

Fabio Guimarães Bensoussan
Marcus de Freitas Gouvêa
Reinaldo Diogo Luz

MANUAL DE
DIREITO
ECONÔMICO

8^a

Edição

revista
atualizada
ampliada

2025

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

CAPÍTULO 10

INTRODUÇÃO AO DIREITO DA CONCORRÊNCIA (OU DIREITO ANTITRUSTE)

1. INTRODUÇÃO

1.1. A concorrência no direito econômico

O direito antitruste ou o direito da concorrência talvez seja o ramo mais relevante do direito econômico.

Esta importância, que se percebe inclusive nas questões de concursos, deve-se a diversos fatores.

Um destes fatores, aplicável ao Brasil, é a **exclusividade da concorrência como objeto de estudo**. Em geral, o direito econômico compartilha seus objetos com outros ramos do direito, a exemplo do Mercosul e outros organismos internacionais (estudados pelo direito econômico e direito internacional), a CIDE (estudada pelo direito econômico e pelo direito tributário), as agências reguladoras (estudadas pelo direito econômico e pelo direito administrativo) e o sistema financeiro (estudado pelo direito econômico e pelo direito empresarial).

A concorrência, ao revés, não é objeto de nenhum outro ramo do direito brasileiro, salvo do direito penal (econômico), mais especificamente o art. 4º, da Lei 8.137/1990, pouco aplicado no país.

Nos Estados Unidos, por exemplo, esta argumentação não faz sentido, pois lá não há um direito econômico amplo. Naquele país se fala em “*antitrust law*”, equivalente ao nosso direito antitruste ou direito da concorrência e em “*law and economics*” (expressão traduzida no Brasil como análise econômica do direito) que é um método de análise jurídica, não um ramo autônomo do direito.

Outro fator que destaca a importância da matéria é o **combate aos cartéis e aos monopólios na história do direito e da economia mundiais**, especialmente dos países desenvolvidos, como os Estados Unidos (onde nasceu o direito antitruste), mas também no Brasil.

O direito da concorrência também ganhou destaque na mídia brasileira tanto em decorrência das investigações de **cartel** na “operação lava jato”¹, especialmente aqueles

1. “CADE deve multar AG e Odebrecht”. Valor Econômico, 22/6/2015.

voltados a fraudar licitações públicas, quanto pela atuação do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE.

A atuação do CADE, a propósito, tem se intensificado. Notam-se mais investigações, mais punições por atos infracionais e maior repercussão da atividade da autarquia. A concorrência parece, agora, ter se consolidado como efetivo valor nacional, não sendo mais uma mera previsão constitucional sem correspondência com a realidade.

Neste cenário, o CADE regulamentou a consulta à autarquia pela Resolução 12/2015 e editou um guia de *compliance* que procura orientar as empresas a evitar a prática de ilícitos concorrenciais, especialmente os culposos, e práticas que podem caracterizar atos de concentração, indevidamente realizados antes de sua submissão ao Tribunal da Concorrência.

A autarquia também publicou o guia de termos de compromisso de cessação para casos de cartel, o guia de análise de atos de concentração horizontal, o guia programa de leniência antitruste, o guia para envio de dados ao Departamento de Estudos Econômicos, o guia de combate a cartéis em licitação, o guia recomendações probatórias para propostas de acordo de leniência com o CADE, o guia dosimetria de multas de cartel e o guia de análise de atos de concentração não horizontais, contribuindo com a divulgação das ações do CADE de informações sobre seu funcionamento, bem como com a facilitação do acesso aos instrumentos do direito antitruste pelas empresas e pelos eventuais interessados.

Em termos acadêmicos, o direito antitruste igualmente se destaca no conjunto do direito econômico, face a sua **autonomia**. Certo que nenhuma disciplina jurídica é absolutamente autônoma, senão sob o ponto de vista didático, pois todas estão correlacionadas e todas fazem parte de um mesmo ordenamento jurídico. Contudo, o direito antitruste é, sem dúvidas, o campo do direito econômico que apresenta regras, princípio e métodos com maior nível de autonomia, face aos demais ramos do direito, seja pelo seu grau de especialização, seja pela própria história do direito da concorrência se confundir com a história do direito econômico, pois são contemporâneas suas origens.

Embora o direito da concorrência seja regido por apenas uma lei geral (a Lei 12.529/2011) a matéria apresenta dificuldades de compreensão. E por quê? É no antitruste onde o direito econômico mostra com mais intensidade suas **características de flexibilidade, mobilidade e mutabilidade**, não por prever uma finalidade única e inequívoca, mas por permitir tendências de interpretação e aplicação conforme a política econômica mais tradicional, ligada às raízes do direito antitruste (que privilegia a proteção do consumidor), mais concentradora (que vise, por exemplo, o fortalecimento da indústria nacional face à competição internacional) ou menos concentradora (que procure diluir a propriedade com vistas na melhor distribuição de renda).

O direito da concorrência também é construído a partir de tipos e conceitos indeterminados, o que, ao contrário dos conceitos fechados, permite fluidez entre as categorias jurídicas, o que pode dificultar a compreensão.

