os atos da Administração Pública.

Adotando a categorização acima proposta, portanto, interessa pontuar que o presente trabalho, ao utilizar a expressão *política antitruste*, referir-se-á tanto à *politics* definida em sede constitucional, como às *policies*, representadas especificamente pelas ações governamentais e pelos arranjos institucionais voltados ao alcance dos objetivos antitruste ordenados a partir da Constituição Federal e da Lei nº 12.529/2011.

Por fim, apresenta-se o conceito de políticas públicas segundo Maria Paula Dallari Bucci, o qual aqui se adota e que é descrito nos seguintes termos:

¹⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____ (Org.). **Políticas públicas**. Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49. p. 37-38.

¹¹ *Ibid.*, p. 43.

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando [a] coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar à realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.¹²

Por oportuno, toma-se de empréstimo, ainda, a lição de Nagibe de Melo Jorge Neto¹³, para quem a ideia de política pública é composta de três elementos,

[...] sendo dois deles necessários e um deles accidental: (a) uma *ação*, um fazer estatal, orientada, mediata ou imediatamente, para a consecução de (b) um *fim*, um objetivo, uma meta, ou seja, a efetivação dos direitos de segunda e terceira dimensões, que, todavia, pode estar implícita. Essa atuação estatal poderá estar condicionada ou não a (c) *programa* ou planejamento previamente estabelecido. (grifos nossos).

É possível relacionar, sem muita dificuldade, o primeiro elemento ao plano microinstitucional, o segundo, ao plano macroinstitucional, e o terceiro elemento ao plano mesoinstitucional, sendo que, no caso da política antitruste brasileira, este último não será accidental, tendo em vista que a atuação estatal já possui um “programa ou planejamento previamente estabelecido” ao qual o Estado e a sociedade devem observância.

Na medida em que a presente dissertação tem por tema a atuação do Poder Judiciário na efetivação da política antitruste no Brasil, é interessante observar que a ação governamental incorporada no exercício dessa função jurisdicional, a qual *se efetiva* no plano microinstitucional (por meio de um processo judicial), *tem seu fundamento* no plano macroinstitucional (pelo princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, estabelecido pela “grande política”) e *se realizará sobre* o plano mesoinstitucional, ao implicar a possibilidade de controle tanto dos objetivos e metas fixadas na lei ou em outros atos normativos voltados para a política antitruste, quanto da atuação/omissão dos órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Com efeito, por meio dessa atuação do Poder Judiciário, é possível ver a política pública antitruste brasileira relacionando entre si os três planos em que o governo, o direito e,

¹² BUCCI, 2006, p. 39.

¹³ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais. São Paulo: Jus Podium, 2009, p. 56-57.

no caso, a política econômica aproximam-se. E na realização de seu mister, é necessário que o Poder Judiciário tenha muito claro quais são os objetivos fixados na Constituição Federal e na legislação ordinária para a política antitruste no Brasil, cuidando de promovê-los por meio de suas decisões, num importante trabalho de depuração das práticas dos empresários.

Aqui se vê superar a visão do direito empresarial, ou mais propriamente do direito antitruste, como uma área relacionada exclusivamente à seara privatista. Como afirma Paula A. Forgioni em sua doutrina, à medida em que o direito econômico pode ser compreendido como o “conjunto das técnicas de que lança mão o Estado contemporâneo em sua função de implementar políticas públicas”,^{14, 15} o direito antitruste pode, por sua vez, ser entendido como *uma dessas técnicas* de implementação de políticas públicas, a qual se efetivará por meio da repressão ao abuso do poder econômico. É possível dizer, então, que o antitruste é um instrumento operado pelo governo na implementação de políticas públicas - ainda que ele mesmo também tenha essa natureza de política pública.

E aqui o Poder Judiciário exercerá um papel de importância crucial, não mais se caracterizando como um mero instrumento de correção dos desvios funcionais do mercado (as chamadas falhas de mercado), por meio da aplicação das normas antitruste, mas como um verdadeiro *instrumento de implementação de políticas públicas*.

2.2 Fundamentos históricos, econômicos e jurídicos do direito antitruste

Para entender a finalidade do direito antitruste em países que adotam a economia de mercado e o sistema capitalista de produção, como o Brasil, faz-se imprescindível realizar uma incursão em seus fundamentos – sejam históricos, econômicos ou jurídicos, os quais revelam o contexto do surgimento da necessidade de adoção de uma legislação antitruste.

A origem do direito antitruste tem sido identificada com o surgimento das grandes empresas privadas - o que veio a ocorrer de forma mais acentuada a partir do final do século

¹⁴ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 29.

¹⁵ Fábio Konder Comparato já havia afirmado, na década de 60, que “o novo direito econômico surge como o conjunto das técnicas jurídicas de que lança mão o Estado contemporâneo na realização de sua política econômica”. (COMPARATO, 1965, p. 14). Essa concepção encontrou eco na escrita de vários autores, dentre eles Eros Roberto Grau (*vide* GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica). 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 153) e Paula A. Forgioni, conforme citação acima, esta última, todavia, já contextualizando a ideia com o direito antitruste.

XIX, seja em razão do próprio crescimento orgânico das corporações, seja em decorrência das práticas de fusões, aquisições ou outros arranjos societários.

Era um contexto novo para o direito. Com a chegada da fase da revolução industrial conhecida como Segunda Revolução Industrial, houve o surgimento de novos produtos e novas tecnologias que exigiam uma grande concentração de recursos e capital para que fossem produzidos. Grandes grupos empresariais começavam a atuar e, pela primeira vez, havia uma grande concentração de capital em mãos privadas, o que era um fenômeno novo no desenvolvimento do capitalismo.

O que se verificou é que, por conta de poderem controlar uma grande quantidade de recursos extremamente importantes para o desenvolvimento da economia, como ferrovias, produtos provenientes da indústria química e da indústria de aço, esses grupos econômicos não apenas tinham poder econômico, como dele se utilizava em seu benefício muitas vezes de forma abusiva. E isso também era um fenômeno novo. Em períodos anteriores da história, muitos desses novos empreendimentos que exigiam grandes quantidades de recursos eram controlados pelo Estado. Basta mencionar as companhias europeias de exploração de colônias, na fase mercantilista dos países colonizadores.

Todavia, também é verdade que, a partir das duas últimas décadas do século XIX, as imperfeições do liberalismo¹⁶, associadas à incapacidade de auto-regulação dos mercados, levaram à atribuição de novas funções ao Estado. A era liberal marchou para o seu fim, e esse fato também teve impacto sobre a política comercial. “Pouco a pouco” – as palavras são de Jürgen Habermas –

todos os países capitalistas avançados sacrificam, em favor de um novo protecionismo, os sagrados mandamentos do *free trade*, aos quais, de qualquer modo, somente a Inglaterra tinha aderido, já por dominar sozinha o mercado mundial. Igualmente se reforça nos mercados internos, sobretudo nas indústrias centrais, a tendência do oligopólio. A isto corresponde a movimentação no mercado de capitais. As sociedades por ações na Alemanha, bem como o *trust company* nos Estados Unidos, demonstram ser um eficaz veículo de concentração. Essa evolução logo desencadeou uma legislação *anti-trust* nos Estados Unidos e uma legislação contra cartéis na Alemanha.¹⁷

¹⁶ As quais, nas palavras de Geraldo de Camargo Vidigal, citado por Eros Roberto Grau (2010, p. 29), podem ser resumidas no surgimento dos monopólios, no advento de cíclicas crises econômicas e no exacerbamento do conflito capital x trabalho.

¹⁷ HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 171.

A verdade é que logo se percebeu que o agente detentor de poder econômico privado era potencial causador de vários problemas sociais, econômicos e políticos, na medida em que se utilizava de mecanismos perniciosos junto aos fornecedores (ao negociar e adquirir os produtos a preço mais baixo), aos consumidores (cobrando preços mais elevados), aos trabalhadores (ao oferecer salários mais baixos) e ao próprio governo (pressionando para reduzir a carga tributária, pagando menos e/ou menores tributos).

Quando esses impactos prejudiciais sobre vários personagens da sociedade ficaram muito concretos, surgiu o interesse na concepção de uma política que, com a intervenção do Estado, protegesse os diversos setores atingidos, mencionados no parágrafo anterior, a qual se revelaria especialmente por meio de uma legislação antitruste.

2.2.1 Contexto internacional

O primeiro país a adotar uma legislação antitruste foi o Canadá, em 1889. Havia uma forte tensão naquele país entre os grandes conglomerados que passavam a ser detentores de ferrovias e os usuários destas (como, por exemplo, os produtores de grãos e produtos agrícolas que dependiam das ferrovias para que pudessem escoar os seus produtos). Esse tipo de conflito deu lugar à aprovação da primeira lei antitruste de que se tem notícia, em 1889.

À mesma época, os Estados Unidos passavam por situação semelhante, em que algumas indústrias era controladas por poucas empresas, que conseqüentemente detinham expressivo poder econômico e os usuários desses serviços acabavam por depender desses ativos dessas indústrias para que pudessem desenvolver a sua atividade econômica. Assim, também os Estados Unidos editaram uma norma, em 1890, para lidar com essa situação, que é o *Sherman Act*, o qual ainda está em vigor e é a principal norma antitruste daquele país, havendo inclusive galgado na doutrina o posto de primeiro marco legislativo antitruste.

A ela seguiram-se o *Clayton Act* e o *Federal Trade Commission Act*, ambos de 1914, o *Webb-Pomerene Act* (1918), o *Robinson Patman Act* (1936), o *Celler-Kefauver Anti-Merger Act* (1950), o *Hart/Scott/Rodino Improvements Act* (1976), o *Federal Trade Commission Improvements Act* (1980) e o *Export Trading Company Act* (1982).

Por conta da proeminência dos Estados Unidos na economia global, já naquela época e também no século XX, o *Sherman Act* passou a influenciar a adoção de regras concorrenciais também em outras nações e, inclusive, em outros continentes.

Todavia, pode-se dizer que o surgimento das normas antitruste no continente europeu tardou a acontecer, se comparado com o vanguardismo norte-americano. É que apesar de a Revolução Francesa ter acontecido em fins do século XVIII, ainda ao final do século seguinte sentia-se no velho continente a forte empolgação com os ares da liberdade em face do Estado conquistada a duras penas. A defesa da liberdade de contratar e para o exercício da atividade econômica era contrastada com a falta de interesse na concepção de uma política antitruste, a qual somente veio ser desenhada naquele continente em meados do século XX e com uma conformação um pouco diferente daquela do final do século XIX.

Principalmente no pós-guerra, novas regras com caráter de defesa da concorrência foram editadas, tanto nos Estados Unidos quanto em países europeus, como na Alemanha. Em 1948, a Inglaterra editou a *Monopolies and Restrictive Practices Act*, a qual foi substituída, subsequentemente, pela *Restrictive Trade Practices Act* (1956), pela *Monopolies and Mergers Act* (1965), pela *Fair Trading Act* (1973) e pela *Companies Act* (1989), todas voltadas para a regulação das concentrações empresariais.

Outros exemplos de importantes normas antitruste dentre as primeiras editadas na Comunidade Europeia estão o Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (1952) e o Tratado da Comunidade Econômica Europeia (1957), os quais preveem regras extremamente importantes de defesa da concorrência para a formação daquele bloco econômico, e que até hoje estão em vigor e são constantemente empregadas pelas autoridades comunitárias.¹⁸

Depois do pós-guerra, ou mais precisamente entre as décadas de 50 e 70, começa a desenvolver-se uma nova fase do capitalismo mundial – a fase da chamada globalização, em que diversos países liberalizaram suas economias, adotando políticas de abertura comercial e abrindo suas economias nacionais para a economia mundial.

A adoção dessa nova política econômica também levou à admissão de novas regras concorrenciais por diversos países, agora não só por países desenvolvidos, mas também por uma série de países em desenvolvimento que passaram a liberalizar suas economias e a diminuir as restrições anteriormente impostas por regras estatais para o desenvolvimento de atividades econômicas. E o Brasil não foi exceção nesse contexto.

¹⁸ Na Alemanha, por sua vez, podem ser destacadas duas principais normas no contexto antitruste: a *Gezet gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, de 1957, que tratou das condutas anticoncorrenciais, e a *Kartellnovelle*, de 1973, que focou no controle de concentrações.

2.2.2 Contexto brasileiro: evolução normativa

No Brasil, o direito antitruste – nas palavras de Paula A. Forgioni – “tem *gênese* absolutamente diversa da norte-americana¹⁹, pois **nasce miscigenada com a proteção à economia popular e à tentação protecionista**”²⁰, ou seja, sob a forma de proteção do consumidor contra os já mencionados efeitos perniciosos produzidos pelos monopólios e oligopólios.

A Constituição Federal de 1934 deu início, ainda que timidamente, à disciplina da proteção à economia popular ao fixar, em seu artigo 117, que “A lei promoverá o fomento da economia popular, [...]”.

A Constituição seguinte (1937), por sua vez, determinou que as condutas que causassem dano à economia popular deveriam sofrer sanção de natureza penal, nos termos de seu artigo 141:

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

Foi, contudo, o Decreto-Lei n° 869, de 18 de novembro de 1938, que ao regulamentar o artigo acima transcrito despontou como a primeira norma antitruste brasileira, surgindo – na lição de Paula A. Forgioni – “[...] com uma função constitucional bem definida, buscando a tutela da economia popular e, portanto, precipuamente do consumidor”²¹. Segundo Nelson Hungria, citado por Benjamin M. Shieber, esse decreto-lei baseou-se imensamente no direito antitruste norte-americano. Mais precisamente, nas palavras de Nelson Hungria em obra que publicou logo após a decretação desse diploma normativo, citadas por Benjamin M. Shieber, o Decreto-Lei n° 869 foi “Inspirado no Projeto de novo Código Penal argentino... nas propostas da atual Comissão de reforma do direito penal na Alemanha e na legislação e jurisprudência norte-americana”.²² E, ainda nesse tocante, apontando o *Clayton Act* como uma fonte para a exegese do Decreto-Lei n° 869, o citado autor brasileiro faz a seguinte observação: “O *Clayton Act*, de 1914, contém os seguintes

¹⁹ Associada à proteção dos interesses dos pequenos empresários, conforme mencionado anteriormente.

²⁰ FORGIONI, 2013, p. 30. (grifos da autora)

²¹ *Ibid.*, p. 100.

²² SHIEBER, Benjamin M. **Abusos do poder econômico** (direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 17.

dispositivos, que podem servir para esclarecimento e orientação na exegese de vários artigos do decreto n. 869 [...]”. E transcreve os artigos da mencionada lei norte-americana.²³

Corroborando a ideia de que o Decreto-Lei n° 869 foi em grande parte inspirado no direito antitruste norte-americano, Benjamin M. Shieber menciona, ainda, que o então Consultor-Geral da República, Dr. Aníbal Freire, em parecer a uma consulta apresentada pela empresa Standard Oil Company of Brazil, aprovado pelo Presidente da República em março de 1939, determinou a aplicação do decreto-lei servindo-se da jurisprudência e doutrina antitruste norte-americana, e para tanto afirmando: “Não difere, pois, o pensamento do legislador de 1938 dos ensinamentos da doutrina e da experiência, que se radicaram na legislação e mesmo na jurisprudência norte-americana”.²⁴

Obedecendo a prescrição constitucional, o referido Decreto-Lei veio cominar sanções penais aos comportamentos perniciosos à economia popular, estando, entre as condutas sancionadas: (i) a manipulação da oferta e da procura (art. 2º, incisos I e II); (ii) aquelas tendentes a impedir ou dificultar a concorrência, a exemplo dos consórcios, convênios, ajustes, alianças ou fusões de capitais, ou mesmo o exercício das funções de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa ou sociedade do mesmo ramo de indústria ou comércio com o fim de impedir ou dificultar a concorrência (art. 2º, incisos III e VIII); (iii) a venda abaixo do preço de custo, visando a impedir a concorrência (art. 2º, inciso V); e (iv) a fixação de preços mediante acordo entre empresas (art. 3º, inciso I).

A Lei Malaia²⁵, como assim ficou conhecido o Decreto-Lei n° 7.666, foi promulgada alguns anos depois, mais precisamente em 22 de junho de 1945, expandindo os escopos da política antitruste nacional, porém revogada ainda no mesmo ano, em 29 de outubro, logo após a queda do então presidente Getúlio Vargas²⁶.

Tinha o objetivo de reprimir as condutas empresariais capazes de suprimir a concorrência, eliminar a pequena empresa, aumentar os preços dos produtos e/ou o desemprego em massa de trabalhadores, mas sofreu reações tão fortes que sua vigência não alcançou sequer um semestre. Houve, inclusive, quem identificasse que a Lei Malaia estaria

²³ SHIEBER, 1966, p. 17.

²⁴ *Ibid.*, p. 18.

²⁵ O Decreto-lei n° 7.666/45 recebeu essa alcunha em virtude do apelido do então Ministro da Justiça, Agamenon Magalhães.

²⁶ A mais forte e definitiva oposição veio do empresário Assis Chateaubriand, que identificava na Lei Malaia uma grande ameaça à expansão do conglomerado de seu “Diários Associados”, conseguindo sua revogação no mesmo ano, por força do Decreto-lei n° 8.167/45, publicado logo após a deposição de Getúlio Vargas.

fixando uma política nacionalista, desencorajadora da entrada de capitais estrangeiros no Brasil, com o que concorda Paula A. Forgioni.²⁷

Por fim, importa ainda mencionar que a Lei Malaia previa a criação *da* CADE (Comissão Administrativa de Defesa Econômica) como órgão administrativo federal encarregado de zelar por sua observância.

A Constituição de 1946, por sua vez, trouxe em seu texto norma sobre a repressão ao abuso do poder econômico, aqui importando mencionar que a Lei Malaia já substituíra a expressão *crimes contra a economia popular* por *repressão ao abuso do poder econômico*, o que revelava que a política antitruste nacional realmente já caminhava para além da proteção à figura do consumidor. Finalmente, dizia o texto constitucional (art. 148), positivando pela primeira vez, de forma expressa, o princípio da repressão ao abuso do poder econômico, que:

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

Em seguida, mais precisamente em 26 de dezembro de 1951, foram promulgados dois diplomas normativos (Leis n^{os} 1.521 e 1.522) de pouca ou quase nenhuma eficácia, os quais, além de ratificar as sanções descritas no Decreto n^o 869/1938, buscava fomentar os mecanismos de intervenção estatal voltados para o controle de preços e para a repressão da prática de imposição de preços de revenda.

Apesar da pouca eficácia dos mencionados diplomas, somente uma década depois foi promulgada a Lei n^o 4.137, de 10 de setembro de 1962, a qual criou o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), órgão administrativo federal encarregado de zelar por sua observância, e dedicou-se à defesa do consumidor e da livre concorrência, essa última vista, àquela altura, como mero mecanismo de correção das distorções de mercado decorrentes do abuso do poder econômico.

A ela seguiram-se ainda a Lei n^o 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e a Lei n^o 8.158, de 09 de janeiro de 1991, com objetivos mais específicos na perseguição ao abuso do poder econômico. Foi, todavia, ao longo da vigência da Lei n^o 8.884, de 11 de junho de 1994,

²⁷ FORGIONI, 2013, p. 105.

que a política antitruste brasileira alcançou o maior desenvolvimento desde o seu nascedouro, havendo vigido por quase duas décadas.

Referida lei manifestou, expressamente, que os objetivos do antitruste no Brasil seriam a proteção (i) da livre concorrência, da livre iniciativa e do consumidor²⁸, (ii) da eficiência econômica²⁹, (iii) do interesse nacional³⁰ e (iv) do nível de emprego³¹. Sistematizou, ainda, o regime jurídico do controle do exercício abusivo do poder econômico, tanto em sua dimensão repressiva, ao positivar, nos arts. 20 e 21, as condutas anticoncorrenciais capazes de limitar ou prejudicar a livre concorrência, como em sua vertente preventiva, ao sujeitar à aprovação do CADE a eficácia jurídica dos atos e contratos hábeis a produzir qualquer forma de concentração econômica, definidos no art. 54, *caput* e §3º.

Finalmente, ao final de 2011 foi promulgada a Lei nº 12.529, em vigor desde 02 de junho de 2012, que, revogando a Lei nº 8.884/94, dispendo sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e estabelecendo uma nova estrutura para o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), vem sendo chamada de a Lei do Super Cade, aqui também sendo designada Lei Antitruste em virtude de sua vocação. Com poucas alterações no que tange ao direito material, na verdade mantendo os critérios de determinação da ilicitude das práticas empresariais, suas principais inovações foram cinco, segundo Paula A. Forgioni³²:

(a) a reestruturação do SBDC: foi bastante reduzida a atuação antitruste da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SAE) do Ministério da Fazenda, passando a tocar-lhe apenas uma competência não exclusiva na promoção da concorrência junto à

²⁸ “Art. 1º. Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.”

²⁹ “Art. 54. 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. § 1º O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o *caput*, desde que atendam as seguintes condições: I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;”

³⁰ “Art. 54, §2º. Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.”

³¹ “Art. 58. O Plenário do CADE definirá compromissos de desempenho para os interessados que submetam atos a exame na forma do art. 54, de modo a assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no § 1º do referido artigo. § 1º Na definição dos compromissos de desempenho será levado em consideração o grau de exposição do setor à competição internacional e as alterações no nível de emprego, dentre outras circunstâncias relevantes.”

³² FORGIONI, 2013, p. 124-125.

sociedade e a órgãos de governo (art. 19). Por sua vez, as funções da Secretaria de Direito Econômico (SDE) relativas ao antitruste foram incorporadas pelo CADE, que passou a ser composto por três órgãos (art. 5º): o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, com funções judicantes, a Superintendência-Geral, com o escopo de investigar e instruir os atos a serem apreciados pelo Tribunal Administrativo, e o Departamento de Estudos Econômicos, com a função de elaborar os estudos e pareceres econômicos para que as decisões do órgão sejam dotadas de rigor e atualização técnica.

(b) a obrigatoriedade da apresentação prévia dos atos de concentração ao CADE: as empresas interessadas em firmar atos de concentração econômica devem apresentá-los para a prévia aprovação administrativa pelo CADE, sem o quê suas operações não podem ser consumadas, sob pena de nulidade, sendo-lhes ainda aplicada multa pecuniária e aberto processo administrativo em face das empresas envolvidas (art. 88, §3º).

(c) o aumento do poder da Administração Pública: o CADE teve seus poderes de investigação consideravelmente aumentados, se comparados ao disposto na Lei nº 8.884/94.

(d) a modificação da forma de cálculo das multas por infração à ordem econômica: o art. 23 da Lei nº 8.884/94 previa que o cálculo das multas pecuniárias dar-se-ia considerando de 1% a 30% “do valor do faturamento bruto no [...] último exercício, excluídos os impostos”. Esse critério foi alterado pelo art. 37, inc. I, da nova lei, que fixou o percentual em “0,1% a 20% do valor do faturamento bruto [...] no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimativa”. Na realidade, essa mudança de critério tem recebido críticas, haja vista que, como a estimativa da vantagem auferida, na maioria das vezes, é de difícil realização, a redução dos percentuais da multa poderá implicar um incentivo às condutas cartelizantes.

(e) o aumento da disponibilização de recursos humanos para o SBDC: foram criados duzentos cargos de Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental para exercício na Secretaria de Acompanhamento Econômico e, prioritariamente, no CADE (art. 121). Os cargos serão, todavia, providos gradativamente, observados os limites e a autorização específica da lei de diretrizes orçamentárias. Já foi, todavia, o reflexo do prestígio que tem sido dado à efetivação da política antitruste no Brasil. Busca-se uma agilidade e eficácia cada vez maior na atuação da Administração Pública nesta área, certamente pela percepção de que ela é concretizadora de valiosas políticas públicas.

2.3 As escolas do pensamento antitruste: um intróito sobre os tradicionais “concorrentes” a protagonista da política da concorrência

À medida em que se defende uma teoria jurídica que situe a política antitruste como instrumento de implementação de outras políticas públicas, torna-se premente discutir quais os objetivos que devem nortear essa política antitruste. Trata-se de tema que está longe de guardar uma unanimidade, apesar de sua grande importância.

Como bem diagnosticou Robert H. Bork, “Antitrust policy cannot be made rational until we are able to give a firm answer to one question: what is the point of the law – what are its goals? Everything else follows from the answer we give”.^{33,34}

A doutrina internacional, de onde este trabalho colhe alguns entendimentos, haja vista sua profícua discussão no campo do direito concorrencial alcançar datas distantes, tergiversa bastante ao tentar oferecer essa resposta. Alguns defendem que o objetivo perseguido pelas políticas da concorrência é o fomento do *bem-estar do consumidor*³⁵ (expressão com significados bastante distintos, prevalecendo atualmente seu uso no sentido de *eficiência econômica*³⁶), outros dizem que é a promoção da *liberdade de escolha pelo consumidor*³⁷ e, finalmente, haverá ainda quem defenda que é a proteção da *igualdade de oportunidades no espaço econômico*³⁸.

A verdade é que, em uma rápida pesquisa na doutrina do direito da concorrência, será fácil perceber o predomínio da utilização de teorias econômicas tanto no estudo da teoria geral do antitruste como na análise das condutas e dos atos de concentração, teorias econômicas essas que normalmente reconstróem a realidade objeto de sua análise apenas em função de objetivos econômicos. Em regra, defenderão que os objetivos perseguidos pelas

³³ BORK, Robert H. **The antitrust paradox**: a policy at war with itself. New York: The Free Press, 1993, p. 50.

³⁴ Em tradução livre: “A política antitruste não pode ser racional até que sejamos capazes de oferecer uma resposta segura à questão: qual é a essência da lei – quais são seus objetivos? Tudo o mais decorrerá da resposta que dermos”.

³⁵ A exemplo de Eleanor M. Fox, em seu “What is harm to competition? Exclusionary practices and anticompetitive effect” (2002, p. 378).

³⁶ As eficiências econômicas dividem-se em duas categorias: as de caráter estático (também chamadas de *eficiências alocativas*), que são aquelas que pressupõem uma interação em equilíbrio dos agentes econômicos, e as chamadas *eficiências dinâmicas*, associadas à criação de novos processos de produção, bens e serviços, promovendo subsequentes desequilíbrios e rupturas no mercado (POSSAS; FAGUNDES; PONDÉ, 1995). Como a eficiência econômica no sentido tradicional (de Pareto) vem sempre associada à ideia de um equilíbrio ótimo, ela é normalmente denominada de eficiência estática.

³⁷ Tese defendida por Robert H. Lande, apresentada em seu artigo “Antitrust at the millenium (part II): resurrecting incipency: from Von’s Grocery to consumer choice” (2001).

³⁸ Entendimento de Karel Van Miert, citado por Per Jebsen e Robert Stevens, no artigo “Assumptions, goals and dominant undertakings: the regulation of competition under article 86 of the European Union” (1996).

políticas da concorrência devem estar relacionados ao aumento da riqueza total (“ótimo de Pareto”) e da eficiência econômica.

Historicamente, o direito antitruste – e, conseqüentemente, a definição da razão de ser da política antitruste - foi influenciado por duas grandes escolas norte-americanas, ambas focadas na análise das estruturas de mercado e não no controle dos comportamentos: a chamada “Escola Neoclássica de Chicago” (ou simplesmente Escola de Chicago) e a “Escola Estruturalista de Harvard” (ou Escola de Harvard). As duas escolas procuram explicar, segundo seus próprios pressupostos, como se relacionam as medidas de concentração da estrutura industrial e os preços e lucros.

A Escola de Chicago, de longe a que mais influenciou o pensamento antitruste, teve seu advento em meados do século passado, a partir de estudos produzidos pelo economista Aaron Director e aplicados à disciplina da concorrência, tendo porém seu maior avanço entre os anos 60 e 80, por meio dos estudos de Robert H. Bork³⁹ e Richard Posner. A característica principal dessa escola é a forte ênfase no critério econômico da eficiência produtiva⁴⁰ (entendida, de forma simplificada, no sentido de produção a baixo custo, revertendo em prol do bem-estar do consumidor), a qual seria uma justificativa legítima para a obtenção ou manutenção de posições dominantes. Defendia a menor intervenção possível do Estado na economia, de modo que a concorrência pudesse desenvolver-se livremente, disciplinando por si só o fluxo das relações econômicas.

Até os idos dos anos 70, essa escola sofreu forte oposição da Escola de Harvard, representada principalmente por Phillip Areeda e D. Turner, a qual, por sua vez, dava maior ênfase ao estudo da estrutura de mercados individuais para a aplicação do direito antitruste.

³⁹ A propósito, interessa aqui pontuar que Robert H. Bork fomentou uma discussão acerca de quais seriam os interesses tutelados pelo direito da concorrência que, até os dias de hoje, tem o potencial de influenciar e limitar a eficácia dessa disciplina. Ele ficou conhecido ao propor que existiria um paradoxo entre adotar a política antitruste de então e proteger o interesse do consumidor, porque, dizia ele, tratar a concorrência como valor em si mesmo (o paradigma reinante) acabaria por causar prejuízo ao consumidor na medida em que restaria obstaculizada a formação de economias de escala, benéficas ao consumidor (e, portanto, eficientes, no linguajar neoclássico), por permitirem a redução de custos e, conseqüentemente, a redução de preços.

⁴⁰ À guisa de esclarecimento, interessa apresentar as *propriedades* da chamada eficiência alocativa (usualmente referidas, cada uma delas, como tipos ou espécies de eficiências alocativas, sendo a eficiência produtiva uma delas), e devendo as três estarem presentes, concomitantemente, para que se obtenha a eficiência alocativa de Pareto. São elas: a) a eficiência *produtiva* (ou *técnica*), representada pela produção de uma dada quantidade de bens ou serviços com o consumo da menor quantidade possível de insumos ou outros recursos produtivos; b) a eficiência *distributiva* (ou *nas trocas*), que permite que um determinado conjunto de bens e serviços produzidos sejam alocados a seu melhor uso, de forma a proporcionar a cada um dos membros da sociedade a maior satisfação (utilidade) possível; e c) a eficiência no *mix de produção* (ou *na produção agregada*), que é, na verdade, uma conjugação das outras duas propriedades visando a alcançar a melhor combinação possível entre diferentes conjuntos de bens e serviços produzidos e os desejos dos consumidores. (FAGUNDES, 2003).

Sua preocupação era voltada, na realidade, para a defesa da existência efetiva de concorrência (ou de condições estruturais de concorrência), e não para o fomento da eficiência. Seus seguidores entendiam que, se houvessem apenas alguns fornecedores na estrutura de um setor, restariam diminuídos os custos e as dificuldades para uma atuação concertada (tácita ou explícita), que, em se estabelecendo, acabaria por implicar a diminuição da produção e o conseqüente aumento dos preços. A Escola de Harvard, todavia, desapareceu no final dos anos 70, quando seus representantes passaram a aceitar grande parte dos fundamentos da Escola de Chicago, a qual, não há como negar, prevalece na doutrina econômica quando esta aborda a questão da concorrência, mormente no campo da análise das estruturas de mercado.

Importa salientar, contudo, que a Escola de Chicago teve alguns efeitos muito ruins, sendo um dos piores o deslocamento das discussões antitruste do âmbito da política econômica e/ou do direito para o campo das teorias econômicas⁴¹. Até o valor social a ser considerado – o bem-estar do consumidor – deveria ser recepcionado em sua tradução econômica, como “eficiência alocativa”, reduzindo a complexidade do fenômeno jurídico: o novo fundamento do direito, definitivamente, era a economia. Na lição de Pedro Mercado Pacheco:

[...] quando existem condições de concorrência perfeita, ao direito não é reservada nenhuma função decisória ou de intervenção para obter o resultado eficiente. O direito, seria, assim, “uma estrutura redundante em relação ao mercado”, e sua única função, nesta hipótese, é garantir as condições de liberdade e segurança do tráfico mercantil. Na presença de falhas de mercado (externalidades, monopólios, bens coletivos) a função do direito é reduzir a existência desses obstáculos, diminuindo os custos de transação “que impedem que um resultado eficiente seja atingido por intermédio de um acordo negociado”. Quando a decisão do mercado é impossível porque os obstáculos não podem ser eliminados, a função do direito seria “atuar como um mercado simulado”; o juiz ou o legislador devem tomar “a solução que o mercado teria adotado, se não existissem obstáculos ao seu funcionamento”.⁴²

Os problemas jurídicos e sociais deveriam ser interpretados e considerados apenas sob o fundamento da economia, o que, diziam, tornaria o direito mais seguro e previsível. Daí dizer-se que o pensamento chicogoano baseava-se no tecnicismo (as decisões deveriam ser racionais e neutras, afastadas de qualquer opção política⁴³). Ele apregoava que, como já afirmava Kelsen, o problema da “indeterminação” do direito – causada pela utilização de uma

⁴¹ GAVIL; KOVACIC; BAKER apud FORGIONI, 2013, p. 175.

⁴² PACHECO apud FORGIONI, 2013, p. 175.

⁴³ Esse pensamento, a propósito, sofria severas críticas sob o argumento de que toda técnica implementa uma opção política. Nas palavras de Fábio Nusdeo: “[a]inda quando [uma decisão é] alicerçada em dados e elaboração eminentemente técnicos, ela não se desvincula de metas ou parâmetros políticos que passam a integrar aqueles dados e aquela elaboração como um de seus elementos intrínsecos” (1995, p. 88).

linguagem que costuma pecar pela falta de clareza, deixando margem a interpretações divergentes - será sempre um obstáculo ao alcance da solução “mais justa” no caso concreto, sendo preferível que o mercado e seu critério de eficiência econômica, e não o direito, fiquem responsáveis pela alocação de recursos na sociedade.⁴⁴

A Análise Econômica do Direito⁴⁵, nascida sob o manto da Escola de Chicago, utilizará o argumento de que “[a]s escolhas dos juízes e dos advogados não são negadas, mas admitidas explicitamente, desde que endereçadas com base em critérios de eficiência”. Isso porque – e a explicação é de Richard Posner, nas palavras de Paula A. Forgioni –

Uma vez que os operadores de direito nada podem dizer de ‘científico’ sobre os pontos de partida do ordenamento ou sobre os valores distributivos, eles devem ser *ignorados* e o direito analisado com base na eficiência econômica, definida abstratamente como maximização do bem-estar (= eficiência alocativa).⁴⁶

A grande crise econômica de 2008, todavia, abalou fortemente as crenças dos pensadores dessa escola⁴⁷, logrando modificar o foco das atenções das novas teorias econômicas voltadas para o direito antitruste. Novos métodos econométricos e analíticos conduziram as novas teorias ao interesse pelo comportamento de empresas individuais ou de setores ou subsetores industriais isolados, sendo nesse campo que hoje se situam as polêmicas econômicas mais relevantes⁴⁸.

Conforme aponta Calixto Salomão Filho, as principais teorias econômicas que compõem esse pensamento “pós-Chicago” são três: a teoria dos mercados contestáveis

⁴⁴ POSNER *apud* FORGIONI, 2013, p. 173.

⁴⁵ Para ser mais preciso, a análise econômica do Direito surge exatamente no estudo do direito antitruste, no qual a conjugação do instrumental analítico econômico e do instrumental jurídico, valorativo e sistematizador é indispensável. Durante muitos anos permaneceu restrita a esse campo. Somente no início dos anos 60 (com o artigo de Ronald Coase, “The problem of social cost”, no *Journal of Law and Economics*, e o de Guido Calabresi, “Some thoughts on risk distribution and the law of torts”, no *Yale Law Journal*) surge a chamada nova análise econômica do Direito, primeiramente no campo dos ilícitos civis, expandindo-se subsequentemente para o direito contratual e societário e hoje incluindo quase todas as áreas do Direito, inclusive direito penal e constitucional.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 175.

⁴⁷ Richard Posner (2010), citado por Paula A. Forgioni (2013), chegou inclusive a afirmar, àquela altura: “a capitalism system cannot consist just on free markets” (p. 177). E assim complementou seu pensamento: “[m]odern economics is, on the one hand, very mathematical, and, on the other, very skeptical about government and very credulous about the self-regulating properties of markets. That combination is dangerous. Because it means you don’t have much knowledge of institutional detail, particular practices and financial instruments and so on. On the other hand, you have an exaggerated faith in the market” (p. 177-178).

⁴⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial** – as condutas. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 23.

(*contestable market*), a teoria dos jogos e a teoria dos custos de transação (*transaction costs*), cada uma com suas consequências econômicas⁴⁹.

Dessas três, a teoria dos custos de transação acabou sendo precursora de desenvolvimentos institucionais de grande importância na crítica ao dogma neoclássico da racionalidade maximizadora de eficiência econômica, tais como a *teoria dos comportamentos estratégicos*⁵⁰ e a *teoria da racionalidade limitada*⁵¹, as quais surgem justamente a partir dos dois elementos que, na percepção da teoria dos custos de transação, levam às incertezas (e, conseqüentemente, à ineficiência alocativa): o comportamento oportunístico e a racionalidade limitada, respectivamente.

Todavia, enfraquecido o antes inquestionável elemento da racionalidade, chamou-se a atenção para a ausência de uma teoria que informasse quais elementos deveriam guiar o comportamento dos indivíduos. Abriu-se, então, espaço para a evolução da chamada “teoria econômica do bem-estar”, cujas origens modernas estão assentadas nos estudos de Jeremy Bentham. Essa teoria, em sua formulação inicial, não teria qualquer preocupação com a distribuição de riqueza, mas tão somente em identificar a utilidade singular de cada pessoa de determinada coletividade com vistas a poder determinar a utilidade total.⁵²

Havendo sofrido severas críticas nas décadas de 30 e 40 do século passado (mais por sua crença na possibilidade de fazer comparações interpessoais de utilidade do que, propriamente, pela ausência de preocupações redistributivas em sua teoria), em 1951 a economia do bem-estar deparou-se com o surgimento da “teoria da escolha social”, que, formulada pelo economista K. Arrow, foi, nos anos 80, reformulada pelo também economista Amartya Sen em estudos que lhe valeram o Prêmio Nobel de Economia em 1998. A teoria de Sen pautava-se em dois pontos principais: (i) estender a base de informações da análise, incorporando elementos éticos na decisão racional, numa crítica à separação entre Economia e

⁴⁹ Sobre o assunto, ler SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial** – as condutas. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 23 *et seq.*

⁵⁰ A chamada teoria dos comportamentos estratégicos defende que o agente econômico, quando tem condições de afetar a posição jurídica da outra parte, atuará de forma a alcançar o maior lucro nas transações, ainda que isso implique a eliminação da contraparte. Ao Direito caberá (e essa é uma teoria jurídica) desestimular o comportamento estratégico e promover o comportamento cooperativo.

⁵¹ Trata-se – e a observação é de Calixto Salomão Filho (2013) – da “mais revolucionária de todas as teorias econômicas pós-Chicago direcionadas ao estudo do direito antitruste” (p. 35-36), a qual apregoa que, apesar de necessária, a racionalidade é limitada, haja vista que, dentre outras dificuldades, “existe uma série de incertezas, eventos não dependentes da vontade humana, que influenciam as transações e não podem ser previstos” (p. 35-36).

⁵² SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 37.

Ética; e (ii) afirmar a ausência de racionalidade⁵³ em escolhas motivadas exclusivamente pelo auto-interesse do indivíduo.

Todavia, ao mesmo tempo em que seus trabalhos cuidavam de apresentar ferramentas econômicas que permitissem lidar com uma base de dados que incluía a análise de elementos como o ético, o combate à miséria e a própria racionalidade neoclássica, os estudos de Sen não tinham preocupação em definir qual valor deveria prevalecer, o que fez com que sua doutrina não encontrasse terreno fértil no campo da teoria jurídica. É de reconhecer-se, porém, que a teoria da escolha social, a partir da contribuição de Amartya Sen, abriu caminho para a formulação de uma teoria jurídica que informasse quais elementos deveriam guiar o comportamento dos agentes econômicos.

2.3.1 A teoria neoestruturalista do antitruste de Calixto Salomão Filho

Calixto Salomão Filho propôs a adoção de um “conceito neoestruturalista do Direito” que, aplicado ao antitruste, implicaria substituir a busca de resultados econômicos (imposta pelo poder econômico) pela busca da garantia de uma relação equilibrada entre as partes e da efetiva existência de alternativas para os agentes econômicos (viabilizada pelo Direito), de sorte que as “opções” não sejam impostas por decisão das estruturas econômicas mais poderosas. Como consequência, o Direito passaria a ser o elemento mais relevante para a organização das relações econômicas, em substituição ao poder econômico.⁵⁴

Uma das características do que se pode chamar de estruturalismo jurídico das relações econômicas é que, ao contrário do estruturalismo econômico, essa nova abordagem refuta a crença na produção de resultados econômicos pré-definidos. Subsequentemente, nas palavras de Calixto Salomão Filho, em recente obra publicada por uma editora inglesa,

it is not feasible to set forth, as intended by the Harvard structuralist line of thinking in the 1960s, a structure-conduct-performance model. The study of structures does not aim to ensure results, but rather the access of all to information and choice. Consequently, the structural study of economic power will focus on ensuring choices

⁵³ Ao criticar a teoria de Arrow, Amartya Sen (2011) defende que “a insistência da chamada teoria da escolha social na definição de racionalidade simplesmente como promoção inteligente do autointeresse dá pouco valor ao uso humano da razão” (p. 228) e que “ser atencioso com os desejos e objetivos dos outros não precisa ser visto como uma violação da racionalidade” (p. 227).

⁵⁴ Salomão Filho (2013) propõe a aplicação do conceito neoestruturalista também ao direito regulatório e patentário.

*and inclusion of people (that is, access to economic knowledge) and not on predetermined models of business dimension or economic dilution.*⁵⁵

O autor salienta, ainda, a necessidade de que o direito antitruste não se limite a viabilizar medidas compensatórias para aqueles prejudicados por atividades econômicas de grupos monopolistas, o que seria fazer dele um instrumento absolutamente ineficaz no tratamento contra o abuso de poder econômico, na implementação de políticas públicas e no alcance de transformação econômica, haja vista que, na observação do autor, “medidas compensatórias são impostas por meio de decisões judiciais individuais (ou para grupos específicos), que não necessariamente têm coordenação e coerência entre si”⁵⁶, assim como “a compensação ‘ad hoc’ será sempre insuficiente para superar iniquidades criadas continuamente por estruturas econômicas concentradas”⁵⁷. É o que se pode observar, claramente, nas áreas do direito do consumidor e do direito do trabalho.

Com base na abordagem neoestruturalista, Calixto Salomão Filho propõe que, ao invés dessa postura passiva, o direito antitruste seja capaz de intervir nas estruturas de poder no intuito de viabilizar que os indivíduos possam realizar suas escolhas devidamente informados das alternativas de que dispõem. Sobre essa postura mais intervencionista, todavia, o autor faz uma observação: “*This intervention also has its limits. It is not the scope of the law to determine the results of the economic process. But it can protect values (choice and inclusion) that are instrumental to the construction of a due economic process*”.⁵⁸

Verifica-se, desse modo, que a perspectiva neoestruturalista do direito concorrencial proposta por Calixto Salomão Filho, ao passo que se apropria da crítica à vigente concepção simplificadora que toma os resultados econômicos como fundamento do antitruste^{59, 60}, postula a promoção de valores que, juridicamente protegidos, possam auxiliar na organização das relações econômicas.

⁵⁵ SALOMÃO FILHO, 2011, p. 23.

⁵⁶ *Id.*, 2007, p. 74.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 74.

⁵⁸ *Id.*, *op. cit.*, 2011, p. 24.

⁵⁹ Calixto Salomão Filho (2007), todavia, cuida de pontuar essa sua crítica nos seguintes termos: “O problema está não na busca desses resultados [econômicos], mas na crença de que esses resultados podem ser corretamente antecipados. Nesse ponto, é interessante e relevante retornar à clássica discussão sobre a possibilidade (ou não) de teorização do conhecimento econômico. O passo inicial dessa discussão é dado pelos escritos sobre Economia e informação. O que se procura demonstrar ali é que muitas das construções neoclássicas sobre equilíbrio são, com efeito, tautologias, isto é, meras decorrências dos pressupostos dos quais se partiu” (p. 45-46). Isso porque, na realidade, a informação é naturalmente mal distribuída nos mercados, de modo que, nas palavras do mesmo autor, “Não se trata de acreditar ou de buscar uma forma de perfeita distribuição de informação. Trata-se de fazer exatamente o contrário: constatar que a informação é

Aqui é importante ressaltar que, quando Calixto Salomão Filho rechaça a adoção das teorias econômicas enquanto fundamento do antitruste, não está o autor defendendo o abandono dos dados econômicos e do tratamento que a teoria econômica a eles dispensa, afinal, a aplicação de uma teoria jurídica não pode deixar de lado instrumentos de análise tão valiosos. Postula-se, todavia, que eles devem ter seu aproveitamento restrito apenas à apresentação da realidade econômica, à qual, todavia, deverão ser aplicados valores jurídicos.

Aqui, ao partir do resgate da compreensão do Direito como fenômeno eminentemente valorativo e tentar identificar quais valores o antitruste busca proteger, Calixto Salomão Filho utiliza-se do ponto central da teoria de Friedrich Hayek sobre o sistema econômico: o seu conhecido *Entdeckungsfahren* (“processo de descoberta”). Na aplicação desse conceito ao antitruste, pode-se alcançar a ideia de que a proteção da concorrência, ao viabilizar a realização de uma escolha pelo consumidor, desencadeará um *processo de descoberta* da verdadeira utilidade dos produtos e das melhores opções segundo o consumidor⁶¹. Nas palavras do autor brasileiro,

O direito concorrencial, em sua concepção institucional, não impõe um resultado, ou efeito econômico, mas garante que o relacionamento entre os concorrentes se dê de forma leal e que a concorrência efetivamente exista, não sendo substituída por relações de poder, típicas dos mercados livres. Pretende, assim, assegurar que os agentes econômicos descubram as melhores opções e ordenem as relações econômicas da forma mais justa e equilibrada.

Esse processo de descoberta, tutelado pelo Direito, é um dos objetivos maiores do direito concorrencial. A possibilidade de escolha tem, como visto, um valor social imenso, que deve ser protegido pelo Direito.⁶²

E quando o Direito protege o *valor concorrência*, ele se coloca mais do que como uma forma de fixação de um valor; na realidade, ele está sendo um instrumento para que a própria sociedade se conheça e, se assim entender necessário, corrija a si mesma.

Assim é que Calixto Salomão Filho defende a força e a importância dos valores jurídicos na fixação dos objetivos e sentidos das regras concorrenciais, bem como na explicação e na determinação da realidade econômica, ao contrário do que pretende a análise econômica do direito, que, segundo alerta o autor, tem uma cartilha própria de interpretação e

imperfeitamente distribuída e que os indivíduos *sabem e levam em consideração esse fato* em suas análises” (p. 45-46).

⁶⁰ O mencionado autor (2007), todavia, esclarece que a melhor construção teórica dessa crítica sobre a possibilidade (ou não) de teorização do conhecimento econômico está no artigo original de F. Hayek sobre o tema, “Economics and knowledge” (1937).

⁶¹ SALOMÃO FILHO, 2007, p. 48.

⁶² Id. **Direito concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 62.

conformação da realidade econômico-social, dando prevalência absoluta à fixação de objetivos econômicos e submetendo o Direito a estes objetivos.

Nesse ponto, é interessante, ainda, acrescentar a essa linha de raciocínio o já mencionado entendimento de Fábio Konder Comparato, acolhido e aprimorado na escrita de Paula A. Forgioni⁶³, no sentido de que, à medida em que o direito econômico pode ser compreendido como o *conjunto das técnicas de que lança mão o Estado contemporâneo em sua função de implementar políticas públicas*, o direito antitruste pode, por sua vez, ser entendido como *uma dessas técnicas* de implementação de políticas públicas, a qual se efetivará por meio da repressão ao abuso do poder econômico.

Contextualizando o entendimento acima com a abordagem da teoria jurídica do comportamento econômico, a utilização desse instrumento - o antitruste, de acordo com o pensamento perfilado por Calixto Salomão Filho, dá-se por meio da aplicação de normas que protegem o valor concorrência e, ao fazê-lo, permitem que, em um processo de descoberta, ao tomar contato com as opções e possibilidades, a sociedade conheça a si mesma, as utilidades que lhe interessa, assim como os objetivos e valores fundamentais da ordem econômica em que está inserida, e, conhecendo-os, possa confirmá-los ou modificá-los, nisso consistindo a força transformadora e propulsora do Direito.

Em outras palavras, do encontro das construções teóricas apresentadas por Calixto Salomão Filho, Fábio Konder Comparato e Paula A. Forgioni, é possível afirmar que o valor concorrência, sendo protegido pelo antitruste, será um instrumento para a promoção de outros valores da ordem econômica e para a conformação da realidade aos interesses que a sociedade (re)conheceu como seus.

Finalmente, oportuno lembrar que Eros Roberto Grau, ao defender que não se trata de preferência ideológica afirmar que no Brasil, pelo menos na vigência da Constituição de 1988, o direito antitruste é instrumento de implementação de políticas públicas, assim complementa seu pensamento: “[...] segundo e de acordo com a Constituição do Brasil, a concorrência, no Brasil, não é um fim em si mesmo, mas um instrumento que deve ser utilizado tendo-se em vista a realização dos objetivos do Brasil (art. 3º) e da ordem econômica (art. 170)”.⁶⁴

⁶³ FORGIONI, 2013, p. 29.

⁶⁴ GRAU, Eros Roberto. Prefácio. In: *Ibid.*, 2013, p. 8.

Isso posto, passa-se à análise dos valores que a Constituição Federal de 1988 colocou sob a proteção do antitruste.

3 A POLÍTICA ANTITRUSTE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: O PLANO MACROINSTITUCIONAL

Conforme asseverado no capítulo anterior, é na Constituição Federal de 1988 que está atualmente definida a “grande política” – o plano macroinstitucional - no âmbito do direito antitruste nacional. Dessa forma, faz-se relevante para o presente estudo analisar quais os fins e os valores cuja tutela o legislador constituinte originário de 1988 atribuiu à política antitruste brasileira, cuidando, ainda, de apresentar uma reflexão sobre a possibilidade de caracterizar a livre concorrência e a livre iniciativa como direitos fundamentais.

3.1 A ordem econômica na Constituição de 1988 e os fins do direito antitruste

Interessante pontuar, inicialmente, que a expressão “ordem econômica” guarda uma polissemia que pode gerar ambiguidade. Quem chama a atenção para esse aspecto de maneira bastante didática é Eros Roberto Grau, alertando que tanto é possível referir-se à ordem econômica do *mundo do ser*, como àquela do *mundo do dever-ser*.

Em sua doutrina, utiliza-se das anotações de Vital Moreira sobre o assunto, apresentadas nos seguintes termos:

- em um primeiro sentido, “ordem econômica” é o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; a expressão, aqui, é termo de um *conceito de fato* e não de um conceito normativo ou de valor (é conceito do mundo do ser, portanto); o que o caracteriza é a circunstância de referir-se não a um conjunto de regras ou normas reguladoras de relações sociais, mas sim a uma relação entre fenômenos econômicos e materiais, ou seja, relações entre fatores econômicos concretos; conceito do mundo do ser, exprime a realidade de uma inerente articulação do econômico como fato; - em um segundo sentido, “ordem econômica” é expressão que designa o conjunto de todas as *normas* (regras de conduta), qualquer que seja a sua natureza (jurídica, religiosa, moral etc.), que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; é o sistema normativo (no sentido sociológico) da ação econômica; - em um terceiro sentido, ‘ordem econômica’ significa ordem *jurídica* da economia.⁶⁵ (grifos do autor).

Dessa forma, por exemplo, quando se afirma que a ordem econômica do capitalismo foi rompida, estar-se-á fazendo referência àquela do mundo do ser, estabelecida na esfera dos acontecimentos reais.

O §5º do art. 173, porém, ao preconizar que “A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade

⁶⁵ MOREIRA *apud* GRAU, 2010, p. 64-65.

desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”, utiliza o termo ordem econômica no sentido do mundo do dever-ser (isto é, no sentido normativo, como porção da ordem jurídica).

Eros Roberto Grau entende que quando o art. 170 da Constituição de 1988 dispõe que “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:”, o termo ordem econômica está referindo-se ao “modo de ser da econômica brasileira, à articulação do econômico, como fato, entre nós” (isto é, à ordem econômica no sentido do mundo do ser, como conjunto das relações econômicas). E, nesse passo, enuncia que a melhor leitura do referido dispositivo constitucional seria:

as relações econômicas – ou a atividade econômica – *deverão ser (estar)* fundadas na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim delas, relações econômicas ou atividade econômica) assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...] ⁶⁶ (grifos do original).

Como a abordagem do presente trabalho é de natureza jurídica e não econômica, cogitar-se-á predominantemente da ordem econômica do mundo do dever-ser, parcela da ordem jurídica consistente no conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser).

Não foi sempre que a ordem econômica do mundo do dever-ser teve espaço reservado na ordem jurídica nacional, ainda que esta sempre tenha se voltado à regulação da ordem econômica (mundo do ser). Na verdade, à época das Constituições liberais, essa ordem econômica referente à experiência concreta estabelecida na esfera dos acontecimentos reais não demandava reparos. O que estava definido na Constituição quanto à propriedade privada e à liberdade contratual já era suficiente; no máximo, acrescentavam-se-lhes umas poucas disposições de natureza infraconstitucional para que estivesse composta a normatividade da ordem econômica liberal.⁶⁷

Todavia, essa era uma ordem jurídica econômica que se limitava a retratar a ordem econômica do mundo do ser. Quando se deu o enfraquecimento do liberalismo, essa ordem jurídica econômica passou não apenas a estar presente também na esfera

⁶⁶ GRAU, 2010, p. 66.

⁶⁷ MOREIRA *apud Ibid.*, 2010, p. 71.

constitucional, como também a sugerir uma transformação, ou, mais do que isso, uma espécie de aprimoramento da ordem econômica do mundo dos fatos reais, com vistas à própria preservação desta, o que, pensou-se, poderia ser fomentado se a própria Constituição passasse a instrumentar a implementação de políticas públicas. Daí dizer-se que a ordem econômica liberal foi substituída pela ordem econômica intervencionista.⁶⁸

Isso está revelado, por exemplo, quando o art. 170 da Constituição Federal de 1988 prescreve que a ordem econômica (mundo do ser) deverá estar fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa.

Uma das circunstâncias que demarcam os novos traços, determinantes para a mencionada transformação da ordem econômica do mundo dos fatos reais, é o fato de essa nova ordem econômica do mundo do dever-ser, agora no nível constitucional, estar integrada a uma Constituição dirigente (ou diretiva, ou programática), entendida esta como a que não se limita a ser um mero “instrumento de governo”, mas, indo além disso, presta-se a enunciar diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade.

Diz-se, portanto, que a ordem econômica constitucional de 1988 define o quadro de diretrizes das políticas públicas a serem implementadas pela ordem econômica do mundo do ser, coerentes com determinados escopos também por ela enunciados.

