

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO – UNINOVE
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO *STRICTU SENSU*
MESTRADO E DOUTORADO

**EFETIVIDADE DAS DECISÕES DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA
ECONÔMICA: REVISÃO JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA EMPRESARIAL**

DENILSON MOURA DA SILVA

São Paulo

2022

DENILSON MOURA DA SILVA

**EFETIVIDADE DAS DECISÕES DO
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA:
REVISÃO JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA EMPRESARIAL**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito da Universidade Nove de Julho (UNINOVE), como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de Concentração de Direito Empresarial, sob a orientação do Professor Doutor Sérgio Antônio Ferreira Victor.

São Paulo

2022

Silva, Denilson Moura.

Efetividade das decisões do conselho administrativo de defesa econômica: revisão judicial e segurança jurídica empresarial. Denilson Moura Silva. 2022.

129 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2022.

Orientador (a): Prof. Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor.

1. Concorrência. 2. CADE. 3. Decisões administrativas. 4. Efetividade. 5. Revisão. 6. Judicial.

I. Victor, Sérgio Antônio Ferreira. II. Título.

CDU 34

DENILSON MOURA DA SILVA

**EFETIVIDADE DAS DECISÕES DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA
ECONÔMICA: REVISÃO JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA EMPRESARIAL**

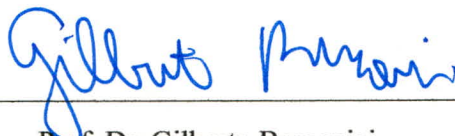
Dissertação apresentada ao Programa de
Mestrado em Direito da Universidade Nove de
Julho como parte das exigências para obtenção
do título de Mestre em Direito.

São Paulo, 15 de junho de 2022.

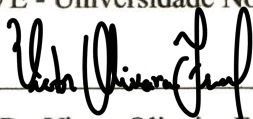
BANCA EXAMINADORA

SERGIO ANTONIO Assinado de forma digital por
SERGIO ANTONIO FERREIRA
VICTOR
FERREIRA VICTOR Dados: 2022.06.30 21:56:07 -03'00'

Prof. Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor (Orientador)
UNINOVE - Universidade Nove de Julho



Prof. Dr. Gilberto Bercovici
UNINOVE - Universidade Nove de Julho



Prof. Dr. Victor Oliveira Fernandes
IDP - Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa

Á minha esposa Claudia Ligia, que me incentivou a ingressar no PPGD-UNINOVE e me ajudou com muito amor a encarar o desafio de produzir esta dissertação.

Aos meus filhos, por tornarem minha vida mais alegre e colorida e por compreenderem muitas de minhas ausências.

AGRADECIMENTOS

Obrigado Senhor Deus, pois sem ti nada eu poderia fazer!

À minha esposa e ajudadora Claudia Ligia pelo incentivo, paciência, motivação, ideias, conselhos, suprimentos, compreensão, cuidado e assessoramento para a concretização deste singelo trabalho de pesquisa. Essa cumplicidade é que me fornece energia para eu buscar ser melhor a cada dia. Certamente o carinho, o apreço e os sentimentos que lhe tenho são recíprocos.

Aos meus filhos e filha, que completam a alegria da minha felicidade de viver, especialmente quando me recebem de braços abertos nos meus retornos da labuta cotidiana.

Aos meus pais, que são a essência da minha formação e que me educaram no sentido de sempre buscar o conhecimento e a sabedoria e de me tornar um homem lúcido, humanista e responsável.

Ao mestre e orientador Professor Doutor Sérgio Victor, que, mesmo com uma agenda sempre cheia, dispensou tempo, atenção e cuidado para indicar os caminhos, sanear falhas, indicar pontos de destaque e de aprimoramento do trabalho, métodos e bibliografias fundamentais para enriquecer esta obra acadêmica de Direito, cujo tema de estudo foi despertado nas brilhantes aulas por ele ministradas a que tive o privilégio de assistir.