Ademais, o fato econômico regulado pela norma é bastante complexo e não se deixa compreender de forma intuitiva.

Mas o que é o direito antitruste? Há diferença entre direito antitruste e direito da concorrência?

O termo “*trust*”, em inglês, possui vários significados. Em linguagem coloquial, é usado como o verbo confiar e o substantivo confiança. Em linguagem técnica, econômica e jurídica, pode indicar determinadas modalidades de doação testamentária para fins de caridade (*charitable trust*), certos fundos de investimento (*investment trust*), certos institutos relacionados a propriedade imobiliária (*land trust*), companhias, tipicamente bancos, que administram bens, notadamente ativos financeiros, de terceiro (*trust company*) e, no sentido que nos interessa, usado isoladamente, significa qualquer grande companhia com elevado poder econômico, tendente ao monopólio.

O significado do termo foi assim consolidado nos Estados Unidos, a partir de acordos comerciais realizados pelo empresário John D. Rockefeller, que possuía uma empresa relativamente pequena de petróleo e passou a representar diversos outros empresários, também de pequeno porte, no desenvolvimento, na distribuição, no transporte e na comercialização de seus produtos.

Esta relação de “confiança” gerou uma das maiores companhias do mundo, com elevadíssimo poder econômico, a Standard Oil, da qual Rockefeller era o principal acionista.

A história, de resto conhecida, conta que a Standard Oil adquiriu companhias do ramo e começou a **praticar atos anticoncorrenciais**, monopolizando o mercado de petróleo e seus produtos, inicialmente o querosene e posteriormente a gasolina, entre outros.

Com o passar do tempo, o modelo foi reproduzido, surgindo outras grandes companhias e o termo *trust* **deixou de representar a relação de confiança** de diversos empresários em um “representante” **para indicar qualquer grande empresa com poder econômico**.

No âmbito da *common law*, mesmo antes da Standard Oil e de outros *trusts*, havia decisões que condenavam abusos nas relações empresariais, como a concorrência desleal. Mas foi com o advento do Sherman Act, de 1890, que se inaugurou formalmente nos Estados Unidos o combate às atividades monopolistas danosas (anticoncorrenciais), mesmo que não houvesse um “concorrente” lesado^{2,3}.

O objeto do direito antitruste, portanto, não é o combate ao *trust*, como relação de confiança entre empresários, mas às práticas anticoncorrenciais realizadas por alguns *trusts*.

2. Para uma compreensão histórica das razões que levaram o surgimento do Sherman Act e o combate às práticas anticoncorrenciais, sugerimos a série “Os gigantes da indústria”, do History Channel.
3. Abordamos aspectos históricos do direito da concorrência na introdução e voltaremos ao tema em outras partes deste título.

O núcleo da questão, portanto, está nas práticas anticoncorrenciais e na concorrência como bem jurídico e como princípio jurídico, que abordamos no capítulo pertinente da ordem econômica.

Dessa forma, o direito que regula a matéria, **sem maiores divergências de conteúdo**, é chamado de **direito antitruste**, em referência ao modelo empresarial estigmatizado pelas práticas anticoncorrenciais, ou de **direito da concorrência**, em alusão a “*perfect competition*” ou concorrência perfeita, como modelo ideal de concorrência do mercado.

Nos Estados Unidos, fala-se “*antitrust law*”, mas pode-se encontrar a expressão “*competition law*”, em outros países de língua inglesa.

No Brasil, os termos são utilizados como sinônimos.

1.2. Conceitos econômicos básicos do direito da concorrência

Estudamos na introdução a teoria da firma, da microeconomia, e vimos os **conceitos de oferta, demanda e principalmente de equilíbrio** nos cenários de concorrência perfeita, oligopolista e monopolista, que vão nos orientar nesta parte do livro.

Vimos ainda que o ponto de equilíbrio (quantidade e preço) é dado pelo encontro entre a **curva de oferta e a curva de demanda**, influenciado por diversos fatores como o custo e a mobilidade dos fatores de produção, pelo gosto dos consumidores, pela renda das pessoas, pela elasticidade do bem pela existência de substitutos.

Para recordar, a **concorrência perfeita** é o cenário econômico em que existem muitos produtores e muitos consumidores no mercado, nenhum deles capaz, por si só, de definir nem o preço a ser praticado no mercado nem a quantidade oferecida, e em que os produtores tendem a maximizar sua produção (até o ponto em que o custo marginal seja igual ao preço de mercado), pois o produtor que se retira do mercado é imediatamente substituído por outro. Assim, há certa igualdade de forças na concorrência perfeita, não havendo espaço nem para o controle dos preços nem para o controle de outros fatores de produção, como custo de insumos, mão de obra etc.

Ao contrário, no **monopólio**, um produtor (e, no monopsonio, um consumidor) é capaz de controlar o preço e a quantidade produzida, preços dos insumos e da mão de obra, não para otimizar a produção, mas para maximizar seus lucros, deixando parte da demanda desatendida, pagando preços baixos pelos insumos, gerando desemprego e baixos níveis salariais, claro, em relação ao cenário de concorrência perfeita.