3.1.1 Os fins e os valores tutelados pelo direito antitruste

O Direito Econômico – na definição de Washington Peluso Albino de Souza – pode ser conceituado como

o ramo do Direito, composto por um conjunto de normas de conteúdo econômico e que tem por objeto regulamentar as medidas de política econômica referentes às relações e interesses individuais e coletivos, harmonizando-as – pelo princípio da “economicidade” – com a ideologia adotada na ordem jurídica.⁶⁹

“Economicamente justo”, ainda de acordo com a doutrina do autor, e segundo o princípio da economicidade mencionado em seu conceito, será aquilo posto em prática por medidas de política econômica, no intuito de realizar aquilo que haja sido constitucionalmente definido como fundamento dos princípios ideológicos.

⁶⁸ GRAU, 2010, p. 72.

⁶⁹ SOUZA, Washington Peluso Albino. **Direito Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 3.

A Constituição de 1988 define um modelo econômico de bem-estar, desenhado não apenas por regras, mas também por princípios, desde o disposto nos seus arts. 1º e 3º até o enunciado no seu art. 170, os quais, por sua importância no contexto deste trabalho, são a seguir transcritos:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como **fundamentos**:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a **dignidade da pessoa humana**;

IV – os **valores sociais do trabalho e da livre iniciativa**;

V – o pluralismo político.

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

I – construir uma **sociedade livre**, justa e solidária;

II – garantir o **desenvolvimento nacional**;

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

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

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

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – **livre concorrência**;

V – **defesa do consumidor**;

VI – defesa do meio ambiente;

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. (grifos nossos).

Trata-se, como se sabe, de uma Constituição marcadamente principiológica e, subsequentemente, programática, enunciando diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. No tocante aos princípios veiculados em seu art. 170, tem-se que cada um deles visa a “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, o que parece ser um objetivo bem mais amplo do que simplesmente proteger o livre mercado.

A partir da leitura dos dispositivos constitucionais acima transcritos, tem-se a seguinte compreensão sinóptica:

(i) são *fundamentos da República Federativa do Brasil*, dentre outros: a) a dignidade da pessoa humana e b) os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

(ii) são *fundamentos da ordem econômica*: a) a valorização do trabalho humano e b) a livre iniciativa;

(iii) a *finalidade* da ordem econômica nacional é assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social; e

(iv) ao assegurar a todos existência digna, a ordem econômica deverá observar, entre outros, os seguintes *princípios*: a) livre concorrência e b) defesa do consumidor.

A partir de uma leitura apenas do texto constitucional, alguns autores chegam a identificar uma série de interesses a serem protegidos pelo direito antitruste, sendo os mais usualmente citados: (a) a livre iniciativa e a livre concorrência, (b) o consumidor⁷⁰, (c) os concorrentes, (d) as empresas de pequeno porte, (e) o valor social do trabalho e a tutela do pleno emprego e (f) a proteção dos níveis socioeconômicos das comunidades regionais. Há, inclusive, quem identifique escopos políticos para o direito antitruste, identificando entre os mesmos a preservação do regime democrático, a tutela da soberania econômica e do interesse nacional e a integração dos mercados regionais.⁷¹

Todavia, vários dos interesses acima mencionados, apesar de estarem previstos na Constituição como fundamento ou como princípio geral da ordem econômica, não estão repetidos na Lei Antitruste. Isso porque, como enfaticamente salientado por Calixto Salomão Filho⁷², os fundamentos e princípios indicados no art. 170 da Constituição Federal “são orientadores da ordem econômica como um todo, e não apenas do direito concorrencial”. E o autor foi além: para ele, os imperativos constitucionais especificamente concorrenciais podem ser considerados apenas os decorrentes do art. 173, §4º (“A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”).

Calixto Salomão Filho faz essa observação pautado na ideia de que é possível identificar interesses diretamente tutelados pelo antitruste e interesses que recebem essa proteção apenas indiretamente, já como decorrência da tutela imediata.

Ademais, sendo o direito antitruste um ramo do direito econômico, por certo que a tutela dirigida aos interesses protegidos pelo antitruste, direta ou indiretamente, terá impacto –

⁷⁰ Os adeptos da teoria chicogoana indicarão, ainda, a busca da eficiência econômica, entendida esta como sinônimo de bem-estar do consumidor.

⁷¹ Nesse sentido, vide GOMES, Carlos Jacques Vieira. **Ordem econômica constitucional e direito antitruste**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

⁷² SALOMÃO FILHO, 2013, p. 84.

econômico e/ou político - sobre outros interesses tutelados pela política econômica de um modo geral, o que, de certo modo, explica por quê é comum indicar tantas finalidades à política antitruste.

Assim, para se conhecer quais são os interesses diretamente protegidos pelo antitruste, importante proceder-se à leitura, também, do art. 36 da Lei n° 12.529, de 2011, que ao elencar os atos que devem ser tomados como infração à ordem econômica, reafirma alguns escopos do regramento concorrencial. Dispõe o mencionado dispositivo legal:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

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

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do *caput* deste artigo.

Tem-se, assim, que a tutela da livre concorrência e da livre iniciativa fica expressa de forma muito clara como um dos objetivos da Lei n° 12.529/2011 (uma das *policies* do antitruste, identificadas com o plano mesoinstitucional), dando concreção ao mandamento do art. 170 da Constituição Federal, que, em seu *caput*, afirma que a ordem econômica deve estar fundada na livre iniciativa e, em seu inciso IV, refere-se à livre concorrência como um dos princípios da ordem econômica.

Fazendo uma análise bem ampla e ao mesmo tempo aprofundada sobre como esses dois conceitos devem ser compreendidos no contexto da ordem econômica, Eros Roberto Grau inicia a exposição de seu pensamento afirmando que é equivocado ler o inciso IV do art. 1º da Constituição Federal como se estivesse tratando, de um lado, “[d]os valores sociais do trabalho”, e do outro, da “livre iniciativa”. Para ele, na realidade, o dispositivo enuncia, como fundamentos da República Federativa do Brasil, o valor social do trabalho e o *valor social da livre iniciativa*. Essa é, para o mencionado autor, a correta leitura do inciso IV do art. 1º, e a implicação disso é que a livre iniciativa, um termo de conceito extremamente amplo, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, não deve ser tomada “como

expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso”⁷³. O art. 170, *caput*, por sua vez, coloca lado a lado trabalho humano e livre iniciativa, cuidando, todavia, de reconhecer aquele primeiro como objeto de uma necessária valorização⁷⁴.

Ele defende, ainda, que a “análise da *livre iniciativa* encontra necessária complementação na ponderação do princípio da livre concorrência”⁷⁵ - que significaria, na realidade, *liberdade de concorrência* – e, por isso, sempre trata os dois conceitos paralelamente, como, por exemplo, quando ensina que:

Inúmeros sentidos, de toda sorte, podem ser divisados no princípio [da livre iniciativa], em sua dupla face, ou seja, enquanto liberdade de comércio e indústria e enquanto liberdade de concorrência. A este critério classificatório acoplando-se outro, que leva à distinção entre liberdade pública e liberdade privada, poderemos ter equacionado o seguinte quadro de exposição de tais sentidos:

- a) liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico):
 - a.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado – liberdade pública;
 - a.2) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei – liberdade pública;
- b) liberdade de concorrência:
 - b.1) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através da concorrência desleal – liberdade privada;
 - b.2) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência – liberdade privada;
 - b.3) neutralidade do Estado diante de fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes – liberdade pública.⁷⁶

Por sua vez, Miguel Reale – citado por Eros Roberto Grau, em artigo publicado pela imprensa (“Inconstitucionalidade de congelamentos”, in *Folha de S. Paulo*, 19.10.88, p. A-3), identifica os traços de distinção entre a livre iniciativa e a livre concorrência com outras nuances:

Ora, livre iniciativa e livre concorrência são conceitos complementares, mas essencialmente distintos. A primeira não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução

⁷³ GRAU, 2010, p. 202.

⁷⁴ Parece, portanto, assistir razão a José Afonso da Silva quando afirma que, “embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado” (1995, p. 720).

⁷⁵ Eros Roberto Grau (2010) argumenta, ainda, que a liberdade de iniciativa implica a liberdade de concorrência, e vice-versa, na medida em que a livre iniciativa deve ser compreendida, ao mesmo tempo, como liberdade de comércio e indústria e liberdade de concorrência.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 206.

dos fins visados. Liberdade de fins e de meios informa o princípio de livre iniciativa, conferindo-lhe um valor primordial, como resulta da interpretação conjugada dos citados arts. 1º e 170. Já o conceito de livre concorrência tem caráter instrumental, significando o ‘princípio econômico’ segundo o qual a fixação dos preços das mercadorias e serviços não deve resultar de atos de autoridade, mas sim do livre jogo das forças em disputa de clientela na economia de mercado.⁷⁷

A distinção apresentada por Miguel Reale, todavia, parece salientar um pequeno excesso de Eros Roberto Grau quando esse afirma que a consagração da livre concorrência como princípio seria até desnecessária, na medida em que o princípio da livre iniciativa já bastaria pelos dois⁷⁸. A bem da verdade, o conceito de livre concorrência gravita todo o tempo em torno de uma ideia de instrumentalidade, ao passo que o conceito de livre iniciativa é permeado por uma substancialidade, como que a indicar que a livre iniciativa somente encontrará espaço para ser, estar presente, consolidar-se na realidade econômica se realmente a concorrência, sendo livre, viabilizar essa condição, o que faz ao garantir o “livre jogo das forças em disputa de clientela na economia de mercado”. Se esse jogo das forças em disputa de clientela não for livre, certamente a iniciativa também não terá caminho livre para estabelecer-se.

Interessante, nesse ponto, a observação de Miguel Maria Tavares Festas Gorjão-Henriques da Cunha⁷⁹ no sentido de que a livre iniciativa e a livre concorrência podem até mesmo constituir valores antinômicos, se tuteladas incondicionalmente como valores absolutos, situação em que nem a livre iniciativa necessariamente promoveria a livre concorrência, assim como a livre concorrência seria até mesmo capaz de obstaculizar a livre iniciativa. Assim, um dos fins do antitruste será justamente o de balizar referida potencial dicotomia, conformando os dois princípios simultaneamente.

Com efeito, ao contrário do que possa parecer, a livre iniciativa e a livre concorrência demandam, mesmo, uma atuação estatal que possa garantir a manutenção/preservação do sistema econômico, há muito deixando de ser associadas a uma política de *laissez-faire*, de forma que, apesar de ser comum associar as ideias de livre iniciativa e de livre concorrência ao tradicional conceito de liberdade, em que o agente econômico atua no mercado com o mínimo de condução estatal, a elas deve ser associada também a visão de que, para que possam continuar presentes na ordem econômica (mundo do

⁷⁷ GRAU, 2010, p. 183.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 212.

⁷⁹ CUNHA, Miguel Maria Tavares Festas Gorjão-Henriques da. **Da restrição da concorrência na comunidade europeia: a franquia de distribuição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 31-35.

ser), precisam ser regulamentadas e conduzidas pela autoridade governamental, a qual se faz presente por meio de sua política antitruste. Nesse tocante, bem observou F.C. de San Tiago Dantas, em trecho realçado por Paula A. Forgioni:

As leis *antitrust* exprimem a concepção de que a liberdade econômica não é um princípio absoluto, em nome do qual se possam admitir os próprios pactos que excluem tal liberdade, mas é um regime social e econômico a defender mesmo contra a liberdade individual, se esta o ameaçar.⁸⁰

No mesmo sentido, segue a passagem de Francisco Campos, Ministro da Justiça de 1937 a 1941, lembrada por Benjamim M. Shieber:

O poder econômico e o poder financeiro não podem continuar a ser poderes arbitrários. Cumpre que eles se exerçam no sentido do interesse geral. Ao governo dos particulares se substituirá o governo do público. Postular a liberdade simples é postular a força. [...] Não mais a corrida sem fim para objetivos puramente individuais, mas a liberdade de iniciativa de uns nos limites em que não prejudica igual liberdade de iniciativa de outros e, sobretudo, nos limites em que a liberdade individual não constitua um atentado contra o bem comum de todos.⁸¹

Finalmente, oportuno apresentar, ainda, o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal ao decidir questão de ordem na ADI n° 319/4-DF, em 03 de março de 1993, sob a relatoria do Ministro Moreira Alves:

Embora a atual Constituição tenha, em face da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional 1/1969, dado maior ênfase à livre iniciativa, uma vez que, ao invés de considera-la, como estas (arts. 157, I, e 160, I, respectivamente), um dos princípios gerais da ordem econômica, passou a tê-la como um dos dois fundamentos dessa mesma ordem econômica, e colocou expressamente entre aqueles princípios o da livre concorrência que a ela está estreitamente ligado, *não é menos certo que tenha dado maior ênfase às suas limitações em favor da justiça social*, tanto assim que, no art. 1º, ao declarar que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, coloca entre os fundamentos deste, no inciso IV, *não a livre iniciativa da economia liberal clássica, mas os valores sociais da livre iniciativa: ademais, entre os novos princípios que estabelece para serem observados pela ordem econômica, coloca o da defesa do consumidor [...] e a redução das desigualdades sociais*. (os grifos não estão presentes no original).

Esse posicionamento parece dar espaço à compreensão de que o princípio da livre iniciativa, presente no *caput* do art. 170 da Constituição Federal, é, na realidade, uma cláusula geral da ordem econômica (o que não significa que não esteja também a orientar a política antitruste), cujo conteúdo é preenchido pelos incisos do mesmo artigo, os quais elencam princípios – tais como o da livre concorrência, da defesa do consumidor, da função social da

⁸⁰ FORGIONI, 2013, p. 137.

⁸¹ SHIEBER, 1966, p. 2.

propriedade - que claramente definem a livre iniciativa não como uma liberdade anárquica, mas como uma liberdade com valor social e passível de ser limitada⁸².

Dando seguimento ao tema, importa esclarecer, ainda, que existe uma tendência majoritária na doutrina no sentido de reconhecer uma pluralidade de interesses sob a proteção da legislação antitruste, os quais vão além dos ditames constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência. E essa tendência não é desarrazoada, à medida em que tanto o constituinte quanto o legislador brasileiro fazem referência a uma série de objetivos nas normas concorrenciais, a exemplo do disposto no art. 1º da Lei Antitruste:

Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e 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.

Porém, o melhor entendimento parece caminhar no sentido de identificar que existe, sim, uma pluralidade de escopos atribuídos à política antitruste, porém alguns desses objetivos serão imediatos, ao passo que outros serão, predominantemente, mediatos ou indiretos. Nessa linha de pensamento, o presente trabalho adere à compreensão esposada por Calixto Salomão Filho no sentido de que, a bem da verdade, a finalidade direta e imediata da política antitruste é a defesa da instituição concorrência⁸³ e todos os demais valores e interesses serão tutelados a partir da preservação da ordem concorrencial.

Subsequentemente, ao encampar essa tese, pode-se dizer que, quando o art. 1º da Lei Antitruste determina que os “ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico” deverão orientar a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, deve-se entender que o objeto imediato de proteção da Lei é a preservação da ordem econômica, ou, mais especificamente, da ordem concorrencial, e que a prevenção e a repressão aos ataques contra a ordem concorrencial dar-se-ão com a finalidade última de viabilizar a promoção dos ditames constitucionais ali mencionados. Esses estarão a *orientar*, como meta, como objetivo mediato, como motivação última, a proteção da ordem concorrencial.

⁸² SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial** - as estruturas. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 338-339.

⁸³ Esta, a propósito, não pode ser confundida com liberdade de mercado, tendendo na realidade ao oposto, isto é, a uma “intervenção séria nas estruturas, de modo a impedir o domínio dos mercados pelas estruturas monopolísticas” (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 63).

Isso vale inclusive para o princípio da defesa do consumidor, explicitamente mencionado no art. 170, *caput*, inc. III, da Constituição Federal, e no art. 1º da Lei Antitruste.

É bem verdade que, como já mencionado anteriormente⁸⁴, a gênese do antitruste no Brasil é identificada em dispositivos que tratavam dos crimes contra a economia popular, aos quais se seguiram os que tratavam da repressão aos lucros arbitrários ou ao preços excessivos correlatos ao abuso do poder econômico, sempre visando à proteção da população ou diretamente dos consumidores. Algumas Constituições anteriores à de 1988 já consagravam expressamente normas nesse sentido.⁸⁵

Há, inclusive, quem sustente que, no ordenamento jurídico brasileiro, a finalidade principal do antitruste é a tutela do consumidor. Veja-se, nesse sentido, a lição de J.A. Tavares Guerreiro, citado por Nuno T. P. Carvalho:

Até mesmo historicamente, entre nós, foi na proteção da denominada economia popular que se originaram as primeiras preocupações antitruste [...]; a repressão ao abuso do poder econômico deve se fundar no atendimento das necessidades básicas da coletividade e não apenas na proteção do acesso livre de todos os possíveis detentores de capital ao mercado livre e eficiente. A disciplina da concorrência pura e idealmente perfeita se subordina axiologicamente ao interesse dos que não têm capital a investir no mercado em atividades produtivas, mas que consomem sua renda no provimento das exigências da vida.⁸⁶

Todavia, diferentemente do que defendido na grande maioria das obras de direito concorrencial, este trabalho entende, na esteira da doutrina de Calixto Salomão Filho, que o destinatário jurídico *direto* das normas antitruste será sempre a “instituição” concorrência, inclusive quando o artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 elenca, dentre as infrações à ordem econômica, atos tendentes a dominar mercado relevante de bens ou serviços, aumentar arbitrariamente os lucros e exercer de forma abusiva posição dominante.

⁸⁴ A análise que associa a origem das normas antitruste brasileiras à proteção do consumidor (a chamada “economia popular”) foi desenvolvida no item 2.2.2 deste Capítulo.

⁸⁵ Interessante transcrever dispositivos de Constituições brasileiras anteriores que relacionam a repressão ao abuso do poder econômico com a repressão ao aumento arbitrário de lucros – o qual prejudica diretamente o consumidor e a economia popular, possibilitando a comparação entre seus textos: CF de 1946 – “Art. 148. A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”. CF de 1967, alterada pela EC n. 1, de 1969 – “Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: [...] V – repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros”. CF de 1988 – “Art. 173, §4º. A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

⁸⁶ CARVALHO, Nuno T. P. **As concentrações de empresas no direito antitruste**. São Paulo: Resenha Tributária, 1995, p. 83.

Essa observação reveste-se de maior relevância diante do fato de que, realmente, toda a teorização econômica do direito concorrencial está focada na proteção ao consumidor. Todavia, e a nota é novamente de Calixto Salomão Filho,

O fato de o consumidor ser o destinatário econômico final das normas concorrenciais não o transforma em destinatário jurídico direto das mencionadas normas. Muitas vezes é apenas através da proteção da ‘instituição’ *concorrência* que seu interesse será protegido.⁸⁷ (grifo do autor).

É o que ocorre, por exemplo, quando a Lei Antitruste considera infração à ordem econômica os atos tendentes à dominação do mercado (art. 36, inc. III). Em um primeiro momento, pode-se pensar que esse dispositivo visa principalmente à defesa do consumidor, quando, na realidade, está a tutelar mais diretamente a própria ordem concorrencial. Apenas subsequentemente serão protegidos os interesses dos concorrentes, que correm o risco de serem aliados do mercado por conta dos referidos atos, e os interesses do consumidor, que podem vir a pagar mais por suas utilidades no caso de estabelecer-se a dominação do mercado por poucos ou por um só.

Senão, veja-se: se a preocupação primeira do antitruste centrar-se no preço pago pelo consumidor por determinada utilidade, pode parecer que ele esteja sendo beneficiado se alguns produtores de um setor passarem a cobrar preços muito mais baixos por essa utilidade. Todavia, focando nesse interesse, e não propriamente na preservação da ordem concorrencial, se esse achatamento dos preços se der com potencial de causar dominação do mercado (preços predatórios), os próprios consumidores serão prejudicados no momento seguinte, quando, não havendo mais concorrência ou tendo sido essa bastante diminuída, os produtores poderão elevar os preços ao patamar que lhes convier.

Esse exemplo demonstra, inclusive, a falibilidade da teoria neoclássica (que propugna a aplicação das normas antitruste exclusivamente no interesse do consumidor, entendido esse como eficiência econômica – leia-se produção e venda a baixo custo), haja vista que seus efeitos nem sempre serão benéficos ao próprio consumidor.

Daí porque Calixto Salomão Filho chega a afirmar que o consumidor não será, normalmente, o destinatário direto das normas antitruste, ainda que seja sempre sua motivação última⁸⁸. Na verdade, o interesse do consumidor deve consistir principalmente na existência da concorrência, única maneira efetiva de garantir a repartição de benefícios entre

⁸⁷ SALOMÃO FILHO, 2013, p. 105.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 107.

produtores e consumidores, sendo esse o ponto de encontro entre livre concorrência e proteção do consumidor como finalidades da política antitruste brasileira. Só a concorrência, efetiva ou pelo menos potencial, pode garantir que os agentes econômicos mantenham-se preocupados com redução de preços, avanços na produtividade e qualidade dos bens e serviços ofertados.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, importa salientar que o interesse na existência da concorrência não é apenas dos consumidores, mas também dos próprios concorrentes.⁸⁹ Inclusive, e aqui é importante ressaltar, durante a maior parte da história do direito concorrencial prevaleceu a concepção privatista que entendia que a concorrência seria tutelada por meio da proteção ao concorrente, e, sob esse enfoque, a finalidade do direito antitruste fica realmente destinada à proteção de direitos subjetivos privados. No Brasil, esse entendimento prevaleceu na jurisprudência do CADE, com maior ou menor intensidade, até meados dos anos 80. Foi durante a presidência de Werter Farias - que se deu entre 1986 e 1990, que referido órgão se aproximou mais da concepção institucional da concorrência, ligando-se pouco a pouco à proteção de valores institucionais e de direito público; movimento que, a bem da verdade, já havia dado início no ordenamento brasileiro desde a Lei nº 4.137/1962, a qual veio plena da concepção publicista da tutela da existência da concorrência por meio da repressão às condutas tendentes à dominação do mercado.⁹⁰

Ademais, é oportuno ressaltar, ainda, que a defesa da existência da concorrência não se confunde com a proteção do interesse de um tipo específico de concorrente, mesmo que se trate de uma empresa de pequeno ou médio porte, cujos interesses deverão ser protegidos como os de qualquer empresa. Ao afastar a ideia de um favorecimento ou proteção especial em função de suas dimensões reduzidas, Calixto Salomão Filho justifica o entendimento nos seguintes termos:

A implementação generalizada de uma política de incentivo à existência apenas de estruturas empresariais pequenas e médias poderia entrar em choque direto com os interesses dos consumidores, na medida em que desconsideraria as exigências estruturais específicas de cada mercado. Há certos tipos de bens que, por sua própria natureza, requerem altos investimentos em tecnologia e cuja forma de produção é especialmente sensível a economias de escala. Nesse caso, capacidades financeira e produtiva maiores das empresas participantes são uma exigência natural e uma

⁸⁹ Essa ideia abriga um conflito de interesses apenas aparente, haja vista que, uma vez entendido o processo concorrencial como um processo de escolha racional, os interesses de concorrentes e consumidores, ao contrário de conflitantes, são reciprocamente instrumentais. Havendo um eventual conflito em um caso concreto, a resolução dar-se-á recorrendo-se ao critério da razoabilidade com o fim de identificar o interesse que o legislador considerou predominante naquela situação específica (SALOMÃO FILHO, 2013).

⁹⁰ SALOMÃO FILHO, 2013, p. 64-66.

vantagem para os consumidores, na medida em que são aptas – desde que utilizadas em forma competitiva – a gerar produto de maior qualidade e de menor custo.⁹¹

Há, porém, na doutrina, muitos defensores de que o direito antitruste também tem por escopo proteger a empresa de pequeno porte. Baseiam-se principalmente nas lições do direito norte-americano, onde, realmente, a proteção à pequena e média empresa serviu de fundamento à promulgação do *Sherman Act*.

Tem-se nesse sentido a doutrina de Herbert Hovenkamp, que ao abordar a história e ideologia da política antitruste norte-americana, e constatar que “the notion that the Sherman Act was pure protectionism for the benefit of small business appears to been widespread”, afirma:

*A theory with more explanatory power is that the Sherman Act was passed at the behest of small businesses who had been injured by the formation of larger, more efficient firms. This was the one group of people who were injured, were well organized, and had long been effective in making their case to legislative bodies. Among the most effective lobbying organizations of the way were various associations of independent and small businesses, whose positions were threatened by large vertically integrated firms. Senator Sherman himself may have been acting at the behest of independent oil producers in Ohio, who wanted protection from Standart Oil Company and the railroads.*⁹²

No Brasil, José Afonso da Silva chega a afirmar que a proteção à pequena e média empresa deriva do próprio direito à livre iniciativa. Em suas palavras, “o desenvolvimento do poder econômico privado [...] é fator de limitação à própria iniciativa privada, na medida em que a concentração capitalista impede ou estorva a expansão das pequenas iniciativas econômicas”.⁹³

Trata-se de afirmação cuja logicidade jurídico-econômica parece irrefutável. Todavia, não é suficiente para afirmar-se que a proteção à empresa de pequeno porte é um objetivo da política antitruste, especificamente. Tomando-se como premissa que o ditame da livre iniciativa, presente no *caput* do art. 170 da Constituição Federal, é, na realidade, uma cláusula geral da ordem econômica, conforme afirmado acima, cujo conteúdo é preenchido pelos princípios elencados no mesmo artigo, dentre eles o do “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país”, pode-se reconhecer que a ideia de José Afonso da Silva situa à

⁹¹ SALOMÃO FILHO, 2013, p. 84.

⁹² HOVENKAMP, Herbert. **Federal antitrust policy: the law of competition and its practice**. 4. ed. Saint Paul: West, 2011, p. 60.

⁹³ SILVA, 1995, p. 726.

proteção à pequena e média empresa como uma finalidade a ser perseguida e viabilizada pela ordem econômica como um todo.

Daí porque, nesse tocante, é bastante elucidativo observar que, aqui no Brasil, o próprio legislador ordinário reconheceu que existe uma diferença entre proteger a livre concorrência e proteger a pequena e média empresa (cuja tutela não é objetivo direto ou indireto da legislação antitruste, em uma condição diferenciada das demais empresas), à medida em que, mesmo estando prevista na Constituição Federal como princípio da ordem econômica (art. 170, IX), não inseriu essa proteção diferenciada na Lei Antitruste.

Esse fato permite, enfim, a compreensão de que os princípios insertos no art. 170 da Constituição Federal são orientadores da ordem econômica como um todo, porém não necessariamente da ordem concorrencial.

3.1.1.1 A livre iniciativa e a livre concorrência são direitos fundamentais?

Deve-se observar, inicialmente, que a livre iniciativa e a livre concorrência são expressões de liberdade, a qual, segundo a análise de Eros Roberto Grau, pode ser compreendida tanto em uma perspectiva substancial, como em uma perspectiva institucional. Acerca dessa primeira, afirma o autor:

Considerada desde a perspectiva substancial, tanto como resistência ao poder, quanto como reivindicação por melhores condições de vida (liberdade individual e liberdade social e econômica), podemos descrever a liberdade como *sensibilidade* e *acessibilidade* a alternativas de conduta e de resultado. Pois não se pode entender livre aquele que nem ao menos sabe de sua possibilidade de reivindicar alternativas de conduta e de comportamento – aí a *sensibilidade*; e não se pode chamar livre, também, aquele ao qual tal acesso é sonogado – aí a *acessibilidade*.⁹⁴ (grifos do autor)

É ainda na perspectiva substancial que colhemos, dos estudos de Amartya Sen⁹⁵, mais uma compreensão para a ideia de liberdade. O economista indiano, ao trabalhar o que entende ser a melhor definição de desenvolvimento, em sua obra *Desenvolvimento como liberdade*, acaba por realizar uma ampla e interessante abordagem sobre o tema da liberdade e suas implicações.

⁹⁴ GRAU, 2010, p. 203.

⁹⁵ Em seus estudos, Sen (2011) tem refletido bastante sobre os critérios mais adequados para avaliar a persecução da justiça em situações concretas, reflexões essas que têm o potencial de guiar decisões fundadas em preceitos de justiça e liberdade, e não apenas em eficiência técnica - critério tão arraigado em sua área de formação profissional.

Ao propor avaliar o desenvolvimento econômico não apenas a partir da riqueza produzida em um país⁹⁶, mas da “expansão das liberdades substantivas⁹⁷” de seus indivíduos, Sen defende que a expansão da liberdade - e ele está se referindo à liberdade individual - é considerada, ao mesmo tempo, o principal fim e o principal meio para o desenvolvimento, de sorte que a liberdade possuirá um papel constitutivo e um papel instrumental no desenvolvimento.

Pelo papel constitutivo, o desenvolvimento buscará, como fim primordial, viabilizar a eliminação de privações de liberdade⁹⁸ que limitem as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente.⁹⁹ O papel instrumental da liberdade, por sua vez, diz respeito ao modo como diferentes tipos de liberdades inter-relacionam-se entre si e como um tipo de liberdade pode contribuir imensamente pra promover liberdades de outros tipos, expandindo a liberdade humana em geral e, subsequentemente, promovendo o desenvolvimento.¹⁰⁰

Ao abordar a perspectiva da liberdade como meio para o desenvolvimento, especificamente, Sen deu ênfase a cinco tipos distintos do que chamou de liberdades instrumentais: (1) liberdades políticas, (2) facilidades econômicas, (3) oportunidades sociais, (4) garantias de transparência e (5) segurança protetora. Essas liberdades, defende ele, aumentam diretamente as capacidades¹⁰¹ das pessoas, ao mesmo tempo em que também complementam-se e reforçam umas às outras.

⁹⁶ Vários economistas identificam desenvolvimento com Produto Nacional Bruto, aumento de rendas pessoais, industrialização, avanço tecnológico e modernização social. Amartya Sen (2011), ao dar enfoque nas liberdades humanas em sua teoria do desenvolvimento, dirá que esses elementos são, na realidade, meios de expandir as liberdades desfrutadas pelos membros da sociedade, de forma que o desenvolvimento será um processo integrado de expansão das liberdades reais interligadas de que as pessoas usufruem.

⁹⁷ Difere-se da liberdade formal, que é aquela declarada na lei.

⁹⁸ Sen (2011) identifica dentre as principais fontes de privação de liberdade a carência de oportunidades econômicas.

⁹⁹ O termo *agente* é aqui utilizado por Sen (2000) não no sentido por vezes utilizado na literatura sobre economia e teoria dos jogos em referência a uma pessoa que está agindo em nome de outra, mas para indicar “alguém que age e ocasiona mudança e cujas realizações podem ser julgadas de acordo com seus próprios valores e objetivos, independentemente de as avaliarmos ou não também segundo algum critério externo” (p. 33). A concepção da economia e do processo de desenvolvimento centrada na liberdade é, em grande medida, uma visão orientada para o agente (e não para o paciente).

¹⁰⁰ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 54.

¹⁰¹ Na definição apresentada por Sen (2000), a *capacidade* de uma pessoa “consiste nas combinações alternativas de funcionamentos cuja realização é factível para ela. Portanto, a capacidade é um tipo de liberdade: a liberdade substantiva de realizar combinações alternativas de funcionamentos (ou, menos formalmente expresso, a liberdade para ter estilos de vida diversos)” (p. 95). O conceito de *funcionamentos*, por sua vez, relaciona-se com as várias coisas que uma pessoa pode considerar valioso fazer ou ter, sendo que “Os funcionamentos valorizados podem variar dos elementares, como ser adequadamente nutrido e livre de

Todavia, o aspecto mais importante dessa teoria para o presente trabalho é a proposição de Amartya Sen no sentido de que a liberdade substantiva consiste na oportunidade que as pessoas possuem de levar a vida que elas têm razão para valorizar e de melhorar as escolhas reais que elas possuem. A visão da liberdade aqui adotada diz respeito tanto aos *processos que permitem a liberdade de ações e decisões*, como às *oportunidades reais que as pessoas têm de obter resultados considerados valiosos*, de forma que a liberdade substantiva deve ser julgada não apenas pelo *número* de opções que se tem, mas também pela adequada sensibilidade para a *atratividade* das opções disponíveis.

Ainda que não faça uso das expressões liberdade negativa e liberdade positiva, Sen entende que a palavra liberdade deve ser entendida não apenas como ausência de obstáculos que impeçam o agente de fazer o que deseja, como também no sentido de existência de meios para que as pessoas desenvolvam suas aptidões da forma que desejarem. Como se vê, trata-se de uma compreensão que se afasta daquela que, no início, informou a liberdade como direito fundamental de primeira geração (ou dimensão)¹⁰², quando a liberdade era entendida apenas no sentido negativo, como ausência de coerção externa pelo poder arbitrário do Estado.

Fazendo uma aproximação ainda maior do pensamento de Amartya Sen com a questão aqui proposta, é interessante observar que, ao sustentar que no rol dos direitos humanos devem estar incluídos direitos sociais e econômicos, Sen observa que “A liberdade de participar do intercâmbio econômico tem um papel básico na vida social”.¹⁰³ E mesmo que o direito de fazer transações e trocas não fosse tido como inviolável, Sen defende que ainda assim seria possível argumentar que

[...] há uma perda social quando se nega às pessoas o direito de interagir economicamente. Caso aconteça de os efeitos dessas transações serem tão danosos para terceiros que essa presunção *prima facie* de permitir às pessoas transacionar como bem entenderem possa sensatamente ser restringida, ainda assim existe alguma perda direta quando se impõe essa restrição (mesmo se ela for mais do que compensada pela perda alternativa dos efeitos indiretos dessas transações sobre terceiros).^{104, 105} (grifos do autor)

doenças evitáveis, a atividades ou estados pessoais muito complexos, como poder participar da vida da comunidade e ter respeito próprio” (p. 95).

¹⁰² Para um melhor entendimento acerca da utilização do termo dimensão ao invés de geração, quando da referência aos direitos fundamentais, ler GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001.

¹⁰³ SEN, 2000, p. 22.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 42.

¹⁰⁵ Essa conclusão foi alcançada por Sen em seu texto “Markets and freedoms” (1993), o mesmo em que ele apresenta a distinção entre “resultados de culminância” (resultados finais que não consideram o processo de

Expostos esses pensamentos, não se está distante de concluir que a perda de liberdade pela ausência de escolha de emprego, pela impossibilidade de escolher e exercer a atividade profissional ou empresarial que aprouver ao indivíduo, ou mesmo de fazer transações, pode ser, em si, uma privação fundamental.¹⁰⁶

Todavia, como já antecipado ao início, a liberdade possui, além de sua perspectiva substancial, uma perspectiva institucional, cujo traço constitutivo e diferencial na modernidade será o seu caráter jurídico. “Existem como tais”, pontuou Eros Roberto Grau, “as liberdades, mundanizadas e laicizadas, enquanto objeto de reconhecimento jurídico e sistematização positiva”.¹⁰⁷

E foi nessa ordem de pensamento que, sobre uma indagação semelhante à que dá título a este subitem, Eros Roberto Grau, referindo-se expressamente à livre iniciativa, manifestou-se nos seguintes termos:

[...] a referência, sempre reiterada, à liberdade de iniciativa econômica como direito fundamental apenas se justifica quando da expressão – ‘direito fundamental’ – lançamos mão para mencioná-la como direito constitucionalmente assegurado. O texto constitucional não a consagra como tal, isto é, como direito fundamental. Ademais, a liberdade de iniciativa econômica é liberdade mundana, positivada pela ordem jurídica.¹⁰⁸

O autor parece utilizar-se de duas premissas: (i) para ser direito fundamental é preciso que o texto constitucional o consagre expressamente como tal; e ii) um direito “fruto da mente humana” e “apenas” positivado pela ordem jurídica não pode ter a natureza de direito fundamental. Partindo dessa compreensão, fácil seria concluir que a livre concorrência, tal qual a livre iniciativa econômica, não é um autêntico direito fundamental, mas apenas um direito constitucionalmente assegurado.

Verifica-se, assim, que para responder à indagação aqui proposta é imprescindível estabelecer alguns acordos semânticos e conceituais. A definição do que sejam os direitos fundamentais, na realidade, não é tarefa simples. Muitos estudiosos do direito e jusfilósofos vêm a ela se dedicando desde meados do século passado, sobretudo a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948.

obtenção desses resultados, incluindo o exercício da liberdade) e “resultados abrangentes” (onde os processos pelos quais os resultados de culminância ocorreram são levados em consideração).

¹⁰⁶ SEN, 2000, p. 137.

¹⁰⁷ GRAU, 2010, p. 203.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 206.

Nagibe de Melo Jorge Neto chama a atenção para a existência de um consenso, mais ou menos estabelecido na filosofia do direito e no direito constitucional contemporâneos, consistente em diferenciar direitos humanos e direitos fundamentais a partir do critério da positivação interna dos direitos. Os direitos humanos seriam direitos naturais, inerentes à condição humana, determinados pela racionalidade ou por uma causa transcendental, que teriam sido reconhecidos e positivados pela comunidade jurídica internacional, mesmo que ainda penderes de positivação na ordem jurídica interna dos Estados-nações, ao passo que os direitos fundamentais seriam direitos humanos finalmente positivados no ordenamento jurídico de um Estado.¹⁰⁹

Assim, segundo esse critério, em grande parte fundado na teoria de Norberto Bobbio acerca da evolução dos direitos fundamentais¹¹⁰, a positivação dos direitos humanos no ordenamento jurídico de um Estado soberano transpõe esses direitos para um novo patamar de existência e validade, constituindo os chamados direitos fundamentais, cuja força normativa, em regra, decorrerá da norma constitucional.

Trata-se, na verdade, de um critério formal para a definição e capitulação dos direitos fundamentais. Todavia, assim como há os que defendem que os direitos fundamentais seriam somente aqueles positivados necessariamente na Constituição¹¹¹, há ainda os que entendem que os direitos dessa natureza não precisam estar expressos nas normas constitucionais, porquanto também podem dela ser extraídos por um processo interpretativo, quer este se dê por inferência lógica ou pela técnica de preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados.¹¹²

Mas sobre o quê podem/devem versar esses direitos? Qual deve ser seu conteúdo? Vê-se, nesse ponto, que os critérios formais não parecem suficientes para a tarefa à qual foram lançados. Todavia, quando se cogita da formulação de critérios materiais, constata-se que eles padecem de dificuldade semelhante, não existindo um que seja definitivo para estabelecer o que sejam e/ou quais sejam os direitos fundamentais.

¹⁰⁹ JORGE NETO, 2009, p. 29.

¹¹⁰ Confira-se, a esse respeito: BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

¹¹¹ Nesse sentido posiciona-se Gregório Robles (1995) que, referindo-se ao ordenamento jurídico espanhol, afirma que somente os direitos positivados e dotados de proteção especial pela Constituição podem ser chamados direitos fundamentais.

¹¹² Conforme observado por Nagibe de Melo Jorge Neto (2009), Robert Alexy defende em sua “Teoria dos direitos fundamentais” que existem normas de direito fundamental que decorrem diretamente das normas constitucionais e normas de direito fundamental a ela adscritas, ou seja, que não estão expressamente estatuídas na Lei Fundamental, mas podem dela ser extraídos.

Segundo Paulo Bonavides, Carl Schmitt chegou inclusive a afirmar que os direitos fundamentais “variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra. Em suma, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos”.¹¹³

Há, porém, um critério material com maior receptividade: é o que está ligado à ideia de dignidade da pessoa humana. Por esse critério, os direitos fundamentais seriam aqueles que, estando assegurados a partir das normas constitucionais, visariam à proteção, implementação ou promoção da dignidade da pessoa humana.^{114, 115}

A ideia de que os seres humanos são dotados de uma dignidade que lhes é inerente tem se tornado senso comum, havendo mesmo um consenso teórico universal acerca da noção de dignidade em si.¹¹⁶ Apesar disso, parece ainda não estar próximo um acordo acerca do conteúdo da dignidade da pessoa humana.

Se é certo, porém, que a ideia de dignidade da pessoa humana é também uma fórmula aberta, acerca da qual também não existe um consenso entre os estudiosos do direito e jusfilósofos, “é precisamente aí”, observa Nagibe de Melo Jorge Neto, “que reside a sua força”. Isso porque, segundo sua observação,

A dignidade da pessoa humana dá respostas diferentes a situações concretas, exige sempre uma nova interpretação dos direitos fundamentais, fazem-nos evoluir e expandir-se sempre para assegurar que o ser humano, a maravilha da terra, como diz Sófocles, e a busca de sua própria realização sejam sempre o fim de todo o resto.¹¹⁷
[sic]

Ingo Wolfgang Sarlet faz observação nesse mesmo sentido, pontuando que a dignidade da pessoa humana “funciona como critério para a construção de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais na ordem constitucional”.¹¹⁸ Sendo impossível encerrar o conceito de dignidade da pessoa humana em suas infinitas possibilidades, temos

¹¹³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 561.

¹¹⁴ JORGE NETO, 2009, p. 32.

¹¹⁵ Paulo Bonavides (2011) lembra que Konrad Hesse, um dos clássicos do direito público alemão contemporâneo, entendia que os direitos fundamentais almejavam “Criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana” (p. 560).

¹¹⁶ “After all, there would seem to be a kind of platitudinous kinship between ‘human rights’ and ‘human dignity’: it is impossible to be against either or to explain in any kind of satisfactorily specific sense what they mean”. (GEARTY, 2004, p. 84-85).

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 33.

¹¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 101.

que a definição do que são direitos fundamentais decorrerá basicamente de um processo interpretativo da construção doutrinária e jurisprudencial.

É possível dizer que os direitos fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro estão elencados no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais - da Constituição da República de 1988. Mas ali também não estão encerrados todos. A eles devem somar-se todos que se fizerem necessários à preservação e à promoção da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil e, a propósito do tema deste trabalho, também da ordem econômica brasileira.

Nesse ponto, é relevante salientar o disposto no art. 5º, §2º, da Constituição de 1988, o qual, localizado dentro do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Esse dispositivo constitucional parece permitir a conclusão de que, ao contrário do que afirmou Eros Roberto Grau ao defender que a livre iniciativa não é um direito fundamental autêntico, a própria Constituição admite que, além dos direitos fundamentais que ela expressamente definiu como tal, existem outros que a eles podem ser somados, os quais podem ser extraídos do regime e dos princípios por ela adotados.¹¹⁹

¹¹⁹ O Supremo Tribunal Federal, cinco anos após a promulgação da Constituição Federal de 1998, admitiu a existência de direitos fundamentais não elencados dentro do Título II da Constituição ao decidir que o princípio da anterioridade, previsto no art. 150, inc. II, alínea “b”, da CF/88, é uma garantia individual do contribuinte e, como tal, deve ser protegido como cláusula pétrea. Essa decisão deu-se no julgamento da ADI 939/DF, o qual recebeu a seguinte ementa: “Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. IPMF. Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – IPMF. Arts. 5º, §2º, 60, §4º, incisos I e IV, 150, incisos III, ‘b’, e VI, ‘a’, ‘b’, ‘c’ e ‘d’, da Constituição Federal. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, I, ‘a’, da CF). 2. A Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993, que, no art. 2º, autorizou a União a instituir o IPMF, incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2º desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica o art. 150, III, ‘b’, e VI, da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. – o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5º, §2º, 60, §4º, inciso IV, e art. 150, incisos III, ‘b’, da Constituição); 2. – o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns aos outros) e que é garantia da Federação (art. 60, §4º, inciso I, e art. 150, VI, ‘a’, da CF); 3. – a norma que, estabelecendo outras imunidades impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: ‘b’) templos de qualquer culto; ‘c’) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e ‘d’) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão; 3. Em consequência, é inconstitucional, também, a Lei Complementar nº 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, ‘a’, ‘b’, ‘c’ e ‘d’ da CF (arts. 3º, 4º e 8º do mesmo diploma, LC nº 77/93). 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos

Feitas essas considerações, importante verificar onde estão situadas a livre iniciativa e a livre concorrência no texto e no contexto constitucional. A Constituição Federal de 1988 estabelece no *caput* de seu art. 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, [...] observados os seguintes princípios: [...]” e indica o princípio da livre concorrência. Ou seja, a livre concorrência será, nos termos do texto constitucional, um princípio a orientar a promoção de uma existência digna a todos por meio da ordem econômica (mundo do ser). A livre iniciativa, por sua vez, é fundamento dessa mesma ordem econômica.

Assumindo como correta a definição de que os direitos fundamentais seriam aqueles que, estando assegurados a partir das normas constitucionais, ainda que não expressos como tal no texto constitucional, visariam à proteção, implementação ou promoção da dignidade da pessoa humana, é possível defender que a livre iniciativa é, sim, um autêntico direito fundamental.

Para tanto, todavia, é importante que se reconheça, ainda, que a livre iniciativa, a par de expressar uma proteção a um interesse social¹²⁰, devendo ser inclusive limitada em favor da “justiça social”¹²¹, é também uma “projeção da liberdade individual”¹²². Pode-se dizer, nesse sentido, que possui uma dupla vocação: promover interesse social e proteger uma necessidade individual.

Ora, faz parte da própria dignidade humana a liberdade de desenvolver uma atividade profissional e/ou criar e explorar uma atividade econômica da escolha do indivíduo. Que a liberdade é um direito fundamental, isso não é mais objetado pela doutrina nacional e internacional. E se a liberdade é, como definido na lição de Hugo de Brito Machado Segundo, “a faculdade que a criatura humana tem [...] de eleger uma das várias possibilidades que racionalmente consegue vislumbrar e de implementá-la ou transformá-la em realidade”¹²³, sendo livre, nas palavras do mesmo autor, “a criatura humana que tem condições de *ser* tudo aquilo que ela *pode ser*, cabendo a ela simplesmente *escolher* quais de suas potencialidades quer implementar, e como”¹²⁴, é fácil reconhecer que a liberdade também se

termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993 (BRASIL, 1994, p. 5165).

¹²⁰ Trata-se do pensamento de Eros Roberto Grau (2010), conforme já mencionado anteriormente.

¹²¹ Entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 319/4-DF, conforme trecho transcrito alhures.

¹²² Nas já colacionadas palavras de Miguel Reale, citado por Eros Roberto Grau (GRAU, 2010, p. 183).

¹²³ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 131.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 135.

manifestará pela possibilidade de o homem expressar sua individualidade por meio de sua atividade econômica, para a qual se entende vocacionado ou que entende melhor atender às próprias necessidades assim por ele identificadas. Nesse sentido, parece inapropriado negar à livre iniciativa, entendida como faculdade de criar e explorar uma atividade econômica, a natureza de direito fundamental.¹²⁵

No mesmo sentido manifestou-se o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, ao referir-se à livre iniciativa enquanto fundamento da República Federativa do Brasil:

A livre iniciativa é uma expressão da ideia geral de liberdade, e faz parceria com outros princípios constitucionais relevantes, como o da legalidade e o da autonomia da vontade. Nesse sentido, ela transcende uma dimensão puramente econômica, significando que a regra geral, em todos os domínios, é que as pessoas sejam livres para suas escolhas existenciais, profissionais, filantrópicas, de lazer etc. O Estado não pode determinar onde um indivíduo vai morar, qual profissão vai seguir, o que vai fazer com o seu dinheiro ou a quem vai ajudar ou deixar de ajudar.¹²⁶

Importante observar, ainda, que o fato de não ser um direito absoluto, porquanto passível de limitação (em favor da justiça social ou de outros direitos com a mesma força normativa), também não afasta a possibilidade de definir a livre iniciativa como um direito fundamental. A liberdade individual, seja de que forma esteja a exprimir-se, jamais pode constituir-se um atentado contra o bem comum de todos. Conforme pontuado por Arnaldo Vasconcelos, “A liberdade absoluta é também a absoluta impossibilidade de seu exercício. Donde resulta que, sendo a liberdade termo relacional, ninguém pode ser livre sozinho”.¹²⁷

Sua limitação dá-se inclusive em face de outros direitos fundamentais, quando com eles colidem, situação em que será indispensável recorrer ao princípio da proporcionalidade para solução do conflito. A propósito, em um dos poucos julgamentos em que o Supremo Tribunal Federal teve que se manifestar sobre o direito à livre iniciativa, que, no referido caso, estava em conflito com o direito à saúde e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes a ele se referiu como um direito fundamental (individual e de defesa). A seguir, trechos de seu voto, no julgamento da ADPF 101/DF:

¹²⁵ Afinal, como diz a canção de Arnaldo Antunes, “a gente não quer só comida”.

¹²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Estado e livre iniciativa na experiência constitucional brasileira**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI199284,71043->

[Estado+e+livre+iniciativa+na+experiencia+constitucional+brasileira](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI199284,71043-)>. Acesso em: 01 mai. 2014.

¹²⁷ VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito e força**: uma visão pluridimensional da coação jurídica. São Paulo: Dialética, 2001, p. 54.

Na forma da jurisprudência desta Corte, que se apreende inclusive a partir dos precedentes acima evidenciados, vê-se que a importação de pneus usados de qualquer espécie, a despeito de estar materializada em diversos atos normativos federais, consubstancia questão constitucional relevante, por envolver a interpretação sistêmica do conteúdo normativo do direito à saúde (art. 196), do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225) e do direito à liberdade de iniciativa (art. 170).

O contexto da referida discussão evidencia a complexidade do sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais, que são, num só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva.

Contrapõem-se no presente processo distintos direitos fundamentais. De um lado, a invocação de típicos direitos fundamentais de defesa, que asseguram a liberdade individual de livre iniciativa e comércio (art. 170), para imposição de um dever de abstenção do Estado na esfera de liberdade individual do indivíduo, contendo disposições definidoras de uma competência negativa do Poder Público (*negative Kompetenzbestimmung*).

De outro, aponta-se uma dupla fundamentação. Em primeiro lugar, destacam-se direitos fundamentais, na condição de prestações positivas, para a execução de medidas que garantam a saúde pública (art. 196) e que exigem que o Estado aja, estabelecendo moldes para o futuro da sociedade e para a redução dos riscos de doenças e de outros agravos, mediante políticas sociais e econômicas. Nesse sentido, trata-se não de uma liberdade em face do Estado, mas de desfrutar essa liberdade mediante a atuação do Estado (*Freiheit durch...*).

[...]

Além disso, a interpretação do artigo 170 da Constituição evidencia que o direito fundamental à livre iniciativa e ao livre comércio não é absoluto, mas deve guardar compatibilidade com a defesa do meio ambiente. Tal como outras Constituições brasileiras anteriores, a Constituição de 1988 consagra a técnica de estabelecimento de restrição a diferentes direitos individuais.

[...]

Também o parágrafo único do artigo 170 da Constituição aponta para a possibilidade de restrições legais ao livre exercício de qualquer atividade econômica. Consideram-se restrições legais aquelas limitações que o legislador impõe a determinados direitos individuais, respaldado em expressa autorização constitucional. Os diversos sistemas constitucionais preveem diferentes modalidades de limitação ou restrição dos direitos individuais, levando em conta a experiência histórica e tendo em vista considerações de índole sociológica ou cultural.¹²⁸

Todavia, parece que o exercício dessa expressão individual de liberdade que é facultado por meio do direito à livre iniciativa somente terá sentido, ou somente será efetivo e concreto, se o indivíduo puder realizar trocas (seja de serviços ou produtos) e conquistar sua clientela sem concorrência desleal ou abuso do poder econômico. Ou seja: essas trocas somente serão possíveis a todos se houver um ambiente no qual a participação de todos esteja preservada, o que somente será viável se uma ordem concorrencial estiver estabelecida. Daí a necessidade de proteção da concorrência.

¹²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 101. Tribunal Pleno. Relatora Ministra Cármen Lúcia. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 24 jun. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>. Acesso em: 07 abr. 2014

Assim, na medida em que o direito à livre concorrência nada mais é do que uma tentativa de assegurar a livre iniciativa para todos, de modo que a livre iniciativa de um não impeça a livre iniciativa de outros¹²⁹, e que isso também é promover a dignidade humana, por meio da expansão de liberdades substantivas – no dizer de Amartya Sen, é possível afirmar que a livre concorrência é, também, um direito fundamental. Há, aqui, na realidade, a articulação de dois direitos muito nobres: a liberdade e a igualdade, ambos direitos fundamentais, não sendo razoável recusar a ideia de que o direito à livre concorrência é também um direito substancial, cujo exercício contribui para uma existência digna. Ainda na linha do pensamento seniano,

o crescimento econômico não pode sensatamente ser considerado um fim em si mesmo. [...] Expandir as liberdades que temos razão para valorizar não só torna nossa vida mais rica e mais desimpedida, mas também permite que sejamos seres sociais mais completos, pondo em prática nossas volições, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo.¹³⁰

E ainda, como observou Adam Smith, “a liberdade de troca e transação é ela própria uma parte essencial das liberdades básicas que as pessoas têm razão para valorizar”.¹³¹

Nesse ponto, para que não haja confusão com outro conceito apresentado anteriormente, é preciso deixar um pouco mais claro que a ideia de “concorrência como instituição”, ressaltada por Calixto Salomão Filho, não se confunde com o próprio direito à livre concorrência, sendo este um direito fundamental, nos termos aqui defendidos, e aquela, uma instituição garantida por uma “norma de proteção” (*Schutzgesetz*¹³²), ou, como denomina mais amplamente a doutrina, por uma garantia institucional¹³³, conforme será melhor explicitado a seguir.

¹²⁹ Trata-se da efetivação do primeiro princípio de justiça rawlsiano de “máximo de liberdade para cada um compatível com uma liberdade igual para todos”. A sociedade deve assegurar a máxima liberdade para cada pessoa compatível com uma liberdade igual para todos os outros.

¹³⁰ SEN, 2000, p. 29.

¹³¹ *Ibid.*, p. 21.

¹³² Normas cujo descumprimento pode ser lesivo tanto ao interesse coletivo como ao interesse individual. Presentes no direito ambiental e no direito concorrencial, essas normas passaram a ser qualificadas como protetoras de instituições, ou garantias institucionais, conceito que anteriormente existia apenas entre os constitucionalistas (SALOMÃO FILHO, 2013).