Aos meus colegas e amigos do trabalho, que compreenderam minhas ausências e a necessidade de flexibilização de horários para que eu pudesse dedicar algumas horas a mais à pesquisa dos assuntos e aos casos relacionados ao tema estudado.

Enfim, a todos que me auxiliaram e envidaram esforços no sentido de contribuir para a construção e acabamento desta obra científica. Têm lugar reservado no lado esquerdo de meu peito.

Minha sincera gratidão!

RESUMO

O presente trabalho de pesquisa consiste em analisar como as decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) têm sido acolhidas, observadas e cumpridas (ou não) pelos agentes econômicos com atos de concentração ou condutas submetidos à apreciação e julgamento pelo órgão de defesa da concorrência. A submissão ao comando decisório exarado pelo CADE e sua execução, culminando com o total cumprimento das providências exigidas pelo órgão colegiado de defesa da economia, apresenta-se como um dever-ser imposto aos agentes econômicos que tiveram seus atos ou condutas julgados pelo Conselho. A problemática da revisão de tais decisões pelo Poder Judiciário e a discussão sobre a segurança jurídica que se busca alcançar no cenário em que os atores econômicos desempenham seus papéis de produtores de bens e riquezas é o que se estudará neste singelo trabalho acadêmico. Assim, o presente trabalho tem o escopo de revisar a bibliografia sobre o Direito da Concorrência e a atuação do CADE, bem como apresentar algumas respostas do Judiciário quando instado a se manifestar em revisão às decisões do CADE e a evolução de tais manifestações judiciais, a fim de se verificar o nível de segurança para a realização da atividade empresarial voltada à promoção do bem-estar humano e do meio ambiente pela máxima eficiência produtiva e sustentável.

Palavras-chaves: Concorrência. CADE. Decisões administrativas. Efetividade. Revisão Judicial.

ABSTRACT

This research work consists of analyzing how the decisions of the Administrative Council for Economic Defense (CADE) have been accepted, observed and complied with (or not) by the economic agents that have concentration acts or conducts submitted to examination and judgment by the antitrust agency. The submission to the decision command issued by CADE and its execution, culminating with the full compliance with the measures required by the collegiate body for the defense of the economy, presents itself as a duty imposed on the economic agents that had their acts or conduct judged by the Council. The problem of the review of such decisions by the Judiciary and the discussion about the legal security that is sought to be achieved in the scenario in which the economic players play their roles as producers of goods and wealth is what will be studied in this simple academic work. Thus, this paper has the purpose of reviewing the bibliography on competition law and CADE's performance, as well as to present some of the Judiciary's responses when asked to manifest itself in reviewing CADE's decisions and the evolution of such judicial manifestations in order to verify the level of security for the performance of the business activity aimed at the promotion of human welfare and the environment by the maximum productive and sustainable efficiency.

Keywords: Competition. CADE. Administrative decisions. Effectiveness. Judicial Review.