Numa posição intermediária, vimos o cenário do **oligopólio**, em que poucas empresas competem, de forma mais ou menos agressiva, podendo gerar cenários mais próximos da concorrência perfeita ou mais próximos da “concorrência” monopolística, especialmente em casos de combinação de preços entre as concorrentes.

A conclusão a que chegamos naquele estudo era de que o monopólio é ruim para a economia, a concorrência perfeita gera resultados ideais e a concorrência oligopolística pode gerar bons resultados, como ganhos de economia de escala, capacidade de promover investimentos em inovação etc.

Parece muito fácil a questão. Bastaria ao direito aceitar somente a concorrência perfeita e o oligopólio inovador nas condições de concorrência.

Nada é tão fácil assim.

A concorrência perfeita é ideal e não existe na realidade, pois os fatores de produção não apresentam a mobilidade que o modelo teórico pressupõe, não há tantos produtores de todos os bens, a formação de preços se dá muitas vezes de forma intuitiva pelo produtor e o consumidor não necessariamente rejeita o produto a preços mais elevados, por uma série de fatores, entre eles proximidade do fornecedor, comodidade, fidelidade, desconhecimento de outros vendedores. São as chamadas falhas de mercado.

Ademais, nem sempre é fácil identificar a estrutura da concorrência do mercado. Os extremos, a concorrência de muitos produtores ou a existência de apenas um monopolista, são tranquilamente caracterizáveis. Mas a situação é bastante difícil nas zonas de transição, em que contam não apenas o número de concorrentes (1, 5, 10, 20 etc.), mas também o comportamento destes, o mercado geográfico em que atuam, a similaridade de outros produtos, eventualmente substitutos, negociados por outros produtores etc.

De outro giro, a **eficiência**, alcançada pela concorrência perfeita, não é o único valor jurídico ou econômico em questão. Podem entrar em conflito com a maximização da eficiência a geração de emprego, o desenvolvimento da produção nacional, o incentivo às exportações, a ocupação do território etc.

Disputam a primazia dos “nortes” da concorrência diversas teorias. Algumas defendem que o papel da regulação da concorrência é o de corrigir a falhas de mercado, conferindo privilégio à eficiência, na busca de direcionar o mercado aos resultados da concorrência perfeita, bem como há teorias distributivas e desenvolvimentistas.

Todas estas teorias, contudo, tomam como ponto de partida a teoria da firma e da formação de preços em diferentes mercados hipotéticos (modelos), nos quais se procura classificar o mercado real estudado.

As teorias baseadas no liberalismo econômico, como as defendidas por algumas escolas da Análise Econômica do Direito – AED, tendem a propor as correções do mercado real, vale dizer, a correção das falhas de mercado, face ao modelo desejado, com vistas à eficiência alocativa.

As demais teorias podem propor outras medidas, sem prejuízo de reconhecer a importância da eficiência, com vistas a obtenção de outros valores.

Remetemos o leitor à introdução deste livro, para passarmos ao estudo do direito da concorrência, advertindo que a Lei 12.529/2011 abre espaço para a aplicação das diversas teorias pelo intérprete, da mesma forma que o sistema jurídico fornece os critérios pela escolha das teorias a serem aplicadas, pelo caminho da definição da política econômica.

1.3. Histórico do direito da concorrência

A ideia de um sistema econômico liberal “puro” logo se mostrou insustentável na prática: a rigor, o ideal de mercados perfeitamente equilibrados. Pelo contrário, logo

se percebeu que a concorrência não era perfeita, dadas as deficiências dos mecanismos de mercado, como a falta de homogeneidade dos bens, a interferência desequilibrada de agentes (sejam eles privados ou mesmo o próprio Estado), entre outros aspectos. Ao longo do século XIX, as grandes corporações passaram a exercer cada vez maior influência no ambiente dos negócios, e logo se percebeu a necessidade de o Estado intervir de forma a assegurar a manutenção do equilíbrio dos mercados.

Como afirma João Bosco Leopoldino da Fonseca, a intervenção do Estado operou-se a partir do momento em que as grandes concentrações passaram a representar um perigo para a organização do mercado, principalmente em perspectiva de dano potencial aos consumidores e às demais empresas⁴.

Algumas situações de monopólio externaram os riscos. **Nos Estados Unidos**, em 1871, foi analisado o caso *Morris Run Coal Co. v Barclay Coal Co*, em que cinco empresas produtoras de carvão entraram em acordo, no Estado de Nova York, para dividir o mercado. A Suprema Corte da Pensilvânia entendeu que este acordo lhes permitia o controle do mercado em níveis que não seriam alcançados se deixados “às leis naturais do comércio”; além de se tratar de mercadoria de primeira necessidade para inúmeras finalidades. O acordo foi entendido como prejudicial⁵.

O marco legislativo é o *Sherman Act*, em 1890, que levou, já em 1914, à criação da *Federal Trade Commission*. A ideia partia do reconhecimento dos benefícios da livre concorrência e da liberdade econômica, e a necessidade de assegurá-las.