¹³³ Conforme definição colhida na doutrina de Paulo Bonavides (2011), “A garantia institucional visa, em primeiro lugar, assegurar a permanência da instituição, embargando-lhe a eventual supressão ou mutilação e preservando invariavelmente o mínimo de substantividade ou essencialidade, a saber, aquele cerne que não deve ser atingido nem violado, porquanto se tal acontecesse, implicaria já o perecimento do ente protegido” (p. 542). O constitucionalista brasileiro faz, ainda, referência à teoria de F. Klein, um dos constitucionalistas de Weimar, traduzida nos seguintes termos: “a essência, sentido e fim das garantias constitucionais consistem em que [...] os atos da *praxis* administrativa bem como a legislação ordinária do Reich e qualquer espécie de

Aqui é oportuno fazer uso, mais uma vez, do ensino de Calixto Salomão Filho, que, ao justificar sua concepção de que “o direito concorrencial visa primordialmente à defesa da instituição *concorrência*, e não à proteção do mercado”, defende que o termo *concorrência* não pode ser confundido com liberdade de mercado. Na verdade, segundo afirma, “ele tende justamente ao oposto, ou seja, a uma intervenção séria nas estruturas, de modo a impedir o domínio dos mercados pelas estruturas monopolísticas”.¹³⁴

Essa ideia, a propósito, encontra eco em outros autores, conforme é possível observar na referência que André Ramos Tavares faz à doutrina de Dimitri Dimoulis, para quem a livre concorrência

não deve ser vista como mera liberdade individual, como equivalente de liberdade dos agentes econômicos. O sentido coletivista conferido à livre concorrência não tem como objetivo manter a liberdade individual de cada um dos competidores, mas sim manter a instituição concorrencial nos patamares práticos desejados. É um ‘regime de garantia da concorrência’ (e não da liberdade dos concorrentes).¹³⁵

Todavia, se é certo que a livre concorrência “não deve ser vista como mera liberdade individual”, conforme salientado acima, não é menos certo que, pelo regime de economia de mercado estabelecido pela ordem constitucional econômica de 1988, o qual “gravita em torno da lei da oferta e da procura e não de uma economia planificada, em que os agentes econômicos são obrigados a seguir as diretrizes estatais”¹³⁶, a regra é a liberdade dos agentes, ao passo que a intervenção nas estruturas é a exceção. Daí o inciso IV do art. 170 referir-se à livre concorrência.

Diante da referida ideia, importa reconhecer que a liberdade de concorrência é, de fato, uma liberdade assistida, vigiada, sob intervenção. É, portanto, uma liberdade relativa, assim como o é a liberdade de iniciativa e comércio, conforme já mencionado anteriormente, o que não retira o conteúdo e implicações da ideia de liberdade do direito à livre concorrência. Se a concorrência deve ser entendida como processo de descoberta das melhores opções de mercado, e se a descoberta e opção pelas melhores possibilidades nada mais é do que exercício da liberdade, então não há como negar que a concorrência também possui, em sua *ratio essendi*, o elemento liberdade, estando ela, mesmo enquanto instituição, também a proteger e promover a dignidade humana.

legislação do Estado-membro são e devem ser considerados inadmissíveis e inconstitucionais na medida em que afetarem a essência da [...] instituição” (BONAVIDES, 2011, p. 542).

¹³⁴ SALOMÃO FILHO, 2013, p. 63.

¹³⁵ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2011, p. 258.

¹³⁶ BARROSO, 2014, on-line.

Nesse ponto, sobressai com clareza a aproximação da ideia de concorrência-instituição como processo de descoberta (ou de conhecimento), construída por Calixto Salomão Filho, com o conceito de desenvolvimento como liberdade, proposto por Amartya Sen. Quando Calixto propõe que o foco da proteção à concorrência se desloque da busca da eficiência econômica (critério econômico, portanto) para a viabilização da escolha e do acesso à informação (valores), aproxima-se da lição de Sen, pela qual o indivíduo livre é aquele que tem acesso às oportunidades e faz suas escolhas (oportunidades e escolhas, diga-se, que no âmbito da concorrência são viabilizadas tanto aos fornecedores quanto aos consumidores). Pela concorrência-instituição, importa que o indivíduo-fornecedor possa escolher a melhor forma de conduzir seu negócio (desde que dentro da licitude) e que o indivíduo-consumidor possa ter opções e informações sobre as mesmas, de forma a descobrir qual produto melhor atende suas necessidade.

Tem-se, assim, que a instituição concorrência possui existência separada dos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, apesar de com eles relacionar-se. A concorrência, enquanto instituição, concebida como espaço de viabilização, ao indivíduo, do conhecimento das opções de que dispõe, bem como da descoberta do que lhe é útil e necessário, só é viável se a iniciativa for livre, facultada e viabilizada a todos, e se a concorrência entre os fornecedores (de produtos ou serviços) também puder estabelecer-se em liberdade (onde os fornecedores têm oportunidades e fazem livremente suas escolhas quanto ao melhor modo de conquistar a clientela, ao passo que os consumidores têm informações e podem livremente optar pela oferta que melhor atende seus interesses), sem concorrência desleal ou abuso do poder econômico. Para ser viável, todavia, carece do olhar constante do Estado, *prestes a intervir se a ordem concorrencial estiver sob ameaça*.

A concorrência, enquanto instituição, a propósito, está sob a proteção de uma norma que se revela como garantia institucional, e está assentada no texto do §4º do art. 170 da Constituição Federal de 1988, o qual preconiza que “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Aqui é importante salientar que, a despeito de todo o esforço da doutrina nacional e estrangeira para distinguir direitos e garantias, a teoria das garantias institucionais não logrou “desfazer-se dos laços que a prendem aos direitos fundamentais”¹³⁷. O

¹³⁷ BONAVIDES, 2011, p. 543.

constitucionalista português Gomes Canotilho, citado por Paulo Bonavides, chega inclusive a referir-se ao “duplo caráter” de alguns direitos fundamentais providos de uma dimensão institucional nova, fazendo-o nos seguintes termos:

Na explanação feita a propósito dos direitos fundamentais foi salientado o duplo caráter de alguns direitos fundamentais (direito subjetivo e garantia institucional). Quer isto dizer que as normas referentes aos direitos fundamentais e às garantias institucionais estão estreitamente ligadas. Assim, por exemplo, a Constituição, ao mesmo tempo que reconhece como direito fundamental o direito de constituir família e de contrair casamento (art. 36, n. 1), assegura a proteção da família como instituição. O mesmo se diga da maternidade (art. 68), do ensino (art. 73) etc.¹³⁸

Na situação aqui exposta, o mesmo pode-se dizer da concorrência no contexto da Lei Fundamental de 1988, haja vista que ao mesmo tempo em que é possível defender que a Constituição consagra, ainda que não expressamente, um direito fundamental à livre concorrência (art. 170, inc. IV), assegura a proteção da concorrência como instituição (art. 170, §4º).

Paulo Bonavides faz ainda referência a uma edição mais recente da obra “Direito Constitucional”, de Gomes Canotilho, na qual esse afirma que “sob o ponto de vista da proteção jurídica constitucional, as garantias institucionais não garantem aos particulares posições subjetivas autônomas e daí a inaplicabilidade do regime dos direitos, liberdades e garantias”.¹³⁹

O próprio autor português, todavia, trata de salientar a existência de exceções à regra acima colacionada, as quais ocorrem quando a garantia institucional está “imbricada” com a garantia do direito fundamental. Cita, como exemplo, a proteção do direito de liberdade de imprensa, que é “praticamente indissociável da proteção da instituição imprensa livre”.¹⁴⁰

Finalmente, feitas essas considerações, aponta-se mais uma indagação de ordem prática. Estariam os direitos à livre iniciativa e à livre concorrência protegidos como cláusula pétrea? Em outras palavras, pode o legislador constituinte derivado chegar a deliberar sobre proposta de emenda tendente a abolir a livre iniciativa e a livre concorrência como princípios a serem observados pela ordem constitucional brasileira?

Como é sabido, a positivação dos direitos fundamentais no texto constitucional não foi uma iniciativa aleatória. Ela decorreu de uma já antiga constatação de que quem

¹³⁸ BONAVIDES, 2011, p. 544-545.

¹³⁹ CANOTILHO *apud Ibid.*, p. 545.

¹⁴⁰ *Id. apud Ibid.*, p. 545.

detém poder tende a dele abusar, inclusive o Estado-legislador. Preocupado com a proteção de alguns “núcleos imodificáveis”, as constituições brasileiras republicanas sempre excluíram determinadas matérias ou conteúdos da incidência do poder de reforma.¹⁴¹

A Constituição Federal de 1988 veio ampliar esse núcleo explicitamente imodificável por meio de emenda, determinando, em seu art. 60, §4º:

Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

Vê-se que a Constituição não faz, no dispositivo acima, uma referência expressa a direitos fundamentais. Estão elencados, na realidade, “os direitos e garantias individuais”, o que, a partir de uma análise meramente gramatical e estrita do dispositivo constitucional, poderia levar à conclusão de que apenas os direitos e garantias individuais previstos no art. 5º da Constituição comporiam o núcleo imutável do ordenamento jurídico, na qualidade de cláusulas pétreas. Nem mesmo os direitos sociais, previstos no Capítulo II do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, da Constituição Federal, estariam sob essa proteção – repita-se, em uma interpretação meramente gramatical e estrita do art. 60, inciso IV, §4º.

Na verdade, todavia, apesar de o Supremo Tribunal Federal ainda não haver afirmado de modo taxativo, pelo menos até a finalização do presente trabalho, que os direitos sociais devem ser considerados cláusulas pétreas, já houve manifestação no sentido que os direitos fundamentais são alcançados por essa proteção. Nesse sentido, colaciona-se trecho do voto-vista do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, proferido no julgamento da Extradicação 986/DF:

O constituinte reconheceu, ainda, que os direitos fundamentais são elementos integrantes da *identidade* e da *continuidade* da Constituição, considerando, por isso, ilegítima qualquer reforma Constitucional tendente a suprimi-los (art. 60, §4º). A complexidade do sistema de direitos fundamentais recomenda, por conseguinte, que se envidem esforços no sentido de precisar os elementos essenciais dessa categoria

¹⁴¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 69.

de direitos, em especial no que concerne à identificação dos âmbitos de proteção e à imposição de restrições ou limitações legais.¹⁴² (grifos do original).

Nessa esteira de pensamento, sendo, todavia, mais taxativo, George Marmelstein chega a afirmar, em consonância com a doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet, que

é possível afirmar que todos os direitos fundamentais – e não apenas os previstos no art. 5º – estão acobertados pela proibição de abolição pelo poder reformador, até porque esses direitos são potencialmente hábeis a gerar para os seus titulares pretensões subjetivas, sendo, portanto, capazes de se transformar em direitos individuais.¹⁴³

Para demonstrar que não apenas os direitos previstos no art. 5º, da Constituição Federal de 1988, são protegidos como cláusulas pétreas, George Marmelstein cita a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1946/DF, no qual se reconheceu que o direito de licença remunerada de 120 dias à gestante, apesar de ser um direito social, porquanto previsto no art. 7º, inc. XVIII, da Constituição Federal de 1988, pode se caracterizar como “direito individual” para fins de proteção contra a tentativa de revogação por meio de emenda constitucional, haja vista que essa seria

uma norma tão intimamente ligada ao princípio da igualdade que sua abolição seria “um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária” e, por isso mesmo, também a referida norma estaria abrangida pela cláusula de proteção do art. 60, §4º, inc. IV, da Constituição de 88.¹⁴⁴

Finalmente, é possível ainda mencionar a já referida decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 939/DF. Nesse *decisum*, que já alcança mais de 20 anos, a Suprema Corte admitiu a existência de direitos fundamentais não elencados dentro do Título II da Constituição ao decidir que o princípio da anterioridade, previsto no art. 150, inc. II, alínea “b”, da CF/88, é uma garantia individual do contribuinte e, como tal, deve ser protegido como cláusula pétrea. A essa seguiram-se várias decisões do STF reconhecendo que as imunidades tributárias também são direitos fundamentais a merecerem a proteção de cláusula pétrea.

Com efeito, diante da construção teórica aqui apresentada, que permitiu a conclusão de que os direitos à livre iniciativa e à livre concorrência podem ser considerados

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação 986-9 República da Bolívia. Tribunal Pleno. Relator Ministro Eros Grau. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 05 out. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=489856>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

¹⁴³ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 298-299.

¹⁴⁴ *Ibid.*, 2011, p. 301.

direitos fundamentais na ordem jurídica brasileira, ambos possuindo a vocação não apenas de promover o interesse coletivo, mas também de proteger uma necessidade individual (caracterizando-se, portanto, também como direito individual), defende-se que os mesmos devem ser resguardados como cláusula pétrea em nosso ordenamento jurídico, não podendo sofrer sequer a ameaça de exclusão por meio de emenda constitucional.

4 A NORMA REGULADORA DO ANTITRUSTE NO DIREITO BRASILEIRO

No início deste trabalho, ao tratar do conceito jurídico de políticas públicas no direito antitruste, identificou-se - dentre os planos de aproximação nos quais se relacionam governo, política e direito - o plano mesoinstitucional, no qual são feitos arranjos de disposições, regras e procedimentos que irão estruturar a ação governamental, bem como são identificadas as autoridades competentes para a concretização da política, no exercício das funções do Poder Público. Nesse mesmo plano ocorre o balizamento geral das condutas dos agentes privados envolvidos, quer sejam os protagonistas da política, quer sejam os seus destinatários. Assim, ao tratar da política antitruste no Brasil, é apropriado abordar o que estabelece sua norma reguladora na estruturação da ação governamental em defesa da concorrência e na fixação das autoridades competentes para o exercício desse mister.

4.1 Estrutura, competência e atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)

No contexto deste estudo, o plano de aproximação mesoinstitucional é o responsável pela estruturação e atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, tratando inclusive de sua competência, o que faz atualmente por meio da recente Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

4.1.1 Aspectos institucionais e atribuições do SBDC e do CADE

Como mencionado no primeiro capítulo, a Lei Malaia, como assim ficou conhecido o Decreto-Lei nº 7.666, de 1945, previa a criação *da* CADE (Comissão Administrativa de Defesa Econômica) como órgão administrativo federal encarregado de zelar pela observância da legislação de proteção à concorrência. Apesar de essa não ter sido a primeira legislação antitruste, seria a primeira vez que o Brasil teria um órgão especificamente com essa competência, a exemplo da experiência norte-americana, que, desde 1914, já havia criado a *Federal Trade Commission - FTC* com essa mesma função. Esse Decreto-Lei, todavia, foi revogado ainda no mesmo ano, em 29 de outubro, logo após a queda do então presidente Getúlio Vargas.

Quase duas décadas depois, mais precisamente com a promulgação da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962¹⁴⁵, a qual tinha por objeto regular e reprimir o abuso do poder econômico¹⁴⁶, é que foi criado um novo órgão administrativo federal estritamente incumbido dessa apuração e repressão, ao qual foi dado o nome de Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o CADE, com sede no Distrito Federal e jurisdição em todo o território nacional.

Paula A. Forgioni salienta que, durante a vigência da referida lei, ao contrário do que se possa pensar, não foi pequeno o número de averiguações preliminares a que se procedeu. Todavia, de 1962 até 1975, o CADE julgou apenas onze processos administrativos, e em apenas um houve condenação por abuso de poder econômico. Na maioria das vezes o denunciado foi absolvido por ausência de provas, fato esse que ressaltava diante da opinião pública a imagem de um CADE inoperante.¹⁴⁷

Ademais, ainda sobre a atuação do CADE na vigência da lei que o criou, interessa observar que, já àquela época, o órgão administrativo federal incumbido da defesa da concorrência sofria com a suspensão, pelo Poder Judiciário, dos efeitos de suas decisões, o que se dava normalmente nos mandados de segurança impetrados pelas empresas condenadas na esfera administrativa.

É possível que esse esvaziamento das decisões do CADE pelo Judiciário se desse, em parte, pelo fato de a Lei nº 4.137/62 haver desprezado o princípio do duplo grau de jurisdição, não havendo recurso administrativo de suas decisões. Conforme prelecionava Hely Lopes Meirelles acerca da mencionada lei de 1962, citado por José Inácio Gonzaga Franceschini e José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini,

¹⁴⁵ A promulgação desse diploma, de confessada inspiração e fonte histórica na análoga legislação norte-americana, finalmente separava a legislação antitruste dos dispositivos que tratavam da economia popular e do abastecimento.

¹⁴⁶ José Inácio Gonzaga Franceschini e José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini (1985) registram que o texto da Lei nº 4.137/62 basicamente adotou “figuras e princípios estabelecidos em quatro diplomas fundamentais do sistema jurídico antitruste dos EUA, a saber, a Lei Sherman, de 2 de julho de 1890, de iniciativa do Senador John Sherman; a Lei da Comissão Federal de Comércio, de 26 de setembro de 1914; a Lei Clayton, de 15 de outubro de 1914, proposta pelo Senador Henry de Lamar Clayton (e que segundo o Prof. G. W. Stocking, sobreveio como resposta à inadequação da anterior em obstar concentrações industriais e práticas monopolizadoras de mercados) e a Lei Robinson-Patman, que em 1936 complementou a anterior” (p. 2).

¹⁴⁷ Nas palavras de Paula A. Forgioni (2013), “Ao que tudo indica, a proporção elevada de absolvições no CADE, em relação aos processos efetivamente levados a julgamento, gerava uma certa revolta e crença na inoperatividade do órgão. Cf., por exemplo, todas as discussões que envolveram o Processo Administrativo 1, que teve como indiciadas a Associação Técnica Brasileira das Indústrias Automáticas de Vidros e suas associadas (absolvidas por falta de provas). Da mesma maneira, no Processo Administrativo 9, que teve como representada Indústrias Elétricas Brown Boveri S.A. (também este caso de grande repercussão pública), o CADE absolveu a representada, mais uma vez, por falta de provas” (p. 118).

A Lei instituidora do CADE não prevê qualquer recurso hierárquico de suas decisões. Essa anomalia, entretanto, não impede a revisão judicial de tais julgamentos que, embora provindos de um órgão colegiado, com funções ‘parajudiciais’ ou ‘quase-judiciais’, são sempre administrativos.^{148, 149}

Ao passo que a “auto-executoriedade” do poder de polícia da Administração Pública permite que ela decida e ela mesma execute suas decisões, sem necessidade de intervenção judicial para tanto, as deliberações do CADE não geravam coisa julgada propriamente dita, apesar de estarem sob o manto da preclusão. Por força do art. 48 e seguintes da Lei nº 4.137/62, as decisões do CADE somente poderiam ser executadas dentro de um processo judicial.

Transcreve-se, a seguir, o texto dos arts. 45 ao 48 para uma melhor compreensão do limite que a lei em referência traçava para a atuação do CADE na efetivação de suas decisões e o papel direto do Poder Judiciário na repressão aos abusos do poder econômico:

Art. 45. Os indiciados declararão, dentro de 10 (dez) dias, sua disposição ou não de realizar as providências ordenadas pelo CADE para que cessem, no prazo que lhes foi assinalado, o abuso do poder econômico apurado.

§ 1º No caso de recusa, o CADE requererá imediata intervenção.

§ 2º Declarando os indiciados que realizarão as providências ordenadas e findo o prazo a que se refere o artigo 43, o CADE procederá a investigações para verificar a cessação ou não do abuso do poder econômico apurado.

Art. 46. Apurada pelo CADE a cessação do abuso do poder econômico, os responsáveis assinarão um termo comprometendo-se a não reincidir, sob pena de nova multa, cujo limite é fixado no dôbro da incidência máxima prevista no art. 43.

Parágrafo único. No caso dessa reincidência ser específica, além do agravamento da multa, dar-se-á de imediato a intervenção.

Art. 47. Se os notificados não cumprirem as determinações do CADE, no prazo fixado, êste promoverá a execução judicial da decisão, requerendo a intervenção de uma, algumas ou tôdas as emprêsas.

Parágrafo único. Na execução da multa será adotado o rito processual das ações executivas por dividas fiscais.

¹⁴⁸ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. **Poder econômico: exercício e abuso.** Direito antitruste brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 1.

¹⁴⁹ Nesse tocante, os autores registram que a legislação antitruste norte-americana, na qual a Lei nº 4.137/62 buscou inspiração “com as modificações impostas pelas nossas condições econômicas e políticas”, expressamente consagrava a recorribilidade das decisões administrativas da *Federal Trade Commission* perante as Cortes de Apelação dos Estados Unidos (Justiça Federal), o que fazia nos seguintes termos: “Toda pessoa, sociedade ou empresa destinatária de uma ordem da Comissão para cessar e desistir de utilizar algum método de concorrência ou ato ou prática, pode obter revisão dessa ordem perante os Tribunais de Apelação dos EUA, em qualquer local onde os métodos de concorrência ou o ato ou a prática em questão foram utilizados ou realizados, ou onde referida pessoa, sociedade ou empresa resida ou pratique negócios, apresentando ao Tribunal, dentro de sessenta dias após a data em que for notificada da referida ordem, petição escrita requerendo que a ordem da Comissão seja anulada” (tradução livre do art. 5º, alínea ‘c’, da Lei da Comissão Federal de Comércio [*Federal Trade Commission*], com a redação dada pela Lei de 28 de agosto de 1958, art. 3º, alínea ‘b’, 72 Stat; 14 U.S.C. 45c)” (FRANCESCHINI, J. I.; FRANCESCHINI, J. L., 1985, p. 1). Os legisladores brasileiros, todavia, descartaram a adoção de qualquer sistema de recurso de suas decisões.

Art. 48. A intervenção será requerida ... (vetado) ... dentro de 10 (dez) dias a Juízo das Feitos da Fazenda Pública da sede das empresas incriminadas ou de uma, delas à escolha do CADE, se tiverem sedes diversas, em petição fundamentada com os requisitos enumerados no art. 158 do Código do Processo Civil, no que fôr aplicável.

Para efeitos executórios, quando José Inácio Gonzaga Franceschini e José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini referem-se à incompatibilidade do atributo da “coercibilidade” (também característico do poder de polícia, que permite a imposição coativa das medidas provenientes da Administração Pública) com as decisões do CADE, prelecionam que as deliberações do órgão de defesa da concorrência criado em 1962 “são equiparadas a laudos periciais”, demandando uma “solução obrigatoriamente judicial”.¹⁵⁰

A norma de regulação de defesa da concorrência que se seguiu – Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991 – criou a Secretaria Nacional de Direito Econômico - SNDE¹⁵¹, que viria a atuar em conjunto com o CADE, a ele dando suporte de pessoal e administrativo no intuito de otimizar o procedimento administrativo de apuração das práticas em violação à ordem econômica. À SNDE não competia impor medidas preventivas, mas tão somente proceder à instrução do processo administrativo, competindo ao CADE decidir quanto à aplicação de sanções.¹⁵²

Foi notável o aperfeiçoamento da qualidade técnica das decisões do CADE nesse período, no qual várias práticas prejudiciais à concorrência foram condenadas e voltou-se a falar na existência de uma “autoridade antitruste” no Brasil.

Todavia, a era moderna da política antitruste no Brasil somente iniciou-se em 1994, quando foi criado o que se convencionou chamar “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência” - SBDC, por meio da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, composto por 03 (três) órgãos: (i) o CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica¹⁵³, agora uma

¹⁵⁰ FRANCESCHINI, J. I.; FRANCESCHINI, J. L., 1985, p. 4.

¹⁵¹ Sua competência estava fixada, no artigo 1º da mencionada lei, nos seguintes termos: “Compete à Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), do Ministério da Justiça, apurar e propor as medidas cabíveis com o propósito de corrigir as anomalias de comportamento de setores econômicos, empresas ou estabelecimentos, bem como de seus administradores e controladores, capazes de perturbar ou afetar, direta ou indiretamente, os mecanismos de formação de preços, a livre concorrência, a liberdade de iniciativa ou os princípios constitucionais da ordem econômica”.

¹⁵² Nesse sentido, preconizava o art. 14 da Lei nº 8.158/91: “O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), criado pela Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, órgão judicante da estrutura do Ministério da Justiça, com as competências previstas no referido diploma e nesta lei, funcionará junto à Secretaria Nacional de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SNDE), que lhe dará suporte de pessoal e administrativo”.

¹⁵³ A competência do CADE foi fixada, em suma, nos seguintes termos: “Art. 7º. [...] II - decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei; III - decidir os processos instaurados pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça; [...] V - ordenar providências que

autarquia federal; (ii) a SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico, vinculada ao Ministério da Fazenda¹⁵⁴; e (iii) a SDE – Secretaria de Direito Econômico¹⁵⁵, do Ministério da Justiça.

Na doutrina antitruste, Paula A. Forgioni¹⁵⁶ diagnosticou de maneira bem objetiva os avanços promovidos pelo SBDC, sob a égide da lei que o criou, na implementação da política antitruste brasileira. Segundo a autora, foram eles:

(a) a consolidação do controle das concentrações empresariais: as leis antitruste anteriores já traziam a determinação de que as empresas que estivessem realizando atos de concentração submetessem os documentos correlatos à apreciação do CADE; todavia, como essa exigência não possuía qualquer regulamentação, era simplesmente ignorada pelas empresas. Com a entrada em vigor da Lei nº 8884/94 e a atuação mais profissional do SBDC, que passou a aplicar penalidades no caso de inobservância da mencionada obrigação, ainda no final da década de noventa essa exigência passou a ser cuidadosamente observada pelos interessados em atos de fusão e aquisição. Todavia, ainda não havia um sistema de notificação prévia. De qualquer forma, é interessante salientar, ainda, que foi possível o aprimoramento da análise dos atos de concentração com a adoção de procedimentos sumários, o que permitiu

conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar; [...] IX - requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções; [...] XII - apreciar os atos ou condutas, sob qualquer forma manifestados, sujeitos à aprovação nos termos do art. 54, fixando compromisso de desempenho, quando for o caso; [...] XIII - requerer ao Poder Judiciário a execução de suas decisões, nos termos desta lei; [...] XVII - responder a consultas sobre matéria de sua competência; XVIII - instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica;”

¹⁵⁴ Encarregada de elaborar pareceres técnicos sobre os aspectos econômicos das condutas ou dos atos de concentração levados à sua apreciação.

¹⁵⁵ A competência da SDE estava elencada no art. 14 da Lei nº 8.884/94, consistindo principalmente em: “[...] III - proceder, em face de indícios de infração da ordem econômica, a averiguações preliminares para instauração de processo administrativo; [...] V - requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções; VI - instaurar processo administrativo para apuração e repressão de infrações da ordem econômica; [...] VIII - remeter ao CADE, para julgamento, os processos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica; [...] XI - adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada, no caso de descumprimento; XII - receber e instruir os processos a serem julgados pelo CADE, inclusive consultas, e fiscalizar o cumprimento das decisões do CADE; XIII - orientar os órgãos da administração pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento desta lei; XIV - desenvolver estudos e pesquisas objetivando orientar a política de prevenção de infrações da ordem econômica; XV - instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica, e os modos de sua prevenção e repressão;”

¹⁵⁶ FORGIONI, 2013, p. 123.

que os atos de concentração que não apresentassem problemas concorrenciais fossem analisados e aprovados com uma maior celeridade.¹⁵⁷

(b) a consolidação do controle dos cartéis: apesar de há muito tempo a legislação brasileira condenar a prática de formação de cartel, até o início do ano 2000 ainda era pouco difundido, no seio do empresariado, o conhecimento sobre a ilicitude da prática. O programa de combate a cartéis do SBDC foi aperfeiçoado, por meio da introdução de poderes para a condução de buscas e apreensões, da criação de um programa de leniência, de inspeções (visitas a escritórios comerciais mediante aviso) e de técnicas judiciais computadorizadas. E, finalmente, com uma atuação mais técnica e eficiente do SBDC, vários cartéis foram investigados pela Secretaria de Direito Econômico – SDE e condenados pelo CADE, promovendo uma mudança na percepção dos agentes econômicos acerca da ilicitude da prática de ajustes com concorrentes. Na verdade, tornou-se, mesmo, digno de nota o componente da execução criminal. Como ocorre na maioria dos países, no Brasil, a prática de formação de cartel é condenada não apenas pela Lei Antitruste como também por leis criminais. Nesse último caso, são os Ministérios Públicos Federal e Estadual que, em trabalho conjunto com o SBDC, realizam a persecução penal de cartéis. O Brasil alcançou um avanço significativo nessa área, que, hoje, é referência no combate a cartéis na América Latina, sendo regularmente consultado pelos países vizinhos sobre a matéria.¹⁵⁸

(c) aumento do respeito institucional do Poder Judiciário pelo CADE: as investigações promovidas pela SDE e as decisões tomadas pelo CADE passaram a ter mais qualidade técnica, o que também viabilizou um trabalho mais eficaz por parte da Procuradoria Judicial do CADE junto ao Poder Judiciário. Pode-se dizer que aumentou o número de decisões do CADE que foram mantidas mesmo quando levadas à apreciação do Poder Judiciário, apesar de até hoje ainda ser considerável a quantidade de decisões revisadas judicialmente.¹⁵⁹

¹⁵⁷ O SBDC apresentava grave ineficiência na revisão de atos de fusão e aquisição, cujos procedimentos chegavam a consumir 70% dos recursos do Sistema e ainda atrasavam bastante. O procedimento sumário passou a ser aplicado a praticamente 90% dos atos de concentração apresentados ao SBDC, implicando a liberação de recursos para outros trabalhos, mormente o de combate a cartéis. Digno de nota, também, é o fato de que, demonstrando eficiência e possibilidade de celeridade na análise dos atos de concentração, a adoção do procedimento sumário facilitou a receptividade para a ideia de implementar o sistema de notificação prévia de fusões, desde que o Sistema dispusesse de recursos para operá-la de forma eficiente (ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICOS, 2010).

¹⁵⁸ ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICOS (OCDE). **Lei e política de concorrência no Brasil**: uma revisão pelos pares. Brasília, 2010, p. 80-81.

¹⁵⁹ O Plenário do Supremo Tribunal Federal deu uma espécie de “aval prévio” para as decisões do CADE quando indeferiu medida cautelar na ADIn 1094- 8/DF, na qual se questiona a constitucionalidade, dentre outros, do

Todavia, a despeito do ganho de eficiência na promoção da política de defesa da concorrência a partir da criação do SBDC, em 1994, ainda se fazia sentir a necessidade de alguns avanços institucionais que, gerando um aparato regulatório que fosse capaz de fazer frente à grande capacidade técnica dos agentes econômicos sujeitos à fiscalização, pudesse inspirar mais confiança e oferecer uma maior previsibilidade aos investidores, viabilizando um crescimento de longo prazo.

Postulava-se, dentre outras medidas, uma racionalização da atuação dos órgãos que compunham o SBDC, unificando suas atividades e agilizando a análise das condutas e atos de concentração levados ao conhecimento do CADE. Principalmente a demora na análise desses últimos contribuía para o aumento da incerteza dos agentes econômicos quanto ao planejamento que poderiam fazer de seus negócios na pendência da aprovação do ato de concentração.

Em fevereiro de 2010, no Fórum Global da Concorrência realizado em Paris, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC foi objeto de revisão pelos pares (*peer review*).¹⁶⁰ Pelo fato de reunir líderes de autoridades de defesa da concorrência de aproximadamente 80 jurisdições de todo o mundo, em uma oportunidade em que um país submete suas leis e políticas da concorrência a revisões conduzidas por outros membros da comunidade internacional, esse Fórum é visto como uma das mais ricas oportunidades de troca de experiência com vistas a promover a melhoria das práticas de concorrência de um país.

Havia a expectativa de que a análise e as recomendações dessa revisão pelos pares fossem úteis para o processo de reforma que se pretendia para o SBDC, o qual necessitava passar por uma racionalização e fortalecimento de suas atividades.¹⁶¹ Já eram identificados problemas do SBDC com a falta de pessoal, agravados pelo elevado índice de rotatividade dos

art. 65 da Lei nº 8.884/94, o qual determina que “O oferecimento de embargos ou o ajuizamento de qualquer outra ação que vise a desconstituição do título executivo não suspenderá a execução, se não for garantido o juízo no valor das multas aplicadas, assim como de prestação de caução, a ser fixada pelo juízo, que garanta o cumprimento da decisão final proferida nos autos, inclusive no que tange a multas diárias.” Muito foi argumentado no sentido de que essa exigência feria a garantia constitucional de acesso ao Poder Judiciário. O E.STF, todavia, não suspendeu sua eficácia. A propósito, a atual Lei Antitruste, de 2011, possui dispositivo praticamente com a mesma redação (art. 98).

¹⁶⁰ ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICOS (OCDE), 2010.

¹⁶¹ À época, já existiam propostas de alteração da Lei nº 8.884/94, visando ao aperfeiçoamento dos mecanismos de defesa da concorrência, a saber: o PL nº 3.937/2004, de autoria do deputado Carlos Eduardo Cadoca, e o PL nº 5.877/2005, de autoria do executivo, apensado ao primeiro, sendo que uma comissão especial da Câmara dos Deputados foi constituída, sob a relatoria do então deputado Ciro Gomes, para produzir uma proposta unificada.

funcionários, o que impedia que as três agências tivessem um corpo de pessoal permanente, implicando sempre um grande acúmulo de investigações e julgamentos pendentes e a existência de maiores obstáculos para a imposição de remédios estruturais pelo SBDC quando os atos de concentração fossem vistos como anticoncorrenciais pelo CADE.

Outro grande problema era, na verdade, bem antigo: a revisão das decisões do CADE pelo Poder Judiciário normalmente leva anos para galgar todas as fases processuais até ser concluída, situação que acaba frustrando a eficácia das decisões do CADE durante o tempo em que o processo encontra-se *sub judice*.

Ao final do Fórum, foram apresentadas as recomendações às autoridades antitruste brasileiras¹⁶², sendo a mais urgente a promulgação do projeto de lei que estava em tramitação no Congresso Nacional. As outras recomendações referiam-se, em suma: (a) à redução do acúmulo das investigações de condutas anticoncorrenciais, que ficavam a cargo da SDE; (b) a uma maior realização de acordos, tanto em casos de condutas como em atos de concentração, aumentando a efetividade das funções desempenhadas pelo SBDC e reduzindo o impulso dos agentes econômicos de buscar a tutela jurisdicional para fins de alteração das decisões das autoridades antitruste; (c) a uma maior cooperação entre os órgãos do SBDC e os Ministérios Públicos federal e estadual em processos criminais por prática de cartelização; (d) ao incremento da capacidade de exercício da advocacia da concorrência pelo SBDC; e (e) à busca por soluções mais eficazes para a questão referente aos litígios levados ao Poder Judiciário versando sobre decisões do CADE.

Quanto a essa última recomendação, um aspecto chama a atenção. O Fórum chegou a sugerir, inclusive, que, em uma perspectiva de longo prazo, fossem consideradas propostas de modificação do sistema judicial que pudessem dar uma maior celeridade à análise dos casos de defesa da concorrência, como, por exemplo, que questões versando sobre direito antitruste passassem a ser tratadas por juízes especializados. Quanto a isso, todavia, o Relatório do Fórum menciona que o SBDC buscou a Associação dos Juízes Federais do Brasil para conversar sobre a viabilidade da proposta nesse aspecto, mas o que foi respondido é que “o número de casos de defesa da concorrência ainda é muito pequeno para justificar juízes especializados”¹⁶³. Outrossim, no que diz respeito especificamente à revisão judicial de decisões proferidas pelo CADE (considerando-se que nem todos os litígios antitruste possuem esse propósito), tem-se que essa é realizada somente pela Justiça Federal do Distrito Federal

¹⁶² ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICOS (OCDE), 2010, p. 8.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 89.

(sede da autarquia federal) e, com o tempo, o esperado é que esse tribunal esteja mais familiarizado com o assunto.

Finalmente, em 2011, foi promulgado o novo marco regulatório da política antitruste brasileira, a Lei nº 12.529, em vigor desde 02 de junho de 2012. A nova Lei Antitruste praticamente não implementou mudanças no âmbito do direito material, havendo restado inalterados os critérios de aferição da ilicitude das práticas empresariais. As principais inovações ficaram por conta do ambiente institucional. O SBDC passou a ser composto por apenas dois órgãos: o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, sendo que essa última teve suas funções relativas ao antitruste bastante reduzidas, passando estritamente a “promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade” (art. 19), e ainda de forma não exclusiva, haja vista que um dos órgãos do CADE (a Superintendência-Geral) também ficou encarregado de “orientar os órgãos e entidades da Administração Pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento” da lei antitruste (art. 13).

Todavia, é interessante pontuar que, apesar da redução de suas funções relativas ao antitruste, a Lei nº 12.529/2011 atribuiu à SEAE o importante e estratégico papel de harmonizar a política de defesa da concorrência com as demais políticas públicas. Nesse sentido, foi-lhe imputada uma função de natureza predominantemente normativa, ficando responsável pela análise e adoção de normas setoriais. A SEAE analisa se e como medidas adotadas por outros setores do governo podem atingir o ambiente concorrencial de forma negativa, ficando responsável pelo exercício da chamada “advocacia da concorrência”¹⁶⁴ junto à Administração Pública, cujo objetivo é justamente eliminar ações governamentais inconsistentes com a política antitruste.

É que as ações governamentais, conforme observado por Magali Klajmic¹⁶⁵, tem o potencial de limitar ou mesmo causar prejuízo à concorrência se implementadas por legislações específicas que visem à proteção de outros bens jurídicos de interesse público sem qualquer harmonia com a política antitruste. A autora cita, a título de exemplo, leis que, direta

¹⁶⁴ A advocacia da concorrência (tradução literal de *Competition Advocacy*, termo utilizado nos Estados Unidos com o mesmo sentido aqui empregado) pode ser conceituada como “um conjunto de ações não decorrentes da aplicação direta (*enforcement*) da Lei de Defesa da Concorrência e que se referem à promoção de um ambiente econômico competitivo, tais como a análise de regras regulatórias que podem ter impacto sobre a concorrência, a revisão de medidas de comércio internacional que possam limitar a contestabilidade dos mercados domésticos, a análise concorrencial em processos licitatórios e a disseminação de uma ‘cultura da concorrência’” (BARBOSA, [s.d.], on-line).

¹⁶⁵ KLAJMIC, Magali. Política legal da concorrência. **Revista de Direito Econômico**, n. 27, Brasília, p. 79-94, jan.-jul. 1988, p. 90.

ou indiretamente, restringem a entrada de novos concorrentes no mercado, ou que acabam beneficiando alguns agentes econômicos de um dado setor sem que haja uma contrapartida proporcional, ou, ainda, desestimulam inovações, limitam a busca de uma atuação competitiva pelo empresariado, dentre outras.

Em 2007, quando a novel Lei Antitruste ainda não passava de um projeto de lei, o então secretário da SEAE já valorizava essa função de advocacia da concorrência¹⁶⁶, reconhecendo-a como primordial por viabilizar um “potencial ganho de bem-estar para a sociedade por intermédio do aumento da concorrência nos mais diversos setores, regulados ou não, e pela racionalização das normas e regras que o próprio Estado fixa”¹⁶⁷. Isso porque, observava ele, sempre há a possibilidade de que normas técnicas, requisitos ambientais, direitos antidumping, requisitos de segurança e de saúde, que visam a princípios absolutamente necessários e fundamentais de política pública, não sejam os mais adequados ou, até mesmo, sejam desproporcionais, em termos de custos para a sociedade, aos objetivos almejados.

Não é por outro motivo que, conforme observado por Magali Klajmic¹⁶⁸, não raro pareceres técnicos da Secretaria de Direito Econômico – SDE, quando ainda integrava o SBDC, e decisões do CADE, ainda na vigência da Lei nº 8.884/94, apontavam pontos de significativas divergências com a política antitruste nas normas e decisões de outros órgãos integrantes da Administração Pública.

Assim, finalmente essa nova atribuição da SEAE foi fixada pela Lei nº 12.529/2011 e, por sua importância, a ela esse órgão deve restringir sua atuação.¹⁶⁹ O art. 19 da mencionada lei assim elencou a abrangência desse mister:

¹⁶⁶ Até a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011, a competência para essa atuação, todavia com uma menor abrangência, recaía sobre o Plenário do CADE e a Secretaria de Direito Econômico – SDE, conforme se depreende, respectivamente, da leitura dos incisos X e XVII do art. 7º e incisos XIII e XIV do art. 14 da Lei nº 8884/94.

¹⁶⁷ BARBOSA, [s.d.], on-line.

¹⁶⁸ KLAJMIC, 1998, p. 90.

¹⁶⁹ Nos Estados Unidos, a advocacia da concorrência junto à Administração Pública é exercida pelo *Department of Justice* (DOJ) e pela própria *Federal Trade Commission* (FTC), e busca prevenir ou reduzir o reflexo de ações governamentais danosas ao funcionamento do mercado ou diretamente ao consumidor. Segundo informa Magali Klajmic, o *Department of Justice* (DOJ), órgão da Administração Pública direta norteamericana, emite pareceres e estudos que são utilizados nas revisões de leis e na formulação de políticas como forma de influenciar as ações governamentais setoriais a compatibilizarem-se com a promoção e defesa da concorrência e do consumidor. A *Federal Trade Commission* (FTC), por sua vez, é agência autônoma, e possui um setor especializado em *Competition Advocacy*, em nível federal, apoiado por dez escritórios regionais. Tanto o *Department of Justice* (DOJ) como a *Federal Trade Commission* (FTC) têm a atribuição de informar aos órgãos governamentais, por meio de pareceres técnicos, os efeitos positivos e/ou negativos que

Art. 19. Compete à Secretaria de Acompanhamento Econômico promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade cabendo-lhe, especialmente, o seguinte:

I - opinar, nos aspectos referentes à promoção da concorrência, sobre propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidos a consulta pública pelas agências reguladoras e, quando entender pertinente, sobre os pedidos de revisão de tarifas e as minutas;

II - opinar, quando considerar pertinente, sobre minutas de atos normativos elaborados por qualquer entidade pública ou privada submetidos à consulta pública, nos aspectos referentes à promoção da concorrência;

III - opinar, quando considerar pertinente, sobre proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional, nos aspectos referentes à promoção da concorrência;

IV - elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitada pelo Cade, pela Câmara de Comércio Exterior ou pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça ou órgão que vier a sucedê-lo;

V - elaborar estudos setoriais que sirvam de insumo para a participação do Ministério da Fazenda na formulação de políticas públicas setoriais nos fóruns em que este Ministério tem assento;

VI - propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal que afetem ou possam afetar a concorrência nos diversos setores econômicos do País;

VII - manifestar-se, de ofício ou quando solicitada, a respeito do impacto concorrencial de medidas em discussão no âmbito de fóruns negociadores relativos às atividades de alteração tarifária, ao acesso a mercados e à defesa comercial, ressalvadas as competências dos órgãos envolvidos;

VIII - encaminhar ao órgão competente representação para que este, a seu critério, adote as medidas legais cabíveis, sempre que for identificado ato normativo que tenha caráter anticompetitivo.

Pode-se, assim, afirmar que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC está em uma nova fase de implementação da política antitruste, com uma preocupação cada vez maior na promoção da advocacia da concorrência. Há de reconhecer-se que esse se trata de um poderoso instrumento de conscientização, não apenas junto à Administração Pública como também junto à sociedade, dos valores da cultura concorrencial. A experiência dos Estados Unidos, país de atuação paradigmática na promoção da concorrência, com a sua *Competition Advocacy*, certamente tem muito a ensinar às autoridades constituídas na SEAE na gestão das atividades voltadas à eliminação das ações governamentais que estejam em desarmonia com a política antitruste. O objetivo é que a visão pró-concorrencial passe a fazer parte, de forma cada vez mais arraigada e consciente, das decisões políticas e econômicas do setor público como um todo, de modo a harmonizar a valorização dos direitos fundamentais à

um determinado projeto de lei ou regulação pode causar à política da concorrência e/ou à defesa dos consumidores. (KLAJMIC, 1998).

livre iniciativa e à livre concorrência com a concretização dos objetivos das demais políticas públicas.

Prosseguindo na abordagem à nova estrutura do SBDC, tem-se que, por sua vez, a Secretaria de Direito Econômico – SDE, que antes fazia parte do SBDC, deixou de ter qualquer função na área antitruste¹⁷⁰, havendo o CADE incorporado suas atividades nesse âmbito, tudo com vistas a simplificar os trâmites burocráticos e agilizar a análise dos atos de concentração. O CADE, portanto, passou a ser responsável tanto pela instrução dos processos como pelo julgamento dos atos. Daí porque a nova lei vem sendo também chamada de a “Lei do Super CADE”.

Para realizar todas as atividades que lhe foram atribuídas pela Lei nº 12.529/2011, o CADE agora possui uma nova estrutura organizacional, sendo composto por três órgãos: (i) o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; (ii) a Superintendência-Geral; e (iii) o Departamento de Estudos Econômicos. Ao primeiro foram atribuídas as funções judicantes, ao passo que a Superintendência-Geral assumiu o escopo de investigar e instruir os atos a serem apreciados pelo Tribunal Administrativo (o que antes era função da SDE). Por fim, ao Departamento de Estudos Econômicos coube a função de elaborar os estudos e pareceres econômicos para que as decisões do órgão sejam dotadas de rigor e atualização técnica (o que antes era desempenhado pela SEAE).

Dentre as inovações institucionais proporcionadas, para cumprir com eficiência todas as funções que agora recaem sobre o “Super CADE”, duas merecem especial atenção: (a) o CADE teve seus poderes de investigação consideravelmente aumentados, se comparados ao disposto na Lei nº 8.884/94; e (b) houve um aumento na disponibilização de recursos humanos para o SBDC, tendo sido criados duzentos cargos de Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental para exercício na Secretaria de Acompanhamento Econômico e, prioritariamente, no CADE (art. 121). Os cargos serão, todavia, providos gradativamente, observados os limites e a autorização específica da lei de diretrizes orçamentárias. De qualquer forma, conforme já salientado no primeiro capítulo, isso já foi o reflexo do prestígio que tem sido dado à efetivação da política antitruste no Brasil.

Porém, a novidade trazida pela Lei nº 12.529/2011 que recebeu maior evidência na doutrina e na mídia foi, sem dúvida, a que fixou a obrigatoriedade da apresentação prévia

¹⁷⁰ Frise-se que esse fato, todavia, não implicou sua extinção. A Secretaria de Direito Econômico, vinculada ao Ministério da Justiça, continua atuante; apenas não exerce mais qualquer função na política antitruste.

dos atos de concentração ao CADE. Agora, as empresas interessadas em firmar atos de concentração econômica devem apresentá-los para a prévia aprovação administrativa pelo CADE, sem o quê suas operações não podem ser consumadas, sob pena de nulidade, sendo-lhes ainda aplicada multa pecuniária e aberto processo administrativo em face das empresas envolvidas (art. 88, §3º).

4.1.2 Mecanismos de controle: controle de conduta e controle de estrutura

A Lei Antitruste destaca três vertentes de atuação para o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, na implementação da política de defesa da concorrência: (i) a promoção da harmonização da política antitruste com as demais políticas de equilíbrio econômico, da qual a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE ficou encarregada; (ii) a apuração e repressão às condutas que possam restringir ou prejudicar o livre confronto das forças reguladoras de mercado, sob a responsabilidade do CADE; e (iii) o controle das estruturas de mercado para desestimular ou inibir o aparecimento de condutas anticompetitivas, também sob a incumbência do CADE.

Tendo em vista que o tema da advocacia da concorrência já foi tratado acima, a abordagem agora estará adstrita às outras duas vertentes de atuação do SBDC.

4.1.2.1 Controle de conduta

No controle das condutas anticompetitivas, o CADE exerce uma função repressiva. Nesse tocante, importa salientar, mais uma vez, que o que a política antitruste tenta reprimir não é o poder econômico em si, ou a sua busca pelos agentes econômicos, mas o uso abusivo desse poder, o qual gera, potencial ou efetivamente, efeitos de domínio de mercado, limitação ou prejuízo à concorrência e aumento arbitrário dos lucros. Aqui, releva observar que o próprio §1º do artigo 36, da Lei nº 12.529/2011, afasta o caráter de ilicitude da dominação de mercado relevante que se dê por meio da eficiência competitiva do agente econômico em relação a seus concorrentes.

Pela Lei Antitruste brasileira, para que uma prática seja considerada infração à ordem econômica, não é necessário que seja configurada a culpa dos agentes envolvidos, ou mesmo que o resultado anticoncorrencial seja alcançado (art. 36, *caput*). É suficiente que reste configurado seu potencial de causar efeitos danosos à concorrência.

Na Lei nº 12.529/2011, esses efeitos tidos por indesejáveis estão elencados em seu art. 36, a saber, os que tenham por objetivo ou possam: “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”.

Já as práticas ilícitas estão tratadas no §3º mesmo artigo 36¹⁷¹ e ali não se apresentam como um elenco taxativo, mas meramente exemplificativo e norteador da ideia do que pode ser entendido como uma prática anticoncorrencial.

Nesse ponto, interessante salientar que a Lei Antitruste atual, a exemplo de suas antecessoras e na contramão das leis norte-americanas, ao realizar o controle das condutas, não utiliza o sistema de enquadramento dos ilícitos *per se*, de sorte que as condutas elencadas no §3º do artigo 36 apenas são consideradas infrações na medida em que gerem algum ou alguns dos efeitos mencionados no *caput* do mesmo artigo.

¹⁷¹ “§3º. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no *caput* deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa; VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros; VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição; IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros; X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais; XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los; XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia; XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo; XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção; XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada; XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.”

Isso porque, na compreensão do legislador e das autoridades antitruste brasileiras, as experiências nacionais e internacionais revelam a necessidade de se levar em conta o contexto específico em que cada prática ocorre e a sua razoabilidade econômica. Isso significa levar em consideração não apenas os custos decorrentes do impacto da conduta, como também todo o conjunto de eventuais benefícios dela decorrentes de modo a permitir a apuração de seus efeitos líquidos sobre o mercado e o consumidor, conforme será melhor esclarecido a seguir.

Com efeito, pelo direito antitruste brasileiro, nenhuma conduta é em si ilegal, devendo sempre ser analisada à luz de seus efeitos sobre a concorrência. Essa necessidade de análise no caso a caso é satisfeita pela adoção da chamada “regra da razão” ou “princípio da razoabilidade”, pela qual é feita a ponderação dos efeitos da conduta sobre a ordem concorrencial vis-à-vis os potenciais impactos anticompetitivos dessa mesma conduta, concluindo que, se as eficiências econômicas derivadas da prática restritiva sob análise compensarem seus efeitos anticompetitivos, essa prática estará gerando eficiências líquidas e, portanto, não merecerá sofrer reprimenda pela autoridade antitruste.

O relatório elaborado pela Comissão Especial de Defesa da Concorrência, na tramitação do projeto de lei que originou a nova Lei Antitruste, já fazia observar que o art. 31 do projeto de autoria do Deputado Carlos Eduardo Cadoca (que correspondente ao *caput* e incisos do art. 36 da lei aprovada) seria o comando legal a ser utilizado de forma mais direta pelo aplicador. Inclusive, foi justamente em virtude dessa subsidiariedade, e para reforçar tal conexão, que a descrição das condutas infrativas correspondem, hoje, a um parágrafo do artigo que trata dos efeitos anticoncorrenciais, reforçando a ideia de que a conduta somente será considerada ilegal após ser analisada à luz de seus efeitos sobre a concorrência (incisos do *caput* do art. 36 da Lei).¹⁷²

Assim, a adoção da regra da razão pela Lei Antitruste brasileira, na análise dos efeitos das condutas potencialmente anticompetitivas, implica dizer que não poderão ser consideradas infração à ordem econômica as condutas que

promoverem a eficiência econômica e o bem-estar dos consumidores, e cujos benefícios, cumulativamente, não possam ser obtidos de outro modo que implique menores restrições ou prejuízos à livre concorrência e compensem as restrições

¹⁷² **RELATÓRIO do Projeto de Lei nº 3.937**, de 2004. Disponível em: <www.camara.gov.br/sileg/integras/518696.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2014.

causadas à livre concorrência, devendo ser compartilhados entre os seus participantes e os consumidores ou usuários finais.¹⁷³

Em junho de 1999, sob a presidência de Gesner Oliveira, o CADE publicou a Resolução n° 20^{174,175}, a qual veio dispor, de forma complementar, sobre o processo administrativo visando especificamente ao controle de condutas. Com clara e assumida inspiração nas *Merger Guidelines* do Departamento de Justiça norte-americano, a Resolução n° 20 traz, em seus dois anexos, as diretrizes que o órgão antitruste deve observar na análise das práticas comerciais restritivas.

O Anexo I apresenta definições e classificações relativas às práticas anticoncorrenciais, sem todavia exaurir o universo de práticas que, em determinadas circunstâncias, podem ser consideradas como infração à ordem econômica. Ali são conceituadas as chamadas práticas restritivas horizontais¹⁷⁶ e práticas restritivas verticais¹⁷⁷, bem como as situações¹⁷⁸ mais comuns de cada uma.

Pelo caráter ilustrativo do comentário, o qual evidencia o viés econométrico de que se revestem as análises procedidas pelo órgão antitruste, transcreve-se a observação que o mencionado Anexo I faz acerca do exame da prática de preços predatórios, espécie de prática restritiva horizontal:

4. Preços predatórios: prática deliberada de preços abaixo do custo variável médio, visando eliminar concorrentes para, em momento posterior, poder praticar preços e lucros mais próximos do nível monopolista.

¹⁷³ RELATÓRIO do Projeto de Lei n° 3.937, de 2004, p. 01.

¹⁷⁴ BRASIL. Ministério da Justiça. **Resolução n° 20, de 09 de junho de 1999**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2020,%20de%209%20de%20junho%20de%201999.pdf>>. Acesso em: 02 mai. 2014.

¹⁷⁵ Essa resolução foi parcialmente revogada, em 28 de março de 2007, pela Resolução n° 45, a qual aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e deu outras providências. O conteúdo de seus anexos, todavia, continua a ser observado.

¹⁷⁶ “As práticas restritivas horizontais consistem na tentativa de reduzir ou eliminar a concorrência no mercado, seja estabelecendo acordos entre concorrentes no mesmo mercado relevante com respeito a preços ou outras condições, seja praticando preços predatórios. Em ambos os casos visa, de imediato ou no futuro, em conjunto ou individualmente, o aumento de poder de mercado ou a criação de condições necessárias para exercê-lo com maior facilidade.” (BRASIL, 1999, p. 2).

¹⁷⁷ “As práticas restritivas verticais são restrições impostas por produtores/ofertantes de bens ou serviços em determinado mercado (‘de origem’) sobre mercados relacionados verticalmente – a ‘montante’ ou a ‘jusante’ – ao longo da cadeia produtiva (mercado ‘alvo’).” (BRASIL, 1999, p. 3).

¹⁷⁸ Dentre as práticas restritivas horizontais, as situações mais comuns são os cartéis ou outros acordos entre empresas, os ilícitos de associações profissionais e a prática de preços predatórios. Já entre as práticas restritivas verticais, a Resolução aponta como condutas mais comuns, ainda que outras sejam possíveis, a fixação de preços de revenda, o estabelecimento de restrições territoriais e de base de clientes, os acordos de exclusividade, a recusa de negociação, a venda casada e a discriminação de preços, sendo que o que deve ser entendido por cada uma está ali também definido.

O exame desta prática requer análise detalhada das condições efetivas de custos e do comportamento dos preços ao longo do tempo, para afastar a hipótese de práticas sazonais normais ou de outras políticas comerciais da empresa, além da análise de comportamento estratégico, avaliando-se as condições objetivas de ganhos potencialmente extraordinários posteriores suficientemente elevados e capazes de compensar as perdas decorrentes das vendas abaixo do custo.¹⁷⁹

O Anexo II, por sua vez, contém os “critérios básicos na análise de práticas restritivas”, descrevendo a sequência dos aspectos que devem ser observados, os quais aqui serão descritos também no intuito de demonstrar que as análises procedidas pelos órgãos do CADE (ou, agora, mais precisamente, pelo Departamento de Estudos Econômicos) utilizam-se de uma técnica econômica bastante específica. São esses os “passos básicos”:

1) Caracterização da conduta: a. identificação da natureza da conduta e definição de seu enquadramento legal; e b. verificação da existência de evidências suficientes da conduta nos autos;

2) Análise da posição dominante: a. delimitação do(s) mercado(s) relevante(s)¹⁸⁰; b. estimativa das participações no conjunto das empresas no(s) mercado(s) relevante(s); c. análise das condições concorrenciais, efetivas e potenciais (barreiras à entrada), no(s) mercado(s) relevante(s)¹⁸¹;

¹⁷⁹ BRASIL, 1999, p. 3.