LISTA DE ABREVIATURAS

ACC	Acordo em Controle de Concentração
APP	Apuração Preparatória
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CF	Constituição Federal
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
DEE	Departamento de Estudos Econômicos
FTC	Federal Trade Commission
MJ	Ministério da Economia
NLAB	Nova Lei Antitruste Brasileira
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SDE	Secretaria de Direito Econômico
SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico
SEI	Sistema Eletrônico de Informações
SG	Superintendência-Geral
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TCC	Termo de Cessação de Conduta
TFUE	Tratado para o Funcionamento da União Europeia
TRF	Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 CONTEXTO HISTÓRICO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA E DOS ÓRGÃOS ANTITRUSTE	16
1.1 A MODERNIDADE EUROPEIA, CONCORRÊNCIA E LIVRE MERCADO.....	16
1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA ANTITRUSTE AMERICANA.....	21
1.3 CONTEXTO HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE NO BRASIL	24
1.4 CRIAÇÃO DO CADE – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA.....	27
2 O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA	33
2.1 FORMAÇÃO E ÓRGÃOS INTEGRANTES DO SBDC	36
2.2 O CADE E SUA FUNÇÃO INSTITUCIONAL	37
2.3 AS ATRIBUIÇÕES DO CADE	39
2.4 ESTRUTURA ORGANIZACIONAL DO CADE	43
2.4.1 <i>Tribunal Administrativo de Defesa Econômica</i>	44
2.4.2 <i>Superintendência Geral (SG)</i>	45
2.4.3 <i>Departamento de Estudos Econômicos (DEE)</i>	49
2.4.4 <i>A Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE</i>	50
2.4.5 <i>O Ministério Público perante o CADE</i>	52
2.4.6 <i>Síntese gráfica da estrutura organizacional do CADE</i>	53
2.5 ANÁLISE E JULGAMENTO DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO.....	54
2.6 ANÁLISE E JULGAMENTO DAS CONDUTAS DOS AGENTES ECONÔMICOS	62
2.7 DECISÕES DO CADE.....	67
2.7.1 <i>Tipos de decisão</i>	67
2.7.2 <i>Força Cogente das decisões do CADE</i>	69
2.7.3 <i>Sanções pelo descumprimento</i>	70
3 REVISÃO JUDICIAL DAS DECISÕES DO CADE	72
3.1 JURISDIÇÃO EXERCIDA PELO PODER JUDICIÁRIO E JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA.....	74
3.1.1 <i>A processualística definida pela Nova Lei Antitruste</i>	79
3.1.2 <i>A prática de dumping: o caso da Barilha</i>	82
3.2 ANULAÇÃO DAS DECISÕES DO CADE PELO JUDICIÁRIO	83
3.2.1 <i>Caso da LPM – Lista de Procedimentos Médicos: revisão judicial</i>	83
3.2.2 <i>O antigo problema da notificação ex post: o caso Nestlé/Garoto</i>	85

3.3 CONFIRMAÇÃO DAS DECISÕES DO CADE PELO JUDICIÁRIO.....	92
3.3.1 <i>O caso Vale do Rio Doce, CSN e Ferteco: a não submissão aos ajustes necessários em ato de concentração</i>	92
3.3.2 <i>O cartel do aço: duas décadas de batalha contra o CADE</i>	96
3.3.3 <i>Condenação de cartéis: o caso do conluio entre postos de combustíveis em Brasília</i>	99
3.3.4 <i>Quebra do monopólio do refino de combustível no Brasil: Petrobras e Abegás</i> ..	103
3.3.5 <i>O CADE e o aperfeiçoamento das decisões judiciais: recuperação judicial do Grupo OI</i>	111
3.4 DECISÕES DO CADE E SEUS EFEITOS PARA SEGURANÇA JURÍDICA NA ATIVIDADE EMPRESARIAL	114
3.4.1 <i>Pesquisas em sites de busca, sites comparadores de preços e market place: Buscapé e Bondfaro versus Google Inc.</i>	119
CONCLUSÃO	123
REFERÊNCIAS	127

INTRODUÇÃO

A instituição da empresa e a importância de sua função social passaram a ter especial atenção do Direito, principalmente em razão do sucesso e da grandiosidade que muitas companhias alcançaram no cenário mundial.

Quanto maior o número de pessoas que “consomem” produtos e serviços de uma determinada sociedade empresarial, maior a importância de tal companhia no país e no mundo. Na mesma proporção, cresce também o poder econômico e o potencial de dominação do mercado por parte dessa empresa.

A exclusividade na criação, produção, distribuição e venda de um produto ou serviço em determinado local, território, cidade, país ou continente configura monopólio, o que permite a fixação do preço mais conveniente para o monopolista.