Embora o direito antitruste norte-americano seja legislado (*estatute law*), suas origens remontam ao direito jurisprudencial (*common law*), como mostram Gellhorn, Kovacic e Calkins⁶. Como registram os autores, “a linhagem histórica do direito antitruste americano deriva das ações do common law que limitavam as restrições ao comércio e, em alguma medida, procuravam proscrever o poder monopolista e os lucros do atravessador”⁷.

Não obstante, o Sherman Act apresentou uma evolução no direito antitruste, por prever concretamente a vedação aos cartéis (Seção 1) e ao monopólio (Seção 2), independentemente da existência de violação a direito dos concorrentes característicos das ações baseadas no *common law*, como nos casos de concorrência desleal. Os precedentes do *common law* mantiveram, porém, influência na interpretação das normas, com destaque para o voto do juiz William Howard Taft, no caso *United States v. Addyston Pipe & Steel Co*, de 1898, em que se pacificou o entendimento de que as restrições ao comércio

4. FONSECA, João Bosco Leopoldino. Lei de Proteção da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 17.

5. FONSECA, João Bosco Leopoldino. Lei de Proteção da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 22.

6. GELLHORN, Ernest, KOVACIC, William E., CALKINS, Stephen. Antitrust law and economics. St. Paul, MN: Thompson West, 2004, p. 1 e seg.

7. GELLHORN, Ernest, KOVACIC, William E., CALKINS, Stephen. Antitrust law and economics. St. Paul, MN: Thompson West, 2004, p. 1.

são ilegais, salvo as restrições “razoáveis” e dependentes (que não constituam o objeto principal do contrato)⁸.

O *Sherman Act*, contudo, foi considerado excessivamente rigoroso, uma vez que ignorava a vontade das partes. Bastava a concretização dos elementos teoricamente descritos pela norma para a invalidação da concentração. Partia do pressuposto de que toda e qualquer combinação e monopólio era prejudicial.

O *Clayton Act*, de 1914, por sua vez, representou uma tentativa de especificar condutas consideradas anticompetitivas, como os contratos de exclusividade e a discriminação de preços.

Ainda em 1914 foi criada a *Federal Trade Commission*, com funções de investigação, informação e repressão das atividades de concorrência desleal. Esse período (1890-1914), o primeiro da história do direito concorrencial norte-americano, afirmou alguns conceitos como os de divisão de mercado, monopólio, regra da razão etc.

Hoje, o direito concorrencial dos Estados Unidos se encontra no que Thomas D. Morgan denomina quarta fase: iniciada em 1974, que aborda as questões combinando uma visão tradicional com a análise econômica⁹.

Na Europa, a defesa da concorrência passa a ser uma preocupação após a Segunda Guerra. A expectativa da unificação da economia tinha (na verdade, tem) como premissa a eliminação de barreiras legislativas e administrativas impostas pelos Estados ao livre mercado. No entanto, também reconheciam os efeitos negativos do exercício abusivo da livre-iniciativa. A concorrência passa a exercer papel central no processo de integração e, como mecanismo natural de limitação do poder econômico-empresarial, a competição é eleita como instrumento crucial para o avanço da União Europeia.

No Brasil, também em um primeiro momento deixou-se a cargo do “mercado” a correção dos desequilíbrios. Foi somente a partir da Constituição de 1934 que a preocupação com o tema se torna mais evidente. A ordem econômica deveria ser organizada pelo Estado, garantindo-se a liberdade econômica. A Constituição de 1937 equiparou os crimes contra a economia popular aos crimes contra o Estado. Neste sentido, o Decreto-lei 869, de 1938, estabelecia como crime “destruir ou inutilizar, intencionalmente e sem autorização legal, com o fim de determinar alta de preços, em proveito próprio ou de terceiro, matérias primas ou produtos necessários ao consumo do povo”¹⁰.

Mas seu alcance se fez sentir, de fato, na regulamentação de preços e supressão dos artifícios e fraudes na venda de mercadorias, e não no campo do direito da concorrência; foi o Decreto-lei 7.666/45 que, após elencar o que considerava ato contrário ao interesse

-
8. Precedente que influenciou o desenvolvimento da “regra da razão”. GELLHORN, Ernest, KOVACIC, William E., CALKINS, Stephen. *Antitrust law and economics*. St. Paul, MN: Thompson West, 2004, p.9.
 9. FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Lei de Proteção da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 30.
 10. FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Lei de Proteção da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.49.

da economia nacional, criou um órgão, a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE). Entre suas atribuições, a de legitimar acordos restritivos da concorrência quando os atos viessem a ter por efeito o equilíbrio da produção com o consumo, a regulação dos mercados, a estabilização dos preços, a padronização e racionalização da produção e o estabelecimento de uma exclusividade de distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero ou destinadas à satisfação de necessidades conexas.¹¹

A Constituição de 1946 foi a primeira a trazer uma norma de defesa da concorrência, determinando que a lei reprimiria toda e qualquer forma de abuso do poder econômico – inclusive as uniões e agrupamentos de empresas individuais ou sociais que tivessem por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros (art. 148). A Lei 4.137/62, inspirada no Sherman Act americano, regulamentou a repressão ao abuso do poder econômico e criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), cabendo-lhe apurar e reprimir os abusos do poder econômico em todo o território nacional.