¹⁸⁰ Entende-se por mercado relevante o efetivo espaço da concorrência, o qual possui dimensões clássicas, a saber, geográfica e de produto. Há, todavia, quem ainda identifique uma dimensão temporal. Entre eles, Del Chiaro (1995). Segundo informação de Magali Klajmic (1988), “A legislação da Comissão Europeia define mercado relevante, nos seus dois aspectos, produto e geográfico, considerando mercado relevante de produto aquele que abrange todos os produtos tidos como intercambiáveis ou substituíveis pelo consumidor, por suas características próprias, seus preços e o uso pretendido; e considera mercado relevante geográfico aquela área na qual as empresas interessadas estão atuando na oferta e demanda dos produtos ou serviços, em condições de concorrência suficientemente homogêneas e claramente distinguíveis em suas diferenças das áreas vizinhas” (p. 90).

¹⁸¹ No cálculo do grau de concentração do(s) mercado(s) relevante(s), normalmente são utilizados o índice de Herfindahl-Hirschman (HHI) ou os índices “Ci”, que medem a participação percentual das “i” maiores empresas do mercado relevante. Diz-se que não existe um índice melhor ou pior para um ou outro país. O que a autoridade antitruste deve fazer é ser cautelosa em sua interpretação dos resultados, como deve acontecer em toda aplicação estatística, cuidando de compreender o significado técnico do índice adotado e suas inevitáveis limitações (BRASIL, 1999, p. 9). Segundo informa Calixto Salomão Filho (2013), a utilização do HHI como critério de identificação das situações potencialmente danosas permite uma avaliação da situação do mercado como um todo, e não apenas das empresas que estão se concentrando. Ele é constituído pela soma dos quadrados das participações de todas as firmas no mercado. Seu máximo, portanto, é 10.000 pontos para o mercado totalmente monopolizado (situação em que uma única firma detém 100% do mercado). É utilizado o quadrado das participações, e não apenas o valor simples, justamente para potencializar e dar maior importância relativa àquelas participações mais elevadas. As *Merger Guidelines* americanas de 1984 e 1992, por exemplo, adotam o HHI como forma de medição da concentração do mercado. Segundo os critérios ali estabelecidos, índices de até 1.000 pontos representam mercados não concentrados; índices entre 1.000 e 1.800 pontos representam mercados moderadamente concentrados; e índices de mais de 1.800 pontos indicam mercados altamente concentrados.

3) Análise da conduta específica: a. avaliação dos danos anticoncorrenciais da conduta sobre este(s) (ou outros) mercado(s); b. exame de possíveis ganhos de eficiência econômica e outros benefícios gerados pela conduta; c. avaliação final (ponderação) dos efeitos anticompetitivos e das eficiências econômicas da conduta.

Enfim, tem-se que o artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 trata dos tipos de infração à ordem econômica que não estão relacionados a atos de concentração e sujeita os responsáveis pela prática da infração às penalidades previstas no Capítulo III da Lei, que vão desde penas pecuniárias¹⁸² a penalidades de outra natureza, como, por exemplo, a) a publicação da decisão condenatória em jornal indicado pelo CADE; b) a proibição de contratar com instituições financeiras e participar de licitações; c) a proibição de exercer o comércio; d) a recomendação aos órgãos públicos competentes para que seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito; e) a determinação da cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade; ou f) qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

Há, ainda, a possibilidade de o CADE, em qualquer fase do inquérito administrativo para apuração de infrações ou do processo administrativo para imposição de sanções por infrações à ordem econômica, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado cause ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação (art. 84), a qual equivale a uma decisão liminar antes do exame do mérito.

Do mesmo modo, o CADE pode, também, propor à parte infratora um compromisso de cessação da prática (art. 85), uma outra medida a ser tomada também visando à rápida normalização das relações de mercado, sendo que, nesse caso, se dá por ato voluntário dos representados, constituindo-se em mais um indicativo da orientação legal de

¹⁸² “Art. 37. [...] I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais); III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.”

priorizar a pronta restauração da efetiva concorrência em detrimento da ideia de persecução e punição aos infratores.

4.1.2.2 Controle de estrutura

Pode-se afirmar, partindo de uma perspectiva histórica mundial, que o chamado controle de estruturas de mercado, também conhecido como controle de concentrações, remonta ao início do século XX, quando, nos Estados Unidos, foi editado o já mencionado *Clayton Act*, o qual sofreu dois aditamentos, nos anos de 1950 e 1976, até assumir sua conformação atual e servir de parâmetro para a maioria dos países que decidiram implementar uma política antitruste, a exemplo do Brasil.

Essa espécie de regulação estatal tem, em sua gênese norte-americana, uma fundamentação econômica bem clara, a saber, a compreensão de que os efeitos nocivos ao bem-estar decorrentes do exercício do poder de mercado pelos agentes econômicos estão intimamente ligados à estrutura de mercado em que esses agentes atuam.

Herbert Hovenkamp relata que, desenvolvido por Joe S. Bain, talvez o mais importante economista a contribuir para a política antitruste norte-americana da década de 1950, o modelo Estrutura-Condução-Desempenho (ECD) tem sido uma das proposições mais submetidas a testes em toda a teoria da organização industrial. Sobre esse tema, ensina ele que:

The S-C-P paradigm argued that certain industry structures, particularly high concentration accompanied by high entry barriers, dictate that the firms in that industry will engage in certain kinds of conduct, such as oligopoly behavior. This behavior would then lead to poor economic performance, namely, reduced output and monopoly prices.

An important and widely accepted corollary of the S-C-P- paradigm was that one could improve performance by regulating structure. Trying to regulate conduct directly is fruitless, because the underlying structure dictates the conduct. But regulating the structure directly makes regulation of the conduct unnecessary. In sum, the S-C-P paradigm represents the extreme in antitrust *structuralism*. As a matter of logic, if S entails C and C entails P, the S entails P and C drops out. One can infer the quality of performance from the structure alone.¹⁸³

Nesse sentido, foi firmado o entendimento de que a atuação estatal preventiva seria capaz de impedir a realização de operações que poderiam implicar concentração

¹⁸³ HOVENKAMP, 2011, p. 42-43.

econômica com potencial de contribuir para o exercício de poder de mercado e para a consequente produção de efeitos prejudiciais ao bem-estar.

É, então, por meio do controle de estrutura que o CADE exerce sua função preventiva. Na atual Lei Antitruste brasileira, esse controle encontra fundamento em seu artigo 88, o qual proíbe que as empresas realizem atos de concentração¹⁸⁴ “que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços” (§5º). A Lei, todavia, cuida de ressaltar aqueles que respeitem os limites estritamente necessários para, cumulada ou alternativamente, aumentar a produtividade ou a competitividade, melhorar a qualidade de bens ou serviços, ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico, cuidando, ainda, de repassar aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes (§6º). Está anunciado, assim, que também no controle dos atos de concentração econômica, a autoridade antitruste fará uso da regra da razão, pela qual os potenciais efeitos nocivos à concorrência deverão ser contrastados com as eficiências geradas.

Para tanto, utiliza-se largamente da teoria econômica que está arraigada na legislação antitruste brasileira e na jurisprudência formada pelo CADE, segundo a qual, em suma, existem três tipos de atos de concentração econômica: (i) horizontais, que são aqueles realizados por agentes econômicos que se encontram no mesmo nível de uma cadeia industrial, e que deveriam guardar entre si uma relação de concorrência, como, por exemplo, o cartel; (ii) verticais, que são aqueles em que os agentes econômicos envolvidos pertencem à mesma cadeia industrial, mas não se encontram no mesmo nível; e (iii) de colaboração ou cooperação, que são aqueles implementados por agentes econômicos que não pertencem à mesma cadeia industrial, não guardando qualquer relação horizontal ou vertical entre si.

Diante da necessidade de serem estabelecidos princípios comuns, para a sistematização e o aprofundamento da análise dos atos de concentração econômica horizontal, de forma a proporcionar maior segurança jurídica aos agentes privados, assim como transparência e celeridade aos respectivos procedimentos administrativos, a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda e a Secretaria de Direito Econômico

¹⁸⁴ Os atos de concentração podem, na perspectiva jurídica, estar revestidos dos mais diversos formatos e modalidades societárias, como fusões, incorporações, *joint ventures*, cisões, aquisições de participação acionárias (minoritária ou majoritária), consórcios, acordos de cooperação, alienação ou cessão de bens intangíveis como *know-how*, direitos de propriedade intelectual etc. (GABAN; DOMINGUES, 2012).

do Ministério da Justiça, em agosto de 2001, publicaram a Portaria Conjunta SEAE/SDE n° 50, a qual estabeleceu o “Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal”, também com forte inspiração nas *Merger Guidelines* do Departamento de Justiça norte-americano, a exemplo da já mencionada Resolução CADE n° 20. Na prática, trata-se de um instrumento de aplicação da regra da razão, sem possuir, todavia, qualquer caráter vinculante – trata-se apenas de uma orientação. Outrossim, apesar de a Portaria Conjunta SEAE/SDE n° 50 referir-se a integrações horizontais de empresas, ela mesma salienta que os princípios lógicos que reúne podem ser utilizados, desde que devidamente adaptados, também em casos de análise de concentração que envolvem agentes econômicos consumidores de um mesmo bem ou serviço.

O procedimento para a análise dos atos de concentração (que antes era adotado pela SEAE e SDE, hoje ficando a cargo da Superintendência-Geral) observará cinco etapas principais:

Etapa I : Definição de mercado relevante.

Etapa II: Determinação da parcela de mercado sob controle das empresas requerentes. Os atos que não gerarem o controle de uma parcela de mercado suficientemente alta obterão parecer favorável, sendo dispensável a continuação da análise. Os demais serão objeto de análise nas etapas subsequentes.

Etapa III: Exame da probabilidade de exercício de poder de mercado. Quando não for provável o exercício do poder de mercado, a concentração receberá parecer favorável. Quando for provável o exercício do poder de mercado, a concentração será objeto de investigação na Etapa IV.

Etapa IV: Exame das eficiências econômicas gerados pelo ato.

Etapa V: Avaliação da relação entre custos e benefícios derivados da concentração e emissão de parecer final. Quando as eficiências forem iguais ou superiores aos custos (efeito líquido não-negativo), será emitido parecer favorável à concentração. Quando as eficiências forem inferiores aos custos, a concentração será proibida ou terá condicionada a sua aprovação à adoção de medidas consideradas necessárias.

A propósito, vê-se que a influência da Escola de Chicago, com seu foco no estabelecimento de eficiências econômicas, dá-se de forma ampla e profunda sobre as análises procedidas pelos órgãos encarregados da defesa da concorrência no Brasil. Essa percepção

torna-se inquestionável ao fazer-se a leitura da “Visão Geral” da Portaria Conjunta SEAE/SDE n° 50:

10. A defesa da concorrência não é um fim em si, mas um meio para se criar uma economia eficiente e preservar o bem-estar econômico da sociedade. Em uma economia eficiente os consumidores dispõem da maior variedade de produtos pelos menores preços possíveis. Em tal contexto, os indivíduos desfrutam de um nível máximo de bem-estar econômico.

11. Os atos de concentração entre empresas podem produzir efeitos positivos e negativos sobre o bem-estar econômico. As concentrações podem, ao diminuir o número de participantes no mercado, facilitar a adoção de condutas anticompetitivas (aumento de preços, redução da qualidade, diminuição da variedade ou redução das inovações). Entretanto, os atos de concentração, na medida em que proporcionem vantagens competitivas para as empresas participantes (economias de escala, economias de escopo e redução dos custos de transação, entre outros), podem também aumentar o bem-estar econômico.

12. Nesse contexto, não é possível definir, em princípio, se concentrações econômicas afetam positiva ou negativamente o bem-estar econômico. Para se saber qual o efeito de um ato de concentração, é necessária a análise específica de cada caso. A compreensão de que os atos de concentração envolvem potencialmente efeitos negativos e positivos e que, por isso, não podem ser *per se* aprovados ou reprovados, encontra-se consagrada na lei de defesa da concorrência, pela exigência da ponderação das eficiências de cada ato vis-à-vis seus efeitos negativos, nos termos dos §§1º e 2º do art. 54 [da Lei n° 8.884/94].

13. Critério Geral. Se, por um lado, o exercício do poder de mercado reduz o bem-estar econômico, os eventuais incrementos de produtividade, melhorias na qualidade, maior diversidade de produtos, entre outros possíveis efeitos da concentração, representam um aumento do bem-estar econômico. A SEAE e a SDE estabelecerão como critério básico para a emissão de um parecer favorável à operação, os atos que tenham um efeito líquido não-negativo sobre o bem-estar econômico.

Desde a entrada em vigor da Lei n° 12.529/2011, e conforme já mencionado acima, os agentes econômicos interessados em realizar atos de concentração devem, previamente, submetê-los à análise prévia pelo CADE, sob pena de nulidade, dispondo o órgão de, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda, para apresentar a decisão final sobre a operação.

Não são, todavia, todos os atos de concentração econômica que demandam essa análise prévia pelo CADE, mas apenas aqueles expressamente mencionados no art. 90 da Lei n° 12.529/2011 (casos de fusão, incorporação, compra de controle e de ativos, contratos associativos, consórcios e *joint ventures*) e que, cumulativamente, se subsumam aos termos do artigo 88 da Lei n° 12.529/2011:

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).

Em outras palavras, para determinar a necessidade de submissão prévia do ato de concentração à autorização do CADE, deve-se, primeiramente, verificar se trata-se de algum tipo de operação dentre aquelas mencionadas no *caput* do art. 90. Se a resposta for positiva, o segundo passo será verificar se o negócio que se pretende entabular alcança, cumulativamente, os patamares postos pelo *caput* do art. 88.

Finalmente, cumpre ressaltar que existe a expectativa de que, com a adoção da análise prévia à consolidação do ato de concentração, diminua o incentivo para que os agentes econômicos busquem o Poder Judiciário a fim de contestar uma decisão desfavorável depois que o ato já foi consolidado e obtenham liminares que lhe permitam atuar conforme seu planejamento inicial até que o processo judicial chegue a seu fim.

4.2 A eficiência econômica como justificativa para as posições de dominação de mercado

À essa altura, faz-se necessário apresentar algumas considerações sobre a ideia que permeia a Resolução CADE n° 20/1999 e a Portaria Conjunta SEAE/SDE n° 50/2001 no sentido de que alguns efeitos negativos decorrentes das posições de dominação de mercado podem ser aceitos se os efeitos positivos lhes forem superiores. Então a política antitruste é permissiva com relação a alguns atos anticoncorrenciais?

Ainda que, no sentido jurídico, a dominação de mercado signifique limitação ou eliminação da concorrência, não será sempre que o ordenamento jurídico a considerará um ilícito.¹⁸⁵ Haverá situações em que essas limitações tomarão a forma de princípio que equivale, ou mesmo se sobrepõe, ao próprio princípio concorrencial.¹⁸⁶

Conforme já salientado acima, a eficiência econômica ergue-se como a única excludente de ilicitude expressamente admitida pela Lei Antitruste, fazendo-o por meio do art. 37, §1°, da Lei n° 12.529/2011, nos seguintes termos: “A conquista de mercado resultante

¹⁸⁵ Existem, inclusive, situações de eliminação da concorrência que são decorrentes da própria lei, como no caso dos chamados “monopólios legais” ou de concessão de patentes.

¹⁸⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica** (Princípios e fundamentos jurídicos). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 70.

de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do *caput* deste artigo”. Em outras palavras, somente será admitida a conquista ou dominação de mercado se esse fenômeno decorrer de melhor desempenho econômico.

Na verdade, é oportuno salientar que a concepção em relação ao campo de aplicação da eficiência econômica no direito antitruste não foi sempre a mesma. Evoluiu à medida em que as doutrinas concorrenciais também amadureciam. Conforme relatado anteriormente, a Escola de Chicago ergueu a eficiência ao posto de principal objetivo do direito antitruste, havendo posteriormente recebido os ataques de nova corrente doutrinária que defendia que a eficiência não poderia ser recepcionada com esse *status*.

Na realidade, é importante ficar claro que o próprio significado da ideia de eficiência transmutou-se ao longo do tempo. Em sua concepção neoclássica, era identificada com a ideia de maximização da riqueza global da sociedade, passando posteriormente a assumir uma concepção redistributiva, pela qual a eficiência estaria presente quando os ganhos líquidos de escala fossem compartilhados com os consumidores. E como esse fenômeno aconteceria? Justamente com a preservação da instituição concorrência, ou, melhor, segundo o magistério de Calixto Salomão Filho, acontece “sempre que o lucro extraordinário do agente econômico for limitado pela existência de concorrentes – efetivos ou potenciais – prontos e ansiosos por arrebatar-lhe fatias do mercado.”¹⁸⁷

Nesse tocante, e já contextualizando com o direito antitruste brasileiro, é interessante pontuar, ainda, que a eficiência é valorada de forma distinta no controle das condutas e no controle de estruturas. Ao passo que o art. 88 da Lei nº 12.529/2011, ao regular o controle de estruturas, coloca a eficiência como apenas mais um dos elementos que justificam o ato de concentração, o art. 36, §1º, estabelece uma excludente de ilicitude para os casos em que a dominação de mercado decorre naturalmente da maior eficiência de um agente econômico diante de seus concorrentes.

Ao que parece, o controle de estruturas exige uma concepção de eficiência mais ampla do que a exigida no controle de condutas, recepcionando o que se costuma chamar de justificativas concorrenciais e extraconcorrenciais, ou seja, justificativas que permitem autorizar um ato de concentração econômica mesmo quando estão demonstrados seus efeitos anticoncorrenciais. Em outras palavras, o controle de estruturas no Brasil utiliza o conceito

¹⁸⁷ SALOMÃO FILHO, 2013, p. 446.

clássico de eficiência, qual seja, o de melhoria das técnicas e escalas produtivas, de forma a reduzir os custos e compensar os efeitos negativos de uma situação de dominação de mercado.

No controle de condutas, o crescimento interno baseado na maior eficiência econômica tem, na realidade, um efeito pro-concorrencial. Na verdade, a conquista de mercado será eficiente justamente porque se concretizou sem que produzisse um efeito anticoncorrencial. Nesse sentido, Calixto Salomão Filho sustenta que:

para que a defesa da eficiência seja aceitável no campo das condutas é necessário demonstrar que o referido ato não pode prejudicar, mas, sim, estimular ou favorecer a livre concorrência. Em termos jurídicos, pode-se dizer que a eficiência em matéria de condutas é mais um elemento que permite descaracterizar a materialidade do delito que propriamente uma justificativa para o ato anticoncorrencial.¹⁸⁸

É ainda o mesmo autor que oferece um claro argumento no sentido de que, no que pertine à concepção da eficiência e das justificativas no controle de condutas, já se tem feito sentir uma forte tendência à adoção do princípio da eficiência distributiva. Para tanto, ele primeiramente analisa o que aconteceu na evolução da adoção dos chamados *ancillary restraints*, ou restrições necessárias à obtenção de certos objetivos lícitos. Lembra que, apesar de durante muito tempo haver-se defendido que esses objetivos lícitos não precisariam estar obrigatoriamente ligados a efeitos pró-concorrenciais, essa concepção foi modificada, fazendo-se presente, hoje, a necessidade de demonstrar a ausência de efeito anticoncorrencial. Cita, nesse sentido, as experiências europeia e estadunidense:

Como destaca P. Manzini, essa necessidade é bem sensível nas decisões da Corte CEE (UE), que mesmo quando utiliza expressamente a teoria dos *ancillary restraints* acaba por tentar demonstrar, em outras passagens, que não há efeito anticoncorrencial [...]. Nos Estados Unidos da América a mudança jurisprudencial se faz sentir de forma mais direta. É verdade que isso se deu não através de uma modificação da teoria do *ancillary restraints*, mas de sua ampliação para atingir casos em que as restrições à concorrência são objetivos secundários em relação ao objetivo de melhorar a troca de informações entre concorrentes, melhorando, assim, as condições de comercialização, distribuição e concorrência, em benefício do consumidor. Nesse caso, decisiva para a verificação da licitude é a situação de poder no mercado. Se a concentração do mercado indicar que a troca de informações cria o risco de levar à formação de cartéis, a prática é considerada ilícita [...].¹⁸⁹

Daí porque, na Europa, foi criada uma nova regra da razão que vem sendo chamada de “teoria do balanço concorrencial”, segundo a qual, a análise da razoabilidade a ser feita restringe-se à verificação da existência de efeitos necessariamente pró-concorrenciais que superem os anticoncorrenciais.

¹⁸⁸ SALOMÃO FILHO, 2013, p. 449.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 454-455.

A bem da verdade, o que se vê é que a teoria do balanço concorrencial adota um conceito de eficiência distributiva, que se preocupa com o consumidor, à medida em que defende como imprescindível a preservação da concorrência. Não basta que se criem eficiências produtivas benéficas; é necessário que estas sejam divididas com o consumidor, e, conforme reflexão esposada anteriormente, atribuída a Calixto Salomão Filho, a única forma de constranger os agentes econômicos a dividir com o consumidor as vantagens da eficiência produtiva é garantindo que aqueles estejam sempre submetidos ao risco de perda de mercado, o que ocorre quando se tem preservada a concorrência.

4.3 A abertura do conteúdo semântico dos enunciados das normas antitruste

A Lei nº 12.529/2011 preconiza em seu art. 36, inc. II, que constituirão infração à ordem econômica os atos que tenham por objeto - ou simplesmente tenham o potencial de - dominar mercado relevante de bens ou serviços.

Conforme já mencionado acima, o segundo passo descrito pelo Anexo II da Resolução CADE nº 20/1999, ao dispor sobre os critérios básicos na análise de práticas restritivas, diz respeito ao estudo da posição dominante no caso concreto, no qual serão levados em consideração: i. a delimitação do(s) mercado(s) relevante(s); ii. a estimativa das participações no conjunto das empresas no(s) mercado(s) relevante(s); iii. a análise das condições concorrenciais, efetivas e potenciais (barreiras à entrada), no(s) mercado(s) relevante(s).

Todavia, ao analisar um caso concreto, a delimitação do mercado relevante pode transformar-se em tarefa bem complexa, servindo o referido exemplo para revelar, em concordância com a lição de Paula A. Forgioni, que “desde o início, o processo de aplicação/interpretação do direito antitruste reveste-se de elasticidade e maleabilidade singulares.”¹⁹⁰

Os enunciados das normas antitruste possuem essa característica de abertura e flexibilidade em virtude da própria complexidade da realidade por elas disciplinadas, não havendo como serem formulados, interpretados e aplicados com grande rigidez, sob pena de comprometerem o próprio sistema com um resultado contrário ao que se busca alcançar.

¹⁹⁰ FORGIONI, 2013, p. 31.

Eros Roberto Grau, ao salientar a exigência de abertura e maleabilidade nas normas de direito econômico, observa que “[...], versando continuamente a ordenação de situações conjunturais, assumindo as disposições de direito econômico a função de ferramenta normativa, é imprescindível sejam dotadas de caráter extremamente flexível”.¹⁹¹

Trata-se de técnica legislativa que, se for seguida de uma interpretação/aplicação responsável da norma, tem o potencial de agregar muita eficiência ao sistema jurídico. José Inácio Gonzaga Franceschini e José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini chegam inclusive a afirmar que o segredo para que a Constituição Americana, vigente desde julho de 1788, tenha permanecido através do tempo está justamente na generalidade e adaptabilidade de seus mandamentos. E no tocante ao direito antitruste, mais especificamente, observam:

[...] a Lei Sherman e os textos que a seguiram, no dizer do Juiz Charles E. Hughes, ‘apresentam generalidade e adaptabilidade comparáveis com as que se consideram desejáveis nos preceitos constitucionais’, recomendando, portanto, a adoção de ‘normas maleáveis’ ou *standards*, diante da impossibilidade de especificação taxativa das práticas consideradas abusivas do poder econômico.¹⁹²

Daí porque os enunciados das normas antitruste, ao invés de utilizarem-se de conceitos de significação rígida, em sua maioria adotam expressões de conteúdo semântico “aberto” (incorporadas pelas chamadas “normas de textura aberta”¹⁹³), tais como “posição dominante”, “abuso de poder econômico”, “aumento arbitrário de lucros”, “prejuízo à livre concorrência”, “eficiência”, dentre várias outras, cujo sentido e alcance será dado apenas pelo intérprete/aplicador da norma, observando um dos critérios de maior relevância para a subsunção dos fatos às hipóteses de incidência legal: o da finalidade da norma.

Esse recurso que incorpora flexibilidade ao conteúdo semântico da norma antitruste tem sua origem associada ao próprio surgimento da já mencionada regra da razão, adotada inicialmente nos Estados Unidos (a *rule of reason*). Naquele país, embora sua primeira lei antitruste, de 1890, utilizasse enunciados normativos genéricos ao referir-se às

¹⁹¹ GRAU, Eros Roberto. **Planejamento econômico e regra jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 187.

¹⁹² FRANCESCHINI, J. I.; FRANCESCHINI, J. L., 1985, p. 2.

¹⁹³ A respeito dessa técnica legislativa de ampla utilização em vários sistemas jurídicos no mundo, oportuna a observação do mestre da Universidade de Oxford, Herbert Hart (1986), para quem “A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos aplicadores de direito, os quais devem determinar o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre os interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso, afinal o mundo jurídico não está fechado e é necessário dar dinamismo ao direito” (p. 148).

práticas consideradas anticompetitivas¹⁹⁴, não havia qualquer instrumento de flexibilização quando de sua aplicação aos casos concretos, sendo todos tomados nos estritos termos da lei. Porém, a imprecisão do texto acabava tornando sua aplicação uma tarefa difícil e gerando insegurança jurídica, e, pouco a pouco, a Suprema Corte norte-americana foi estabelecendo que não seria “todo e qualquer contrato” – nos exatos termos estabelecidos no *Sherman Act* – que mereceria punição pelas autoridades, mas apenas os que ocasionassem restrições anticoncorrenciais consideradas “desarrazoadas”. Era o nascimento da regra da razão¹⁹⁵.

Paula A. Forgioni chegou a cunhar uma expressão para denominar as técnicas de aplicação/interpretação jurídica que permitem que os enunciados normativos sejam adaptados à realidade que disciplinam e que se almeja estabelecer: são as chamadas “válvulas de escape”. Mas a autora vai ainda mais longe, chegando mesmo a classificá-las como instrumento jurídico para a implementação de políticas públicas, e, nesse contexto, identifica que, dentre as várias válvulas de escape existentes, as mais comuns no contexto do direito antitruste são: (i) a já referida regra da razão, as isenções¹⁹⁶ e autorizações¹⁹⁷; (ii) o elástico conceito de mercado relevante; e (iii) o jogo do interesse protegido.

Quanto ao primeiro tipo de válvula de escape (regra da razão, isenções e autorizações), a autora explica que são técnicas que permitem à autoridade antitruste “viabilizar a realização de determinada prática, ainda que restritiva da concorrência, afastando-se barreiras legais à sua concretização”.¹⁹⁸ O sistema jurídico brasileiro, ainda na

¹⁹⁴ Ana Maria de Oliveira Nusdeo (2002) observa que o *Sherman Act*, em sua seção 1, preconiza a ilicitude de todo e qualquer contrato, combinação na forma de truste ou qualquer outra forma, ou conspiração em restrição ao tráfego ou comércio entre os Estados, ou entre esses e nações estrangeiras.

¹⁹⁵ A propósito, interessante pontuar que a regra da razão não se confunde com a técnica da abordagem caso a caso. Nesse sentido, transcreve-se aqui a diferenciação feita por Paula A. Forgioni (2013), pela percuciência de sua abordagem: “O chamado *case by case approach* é outra das válvulas de escape de que pode lançar mão o intérprete na aplicação de uma norma antitruste, e significa, em linhas gerais, que *cada caso deve ser analisado individualmente, considerando-se suas particularidades, o contexto econômico no qual se insere e os efeitos anticompetitivos que produz no(s) mercado(s) relevante(s) atingido(s)*. A regra da razão, por sua vez, é o método de interpretação que impõe a ilicitude, apenas, das práticas que restringem a concorrência de forma ‘não razoável’. Percebe-se, portanto, que *a aplicação da regra da razão pode dar ensejo a uma análise caso a caso, mas com ela não se confunde*” (p. 200). (grifos da autora).

¹⁹⁶ Na lição de Paula A. Forgioni (2013), existem situações, admitidas inclusive pelo sistema jurídico brasileiro, em que o próprio legislador determina que, em determinados setores, a competição precisa ser arrefecida. A concorrência é a regra geral, protegida pela lei geral (a chamada Lei Antitruste), mas outra escolha política pode ser considerada, por meio de lei especial, e, nessa hipótese, a lei especial prevalecerá sobre a lei geral, devendo as isenções serem interpretadas restritivamente.

¹⁹⁷ Referem-se às autorizações dadas pelo CADE, em atos de concentração econômica, após realizar o sopesamento entre os efeitos das restrições causadas pelo ato à concorrência e os benefícios concorrenciais desse mesmo ato, para, ao final, se chegar à conclusão de que existe um efeito líquido positivo, deferi-lo, ainda que tenha o potencial de causar algum prejuízo à ordem concorrencial.

¹⁹⁸ FORGIONI, 2013, p. 195.

lição da autora, admite as três técnicas, inclusive já havendo sido abordadas no presente trabalho a primeira (regra da razão) e a terceira (autorizações).

No que diz respeito às isenções, na obra em que apresenta sua teoria das válvulas de escape (“Os Fundamentos do Antitruste”), Paula A. Forgioni não indica qualquer exemplo de adoção dessa técnica no Brasil. Todavia, em sua obra “O Estado, a empresa e o contrato”, escrita em coautoria com Eros Roberto Grau, faz referência à adoção da chamada Lei Ferrari como um exemplo de isenção em bloco para uma prática restritiva da concorrência no sistema legal brasileiro.

Todavia, conforme ficará evidente logo a seguir, esse exemplo não representa propriamente um caso de interpretação/aplicação do conteúdo de norma antitruste no qual a abertura do texto seja uma técnica legislativa, mas uma situação em que uma lei específica e apartada da legislação antitruste isenta práticas que efetivamente configuram abuso de posição dominante, o que parece recomendar a exclusão da técnica de isenção, realmente muito utilizada na Europa e nos Estados Unidos, como uma das técnicas de aplicação/interpretação jurídica que se relaciona com a maleabilidade do texto da norma antitruste. O equívoco da lição a que ora se faz referência está bem representado no parágrafo que antecede a abordagem da autora à primeira válvula de escape (regra da razão, isenções e autorizações), no qual Paula A. Forgioni afirma que:

A aplicação literal do texto normativo, sem qualquer flexibilização, pode gerar efeitos opostos àqueles desejados. É necessário que a Lei Antitruste contenha meios técnicos que permitam à realidade permear o processo de interpretação/aplicação das normas nela contidas. A estes meios técnicos denominamos “válvula de escape”.¹⁹⁹

Definitivamente, a Lei Antitruste brasileira não apresenta qualquer regra de isenção, como o fazem a legislação antitruste estadunidense e europeia, nem faz qualquer referência à possibilidade de concessão de isenção por outro texto normativo, o que permite afirmar que a isenção não é uma técnica utilizada pela Lei Antitruste brasileira.

É oportuno, nesse sentido, que aqui se faça referência ao risco de que a flexibilidade do conteúdo das normas antitruste e as mencionadas válvulas de escape sejam utilizadas de maneira a beneficiar determinadas categorias de agentes econômicos, em inescusável detrimento da concorrência e do consumidor.

¹⁹⁹ FORGIONI, 2013, p. 195.

Para ilustrar essa situação, é possível utilizar como exemplo justamente o caso da Lei nº 6.729, de 1979, mais conhecida como “Lei Ferrari”, que autoriza fabricantes de automóveis e seus concessionários a estabelecerem a exclusividade de comercialização de veículos novos.²⁰⁰ Há quem defenda, como Eros Roberto Grau e Paula A. Forgioni, que a partir do momento em que a lei autoriza a prática, afasta-se a incidência do art. 20 da Lei nº 8.884, de 1994 (lei geral), deixando de se manifestar qualquer infração à ordem econômica. Seria, portanto, na lição dos autores, um exemplo de isenção em bloco para uma prática restritiva da concorrência no sistema legal brasileiro, pela qual, explicam, é possível e permitido haver “a composição do suporte fático necessário à incidência da norma especial (autorizante) e não aquele próprio à norma geral (restritiva)”.²⁰¹

Desde a sua concepção, todavia, a Lei Ferrari levantou críticas ao seu conteúdo claramente anticoncorrencial. Naquela época, todavia, não houve força que vencesse os interesses que se organizaram em torno de sua aprovação. Hoje, porém, há um movimento dentro do próprio governo, liderado pelo Ministério Público Federal, pedindo a modificação de pontos da legislação ou mesmo a sua revogação. Em dezembro de 2012, a Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) do Senado Federal reuniu representantes do governo, do setor automotivo e especialistas para discutir os sérios prejuízos que a Lei Ferrari causa ao impedir o aumento da concorrência no mercado automotivo. Para tanto, basearam-se em nota técnica elaborada pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (a propósito, um exemplo de sua atuação na advocacia da concorrência) que evidencia que a mencionada lei possibilita uma série de restrições verticais, em prejuízo do processo competitivo em diversos elos da cadeia de comercialização, ao mesmo tempo em que autoriza a troca de informações entre concorrentes no âmbito da produção (montadoras) e da distribuição (concessionárias). Na verdade, a Lei Ferrari chega a prejudicar a própria análise de concorrência no setor pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, na medida em que ela mesma fixou a licitude daquelas práticas.^{202, 203}

²⁰⁰ Vide art. 3º, §1º, “b”, da Lei nº 6.729, de 1979.

²⁰¹ GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula A. **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 254.

²⁰² SOUSA, Yvna. **Governo aponta “Lei Ferrari” como entrave à redução do preço do carro**. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/politica/2929464/governo-aponta-lei-ferrari-como-entrave-reducao-do-preco-do-carro>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

²⁰³ Em agosto de 2013, o então Procurador-Geral da República, Roberto Gurgel, enviou ofício à Casa Civil em novo pleito de revogação da Lei Ferrari, oportunidade em que apresentou nota técnica indicando e fundamentando dez razões para que a lei seja definitivamente abolida, a saber, em suma: a) a influência discutível do “custo Brasil”; b) o risco de cartelização; c) a restrição à concorrência no mercado de autopeças; d) a restrição à concorrência interna à marca; e) a restrição à concorrência entre marcas; f) a alta

Dando continuidade ao tema das válvulas de escape, digna de nota, ainda, é a utilização do conceito de mercado relevante como um desses recursos interpretativos. De início, deve-se ressaltar que, sem a identificação de qual seja o mercado relevante no caso concreto, ou seja, de qual seja o “espaço” (físico e no mercado) onde atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado, não é possível verificar-se a incidência de qualquer das hipóteses contidas nos incisos do art. 36, *caput*, da Lei nº 12.529/2011.

O ponto sensível do assunto está no fato de não haver fórmula matemática que possa determinar o mercado relevante no caso concreto, mas tão somente *métodos* que fornecem *indicativos*. Nesse sentido, a lição de Sullivan citada por Paula A. Forgioni, em tradução livre, é bastante relevadora: “[...] as relações econômicas raramente são tão simples a ponto de autorizar a definição de mercado relevante com exatidão e segurança. Não existe, para cada modelo, um único, real, “mercado” esperando para ser descoberto”.²⁰⁴

Na delimitação do mercado relevante no caso concreto, analisam-se dois aspectos complementares e indissociáveis: o mercado relevante geográfico e o mercado do produto, sendo que o primeiro corresponde ao espaço físico onde se desenvolvem as relações de concorrência em exame, ao passo que o segundo corresponde ao mercado onde o agente econômico enfrenta a concorrência, levando em consideração o bem ou serviço que oferece.²⁰⁵

A definição do mercado relevante no caso concreto, todavia, é caracterizada por uma grande elasticidade, estando diretamente relacionada aos objetivos almejados pela política da concorrência naquele país e naquele momento da história. Pela utilização dessa válvula de escape é possível configurar uma diluição do mercado relevante do agente econômico ou, ao contrário, a existência de posição dominante, viabilizando uma

concentração entre as maiores montadoras; g) a baixa qualidade e atraso em recursos de segurança; h) a experiência internacional em outro sentido; i) o engessamento normativo; e j) a incompatibilidade entre a Lei Ferrari e a Lei Antitruste. Toca mencionar, acerca desse último argumento, que o CADE já reconheceu várias vezes o caráter anticompetitivo em práticas perpetradas por agentes econômicos do setor automotivo, todavia, nada pode fazer pelo fato de as condutas estarem respaldadas na lei especial (BRASIL, [s.d.], on-line).

²⁰⁴ FORGIONI, 2013, p. 213.

²⁰⁵ O Anexo V da Resolução nº 15 do CADE, de 1998, conceitua mercado relevante de produto nos seguintes termos: “[...] compreende todos os produtos/serviços considerados substituíveis entre si pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização. Um mercado relevante do produto pode eventualmente ser composto por um certo número de produtos/serviços que apresentam características físicas, técnicas ou de comercialização que recomendem o agrupamento” (BRASIL, 1998a, on-line). O raciocínio proposto pela Resolução é evidente: observa-se se a necessidade do consumidor (adquirente) é atendida pelo produto; se houver outros bens que supram essa mesma escolha, é porque há substitutibilidade e, portanto, disputa entre eles.

flexibilização do conteúdo semântico do enunciado normativo, a serviço da política que se quer implementar.

No Brasil, alguns casos paradigmáticos decididos pelo CADE exemplificam a elasticidade do conceito de mercado relevante – e mesmo das discussões a que esse dá margem. Um deles é o caso da aquisição da Cia. Siderúrgica Pains pelo Grupo Gerdau²⁰⁶, no qual o CADE concluiu que, se o ato de concentração fosse autorizado, o Grupo Gerdau passaria a exercer ilicitamente posição dominante no mercado brasileiro de aços longos, decidindo, portanto, que o mercado relevante geográfico seria o brasileiro e o mercado de produtos seria o de aços longos. A empresa adquirente, porém, havia construído sua linha de argumentação no sentido de que o setor em que atuava estava submetido a um elevado grau de concorrência internacional, de sorte que o mercado relevante geográfico a ser considerado deveria ultrapassar as fronteiras brasileiras, o que diluiria bastante seu *market power* e permitiria que o ato de concentração fosse considerado lícito e, portanto, autorizado. A tese, todavia, não foi acolhida pelo CADE.²⁰⁷

Finalmente, no tocante à terceira válvula de escape, Paula A. Forgioni refere-se a ela como o “jogo do interesse protegido”, a qual, na dinâmica do direito antitruste, estaria consubstanciada na possibilidade de decisão conforme o interesse digno de tutela jurídica no caso concreto em análise, naquele país e naquele determinado momento.

A autora não chega a referir-se à sua aplicação no Brasil, mas considerando o seu entendimento de que a política antitruste também se presta à implementação de outras políticas econômicas, é possível afirmar que ela entende que se trata de uma válvula de escape da qual o intérprete da norma antitruste brasileira também utiliza-se.

Trata-se de entendimento que encontra reflexo em boa parte da doutrina antitruste, inclusive nacional. Fábio Nusdeo, por exemplo, refletindo sobre os vários interesses que se pode abrigar sob as normas antitruste, afirmava que

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 econômica dos vários países, posições e atitudes diversas frente aos mesmos. Tal diversidade tem refletido menos diferenças de

²⁰⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 16/94. Requerentes: Siderúrgica Laísa S.A. (Grupo Gerdau) e Grupo Korf GmbH (Cia. Siderúrgica Pains). Advogado: Tércio Sampaio Ferraz. Relator: Conselheiro José Matias Pereira.

²⁰⁷ Outro caso paradigmático em que a definição do mercado relevante foi muito importante no resultado da decisão pelo CADE foi o da aquisição da Chocolates Garoto S.A. pela Nestlé Brasil Ltda., no Ato de Concentração 08012.001697/2002-89, cujas nuances serão analisadas mais detidamente no capítulo seguinte.

cunho doutrinário e ideológico e muito mais preocupações com as metas assinadas para a economia de cada país em determinados momentos históricos.²⁰⁸

É possível afirmar, ainda com Paula A. Forgioni, que a questão do interesse protegido se identifica com a própria questão dos escopos da legislação antitruste, sendo que esses seriam determinantes na declaração dos interesses a serem protegidos. Dessa forma, no pensamento da autora, ao encarar o jogo do interesse protegido como uma das válvulas de escape da legislação antitruste, permite-se ao intérprete/aplicador da norma a implementação de políticas públicas, incluindo a própria escolha política sobre o escopo da norma.²⁰⁹

Por fim, todavia, em uma reflexão lúcida sobre o assunto, é possível observar, como o fez Fábio Nusdeo, que existe uma grande disparidade entre os graus de tutela que os diferentes grupos sociais costumam lograr, a qual é decorrente dos elevados custos de coordenação que algumas categorias de agentes econômicos, como os consumidores, têm que enfrentar.^{210, 211}

Assim, tem-se que a abertura e flexibilidade do texto da norma antitruste é uma técnica legislativa necessária, em virtude da complexidade da matéria sobre a qual versa, e com o potencial de agregar muita eficiência ao sistema jurídico, conforme afirmado anteriormente. Todavia, implica uma grande demanda por uma interpretação/aplicação responsável da norma, para que a flexibilidade do conteúdo das normas antitruste e as mencionadas válvulas de escape não sejam utilizadas de maneira a beneficiar determinadas categorias de agentes econômicos, em inescusável detrimento da concorrência e do consumidor.

4.3.1 Incerteza e insegurança jurídica no direito antitruste

Diante das considerações acima, não é surpresa observar que a abertura e flexibilidade do texto da norma antitruste traz consigo a pecha de gerar *insegurança jurídica*. Diante dessa mobilidade interpretativa, perguntas de caráter geral multiplicam-se, sem jamais

²⁰⁸ NUSDEO, Fábio. **Abuso do poder econômico**. Enciclopédia Saraiva do Direito. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 121.

²⁰⁹ FORGIONI, 2013, p. 237.

²¹⁰ NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma codificação do direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 120.

²¹¹ No mesmo diapasão, Ralph Miliband (1972) alerta para o fato de que os grandes interesses organizados nas sociedades pluralistas-democráticas não competem em igualdade de condições, possibilitando que alguns deles obtenham uma vantagem decisiva e permanente no processo de competição. O poder econômico, que se manifesta inclusive nos *lobbies*, constitui um fato que nenhum governo pode ignorar.

apresentar apenas uma resposta certa: quando uma prática efetivamente prejudica o consumidor? Quando e como ela pode prejudicar a concorrência? Mas o que é prejudicar a concorrência? É possível o poder econômico estar presente em um contexto de mercado sem que se dê o seu abuso por seu detentor? Para agravar, a realidade econômica imprevisível, a qual permite ao seu estudioso lidar, na melhor das hipóteses, apenas com tendências prováveis de comportamento de mercado, acaba colocando o intérprete/aplicador do direito diante de análises que beiram o exercício de adivinhação: como os concorrentes reagirão se a situação for diferente? Ou: se os concorrentes acertarem uma exclusividade, é provável que outras empresas tentarão entrar no mesmo mercado em um prazo razoável, de forma a diluir o *market power*?

O ideal de segurança para os agentes econômicos seria que as normas antitruste fossem redigidas de maneira a discriminar o que constituiria uma conduta que seguramente não seria considerada ofensiva à ordem concorrencial. Trata-se, todavia, de tarefa impossível, mormente no campo do direito econômico e, mais precisamente, no âmbito do antitruste.

Na oportuna observação de José Inácio Gonzaga Franceschini e José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, citando Alfred F. Crotti, “a natureza da legislação antitruste exige que seja ela ampla no que se refere a seu objeto e redigida de forma a apontar as atividades proibidas. Ela não pode detalhar o que constituiria uma conduta segura.”. E continuam a citação em tradução livre:

Como tentativa frequente de sugerir o que possa constituir uma conduta segura, muitos livros de qualidade e publicações semanais úteis se tornaram disponíveis. Embora estes materiais configurem excelentes compilações que abrangem de forma ampla todos os aspectos da legislação antitruste, eles não têm por orientação a informação ao leitor se a pretendida prática empresarial é legal. O máximo que podem fazer é relatar o que os tribunais decidiram como sendo hipóteses de conduta ilegal e deixar ao leitor a interpretação da história para seus propósitos individuais.²¹²

A verdade é que a busca por segurança e previsibilidade no processo de aplicação e interpretação da legislação antitruste brasileira vem de longa data. A sistematização das práticas abusivas sempre foi, dentre os temas do antitruste, o que causou (e ainda causa) mais discussão, mormente quanto à definição do caráter taxativo, ou não, das práticas elencadas nos dispositivos legais que tratam das condutas que devem ser consideradas ilícitas e, conseqüentemente, penalizadas.

²¹² FRANCESCHINI, J. I.; FRANCESCHINI, J. L., 1985, p. 2.

É certo que o sistema antitruste deve atuar de forma eficiente, alcançando o maior número possível de comportamentos prejudiciais à concorrência, e, para tanto, precisa contar com a técnica legislativa das normas de textura aberta. Todavia, sempre houve uma forte crítica no sentido de que essa atuação do sistema antitruste precisa acontecer em um contexto em que os agentes econômicos possam ter segurança quanto às condutas que podem ou não adotar, ou seja, quanto ao que efetivamente é um ilícito antitruste de acordo com a legislação nacional.

A verdade, porém, é que, seja aqui, nos Estados Unidos ou na Europa, o texto da norma antitruste limita-se a, de forma geral, condenar atos que tenham por objeto ou efeito prejudicar a concorrência. O resto, queira ou não, toca ao intérprete.

Eros Roberto Grau chega a asseverar que o mercado não pode existir “sem calculabilidade e previsibilidade”. Nesse tocante, faz uso de clássicas considerações de Max Weber ao afirmar que

as exigências de calculabilidade e confiança no funcionamento da ordem jurídica e na administração constituem uma exigência vital do capitalismo racional; o capitalismo industrial depende da possibilidade de previsões seguras – deve poder contar com a estabilidade, segurança e objetividade no funcionamento da ordem jurídica e no caráter racional e, em princípio, previsível das leis e da administração.²¹³

Todavia, Eros Roberto Grau também entende que essa necessidade do mercado já se encontra atendida, em parte, pelo direito posto pelo Estado para disciplinar os mercados e domesticar os determinismos econômicos²¹⁴, afinal, a conhecida premissa básica de que seria possível entregar a condução da economia a uma “instituição” (mercado) impermeável à instrumentalização por determinada categoria econômica, social ou política não encontra respaldo na realidade.

Existe, contudo, um entendimento que muito incomoda os estudiosos e intérpretes/aplicadores do direito antitruste: o de que a aplicação das regras anticoncorrenciais implica, sempre, uma opção política, inexistindo técnica neutra. Como observa Paula A. Forgioni, “a afirmação de que ‘a melhor política industrial é não ter política industrial’ implica, como é óbvio, assunção de escolha política”.²¹⁵

²¹³ GRAU, 2010, p. 30.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 31.

²¹⁵ FORGIONI, 2013, p. 12.

Nesse tocante, a autora, que tem uma consolidada experiência na área do direito antitruste, não apenas no magistério mas também na advocacia, faz uma reflexão que muito revela acerca dessa que parece ser a maior fragilidade das normas de defesa da concorrência. Ela afirma que reconhecer o caráter político da Lei Antitruste

implica graves consequências, na medida em que divergências (e opções) sobre aspectos fulcrais do antitruste, cujas raízes estão nas peculiaridades de cada sistema, mostram-se mais importantes do que se quer fazer crer. É mais conveniente esquivar-se de possíveis críticas, afirmando, genericamente, que a decisão foi orientada apenas pelo critério da ‘busca da eficiência e do aumento do grau de competição efetiva do mercado’. Caso contrário, a impressão seria de regras demasiadamente imprecisas e inseguras, para não dizer arbitrárias.²¹⁶

Na mesma linha segue o pensamento de Fábio Nusdeo, para quem

[...] qualquer decisão subtraída ao mercado ganha ‘ipso facto’ as cores e a natureza de uma decisão política. Ainda quando alicerçada em dados e elaboração eminentemente técnicos, ela não se desvincula de metas ou parâmetros políticos que passam a integrar aqueles dados e aquela elaboração como um de seus elementos intrínsecos.²¹⁷

Feitas essas observações, não é difícil compreender como a Escola de Chicago conseguiu tantos adeptos no âmbito do antitruste, propugnando o afastamento de todos os elementos que não promovessem a eficiência alocativa e que comprometessem o grau de previsibilidade do sistema.

A propósito, foi justamente utilizando-se do velho argumento da falta de clareza da linguagem e da “indeterminação” do direito que Richard Posner defendeu, por muito tempo, que seria social e democraticamente preferível que a alocação de recursos entre indivíduos fosse realizada pelo mercado, e não pelo direito. O direito exsurgiria, assim, no pensamento de Posner, mais seguro e previsível à medida em que o único valor considerado fosse o da “eficiência alocativa”, resolvendo os problemas jurídicos e sociais sob o viés econômico.²¹⁸

Contudo, e finalmente, mais uma vez recorre-se às lições de Calixto Salomão Filho para colher o que parece ser a reflexão mais lúcida sobre o argumento de incerteza e insegurança que recai sobre a norma antitruste. Referido autor, de pronto, afirma que nem a garantia da segurança jurídica e nem o incentivo à eficiência da atuação empresarial são o

²¹⁶ FORGIONI, 2013, p. 13.

²¹⁷ NUSDEO, 1995, p. 88.

²¹⁸ Nesse sentido, vide POSNER, Richard. **Kelsen, Hayek, and the economic analysis of law**. Disponível em: <<http://users.ugent.be/~bdpoorte/EALE/posner-lecture.pdf>>. Acesso em: 07 mai. 2014.

objetivo central da ordem jurídica. Quanto a esse último, porque se trata de objetivo econômico, não podendo, portanto, ser determinante no mundo dos valores. No que tange ao primeiro, lembra que se trata de resquício do positivismo, que muito se espraiou sob o argumento da insegurança jurídica no final dos séculos XVIII e XIX, tendo sido um dos principais motivos para o movimento de codificação daquela época. Todavia, a utilização desse argumento no âmbito do direito antitruste parece guardar uma outra motivação: disfarçar a realidade de que, “Em nossos dias, sistemas de estruturas econômicas concentradas produzem, eles sim [...], insegurança jurídica, exatamente porque substituem o reino jurídico dos valores pelo comando do poder”.²¹⁹

Assim, a insegurança que existe quanto ao resultado da aplicação da norma antitruste parece estar mais fundada no poder das posições dominantes sobre os intérpretes e aplicadores da lei do que, propriamente, sobre a (necessária) maleabilidade do conteúdo do texto normativo.

²¹⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento** – Novos temas. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 66.

5 A REALIZAÇÃO DA POLÍTICA ANTITRUSTE PELO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DAS DECISÕES DO CADE

A efetivação da política antitruste dá-se pela aplicação de suas normas, que não se confundem com seu texto normativo. Este é objeto da atividade do legislador, ao passo que as normas surgem a partir da interpretação que o executivo e o judiciário fazem do texto normativo. Ou, melhor, nas palavras de Eros Roberto Grau,

[...] a *norma* encontra-se (parcialmente), *em estado de potência*, involucrada no *enunciado* (*texto* ou *disposição*); o intérprete a desnuda. Neste sentido – isto é, no sentido de desvencilhamento da *norma* de seu invólucro: no sentido de fazê-la brotar do *texto*, do *enunciado* – é que afirmo que o intérprete *produz a norma*.²²⁰ (grifos do autor).

Nos capítulos anteriores, restou apresentado o conceito jurídico de políticas públicas aplicado ao direito antitruste, permitindo reconhecer que já existe uma política antitruste estabelecida no Brasil, a qual restou visualizada tanto no plano macro (escopos), como nos planos meso (programa previamente estabelecido) e microinstitucional (autoridades competentes definidas e ação estatal voltada para a consecução de uma finalidade).

Todavia, conforme salientado no primeiro capítulo, a ação estatal orientada, direta ou indiretamente, para a preservação da ordem concorrencial, também se dá por meio da atuação do Poder Judiciário.

O Poder Judiciário aprecia situações que envolvem, direta ou indiretamente, a matéria concorrencial, predominantemente, quando julga ações versando sobre responsabilidade civil por infrações à ordem econômica ou sobre a prática de crimes contra a ordem econômica (mormente por formação de cartel)²²¹, ou, ainda, quando realiza o controle judicial sobre as decisões tomadas pelas autoridades antitruste. Os três tipos de situações estão envoltos em discussões muito peculiares.

No Brasil, uma parte que se vir prejudicada em virtude de uma prática de infração contra a ordem econômica pode propor sua própria ação diretamente junto ao Poder Judiciário, pedindo que seja determinada a cessação da prática anticompetitiva e que a parte infratora lhe pague uma indenização pelas perdas e danos sofridos. O exercício desse direito

²²⁰ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 82-83.

²²¹ Quanto a essas duas primeiras situações, Paula A. Forgioni (2013) lembra que a Emenda Constitucional nº 7/77 foi revogada pela Constituição de 1988, deixando de ser necessária a conclusão dos processos administrativos para que a apreciação e intervenção judicial possam tomar lugar.

de ação, que já era garantido na Lei n° 8.884/94 e permanece tutelado na novel Lei Antitruste, mais precisamente em seu art. 47, independe da existência de inquérito ou processo administrativo, sendo que esses não serão suspensos caso venha a ser proposta a ação em juízo.

A propósito, é esse mesmo dispositivo de lei que garante que os legitimados referidos no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor²²², dentre eles o Ministério Público, proponham ações judiciais em defesa de seus tutelados caso venham a ser prejudicados em virtude de prática infrativa à ordem concorrencial.

Diante da própria caracterização da conduta antitruste descrita no art. 36 da Lei n° 12.529/2011 (a qual independe de culpa do agente econômico), do já mencionado comando legal inscrito no art. 47 da mesma Lei e do art. 927 do Código Civil (“Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”), para lograr êxito na demonstração da existência de um ilícito antitruste passível de responsabilização civil, ao autor da ação cabe provar: (a) a ocorrência de uma infração que se enquadre em uma das condutas descritas no art. 36 da Lei n° 12.529/2011; (b) o dano sofrido; e (c) que há uma relação de causalidade entre a infração e o dano. Diante da prova desses três elementos, o magistrado poderá determinar o *quantum* indenizatório devido pelas perdas e lucros cessantes a que o autor do ilícito antitruste deu causa.