Em que pese dever haver proteção para as obras intelectuais pelo pioneirismo do desenvolvimento de novos produtos e serviços (propriedade intelectual ou imaterial), para remunerar os custos de pesquisas, capital humano, investimentos e tempo empenhados na invenção e criação de bens e serviços (até então inexistentes), não se pode permitir que tal argumento seja levado às últimas consequências, sob pena de se estabelecer monopólios perpétuos, prejudicando os próprios destinatários dos inventos: os consumidores.

Essa prejudicialidade pode decorrer da própria estagnação do desenvolvimento de um produto ou serviço ou mesmo pelo controle absoluto dos preços, pois quando se é o único produtor e fornecedor, torna-se factível estabelecer o preço que permita a maior lucratividade possível, em detrimento do poder de compra das pessoas.

Surge daí a importância do Direito da Concorrência e dos órgãos antitruste, sobretudo como meio para atender aos anseios de todos os atores do mercado: agentes econômicos (produtores e fornecedores de bens e serviços, bem como os consumidores), obtendo por fim o bem comum.

A eficiência econômica decorrente da articulação das variáveis como qualidade, preço, inovação, completude, como também a própria interface entre a defesa da concorrência e políticas públicas de propulsão da economia emergem como componentes no âmbito desse debate sobre monopólios, *market share* (fatia do mercado ou participação no mercado),

concorrência, acordos e contratos associativos.

Para além de proteger o direito dos agentes econômicos de livremente competir no mercado, o cerne do Direito da Concorrência no Brasil tem como ideia central o consumidor.

Há inegável sinergia entre a busca de eficiência econômica, a majoração do bem-estar dos consumidores e a correção de falhas do mercado. A concorrência entre as empresas gera uma pressão competitiva por menor preço, melhor qualidade e maior variedade de serviços e produtos, tudo no sentido de alcançar de maneira direta os destinatários finais da produção capitalista, que são os consumidores.

A instituição de órgãos que cuidam da proteção da concorrência é ato de especial relevo tanto para os agentes econômicos como para os consumidores. É dever do Estado então criar e proporcionar meios e modos de atuação desses órgãos no escopo de organizar e regular a ordem econômica, como previsto na Constituição Federal brasileira.

No Brasil foi instituído o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, regulamentado atualmente pela Lei n. 12.529/2011 e suas alterações, composto por alguns órgãos públicos, dentre os quais, o órgão central antitruste: Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a quem incumbe apreciar e julgar os atos de concentração, bem como os ilícitos concorrenciais, exercendo uma verdadeira função judicante administrativa.

As decisões do CADE, como previsto na legislação correlata, devem ser acatadas e cumpridas por aqueles agentes econômicos que foram submetidos ao escrutínio do órgão central antitruste brasileiro. O que nem sempre ocorre de modo espontâneo.

A Constituição Federal confere a todas as pessoas (aqui inclusas as pessoas jurídicas) o direito de se socorrer do Judiciário sempre que considerarem ter seu direito lesionado ou ameaçado de lesão. É o princípio da inafastabilidade da jurisdição, insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da CF, do qual decorrem os direitos de ação, da ampla defesa e do contraditório, previstos no mesmo art. 5º, inciso LV, da CF.

Muitas empresas que tiveram seus atos penalizados pelo CADE buscam socorrer-se do Judiciário para anular ou reformar as decisões do Conselho, sob o argumento de discordar da solução dada para seus atos de concentração ou das condutas praticadas no mercado.

Por vezes, o Judiciário reforma ou anula as decisões do CADE/MJ. Isso acontecia com maior frequência antes de 2011, quando houve a atualização da legislação que regula o

Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Tais reformas ou anulações das decisões do CADE podem conduzir a uma sensação de instabilidade e de insegurança jurídica no cenário econômico, impactando o *mercado relevante*, como será estudado no presente trabalho.

O que se busca, enfim, é a redução da instabilidade e a majoração da segurança para que os agentes econômicos possam atuar no mercado sob regras e soluções jurídicas mais previsíveis.