Paula Forgioni afirma, contudo, que a lei não teve qualquer efetividade na realidade brasileira, “não sendo possível identificar qualquer atuação linear e constante de uma política econômica que se tenha corporificado em uma política de concorrência”.¹²

A situação somente se altera com o início do processo de abertura econômica, a partir do final dos anos 1980, com o movimento de desestatização e a gradual retirada do Estado do papel de empresário.

Assim, e já sob a Constituição de 1988, criou-se a Secretaria Nacional de Direito Econômico e foram publicadas a Lei 8.137/90 e a Lei 8.884/94.

A transformação da repressão ao “abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros” em um princípio geral da ordem econômica constitucional (art. 173), constituiu passo importante para um “marco jurídico duradouro da legislação antitruste”.¹³

Nas palavras de Gesner de Oliveira:

De um lado, do ponto de vista da estabilização, exigiu-se das autoridades brasileiras papel centralizador no sentido de coordenar as expectativas em direção a uma taxa de inflação moderada (...). De outro lado, as reformas liberalizantes aceleradas durante a administração Collor indicavam a necessidade de adoção de regras típicas de defesa da concorrência.¹⁴

Deste contexto, surgiu a Lei 12.529/2011, com suas inovações que estudaremos adiante.

-
11. FONSECA, João Bosco Leopoldino. Lei de Proteção da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.53.
 12. FORGIONI, Paula A. Fundamentos do antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
 13. PRADO, Luiz Carlos D. Política de concorrência e desenvolvimento: reflexões sobre a defesa da concorrência em uma política de desenvolvimento. Cadernos do Desenvolvimento, v. 6, n. 9, p. 321–342, 2011, p. 334.
 14. OLIVEIRA, Gesner. Concorrência: panorama no Brasil e no mundo. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 3.

1.4. Roteiro de estudo

Vamos tratar da matéria em três partes. Num primeiro momento, vamos abordar matérias gerais sobre a concorrência e sobre a lei da concorrência.

Nesta primeira parte, vamos apresentar uma visão geral da lei antitruste. Em seguida, vamos abordar as modalidades de comportamentos regidos pela lei, sua construção tipológica e uma visão inicial das práticas abusivas, diante das dificuldades que o art. 36, da Lei 12.529/2011 apresenta.

A partir desta apresentação, vamos discutir as finalidades da lei antitruste e suas relações com outros ramos do direito, que disciplinam fenômenos conexos, chegando a reger fatos idênticos, que divergem pelos próprios fins dos ramos específicos do direito.

Ainda na parte geral, vamos passar em revista pelas modalidades de regulação do mercado, distinguindo as regulações específicas da regulação geral da concorrência, por vezes exclusiva, por vezes complementar.

Na segunda parte, vamos tratar das instituições do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dos procedimentos da Lei 12.529/2011, com a profundidade que o tema requer, procurando, sempre que necessário, apresentar explicações sobre os fatos sobre os quais a norma incide.

Por fim, vamos estudar os ilícitos anticoncorrenciais e os atos de concentração econômica, a partir da Lei 12.529/2011, com a interpretação dos tribunais judiciais e administrativos e com eventuais recursos à literatura estrangeira, especialmente a norte-americana.

2. A LEI 12.529/2011

A nova lei da concorrência no Brasil – Lei 12.529/2011 – mantém, em linhas gerais, os ilícitos contra a ordem econômica previstos pela Lei 8.884/1994, apresentando mudanças mais significativas na área institucional (nos órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) e no procedimento de averiguação e combate aos ilícitos, com destaque à obrigatoriedade de submissão prévia ao CADE dos atos de concentração de grandes empresas.

A Lei 12.529/2011 “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” (art. 1º) e define a coletividade como titular dos bens jurídicos por ela protegidos (art. 1º, parágrafo único).

Define, também, sua área de atuação, circunscrita ao território nacional (art. 2º) e disciplina a composição do SBDC, “formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda” (art. 3º).

Nos termos da lei, o “Cade é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com

sede e foro no Distrito Federal” (art. 4º), e é constituído pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência-Geral e pelo Departamento de Estudos Econômicos (art. 5º). A nova legislação não mais prevê a Secretaria de Direito Econômico – SDE, do Ministério da Justiça (art. 30).

Em seguida, a lei dispõe sobre a competência de cada um dos órgãos do SBDC (art. 6º a 14 e 17 a 19), sobre as atribuições da Procuradoria Federal junto ao CADE (art. 15 e 16), que passa a ser o único representante judicial da autarquia e sobre a atuação do Ministério Público Federal perante o CADE (art. 20).