Todavia, mesmo diante dos avanços alcançados na promoção da advocacia da concorrência junto à sociedade civil, no Brasil, ainda não é muito comum a propositura de ações envolvendo pedidos de indenização por prejuízos causados por ilícitos concorrenciais. Algumas razões podem ser apontadas para tanto: (i) o tema abriga uma complexidade, principalmente no que diz respeito aos elementos probatórios e ao cálculo dos prejuízos sofridos e do montante que seria devido a título de indenização; (ii) o elevado valor de uma possível sucumbência é visto como um risco alto; e (iii) os agentes econômicos, consumidores, advogados e membros do Ministério Público ainda conhecem muito pouco dos mecanismos, institutos e instrumentos de defesa da concorrência.

²²² “Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público;

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.”

Ainda não existem dados oficiais disponíveis que indiquem a quantidade de ações antitruste privadas no Brasil, ou mesmo a frequência com que são ajuizadas. Porém, o relatório do já mencionado Fórum Global da Concorrência, realizado em 2010, na França, informa que a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE realizou um estudo extraoficial que apontou que, entre os anos de 2005 e 2008, houve um aumento significativo de 30 para 150 casos propostos junto a tribunais federais e estaduais.²²³ Esse número somente tende a crescer à medida em que a sociedade e entidades legitimadas estiverem mais familiarizadas com o direito concorrencial, como aconteceu, por exemplo, com o direito do consumidor.

Por sua vez, as ações versando sobre crimes relacionados à prática de cartel também possuem aspectos que têm demandado a atenção da doutrina e dos julgadores. Apesar de ser considerado “a principal conduta delitiva”²²⁴ e o ilícito antitruste mais prejudicial à concorrência, e há bastante tempo ser levado à apreciação e julgamento pelo Poder Judiciário, apenas mais recentemente é que houve um despertar para algumas limitações de sua disciplina, a qual, na observação de Calixto Salomão Filho, é hábil em revelar a “insuficiência da doutrina econômica e a superficialidade do tratamento jurídico em matéria antitruste”.²²⁵

Apesar de a Lei Antitruste não trazer sua definição, a já mencionada Resolução CADE n° 20/99 apresentou seu conceito nos seguintes termos:

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

Fatores estruturais podem favorecer a formação de cartéis: alto grau de concentração do mercado, existência de barreiras à entrada de novos competidores, homogeneidade de produtos e de custos, e condições estáveis de custos e de demanda.²²⁶

A teoria jurídica dos cartéis, todavia, ainda tem direcionado muito esforço para a questão da prova da prática de cartel, quando, na realidade, segundo o diagnóstico de Calixto

²²³ Observou, ainda, que essas ações tenderam a se concentrar em determinadas áreas geográficas e referiam-se, principalmente, aos setores de serviços financeiros e de revenda de combustíveis (ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICOS, 2010).

²²⁴ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Cartel** - teoria unificada da colusão. São Paulo: Lex, 2006, p. 11.

²²⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e concorrência**: estudos e pareceres. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 190.

²²⁶ BRASIL, 1999, p. 2-3.

Salomão Filho, a maior causa da ineficácia do controle dos cartéis, de um lado, e da sucessiva série de ilegalidade e desrespeito a direitos individuais, de outro, ainda parece ser a dificuldade em formular os critérios corretos para definição da *fattispecie*.

Conforme pontua o jurista, “Procura-se, ao invés de descobrir o significado jurídico dos termos acordo ou conluio, apenas aperfeiçoar a forma de demonstrá-lo”.²²⁷ Todavia, enquanto a *fattispecie* permanece assistemática e restrita, e busca-se a todo custo ampliar aquilo que pode ser considerado prova da prática cartelizante, não raro o desrespeito a direitos individuais acaba por implicar a nulidade de algumas investigações.

Apesar de a ação estatal voltada para a preservação da ordem concorrencial por meio da atuação do Poder Judiciário desenvolver-se também pelo processamento e julgamento dos dois tipos de ação acima mencionados, sendo um de natureza cível e outro de natureza criminal, o presente estudo, todavia, restringir-se-á à situação em que o Poder Judiciário realiza a política pública antitruste brasileira por meio da revisão das decisões proferidas pelas autoridades antitruste em sede de controle de condutas e controle de concentrações, haja vista a grande discussão levantada pelo órgão de defesa da concorrência no sentido de que essa revisão judicial, da maneira que tem sido realizada, tem o potencial de enfraquecer a instituição e, por consequência, a própria política antitruste brasileira.

5.1 Revisão judicial das decisões do CADE

Os últimos anos de atuação do SBDC, mormente após a transformação do CADE em autarquia, ocorrida em 1994, revelam que o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, ao preconizar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, tem-se erguido como mais um fundamento positivo da política de defesa da concorrência no Brasil, na medida em que o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional tem sido diuturnamente utilizado pelos administrados, os quais, não raro, submetem à apreciação do Poder Judiciário as decisões do CADE, seja em atos de concentração (controles de estruturas), seja em processos administrativos (controle de condutas). Nesse contexto, o Judiciário ergue-se como um dos principais protagonistas na implementação da política antitruste no Brasil.

²²⁷ SALOMÃO FILHO, 2002, p. 198.

A verdade é que, com o amadurecimento institucional do CADE, que começou a consolidar-se a partir da última década do século passado, e o conseqüente aumento do número de decisões administrativas com impacto na atuação do empresariado brasileiro, seria natural que essas decisões do CADE fossem, com uma frequência cada vez maior, sendo levadas à apreciação do Poder Judiciário, sendo possível afirmar-se, portanto, que o fenômeno da *judicialização da política* alcançou, também, a área do direito da concorrência.

Essa maior participação do Poder Judiciário na implementação da política antitruste realizada pelo Poder Executivo fica bem evidenciada diante da informação de que, enquanto no decênio de 1993 a 2002 foram ajuizadas na Seção Judiciária do Distrito Federal (Justiça Federal), foro onde está sediado o CADE, 234 ações referindo-se a decisões tomadas pelo órgão de defesa da concorrência, apenas no quadriênio que vai de 2003 a 2006 esse número chegou a 276 ações.²²⁸

Como já acontecia desde a criação do CADE, em 1962, a atual Lei Antitruste continua sem previsão de um duplo grau de jurisdição, não havendo qualquer recurso administrativo das decisões da autarquia. Esse fato não apenas impulsiona o agente à busca pelo Poder Judiciário para apreciar decisões do CADE, como também legitima a necessidade de haver a possibilidade de uma revisão judicial desses julgamentos, ainda que provindos de um órgão colegiado.

Assim, traçadas nos capítulos anteriores as estruturas básicas que envolvem a atuação do CADE, expôs-se o seu modelo de processamento das infrações que lhe são apresentadas, cabendo, agora, analisar as situações em que é possível falar-se na possibilidade de revisão judicial das decisões do órgão encarregado da defesa e da promoção da concorrência no Brasil.

5.1.1 A experiência internacional

Nesse contexto da relação entre a política antitruste e o Poder Judiciário, mormente no que tange à revisão judicial das decisões do órgão de defesa da concorrência, soma-se como dado interessante a realidade que outros países vivenciam em torno dessa mesma questão.

²²⁸ BADIN, [s.d.], on-line.

Em 2003, o CADE realizou uma pesquisa, junto a 17 agências-membro²²⁹ da *International Competition Network – ICN*²³⁰, acerca da relação entre as autoridades da concorrência e o Judiciário²³¹, a qual apresentou alguns resultados interessantes para a abordagem do tema deste trabalho, dentre eles:

a) analisando se o sistema judiciário tem o poder de proferir uma decisão que substitua aquela proferida pela autoridade de defesa da concorrência ao analisar um recurso, o resultado foi: (i) 47,1% dos entrevistados, portanto quase a metade, afirmaram que o Poder Judiciário tem autoridade para proferir decisão desse tipo; (ii) 23,5% responderam que o Judiciário deve submeter a decisão de volta à apreciação da autoridade de defesa da concorrência; e (iii) 29,4% disseram que o Poder Judiciário pode, como ato discricionário, rever a decisão da autoridade ou submeter a decisão de volta à autoridade de defesa da concorrência.²³² Isso significa que, em termos gerais, 76,5% das autoridades de defesa da concorrência consultadas podem ter suas decisões revogadas pelo controle judicial sem um novo envio à agência;

b) indagados se eles consideram que o Poder Judiciário tem ajustado a política da concorrência, 56% dos entrevistados responderam afirmativamente, ao passo que 44% responderam que não,²³³ o que permite concluir que, dentro do universo consultado, o Poder Judiciário tem desempenhado um papel bastante ativo na definição da política da concorrência como jurisdição que aperfeiçoa a experiência com o direito da concorrência;

c) no que tange às principais razões pelas quais as decisões das autoridades de defesa da concorrência são reformadas, a resposta mais citada (apresentada por mais de 50% dos entrevistados) foi que existem divergências na forma como a autoridade da concorrência e o Judiciário interpretam as regras da concorrência. Logo em seguida, com 44% das respostas,

²²⁹ Pertencentes às seguintes jurisdições: África do Sul, Brasil, Canadá, Chile, Comunidade Europeia, Espanha, Holanda, Jamaica, México, Nova Zelândia, Peru, Polônia, Portugal, Romênia, Tunísia, Turquia e Zâmbia.

²³⁰ A *International Competition Network – ICN* é a única organização internacional dedicada exclusivamente à aplicação das leis de defesa da concorrência. Foi criada em 2001 e atua como um fórum permanente de discussões por meio do qual autoridades de defesa da concorrência de diversos países buscam consenso acerca das melhores práticas de política antitruste. Atualmente, a organização possui 123 membros, que representam autoridades antitruste de 84 países (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE, [s.d.]).

²³¹ Entre os que responderam a pesquisa, 11% eram tribunais especializados em defesa da concorrência dentro do Poder Judiciário, 11% eram órgãos julgadores administrativos, 22% eram órgãos de investigação administrativo e 56% eram agências que concentram a investigação e o julgamento em um mesmo órgão (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE, 2007).

²³² CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE. Relatório sobre uma pesquisa acerca da relação entre as autoridades da concorrência e o judiciário – *International Competition Network - ICN. Revista de direito da concorrência*, n. 15, p. 13-34, jul.-set. 2007a. p. 19.

²³³ *Ibid.*, p. 22.

apontou-se que os juízes não são suficientemente familiarizados com os conceitos econômicos necessários para a análise dos casos de concorrência. Não é possível afirmar com precisão, e isso não foi objeto da pesquisa, mas talvez exista uma relação entre o primeiro e o segundo motivos mais indicados, ou seja, as divergências na forma como a autoridade da concorrência e o Judiciário interpretam as regras da concorrência normalmente ocorrem porque os juízes não estão suficientemente familiarizados com os conceitos econômicos necessários para a análise dos casos de concorrência. Mas é possível, ainda, que a divergência decorra, simplesmente, de visões distintas acerca dos valores ou objetivos que devem ser perseguidos pela política antitruste (essa opção, todavia, não foi apresentada na pesquisa em referência), e não necessariamente pela falta de conhecimento acerca dos conceitos econômicos que permeiam à análise dos casos de concorrência. Finalmente, 33% dos entrevistados mencionaram ainda outros dois motivos: (i) o ônus da prova aplicado em casos de concorrência não é considerado adequado; e (ii) existem problemas relacionados com o cálculo das multas. 27% dos entrevistados indicaram como razão para a reforma da decisão pelo Judiciário a existência de problemas em questões processuais. Essas três últimas razões mais indicadas parecem demonstrar que os procedimentos das autoridades antitruste ainda demandam aperfeiçoamentos a fim de alcançar os padrões judiciais.²³⁴

A propósito, no tocante a esse último aspecto realçado, é possível afirmar que a intervenção judicial por meio da revisão de decisões do CADE tem ajudado a moldar a política da concorrência no Brasil, no plano microinstitucional, à medida em que tem influenciado algumas mudanças na atuação das autoridades antitruste. É que, em virtude dos vícios processuais que têm levado à anulação de algumas decisões do órgão, o CADE passou a dar uma atenção bem maior aos procedimentos, deixando os processos administrativos mais próximos dos padrões judiciais (fenômeno que tem sido chamado de *judicialização* das decisões), assim como tem buscado melhorar a qualidade das provas produzidas.²³⁵

Na verdade, a influência do Poder Judiciário e o impacto de suas decisões sobre a política da concorrência é realidade reconhecida em outras jurisdições.

²³⁴ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE, 2007, p. 23-24.

²³⁵ A justificativa para a postura anterior do CADE estava fundada no fato de o processo administrativo ser regido por princípios diferenciados, como a celeridade e a informalidade. Entendiam que essa *judicialização* do processo administrativo poderia torna-lo lento e burocrático, além de elevar o custo da análise. Parece, todavia, ter havido a compreensão de que maior desperdício de tempo e de recurso ocorre quando há uma suspensão da decisão pelo Judiciário em virtude de ineficiência na instrução processual que poderia ser evitada.

No Canadá, por exemplo, o Poder Judiciário pode e efetivamente molda a política de concorrência por meio da interpretação que faz da lei. Isso porque, uma vez que o Tribunal da Concorrência (que é considerado parte do Judiciário), o Tribunal de Recursos ou o Supremo Tribunal fazem uma interpretação de um termo da lei ou de um regulamento, o *Competition Bureau*, autoridade de defesa da concorrência, ignora o significado do termo utilizado anteriormente e passa a adotar a interpretação judicial.²³⁶

A Espanha, por sua vez, tem reconhecido como uma das mudanças mais importantes na política antitruste espanhola o reconhecimento, por seu Tribunal Constitucional, de que as Comunidades Autônomas também poderiam aplicar as regras de defesa da concorrência, ampliando a implementação da Lei de Concorrência a autoridades regionais. A partir dessa decisão, inclusive, foi publicada uma lei regulando o tema.²³⁷

Diante das observações acima esposadas, parece inafastável a conclusão de que, independentemente do sistema político e da estrutura do sistema de defesa da concorrência ou mesmo da existência de tribunais especializados, a política antitruste resulta, mesmo, da interação entre os órgãos de defesa da concorrência e o Poder Judiciário. O controle judicial tem o potencial de ocasionar mudanças na análise e tomada de decisões pelas autoridades antitruste, fato esse que realça o ativo papel do Judiciário no desenvolvimento da política de concorrência não apenas no Brasil, mas em outras jurisdições.

5.1.2 Um diagnóstico da situação no Brasil

Ao final de 2009, o CADE, a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP) e a Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) celebraram um convênio visando ao desenvolvimento de pesquisa científica acerca do tema da revisão judicial das decisões do CADE. Referida pesquisa teve por objeto analisar acórdãos proferidos pelos Tribunais Regionais Federais (TRFs)²³⁸, Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal

²³⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE. Concorrência e o judiciário – *International Competition Network - ICN*. **Revista de direito da concorrência**, n. 15, p. 37-55, jul.-set. 2007b, p. 51.

²³⁷ *Id.*, 2007a, p. 52.

²³⁸ Por vezes serão citadas decisões de outros TRFs, que não o da 1ª Região, onde está localizada a sede do CADE, em razão da ocorrência de um litisconsórcio passivo entre a referida autarquia e a União Federal. Trata-se de situação que sempre leva o CADE a recorrer argumentando que o foro competente seria o de seu domicílio. Todavia, sobre esse assunto o STJ já se manifestou, como no Recurso Especial nº 1.208.887-SP, em decisão da 2ª Turma, sob a relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, o qual restou assim ementado: “PROCESSO CIVIL. COMPETÊNCIA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO. UNIÃO E

(STF), tendo por objeto apenas decisões administrativas tomadas pelo CADE desde o início da vigência da Lei nº 8.884/94 até abril de 2010. Tendo em vista que os resultados obtidos também contribuem para a abordagem do tema do presente trabalho, lançando luz sobre algumas questões e afastando alguns mitos, serão agora apresentados aqueles que merecem maior destaque.²³⁹

Antes, todavia, é importante esclarecer que o recorte que a pesquisa utilizou inclui apenas (i) as decisões transitadas em julgado nos tribunais indicados e (ii) as decisões já proferidas pelos referidos tribunais, mas que, à época da pesquisa, ainda estavam pendentes de recurso em instâncias superiores.²⁴⁰ Assim é que, no total, foram identificados e analisados 52 recursos, originados de 43 processos judiciais²⁴¹ e distribuídos juntos aos TRFs, STJ e STF, os quais, por sua vez, referiam-se a 39 casos administrativos distintos, sendo todos correspondentes a decisões proferidas pelo CADE. Os julgados foram submetidos, inicialmente, a uma análise de natureza quantitativa e, em seguida, a uma análise de cunho qualitativo.

Realizado o estudo, verificou-se que, dos 39 casos provenientes do CADE, 21 diziam respeito a processos administrativos (controle de conduta) e 18 referiam-se a análise de atos de concentração (controle de estruturas).²⁴² Dos 21 processos administrativos em

AUTARQUIA FEDERAL (CADE). INCIDÊNCIA DO ART. 109, §2º, DA CF E ART. 94, §4º, DO CPC. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. 1. Em razão da ocorrência de um litisconsórcio passivo entre o CADE e a União deve ser feita uma interpretação conjunta do artigo 94, §4º, do CPC, com o artigo 109, §2º, da Constituição Federal, para definir qual o foro competente. 2. A lei processual civil dispõe que na ocorrência de um litisconsórcio passivo, é facultada ao autor a escolha do foro de qualquer um dos demandados, enquanto a Constituição Federal define que as causas intentadas contra a União poderão ser aforadas: a) na seção judiciária em que for domiciliado o autor; b) no foro em que houver ocorrido o ato ou o fato; c) onde esteja situada a coisa; d) no Distrito Federal. [...]. 4. Recurso Especial não provido”

²³⁹ Para uma leitura completa do resultado da pesquisa, vide: SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO (SBDP). **Revisão judicial das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE):** pesquisa empírica e aplicada sobre os casos julgados pelos Tribunais Regionais Federais (TRFs), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF). Belo Horizonte: Fórum, 2011.

²⁴⁰ Foram excluídas todas as decisões interlocutórias em cujo caso ainda não houvesse decisão de mérito, assim como as decisões cujo objeto não tivesse relação com o Direito Concorrencial.

²⁴¹ Ou seja, apesar de o recorte da referida pesquisa ter sido composto por 52 acórdãos, alguns deles foram decorrentes de recursos interpostos em um mesmo processo (como, por exemplo, um recurso especial e um extraordinário interpostos em face de um mesmo acórdão proferido em uma apelação em mandado de segurança).

²⁴² A pesquisa não informa, todavia, a quantidade total de processos administrativos e de atos de concentração que foram submetidos ao CADE desde o início da vigência da Lei nº 8.884/94 até abril de 2010, o que permitiria verificar qual é o tipo de controle exercido pelo CADE que costuma sofrer mais pedido de revisão em juízo. Todavia, informa que, “Entre o ano de 2000 e 2009, apenas 120 processos administrativos impuseram alguma condenação à parte, o que representa 26,7% do total de processos administrativos (P.A.) julgados pelo CADE nesse período. No que tange aos A.C., a porcentagem de condenações é ainda menor, haja vista que entre 2005 e 2009 apenas 0,1% dessas operações foram reprovadas, e apenas 7,2% aprovadas com restrições” (SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO (SBDP), 2011, p. 42).

questão, 10 diziam respeito a condenações pela prática de unimilitância por cooperativas de serviços médicos²⁴³ e 05 referiam-se a condenações por tabelamento de honorários médicos, de sorte que 15 decisões administrativas (em um universo de 21) estavam ligadas a serviços médicos. No que tange aos casos referentes a análise de atos de concentração (18), uma interessante informação deve ser realçada: 13 deles não tinham suas decisões atacadas quanto ao mérito da operação submetida ao CADE (pela aprovação ou pela rejeição), mas apenas a questões secundárias como a aplicação de multa por intempestividade da apresentação do ato (09) e a obrigatoriedade de recolhimento da taxa processual de notificação ao CADE (04).²⁴⁴

Quanto ao resultado final dos processos judiciais transitados em julgado (24 ao todo, envolvendo 33 recursos e correspondendo a 21 processos administrativos)²⁴⁵, observou-se que os índices das decisões pró e contra CADE, em sede de recurso judicial, são praticamente iguais. Em um universo de 33 recursos, 10 foram julgados pela revisão da decisão do CADE e 11 foram julgados pela manutenção da decisão administrativa; outros 12 resultados de recursos não foram considerados pró e nem contra CADE, haja vista que diziam respeito às situações de não conhecimento de recurso, desistência de recurso e perda do objeto do recurso nos processos em que ocorreram acordos extrajudiciais homologados em primeira instância.²⁴⁶ Esse dado pode sugerir uma conclusão muito relevante e que toca o objeto do presente trabalho: não existe uma tendência de julgamento pró ou contra CADE no âmbito dos tribunais que tiveram suas decisões analisadas na pesquisa.

Outro dado muito importante foi alcançado pela análise qualitativa dos julgados. Feito o levantamento, verificou-se que, dentre os 10 recursos em que, ao final, decidiu-se pela modificação da decisão do CADE, em 02 deles a decisão do tribunal teve fundamento em questões relativas a vícios de forma, isto é, de aspectos relativos ao procedimento desenvolvido pelo CADE ou à observância das garantias processuais da ampla defesa e do contraditório. A maioria (08 recursos) teve suas decisões fundadas em questões relativas exclusivamente ao mérito das decisões da autarquia, situação em que a divergência estava concentrada sobre aquilo que os tribunais entendiam como a correta ou a melhor aplicação da legislação antitruste, em temas como a multa por apresentação intempestiva de ato de

²⁴³ Compreendida pelo CADE como uma espécie de prática cartelizante, caracteriza-se pela existência de cláusula contratual (normalmente estatutária) fixando a exclusividade na prestação de serviços médicos dos cooperados.

²⁴⁴ SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO (SBDP), 2011, p. 46.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 41.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 56.

concentração, a aplicação de tabela de honorários médicos e a prática de cartel.^{247, 248} Nesse ponto, todavia, é importante fazer a ressalva de que, como será melhor analisado mais adiante, esse mérito da decisão da autarquia que é levado à apreciação do Judiciário, e no qual é mais comum haver modificação da decisão do CADE, nem sempre se refere a uma situação em que se discute se tal conduta ou ato de concentração configura infração à ordem econômica, ou tem o potencial de causar prejuízo à concorrência. Na maioria das vezes dirá respeito, meramente, a uma discussão acerca da legitimidade ou da legalidade de uma previsão constante da Lei Antitruste ou de alguma resolução do CADE ou do Ministério da Justiça, como nos casos em que se discute a interpretação do art. 2º da Resolução nº 15/98 para definir se o ato de concentração foi apresentado tempestiva ou intempestivamente ao CADE.

De toda sorte, o mérito da decisão do CADE dizendo ou não respeito à configuração de determinada conduta ou ato de concentração como infrativo ao ambiente concorrencial, a pesquisa verificou que predomina, amplamente, nas decisões judiciais analisadas, a descon sideração de uma discricionariedade na decisão do CADE, havendo, mesmo, casos em que o Poder Judiciário decidiu pela revisão de questões que, em outras situações, já haviam inclusive sido consideradas estritamente discricionárias e, portanto, atinentes apenas à esfera de decisão do CADE.

Com efeito, a pesquisa em referência concluiu que, pelo menos com base nos julgados que foram objeto do recorte, os tribunais não tem se preocupado com a imposição de qualquer limite ao exercício do controle judicial sobre as decisões do CADE, rejeitando a ideia de que o mérito dessas decisões não poderia ser perscrutado pelo Poder Judiciário.

Por fim, da pesquisa aqui mencionada colhe-se um último dado relevante. Ainda no tocante à análise qualitativa, fez-se um mapeamento da forma de construção dos argumentos nas decisões judiciais objeto do recorte, oportunidade em que se verificou que o uso de doutrina, teses, pareceres ou opiniões de autores especializados não constitui um recurso argumentativo com alta incidência nos votos dos julgadores. Quanto ao uso da jurisprudência, esse se dá com relativa frequência, sendo essa maior quando o acórdão

²⁴⁷ SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO (SBDP), 2011, p. 11.

²⁴⁸ A título de exemplo, tem-se que, ao contrário da posição adotada pelo CADE em suas decisões, a jurisprudência do TRF da 1ª Região tem consolidado o entendimento de que a utilização de tabela de honorários médicos, por si só, não caracteriza cartel, devendo o CADE comprovar a prática anticoncorrencial *in concreto*. No que diz respeito à exigência de unimilitância por cooperativas de serviços médicos, apesar da divergência verificada entre o TRF da 1ª Região e o TRF da 4ª Região, o STJ tem-se manifestado pelo reconhecimento da ilegalidade de cláusulas dessa espécie, com base em interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais relacionados à questão, afastando o argumento de que a cláusula de exclusividade estaria fundada na ideia de livre adesão dos cooperados.

fundamenta decisão contrária à posição do CADE. Não é, todavia, comum os acórdãos fazerem remissão a trechos específicos das decisões do CADE, como forma de buscar estabelecer um diálogo explícito com os fundamentos e as razões de decidir da autarquia.²⁴⁹

5.1.3 A questão da discricionariedade nas decisões do CADE

Conforme já salientado anteriormente, a partir de 1994, com a edição da Lei nº 8.884, o CADE foi erguido à condição de autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, e a dispor de considerável autonomia. Nos exatos termos do art. 3º daquela lei, o CADE desenvolveria uma função judicante na esfera administrativa, não cabendo qualquer revisão de suas decisões no âmbito do Poder Executivo, por força do disposto no art. 50 daquela lei.^{250, 251}

A bem da verdade, sendo uma entidade administrativa dotada de atividade técnica, o CADE faz as vezes de uma agência reguladora que, no caso, teria por objeto a prevenção e a repressão das práticas anticoncorrenciais, sendo mesmo comum o tema do controle judicial sobre suas decisões ser tratado na mesma oportunidade em que se faz a abordagem sobre a revisão judicial dos atos das agências reguladoras.²⁵²

Com efeito, partindo-se da premissa de que os atos praticados pelo CADE assumem a natureza de atos administrativos, e considerando-se que, no sistema jurídico brasileiro, o controle judicial dos atos administrativos é inafastável, sendo, mesmo, um pilar do Estado de Direito, é comum debater-se acerca de seus limites. No que toca especificamente às decisões provenientes do CADE, também se investiga se elas possuem a natureza jurídica de ato administrativo discricionário ou de ato administrativo vinculado.

²⁴⁹ SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO (SBDP), 2011, p. 78-80.

²⁵⁰ *In verbis*: “Art. 50. As decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições”.

²⁵¹ Aqui é oportuno pontuar que, passando o CADE a ser constituído por 03 órgãos – o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, a Superintendência-Geral e o Departamento de Estudos Econômicos – a partir da Lei nº 10.529/2011, e considerando que o Tribunal Administrativo passou a ser o órgão judicante por excelência, o art. 50 da Lei nº 8.884/94 passou a ter a seguinte redação da nova Lei Antitruste: “Art. 9º, §2º. As decisões do Tribunal não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições”. O presente trabalho, todavia, continuará fazendo referência ao CADE, ainda quando as decisões questionadas em juízo forem provenientes especificamente do Tribunal Administrativo.

²⁵² Nesse sentido, vide: GUERRA, Sérgio. **Controle judicial dos atos regulatórios**. Brasília: Editora Lumen Juris, 2005, p. 90.

A noção de discricionariedade administrativa é um dos temas mais tortuosos enfrentados pelo Direito Administrativo. Nascida no Conselho de Estado Francês, na época em que os domínios do Direito coincidiam com o campo da legalidade, seu conceito tem evoluído bastante ao longo do tempo.^{253, 254}

Maria Sylvia Zanella Di Pietro relata que, inicialmente, a discricionariedade administrativa era tomada em um sentido bastante amplo, logrando excluir do controle judicial todos os assuntos concernentes à segurança e à ordem pública – eram as chamadas *matérias de polícia*, que compunham o *jus politiae*. Na segunda metade do século XIX, todavia, consolidou-se uma modificação no conceito, desta feita para considerar como discricionários e, portanto, não sujeitos à revisão judicial, apenas os chamados *atos de pura administração*, e desde que esses não ferissem, de alguma forma, direitos individuais, e não contivessem vícios de incompetência e/ou de forma - situações em que deveriam se submeter à referida sindicabilidade, por meio do *recurso por excesso de poder*, como os demais atos administrativos.²⁵⁵

Foi, todavia, a teoria do desvio do poder, também originária do Direito Francês, que veio estabelecer limites mais significativos à ideia de discricionariedade administrativa. Nas palavras de Maria Sylvia Zanella de Pietro, essa teoria permitia que o Conselho de Estado analisasse se os fins visados pelas autoridades competentes estavam em consonância com o interesse público e obedeciam a forma legal. Tem-se, então, que o chamado recurso por excesso de poder, que permitia verificar se o ato discricionário não possuía vício de incompetência ou de forma, passou a permitir analisar, também, se a finalidade do ato respeitava o interesse público.²⁵⁶

Celso Antônio Bandeira de Mello observa que, segundo a melhor doutrina francesa, o vício do desvio de poder pode manifestar-se de duas maneiras:

Em *uma delas*, o agente administrativo, servindo-se de uma competência que em abstrato possui, busca uma finalidade alheia a qualquer interesse público. Neste caso

²⁵³ Antônio Castanheira Neves, citado por Germana de Oliveira Moraes, ao apresentar um quadro evolutivo da noção de discricionariedade administrativa, esclarece que: “O poder discricionário tem sido entendido sucessivamente e historicamente como um poder político, depois como uma esfera de autonomia pública, como a essência da função pública administrativa, e modernamente como uma modalidade de aplicação ou execução da lei” (NEVES *apud* MORAES, 2004, p. 33).

²⁵⁴ Os autores franceses mais antigos não faziam referência à palavra *discricionariedade*. Para representar essa ideia naquele tempo, utilizavam a expressão *poder gracioso* ou *poder não contencioso*, sendo que as matérias contenciosas eram sujeitas a controle, diferentemente das não contenciosas (DI PIETRO, 2001, p. 87).

²⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 87-88.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 89.

atua para alcançar um fim pessoal, que tanto pode ser de perseguição a alguém como de favoritismo ou mesmo para atender um interesse individual do próprio agente. Em *outra modalidade*, manejando também uma competência que em abstrato possui, busca atender uma finalidade pública que, entretanto, não é aquela própria, específica, da competência utilizada. Aí ter-se-á valido de uma competência inadequada, de direito, para o atingimento da finalidade almejada.²⁵⁷ (grifos do autor).

Nesse mesmo sentido é a doutrina de Eduardo Garcia de Enterría, citado por Germana de Oliveira Moraes: “Os poderes administrativos não são abstratos, utilizáveis para qualquer finalidade; são poderes funcionais, outorgados pelo ordenamento em vista de um fim específico, com o que apartar-se do mesmo obscurece a fonte de sua legitimidade”.²⁵⁸

Contudo, com o advento da Constituição de 1988, assim como do chamado constitucionalismo *principiológico*, na expressão utilizada por Paulo Bonavides²⁵⁹, ficou cada vez mais difícil afastar o controle judicial sobre os atos discricionários. Essa ideia funda-se na compreensão de que, se outrora o controle jurisdicional limitava-se à observância do princípio da legalidade, que, aliás, consta expressamente do *caput* do art. 37 da Constituição de 1988, apregoando a conformidade dos atos administrativos com as regras jurídicas, fala-se agora em controle de *juridicidade*, pelo qual se verifica a conformidade dos atos administrativos com os demais princípios da Administração, para além da legalidade.

Nesse sentido, aliás, a observação de Andreas J. Krell representa bem essa mudança:

Não há mais dúvida, no Brasil, de que todo e qualquer ato administrativo, inclusive o ato discricionário e também aquele decorrente da valoração administrativa dos conceitos indeterminados de prognose, é suscetível de um controle jurisdicional mínimo, baseado nos princípios constitucionais e nos princípios gerais de Direito. Na atual fase ‘pós-positivista’, que foi instaurada com a ampla positivação dos princípios gerais de Direito nos novos textos constitucionais, os atos administrativos discricionários não devem ser controlados somente por sua legalidade, mas por sua juridicidade. Essa ‘princípioalização’ do Direito brasileiro (proibição de arbitrariedade, razoabilidade, proporcionalidade, igualdade, proteção da confiança legítima etc.) aumentou a margem da vinculação dos atos discricionários.²⁶⁰

Na verdade, trata-se mesmo de uma compreensão que já encontra eco junto à melhor doutrina administrativista brasileira. Pela similaridade do pensamento, utiliza-se aqui,

²⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 58-59.

²⁵⁸ MORAES, 2004, p. 94.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 9.

²⁶⁰ KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental**. O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 53-54.

mais uma vez, da lição de Germana de Oliveira Moraes, no intuito de demonstrar a tendência de consolidação do pensamento:

A lei fornece os parâmetros de aferição judicial da *legalidade* dos elementos predominantemente vinculados dos atos administrativos, enquanto a Constituição enuncia os princípios da Administração Pública que consubstanciam os parâmetros de aferição pelo Poder Judiciário da *juridicidade* dos elementos predominantemente discricionários dos atos administrativos.

[...] quando da atividade administrativa não vinculada da Administração Pública desdobrável em discricionariedade e valoração administrativa de conceitos verdadeiramente indeterminados resultar lesão ou ameaça a Direito, é sempre cabível o controle jurisdicional, seja à luz do princípio da legalidade (art. 37, *caput*, da Constituição Federal Brasileira), seja em decorrência dos demais princípios constitucionais da Administração Pública, de publicidade, de impessoalidade, moralidade e eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição Federal Brasileira), do princípio constitucional da igualdade (art. 5º, inciso II, da Constituição Federal Brasileira) e dos princípios gerais de Direito da razoabilidade e da proporcionalidade, para o fim de invalidar o ato lesivo ou ameaçador de direito e, em certas situações mais raras, ir-se ao ponto extremo de determinar a substituição de seu conteúdo por outro indicado judicialmente.²⁶¹ (grifos da autora).

Com efeito, o que se vê agora é que, em virtude do texto constitucional de 1988 e dos princípios ali encartados, mormente aqueles inseridos em seu art. 37, os quais dão diretrizes fundamentais à Administração Pública, nenhuma autoridade está totalmente livre para agir ao seu talante.

Essa principalização do Direito, todavia, não teve o condão de extinguir a noção de discricionariedade administrativa. Na realidade, apenas modificou, mais uma vez, a compreensão que se deve ter desta e alterou o limite daquilo que deve permanecer insuscetível de revisão judicial, ou seja, o mérito do ato administrativo; esse permanece imune à revisão judicial.²⁶²

Conforme se observa na última citação feita à doutrina de Germana de Oliveira Moraes, a autora faz uso das noções de *atuação administrativa vinculada* e *atuação administrativa não vinculada*, sendo que dentro desta última mereceram destaque dois principais aspectos, que não se confundem entre si: a discricionariedade e a valoração administrativa dos conceitos jurídicos verdadeiramente indeterminados²⁶³, os quais são passíveis de sofrer controle jurisdicional, tanto quanto a atuação administrativa vinculada.

²⁶¹ MORAES, 2004, p. 17.

²⁶² Diz-se que a discricionariedade deixou de confundir-se com o mérito, ficando este, nas palavras de Paulo Bonavides, “naquilo que ainda possa ser tido como tal, numa faixa já deveras diminuída, mas isenta de toda ambiguidade e, portanto, inteiramente imune à fiscalização judicial” (apud MORAES, 2004, p. 12).

²⁶³ Para consultar outra referência a essa distinção, vide: ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 215 *et seq.*

O mérito do ato administrativo, todavia, que “pressupõe o exercício da discricionariedade, sem no entanto com ela confundir-se, embora constitua seu núcleo”^{264, 265}, será um aspecto do ato resultante da atuação administrativa não vinculada que permanecerá imune ao controle judicial, haja vista “consistir nos processos de valoração dos motivos e de definição do conteúdo do ato administrativo não parametrizados por regras, nem por princípios, mas por critérios não positivados”²⁶⁶, que, atualmente, estão resumidos às noções de conveniência e oportunidade. Em resumo, a esse respeito, a doutrina de Germana de Oliveira Moraes conclui que:

Exerce-se o controle jurisdicional de legalidade sobre os aspectos vinculados dos atos administrativos; exercita-se o controle judicial de juridicidade *stricto sensu* sobre os aspectos não vinculados do ato administrativo, distintos do mérito, vale dizer, sobre a valoração administrativa que não envolve os juízos de oportunidade nem de conveniência para a prática do ato, mas outros juízos, como os de justiça e proporcionalidade, no Direito Português, e os de moralidade, proporcionalidade e razoabilidade no Direito Brasileiro. O terreno do mérito do ato administrativo persiste infenso ao controle jurisdicional, pois reporta-se a regras não positivadas de boa administração.²⁶⁷

Ao lançar-se o olhar sobre qual tem sido a posição adotada pelo Poder Judiciário, ou mais especificamente pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), no que tange à revisão judicial dos atos discricionários, observa-se que, em regra, essas Cortes ainda não fazem uma distinção entre discricionariedade e mérito, sendo certo salientar que ambas se manifestam reiteradamente pela insindicabilidade do mérito do ato administrativo. No STJ, essa realidade está representada pelo que se vê na ementa do acórdão do MS 4388/DF²⁶⁸, assim como no RMS 18.151/RJ²⁶⁹, no MS 10.815/DF²⁷⁰ e no REsp 904.676/DF²⁷¹.

²⁶⁴ MORAES, 2004, p. 200.

²⁶⁵ A autora, todavia, faz a ressalva de que a doutrina administrativista brasileira ainda tem a tendência de não fazer distinção entre discricionariedade e mérito.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 200.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 200-201.

²⁶⁸ “[...] 2. A Administração, ao fixar o valor para pagamento da RAV, estabelecendo critérios que visem à consecução de metas estipuladas em sua atividade arrecadadora, atua no exercício de poder discricionário, cujo reexame pelo Judiciário, implicaria em incursão no mérito administrativo, o que é vedado face a independência dos poderes.” *[sic]* (BRASIL, 1998b).

²⁶⁹ “[...] III – É defeso ao Poder Judiciário adentrar ao mérito administrativo de ato discricionário, a fim de aferir sua motivação, somente sendo permitida a análise de eventual transgressão do diploma legal.” (BRASIL, 1998b).

²⁷⁰ “1. A discricionariedade administrativa encontra limites, limites impostos pelo próprio princípio da legalidade.” (BRASIL, 2007).

²⁷¹ “[...] 3. Os atos discricionários legitimam espaço de liberdade para administrador, insindicável pelo Poder Judiciário, porquanto nessas hipóteses interdita a intervenção no mérito do ato administrativo.” (BRASIL, 2008).

A doutrina que os julgados mais citam ao abordar esse tema é a de Celso Antônio Bandeira de Mello, como esta presente na ementa do REsp 617.444/PR, cujo trecho transcreve-se a seguir, no intuito de expor, resumidamente, qual tem sido o pensamento norteador das decisões do STJ nesse tocante:

[...]

2. É sabido que os atos discricionários autorizam certa margem de liberdade, porquanto a lei, ao regular a matéria, deixa um campo de apreciação ao administrador, insindicável pelo Poder Judiciário, porque interdita a intervenção no mérito do ato administrativo.

3. Sobressai da doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello acerca dos atos discricionários e seu controle, *in* Curso de Direito Administrativo, Editora Malheiros, 15^a Edição, páginas 395/396 – 836/837, *in verbis*: ‘Já se tem reiteradamente observado, com inteira procedência, que não há ato propriamente discricionário, mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos. Isto porque nenhum ato é totalmente discricionário, dado que, conforme afirma a doutrina prevalente, será sempre vinculado com relação ao fim e à competência, pelo menos. Com efeito, a lei sempre indica, de modo objetivo, quem é competente com relação à prática do ato – e aí haveria inevitavelmente vinculação. Do mesmo modo, a finalidade do ato é sempre e obrigatoriamente um interesse público, donde afirmarem os doutrinadores que existe vinculação também com respeito a este aspecto’. [...] Em suma: discricionariedade é liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal, e pode ser definida como: ‘A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal’. [...] Nada há de surpreendente, então, em que o controle judicial dos atos administrativos, ainda que praticados em nome de alguma discricionação, se estenda necessária e insuperavelmente à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato. Nenhum empecilho existe a tal proceder, pois é meio – e, de resto fundamental – pelo qual se pode garantir o atendimento da lei, a afirmação do direito. [...] Assim como ao Judiciário compete fulminar todo o comportamento ilegítimo da Administração que apareça como frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistiam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionária.²⁷²

É possível concluir, ainda, que o entendimento que tem norteado as decisões do STJ no que se refere à sindicabilidade do mérito do ato discricionário ainda relaciona o tema apenas à ideia do controle do ato por sua legalidade, mas ainda não por sua juridicidade, diferentemente do que já se observa nos julgados do STF, os quais já fazem referência à adoção dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade quando da análise dos atos discricionários, mantendo, todavia, imperscrutável o que se entende pelo mérito do ato. Nesse

²⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 617.444 Paraná. Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário de Justiça da União**, p. 196. Brasília, 20 mar. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

sentido, veja-se o que já restou consignado pela Primeira Turma do STF no julgamento do AI 800.892 AgR/BA, quando da apreciação de um ato administrativo discricionário:

[...]

3. Não viola o princípio da separação dos poderes o controle pelo Poder Judiciário de ato administrativo eivado de ilegalidade ou abusividade, o qual envolve a verificação da efetiva ocorrência dos pressupostos de fato e de direito, podendo o Judiciário atuar, inclusive, nas questões atinentes à proporcionalidade e à razoabilidade.^{273, 274}

É nesse contexto que a discricionariedade administrativa assume lugar de destaque no estudo do tema do controle judicial das decisões do CADE. Tendo em vista que os seus pronunciamentos – hoje provenientes do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica – muitas vezes constituem decisões administrativas dotadas de tecnicidade, e considerando, ainda, o amplo uso que a Lei Antitruste faz de enunciados de conteúdo semântico aberto (normalmente designados, na doutrina administrativista, de conceitos jurídicos indeterminados), muitas vezes levantam-se para defender que as decisões do CADE são resultantes do exercício do que se tem chamado de discricionariedade técnica.²⁷⁵

Apesar de a teoria que relaciona a discricionariedade aos chamados conceitos legais indeterminados ser originária do direito alemão²⁷⁶, foi todavia no direito italiano que esses conceitos indeterminados passaram a ser objeto de análise a partir de uma distinção entre discricionariedade administrativa, que seria a discricionariedade propriamente dita, e discricionariedade técnica, que é uma discricionariedade imprópria.²⁷⁷

Segundo a lição de Maria Sylvania Zanella Di Pietro, na formulação de seu idealizador, a discricionariedade técnica corresponderia a decisões que ficariam fora do controle jurisdicional em virtude de sua alta complexidade técnica, haja vista abordarem

²⁷³ Id. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 800.892 Bahia. Primeira Turma. Relator Ministro Dias Toffoli. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 12 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

²⁷⁴ Tem-se, ainda, no mesmo sentido, um outro julgado do STF, dessa vez da Segunda Turma: “Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo. Constitucional e Administrativo. Demissão de servidor: 1. Controle judicial de ato administrativo: inexistência de contrariedade ao princípio da separação dos poderes. 2. Controvérsia sobre observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade: Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal. 3. Agravo Regimental ao qual se nega provimento”.

²⁷⁵ Nesse sentido, *vide*: OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 326-328.

²⁷⁶ DI PIETRO, 2001, p. 98.

²⁷⁷ Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2001) observa, ainda, que essa diferenciação entre discricionariedade administrativa e discricionariedade técnica é originária da Áustria, por meio dos estudos de Bernatzik, tendo, todavia, alcançado maior desenvolvimento na Itália.

“matérias que só o administrador público, em contato com a realidade do dia-a-dia, tem condições de apreciar de forma adequada”.²⁷⁸

Nesse sentido, muitos que acolhem a existência dessa discricionariedade técnica entenderão, como o faz Marcos Juruena Villela Souto, que ela não é uma categoria de ato administrativo plenamente justificável. Nas palavras do mencionado autor,

O controle da discricionariedade técnica não pode, assim, envolver o mérito, salvo por erro de fato, irrazoabilidade de contradição (que seria o excesso de poder) ou por violação da lei. [...] Quando a ordem jurídica se remete a questões técnicas complexas de difícil compreensão ou de impossível reprodução probatória (por sua característica intrínseca), o juiz deve se contentar com o ‘juízo do tolerável’, ou seja, uma decisão motivada da Administração (já que o estado da arte ainda não permitiu a certeza absoluta).²⁷⁹

Eros Roberto Grau, que, saliente-se, não concorda com a existência de uma discricionariedade técnica, apresenta um resumo de como essa tese está estruturada:

[...] há decisões administrativas que supõem tal grau de especialização técnica que somente aquele que as toma, a partir da consideração de elementos altamente técnicos, as pode valorar; assim, o Poder Judiciário deve acatá-las, exercendo controle unicamente em relação aos erros manifestos que nelas se exteriorizam; daí por que a Administração, nesses casos, goza de liberdade (técnica) de decisão – liberdade que, no entanto, não é absoluta, visto que coartada quando o seu exercício resultar viciado por erro manifesto.²⁸⁰

Por fim, também na defesa da insindicabilidade das decisões dotadas de complexidade técnica, tem-se o magistério do português Luís S. Cabral de Moncada, que, ao tratar do conflito entre a Administração Pública e os tribunais, apresentou o seguinte pensamento:

[...] o juízo técnico não é apenas uma valorização (relativamente) autônoma de certos factos, é também expressão de um poder. Sendo assim, deve o juiz aceitar a valorização feita pelo agente, não sendo possível a fiscalização contenciosa, não por estarmos perante qualquer pretensa discricionariedade, mas porque a Administração dispõe aqui de verdadeira prerrogativa de avaliação.²⁸¹

Pode-se observar, sem muita dificuldade, que mesmo entre os que prescrevem a insindicabilidade dos juízos técnicos não existe uma convergência quanto à sua categorização como espécie de discricionariedade ou mesmo se essa insindicabilidade jurisdicional é plena.

Na realidade, a melhor defesa acerca da inexistência da discricionariedade técnica parece ser mesmo a ofertada pelo português António Francisco de Sousa, cujos argumentos

²⁷⁸ DI PIETRO, 2001, p. 112.

²⁷⁹ VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. **Direito administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 360.

²⁸⁰ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 211.

²⁸¹ MONCADA, Luís S. Cabral de. **Estudos de direito público**. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 216-217.

foram resumidos por Eros Roberto Grau nos termos que, por seu didatismo e percuciência, serão a seguir transcritos:

(i) a definição do que seja ‘decisão altamente técnica’ é subjetiva, visto que não se pode responder em termos satisfatórios onde começa e onde acaba o caráter ‘altamente técnico’; (ii) quando se trata de decisões referidas a matérias que o juiz não conheça – até porque não tem o dever de conhecer todas as matérias -, pode e deve ouvir peritos, a fim de que sejam plenamente esclarecidos os fatos a respeito dos quais decidirá; (iii) da inegável dificuldade de controle de tais decisões não se pode extrair, a benefício da certeza e da segurança do direito, uma liberdade (autorização) para que a Administração decida ao seu talante; essa liberdade apenas pode ser a ela atribuída, diretamente, pela lei; (iv) ao limitar-se o controle jurisdicional ao ‘erro manifesto’, coloca-se à margem desse controle o ‘erro não manifesto’; é certo, porém, que tanto o ‘erro manifesto’ quanto o ‘erro não manifesto’ são ilegais e devem ser controlados e corrigidos, jurisdicionalmente; a tolerância do erro, *manifesto* ou *não manifesto*, se não concedida pela lei, não pode ser concedida pelo juiz; ademais, também não se pode responder de modo satisfatório onde começa e onde acaba o caráter manifesto do erro.²⁸² (grifos do autor).

Tércio Sampaio Ferraz Jr. ainda chega a falar em uma distinção entre discricionariedade técnica imprópria e discricionariedade técnica própria. Para ele, o primeiro caso seria representado pelas situações em que a lei faz uso de conceitos que dependem da manifestação de órgãos técnicos, cabendo, todavia, ao agente público alcançar a única solução juridicamente válida. Aqui a discricionariedade não estará presente; embora sejam identificados conceitos empíricos que estarão sujeitos à uma interpretação técnica, a atuação do agente nessa complementação do sentido da norma será vinculada. A discricionariedade técnica própria, por sua vez, tem sua existência por ele admitida, mas irá referir-se apenas aos casos em que o agente público utiliza-se de critérios técnicos, mas poderá exercer seu juízo com base em critérios de conveniência e oportunidade. Cita, como exemplo, a situação em que laudos técnicos recomendam que determinado bem seja tombado em virtude de seu valor cultural, mas a Administração Pública opta por não fazê-lo com base em outros critérios, como uma necessidade vinculada à questão da segurança ou por motivos de ordem financeira.²⁸³

Afastando novas ou outras argumentações acerca do tema da existência ou não de uma discricionariedade técnica, vale, todavia, observar que o mencionado autor, ao manifestar-se acerca dos atos de concentração apreciados sob a égide da Lei n° 8.884/94, afirmou que sua aprovação ou desaprovação pelo CADE pode até ser tida por alguns como um ato tecnicamente discricionário, mas que essa categorização não é apropriada. Isso

²⁸² GRAU, 2011, p. 211-212.

²⁸³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Discricionariedade nas decisão do CADE sobre atos de concentração. *Revista do IBRAC*, v. 4, 1997. p. 88.

porque, na compreensão do autor, quando o CADE, com base em um laudo técnico, posiciona-se sobre um ato de concentração, ele “toma uma decisão cujo fundamento técnico não expressa um juízo de conveniência e oportunidade, mas uma vinculação a ditames legais referentes à proteção da livre iniciativa e da livre concorrência”. E exemplifica:

[...], se o Plenário reconhece que determinado ato de concentração aumenta barreiras de entrada mas, não obstante, reconhece também que há eficiências que tecnicamente compensam o prejuízo, sua decisão de aprovação é um ato vinculado, não discricionário. A expressão legal ‘poderá autorizar’ (art. 54, parágrafo 1º da Lei nº 8.884/94) é, na verdade, poder-dever e não poder discricionário.²⁸⁴

No caso, diz a doutrina, não existiriam duas soluções compatíveis com o interesse público, pois o art. 54, §1º, da Lei nº 8.884/94²⁸⁵ (cujo conteúdo, hoje, está representado pelo art. 88, §§5º e 6º, da Lei nº 12.529/2011) fixava critérios objetivos de aprovação dos atos de concentração econômica. Nesse sentido é a explanação de Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

[...] a interpretação sistemática e teleológica de todo o ordenamento jurídico da concorrência exige que o texto sob exame seja lido *a contrario sensu*: o Estado, no exercício de seu poder-dever de garantir a livre iniciativa por intermédio da livre concorrência, não pode deixar de aprovar o ato de concentração quando atendidos os requisitos indicados no parágrafo 1º.²⁸⁶

Na verdade, a doutrina majoritária²⁸⁷ defendia que a única hipótese de admissibilidade de atuação discricionária por parte do CADE era representada pelo art. 54, §2º, da Lei nº 8.884/94, que ao dispor sobre a análise dos atos de concentração pela autarquia preconizava que:

§2º. Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

Esse dispositivo, todavia, não possui um correlato na nova Lei Antitruste, o que implicaria dizer que até mesmo a única previsão legal que, no entender da doutrina, deixava

²⁸⁴ FERRAZ JÚNIOR, 1997, p. 88.

²⁸⁵ “Art. 54. 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. § 1º O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições: I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro; III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços; IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.”

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 89.

²⁸⁷ Nesse sentido, *vide*: FARIA, Werter R. O controle das concentrações de empresas. **Revista do IBRAC**, v. 7, 2000.

espaço para uma discricionariedade do agente público no exercício da defesa da concorrência, foi extinta do texto normativo.²⁸⁸

O fato é que, havendo ou não a categoria discricionariedade técnica, a construção doutrinária permite concluir que, quando o CADE aprecia atos de concentração, estará exercendo uma atuação vinculada e, portanto, sujeita à revisão judicial em seu mérito.²⁸⁹

Inclusive, nesse mesmo sentido - de que a atuação da mencionada autarquia é sempre vinculada - posicionam-se o ex-presidente do CADE, Gesner Oliveira, e João Grandino Rodas: “[...] as decisões do CADE, tanto com relação aos atos de concentração, como a procedimentos administrativos, são emanções de jurisdição voluntária exercitada pela Administração Pública, sendo atos administrativos vinculados”.^{290, 291}

Em complementação à sua ideia acima esposada, Tércio Sampaio Ferraz Jr. afirma que, quanto aos enunciados com conteúdo semântico aberto – que a maioria dos administrativistas chamam de conceitos jurídicos indeterminados e os privatistas associam à ideia dos *standards* jurídicos²⁹² -, esses nem sempre implicarão uma atuação discricionária pelo agente público.²⁹³

Eros Roberto Grau, por sua vez, chega a posicionar-se de outra forma acerca dessa relação – a qual entende inexistente -, afirmando que a associação entre as noções de conceito jurídico indeterminado e discricionariedade ocorre apenas porque “nossa doutrina administrativista confunde *discricionariedade* e *interpretação*” (grifos do autor).²⁹⁴ Na verdade, para autor, os conceitos jurídicos indeterminados, sim, referem-se à interpretação jurídica, mas eles não dão margem para um agir discricionário.

Na observação de Luis Manuel Fonseca Pires, o que distingue a discricionariedade administrativa da interpretação jurídica e, por conseguinte, do conceito

²⁸⁸ A jurisprudência, todavia, não raro reconhece a presença de discricionariedade no art. 53 da Lei nº 8.884/94 (substituído pelo art. 85 da nova Lei Antitruste), conforme será melhor evidenciado posteriormente.

²⁸⁹ A propósito, entende-se que essa compreensão pode ser ampliada às decisões tomadas pelo CADE quando do exercício do controle de condutas, haja vista que ali também a utilização de critérios técnicos não autorizará o agente público a decidir pautado em um juízo subjetivo de conveniência e oportunidade.

²⁹⁰ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. São Paulo: Renovar, 2004, p. 324.

²⁹¹ Ou, ainda, na lição de Hely Lopes Meirelles (2004): “As decisões do CADE são atos vinculados e não discricionários como podem parecer a uma primeira vista” (p. 558).

²⁹² Eros Roberto Grau (2005) entende que essa segunda categorização é, inclusive, mais adequada. Para ele, sequer é possível falar-se em “conceitos indeterminados”, haja vista que, se é indeterminado o conceito, nem conceito pode ser” (p. 231-233).

²⁹³ FERRAZ JÚNIOR, 1997, p. 90.