O estudo da atuação judicial nos casos de maior relevância para o mercado e para a economia nacional no que tange à interpretação e aplicação das normas antitruste nos casos que passaram pelo prévio escrutínio do CADE/MJ, é de elevada importância para se compreender em que pontos há divergências ou convergências das decisões do CADE e do Poder Judiciário.

Objetiva-se com este singelo trabalho de pesquisa acadêmica, sob o método da revisão bibliográfica e da dedução, pavimentar mais um caminho em direção à segurança jurídica na atuação dos agentes econômicos no cenário competitivo do mercado, alcançando, ao final, o melhor benefício para os consumidores no que se refere à qualidade, inovação dos produtos e serviços e seus preços finais.

Com base nessas premissas, o Capítulo 1 trará informações sobre as teorias e os pensamentos sobre a concorrência, o nascedouro do Direito da Concorrência, da disciplina antitruste e seus fundamentos, bem como de seu desenvolvimento ao longo dos anos. A compreensão do atual estágio antitruste no Brasil e a atuação do CADE e do Judiciário na seara concorrencial requerem esse conhecimento evolutivo.

No Capítulo 2, será analisado o Sistema Brasileiro de Concorrência, os órgãos que o compõem, especialmente o CADE e a evolução de sua atuação na defesa da economia pela aplicação das normas antitruste.

A análise e revisão da atuação do CADE pelo Judiciário será feita no Capítulo 3. Tratar-se-á de maneira específica dos fundamentos e motivos de decidir quando houve convergência ou divergência na decisão judicial em relação aos anteriores julgamentos realizados pelo órgão central antitruste, bem como em casos atuais ainda em trâmite.

Os resultados obtidos na pesquisa e os direcionamentos que se pretende apresentar

para o aprimoramento do Direito da Concorrência e da segurança jurídica para atuação dos agentes econômicos no mercado (que é cada vez mais dinâmico) serão expostos nas conclusões do resultado dos estudos.

Segurança pressupõe uma certa estabilidade, enquanto ação e inovação (características do mercado moderno) traduzem um sentido de movimento rápido, mudança veloz, evolução vertiginosa.

Apesar da aparente contraposição de ideias e características (quicá até paradoxal), os anseios de segurança jurídica no mercado econômico cada vez mais inovador beneficiam toda a sociedade brasileira. Esse benefício pleno há que ser um propósito de Estado, aqui incluídos órgãos de todos os Poderes, especialmente do CADE/MJ e do Judiciário, na apreciação das normas regulamentares e dos casos em particular.

1 CONTEXTO HISTÓRICO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA E DOS ÓRGÃOS ANTITRUSTE

Os fundamentos do Direito da Concorrência são debatidos de maneira muito frequente pela doutrina, especialmente por conta da origem desse ramo do direito e sua evolução ao longo dos anos em países e continentes distintos no mundo.

Nos EUA a disciplina, os estudos e medidas antitruste surgiram em 1890 como forma de a proibir os *trusts*. Outro alvo direto da primeira lei antitruste foi o monopólio do transporte ferroviário e de petróleo, bem como a atividade sindical. Enquanto que na Europa o antitruste decorreu de uma integração regional e da necessidade de criação de um mercado único, sob a ideia e o fundamento da pacificação do velho continente (SILVEIRA, 2021).¹

A proteção da concorrência entre os agentes econômicos, embora incipiente, sem o caráter da tecnicidade que apresenta na atualidade, é preocupação de tempos remotos e tem como fundamento o próprio sistema capitalista de produção. E as teorias econômicas, surgidas muitas delas por conta dos conflitos havidos entre os próprios atores da economia, especialmente após a 1ª Revolução Industrial, forneceram a roupagem para o presente estágio do estudo do antitruste e a importância do Direito da Concorrência na sociedade contemporânea.