Com mais simplicidade que a lei anterior, dispõe o art. 20, da Lei 12.529/2011, que “o Procurador-Geral da República, ouvido o Conselho Superior, designará membro do Ministério Público Federal para, nesta qualidade, emitir parecer, nos processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, de ofício ou a requerimento do Conselheiro-Relator”. A nova lei retira do Ministério Público a função incompatível com o sistema jurídico brasileiro inaugurado com a Constituição de 1988 de executar as decisões do CADE, vale dizer, **o Ministério Público não mais representa o CADE em juízo ou fora dele**.

A lei prossegue na **definição das infrações** contra a ordem econômica (art. 31 a 36), disciplina as **penalidades** aplicáveis (art. 37 a 45), rege a **prescrição** quinquenal da pretensão punitiva (art. 46) e regula os **procedimentos administrativos** instaurados para prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica (art. 48 a 87), incluindo a disciplina do **compromisso de cessação**, aplicável quando aquele que pratica ilícito de efeitos duradouros se compromete a cessar a prática infracional (art. 85) e do **acordo de leniência**, que prevê redução de pena ou mesmo a extinção da pretensão punitiva de pessoas físicas e jurídicas “que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte a identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação” (art. 86 e 87).

Os arts. 88 a 91 regem o **controle dos atos de concentração econômica**, tornando obrigatória a submissão ao CADE dos atos em que cumulativamente “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 e 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” (art. 88).

O ato de concentração não terá efeito antes de aprovado pelo CADE ou enquanto perdurar o prazo de 240 dias que a autarquia detém para apreciar o caso.

O CADE também pode apreciar, *a posteriori*, outros atos de concentração que não sejam de submissão prévia obrigatória.

São vedados “os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços” (art. 88, § 5º), mas o CADE poderá autorizar a operação, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos cumulativos ou alternados de aumento da produtividade ou da competitividade, de melhora na qualidade de bens ou serviços, ou de propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico e ainda que sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes (art. 88, § 6º).

A lei ainda dispõe sobre a execução dos julgados do CADE e sobre a intervenção na empresa para permitir a execução específica dos julgados.

Numa análise sistemática e comparativa com o direito penal, a Lei 12.529/2011 conferiu maior importância à repressão administrativa dos ilícitos concorrenciais, ao dar nova redação ao art. 4º, da Lei 8.139/1990 e revogar condutas criminais unilaterais. Desde 2011, apenas constitui crime contra a ordem econômica atitudes tomadas mediante acordo ou conluio, notadamente o cartel, vez que descriminalizadas condutas de exigência de exclusividade, venda casada, indexação de preços, monopólio, boicote e outras tomadas individualmente por agentes econômicos.

Em síntese, condutas anticoncorrenciais, praticadas por apenas um agente econômico constituem hoje apenas infração administrativa, pois os tipos penais vigentes exigem acordo, convênio, ajuste ou aliança entre empresas.

3. AS MODALIDADES DE INFRAÇÃO À LEI ANTITRUSTE, SANÇÕES E PROCEDIMENTOS

Neste trabalho, utilizamos como sinônimos as expressões lei (ou legislação) da concorrência e lei antitruste, tanto em menção à Lei 12.529/2011 quanto às normas estrangeiras.

Esta legislação procura disciplinar modalidades de conduta, que podem ser classificadas em três grupos: 1. os **abusos** de posição dominante, 2. os **acordos** entre concorrentes, sem que qualquer deles precise ter posição dominante, 3. os **atos de concentração**, que merecerão tratamentos apartados tanto por suas peculiaridades materiais quanto pelo processo a que estão submetidas no sistema brasileiro de defesa da concorrência¹⁵.

Há, também, uma classificação que distingue apenas duas modalidades de ações de interesse do direito antitruste, colocando de um lado os **atos de concentração**, quando a lei disciplina as estruturas concorrenciais de mercado e, de outro, as **condutas anticoncorrenciais** praticadas pelas estruturas existentes, seja pela empresa individualizada, seja pelo arranjo de empresas na forma de cartel¹⁶.

Na verdade, são diversas as possibilidades de classificação, tanto no direito brasileiro quanto no direito estrangeiro, que podem tomar como referência a estrutura das normas

15. Nesta linha, FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

16. Nesta outra vertente, SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial. São Paulo: Malheiros, 2013.

protetivas da concorrência, os tipos específicos de infração, os efeitos econômicos das infrações etc.

Estas classificações apresentam diversas importâncias. Sob o ponto de vista acadêmico, permitem a melhor compreensão dos ilícitos concorrenciais e, sob o ponto de vista dogmático, de um lado, **exigem** a disciplina de **procedimentos administrativos próprios** a cada infração, bem como a **previsão de sanções adequadas** e, de outro, **permitem** a aplicação de **institutos também específicos**.

De fato, os atos de concentração são apreciados mediante *procedimento* administrativo distinto daqueles reservados para a apuração das condutas anticoncorrenciais, tendo em vista, especialmente, que os atos de concentração são (ou devem ser) levados ao conhecimento da autoridade antitruste antes de sua realização, enquanto os demais atos precisam ser descobertos e investigados pelas autoridades.

De outro lado, a realização do ato de concentração sem que seja submetido ao CADE ou antes da aprovação pela autarquia constitui infração, que pode ser apurada e punida.