²⁹⁴ GRAU, 2005, p. 234.

jurídico indeterminado, é que a discricionariedade é uma liberdade dentro de balizas definidas pela *norma de competência jurídica*, ao passo que a interpretação jurídica é representada pelo trabalho do intérprete na busca de identificar a solução legítima. E explica:

Na discricionariedade administrativa não há, como na interpretação jurídica, a busca por *uma solução*. Na discricionariedade administrativa existe, *nos termos da norma de competência*, uma *pluralidade* de decisões legítimas. Tanto faz, em princípio, acolher-se esta ou aquela diretriz desde que o caso concreto revele que ambas atendem ao interesse público.²⁹⁵ (grifos do autor).

Percebe-se, dessa forma, que existem duas posições quanto à associação da ideia dos conceitos jurídicos indeterminados com a noção de discricionariedade: (a) a que entende que a presença daqueles na lei não confere qualquer discricionariedade ao agente público, porque, diante deles, será preciso realizar um trabalho de interpretação que leve a uma única solução válida possível, conforme defendem as escolas administrativas alemã e espanhola e já algumas vezes no Brasil; e (b) a que postula que os conceitos jurídicos indeterminados até podem conferir discricionariedade ao agente público, mas desde que se trate de *conceito de valor*, que implique a possibilidade de apreciação do interesse público, em cada caso concreto, mediante uma avaliação subjetiva pelo agente público. Se representar *conceito de experiência* ou *conceito técnico*, determináveis mediante interpretação, que não admitem soluções alternativas, a discricionariedade ficará afastada e o ato administrativo poderá ser objeto de revisão judicial, na medida em que é o Poder Judiciário que dá última palavra em matéria de interpretação de normas jurídicas. A doutrina brasileira tem-se aproximado mais dessa segunda corrente, “embora com a preocupação de colocar a discricionariedade dentro de determinados limites, apelando para princípios como o do interesse público e o da proporcionalidade ou razoabilidade”.²⁹⁶

Nesse contexto, tendo em vista que praticamente todos os conceitos jurídicos indeterminados utilizados pela Lei Antitruste, mormente a atual, podem ser classificados como conceitos de experiência ou conceito técnico, determináveis mediante critérios objetivos, e não subjetivos, percebe-se uma forte tendência em reconhecer que ela não confere liberdade à autoridade administrativa²⁹⁷, de sorte que, no caso das decisões tomadas no âmbito

²⁹⁵ PIRES, Luís Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**. Dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas pública. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 145.

²⁹⁶ DI PIETRO, 2001, p. 131.

²⁹⁷ Todavia, conforme já se afirmou acima, e será melhor evidenciado posteriormente, é possível identificar situações em que o Poder Judiciário entendeu que o CADE poderia agir com discricionariedade ao tomar uma decisão dentro de um processo administrativo. Cite-se, como exemplo, no julgamento da Apelação em MS nº 1999.34.00.029156-5/DF, distribuída para a 5ª Turma do TRF da 1ª Região, em que os julgadores, em decisão unânime, entenderam que o CADE teria discricionariedade para a imposição ou não da multa por

do CADE, quando um caso analisado – seja no controle de conduta ou no controle de estruturas - envolve conceitos jurídicos indeterminados e/ou questões técnicas complexas, o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica deverá buscar sempre a solução técnica mais adequada, por meio de critérios objetivos, para a consecução das finalidades da política antitruste brasileira. Quanto mais se afastar desse escopo, maior a possibilidade de a decisão ser alterada pelo Poder Judiciário, haja vista que será sempre possível ao magistrado analisar a motivação da decisão administrativa, bem como aferir qualquer elemento técnico e científico de outra área por meio de perícia judicial.

Por fim, faz-se necessário desenvolver uma última argumentação, a qual envolve a noção de conceitos de prognose. É que a doutrina de Germana de Oliveira Moraes faz a abordagem acerca da relação entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade sob outra perspectiva. Segundo sua classificação, os conceitos jurídicos indeterminados podem ser vinculados ou não vinculados, e estes últimos podem ser, ainda, discricionários ou não. Os conceitos jurídicos indeterminados *vinculados*, na definição da autora, são aqueles cuja aplicação conduz a uma única solução juridicamente possível, seja porque (a) a indeterminação deriva apenas da imprecisão da linguagem, seja porque (b) a indeterminação resultante da contextualização da linguagem envolve uma avaliação atual, não-prospectiva das circunstâncias de fato presentes e concomitantes a incidência da norma.²⁹⁸ Esses seriam plenamente justiciáveis.

Por sua vez, os conceitos jurídicos indeterminados que podem ser compreendidos como discricionários são aqueles que, ao demandarem a complementação do tipo aberto, “encerram um conflito axiológico, uma ponderação valorativa dos interesses concorrentes, à luz do interesse público privilegiado pela norma jurídica”.²⁹⁹ A sindicabilidade judicial da

intempestividade na comunicação do ato de concentração, devendo, no entanto, justificar a sua fixação acima do mínimo legal. Na oportunidade, o relator Juiz Federal Lindoval Marques de Brito descreveu sua *ratio decidendi* nos seguintes termos: “Conquanto certo que a Administração Pública possa usar de discricionariedade na fixação da multa, no tocante ao *quantum*, não precisará de declinar justificativa para impor o limite mínimo previsto na legislação. Contudo, a pena em patamar superior ao mínimo deverá ser plenamente motivada e com a adoção dos critérios preconizados na Lei nº 8.884/94, cujo art. 27 estipula: [...] Ainda que a decisão tenha se pautado em algum deles, seria preciso explicitá-lo”. E continuou: “Pelo que observo do parecer jurídico de fls. 55-63, exarado de conformidade com o art. 42 da Lei nº 8.884/94, não há respaldo para a majoração da penalidade, consoante entendeu o ilustre parecerista [...]”. Assim, ao final, não reconhecendo motivação para a aplicação de multa superior ao mínimo estabelecido na lei, o relator achou por bem manter a decisão do Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal em que, julgando procedente o pedido do Mandado de Segurança impetrado pela empresa apenada, havia determinado a aplicação da multa no mínimo legal (60.000 UFIR). É importante salientar, todavia, que esse não é um entendimento consolidado na jurisprudência.

²⁹⁸ MORAES, 2004, p. 202.

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 203.

aplicação/interpretação desses conceitos, conforme já foi abordado acerca da noção de discricionariedade, será, sim, possível, ficando todavia adstrita ao que não for resultado do exercício de um juízo de conveniência e oportunidade.

E, enfim, a última categoria de conceitos jurídicos indeterminados não vinculados: os conceitos de prognose – também chamados de verdadeiramente indeterminados -, que são aqueles “cuja complementação de sentido demanda uma avaliação prospectiva das circunstância de fato, mediante um juízo de aptidão formulado em razão do futuro – juízo de prognose”.³⁰⁰

É certo que a aplicação/interpretação da Lei Antitruste, mormente no caso de apreciação de atos de concentração, mas também quando do exercício do controle de condutas (haja vista que aqui também são analisadas condutas potencialmente prejudiciais à concorrência), comumente envolverá a realização de juízos de prognose, que, na definição do português Sérvulo Correia, citado por Germana de Oliveira Moraes, consistem no “raciocínio através do qual se avalia a capacidade para uma atividade futura, se imagina a evolução futura de um processo social ou se sopesa a perigosidade de uma situação futura”.³⁰¹ Todavia, apesar de parte da doutrina afirmar que os juízos de prognose não são plenamente justificáveis, como também leciona o referido professor da Universidade de Lisboa, é importante observar que, no contexto da análise dos efeitos anticoncorrenciais, é possível apontar pelo menos um aspecto anterior à própria simulação dos efeitos futuros que pode, sim, ser objeto de controle judicial - porquanto desprovido de qualquer subjetividade e pleno de vinculação ao objetivo da Lei Antitruste: o que diz respeito à escolha do critério adotado na avaliação das eficiências. Um exemplo disso será melhor explicitado quando da abordagem do Caso Nestlé-Garoto, mas aqui já é possível antecipar que, no referido julgamento, observou-se a utilização, pelas requerentes, do chamado modelo de Williamson, que não considera os efeitos distributivos derivados do exercício do poder de mercado após a realização de um ato ou conduta, bastando que o excedente total seja maior do que o dano concorrencial acarretado, quando, na realidade, o modelo de Fisher – *price standard* – busca garantir que a operação ou ato não reduza o nível de bem-estar do consumidor, propiciando, portanto, um resultado bem mais próximo do objetivo traçado pela Lei Antitruste. Como se vê, trata-se de um conhecimento técnico, observando um critério objetivo, que pode ser objeto de controle judicial diante da constatação de um abuso ou desvio de poder.

³⁰⁰ MORAES, 2004, p. 203.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 76.

Como restou consignado na prudente ponderação realizada pela então Conselheira do CADE, Dra. Neide Teresinha Malard, ao proferir voto no Ato de Concentração nº 06/94, que envolveu as empresas Brasilit S/A e Eternit S/A:

A valoração que faz o CADE por certo não é intangível, porquanto a liberdade de agir só pode ser exercida no cumprimento do dever de buscar a melhor solução que o legislador não pôde fixar, pois só esta atenderá ao interesse público específico – a defesa da concorrência – ditado pela norma.³⁰²

Assim é que, conforme já mencionado no início desta seção, atualmente, admite-se o controle judicial de toda a atividade administrativa, seja ela vinculada ou não, lembrando, todavia, que o mérito da atuação discricionária, compreendido como o exercício dos juízos de conveniência e oportunidade pelo administrador, permanecerão insindicáveis.

Na realidade, o cerne da questão, hoje, diz mais respeito ao alcance e efeitos desse controle jurisdicional, a fim de definir se o Poder Judiciário deve apenas invalidar o ato lesivo, ou que ameaça lesar direito, ou se ele também tem o poder de realizar a substituição do conteúdo do ato viciado por outro.

Nesse tocante, utilizar-se-á mais uma vez da doutrina de Germana de Oliveira Moraes por ter sido a que, afinal, mais orientou a abordagem do tema da discricionariedade no presente trabalho e que melhor explorou a sua compreensão no que diz respeito aos limites e consequências da revisão judicial da atividade administrativa. Diz a autora:

Atualmente, à luz da moderna compreensão do Direito, todo e qualquer ato administrativo, inclusive o discricionário e o resultante da valoração de conceitos de prognose, é suscetível de revisão judicial, muito embora nem sempre plena, por meio da qual o Poder Judiciário examinará a compatibilidade de seu conteúdo com os princípios gerais do Direito, para além da vinculação dos aspectos vinculados.

[...]

As consequências decorrentes do controle jurisdicional do conteúdo das decisões discricionárias e daquelas decorrentes da valoração de conceitos de prognose restringem-se, na grande maioria das vezes, apenas a invalidar o ato impugnado, sem determinar sua substituição por outro. Entretanto, em certas situações excepcionais, a depender das circunstâncias de cada caso concreto e do modo de vulneração aos princípios constitucionais da Administração, é possível o Juiz inferir da realidade e da ordem jurídica, qual a única decisão comportável pelo Direito para solucionar o caso.³⁰³

Destarte, considerando que a Lei Antitruste preconiza as regras e indica os princípios que deverão ser observados pelos executores da política da concorrência, o CADE fica obrigado a aplicar/interpretar a sobredita lei de modo vinculado em todas as etapas da sua

³⁰² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 06/1994. Requerentes: Eternit S.A. e Brasilit S.A. (atual Saint-Gobain do Brasil Produtos Industriais e para Construção Ltda.). Advogado: Vergílio Minutti Filho. Relatora: Conselheira Neide Teresinha Malard.

³⁰³ MORAES, 2004, p. 213.

análise, inclusive quando estiver prestes a exercer juízos de prognose, podendo, portanto, ter seu pronunciamento submetido à revisão judicial sempre que a parte entender que um direito seu foi ferido ou está sob ameaça em virtude de ato da autarquia.

E nem poderia ser diferente, “mormente quando se atenta para o fato de que no capítulo do controle de atos e contratos” – e quem arremata é Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

[...] estamos às voltas com um ato de intervenção do Estado no domínio econômico que pode atingir um direito fundamental, qual seja, a liberdade de iniciativa. Submeter a livre iniciativa, direito subjetivo fundamental, a uma discricionariedade, a um juízo de conveniência e oportunidade com base técnica, é submeter a liberdade à tirania, à tecnocracia. O CADE, ao aprovar ou reprovar, emite um juízo técnico, cuja validade jurídica exige a possibilidade de uma revisão quando um direito esteja sendo ameaçado.³⁰⁴

Por fim, todavia, importa ressaltar que não é apenas sobre o CADE que recai a obrigação de atentar para as exigências de uma atuação vinculada. Nesse tocante, e para que não se levante o argumento de que o Poder Judiciário estaria a ferir o Princípio da Separação dos Poderes, é salutar que ao exercer o controle judicial dos atos do CADE o magistrado fundamente sempre sua decisão judicial fazendo uso de um juízo racional e cuidando de apresentar os motivos e os fundamentos para essa revisão.

Assim como o princípio da motivação dos atos administrativos exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões (não havendo mais espaço para discutir se a sua obrigatoriedade alcança só os atos vinculados ou só os atos discricionários, ou se está presente nas duas categorias, haja vista que essa formalidade é que permite o controle de legalidade dos atos administrativos), a fundamentação das decisões judiciais também se ergue como impositivo de estatura constitucional (inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal), constituindo dimensão essencial do âmbito de sua validade.

Dessa forma, a preocupação supera o velho questionamento de se *o juiz pode* ou *o juiz não pode* rever decisões do CADE e passa a situar-se na exigência de que o Poder Judiciário fundamente a sua decisão, quer seja pela revisão, quer seja pela manutenção do posicionamento administrativo. É possível afirmar que esse dever do magistrado fica ainda mais ressaltado diante de uma decisão técnica e bem fundamentada do CADE, situação em que, percebendo a necessidade de revisão do posicionamento da autarquia, sobre o Judiciário

³⁰⁴ FERRAZ JÚNIOR, 1997, p. 89.

recai um ônus argumentativo ainda maior do que o normal, no intuito de apresentar fundamentos que efetivamente desconstruam aqueles usados pelo CADE.

Nesse contexto, o processo basilar de validação das decisões judiciais vai muito além da simples reprodução de expressões ou termos legais, não raramente aplicados a fatos e juízos abstratos, que pouca ou nenhuma relação possuem com a norma invocada e/ou com a decisão administrativa em análise – aqui considerados os seus fundamentos de fato e de direito.

Finalmente, não é equivocado afirmar que o dever de fundamentação da decisão judicial ao rever posicionamento do CADE constitui uma garantia individual tanto quanto o dever do CADE de bem observar o devido processo legal, cuja inobservância tantas vezes leva à invalidação de seu julgamento. E nem poderia ser diferente, haja vista que a Constituição Federal não distingue entre as decisões que devem e as que não devem ser fundamentadas, não fazendo sentido, dentro de uma ótica interpretativa de maximização da eficácia dos direitos fundamentais, afirmar que determinadas decisões possam ser tomadas sem a adequada fundamentação.

5.1.4 O Poder Judiciário na revisão de decisões do CADE

Considerando-se a mencionada forte tendência em reconhecer que a Lei Antitruste não confere muita liberdade à autoridade administrativa, de sorte que, no caso das decisões tomadas no âmbito do CADE, a atuação será predominantemente vinculada, a possibilidade de recurso ao Judiciário deve ser aprovada. O juiz poderá apreciar o mérito da decisão – que não se confunde com o mérito do ato administrativo, concernente a juízos de conveniência e oportunidade, praticamente inexistentes na Lei Antitruste - e não apenas questões formais de competência e moralidade. Caberá ao Judiciário, nessas situações, examinar, também a solidez dos critérios técnicos embasadores da decisão.

Nesse contexto, é interessante fazer uma pequena digressão para salientar que o mérito judicial (ou o mérito da ação/recurso) não se confunde com o mérito do ato administrativo. Os atos administrativos devem observância a um aspecto formal, preconizado em lei, o qual também inclui a necessidade de adotar o procedimento legal fixado para a sua feita, e, obviamente, também informam um conteúdo, onde estará o seu mérito (o qual nem sempre será constituído de um juízo de conveniência e oportunidade). Como já foi abordado

acima, esses dois aspectos do ato administrativo – formal e material – podem sofrer uma revisão pelo Poder Judiciário. De outra parte, quando se fala no exame de mérito em um processo judicial, faz-se referência à análise que supera eventuais questões processuais e preliminares que impediriam o prosseguimento de uma ação ou o conhecimento de um recurso, ou seja, aquela em que o Poder Judiciário pode manifestar-se efetivamente sobre o mérito da ação ou recurso, também chamado de mérito judicial.

Daí porque é possível identificar, de um lado, o mérito do ato administrativo e a forma do ato administrativo, e, do outro lado, o mérito judicial e questões processuais judiciais, sendo que o controle judicial do ato administrativo (em seu aspecto formal ou material) somente será estabelecido quando o órgão do Poder Judiciário puder efetivamente examinar o mérito judicial, ou seja, as questões materiais propostas na ação ou no recurso.

5.1.4.1 Revisão judicial com fundamento em aspectos formais

Feita essa digressão, e contextualizando-a com a atuação do CADE, pode-se mencionar que é muito comum o mérito do caso levado ao Judiciário – o mérito judicial – referir-se a aspectos formais do ato administrativo e não a discussões sobre a presença ou não de ofensa ao ambiente concorrencial (abrangendo, aqui, os aspectos técnicos), principalmente quando se trata de decisão do CADE em análise de ato de concentração, onde são muito presentes discussões judiciais sobre questões como a obrigatoriedade do recolhimento da taxa processual de notificação do ato de concentração ao CADE, a aplicação de multa por apresentação intempestiva dessa notificação pelo agente econômico e a caracterização ou não de discricionariedade do CADE quanto ao deferimento de assinatura de Termo de Compromisso de Cessação (TCC) com o agente econômico.

Muito comuns, também, são situações em que vícios relacionados à violação ao contraditório durante a instrução probatória no âmbito administrativo, tanto no controle de conduta quanto no controle de estruturas, fundamentam o pleito judicial de anulação da decisão da autarquia, como, por exemplo: (i) a ausência de manifestação da parte após a juntada de provas (Apelação Cível nº 2001.71.04.006654-7/RS, julgada pela 4ª Turma do TRF da 4ª Região); (ii) a não comprovação por parte do CADE de que a tabela de honorários médicos estaria sendo efetivamente utilizada pela parte (Apelação Cível nº

2002.72.02.003941-7, também julgada pela 4ª Turma do TRF da 4ª Região³⁰⁵); (iii) outras situações de violação do direito ao contraditório, como os que foram retratados no conhecido caso Nestlé-Garoto, o qual será melhor abordado posteriormente.³⁰⁶

No que tange à aplicação de multa por apresentação intempestiva dessa notificação pelo agente econômico, pode-se fazer referência aos julgados da Apelação Cível nº 2002.34.00.004517-6/DF e da Apelação em Mandado de Segurança nº 2001.34.00.014888-4/DF³⁰⁷, nos quais o TRF da 1ª Região considerou que o CADE, ao editar a Resolução nº 15, de 19 de agosto de 1998,³⁰⁸ teria desrespeitado o limite de sua competência normativa, pois teria definido o momento de realização da operação – a partir de quando começava a contar o prazo para apresentação da notificação do ato de concentração ao CADE - de forma diversa da lei. Isto porque a Resolução nº 15 estabelecia que o prazo, de 15 dias, seria contado do primeiro documento vinculativo firmado entre as requerentes³⁰⁹ (inclusive contratos de promessa, no entendimento do CADE) e não da efetiva formalização da operação³¹⁰. Entenderam os julgadores que, no caso, teria ocorrido uma violação ao princípio constitucional da legalidade – o qual não permite que regulamentos alterem ou inovem o texto

³⁰⁵ A relatora do processo, Desembargadora Marga Inge Barth Tessler concluiu que: “Não trouxe o CADE aos autos mínima prova do alegado domínio do mercado, afigurando-se desproporcional e irrazoável o ato. Alude em sua contestação que houve confissão da UNIMED e há farta prova carreada, contudo, deixou de juntar qualquer elemento aos autos. Por fim, na mesma contestação, entende que a apelante é uma empresa comercial sem minimamente considerar que se trata de uma cooperativa que não aufera lucro, incidindo em enfoque dissociado da realidade. Anote-se que a parte autora nega a conclusão do CADE de afronta à livre concorrência (fl. 2), cabendo ao órgão em questão juntar elementos probatórios que sopesaram as suas conclusões administrativas. Assim não procedeu, embora refira-se a elementos carreados aos autos”.

³⁰⁶ Importa aqui salientar que muitas vezes o mérito das decisões dos Tribunais Regionais Federais, acerca de decisões provenientes do CADE, não será apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça por força da Súmula 7/STJ, que impede que esse tribunal faça, em sede de Recurso Especial, um reexame do conjunto fático-probatório dos autos, de modo que a maior parte das decisões aqui mencionadas serão, mesmo, do TRF da 1ª Região.

³⁰⁷ Sobre o mesmo tema, recomenda-se, ainda, a leitura dos seguintes julgados, todos do TRF da 1ª Região: Apelação em Mandado de Segurança nº 2001.34.00.018763-6/DF, Apelação em Mandado de Segurança nº 2001.34.00.014888-4/DF e Apelação em Mandado de Segurança nº 2000.34.00.009970-9/DF.

³⁰⁸ A Resolução nº 15/1997 disciplinava as formalidades e procedimentos no CADE, relativos especificamente aos atos de que tratava o art. 54 da Lei nº 8.884/1994. Foi revogada expressamente pela Resolução nº 45, de 28 de março de 2007, que aprovava o Regimento Interno do CADE, cuja atualização mais recente data de 19 de fevereiro de 2014, já contemplando todas as alterações demandadas pela entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011, dentre elas o fato de que o pedido de aprovação de concentração a que se refere a lei será prévio.

³⁰⁹ Dizia o art. 2º da Resolução nº 15: “O momento da realização da operação, para os termos do cumprimento dos §§ 4º e 5º da Lei nº 8.884/94, será definido a partir do primeiro documento vinculativo firmado entre as requerentes, salvo quando alteração nas relações de concorrência entre as requerentes ou entre pelo menos uma delas e terceiro agente ocorrer em momento diverso”.

³¹⁰ Nos termos do art. 54, §4º “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”.

legal – quando o CADE impôs a multa pela aplicação da Resolução, haja vista que, se observados os termos da Lei nº 8.884/94, as partes teriam agido legitimamente.

Todavia, quando esse assunto chegou ao STJ, recebeu tratamento diferente em julgado da Segunda Turma, conforme se vê da ementa do acórdão do Recurso Especial nº 615.628-DF^{311, 312}:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. APLICAÇÃO DE MULTA PELO PLENÁRIO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. OPERAÇÃO DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS. APRESENTAÇÃO TARDIA DE DOCUMENTOS. TERMO INICIAL. DATA DA EFETIVAÇÃO DO ATO JURÍDICO COM EFICÁCIA VINCULATIVA. ART. 54 DA LEI 8.884/94 E ART. 2º DA RESOLUÇÃO 15/98 DO CADE. PODER REGULAMENTAR DA AUTARQUIA.

1. Cuidam o autos de Mandado de Segurança impetrado contra ato do Presidente do Cade – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, em razão de multa imposta em acórdão proferido pelo Plenário do órgão no Ato de Concentração 08012.005572/99-99.
2. Discute-se a legalidade da sanção aplicada pelo Cade nos termos da Lei Antitruste. O órgão adotou a medida por considerar que a comunicação do ato de concentração ocorreria tardiamente.
3. Conforme disposição do art. 54 da Lei 8.884/94, com vista à defesa da concorrência, os atos de importem concentração econômica 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 – Secretaria de Direito Econômico, que imediatamente enviará uma delas ao Cade e outra à Seae.
4. O Cade, em virtude de suas atribuições institucionais, deve examinar os atos que possam limitar ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência.
5. O sentido do art. 54, §4º, da Lei 8.884/94 é prevenir efeitos prejudiciais à livre concorrência advindos de operações que possam resultar em concentração de mercado. O prazo estipulado no dispositivo legal decorre da necessidade de análise das operações em tempo hábil.
6. Com base no Poder Regulamentar, o termo inicial para a apresentação desses atos foi definido pela Resolução 15/98 do Cade, que prevê, em seu art. 2º, que ‘o momento da realização da operação, para os termos do cumprimento dos §§4º e 5º do art. 54 da Lei 8.884/94, será definido a partir do primeiro documento vinculativo firmado entre as requerentes ou entre pelo menos uma delas e terceiro agente ocorrer em momento diverso’.
7. O STJ tem entendimento segundo o qual os arts. 7º, XIX, e 51 da Lei 8.884/1994 autorizam a edição desse tipo de ato pelo Cade, em observância ao seu poder regulamentar. O art. 2º da Resolução interpretou o termo ‘realização’, inserto no art. 54, §4º, da Lei 8.884/94, como ‘o primeiro documento vinculativo entre as requerentes’. Inexiste, dessa forma, criação de novo prazo.

³¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 615.628 Distrito Federal. Segunda Turma. Relator Ministro Herman Benjamin. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 04 mai. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

³¹² A Primeira Turma do STJ também já se manifestou pela compatibilidade do art. 2º da Resolução nº 15 com a Lei nº 8.884/94, conforme se vê do julgado do Recurso Especial nº 984.249-DF, cuja relatoria coube ao Ministro José Delgado (sendo que a relatoria para acórdão coube ao Ministro Teori Albino Zavascki). A propósito, esse Recurso Especial foi interposto pelo CADE em face da decisão do TRF da 1ª Região no julgamento da Apelação Cível nº 2002.34.00.004517-6/DF, mencionada nesta subseção quando do início da apresentação de exemplos de julgados envolvendo esse tema da aplicação de multa por intempestividade da notificação.

8. Além do mais, a Resolução era de todo desnecessária. Na sua ausência, o Judiciário ainda seria chamado a interpretar as expressões ‘atos, sob qualquer forma manifestados’ e ‘de sua realização’, constantes originalmente do texto da Lei da Concorrência, não havendo o intérprete de fazê-lo de modo diverso, em virtude da razoabilidade da disposição.

9. Mais do que agente de *repressão*, o CADE é órgão de *prevenção* de abusos anticoncorrenciais. Na selva do mercado, como na vida em geral, prevenir danos à concorrência e ao consumidor é melhor, mais barato e eficiente do que remediar. [...]. (grifos do original).

Por fim, no que toca ao termo *a quo* da contagem do prazo para o protocolo das notificações dos atos de concentração, tem-se que, atualmente, o entendimento oficial do Ministério da Justiça é no sentido de que “os atos ou contratos devem ser notificados previamente à sua realização ou em até 15 dias úteis a partir da data de assinatura do primeiro documento vinculativo firmado entre as partes”.³¹³ O art. 108, §1º, do Regimento Interno do CADE, por sua vez, determina que “As notificações dos atos de concentração devem ser protocoladas, preferencialmente, após a assinatura do instrumento formal que vincule as partes e antes de consumado qualquer ato relativo à operação”, de sorte que o pedido de aprovação de ato de concentração deverá ser prévio.

Outro tema que muito comumente embasa pleitos de revisão judicial de decisão do CADE, em virtude de aspecto formal, diz respeito à existência ou não de um direito subjetivo do agente econômico a firmar um Termo de Compromisso de Cessação (TCC) com o CADE. O art. 53 da Lei nº 8.884/94 já previa a possibilidade de o CADE, seja no controle de condutas ou no controle de estruturas, “tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, entender que atende aos interesses protegidos por lei”. Estabeleceu-se, todavia, uma forte controvérsia, na doutrina e na jurisprudência, quanto a se a celebração do TCC, nos moldes em que previsto na lei, é uma faculdade do CADE, a ele cabendo o exame da conveniência e da oportunidade da celebração, ou se é, na realidade, um direito das empresas investigadas; conseqüentemente, tornou-se comum o agente econômico pleitear em juízo a anulação de decisão do CADE que não lhe oportunizou a celebração de um compromisso de cessação da conduta ou da situação lesiva ao ambiente concorrencial.

³¹³ BRASIL. Ministério da Justiça. **Defesa da concorrência**. Controle de estruturas. Perguntas frequentes. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={5C394253-B7F9-4E89-974E-CA56AC72DEBA}&BrowserType=NN&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7B249E6E05-A656-441E-A8D3-F6195CBB0345%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

Esse tema foi objeto, por exemplo, da Apelação Cível nº 2002.34.00.039067-2/DF e da Apelação em Mandado de Segurança nº 2002.34.00.007525-4/DF, nas quais o TRF da 1ª Região entendeu que o Termo de Cessação de Conduta seria direito subjetivo do agente econômico, nada havendo de discricionário na decisão do CADE acerca de seu cabimento, desde que supridos os requisitos legais mínimos.

A bem da verdade, trata-se de entendimento que já encontrou apoio dentro do próprio CADE, na pessoa do então Conselheiro Luis Fernando Schuartz, que defendia que o “TCC só deveria ser recusado pela autoridade caso a sua celebração, nos termos constantes da minuta final, fosse opção inferior à decisão de litigar administrativamente e judicialmente até a decisão definitiva sobre o caso”.³¹⁴

É possível, todavia, encontrar decisões em sentido contrário, como as citadas por Arthur Sanchez Badin, então Procurador-Geral do CADE, em parecer exarado no Pedido de Revisão em Processo Administrativo nº 08012.008024/1998-49 (Caso TBA Informática):

‘Medida Cautelar nº 2004.01.00.024168-1/DF – Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: 2. [...] Assim postos os fatos, entendo, ao menos em princípio, serem relevantes os argumentos do CADE, no sentido de que a celebração do Termo de Compromisso de Cessação de Prática, previsto no art. 53 da Lei nº 8.884/94, não constitui direito subjetivo do administrado, mas mera faculdade do Conselho, que poderá ou não admiti-lo, levando em consideração as peculiaridades do caso concreto.’

‘[...] 8. O TCCP não é direito dos requerentes, que não negam a prática dos atos tidos por reprováveis, mas faculdade do CADE, de acordo com o art. 53 da Lei n 8.884/94, de 11/06/1994.’ (Agravo de Instrumento n 2002.01.00.041196-0/DF – Desembargador Federal Tolentino Amaral)

‘Não vislumbro a presença dos pressupostos autorizadores da medida. O art. 53 da Lei nº 8.884/94 prevê que o compromisso de cessação poderá ser celebrado, não configurando direito líquido e certo dos requerentes. Em princípio, compete ao CADE decidir pela viabilidade e oportunidade do compromisso de cessação, tendo em vista que a lei permite ao próprio CADE ordem de cessação da prática, como medida preventiva (art. 52 da mencionada Lei).’ (Ação Cautelar Inominada nº 2002.34.00.016863-1 Juíza Federal Anamaria Reys Resende).^{315, 316}

³¹⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.007238/2006-32. Representante: Prefeitura Municipal de Campinas. Representados: Associação das Auto-Escolas e Centro de Formação de Condutores de Campinas e Região e Sr. Oswaldo Redaelli Filho. Relator: Conselheiro César Costa Alves de Mattos.

³¹⁵ BADIN, Arthur Sanchez. **Parecer no Pedido de Revisão em Processo Administrativo nº 08012.008024/1998-49.** Disponível em: <http://www.cade.gov.br/plenario/Sessao_373/Pareceres/DespachoProCADE-PR-2005-08700-003776-TBAInformatica.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2014.

³¹⁶ No mesmo sentido decidiu a juíza federal substituta Cristiane Pederzoli Rentzsch, da 17ª Vara do Distrito Federal, ao rejeitar o pedido de liminar formulado pela Abecitrus (Associação Brasileira de Exportadores de Cítricos) em face de decisão do CADE pela não assinatura de TCC em processo que investigava a prática de cartel no mercado de compra de laranja (Processo nº 2007.34.00.009575-8). *In verbis*: “[...] Com efeito, não há obrigatoriedade na celebração do termo de compromisso de cessação por parte da SDE ou do CADE. O

O tema, todavia, ainda não foi apreciado pelo STJ. E, analisados os julgados do TRF da 1ª Região, é possível observar que naquela Corte ainda não há um entendimento unívoco firmado sobre o assunto.

Esse fato pode ser observado a partir da leitura do acórdão da já mencionada Apelação em Mandado de Segurança n° 2002.34.00.007525-4/DF³¹⁷, na qual, por maioria dos votos, decidiu-se pela existência de um direito subjetivo da empresa Companhia Força e Luz a firmar, com o CADE, um compromisso de cessação de prática infracional. Naquela oportunidade, o relator assentou o seguinte entendimento:

Com efeito, entendo que embora a letra do art. 53 da Lei n° 8.884/94 contenha o vocábulo ‘poderá’, ao regulamentar o compromisso de cessação de prática sob investigação, o dispositivo não pode ser interpretado no sentido de negar ao interessado o direito à obtenção desse compromisso. Ao contrário, a melhor interpretação é a que vislumbra no instituto um verdadeiro direito de todo aquele representado por prática de dominação de mercado, eliminação da concorrência ou abuso do poder econômico.

Outra oportunidade em que o TRF da 1ª Região, dessa vez por meio de sua 5ª Turma, acolheu a argumentação do agente econômico nesse sentido está representada no acórdão da Apelação Cível n° 2002.34.00.039067-2/DF, também decidida por maioria, na qual o relator Desembargador Federal Fagundes de Deus manifestou-se nos seguintes termos:

[...] o sindicato Autor possuía, à vista do regramento contido no art. 53 da Lei 8.884/94, a prerrogativa de celebrar com o CADE compromisso de cessação de suas práticas infracionais à ordem econômica, quando em curso o processo administrativo. Tal prerrogativa, de acordo com os elementos constantes dos autos, resulta da existência, à época, de situação jurídica definitivamente constituída em seu prol, uma vez que o cometimento da conduta sob investigação ocorreu em data anterior ao advento da Lei 10.149/2000, que introduziu o §5º do citado dispositivo legal.³¹⁸

Por fim, nesse tocante, foi observado que os julgados costumam fazer uma analogia entre os benefícios conferidos ao representado em um processo administrativo e

termo de compromisso de cessação é uma liberalidade do CADE, ou da SDE *ad referendum* do CADE, previsto no art. 53 da Lei n° 8.884/94. Ademais, não há qualquer previsão legal de oportunidade de defesa para as empresas representadas no momento anterior ao deferimento ou não do pedido de celebração do compromisso de cessação. No caso, não há necessidade de defesa prévia ao exame do pedido de celebração do compromisso de cessação, pois seu eventual indeferimento não se configura condenação ou pena impostas às representadas, mas sim liberalidade do CADE, não sendo caso de incidência do art. 5º, LV, da Constituição Federal neste exato momento do processo administrativo. [...]” (ERDELYI, [s.d.], on-line).

³¹⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Apelação em Mandado de Segurança 2002.34.00.007525-4 Distrito Federal. Sexta Turma. Relator: Juiz Federal David Wilson de Abreu Prado. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 24 set. 2007. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/index.php>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

³¹⁸ BRASIL. BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Apelação em Mandado de Segurança 2002.34.00.039067-2 Distrito Federal. Terceira Seção. Relator Desembargador Federal Fagundes de Deus. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 09 nov. 2007. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/index.php>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

aqueles conferidos a um acusado em um processo penal. Veja-se, nesse sentido, esse trecho extraído do voto do relator da mencionada Apelação em Mandado de Segurança nº 2002.34.00.007525-4/DF:

Na medida em que as práticas investigadas são consideradas infrações, é possível fazer uma analogia de sua regulamentação com aquela própria dos demais ilícitos. Cediço que as vantagens estabelecidas nos outros sistema jurídicos repressivos para os seus 'representados' são geralmente interpretadas como obrigatórias, e não como meras possibilidades. Considere, apenas, para efeito de ilustração, os benefícios que pela letra do Código Penal 'podem' ser concedidos aos acusados, mas que segundo entendimento consolidado são de observância obrigatória para os aplicadores do direito.³¹⁹

Tem-se, assim, conforme anunciado anteriormente, que o TRF da 1ª Região também possui vozes no sentido de que o art. 53 da Lei nº 8.884/94 deveria ser considerado como regra que garantiria ao representado o direito subjetivo de celebrar compromisso, desde que cumpridos os requisitos normativos, não ficando na dependência de juízo de conveniência e oportunidade do administrador.

Atualmente, com a entrada em vigor da Lei nº 10.529/2011, essa previsão encontra-se regulada por seu art. 85, o qual prevê que, (i) nos procedimentos preparatórios de inquérito administrativo para apuração de infração à ordem econômica, (ii) nos próprios inquéritos administrativos ou (iii) nos processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, o CADE poderá firmar com o representado “compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei.” Vê-se, aqui, que o legislador cuidou de reforçar expressamente a necessidade de fundamentação da decisão pelo administrador,³²⁰ não sendo demais lembrar que decisões não motivadas podem ser interpretadas como recusa de decidir, mormente quando presente uma previsão de exercício de um juízo de conveniência e oportunidade.

Todavia, apesar de predominarem os casos em que o mérito do caso levado ao Judiciário refere-se a aspectos formais do ato administrativo e não a discussões sobre a

³¹⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Apelação em Mandado de Segurança 2002.34.00.007525-4 Distrito Federal. Sexta Turma. Relator: Juiz Federal David Wilson de Abreu Prado. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 24 set. 2007. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/index.php>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

³²⁰ Nos termos do art. 48 da Lei do Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784/1999), “A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência”.

presença ou não de ofensa ao ambiente concorrencial, as situações em que atuação do Poder Judiciário se dá diretamente sobre temas de ordem material também se fazem presentes e merecem ser abordadas.

5.1.4.2 Revisão judicial com fundamento em aspectos materiais

Se é possível afirmar, como já se fez anteriormente, que a maior parte dos pleitos de revisão judicial de decisão do CADE em análise de ato de concentração diz respeito a aspectos formais do ato administrativo, o mesmo não se pode dizer quando se está diante de decisão do CADE que se originou em um processo administrativo decorrente do exercício do controle de condutas, situação em que é mais comum que a revisão judicial contemple discussões sobre a presença ou não de ofensa ao ambiente concorrencial.

Nesse contexto, importa fazer uma observação especial: conforme ressaltado no estudo realizado pelo CADE, FIESP e SBDP, referido no início deste capítulo, as decisões do CADE em processos administrativos propriamente ditos – ou seja, no controle de condutas – que mais dão origem a processos judiciais são proferidas na área de serviços médicos gerais e normalmente dizem respeito a condenações (i) pela exigência de unimilitância por cooperativas de serviços médicos³²¹ – compreendida pelo CADE como uma forma específica de prática de cartel – ou (ii) em virtude da utilização de tabela de honorários médicos.³²²

Realizando uma análise sobre esses dois temas mais recorrentes no Poder Judiciário, no que toca a pleitos de revisão judicial de decisões do CADE em razão de aspectos materiais, tem-se, todavia, que as condenações pela exigência de unimilitância por cooperativas de serviços médicos são comumente mantidas pelo Poder Judiciário – mormente pelo TRF da 1ª Região e pelo STJ.

O CADE entende que a cláusula de exclusividade na prestação de serviços, presente nos estatutos de várias cooperativas médicas, não apenas afronta a norma prevista no

³²¹ A exemplo dos seguintes processos: Apelação em Mandado de Segurança n° 2000.34.00.007656-9/DF, 8ª Turma do TRF da 1ª Região; Apelação em Mandado de Segurança n° 2000.34.00.007650-2/DF, 6ª Turma do TRF da 1ª Região; Apelação em Mandado de Segurança n° 1999.34.00.030902-1/DF, 5ª Turma do TRF da 1ª Região; Apelação em Mandado de Segurança n° 2003.71.05.000040-2/RS, 4ª Turma do TRF da 4ª Região; Recurso Especial n° 988918/RS, 1ª Turma do STJ; e Recurso Especial n° 997867/RS, 1ª Turma do STJ.

³²² Nesse sentido, vide os seguintes julgados: Apelação em Mandado de Segurança n° 1999.01.00.059757-6/DF, 3ª Turma Suplementar do TRF da 1ª Região; Recurso Especial n° 467.222/DF, 1ª Turma do STJ; Apelação em Mandado de Segurança n° 1998.01.00.014517-7/DF, 3ª Turma Suplementar do TRF da 1ª Região; e Apelação Cível n° 1999.34.00.005092-2/DF, 7ª Turma do TRF da 1ª Região.

art. 18, inciso III, da Lei dos Planos de Saúde (Lei nº 9.656/98), que proíbe a imposição de “contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional” na área da saúde, como também consubstancia-se em infração à ordem econômica, em prejuízo à livre concorrência, reforçando o domínio de mercado e propiciando o exercício abusivo de posição dominante. Entende, ainda, que referida exigência de exclusividade extrapola o âmbito da relação privada, devendo ser aplicada a prevalência do interesse público sobre o privado. Por isso, costuma determinar que, nesses casos, as representadas retirem do Estatuto Social a exigência de exclusividade e aplicam pena pecuniária pela conduta lesiva à concorrência.

O argumento das cooperativas, por sua vez, delinea-se no sentido de que elas são diferentes das demais sociedades por terem como finalidade servir aos associados, sem intuito de lucro e sem subordinação de uns em proveito de outros, razão pela qual não haveria cerceamento ao livre exercício profissional.

As decisões judiciais que mantêm o posicionamento do CADE pela ilicitude da referida cláusula de exclusividade normalmente recorrem, em sua fundamentação, a princípios constitucionais, como se observa, por exemplo, no voto do relator da Apelação em Mandado de Segurança nº 2000.34.00.007656-9/DF, julgada pela 8ª Turma do TRF da 1ª Região.

Outrossim, é interessante observar que essas decisões judiciais que não reformam o posicionamento do CADE nesse tocante costumam, em sua fundamentação, fazer uso, como recurso argumentativo, de dados colhidos no âmbito do processo administrativo, inclusive quanto se trata de decisão do STJ, como se vê no voto do relator do REsp 117.260-3, Ministro Humberto Martins³²³, em decisão proferida pela 2ª Turma daquela Corte:

O impacto concorrencial dessa cláusula foi descrito com clareza no voto do Relator-Conselheiro do CADE no processo administrativo respectivo (fl. 591e dos presentes autos): ‘Para reforçar a restrição à concorrência da cláusula de exclusividade da UNIMED Santa Maria, depreende-se da análise dos autos que na região geográfica de atuação (Santa Maria, Agudo, Alegrete, Caçapava do Sul, Cacequi, Dom Pedrito, Dona Francisca, Faxinal do Soturno, Formigueiro, Jaguarí, Júlio de Castilhos, Mata Nova, Palma, Restinga Seca, Rosário do Sul, Santana do Livramento, Santiago, São Francisco de Assis, São Gabriel, São Pedro do Sul, São Sepé, São Vicente do Sul e Tupaciretã) da Representada, essa exerce posição dominante, uma vez que congrega 74% dos médicos da região. Isto é, do total dos médicos legalmente habilitados da região, 74% se encontram sujeitos à obrigação de exclusividade, ou mais especificamente: 90% dos oftalmologistas, 58% dos oncologistas, 67% dos ortopedistas, 100% dos cirurgiões plásticos e dos fisiatras; 78% dos

³²³ A propósito, o voto do relator apresentou, inclusive, várias referências doutrinárias (de autoria de Pontes de Miranda, Carlos Alberto Dabus Maluf, e, na área de direito concorrencial, de Ejan Mackaay e Stéplane Rousseau, Luciano Sotero Santiago e Richard A. Posner). Vale ressaltar, todavia, que esse recurso argumentativo não é comum nos julgados sobre o antitruste.

anestesiologistas; e 60% dos ginecologistas são cooperados da UNIMED de Santa Maria'.³²⁴

Ainda no voto do relator do Recurso Especial acima mencionado é possível identificar argumentos de natureza mais técnica, especificamente quando se refere à configuração de posição dominante pela UNIMED naquele caso. *In verbis*:

Deve ser observado que o §3º do art. 20 da Lei n. 8.884/94 presume posição dominante quando a empresa - ou grupo de empresas - controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia, não havendo dúvida sobre a dominação pela UNIMED nos presentes autos.

A mesma preocupação pode ser observada no voto da relatora da Apelação em Mandado de Segurança n° 1999.34.00.030902-1/DF, cuja *ratio decidendi* possui, dentre outras, as seguintes formulações:

E, de fato, como registrado na sentença apelada, apurou o CADE (v. quadro de fl. 394) que a apelante controla, através de seus cooperados, na sua área de atuação geográfica, 100% da Oftalmologia, da Hematologia, da Oncologia, da Alergologia, da Psiquiatria e da Anestesiologia; 88,8% da Otorrinolaringologia e 84,2% da Pediatria, o que, sem dúvida, configura absoluto domínio de mercado, em detrimento não apenas dos interesses de outras empresas do gênero, mas de grande parte da população local, que, em se associando a outro plano de saúde, fica impedida de recorrer, através dele, a todos os profissionais cooperados da apelante.

[...]

A cláusula em debate, que se caracteriza como liberdade de organização, levou ao domínio de mercado relevante, impedindo que o paciente, por meio de outro plano de saúde, possa ter acesso ao profissional escolhido. O profissional não pode ficar obrigado a deixar de atender a pacientes que o procurem, mas a não se associar a outra entidade congênere. O quadro de fls. 394 mostra, à saciedade, que o domínio de mercado chega, em alguns casos, v.g. nas áreas de oftalmologia, hematologia e oncologia, a 100%, não havendo qualquer dúvida quanto ao desrespeito ao princípio constitucional da livre concorrência.³²⁵

Todavia, ao passo que o TRF da 1ª Região e o STJ costumam manter a decisão do CADE nesse tocante, o TRF da 4ª Região tende a posicionar-se por sua modificação, conforme se observa das decisões exaradas na Apelação em Mandado de Segurança n° 2003.71.05.000040-2/RS (2ª Turma, rel. Desembargador Federal Edgard Antônio Lippmann Júnior) e na Apelação na Ação Ordinária n° 2002.72.02.003941-7 (4ª Turma, rela. Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler), de cujos acórdãos, todavia, não é possível extrair uma uniformidade de motivos, fundamentos ou *ratio decidendi*, haja vista

³²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 117.260-3 Rio Grande do Sul. Segunda Turma. Relator Ministro Humberto Martins. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 12 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

³²⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Apelação em Mandado de Segurança 1999.34.00.030902-1 Distrito Federal. Quinta Turma. Relator Desembargador Federal Fagundes de Deus. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 23 mai. 2003. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/index.php>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

envolverem questões fáticas muito diferentes, a saber, a ausência de provas da existência da cláusula de exclusividade no estatuto social das cooperativas e não comprovação por parte do CADE de que houve domínio de mercado.

Enfim, apesar de existirem precedentes no STJ no sentido da validade da cláusula de exclusividade³²⁶, sua Corte Especial, em dezembro de 2009, ao julgar os Embargos de Divergência em REsp nº 191.080/SP, o qual apontava divergência na interpretação do §4º do art. 29 da Lei nº 5.764/71 (Lei das Cooperativas), entre acórdão da 4ª Turma (contra o CADE) e acórdão da 1ª Turma (a favor do CADE), acabou por uniformizar a interpretação acerca da validade ou não da referida cláusula, decidindo nos seguintes termos: “É inválida a cláusula inserta em estatuto da cooperativa de trabalho médico que impõe exclusividade aos médicos cooperados (interpretação sistemática do artigo 29, §4º, da Lei nº 5.764/71).”

Dessa forma, o Poder Judiciário, por meio do STJ, pacificou o entendimento no sentido da invalidade da cláusula que exige a exclusividade dos médicos cooperados, corroborando o entendimento do CADE acerca da existência de infração à ordem econômica nesses casos.

Outro tema que costuma originar pedidos de revisão judicial da decisão do CADE, conforme mencionado anteriormente, diz respeito às condenações em virtude da utilização de tabela de honorários médicos. Nesse caso, todavia, as decisões do CADE são comumente modificadas pelo Poder Judiciário, sendo esse o exemplo de um tema em que o executivo e o judiciário possuem entendimento diverso acerca de como deve ser implementada a política da concorrência.

O CADE entende que a utilização da tabela de honorários médicos da Associação Médica Brasileira - AMB, ou de instrumento equivalente, normalmente realizada por associação ou cooperativa médica, caracteriza conduta uniforme ou concertada entre concorrentes, tipificada nos artigos 20, inc. I, e 21, inc. I, da Lei nº 8.884/94, os quais correspondem ao art. 36, inc. I, e §3º, inc. I, alínea “a”, da Lei nº 12.529/2011.³²⁷ Por isso,

³²⁶ Nessa linha, *vide*: REsp nº 367.627/SP, Rel. Ministra Nancy Andrigui, 3ª Turma, julgado em 04.06.2002, *DJ* 24.06.2002; REsp nº 83713/RS, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, julgado em 03.02.1998, *DJ* 16.03.1998; REsp nº 261.155/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Rel. p/Acórdão Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, 2ª Seção, julgado em 10.03.2004, *DJ* 03.05.2004.

³²⁷ “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; [...] § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste

nesses casos, costuma condenar essa prática e exarar decisões, no bojo do processo administrativo, no sentido de que as representadas abstenham-se de elaborar, adotar e/ou divulgar quaisquer tabelas de preços ou similares, publiquem a decisão administrativa em jornal de grande circulação no Estado, recolham aos cofres públicos uma pena pecuniária (normalmente fixada em 60.000 UFIRs) e comprovem o cumprimento das determinações, após um prazo que varia entre 30 e 60 dias, sob pena de multa diária, tudo em virtude da conduta que entende lesiva à concorrência.

Para tanto, o CADE debruça-se em análises que definam o mercado relevante e que avaliem os efeitos competitivos da associação dentro do mercado relevante (poder de aumentar preços acima do nível competitivo e poder de impedir ou excluir concorrentes do mercado), cuidando, ainda, de analisar se foram geradas eficiências. Nesse contexto, chega inclusive a utilizar-se da experiência norte-americana, conforme se observa no voto do relator do Processo Administrativo nº 08012.005194/2001-00, o qual tinha como representada a Cooperativa dos Oftalmologistas do Ceará - COFTALCE:

Como se sabe, nos EUA, embora se admita a caracterização *per se* de ilícito concorrencial, os acordos entre fornecedores de serviço de saúde, dada sua complexidade, tem merecido tratamento matizado, que considera as possíveis eficiências deles decorrentes. Para simplificar a análise, o *DoJ* e a FTC procuram definir, no aludido roteiro, uma zona de segurança antitruste. Enquadram-se nela os acordos: a) sem cláusula de exclusividade ou que, mesmo com exclusividade, impliquem concentração de até 20% do mercado; b) em que haja compartilhamento de riscos financeiros e c) que não acarretem concentração acima de 30% do mercado. Acordos que não se enquadrem na zona de segurança, desde que não sejam entendidos como ilícitos *per se*, são submetidos a uma análise estrutural segundo a regra da razão. Nessa análise, a avaliação das eficiências leva em conta, mas uma vez, a partilha ou não dos riscos financeiros decorrentes do acordo de concorrentes. Compartilhar riscos significativos é entendido como forte indício de que o acordo tende a gerar eficiências.³²⁸

Se por um lado as decisões do CADE realizam essas incursões em torno de aspectos técnicos da análise concorrencial, as decisões judiciais que as modificam constroem fundamentos em outras bases argumentativas. Por exemplo, ao julgar a Apelação em Mandado de Segurança nº 1998.01.00.014517-7/DF (3ª Turma Suplementar do TRF da 1ª Região), considerou-se que: a) a utilização da tabela editada pela AMB é uma faculdade

artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; [...]"

³²⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo 08012.005194/2001-00. Representante: Comitê de Integração de Entidades de Assistência à Saúde – CIEFAS. Advogado: Luiz Fernando Moreira. Representada: Cooperativa dos Oftalmologistas do Ceará – COFTALCE – CE. Advogados: Gilmaria Maria de Oliveira Barbosa e outros. Relator Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva. **Diário Oficial da União**. Brasília, 13 mai. 2007. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/plenario/Sessao_363/Relat/21-Relatorio-PA-2001-08012-005194-CIEFAS-%20COOFTALCE-CE-Cueva.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2014.

ofertada pelo próprio Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal, por meio da Resolução n° 089/89;³²⁹ b) a tabela da AMB tem o potencial de reforçar a competitividade do setor; e c) na realidade, ela tem o objetivo de proteger a dignidade profissional.

O referido julgado aduziu, ainda, que os valores cobrados de acordo com a tabela da AMB seriam legítimos pelo fato de terem sido livremente pactuados entre as partes (de um lado, médicos, hospitais e laboratórios; de outro lado, planos de saúde).

Por sua vez, na Apelação em Mandado de Segurança n° 1998.01.00.014517-7/DF (3ª Turma Suplementar, TRF 1ª Região), o relator, Juiz Federal Wilson Alves de Souza, chega a salientar em seu voto que não existe qualquer poder de imposição da AMB sobre seus filiados, não podendo obriga-los à adoção da tabela ou mesmo cominar qualquer tipo de sanção pelo seu descumprimento, não havendo, portanto, como considerar presente uma prática limitadora da livre concorrência. Nesse mesmo julgado haverá, ainda, uma comparação entre a tabela da AMB e outras tabelas de valor mínimo, como a de honorários advocatícios editada por cada seccional da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, o que corroboraria o argumento de legitimidade da adoção daquela tabela.³³⁰

Por fim, importa salientar que, a despeito de modificarem as decisões do CADE que entendem pela condenação da representada no caso de utilização de tabela de honorários médicos, as decisões judiciais não costumam, em sua fundamentação, fazer uso, como recurso argumentativo, do enfrentamento direto da *ratio decidendi* do CADE, não havendo um “diálogo” com a decisão reformada. Na realidade, nunca fazem referência expressa à decisão da autarquia, nem mesmo para contraria-la, o que, a propósito, confirma uma das conclusões

³²⁹ Nos termos do voto-vista do Juiz Federal Daniel Paes Ribeiro, na Apelação em Mandado de Segurança n° 1999.01.00.059757-6/DF (3ª Turma, TRF 1ª Região), tem-se, ainda, o posicionamento no sentido de que a simples recomendação para utilização da Tabela de Honorários Médicos (não compulsória, portanto) não configura infração à ordem econômica, haja vista que apenas sugere aos profissionais os valores mínimos de honorários capazes de remunerar os serviços prestados. Não contém norma de conduta, nem conduz a “conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes” (cartel, nos termos do art. 20 e art. 21, inc. II, da Lei n° 8.884/94).

³³⁰ Nesse sentido, afirmou o relator: “Acredito mesmo que a Tabela da AMB, por vezes, ‘empurra’ os preços para baixo, forçando a competitividade no setor, resguardando, por outro lado, a dignidade dos profissionais da área médica. Não fosse assim, não seria ela de ampla utilização, como é notório. Boa parte das profissões regulamentadas utiliza do mesmo mecanismo de “tarifação” de honorários como forma de evitar a volatilidade dos preços, sendo certo também que os próprios conselhos de fiscalização profissional se encarregam de sua elaboração e divulgação, a exemplo do que ocorre com a Ordem dos Advogados, dentre outros”. BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Apelação em Mandado de Segurança 1998.01.00.014517-7 Distrito Federal. Terceira Turma Suplementar. Relator Juiz Federal Wilson Alves de Souza. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 16 jan. 2003. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/index.php>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

alcançadas na pesquisa realizada pelo CADE, FIESP e SBDP, e referida no início deste capítulo.

Acontece – mas é pouco comum – de os julgadores utilizarem-se da doutrina nacional ou estrangeira ao fundamentar seus votos, como fez o relator da Apelação Cível nº 2007.34.00.036777-3/DF (7ª Turma do TRF da 1ª Região), o Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista.³³¹ Na verdade, o recurso argumentativo mais usual é mesmo a referência à farta coletânea de precedentes do próprio TRF da 1ª Região sobre o tema, praticamente sempre modificando a decisão do CADE.³³²

O tema ainda não foi apreciado pelo STJ. O CADE até chegou a interpor um Recurso Especial em face da decisão favorável à Associação Médica Brasileira na Apelação em Mandado de Segurança nº 1998.01.00.014517-7/DF (3ª Turma Suplementar do TRF da 1ª Região), todavia, foi negado seguimento ao seu recurso por ausência de prequestionamento dos dispositivos infraconstitucionais mencionados na decisão da Apelação. Em seguida, o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 663.179/DF, interposto pelo CADE contra a decisão monocrática que negou seguimento ao seu recurso ao STJ, foi improvido por não estar presente o requisito do prequestionamento. Todavia, nesse julgado, o relator, Ministro Francisco Falcão, ainda chegou a manifestar o entendimento de que a utilização da Tabela da AMB não implica limitação à livre concorrência.³³³

³³¹ Trata-se da apelação interposta em face da sentença que manteve a decisão do CADE no já mencionado Processo Administrativo nº 08012.005194/2001-00, o qual teve como representada a COFTALCE. Em seu voto pelo afastamento da condenação, o relator utilizou-se da doutrina de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, cujo trecho aqui se colaciona: ‘A noção de concorrência proibida não se confunde, necessariamente, com a de ilícito *per se*. Conforme a estrutura da infração por abuso de poder econômico, como decorre tanto da norma constitucional (Constituição Federal, art. 173, IV) como da norma legal (Lei n. 8.884/94, arts. 20 e 21), o abuso do poder não está nas práticas empresariais, comerciais, industriais em si, mas nos seus efeitos sobre o mercado concorrencial. Ou seja, a lei brasileira não pune os agentes econômicos por condutas em si anticoncorrenciais, mas por efeitos anticoncorrenciais de condutas concorrenciais. O tipo infrativo não está, pois, na conduta, mas no efeito anticompetitivo que ela provoca sobre a livre concorrência, dominação de mercados, abuso de posição dominante, aumento arbitrário de lucros’ (BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE, 2006, p. 133-134).

³³² Nessa linha, *vide*: Apelação em Mandado de Segurança nº 1999.01.00.059757-6/DF, Rel. Juiz Federal Daniel Paes Ribeiro, 3ª Turma, TRF 1ª Região; Apelação em Mandado de Segurança nº 1998.01.00.014517-7/DF, Rel. Juiz Federal Wilson Alves de Souza, 3ª Turma Suplementar, TRF 1ª Região; Apelação Cível nº 1999.34.00.005092-2/DF, Rel. Juiz Federal Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho, 7ª Turma, TRF 1ª Região; Apelação em Mandado de Segurança nº 2002.34.00.014122-2/DF, Rel. Juiz Federal Carlos Augusto Pires Brandão, 6ª Turma, TRF 1ª Região; Apelação Cível nº 1998.34.00.013139-7/DF, Rel. Juiz Federal César Augusto Bearsi, 5ª Turma, TRF 1ª Região; e Apelação em Mandado de Segurança nº 95.01.18884-1/DF, Rel. Juiz Federal José Henrique Guaracy Rebêlo, 1ª Turma Suplementar, TRF 1ª Região.

³³³ O entendimento do relator sobre o tema foi exposto por meio da seguinte argumentação: “Demais disso, conforme revelado na decisão ora agravada, ‘em verdade, o aresto baseou-se na Resolução n. 89/98 do Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal para afirmar que a Tabela da AMB pode ser utilizada como parâmetro mínimo para remuneração dos serviços prestados’, não se consubstanciando a simples recomendação de sua observância em prática limitadora da livre concorrência. Assim sendo, ainda que se

5.1.4.3 O caso Nestlé/Garoto

Em virtude da grande repercussão causada por este caso nos âmbitos acadêmico, político e empresarial, o presente trabalho analisa, ainda, a atuação do CADE e do Poder Judiciário no que tange ao Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89³³⁴, o qual se refere à aquisição da Chocolates Garoto S/A (“Garoto”)³³⁵ pela Nestlé Brasil Ltda. (“Nestlé”).³³⁶ A história inicia-se no ano de 2002.

Segundo informaram as Requerentes, a operação interessava à Garoto em virtude de sua “necessidade crescente de escala operacional, recursos financeiros e capacidade de gerenciamento” para concorrer em melhores condições no mercado nacional e internacional, assim como para deter as perdas “leves, mas progressivas” de participação de mercado verificadas nos anos anteriores. Nesse contexto, seus acionistas possuíam interesse na “alienação das participações acionárias da Garoto a uma empresa de tradição no setor com toda a qualificação e capacitação para manter e desenvolver os ativos da empresa”. A Nestlé, por sua vez, segundo as Requerentes, possuía interesse na operação porque ela representava “uma oportunidade de desenvolvimento de seus negócios, de modo a melhor atender à demanda por doces e chocolates no Brasil”.³³⁷

Após um processo de disputa entre diversas empresas interessadas, a operação foi formalizada com a celebração, pelas Requerentes, de um Contrato de Subscrição de Ações

puésse entender prequestionado o art. 20 da Lei nº 8.884/94, pela transcrição do voto condutor da AMS n. 1999.01.00.059757-6/DF, no acórdão recorrido, fundamento suficiente à sua manutenção permaneceria incólume, o que redundaria na conclusão de que ausente interesse recursal, *in casu*, ante a inutilidade do recurso para os fins almejados”.

³³⁴ O referido Ato de Concentração possui como Requerentes as empresas Nestlé Brasil Ltda. e Chocolates Garoto S/A, as quais são representadas, no procedimento, pelos advogados Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Fábio Nusdeo, Carlos Francisco de Magalhães, Eduardo Caio da Silva, Maria da Graça Britto Garcia e outros.

³³⁵ A Chocolates Garoto S/A (“Garoto”) é uma empresa brasileira, com sede na cidade de Vila Velha, Estado do Espírito Santo, com atuação no setor de industrialização de alimentos, especificamente na fabricação de chocolates e doces. Antes da operação, possuía uma estrutura acionária familiar, sendo os principais acionistas da empresa as pessoas físicas Helmut Meyerfreund (40,15%), Ferdinand Meyerfreund (32,49%), Edith Meyerfreund (10,45%) e Klaus Guenther Zennig (7%) (BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2002).

³³⁶ A Nestlé Brasil Ltda. (“Nestlé”) é uma subsidiária brasileira do grupo suíço Nestlé, que detém 99,9% do capital social da empresa e possui subsidiárias em mais de 80 (oitenta) países, atuando basicamente em 04 setores de atividade: (i) indústria alimentícia: laticínios, cereais, biscoitos e doces (chocolates, açúcares e doces), sorvetes, congelados e preparados, condimentos, café solúvel, comidas infantis, produtos dietéticos e serviços alimentícios; (ii) indústria de bebidas: águas minerais e mineralizadas, entre outros; (iii) indústria de pecuária e produção animal: rações para animais de estimação; e (iv) indústria farmacêutica e de produtos de higiene: produtos dermatológicos e oftalmológicos, bem como cosméticos (BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2002).

³³⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89. Requerentes: Chocolates Garoto S.A. e Nestlé Brasil Ltda.. Relator: Conselheiro Thompson de Almeida Andrade.

datado de 22 de fevereiro de 2002. Após o fechamento do negócio, que se deu mais precisamente no dia 28 de fevereiro daquele ano, conforme previsto na Cláusula 3^a do Contrato de Subscrição de Ações, a Nestlé passou a deter a totalidade do capital social da Garoto. Ato contínuo, as Requerentes submeteram o Ato à apreciação do CADE em 15 de março de 2002, com fundamento no artigo 54, §3º, da Lei nº 8.884/94³³⁸, 15 dias úteis após a assinatura do Contrato de Subscrição, em 22 de fevereiro de 2002, considerado o primeiro instrumento vinculativo da operação. Não houve qualquer questionamento quanto à tempestividade desta notificação, não sendo esse um ponto controverso no referido caso.³³⁹

Dois dias antes de o CADE ser formalmente notificado do Ato, a SEAE já estava encaminhando à autarquia um requerimento no qual sugeria “a adoção de medida cautelar necessária para prevenir efeitos anticompetitivos derivados da operação, preservando, assim, a capacidade de esse Conselho apreciá-lo de forma eficaz”, e recomendando que o CADE determinasse que as empresas se abstivessem de “praticar quaisquer atos decorrentes do contrato já realizado, que modifiquem a estrutura, as condições ou as características do mercado em vigor no momento, cuja reversibilidade seja onerosa para a coletividade”. Para tanto, a SEAE fundamentava-se basicamente em quatro argumentos: (i) “o grau de concentração preliminarmente verificado é bastante significativo”; (ii) as importações podem não ser um instrumento eficaz para inibir o exercício do poder de mercado; (iii) a marca é um elemento que, em mercados como o de chocolates, possui importância significativa na escolha final do consumidor, sendo que a referida operação envolve duas das três principais marcas do mercado de chocolates; e (iv) a provável demissão de funcionários antes da manifestação final do SBDC poderia gerar custos adicionais a uma possível restrição à operação.³⁴⁰

Instadas a manifestarem-se sobre o pedido de medida cautelar apresentado pela SEAE, as Requerentes argumentaram, em suma, que “as elevadas participações de mercado apresentadas pela r. SEAE não condizem com a realidade verificada no mercado relevante em questão”, e que há ampla substituição na oferta. Baseadas em dados de uma pesquisa

³³⁸ “Art. 54. 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. [...] §3º. Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em trinta por cento ou mais de mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a 100.000.000 (cem milhões) de Ufir, ou unidade de valor superveniente.”

³³⁹ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2002, p. 2.

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 5.

realizada pela PriceWaterhouseCoopers, informaram que “o efetivo grau de concentração decorrente da operação no mercado brasileiro de chocolates é de aproximadamente 37%”, e, por fim, sustentaram que a Nestlé pretende manter separadas as estruturas das duas empresas, preservando a marca Garoto e focando no incremento de sua capacidade produtiva, o que afastaria o mencionado “periculum in mora” aduzido pela SEAE.³⁴¹

Ainda em março daquele ano, as empresas Cadbury Stani do Brasil Produtos Alimentícios Ltda. e a Kraft Foods Brasil S/A (esta última, detentora da marca Lacta) protocolizaram, separadamente, petição requerendo, igualmente a adoção de medida cautelar, sob o argumento de que a aquisição elevava “a capacidade da Nestlé implementar, após a operação, estratégias anticompetitivas no mercado brasileiro de chocolate” ao passar a deter “expressiva posição dominante”.³⁴²

Finalmente, em 27 de março de 2002, as Requerentes firmaram junto ao CADE um Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (APRO) com vigência até o final do julgamento do Ato pela autarquia, com o objetivo de “resguardar as condições do mercado relevante de forma a evitar a ocorrência de danos irreversíveis no mesmo até que o Plenário do CADE tenha uma decisão final sobre o Ato de Concentração”. No entendimento do CADE, a celebração do APRO alcançaria os mesmos efeitos almejados pelas medidas cautelares requeridas.^{343, 344}

Ainda em março de 2002, objetivando dar ampla divulgação ao Ato de Concentração, bem como obter subsídios que auxiliassem na instrução do feito, a Secretaria de Direito Econômico facultou, por meio de despacho, que terceiros – especialmente concorrentes, clientes e consumidores – manifestassem-se sobre o interesse da Nestlé. O Sindicato dos Trabalhadores em Alimentação e Afins do Espírito Santo, o Prefeito do Município de Vila Velha, a Kraft Foods Brasil S/A, a Cadbury Stani, a Parmalat Brasil S/A e três senadores exteriorizaram suas preocupações com a operação, tendo sido a Kraft Food mais detalhada em suas alegações, fundamentando-se em argumentos relacionados à

³⁴¹ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2002, p. 6-8.

³⁴² *Ibid.*, p. 8-10.

³⁴³ *Ibid.*, p. 10.

³⁴⁴ Entre 25 de março e 07 de agosto de 2003, foram encaminhadas ao CADE quatro denúncias de descumprimento do APRO (sendo duas pela Kraft Foods Brasil S/A, uma pela Jotacê Representações e Distribuições e outra pela Barista Vending Systems Alimentos S/A), as quais, todavia, foram rejeitadas após apresentação de petição de esclarecimentos pela Nestlé (BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE, 2002).

dimensão geográfica do mercado relevante, às participações e às barreiras de entrada no mercado.³⁴⁵

Posteriormente, a SEAE, a SDE e a Procuradoria do CADE realizaram, individualmente, análises sobre a definição dos produtos relevantes e a dimensão geográfica dos mercados relevantes. A SEAE estudou ainda, sempre cotejando com dados apresentados pelas Requerentes, o grau de concentração da oferta em vários segmentos de mercado, as barreiras à entrada e probabilidade do exercício do poder de mercado (analisando aspectos como o tamanho mínimo de planta, magnitude mínima dos investimentos e oportunidade de vendas; a fixação de marca; o portfólio diversificado de produtos e marcas; e a rede de distribuição) e, finalmente, as eficiências geradas pela operação.³⁴⁶

Ao final, a SEAE concluiu que existe a probabilidade de exercício de poder de mercado por parte da firma resultante e, além disso, que não seria ótimo para a única rival – a Kraft Food - contestar este aumento de preços, haja vista que o mercado de chocolates poderia alcançar um novo equilíbrio a preços mais altos do que os atuais. Aduziu, ainda, que as eficiências econômicas apresentadas pelas Requerentes (isto é, os ganhos de eficiência decorrentes da operação) não seriam justificáveis para aprová-la. A SDE chegou a conclusão bem parecida, entendendo que os consumidores das coberturas poderiam ser prejudicados caso a operação restasse aprovada, fazendo-se estritamente necessário avaliar e estabelecer as condições de aprovação do ato que seriam suficientes para restabelecer a concorrência nos mercados relevantes analisados. Essa mesma recomendação foi dada pela Procuradoria do CADE, que, por sua vez, também concluiu que as eficiências promovidas pela aquisição da Garoto pela Nestlé, apesar de legítimas dentro de uma perspectiva privada, não compensariam adequadamente a coletividade, em virtude dos danos que trariam à concorrência no mercado de chocolates.³⁴⁷

Nesse ponto, é possível observar que, apesar de o controle de estruturas exigir, conforme já asseverado no capítulo anterior, uma concepção de eficiência mais ampla do que a exigida no controle de condutas, recepcionando justificativas que permitem autorizar um ato de concentração econômica mesmo quando estão demonstrados seus efeitos anticoncorrenciais, no caso do Ato de Concentração proposto pela Nestlé e pela Garoto, a SEAE, a SDE e a Procuradoria do CADE chegaram, individualmente, à conclusão de que a

³⁴⁵ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2002, p. 16-19.

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 22-54.

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 54-57.

melhoria das técnicas e das escalas produtivas alcançadas pela operação não compensavam os efeitos negativos de uma situação de dominação de mercado. E mais: foi possível observar, também, o que pareceu uma aplicação do conceito de eficiência distributiva, pela qual as eficiências produtivas benéficas devem ser divididas com o consumidor.

O Ato de Concentração foi, enfim, julgado pelo CADE em fevereiro de 2004. O relator do processo, o Conselheiro Thompson Almeida Andrade, proferiu um longo - 75 páginas - e fundamentado voto, no qual se posicionou pela não aprovação da operação. Nesse voto, diante de todos os pareceres e dados coletados no processo, definiu que, para análise dos efeitos concorrenciais da operação, os produtos relevantes seriam (i) balas e confeitos sem chocolates, (ii) achocolatados (incluindo cacau em pó e chocolate em pó), (iii) cobertura de chocolate (incluindo cobertura sólida e líquida) e (iv) chocolates sob todas as formas, ao passo que a dimensão geográfica dos mercados relevantes restringia-se às fronteiras do território nacional (ao contrário do asseverado pelas Requerentes, que defendiam que alcançaria o mercado internacional, o que diluiriam o poder de concentração).

O conselheiro relator chegou, ainda, à conclusão de que a operação implicava uma alta concentração nos mercados de achocolatados (61,2%), cobertura de chocolate (88,5%) e chocolates sob todas as formas (58,4%)³⁴⁸, sendo que nesses dois últimos mercados as barreiras à entrada eram muito elevadas.

Considerando que a análise das condições de concorrência pós-operação é deveras importante, haja vista que, conforme estabelece o art. 54, §1º, inciso III, da Lei nº 8.884/94, “O CADE poderá autorizar os Atos a que se refere o *caput*, desde que não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços”, o conselheiro relator analisou em seu voto os vários estudos econométricos que as Requerentes juntaram aos autos, assim como os pareceres apresentados pela Kraft Foods (Lacta) no intuito de contestar os argumentos das Requerentes, cuidando de cotejá-los e criticá-los, também com fundamentos econômicos, quando houvesse pertinência e significado para a análise.³⁴⁹

O conselheiro relator observou que a divergência encontrada entre os resultados das simulações feitas pelos consultores da Nestlé-Garoto e pelos consultores da Kraft Foods só podia ser devida às duas maneiras diferentes de simular o funcionamento do mercado, apesar de fazerem uso das mesmas elasticidades e da mesma base de dados. As simulações

³⁴⁸ A concentração resultante no mercado e balas e confeitos sem chocolates era de apenas 2,7%.

³⁴⁹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2002, p. 25.

realizadas pela Nestlé-Garoto e pela Kraft Foods chegavam a resultados semelhantes em um aspecto: a operação gerava uma redução dos custos variáveis de produção (eficiência) de pelo menos 12%. Divergiam, todavia, acerca de seu reflexo sobre os preços: para a Nestlé-Garoto, apesar da redução da rivalidade provocada pela operação, a geração de eficiências em um patamar de aproximadamente 12% dos custos variáveis era suficiente para manter os preços estáveis, ou mesmo em níveis inferiores aos praticados antes da operação, supondo que a Nestlé fixasse os preços de modo a maximizar seus lucros; a Kraft Foods, todavia, concluía que com a geração desse nível de eficiência de aproximadamente 12%, haveria um aumento de preço. Era importante, então, avaliar as eficiências.³⁵⁰

Foi, contudo, no momento da análise das eficiências geradas pela operação que o conselheiro relator alcançou uma percepção que foi crucial em sua decisão. Ele lembrou que o art. 54, §1º, da Lei nº 8.884/94, fixava, em seu inciso II, uma condição que dificilmente pode ser preenchida quando a operação resulta em elevado grau de concentração de mercado com a eliminação de parte substancial da concorrência: a distribuição equitativa dos benefícios decorrentes da operação entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro.

Em sua análise, após a operação, a Nestlé passaria a deter uma participação de mercado da ordem de aproximadamente 63,6% (com base em dados atualizados da AC Nielsen para participação no mercado de chocolates sob todas as formas, em termos de volume, no ano de 2003). Esta elevada participação de mercado, aliada às barreiras à entrada presentes neste mercado, representaria um grande desincentivo tanto para o repasse de parte das eficiências para os consumidores (distribuição equitativa), quanto para realiza-las integralmente (ineficiência X), em virtude do arrefecimento da pressão competitiva. Em outras palavras, no entender do conselheiro relator, o menor vigor no ambiente concorrencial representará um desestímulo para reduções de preços e, ao mesmo tempo, diminuirá os incentivos para o incremento do esforço gerencial em busca do alcance de metas de desempenho (eficiência X) e, também, para a introdução de inovações (investimentos em novos produtos e processos).³⁵¹

Nesse tocante, o conselheiro relator esclarece que, na avaliação do nível de eficiências suficiente para contrabalançar os efeitos anticoncorrenciais decorrentes de Atos de Concentração, as agências de concorrência norte-americana e europeias utilizam o modelo

³⁵⁰ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2002, p. 38-41.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 49.

price standard – ou a sua variante, o *consumer surplus* (que aceita outras variáveis, além do preço, para o dimensionamento das eficiências, como melhoria de qualidade etc.). No caso, todavia, as Requerentes inicialmente propugnaram pela adoção do modelo do excedente total (denominado modelo de Williamson), com fundamento no parecer da ex-presidente do CADE, Elizabeth Farina.³⁵²

O voto do conselheiro relator segue com linhas doutrinárias que justificarão a escolha do modelo *price standard*, em detrimento do modelo de simulação de Williamson, quando o assunto é a busca de eficiência distributiva. Ele salienta que o modelo proposto por Oliver Williamson viabiliza a análise dos efeitos líquidos de um ato ou conduta por meio do exame do *trade off* entre ganhos de eficiência alocativa (decorrentes de reduções de custos e melhor aplicação dos recursos) e os efeitos anticompetitivos ou perda de bem-estar associados ao aumento de poder de mercado (reduções das quantidades ofertadas e elevação de preços). Esse modelo propugna que um ato ou conduta pode ser aprovado se o aumento do excedente econômico trazido pelas eficiências superar a perda de excedente trazida pelo aumento de preços (custo social do monopólio). Por sua vez, o modelo proposto por Fisher e Lande, mais conhecido por modelo *price standard*, procura garantir que a operação não reduza o nível de bem-estar do consumidor, o que implica estabelecer como condição para aprovação dos atos que estes gerem uma redução dos custos variáveis de produção de tal dimensão que o preço fixado após a operação não seja superior ao praticado antes da operação.³⁵³

É possível afirmar, portanto, que a principal diferença entre os dois modelos é que o modelo de Williamson desconsidera os efeitos distributivos derivados do exercício do poder de mercado após a realização de um ato ou conduta, bastando que o excedente econômico total seja maior do que o dano concorrencial acarretado. O modelo *price standard*, por outro lado, garante que pelo menos o excedente do consumidor não será reduzido, dado que pressupõe uma redução de custo na magnitude necessária para que, no processo de fixação de preços (na busca pela maximização de lucros), estes sejam situados em patamares não superiores aos existentes antes do ato.³⁵⁴

³⁵² Os dois modelos – *price standard* e Williamson – constituem-se em instrumentos analíticos que buscam mensurar as eficiências, tendo em vista a compensação dos efeitos anticompetitivos de uma operação ou conduta.

³⁵³ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2002, p. 50.

³⁵⁴ Tem-se, aqui, um exemplo de como, nas palavras de Magide Herrero, em tradução livre, “Os critérios técnicos podem ser utilizados para a realização de uma ponderação dos diferentes interesses em presença, com o fim de completar a determinação do interesse geral que a lei remeteu, parcialmente, à Administração” (MAGIDE HERRERO, 2000, p. 297).

Essa ponderação feita pelo administrador bem exemplifica, conforme mencionado anteriormente, como, no contexto da análise dos efeitos anticoncorrenciais, é possível apontar pelo menos um aspecto anterior à própria simulação dos efeitos futuros que pode, sim, ser objeto de controle judicial - porquanto desprovido de qualquer subjetividade e pleno de vinculação ao objetivo da Lei Antitruste: o que diz respeito à escolha do critério adotado na avaliação das eficiências. Como se vê, trata-se de um conhecimento técnico, observando um critério objetivo, que pode ser objeto de controle judicial diante da constatação de um abuso ou desvio de poder. O conselheiro relator parecia bem ciente de que estava diante de um ato vinculado, haja vista o fundamento que apresentou ao afastar a opção do modelo de Williamson adotado pela Nestlé-Garoto:

Como visto, a lei brasileira de defesa da concorrência prevê claramente, no inciso II, parágrafo 1º do artigo 54, que ‘os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro’. A lei, portanto, obriga que seja levado em consideração na análise não apenas os efeitos da operação sobre o excedente econômico total, mas especificamente o resultado sobre o excedente do consumidor (aumento do preço). Neste sentido, o modelo *price standard* se aproxima mais do objetivo traçado pela lei. Embora não garanta que os benefícios sejam distribuídos equitativamente entre consumidores e empresas, pelo menos impede que os consumidores sejam penalizados com aumentos de preços.³⁵⁵

Assim é que, após analisar cada uma das eficiências alegadas pela Nestlé e concluir que os níveis das eficiências ficariam, na realidade, muito abaixo do percentual necessário para impedir aumentos de preços, estimado nas simulações em torno de 12%³⁵⁶, o conselheiro relator entendeu que havia ficado demonstrado que a operação almejada pela Nestlé-Garoto não atendia aos requisitos impostos pelo §1º do art. 54 da Lei nº 8.884/94 para que o CADE pudesse autorizá-la, assim como não estavam presentes as condições previstas no §2º do mesmo artigo, que prevê a possibilidade de se aprovar a operação quando necessária por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, desde que atendidas pelo menos duas das condições previstas no §1º e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou ao usuário final.³⁵⁷

³⁵⁵ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2002, p. 51.

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 53-69.

³⁵⁷ Nas palavras do conselheiro relator, “[...], verificamos que se trata de um mercado com elevadas barreiras à entrada, especialmente, relativas aos elevados investimentos em propaganda e marketing para garantir atratividade e fidelidade dos consumidores às marcas e aos atributos específicos dos produtos (gosto, textura, consistência etc.) e à necessidade de deter um amplo portfólio de produtos para garantir presença nos pontos de venda. Constatou-se, também, que a rivalidade remanescente após o Ato será insuficiente para impedir aumentos de preços, sendo o nível das eficiências incapaz de compensar o risco concorrencial” (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE, 2002, p. 70).

Além de decidir pela não aprovação do Ato de Concentração, o conselheiro relator determinou fossem adotadas as providências cabíveis no sentido de desconstitui-lo por meio de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que eliminasse os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros, tudo nos termos do que dispõe o §9º do art. 54 da Lei nº 8.884/94.³⁵⁸

Na sessão plenária para julgamento do Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89, também se decidiu pela desconstituição da operação, nos termos do voto do conselheiro relator, havendo restado vencido o voto do então presidente do CADE, conselheiro João Grandino Rodas, pelo qual as Requerentes deveriam submeter ao CADE, observado o prazo de 30 dias, a contar da publicação do acórdão, plano de desconstituição parcial da operação.

Diante de referida decisão, a Nestlé e a Garoto apresentaram ao CADE um Pedido de Reapreciação do Ato de Concentração, datado de 15 de março de 2004, baseando-se nos artigos 10 a 14 da Resolução CADE nº 15/98, que fundamentam essa possibilidade de reanálise desde que o seu pedido seja fundado em fato ou documento novo, “de cuja existências as requerentes só vieram a ter conhecimento depois da data de julgamento, ou de que antes dela estavam impedidas de fazer uso.”

O pedido foi distribuído para o conselheiro relator Thompson Almeida Andrade e apontava como fatos ou elementos novos, a ensejar a admissibilidade do juízo de apreciação, a nova proposta da Nestlé de reestruturação da operação (concernente na alienação de parte das marcas de chocolate das duas empresas – Nestlé e Garoto – para terceiros), com eliminação de pontos potencialmente anticoncorrenciais, assim como o esclarecimento de pontos relevantes surgidos no julgamento, que, no seu entender, viabilizaria, por si, a modificação da decisão.

³⁵⁸ Do voto do relator, extrai-se, ainda, a conclusão de que “não cabe aqui adotar a solução comportamental porque a nossa lei não permite que seja adotada essa solução em casos como o presente. A celebração de compromisso de desempenho, prevista no art. 58 da Lei nº 8.884/94, é uma alternativa conferida ao CADE quando for verificado que determinada operação, embora potencialmente prejudicial à concorrência, atende às condições elencadas no §1º do art. 54, de modo a assegurar, pelo estabelecimento de metas e sob certas penas, a obrigação de que tais condições serão efetivamente cumpridas. Ora, como já demonstrado, a operação em tela não atende aos requisitos impostos pelo §1º do art. 54 da Lei nº 8.884/94, o que, portanto, impõe ao CADE tão-somente a não aprovação do Ato e a adoção das medidas necessárias ao seu desfazimento” (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE, 2002, p. 72).

A Procuradoria do CADE manifestou-se pelo não conhecimento do Pedido de Reapreciação por entender que a disponibilização pelas Requerentes de um conjunto de ativos fixos (produtos) e intangíveis (ativos comerciais, marcas e propriedade intelectual), a fim de viabilizar o desinvestimento, não poderia ser enquadrada como fato novo, capaz por si só de lhes assegurar pronunciamento favorável. Ademais, também não se tratava de fato novo de cuja existência as Requerentes somente vieram a ter conhecimento após a data do julgamento, não havendo, portanto, qualquer observância ao exigido nos termos da Resolução n° 15/98. E quanto ao mérito, opinou pelo não provimento do Pedido, por entender que não havia qualquer ilegalidade, inobservância de formalidade a ser corrigida ou incoerência entre os fundamentos apresentados e o dispositivo da decisão.

O Ministério Público Federal, por sua vez, manifestou-se pelo conhecimento e pela procedência do Pedido de Reapreciação do feito, recomendando o acolhimento da sugestão de desinvestimento parcial feito pela Nestlé.

O julgamento do Pedido de Reapreciação no Ato de Concentração, que chegou ao seu fim sob a relatoria de Ricardo Villas Bôas Cueva, ocorreu ao longo de três Sessões, sendo duas Ordinárias e uma, Extraordinária. Na Sessão Ordinária, realizada em 14 de julho de 2004, o Plenário do CADE decidiu, por unanimidade, nos termos do conselheiro relator Thompson Andrade, não acolher a exceção de impedimento em face da Procuradora-Geral, Maria Paula Dallari Bucci, arguida pelo Ministério Público Federal. Decidiu, ainda, dessa vez por maioria, conhecer o Pedido de Reapreciação, havendo restado vencidos, neste tocante, o conselheiro relator, Thompson Almeida Andrade, e os conselheiros Cleveland Prates Teixeira e Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, havendo o Presidente, João Grandino Rodas, feito uso do voto de Minerva para desempatar o julgamento.³⁵⁹ Na segunda Sessão Ordinária em o caso foi discutido, realizada em 1° de setembro de 2004, o Plenário do CADE decidiu, por unanimidade, afastar a questão de ordem, arguida pelo Ministério Público Federal, de falta de quórum para deliberação, havendo o Plenário manifestado entendimento no sentido de que o novo conselheiro relator, Ricardo Cueva, poderia votar em outras questões que o relator anterior, Thompson Andrade, não teria votado. Enfim, na última Sessão realizada sobre o caso, ocorrida em 05 de outubro de 2004, o Plenário do CADE decidiu, por maioria, indeferir

³⁵⁹ Aqui é importante salientar que a composição do órgão mudou em 19 de julho, deixando o então conselheiro relator, Thompson Andrade, um dos responsáveis pelo veto, de fazer parte do CADE, passando o conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva a exercer a relatoria do caso. Outrossim, Elizabeth Farina - responsável por um dos pareceres apresentados pelas Requerentes no Ato de Concentração - assumiu a presidência no lugar de João Grandino Rodas.

o pedido do Ministério Público Federal de arguição de existência de fato novo e manter a decisão anterior do Plenário acerca do Ato de Concentração n° 08012.001697/2002-89, por três votos a dois, negando provimento ao Pedido de Reconsideração, nos termos do voto do conselheiro Thompson Andrade.

Em 24 de maio de 2005, a Nestlé e a Garoto ajuizaram Ação Ordinária, com pedido de tutela antecipada, em face do CADE, objetivando a anulação da decisão que desaprovou a compra de ativos da Garoto pela Nestlé, determinou a desconstituição da operação e estabeleceu critérios e prazos para tanto; atacava, ainda, o não provimento do Pedido de Reapreciação.³⁶⁰

Na fundamentação de seu pedido, as autoras argumentavam, em suma, que: (i) pela Lei n° 8.884/94, o CADE teria o prazo de 60 dias para apreciar o ato de concentração, de sorte que, como no caso em referência o julgamento ocorreu apenas 411 dias após a entrada dos autos do Ato de Concentração no CADE, a operação teria de ser aprovada por decurso de prazo, nos termos da lei; (ii) teria havido ofensa ao contraditório e cerceamento de defesa, haja vista que algumas informações haviam sido mantidas em sigilo até mesmo para as autoras, ficando as mesmas impedidas de contestar tais dados, os quais foram fundamentais na determinação da desconstituição da operação; (iii) haveria ilegalidade no voto do Conselheiro Relator, haja vista que não foram devidamente fundamentados os motivos para a rejeição da proposta apresentada no Pedido de Reapreciação; (iv) o STJ tem acolhido a teoria do fato consumado que determina que em determinados casos, devido ao considerável transcurso de tempo, não seria mais possível desconstituir situações jurídicas, diante dos graves inconvenientes que isso poderia ocasionar tanto para o beneficiado quanto para terceiros; e (v) a decisão do CADE de não aceitar o plano de desinvestimento apresentado no Pedido de Reapreciação ofende os princípios constitucionais da livre iniciativa, da razoabilidade e da proporcionalidade, assim como a determinação de desfazimento total da operação configuraria excesso de proibição. Assim, pediam a aprovação automática do ato de concentração ou, caso esse pedido fosse rejeitado, que fosse decretada a nulidade da decisão do CADE, para que este proferisse novo julgamento com a observância das garantias constitucionais, ou, ainda, que fosse acolhida a teoria do fato consumado com a consequente aprovação do ato de concentração, tornando sem efeito a decisão que o rejeitou.

³⁶⁰ A ação foi distribuída para a 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, sendo processada sob o n° 2005.34.00.015042-8.

Vê-se, aqui, que predominavam argumentos referentes a aspectos formais do processamento e julgamento do Ato de Concentração.

Passados seis dias do ajuizamento da ação, mais precisamente no dia 30 de maio, foi deferida medida acautelatória para sustar o transcurso dos prazos da decisão do CADE a que a ação visava anular até que fosse possível formar um juízo preliminar mais consistente sobre a legitimidade e a legalidade das exigências daquela autarquia. Restou advertido, porém, que as autoras não deveriam agir de forma a impedir o cumprimento da decisão atacada, sob pena de multa por litigância de má-fé.

Na contestação do CADE, apresentada em 1º de agosto de 2005, argumentou-se que: (i) não era cabível o pedido de aprovação automática da operação por decurso de prazo, haja vista que a determinação legal tem o objetivo de punir a inércia da Administração Pública, o que não ocorreu no caso, porquanto o CADE esteve a todo tempo diligenciando no sentido de instruir o processo da melhor forma possível; (ii) a análise da prescindibilidade das diligências deve ser feita apenas pelo julgador, de modo que qualquer decisão sobre o tema adentraria o mérito do ato administrativo, interferindo na discricionariedade que a lei atribuiu ao CADE; (iii) não houve utilização de dados secretos na formação do convencimento dos julgadores, não tendo havido cerceamento de defesa ou ofensa ao contraditório com a juntada de determinados documentos após o julgamento; (iv) o voto do conselheiro Thompson Andrade, no que se refere ao mérito do pedido de reapreciação, foi devidamente fundamentado, baseando-se em exame técnico-econômico para concluir pela insuficiência do plano de desinvestimento para superar os problemas apontados quando da decisão do ato de concentração; (v) no que se refere à alegação de inconstitucionalidade da decisão, as autoras não apontaram de que forma a decisão do CADE teria extrapolado os campos da razoabilidade e da proporcionalidade, corrompendo a livre iniciativa; e (vi) a teoria do fato consumado não se aplica ao caso, haja vista que o art. 54, §7º, da Lei nº 8.884/94 determina que os atos de concentração somente podem ter eficácia após a aprovação pelo CADE.

Após apresentação de réplica, parecer do Ministério Público Federal e razões finais, o juiz Itagiba Catta Preta Neto finalmente proferiu sua sentença, em 16 de março de 2007. Desde já, é possível antecipar que essa decisão judicial em momento algum expressou um juízo de cognição do magistrado acerca da presença ou não de ofensa ao ambiente concorrencial no Ato de Concentração submetido à análise do CADE, havendo, mesmo, asseverado que a tônica maior dos argumentos da autoras referiam-se a aspectos formais.

Preliminarmente, o juiz assinalou, sem maior preocupação em fundamentar seu entendimento, que “a sindicabilidade dos atos administrativos, inclusive em seu mérito, é plenamente viável e juridicamente aceita quando ameacem ou lesem direitos individuais”. Apenas arguiu que tal decorre do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Em seguida, passou a analisar, um a um, os argumentos de mérito da ação, a maioria, repita-se, referente a aspectos formais. É certo que a tese de que o voto do relator teria motivação deficiente adentrava o mérito administrativo da questão, todavia foi imediata e simploriamente afastada pelo magistrado, que entendeu que, embora sucinto, ou até mesmo lacônico, o voto se reportava a todo o procedimento administrativo, bem como aos pareceres da SDE e da SEAE, os quais integravam as razões da decisão administrativa. Sepultada restou, em sede de primeiro grau, qualquer revisão judicial acerca dos motivos oferecidos pelo conselheiro relator na fundamentação de seu voto, mormente no que tange à presença de risco ao ambiente concorrencial no Ato de Concentração submetido à análise do CADE.

Afastou, também de pronto, a tese de aplicação da teoria do fato consumado, todavia, reconheceu que a presença de dados “secretos” ou sigilosos a embasar a decisão do CADE ensejava indevidas e inoportunas manipulações, ofendendo os princípios constitucionais da ampla defesa e da publicidade. Reconheceu, ainda, que outra mácula do procedimento, que importou em violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, merecendo, assim, repulsa judicial, ocorreu com a juntada dos documentos que compõem o 2º e 3º volumes e mais um apartado confidencial dos autos do Pedido de Reapreciação, a qual se deu somente depois do seu julgamento. Concluiu, assim, que não foi observado o devido processo legal no caso em liça, sendo que, no seu entender, a utilização de dados ‘secretos’ e a dilação probatória inoportuna (juntada de documentos e realização de audiência), isoladamente, já seriam suficientes para anular todo o procedimento administrativo.

Todavia, o argumento que mereceu maior atenção no julgamento de 1º grau foi o do decurso do prazo para a decisão administrativa. O magistrado tratou de dividir em grupos cada uma das diligências e ofícios providenciados pelo CADE, no curso da instrução processual, analisando a (im)prescindibilidade de cada um. Ao final, porém, concluiu que, apesar de o CADE ter razão ao afirmar que a questão acerca da prescindibilidade ou não da diligência está afeta ao mérito administrativo, a ele competia, a cada diligência, “especialmente atento à grave consequência do decurso do prazo, motivar e fundamentar a diligência”. E continuou nos seguintes termos:

Se o CADE se pretende (como diz a lei n° 8.884/94 com técnica duvidosa) um ‘órgão julgante’, deve observar a boa técnica jurídica e processual que norteia a atividade julgante.

Ao julgador não é dado, sob a desculpa de que os termos são subjetivos, decidir ao seu talante o que é ou não imprescindível, necessário, útil ou seja o que for, sem indicar, claramente, os motivos e fundamentos do que decide. Poder de livre valoração e convicção, discricionariedade, não são palavras mágicas que servem a abrir as portas do arbítrio.

[...]

Ao contrário do que afirma, ‘a formação da convicção dos Conselheiros’ NÃO é livre. A decisão que determina a realização de diligência – esclarecimentos e juntada de documentos – deve necessariamente ser fundamentada e motivada de forma tal que se possa perquirir se foi baseada neste ou naquele argumento e, especialmente, se é ou não imprescindível. Do contrário, será nula. Não suspenderá o curso do processo.

[...]

A única conclusão compatível com o princípio da eficiência é o de que a regra seja o cumprimento do prazo, sua suspensão é a exceção. E o excepcional deve ser justificado, motivado.³⁶¹

Com esse arrazoado, a primeira instância julgou procedente o pedido das autoras e determinou a aprovação automática do Ato de Concentração submetido à apreciação do CADE em 15 de março de 2002, ante o decurso do prazo previsto no art. 54, §7º, da Lei n° 8.884/94 sem que tivesse havido decisão da autarquia, em que pese o efeito suspensivo das diligências instrutórias, que, segundo o juiz, não teriam sido devidamente fundamentadas.

Inconformado com a decisão, o CADE interpôs Apelação.³⁶² Em seu voto, o relator centrou sua razão de decidir em três aspectos: a) na discussão sobre se houve aprovação automática do ato de concentração, uma vez que o CADE não o teria apreciado no prazo de 60 dias previsto na Lei n° 8.884/94 e as diligências realizadas não teriam sido imprescindíveis à análise do processo; b) na aplicabilidade ou não da teoria do fato consumado; e c) na anulação do julgamento do pedido de reapreciação em virtude da motivação inadequada e insuficiente do voto do conselheiro Thompson Andrade.

Em sua fundamentação, fez uso da doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Carlos Maximiliano, não havendo, todavia, qualquer referência à doutrina especializada de direito antitruste. Apesar disso, porém, cuidou de fazer uso, como recurso argumentativo, de dados colhidos no âmbito do processo administrativo,

³⁶¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Ação Ordinária 2005.34.00.015042-8 Distrito Federal. Quarta Vara. Juiz Federal Itagiba Catta Preta Neto. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 19 mar. 2007. Disponível em: <<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

³⁶² A Apelação Cível - que inicialmente levou o n° 2005.34.00.015042-8/DF e hoje é identificada pelo n° 0015018-08.2005.4.01.3400 - foi distribuída para a 5ª Turma do TRF da 1ª Região, sendo que a relatoria para o acórdão coube ao Desembargador Federal João Batista Moreira. Atuou como revisor o Desembargador Federal Sebastião Fagundes de Deus.

principalmente quando construiu o fundamento de sua compreensão no sentido de que o voto do conselheiro Thompson Andrade estava eivado de nulidade por vício na motivação, o que, ao final, foi decisivo para que seu voto concluísse que o julgamento do Pedido de Reapreciação deveria ser totalmente anulado.

Pela acuidade no resumo das considerações feitas no julgado, transcreve-se a ementa da decisão, lavrada nos seguintes termos:

INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA. ATO DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS (NESTLÉ E GAROTO). INDEFERIMENTO DE APROVAÇÃO PELO CADE. PEDIDO DE REAPRECIAÇÃO COM PROPOSTA DE DESINVESTIMENTO. MANUTENÇÃO DO INDEFERIMENTO. VOTO DO RELATOR. FALTA DE MOTIVAÇÃO ADEQUADA. ANULAÇÃO DESSE VOTO E, EM CONSEQÜÊNCIA, DA DECISÃO, TOMADA POR MAIORIA DE UM VOTO. SENTENÇA EM QUE SE CONSIDERA APROVADO O ATO DE CONCENTRAÇÃO POR DECURSO DE PRAZO (ART. 54, §7º, DA LEI 8.884/94). FUNDAMENTO DE FALTA DE MOTIVAÇÃO NA REQUISICÃO DE DILIGÊNCIAS SUSPENSIVAS DESSE PRAZO. INSUBSISTÊNCIA. PROVIMENTO PARCIAL À REMESSA OFICIAL E À APELAÇÃO. DEFERIMENTO PARCIAL DO PEDIDO INICIAL, POR OUTRO FUNDAMENTO.

1. A disposição do art. 54, §7º (segunda parte), da Lei n. 8.884/94 não pode significar a possibilidade de aprovação automática e, conseqüentemente, renúncia de competência, exceto na hipótese de absoluta inércia da Administração em casos 'nos quais, por não vislumbrar qualquer risco à ordem econômica, e até para evitar os custos inerentes a uma sessão de julgamento - e.g. despesas das partes com advogados e deslocamento -, o órgão julgador simplesmente se abstém de qualquer providência, deixando escoar *in albis* o prazo legal' (parecer do MPF).

2. A alegação de fato consumado é incompatível com a justificativa do pedido inicial de antecipação de tutela: 'Nem se alegue haver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, pois, desde já, as Autoras apresentam 'Termo de Responsabilidade de Preservação da Reversibilidade da Operação'. Tal como feito no âmbito do CADE, por meio desse Termo são adotadas medidas aptas a preservar condições de mercado, prevenindo mudanças irreversíveis ou de difícil reparação na estrutura das empresas até o julgamento do mérito da presente ação'.

3. Não bastasse a provisoriedade ínsita a situação criada sob o pálio de antecipação de tutela, resultados obtidos numa situação em que a sorte do ato de concentração econômica ainda está pendente de aprovação não são totalmente confiáveis. De outra parte, o fato de as empresas terem optado por realizar o negócio para só após requererem aprovação pelo CADE, quando poderiam ter requerido preventivamente tal aprovação, desautoriza a alegação de fato consumado.

4. Quanto às várias alegações de nulidade do processo administrativo, a pedra de toque é o voto de mérito do Relator originário, no julgamento do pedido de reapreciação. Nesse pedido, pretenderam as empresas 'fossem sanados erros da decisão anterior, como a construção equivocada' de sua participação de mercado, 'e a possibilidade de serem desmembrados ativos tanto da NESTLÉ como da GAROTO para serem vendidos, de modo a solucionar as preocupações concorrenciais da decisão'.

5. Na argumentação das Autoras, 'considerando-se o índice decorrente dos dados econômicos auditados pela ACNielsen, rotineiramente utilizado pelo CADE, inclusive em precedente que envolvia o mesmo mercado de chocolates, a participação da NESTLÉ/GAROTO no mercado de chocolates sob todas as formas seria reduzida para 38,2%', o que seria 'absolutamente aceitável do ponto de vista concorrencial, além de situar-se bem abaixo do índice aceito pelo Relator, de 44,47%'.

6. Desde o início do processo, a possibilidade de uma solução intermediária entre a aprovação e a desaprovação total do ato de concentração havia sido cogitada, conforme se verifica na manifestação da Secretaria de Defesa Econômica, a que aderiu a Procuradoria do CADE, no parecer do Ministério Público Federal (reafirmado em parecer no pedido de reapreciação), e no voto (vencido) do então Presidente do CADE, no julgamento originário.

7. Vencido na preliminar de não conhecimento do pedido de reapreciação, o Relator rejeitou o que chamou de ‘proposta resultante de uma reengenharia’ do ato de concentração (criação de nova empresa do mercado de chocolates, com a transferência de ativos e produtos da Nestlé e da Garoto), argumentando: a) haver equívoco das empresas quando interpretam seu voto, no julgamento originário, como admitindo índice de 44,47% na concentração de mercado de chocolates; b) a existência da Garoto em sua forma integral é melhor para o mercado e para os consumidores e um bem para o Estado do Espírito Santo, o Município de Vila Velha e os trabalhadores; c) a operação proposta pela Nestlé “é qualitativamente inferior, do ponto de vista da rivalidade competitiva nesse mercado de chocolates, à anteriormente decidida pelo CADE”, ‘além de não necessariamente resolver os problemas trazidos pela maior concentração de mercado relevante’.

8. Exista ou não, no Brasil, algum competidor com 20% de participação no mercado de chocolates, o certo é que foi determinada a venda da Garoto a um competidor que tivesse participação de mercado de até 20%. Logo, foi admitido, em tese, índice de concentração de até 44,47% (20% + 24,47%) e a proposta de desinvestimento reduz abaixo desse índice a participação da Nestlé/Garoto.

9. Em segundo lugar, a manutenção do *status quo* será sempre melhor (*qualitativamente superior*) para a concorrência e para os consumidores que qualquer operação de concentração econômica. Mas, com base nessa premissa, não poderia haver qualquer ato de concentração de empresas. É necessário verificar se, apesar de resultar algum prejuízo para a livre concorrência e para os consumidores, o ato ainda assim comporta-se dentro de limites tolerados pelo sistema jurídico. No voto do Relator, aceitando-se implicitamente os índices fornecidos pelo Instituto ACNielsen (com o que fica superada discussão sobre o caráter sigiloso dos dados colhidos pela SEAE/MF), não foi enfrentada a questão desse limite tolerável, em confronto com a solução proposta.

10. Contra a validade do voto do Relator ainda conspiram o fato de, após sua saída do CADE, não ter sido (aquele voto) confirmado por novo relator designado para o processo, apesar da posterior realização de audiência pública, e a juntada de documentos só após a conclusão do julgamento, irregularidade esta que contamina também os demais votos.

11. A anulação desse voto causa a anulação de todo o julgamento do pedido de reapreciação, uma vez que a decisão deu-se pela maioria de um voto.

12. Provimento parcial à remessa oficial, tida como interposta, e à apelação para, reformando a sentença, apenas anular o julgamento, pelo CADE, do pedido de reapreciação, a fim de que outro julgamento se proceda na devida forma (item *j* do pedido inicial).³⁶³

Da leitura do voto do relator da Apelação é possível observar que, ao analisar a alegada impropriedade da motivação do voto do conselheiro Thompson Andrade no Pedido de Reapreciação, e fundamentar sua razão de decidir, o desembargador limitou-se a construir um raciocínio lógico com base nas mesmas premissas utilizadas por aquele julgador (para, ao final dele discordar), sem, todavia, valer-se de qualquer outro conhecimento especializado

³⁶³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Apelação Cível 2005.34.00.015042-8 Distrito Federal. Quinta Turma. Relator Desembargador Federal João Batista Moreira. **Diário Oficial Eletrônico da Justiça Federal da Primeira Região**, p. 264. Brasília, 02 out. 2009. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/index.php>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

sobre o tema. Asseverou em seu voto, tomando por empréstimo as considerações do Ministério Público, que:

‘Segundo a SEAE/MF, a Chocolates Garoto S/A era detentora de 24,47% do mercado relevante. Admitida a aquisição dessa empresa por uma concorrente que tivesse participação de mercado de 20%, **possível nos termos da primeira decisão colegiada**, conclui-se que, no caso concreto, a decisão reaprecianda admitiu uma concentração de mercado em torno de 44,47% no mercado de chocolates sob todas as formas, reputando razoável uma detenção de poder de mercado próximo de 50%, nos termos do voto do Relator’. (grifos nossos).

E a proposta de desinvestimento apresentada pelas empresas Nestlé e Garoto no Pedido de Reapreciação reduzia abaixo desse índice a sua participação no mercado relevante analisado.³⁶⁴ Feita essa observação, o relator manifestou-se nos termos que compuseram os itens 8 e 9 da ementa acima transcrita, concluindo pela ausência de motivação adequada, suficiente, clara e congruente no voto do conselheiro Thompson Andrade, o que, na sua percepção, foi agravado pelo fato de o voto não ter sido confirmado pelo novo relator designado para o processo após sua saída do CADE.³⁶⁵

Assim é que, em 09 de setembro de 2009, levado o recurso a julgamento, a 5ª Turma do TRF da 1ª Região, por maioria, seguindo o voto do relator, deu parcial provimento à Apelação do CADE, reformando a sentença (que havia decidido pela aprovação automática do ato de concentração) para anular o julgamento do Pedido de Reapreciação, de modo que a autarquia novamente processe e julgue a proposta de desinvestimento apresentada pelas empresas Nestlé e Garoto, desta vez com a observância do devido processo legal.

Após a oposição de embargos de declaração pela Nestlé e pelo Ministério Público Federal em face do acórdão acima mencionado, ambos rejeitados à unanimidade, a Nestlé interpôs, em 12 de abril de 2010, embargos infringentes, os quais, pelo menos até a data da conclusão do presente trabalho, ainda se encontravam pendentes de julgamento.

³⁶⁴ Veja-se que o desembargador relator não entrou no mérito de analisar se realmente o primeiro voto do conselheiro Thompson Andrade andou bem ao admitir a aquisição da Garoto por uma empresa concorrente que tivesse participação de mercado de 20% quando, só a Chocolates Garoto S/A, já era detentora de 24,47% do mercado relevante.

³⁶⁵ Em sessão da 5ª Turma do TRF da 1ª Região, realizada no dia 19 de agosto de 2009, o juiz federal convocado Ávio Mozar José Ferraz de Novaes proferiu voto-vista no sentido de que fosse negado provimento à apelação, julgando automaticamente aprovado o Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89, haja vista, no seu entender, ter sido verificada a extrapolação injustificada do prazo de 60 dias de que dispunha o CADE para julgamento dos atos de concentração a eles submetidos. Em suas considerações, chegou inclusive a observar que o bem jurídico não restava prejudicado em face da aprovação do ato em análise, em virtude da função repressiva que ainda poderia ser plenamente exercida pelo CADE, no controle *a posteriori* da concorrência. Seu voto, todavia, restou vencido.

Feita essa exposição e análise do trâmite processual que se seguiu nas esferas administrativa e judicial, no que se refere ao Ato de Concentração n° 08012.001697/2002-89, é possível observar o grande impacto da inobservância, pelo CADE, de alguns aspectos formais no processamento do ato submetido pelas empresas Nestlé e Garoto, incluindo o Pedido de Reapreciação. Passaram-se mais de 12 anos desde que o Ato de Concentração foi apresentado ao CADE e, até a conclusão do presente trabalho, ainda não foi confirmada a (i)legalidade do interesse comercial das empresas Nestlé e Garoto representado no referido ato.

Sem dúvida, contudo, a experiência contribuiu para que o CADE passasse a dar uma atenção bem maior aos procedimentos, conforme mencionado no início deste capítulo, deixando os processos administrativos mais próximos dos padrões judiciais. Chegou-se à compreensão de que, apesar de essa *judicialização* do processo administrativo torná-lo mais lento, maior desperdício de tempo e de recursos ocorre quando há uma suspensão da decisão pelo Judiciário em virtude de ineficiência na instrução processual que poderia ser evitada.

Não é demais afirmar, inclusive, que muitas mudanças incorporadas pela nova Lei Antitruste, as quais vieram para conferir maior eficiência na atuação do CADE em seu mister de proteger o ambiente concorrencial, foram decorrentes dessa interferência feita pelo Poder Judiciário por meio do controle judicial das decisões da autarquia.

Na verdade, pode-se afirmar sem grande dificuldade que, o que se viu nos processos administrativo e judicial referentes ao tema da incorporação da Garoto pela Nestlé foi que a atuação do CADE e do Poder Judiciário complementaram-se na proteção aos direitos fundamentais à livre iniciativa, à livre concorrência e, também, ao devido processo legal. Mesmo sem fazer uso de conhecimentos especializados na área do antitruste, os juízos de primeira e segunda instância puderam exercer o controle da legalidade e da juridicidade dos atos do CADE, o qual, apesar de haver realizado um esforço no intuito de alcançar um julgamento técnico e condizente com as finalidades almejadas por nossa legislação antitruste, acabou ferindo direitos individuais de natureza processual.

Afinal, se é verdade que ao Poder Judiciário cabe, em última instância, a aplicação da lei antitruste, conforme salientou Fernando de Magalhães Furlan, também é acertado seu raciocínio complementar:

O amadurecimento da interpretação dos critérios e hipóteses previstos na legislação específica da concorrência depende não somente do debate no âmbito dos órgãos

responsáveis pela jurisdição administrativa mas especialmente do intercâmbio exegético entre autoridades administrativas e judiciárias.³⁶⁶

Por fim, interessa salientar que, quer a revisão judicial se dê em razão de aspectos formais, quer se dê em razão de aspectos materiais, é possível identificar o impacto da interferência do Poder Judiciário nos elementos da política antitruste, tanto no plano macro (escopos), como nos planos meso (programa previamente estabelecido) e microinstitucional (autoridades competentes definidas e ação estatal voltada para a consecução de uma finalidade).