Há que se destacar, contudo, que independente da classificação, as infrações ao direito antitruste são frequentemente combinadas, assim como as formas de combate às condutas ilícitas (procedimento investigatório, processo sancionador, termo de compromisso de cessação e acordo de leniência) e a análise atos de concentração são complementares.

No que toca à *sanção*, do ato de concentração submetido ao CADE pode decorrer **autorização**, quando o ato não gerar prejuízo à concorrência, **indeferimento**, quando o ato gerar prejuízo irreversível à concorrência, ou **autorização condicionada** ou limitada, quando o ato gerar prejuízos à concorrência que possam ser compensados pelo aumento da produtividade ou da competitividade, pela melhoria da qualidade dos bens e serviços, por propiciar eficiência e desenvolvimento tecnológico ou econômico e por permitir o repasse ao consumidor de parcela dos benefícios obtidos pelo ato de concentração.

A seu turno, os atos anticoncorrenciais estão sujeitos às **penalidades pecuniárias** previstas pelo art. 37, da lei 12.529/2011, de até 2 bilhões de reais, bem como às penalidades previstas pelo art. 38, da lei, tais quais a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitações públicas, inscrição no cadastro de defesa do consumidor, cisão da sociedade infratora, venda de seus ativos e proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica.

Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I – no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;

II – no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade

jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais);

III – no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.

§ 1º Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

§ 2º No cálculo do valor da multa de que trata o inciso I do caput deste artigo, o Cade poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, definido pelo Cade, ou quando este for apresentado de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea.

Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

I – a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas;

II – a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos;

III – a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;

IV – a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito;

b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;

V – a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade;

VI – a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e

VII – qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

Há também penalidades pela continuidade de atos ou situações que configurem infração da ordem econômica, após decisão do Tribunal determinando sua cessação, bem como pelo não cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer impostas, ou pelo descumprimento de medida preventiva ou termo de compromisso de cessação (art. 39), pela recusa, omissão ou retardamento injustificado de informação ou documentos solicitados (art. 40) entre outras.

A sanção no direito antitruste segue, portanto, o **binômio liberdade/responsabilidade** que instrui a gradação das penalidades. É dizer, onde há muita liberdade, há

também responsabilidade, e as infrações são punidas mais severamente; ao revés, onde não há liberdade, não há responsabilidade nem penalização.

Aplicando o binômio ao direito antitruste, os atos de concentração não geram penalidades pecuniárias, pois as empresas não estão livres para escolher se submetem ou não o ato à autoridade competente, a apresentação é obrigatória. A empresa será punida, obviamente, se procurar esconder o ato de concentração, conduta, porém, pouco provável, dada a necessária publicidade das fusões e incorporações para diversos fins, ou praticar atos que caracterizem antecipação do ato de concentração (*gun jumping*). De outro turno, na definição de condutas anticoncorrenciais, as empresas não se submetem a controle prévio de seus negócios, em virtude do princípio da livre-iniciativa. Assim, atuam em regime de liberdade, de modo que as penalidades por infrações são mais severas.

No caso de os interessados não submeterem os atos de concentração à análise do CADE, nos termos da lei, tem-se a pena de nulidade e a pena pecuniária de 60 mil a 60 milhões de reais. Penalidade alta, mas bem inferior aos 2 bilhões previstos pelo art. 37, da Lei 12.529/2011.

Com relação aos *institutos* benéficos aos infratores da lei antitruste, o **compromisso de cessação** e o **acordo de leniência** somente são aplicáveis aos **atos anticoncorreciais** praticados por cartéis ou empresas individualizadas, não aos atos de concentração, sujeitos a análise prévia do CADE.

É preciso destacar, contudo, a correlação entre as duas formas (ou três, conforme a classificação) de violação à lei antitruste.

Como observa Hovenkamp, “não há uma linha de demarcação clara entre o acordo de restrição do comércio e a ofensa de monopólio por uma única empresa”¹⁷ e os meios utilizados para se atingir o monopólio por uma única empresa também podem caracterizar ato de concentração anticompetitivo ou infrações praticadas em conluio¹⁸.

De fato, a cartelização que se combate é aquela destinada a prática de atos abusivos, típicos do monopolista. Da mesma forma, o controle dos atos de concentração procura evitar o surgimento de monopólios não naturais, justamente para que tais instituições concentradas não tenham o poder de praticar atos abusivos. Assim, os atos abusivos – proibidos – são também o ponto de convergência da proibição da formação de cartéis e da concentração monopolista.

4. PANORAMA DOS ILÍCITOS CONCORRENCIAIS

Antes de abordarmos a dogmática da Lei 12.529/2011, parece-nos adequado apresentar um panorama dos ilícitos, especialmente as práticas que representam abuso de posição dominante.

Esta apresentação se mostra interessante, inclusive para superar as dificuldades de interpretação do *caput* do art. 36, da Lei 12.529/2011, que apresenta texto sobremodo

17. HOVENKAMP, Herbert. Antitrust. Saint Paul, MN: Thomson West, 2005, p. 126.

18. HOVENKAMP, Herbert. Antitrust. Saint Paul, MN: Thomson West, 2005, p. 140 e seg.

aberto, com incisos que se sobrepõem. Vejamos:

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.