5.2 Acordos entre o CADE e os agentes econômicos

Diante dos mencionados impactos decorrentes do controle judicial sobre os atos do CADE, o tema da utilização dos instrumentos de solução negociada no controle concorrencial de condutas e de estruturas tornou-se um dos mais relevantes na pauta da autarquia.

A atual Lei Antitruste, a exemplo da anterior, prevê três espécies de acordos entre o CADE e os agentes econômicos: os compromissos de cessação (art. 85)³⁶⁷, os acordos em controle de concentrações (arts. 9º, inc. V, 13, inc. X e 46, §2º)³⁶⁸ e os acordos de leniência (art. 86).³⁶⁹

O Brasil já havia se submetido a uma revisão pelos pares, promovida pela Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, no ano de 2005, ao final

³⁶⁶ FURLAN, Fernando de Magalhães. **Questões polêmicas em direito antitruste**. São Paulo: Lex, 2004, p. 124.

³⁶⁷ Os chamados Termos de Compromissos de Cessação – TCCs podem ser celebrados no âmbito dos procedimentos preparatórios, inquéritos ou processos administrativos, isto é, no controle de condutas, sempre que ao agente econômico tenha sido imputada a prática de infração tipificada no art. 36, *caput*, da Lei nº 12.529/2011. Por força desse instrumento de solução negociada de conflitos, de um lado, o CADE suspende o curso do processo administrativo, enquanto os termos do compromisso estiverem sendo regularmente cumpridos, e, do outro lado, o agente econômico compromete-se a fazer cessar a prática e, nos casos dos incisos I e II do §3º do art. 36 da Lei nº 12.529/2011, a contribuir para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, sem que haja reconhecimento da ilicitude que lhe é imputada.

³⁶⁸ Como o próprio nome já revela, trata-se de solução negociada de conflitos utilizada apenas em atos de concentração, por meio de instrumento denominado Termo de Compromisso de Desempenho - TCD. Por meio dele, a operação é admitida pelo CADE, porém com algumas restrições negociadas entre as partes. As empresas, ou apenas uma delas, assume alguns compromissos com o objetivo de assegurar que os benefícios esperados da concentração realmente aconteçam. Assim, a preocupação do CADE com a promoção da concorrência fica resguardada e as medidas estruturais e/ou comportamentais, ao invés de serem impostas, são acordadas.

³⁶⁹ A Lei Antitruste prevê a possibilidade de o CADE acordar com um participante de conluio a extinção da ação punitiva da Administração Pública (ou a redução de 1/3 a 2/3 da penalidade aplicável) se ele confessar a sua participação na prática investigada e entregar provas ao CADE.

da qual foi elaborado um relatório contendo algumas recomendações para o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, como costuma acontecer ao término desses encontros, e, dentre essas recomendações, uma chama especialmente a atenção: “Tirar proveito dos procedimentos para a obtenção de acordos tanto em casos de conduta como de atos de concentração, promovendo, assim, a eficiência e evitando recursos judiciais onerosos e demorados”.³⁷⁰

E assim tem sido feito. O sítio eletrônico do CADE informa que, neste ano de 2014, representantes dos órgãos do SBDC iriam abordar, na 13ª Conferência Anual da *Internacional Competition Network - ICN*³⁷¹, a experiência do Brasil com instrumentos de solução negociada no controle concorrencial de condutas e de estruturas, como Leniência, Termo de Compromisso de Desempenho – TCD e Termo de Compromisso de Cessação de Prática – TCC. Cinco grupos de trabalho discutiriam a advocacia da concorrência, a efetividade na aplicação de normas antitruste, cartéis, fusões e condutas unilaterais.

A verdade é que, adotando a recomendação da OCDE, e arrimando-se no argumento de que as soluções construídas em conjunto tendem a ser mais efetivas do que as medidas impostas unilateralmente pela Administração, o CADE realmente começou a utilizar com mais frequência os procedimentos para que fossem firmados acordos em casos de conduta e de atos de concentração, notadamente os TCCs e os TCDs, diminuindo a quantidade de condenações em processos administrativos e de restrições em atos de concentração, chegando inclusive a criar uma unidade especializada em negociação de acordos. As autoridades antitruste já esperavam, mesmo, que a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011, com a previsão acerca da notificação prévia ao CADE, deixasse os agentes econômicos em atos de concentração mais dispostos a firmar acordo, para que suas transações pudessem ser consumadas com uma maior celeridade. No mesmo passo, tem-se observado, também, uma forte tendência no CADE no sentido de negociar algumas multas aplicadas a empresas envolvidas em conduta anticoncorrencial, no intuito de evitar as comuns medidas protelatórias junto ao Poder Judiciário.

Em todo caso, seja nas soluções negociadas em processos administrativos, seja naquelas negociadas em atos de concentração, é pertinente a advertência da OCDE no sentido

³⁷⁰ ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICOS (OCDE), 2010, p. 77.

³⁷¹ A Conferência Anual da *International Competition Network – ICN* realizou-se, em 2014, nos dias 23 a 25 de abril, na Cidade de Marrakech, Marrocos. (Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/>>. Acesso em: 15 jun. 2014).

de que as autoridades não firmem acordos por muito pouco, afinal, “Em longo prazo, tal prática terá um impacto negativo acentuado na implementação da lei”.³⁷²

Conforme menciona Fernando Antônio Alves de Oliveira Junior, então Coordenador e Procurador-Geral substituto do CADE, paralelamente ao decréscimo de processos administrativos com condenados e de atos de concentrações com restrições, entre 2009 e 2010, o número de instrumentos negociados de soluções de conflitos mais que dobrou. Os dados por ele colhidos apontam que,

Até a última sessão ordinária de julgamento, realizada em 24 de novembro de 2010, foram aprovados, neste ano, 14 (quatorze) Termos de Compromisso de Cessação e 11 (onze) Termos de Compromisso de Desempenho. Houve, portanto, um incremento do número de termos assinados em comparação com 2009, já que, no ano passado, foram firmados 6 (seis) Termos de Compromisso de Cessação e 5 (cinco) Termos de Compromisso de Desempenho. Essa tendência de acréscimo é verificada nos últimos anos.³⁷³

Esses fatos parecem revelar uma tentativa do CADE de preservar seu papel de guardião da livre concorrência no Brasil, evitando a sindicabilidade judicial de suas decisões. O que não é possível afirmar, ainda, é se a adoção dessas medidas pelo CADE, em clara reação ao número de liminares que esvaziam de efeitos suas decisões, significará uma maior efetividade da política de defesa da concorrência no Brasil.

A doutrina especializada já chega, inclusive, a apontar para a existência de uma dificuldade na fiscalização do cumprimento desses acordos, o que acaba permitindo que, de alguma forma, os agentes econômicos se desviem dos termos avençados.³⁷⁴ Pior do que isso, também é questionado se esses acordos realmente têm sido formulados com uma preocupação em atender ao interesse público, principalmente aqueles firmados em atos de concentração (TCDs), haja vista que, da forma como acabou sendo promulgada, a Lei nº 12.529/2011 deixou de determinar a obrigatoriedade de publicação da minuta desse tipo de acordo^{375, 376}, o

³⁷² ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICOS (OCDE), 2010, p. 90.

³⁷³ OLIVEIRA JÚNIOR, Fernando Antônio Alves de. **Avanços da política antitruste no Brasil: o CADE e o Judiciário.** Disponível em: <<http://ebookbrowse.net/po/pol%C3%ADticas-de-defesa-da-concorr%C3%Aancia#.U9EKr4BdW3l>>. Acesso em: 02 de jul. 2013. p. 08.

³⁷⁴ MARTINEZ, Ana Paula. Controle de concentrações econômicas no Brasil: passado, presente e futuro. **Revista do IBRAC**, v. 18, p. 12-57, 2010. p. 38.

³⁷⁵ FORGIONI, 2013, p. 423.

³⁷⁶ No compromisso de cessação de prática, firmado por meio de um TCC, a situação se dá de modo um pouco diferente, haja vista que, apesar de o §5º do art. 85 da Lei nº 12.529/2011 prever que a proposta do TCC pode ter caráter confidencial, o §7º do mesmo artigo preconiza que o TCC que venha a ser firmado terá caráter público e deverá ser publicado no sítio do CADE em até 5 (cinco) dias após a sua celebração. Não há previsão semelhante para os Termos de Compromisso de Desempenho firmados em Atos de Concentração.

que certamente dificulta que terceiros interessados e a própria sociedade civil manifestem-se sobre o seu teor.

Nesse caso, o controle judicial dos termos do acordo dependerá da atuação de agentes econômicos que se sintam prejudicados pelos efeitos da solução negociada, ou mesmo dos legitimados referidos no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, dentre eles o Ministério Público, quando propuserem ação judicial em defesa daqueles prejudicados em virtude da prática infrativa à ordem concorrencial - no caso, representada, em primeiro plano, pelo próprio acordo, situação em que também o CADE figurará no polo passivo, ao lado das empresas beneficiadas pela solução negociada.

Contudo, conforme mencionado no início do capítulo, trata-se de mecanismo de controle muito pouco adotado, justamente em virtude das dificuldades já apontadas: dificuldade de prova e de cálculo dos prejuízos ao ambiente concorrencial, alto valor de eventual sucumbência, pouco conhecimento do tema pelos agentes econômicos, consumidores, advogados em geral e membros do Ministério Público, não havendo, até o momento, notícia de eventual controle judicial das cláusulas desses compromissos.³⁷⁷

5.3 Dificuldades na aplicação da norma antitruste pelo Judiciário: críticas e competência institucional

Os membros do Judiciário teriam conhecimento técnico específico para reexaminar questões decididas pelo CADE? Caso não tenham, isso seria argumento para que não as possam reexaminar? Afinal, eles também nem sempre tem conhecimento específico em matéria ambiental, financeira, tributária etc. As críticas à aplicação da norma antitruste pelo Poder Judiciário normalmente transitam em torno desses questionamentos.

Conforme observado quando da abordagem à questão da discricionariedade nas decisões do CADE, algumas vezes levantam-se na doutrina no sentido de que o magistrado não deve perscrutar a interpretação prospectiva dos agentes reguladores (e aqui é possível enquadrar as autoridades antitruste) pelo fato de os impactos sistêmicos do ato regulatório/decisório ultrapassarem a competência técnica do magistrado.³⁷⁸

³⁷⁷ FORGIONI, 2013, p. 422.

³⁷⁸ GUERRA, Sérgio. Atualidades sobre o controle judicial dos atos regulatórios. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n. 21, fev./mar.-abr. 2010. p. 8.

Fábio Medina Osório, por sua vez, chega a afirmar que nenhum juiz parece estar preparado para controlar litígios que envolvem temas multidisciplinares, *v.g.*, economia, sociologia, moral, em prazo fixado em semanas ou, no máximo, meses.³⁷⁹

Eros Roberto Grau, contudo, não aceita que a ideia de que a inegável dificuldade para o exercício do controle de decisões extremamente técnicas implicará uma decisão do magistrado baseada apenas na livre apreciação subjetiva deste. Na sua concepção, quando o juiz se depara com matéria que não conhece, pode e deve ouvir peritos, os quais esclarecerão os fatos sobre os quais decidirá.³⁸⁰

Essa mesma linha de pensamento é defendida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que, ao manifestar-se sobre a correção judicial da chamada discricionariedade técnica, reitera e esclarece a sua posição:

Aliás, tenho entendido que, entre os conceitos jurídicos indeterminados contidos na lei, os conceitos técnicos são precisamente os que menos geram discricionariedade, pelo simples fato de que a indeterminação pode desaparecer com a manifestação do órgão técnico (cf. Di Pietro, 1991:92). No direito brasileiro, os peritos são considerados auxiliares da Justiça e, com a sua manifestação, o Poder Judiciário pode transformar em determinado um conceito que, na lei, aparece como indeterminado.³⁸¹

Com efeito, nesse tocante, não é demais afirmar que parece existir, no Brasil, uma espécie de mito que leva a defender a necessidade de especialização dos magistrados³⁸², pensamento esse que é inclusive incentivado por organismos internacionais. O Relatório da revisão pelos pares - promovida pela OCDE, a que o Brasil se submeteu no ano de 2005, já havia recomendado que as questões de direito da concorrência fossem consideradas por juízes especializados. Diante dessa questão, o CADE, de fato, chegou a fazer contato com a Associação dos Juízes Federais do Brasil para avaliar a viabilidade dessa proposta. A resposta dos juízes, todavia, foi que o número de casos de defesa da concorrência é muito pequeno para justificar juízos especializados. Ademais, deveria ser observado, ainda, que, uma vez que todos os recursos contra as decisões do CADE são propostos junto ao tribunal de primeira

³⁷⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 405.

³⁸⁰ GRAU, Eros Roberto. Discricionariedade técnica e parecer técnico. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 93, p. 114-121, jan.-mar. 1990.

³⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **O papel das agências reguladoras nos serviços públicos concedidos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 156.

³⁸² FORGIONI, 2013, p. 19.

instância do Distrito Federal, esse tribunal, com o tempo, tornar-se-ia mais familiarizado com esses casos.³⁸³

Um fato, todavia, parece ser irretorquível: não se pode negar, conforme já salientado anteriormente, a urgente demanda pela formação de quadros profissionais aptos a lidar com o direito antitruste. Nesse caso, a primeira providência talvez passe pela sua inserção como matéria obrigatória na grade curricular das faculdades de direito e de administração, assim como por sua exigência no exame nacional da Ordem dos Advogados do Brasil e nos concursos para Magistratura e Ministério Público Estaduais, a exemplo do que já se faz no âmbito dos processos seletivos federais. No início dos anos de 1980, nada se sabia sobre direito do consumidor e direito ambiental. Hoje, o Brasil é referência nessas matérias, especialmente por conta da atuação do Ministério Público e da Magistratura.

Ademais, conforme muito bem salientado por Paula A. Forgioni, diferentemente do que ocorre nos “campos afeitos à regulação setorial (telecomunicações, eletricidade, transporte terrestre e marítimo, saúde, educação etc.), que possuem corte vertical, a análise antitruste é horizontal”.³⁸⁴ A ANATEL domina as peculiaridades técnicas, políticas, econômicas e jurídicas do mercado do Telecomunicações. A ANAC, da aviação civil, a ANVISA, da saúde e assim por diante. Já o aplicador do antitruste é obrigado a julgar práticas em mercados completamente diversos, que vão desde chocolates, cervejas, cimento e frutas até aviação, motores, padarias, grande varejo, fabricação de helicópteros. Ou seja, mesmo dominando as bases teóricas da matéria, o operador do direito, na maioria das vezes, debruça-se sobre mercado cujo funcionamento lhe é absolutamente estranho. Dessa forma, é possível afirmar que a especialização das próprias autoridades antitruste é relativa.

Outrossim, é interessante observar, inclusive, que o fato de existir divergência entre a compreensão do CADE e a do Poder Judiciário sobre a ilicitude de determinada prática não pode levar diretamente à conclusão de que isso se dá por falta de conhecimento técnico deste último, haja vista que divergências dessa espécie acontecem mesmo entre os conselheiros do CADE, como é possível verificar em vários julgados do órgão antitruste, dentre eles no aqui mencionado processo administrativo instaurado em face da Cooperativa dos Oftalmologistas do Ceará - COFTALCE, o qual versava sobre a utilização da tabela de honorários médicos da AMB.

³⁸³ ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICOS (OCDE), 2010, p. 89.

³⁸⁴ FORGIONI, 2013, p. 19.

Finalmente, a última observação é colhida do pensamento de Arthur Sanchez Badin, que, após lúcida reflexão sobre o tema do controle judicial das políticas públicas, concluiu que centrar a crítica à capacidade institucional apenas nas limitações do Poder Judiciário pouco acrescenta à discussão acerca de qual instituição deve fazer as escolhas sobre as variáveis fundamentais das políticas públicas - e aqui se inclui a política antitruste. Para o autor, dependendo do caso concreto, é possível que as imperfeições que cercam o controle judicial sejam menos limitadoras que as imperfeições que acompanham as demais instituições candidatas a fazer as mesmas escolhas – nesse caso, o CADE e o próprio mercado. Daí por que ele defende que “é fundamental acrescer à crítica à capacidade institucional do Poder Judiciário a crítica à capacidade das demais instituições, ou seja, realizar uma análise institucional comparada”³⁸⁵, a qual viabilizará a ponderação das forças e das fraquezas relativas a cada uma dessas instituições, todas imperfeitas.

Assim, a preocupação não seria mais simplesmente saber o que seria permitido ao Poder Judiciário fazer no controle dos atos do CADE na promoção do ambiente concorrencial no mercado, mas sim reconhecer o que ele poderia fazer de forma competente. Ao que parece, em cada caso concreto de pleito de controle judicial que chega ao Poder Judiciário, este é que, afinal, irá aferir a instituição mais vocacionada a tomar a decisão que melhor realize o interesse público, ainda que seja necessário determinar um novo julgamento por outra instituição – no caso, o CADE – no intuito de garantir o direito ao devido processo legal.

De todo modo, seja qual for a instituição eleita pelo Poder Judiciário no caso concreto, indispensável será que o magistrado construa sua decisão judicial sempre de forma racional, apresentando os motivos e os fundamentos de sua *ratio decidendi*, de modo a afastar qualquer questionamento acerca da legitimidade, da legalidade e da juridicidade de sua atuação no importante papel de implementação da política antitruste.

³⁸⁵ BADIN, Arthur Sanchez. **Controle judicial das políticas públicas**: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem institucional comparada de Neil K. Komesar. 2011. 164 p. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 141.

6 CONCLUSÃO

Por tudo quanto exposto ao longo deste trabalho, suas conclusões podem ser sintetizadas da seguinte forma:

a) assumindo como ponto de partida a ideia de que o fenômeno governamental em que consiste a relação existente entre governo, política e direito, enquanto manifestação juridicamente organizada, pode ser examinado em três planos de aproximação (macro, meso e microinstitucionais), foi possível observar ao longo deste trabalho que já existe uma política pública antitruste integralmente constituída e estabelecida no Brasil. O plano de aproximação macroinstitucional, que foi objeto de análise do segundo capítulo do trabalho, identifica-se, no contexto do presente estudo, com a produção do legislador constituinte originário de 1988, que não apenas substituiu a ordem econômica liberal por uma ordem econômica intervencionista, como também cuidou de enunciar os fins da política econômica nacional no art. 170 da Constituição Federal de 1988, nela incluindo-se a política antitruste. O plano de aproximação mesoinstitucional, por sua vez, foi identificado, entre outros elementos, com a produção do legislador ordinário na área do direito antitruste, cujo maior símbolo é a lei federal que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, tratando inclusive de sua competência, atualmente representada pela Lei nº 12.529/2011. Esse plano de aproximação, que foi objeto do terceiro capítulo, toma então forma concreta por meio dos arranjos de disposições, regras e procedimentos que estruturam a ação governamental, bem como por meio da definição de quem são as autoridade competentes para a concretização da política da concorrência, tudo apresentado na norma reguladora do antitruste no direito brasileiro. Por fim, o plano de aproximação microinstitucional (o qual se expressa por meio dos processos jurídicos que levam à formação e ao desenvolvimento das políticas públicas, traduzidas estas em decisões e iniciativas legislativas, assim como em decisões administrativas e judiciais), também foi analisado no terceiro capítulo e identificou-se, no contexto do presente trabalho, com a atuação do CADE no exercício do controle de condutas anticompetitivas e dos atos de concentração econômica;

b) os fundamentos das teorias das tradicionais escolas do pensamento antitruste (a Escola Neoclássica de Chicago e a Escola Estruturalista de Harvard) não espelham os fins e valores cuja tutela o legislador constituinte originário de 1988 atribuiu à política antitruste

brasileira, haja vista que referidas escolas normalmente reconstruem a realidade objeto de sua análise apenas em função de objetivos econômicos e submetem o Direito a esses objetivos, ao passo que a Constituição Federal de 1988 apregoa a construção de uma ordem econômica que se preocupe, fundamentalmente, com a viabilização de uma existência digna e com a promoção da justiça social, contexto em que o Direito passa a ser o elemento mais relevante para a organização das relações econômicas, em substituição ao poder econômico. Assim, mais adequada parece ser a teoria neoestruturalista do antitruste, de Calixto Salomão Filho, que propõe a substituição da busca de resultados econômicos (imposta pelo poder econômico) pela busca da garantia de uma relação equilibrada entre as partes e da efetiva existência de alternativas para os agentes econômicos (viabilizada pelo Direito), de sorte que as *opções* não sejam simplesmente impostas por decisão das estruturas econômicas mais poderosas;

c) existe uma pluralidade de escopos atribuídos à política antitruste (proteção aos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores, repressão ao abuso do poder econômico), porém alguns desses objetivos serão predominantemente mediatos ou indiretos. Nessa linha de pensamento, este trabalho aderiu à compreensão esposada por Calixto Salomão Filho no sentido de que, a bem da verdade, a finalidade direta e imediata da política antitruste é a defesa da instituição concorrência, sendo todos os demais valores e interesses tutelados a partir da preservação da ordem concorrencial;

d) na realidade, o presente trabalho de pesquisa foi fortemente influenciado pela doutrina de Calixto Salomão Filho, tomando de empréstimo a ideia de que o processo de descoberta da verdadeira utilidade dos produtos e das melhores opções segundo o consumidor é um dos maiores objetivos do direito concorrencial, possuindo essa possibilidade de escolha um grande valor social a ser protegido pelo Direito. Isso porque esse processo de descoberta permite que a sociedade conheça a si mesma, as utilidades que lhe interessa, assim como os objetivos e valores fundamentais da ordem econômica em que está inserida, e, conhecendo-os, possa confirmá-los ou modificá-los, nisso consistindo a força transformadora e propulsora do Direito;

e) identificado um paralelo entre a concepção acima mencionada e os estudos de Amartya Sen sobre o tema da liberdade (os quais se desenvolvem no sentido de que a liberdade substantiva consiste na oportunidade que as pessoas possuem de levar a vida que elas têm razão para valorizar e de melhorar as escolhas reais que elas possuem), foi possível

defender o entendimento, ainda não diretamente explorado pela doutrina nacional, de que a livre iniciativa e a livre concorrência, objeto de proteção da política antitruste, podem ser categorizadas como direitos fundamentais. Para tanto, todavia, foram estabelecidos alguns acordos semânticos e conceituais acerca do que sejam direitos fundamentais, os quais permitiram alcançar a concepção de que seriam aqueles direitos que, estando assegurados a partir das normas constitucionais, ainda que não expressos como tal no texto constitucional (critério formal), visariam à proteção, implementação ou promoção da dignidade da pessoa humana (critério material). A partir dessa compreensão, verificando-se que (i) a livre iniciativa e a livre concorrência estão presentes no texto e no contexto constitucional, que (ii) faz parte da própria dignidade humana a liberdade de desenvolver uma atividade profissional e/ou criar e explorar uma atividade econômica da escolha do indivíduo, que (iii) o direito à livre iniciativa nada mais é do que uma tentativa de assegurar a livre iniciativa para todos, de modo que a livre iniciativa de um não impeça a livre iniciativa de outros, e que (iv) isso também é promover a dignidade humana, por meio da expansão de liberdades substantivas, como apregoa Amartya Sen, foi possível afirmar que a livre iniciativa e a livre concorrência podem, sim, ser consideradas direitos fundamentais;

f) se a concorrência pode ser entendida como processo de descoberta das melhores opções de mercado, e se a descoberta e opção pelas melhores possibilidades nada mais é do que exercício da liberdade, então não há como negar que a concorrência também possui, em sua *ratio essendi*, o elemento liberdade, estando ela, mesmo enquanto instituição, também a proteger e promover a dignidade humana. Nesse ponto, sobressai com clareza a aproximação da ideia de concorrência-instituição como processo de descoberta (ou de conhecimento), construída por Calixto Salomão Filho, com o conceito de desenvolvimento como liberdade, proposto por Amartya Sen. Quando Calixto propõe que o foco da proteção à concorrência se desloque da busca da eficiência econômica (critério econômico, portanto) para a viabilização da escolha e do acesso à informação (valores), aproxima-se da lição de Sen, pela qual o indivíduo livre é aquele que tem acesso às oportunidades e faz suas escolhas (oportunidades e escolhas, diga-se, que no âmbito da concorrência são viabilizadas tanto aos fornecedores quanto aos consumidores). Pela concorrência-instituição, importa que o indivíduo-fornecedor possa escolher a melhor forma de conduzir seu negócio (desde que dentro da licitude) e que o indivíduo-consumidor possa ter opções e informações sobre as mesmas, de forma a descobrir qual produto melhor atende suas necessidade;

g) diante da construção teórica no sentido de que os direitos à livre iniciativa e à livre concorrência podem ser considerados direitos fundamentais na ordem jurídica brasileira, ambos possuindo a vocação não apenas de promover o interesse coletivo, mas também de proteger uma necessidade individual (caracterizando-se, portanto, também como direito individual), defende-se que os mesmos devem ser resguardados como cláusula pétrea no ordenamento jurídico pátrio, não podendo sofrer sequer a ameaça de exclusão por meio de emenda constitucional;

h) a eficiência econômica pode ser utilizada como justificativa lícita para uma posição de dominação de mercado quando, após proceder-se a uma análise da razoabilidade do ato do agente econômico, verifica-se a existência de efeitos pró-concorrenciais que superem os anticoncorrenciais. Nesse caso, apregoa-se seja adotado um conceito de *eficiência distributiva*, que se preocupa com o consumidor à medida em que defende como imprescindível a preservação da concorrência. Por essa concepção, não basta que se criem eficiências produtivas benéficas; é necessário que estas sejam divididas com o consumidor, o que, na prática, somente pode ser garantido se os agentes econômicos estiverem sempre submetidos ao risco de perda de mercado, o que ocorre quando se tem preservada a concorrência;

i) a abertura e flexibilidade do texto da norma antitruste é uma técnica legislativa necessária, em virtude da complexidade da matéria sobre a qual versa, e com o potencial de agregar muita eficiência ao sistema jurídico. Todavia, implica uma grande demanda por uma interpretação/aplicação responsável da norma, de preferência com uma sólida motivação e fundamentação, para que a flexibilidade do conteúdo das normas antitruste e as chamadas *válvulas de escape* não sejam utilizadas de maneira a beneficiar determinadas categorias de agentes econômicos, em inescusável detrimento da concorrência e do consumidor;

j) independentemente do sistema político e da estrutura do sistema de defesa da concorrência ou mesmo da existência de tribunais especializados, a política antitruste resulta, mesmo, da interação entre os órgãos de defesa da concorrência e o Poder Judiciário. O controle judicial tem o potencial de ocasionar mudanças na análise e tomada de decisões pelas autoridades antitruste, fato esse que realça o ativo papel do Judiciário no desenvolvimento da política de concorrência não apenas no Brasil, mas em outras jurisdições;

k) é possível afirmar que a intervenção judicial por meio da revisão de decisões do CADE tem ajudado a moldar a política da concorrência no Brasil, no plano

microinstitucional, à medida em que tem influenciado algumas mudanças na atuação das autoridades antitruste. É que, em virtude dos vícios processuais que têm levado à anulação de algumas decisões do órgão, como no caso Nestlé-Garoto, o CADE passou a dar uma atenção bem maior aos procedimentos, deixando os processos administrativos mais próximos dos padrões judiciais (fenômeno que tem sido chamado de *judicialização* das decisões), assim como tem buscado melhorar a qualidade das provas produzidas;

l) o mérito da decisão do CADE (que não se confunde com o mérito do ato administrativo, concernente a juízos de conveniência e oportunidade) que normalmente é levado à apreciação do Poder Judiciário, e no qual é mais comum haver sua modificação, poucas vezes refere-se a uma situação em que se discute se tal conduta ou ato de concentração configura infração à ordem econômica, ou tem o potencial de causar prejuízo à concorrência. Na maioria das vezes dirá respeito, meramente, a uma discussão acerca da legitimidade ou da legalidade de uma previsão constante da Lei Antitruste ou de alguma resolução do CADE ou do Ministério da Justiça, como nos casos em que se discute a interpretação do art. 2º da Resolução nº 15/98 para definir se o ato de concentração foi apresentado tempestiva ou intempestivamente ao CADE;

m) existindo ou não a categoria *discricionabilidade técnica*, a construção doutrinária permite concluir que, quando o CADE aprecia atos de concentração ou julga processos administrativos versando sobre condutas anticompetitivas, está exercendo uma atuação predominantemente vinculada e, portanto, sujeita à revisão judicial em seu mérito;

n) é certo que a aplicação/interpretação da Lei Antitruste, mormente no caso de apreciação de atos de concentração, mas também quando do exercício do controle de condutas (haja vista que aqui também são analisadas condutas potencialmente prejudiciais à concorrência), comumente envolverá a realização de juízos de prognose. Todavia, apesar de parte da doutrina afirmar que os juízos de prognose não são plenamente justificáveis, é importante observar que, no contexto da análise dos efeitos anticoncorrenciais, é possível apontar pelo menos um aspecto anterior à própria simulação dos efeitos futuros que pode, sim, ser objeto de controle judicial - porquanto desprovido de qualquer subjetividade e pleno de vinculação ao objetivo da Lei Antitruste: o que diz respeito à escolha do critério adotado na avaliação das eficiências. Um exemplo disso foi explicitado quando da abordagem do caso Nestlé-Garoto, em cujo julgamento do Ato de Concentração observou-se a utilização, pelas requerentes, do chamado modelo de Williamson, técnica de simulação que não considera os

efeitos distributivos derivados do exercício do poder de mercado após a realização de um ato ou conduta, bastando que o excedente total seja maior do que o dano concorrencial acarretado, quando, na realidade, o modelo de Fisher – *price standard* – busca garantir que a operação ou ato não reduza o nível de bem-estar do consumidor, propiciando, portanto, um resultado bem mais próximo do objetivo traçado pela Lei Antitruste. Como se vê, trata-se de um conhecimento técnico, observando um critério objetivo, que pode ser plenamente justificável para fins de constatar a presença ou não de um abuso ou desvio de poder;

o) é preciso ir além do velho questionamento de se *o juiz pode* ou *o juiz não pode* rever decisões do CADE e passar a focar, também, na exigência de que o Poder Judiciário motive e fundamente a sua decisão, quer seja pela revisão, quer seja pela manutenção do posicionamento administrativo, dever esse que fica ainda mais ressaltado diante de uma decisão técnica e bem fundamentada do CADE, situação em que, percebendo a necessidade de revisão do posicionamento da autarquia, sobre o Judiciário recai um ônus argumentativo ainda maior do que o normal, no intuito de apresentar fundamentos que efetivamente desconstruam aqueles usados pelo CADE. O argumento de autoridade como instância de legitimação não mais se sustenta diante de uma oportunidade de diálogo esvaziada; e

p) quer a revisão judicial se dê em razão de aspectos formais, quer se dê em razão de aspectos materiais, é possível identificar o impacto positivo da interferência do Poder Judiciário nos elementos da política antitruste, tanto no plano macro (escopos), como nos planos meso (programa previamente estabelecido) e microinstitucional (autoridades competentes definidas e ação estatal voltada para a consecução de uma finalidade). Mais do que isso, é possível afirmar, sem grande dificuldade, que a atuação do CADE e do Poder Judiciário complementam-se na proteção aos direitos fundamentais à livre iniciativa, à livre concorrência e, também, ao devido processo legal, complementaridade essa que tem servido de experiência para ambas as instituições, as quais, diante do intercâmbio exegético entre as autoridades antitruste e as autoridades judiciárias, acabam buscando evoluir naquilo que ainda lhe é precário e que ainda lhe impinge críticas na execução do importante papel de implementação da política pública antitruste.

REFERÊNCIAS

AGESTA, Luis Sanchez. **Principios de teoria política**. 7. ed. Madrid: Editorial Nacional, 1983.

BADIN, Arthur Sanchez. **A revisão judicial das decisões do CADE**. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/resenhaeletronica/MostraMateria.asp?page=&cod=330523>>. Acesso em: 15 set. 2011.

_____. **Controle judicial das políticas públicas**: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem institucional comparada de Neil K. Komesar. 2011. 164 p. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

_____. **Parecer no Pedido de Revisão em Processo Administrativo nº 08012.008024/1998-49**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/plenario/Sessao_373/Pareceres/DespachoProCADE-PR-2005-08700-003776-TBAInformatica.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2014.

BARBOSA, Nelson. **Entrevista ao CADE informa**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/news/n007/entrevista.htm>>. Acesso em: 28 mai. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Estado e livre iniciativa na experiência constitucional brasileira**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI199284,71043-Estado+e+livre+iniciativa+na+experiencia+constitucional+brasileira>. Acesso em: 1 mai. 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

BORK, Robert H.. **The antitrust paradox**: a policy at war with itself. New York: The Free Press, 1993.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 06/1994. Requerentes: Eternit S.A. e Brasilit S.A. (atual Saint-Gobain do Brasil Produtos Industriais e para Construção Ltda.). Advogado: Vergilio Minutti Filho. Relatora: Conselheira Neide Teresinha Malard.

_____. _____. Ato de Concentração nº 16/94. Requerentes: Siderúrgica Laísa S.A. (Grupo Gerdau) e Grupo Korf GmbH (Cia. Siderúrgica Pains). Advogado: Tércio Sampaio Ferraz. Relator: Conselheiro José Matias Pereira.

_____. _____. Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89. Requerentes: Chocolates Garoto S.A. e Nestlé Brasil Ltda.. Relator: Conselheiro Thompson de Almeida Andrade.

_____. _____. Processo Administrativo 08012.005194/2001-00. Representante: Comitê de Integração de Entidades de Assistência à Saúde – CIEFAS. Advogado: Luiz Fernando Moreira. Representada: Cooperativa dos Oftalmologistas do Ceará – COFTALCE – CE. Advogados: Gilmara Maria de Oliveira Barbosa e outros. Relator Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva. **Diário Oficial da União**. Brasília, 13 mai. 2007. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/plenario/Sessao_363/Relat/21-Relatorio-PA-2001-08012-005194-CIEFAS-%20COFTALCE-CE-Cueva.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. _____. Processo Administrativo nº 08012.007238/2006-32. Representante: Prefeitura Municipal de Campinas. Representados: Associação das Auto-Escolas e Centro de Formação de Condutores de Campinas e Região e Sr. Oswaldo Redaelli Filho. Relator: Conselheiro César Costa Alves de Mattos.

_____. _____. Resolução nº 15, de 19 de agosto de 1998, de 28 de agosto de 1998. Disciplina as formalidades e os procedimentos no CADE, relativos aos atos de que trata o artigo 54 da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994. **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 ago. 1998. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2015,%20de%2019%20de%20agosto%20de%201998.pdf>>. Acesso em: 03 mai. 2014.

_____. _____. Resolução nº 20, de 09 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/94. **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 jun. 1999. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2020,%20de%2009%20de%20junho%20de%201999.pdf>>. Acesso em: 02 mai. 2014.

_____. _____. Resolução nº 45, de 28 de março de 2007. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 abr. 2007. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/legislacao/resolucoes/Resolucao45.pdf>>. Acesso em: 02 mai. 2014.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 19 set. 1946. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 30 mar. 2014.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 jan. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 30 mar. 2014.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 06 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 mar. 2014.

_____. Decreto-lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945. Dispõe sobre os atos contrários à ordem moral e econômica. **CLBR**, v. 03. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De17666.htm>. Acesso em: 23 jan. 2014.

_____. Decreto-lei nº 8.167, de 09 de novembro de 1945. Revoga o Decreto-lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 13 nov. 1945. Disponível em: < <http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/126583/decreto-lei-8167-45>>. Acesso em: 23 jan. 2014.

_____. Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962. Regula a repressão ao abuso do Poder Econômico. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 set. 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4137.htm>. Acesso em: 21 jan. 2014.

_____. Lei nº 6.729, de 28 de novembro de 1979. Dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre. **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 nov. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6729.htm>. Acesso em: 05 mar. 2014.

_____. Lei nº 8.158, de 8 de janeiro de 1991. Institui normas para a defesa da concorrência e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 jan. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8158.htm>. Acesso em: 21 jan. 2014.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 05 jun. 2014.

_____. Lei n° 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 jun. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm>. Acesso em: 21 jan. 2014.

_____. Lei n° 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 mar. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Acesso em: 05 jul. 2014.

_____. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 05 jun. 2014.

_____. Lei n° 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 02 dez. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/L12529.htm>. Acesso em: 21 jan. 2014.

_____. Ministério da Fazenda. Ministério da Justiça. Portaria Conjunta SEAE/SDE n° 50, de 1° de agosto de 2001. Expede o “Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal”. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 ago. 2001, Seção 1, páginas 12 a 15. Disponível em: <[file:///Users/gilmaramob/Downloads/2001portariaConjunta50%20\(1\).pdf](file:///Users/gilmaramob/Downloads/2001portariaConjunta50%20(1).pdf)>. Acesso em: 02 mai. 2014.

_____. Ministério da Justiça. **Defesa da concorrência. Controle de estruturas. Perguntas frequentes**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={5C394253-B7F9-4E89-974E-CA56AC72DEBA}&BrowserType=NN&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7B249E6E05-A656-441E-A8D3-F6195CBB0345%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

_____. Secretaria de Comunicação da Procuradoria Geral da República. **3ª Câmara do MPF cita dez razões para Casa Civil revogar Lei Ferrari**. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_consumidor-e-ordem-economica/3a-camara-do-mpf-cita-dez-raoes-para-a-casa-civil-revogar-a-lei-ferrari>. Acesso em: 10 jun. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de instrumento 612.097 - RS (2004.0074630-2). Agravantes: Adroaldo Lemos Guerreiro e outro. Advogados: César Augusto Bier e outro e Maria Eloísa da Costa. Agravado Banco do Brasil S/A. Advogados: Magda Montenegro e Rosella Horst e outros. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 9 de maio de 2006. **Lex**: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, v. 18, n. 205, p. 23-27, maio 2006.

_____. _____. Agravo Regimental no Recurso Especial 467.222 Distrito Federal. Primeira Turma. Relator Ministro Luiz Fux. **Diário de Justiça da União**, p. 234. Brasília, 04 ago. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. _____. Agravo Regimental no Recurso Especial 613.179 Distrito Federal. Primeira Turma. Relator Ministro Francisco Falcão. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 14 mar. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. _____. Embargos de Divergência em Recurso Especial 191.080 São Paulo. Corte Especial. Relator Ministro Hamilton Carvalhido. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 08 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. _____. Mandado de Segurança 4.388 Distrito Federal. Terceira Seção. Relator Ministro Anselmo Santiago. **Diário de Justiça da União**, p.15. Brasília, 17 ago. 1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. _____. Mandado de Segurança 10.815 Distrito Federal. Terceira Seção. Relator Ministro Paulo Medina. **Diário de Justiça da União**, p. 288. Brasília, 11 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. _____. Recurso Especial 83.713 Rio Grande do Sul. Terceira Turma. Relator Ministro Eduardo Ribeiro. **Diário de Justiça da União**, p.109. Brasília, 16 mar. 1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. _____. Recurso Especial 117.260-3 Rio Grande do Sul. Segunda Turma. Relator Ministro Humberto Martins. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 12 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. _____. Recurso Especial 261.155 São Paulo. Segunda Seção. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Rel. p/Acórdão Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. **Diário de Justiça da União**, p.91. Brasília, 03 mai. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. _____. Recurso Especial 367.627 São Paulo. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. **Diário de Justiça da União**, p. 299. Brasília, 24 jun. 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. _____. Recurso Especial 615.628 Distrito Federal. Segunda Turma. Relator Ministro Herman Benjamin. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 04 mai. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. _____. Recurso Especial 617.444 Paraná. Primeira Turma. Relator Ministro Luiz Fux. **Diário de Justiça da União**, p. 196. Brasília, 20 mar. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. _____. Recurso Especial 904.676 Distrito Federal. Primeira Turma. Relator Ministro Luiz Fux. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 15 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. _____. Recurso Especial 966.930 Distrito Federal. Segunda Turma. Relatora Ministra Eliana Calmon. **Diário de Justiça da União**, p. 193. Brasília, 12 set. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. _____. Recurso Especial 984.249 Distrito Federal. Primeira Turma. Relator Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavacki. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 29 jun. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. _____. Recurso Especial 1.208.887 São Paulo. Segunda Turma. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 12 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. _____. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 18.151 Rio de Janeiro. Quinta Turma. Relator Ministro Gilson Dipp. **Diário de Justiça da União**, p. 206. Brasília, 09 fev. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 319-4 Distrito Federal. Tribunal Pleno. Relator Ministro Moreira Alves. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 30 abr. 1993, p. 7563. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=918>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade 939 Distrito Federal. Tribunal Pleno. Relator Ministro Sydney Sanches. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 18 mar. 1994, p. 5165. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. _____. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 682.486-1 Distrito Federal. Primeira Turma. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 14 mar. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. _____. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 800.892 Bahia. Primeira Turma. Relator Ministro Dias Toffoli. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 12 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. _____. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 707.292 Distrito Federal. Segunda Turma. Relatora Ministra Cármen Lúcia. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 26 out. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. _____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 101. Tribunal Pleno. Relatora Ministra Cármen Lúcia. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 24 jun. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. _____. Extradicação 986-9 República da Bolívia. Tribunal Pleno. Relator Ministro Eros Grau. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 05 out. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=489856>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. _____. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Ação Ordinária 2005.34.00.015042-8 Distrito Federal. Quarta Vara. Juiz Federal Itagiba Catta Preta Neto. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 19 mar. 2007. Disponível em: <<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. _____. Apelação Cível 1998.34.00.013139-7 Distrito Federal. Quinta Turma. Relator Juiz Federal César Augusto Bearsi. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 23 nov. 2007. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/index.php>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. _____. Apelação Cível 1999.34.00.005092-2 Distrito Federal. Sétima Turma. Relator Juiz Federal Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho. **Diário Oficial Eletrônico da Justiça Federal da Primeira Região**, p. 240. Brasília, 20 mar. 2009. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/index.php>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. _____. Apelação Cível 2002.34.00.004517-6 Distrito Federal. Oitava Turma. Relator Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 28 jul. 2006. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/index.php>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. _____. Apelação Cível 2005.34.00.015042-8 Distrito Federal. Quinta Turma. Relator Desembargador Federal João Batista Moreira. **Diário Oficial Eletrônico da Justiça Federal da Primeira Região**, p. 264. Brasília, 02 out. 2009. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/index.php>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. _____. Apelação Cível 2007.34.00.036777-3 Distrito Federal. Sétima Turma. Relator Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista. **Diário Oficial Eletrônico da Justiça Federal da Primeira Região**. Brasília, 30 mar. 2009. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/index.php>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. _____. Apelação em Mandado de Segurança 95.01.18884-1 Distrito Federal. Primeira Turma Suplementar. Relator Juiz Federal José Henrique Guaracy Rebêlo. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 08 abr. 2002. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/index.php>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. _____. Apelação em Mandado de Segurança 1998.01.00.014517-7 Distrito Federal. Terceira Turma Suplementar. Relator Juiz Federal Wilson Alves de Souza. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 16 jan. 2003. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/index.php>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. _____. Apelação em Mandado de Segurança 1999.34.00.029156-5 Distrito Federal. Quinta Turma. Relator Juiz Federal Lindoval Marques de Brito. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 19 dez. 2002. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/index.php>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. _____. Apelação em Mandado de Segurança 1999.34.00.030902-1 Distrito Federal. Quinta Turma. Relator Desembargador Federal Fagundes de Deus. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 23 mai. 2003. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/index.php>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. _____. Apelação em Mandado de Segurança 1999.01.00.059757-6 Distrito Federal. Terceira Turma Suplementar. Relator Juiz Federal Daniel Paes Ribeiro. **Diário de Justiça da**

União. Brasília, 28 jan. 2002. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/index.php>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. _____. Apelação em Mandado de Segurança 2000.34.00.007650-2 Distrito Federal. Sexta Turma. Relator Juiz Federal Souza Prudente. **Diário de Justiça da União.** Brasília, 04 dez. 2002. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/index.php>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. _____. Apelação em Mandado de Segurança 2000.34.00.007656-9 Distrito Federal. Oitava Turma. Relator Desembargador Federal Leomar Barros Amorim de Sousa. **Diário de Justiça da União.** Brasília, 11 mar. 2005. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/index.php>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. _____. Apelação em Mandado de Segurança 2000.34.00.009970-9 Distrito Federal. Quinta Turma. Relator Juiz Federal João Batista Moreira. **Diário de Justiça da União.** Brasília, 30 jun. 2003. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/index.php>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. _____. Apelação em Mandado de Segurança 2001.34.00.014888-4 Distrito Federal. Sexta Turma. Relator Desembargador Federal Souza Prudente. **Diário de Justiça da União.** Brasília, 31 mar. 2003. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/index.php>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. _____. Apelação em Mandado de Segurança 2001.34.00.018763-6 Distrito Federal. Sétima Turma. Relator Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral. **Diário de Justiça da União.** Brasília, 11 mai. 2007. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/index.php>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. _____. Apelação em Mandado de Segurança 2002.34.00.007525-4 Distrito Federal. Sexta Turma. Relator: Juiz Federal David Wilson de Abreu Prado. **Diário de Justiça da União.** Brasília, 24 set. 2007. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/index.php>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. _____. Apelação em Mandado de Segurança 2002.34.00.014122-2 Distrito Federal. Sexta Turma. Relator Juiz Federal Carlos Augusto Pires Brandão. **Diário Oficial Eletrônico da Justiça Federal da Primeira Região.** Brasília, 1º mar. 2010. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/index.php>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. _____. Apelação em Mandado de Segurança 2002.34.00.039067-2 Distrito Federal. Terceira Seção. Relator Desembargador Federal Fagundes de Deus. **Diário de Justiça da União.** Brasília, 09 nov. 2007. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/index.php>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. _____. Apelação em Mandado de Segurança 2005.34.00.032899-7 Distrito Federal. Sexta Turma. Relator Desembargador Federal Souza Prudente. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 30 abr. 2007. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/index.php>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Apelação Cível 2001.71.04.006654-7 Rio Grande do Sul. Quarta Turma. Relatora Desembargador Federal Valdemar Capeletti. **Diário Oficial Eletrônico da Justiça Federal da Quarta Região**. Porto Alegre, 23 jul. 2007. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1> >. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. _____. Apelação Cível 2002.72.02.003941-7 Santa Catarina. Quarta Turma. Relatora Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler. **Diário Oficial Eletrônico da Justiça Federal da Quarta Região**. Porto Alegre, 08 jun. 2009. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1> >. Acesso em: 07 abr. 2014.

_____. _____. Apelação em Mandado de Segurança nº 2003.71.05.000040-2 Rio Grande do Sul. Quarta Turma. Relator Desembargador Federal Edgard Antônio Lippmann Júnior. **Diário Oficial Eletrônico da Justiça Federal da Quarta Região**. Porto Alegre, 05 mar. 2007. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1> >. Acesso em: 07 abr. 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. O conceito de política pública em direito. In: _____ (Org.). **Políticas públicas**. Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.

CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and the law of torts. **Yale Law Journal**, vol. 70/499, 1961. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3035&context=fss_papers. Acesso em: 30 nov. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

CARVALHO, Nuno T. P.. **As concentrações de empresas no direito antitruste**. São Paulo: Resenha Tributária, 1995.

COASE, Ronald H.. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, vol. 3, 1960. Disponível em: <<http://www2.econ.iastate.edu/classes/tsc220/hallam/Coase.pdf>>. Acesso em: 30 dez. 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. **Revista dos Tribunais**, n° 353, p.14, mar./1965.

CONGRESSO NACIONAL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n° 5.877, de 2005**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:camara.deputados:projeto.lei;pl:2005-09-12;5877>>. Acesso em: 05 jan. 2014.

_____. _____. **Relatório do Projeto de Lei n° 3.937, de 2004**. Altera a Lei n° 8.884, de 11 de junho de 1994, que "transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências". Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/518696.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2014.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Concorrência e o judiciário – *International Competition Network - ICN*. **Revista de direito da concorrência**, n° 15, jul. a set./2007.

_____. **Sobre a ICN – International Competition Network**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?1b2efc0ce53bd151a592a2b58cb5>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

CUNHA, Miguel Maria Tavares Festas Gorjão-Henriques da. **Da restrição da concorrência na comunidade europeia**: a franquia de distribuição. Coimbra: Almedina, 1998.

DEL CHIARO, José. **Mercado relevante e concorrência**. Revista de Direito Econômico. Brasília, n° 21, out./dez. 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **O papel das agências reguladoras nos serviços públicos concedidos**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

ERDELYI, Maria Fernanda. **Suco de cartel**. Cade não é obrigado a aceitar proposta de acordo. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-abr-29/cade_ao_obrigado_aceitar_proposta_acordo>. Acesso em: 04 jul. 2014.

FAGUNDES, Jorge Luiz S.S.. **Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência** – eficiência econômica e distribuição de renda em análise antitruste. São Paulo: Singular, 2003.

FARIA, Werter R.. O controle das concentrações de empresas. **Revista do IBRAC**, v. 7, 2000.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Discricionariedade nas decisão do CADE sobre atos de concentração. **Revista do IBRAC**, v. 4, 1997b.

FORGIONI, Paula A.. **Os fundamentos do antitruste**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FOX, Eleanor M.. What is harm to competition? Exclusionary practices and anticompetitive effect. In: **Antitrust Law Journal**, n. 70, v. 2, 2002. Disponível em: <http://www.researchgate.net/publication/254131165_WHAT_IS_HARM_TO_COMPETITION_EXCLUSIONARY_PRACTICES_AND_ANTICOMPETITIVE_EFFECT>. Acesso em: 30 mar. 2014.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. **Poder econômico: exercício e abuso**. Direito antitruste brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais 1985.

FURLAN, Fernando de Magalhães. **Questões polêmicas em direito antitruste**. São Paulo: Lex Editora, 2004.

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

GEARTY, Conor. **Principles of human rights adjudication**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Cartel** - teoria unificada da colusão. São Paulo: Lex Editora, 2006.

GOMES, Carlos Jacques Vieira. **Ordem econômica constitucional e direito antitruste**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8.ed. rev. e ampl.. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____; FORGIONI, Paula A.. **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Planejamento econômico e regra jurídica**. São Paulo: Ed. RT, 1978.

_____. Discricionariiedade técnica e parecer técnico. In: **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 93, p. 114-121, jan./mar. 1990.

GUERRA, Sérgio. **Controle judicial dos atos regulatórios**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

_____. Atualidades sobre o controle judicial dos atos regulatórios. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n. 21, fev./mar/abr., 2010.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HART, Herbert L. A.. **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal antitruste policy: the law of competition and its practice**. 4. ed. Saint Paul: West, 2011.

JEBSSEN, Per e STEVENS, Robert. Assumptions, goals and dominant undertakings: the regulation of competition under article 86 of the European Union. In: **Antitrust Law Journal**, n. 64, 1996, p. 443 e ss..

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais**. São Paulo: Editora Jus Podium, 2009.

KLAJMIC, Magali. Política legal da concorrência. **Revista de Direito Econômico**, n. 27, Brasília, p. 79-94, jan/jul. 1998.

KRELL, Andreas J.. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LANDE, Robert H.. Resurrecting incipency: from Von's Grocery to consumer choice. In: **Antitrust Law Journal**, n. 68, v. 3, 2001. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1134815>. Acesso em: 03 abr. 2014.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MAGIDE HERRERO, Mariano. **Límites constitucionales de las administraciones independientes**. Madri: INAP, 2000.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINEZ, Ana Paula. Controle de concentrações econômicas no Brasil: passado, presente e futuro. **Revista do IBRAC**, v. 18, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Curso de direito administrativo**. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MILIBAND, Ralph. **O Estado na sociedade capitalista**. Rio de Janeiro: Zahar, 1972.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Estudos de direito público**. Coimbra: Coimbra Editores, 2001.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2.ed. São Paulo: Dialética, 2004.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas**. São Paulo: Malheiros, 2002.

NUSDEO, Fábio. Abuso do poder econômico. **Enciclopédia Saraiva do Direito**, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. **Fundamentos para uma codificação do direito econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

OLIVEIRA JÚNIOR, Fernando Antônio Alves de. **Avanços da política antitruste no Brasil: o CADE e o Judiciário**. Disponível em: <http://ebookbrowse.net/po/pol%C3%ADticas-de-defesa-da-concorr%C3%A2ncia#.U9EKr4BdW3l>. Acesso em: 02 de jul. 2013, p. 08.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICOS (OCDE). **Lei e política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares**. Brasília, 2005. Disponível em: <<http://www.oecd.org/brazil/35684126.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2014.

_____. **Lei e política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares**. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/45154401.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2014.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PIRES, Luís Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**. Dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas pública. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

POSNER, Richard. **Kelsen, Hayek, and the economic analysis of law**. Disponível em: <<http://users.ugent.be/~bdpoorte/EALE/posner-lecture.pdf>>. Acesso em: 07 mai. 2014.

POSSAS, Mário Luiz, FAGUNDES, Jorge e PONDÉ, João Luiz. Política antitruste: um enfoque schumpeteriano. In: **Anais do XXII Encontro de Economia**, ANPEC, 1995. Disponível em: <http://scholar.google.com.br/scholar_url?hl=pt-BR&q=http://ww2.ie.ufrj.br/grc/docs/politica_antitruste_um_enfoque_schumpeteriano.doc&sa=X&scisig=AAGBfm3rKXLiXBGBsiVmjbMeATDji49jQA&oi=scholar&ei=7q_dU42PLM_nsASVnYGADw&ved=0CBsQgAMoADAA>. Acesso em: 03 abr. 2014.

ROBLES, Gregório. **Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual**. Madrid: Civitas, 1995.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **A legal theory of economic power**. Implications for social and economic development. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011.

_____. **Direito concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Direito concorrencial: as condutas**. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Direito concorrencial: as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Regulação da atividade econômica** (Princípios e fundamentos jurídicos). 2. ed.. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Regulação e concorrência: estudos e pareceres**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 198.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. Markets and freedoms: achievements and limitations of the market mechanism in promoting individual freedoms. **Oxford Economic Papers**, vol. 45, n. 4, 1993. Disponível

em: <<http://www.cs.princeton.edu/courses/archive/spr06/cos444/papers/sen.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2014.

SHIEBER, Benjamin M.. **Abusos do poder econômico** (direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO (SBDP). **Revisão judicial das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)**: pesquisa empírica e aplicada sobre os casos julgados pelos Tribunais Regionais Federais (TRFs), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF). Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SOUSA, Yvna. **Governo aponta “Lei Ferrari” como entrave à redução do preço do carro**. Disponível em: <http://www.valor.com.br/politica/2929464/governo-aponta-lei-ferrari-como-entrave-reducao-do-preco-do-carro>. Acesso em: 10 jun. 2014.

SOUZA, Washington Peluso Albino. **Direito Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1980.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2011.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito e força**: uma visão pluridimensional da coação jurídica. São Paulo: Dialética, 2001.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. **Direito administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.