[...]

No *caput* do artigo, verifica-se que **não importam os meios ou as formas empregadas para a prática do ilícito anticoncorrencial**, bastando que o ato tenha como **objeto ou** possa produzir os **efeitos** listados nos incisos de I a IV do dispositivo legal. Dessa maneira (e como informa o próprio § 3º, do art. 36, da Lei 12.529/2011) as condutas (que comentaremos a seguir) que venham a ser elencadas na lei são apenas exemplificativas, é dizer, sua previsão expressa não implica necessariamente prática de ilícito e sua omissão não afasta o ilícito, caso se verifiquem o objeto ou os efeitos previstos nos incisos mencionados.

Importa, vamos reiterar, que o ato tenha por objeto ou possa produzir, ainda que não sejam alcançados, os efeitos de limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre-iniciativa, dominar mercado relevante de bens ou serviços, aumentar arbitrariamente os lucros ou exercer de forma abusiva posição dominante.

O texto apresenta, porém, algumas dificuldades (o que não significa defeito da lei) que precisam ser enfrentadas.

A primeira delas diz respeito à previsão de condutas que podem **ter por objeto** ou que possam **produzir efeitos** no mesmo enunciado do *caput* do art. 36, da Lei 12.529/2011.

Ter por objeto e produzir efeitos são ideias bastante apartadas. “**Ter por objeto**” traz a ideia de causa, de condição, de pressuposto de elemento do ato, enquanto a “produção de efeitos” traz a ideia de consequência¹⁹. Assim, o ilícito concorrencial pode tanto decorrer de fatos que correspondam aos enunciados dos incisos do art. 36, ou os tenha como pressuposto, quanto podem causar, apresentar como consequência o que está contido nos mesmos enunciados.

Neste sentido, o monopolista que eleva excessivamente seus preços sem causa aparente pratica ato que tem como pressuposto o domínio do mercado (que o levou a posição de monopolista), como objeto o exercício abusivo de posição dominante e como resultado o aumento arbitrário do lucro.

19. Calixto Salomão Filho identifica na expressão “objeto” também a ideia de objetivo. Leciona o autor: “Já a Lei 12.529/2011 menciona como ilícitos aqueles atos “que tenham como objeto (...)”. E prossegue: “É inegável a presença da intenção nos atos direcionados a um objetivo” (Direito Concorrencial. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 400). É preciso notar que o autor reconhece que a intenção não está presente diretamente no ordenamento brasileiro da concorrência e o que ele procura realmente ressaltar é o fato de que as condutas econômicas são pautadas pelo elemento volitivo, o que não afasta a responsabilidade objetiva das infrações à Lei 12.529/2011.

Contudo, não é necessário que o ato praticado tenha por objeto situação que corresponda a um dos incisos do art. 36 e possa produzir efeitos enunciados em outro inciso. Basta para a ocorrência do ilícito a presença de um dos incisos do art. 36, seja como objeto da ação, seja como resultado possível desta.

É preciso, pois, compreender que as expressões “tenham por objeto” e “possam produzir efeitos” são alternativas.

Outro problema que a norma apresenta diz respeito aos incisos do art. 36. Enquanto os termos “tenham por objeto” e “possam produzir efeitos” são independentes, as hipóteses dos incisos I a IV, do art. 36, da Lei 12.529/2011 são, muitas vezes, complementares e se sobrepõem. Assevera, a este propósito, Calixto Salomão Filho, que “os dispositivos são perfeitamente compatíveis e até complementares”²⁰.

O enunciado do inciso I, “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre-iniciativa”, não é contraditório ao enunciado do inciso II, “dominar mercado relevante de bens ou serviços”, que por sua vez pode ser compatibilizado com a hipótese do inciso III, de “aumentar arbitrariamente os lucros” e com o inciso IV “exercer de forma abusiva posição dominante”.

As conclusões que podemos chegar ao analisar o art. 36, da Lei 12.529/2011, são, portanto, as seguintes:

<p>Para caracterizar o ilícito basta</p>	<p>que o ato <i>tenha por objeto uma das situações</i> descritas nos incisos I a IV, do art. 36; ou que o ato <i>possa produzir um dos efeitos</i> previstos nos incisos I a IV do art. 36, ainda que os efeitos não sejam alcançados.</p>
<p>Os incisos do art. 36, da Lei 12.529/2011 podem se apresentar</p>	<p>como objeto (causa, pressuposto ou elemento) do ato; ou como consequência, resultado ou efeito do ato.</p>
<p>Mais de um inciso do art. 36, da Lei 12.529/2011</p>	<p>pode estar presente na mesma conduta</p>
<p>As condutas previstas pela lei são meramente exemplificativas e</p>	<p>sua presença expressa na lei não implica automática ilicitude do ato e sua omissão na lei não afasta automaticamente a ilicitude o ato.</p>

20. SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 400.