1.1 A MODERNIDADE EUROPEIA, CONCORRÊNCIA E LIVRE MERCADO

O sistema de produção pós Idade Média, com a extinção das corporações de ofício, que se caracterizavam como verdadeiros cartéis (FRANCESCHELLI, 1960, p. 92), e o advento da industrialização e da especialização da divisão do trabalho (especialmente de algodão e da atividade têxtil em geral) impulsionaram a busca por novos mercados, o que estimulou a concorrência entre os comerciantes e produtores.

¹ Paulo Burnier da Silveira esclarece que *trust* é uma acordos entre grandes empresas para a divisão de mercado, limitação e controle de produção e arranjos sobre preços. Esses tipos de acordos eram bastante comuns em certas indústrias dos EUA, como a de aço. O autor também expõe a distinção do caráter e do escopo da disciplina antitruste nos Estados Unidos da América e na Europa, evidenciando os objetivos de cada uma deles, as causas que influenciaram seu estabelecimento e os efeitos que buscavam produzir no seio empresarial e social. (SILVEIRA, 2021, p. 1- 2.)

Os agentes econômicos (indústrias) passaram a praticar os preços que entendessem mais convenientes para conquistar consumidores, emergindo daí a publicidade: propaganda sobre os produtos com destaque para qualidade e preço. As ideias de Adam Smith que fundamentaram sua teoria sobre o liberalismo econômico representaram mais uma sedimentação da ideia de liberdade necessária para os agentes econômicos do que inauguraram um novo ideal de organização do sistema econômico.

A libertação do agente econômico em face da intervenção do Estado no “funcionamento normal do mercado” significou antes de tudo uma condição essencial para o desenvolvimento do próprio mercado, como afirma Denni (1975, p. 108).

O mercado passou a ser a nova arena. O local no qual os agentes não apenas trocam, mas livremente competem por oportunidades de troca. A força concorrencial é quem organiza o modelo de alocação de recursos em sociedade, e não o Estado.

“A mão invisível do mercado” é a expressão que imprimiu popularidade à teoria de Adam Smith sobre a livre atuação dos agentes econômicos, operada pelo equilíbrio entre a oferta e a procura de bens e serviços: o liberalismo econômico.

“A Riqueza das Nações” foi a obra que detalhou com maior profundidade o pensamento do filósofo escocês, publicada em março de 1776 em Londres, Reino Unido. Adam Smith consagrou sua teoria do liberalismo econômico valendo-se da expressão “mão invisível” a fim de de ilustrar a não interferência do governo na economia, esclarecendo que a interação dos indivíduos resultaria numa harmonia do mercado obtida pela somatória dessas inúmeras interações. Em casos de discrepâncias, ou desarranjos, a “mão invisível” do próprio mercado se encarregaria de operar as correções.

Para ele, a economia equilibra-se num jogo entre oferta e procura, direcionado pela “mão invisível”.

Contudo, esse conceito não é singular, pois foi também embasado no *slogan* liberalista *laissez faire*,² do francês Du Pont de Nemours (*laissez faire, laissez passer*), que também pregava a não intervenção do Estado na economia, uma vez que ela se regularia segundo suas próprias leis, conforme aponta Fiorillo (2018, p. 80).

² *Laissez Faire*: deixe acontecer, deixar que aconteça. Tradução *on-line* – Dicionário Linguee DeepL. Disponível em: <https://www.deepl.com/translator>. Acesso em: 30 maio 2021.

Verifica-se que Adam Smith, em sua obra, tratou de certos elementos da concorrência e da regulação, seja entre nações, seja pelo incentivo que o Estado poderia proporcionar às empresas, ou mesmo pela maior ou menor incidência de tributos:

(...) Na agricultura, o trabalho das nações ricas nem sempre é mais produtivo que o das nações pobres; ou, pelo menos, nunca é muito mais produtivo, como o é na indústria. O cereal dos países ricos, portanto, nem sempre chegará ao mercado, tendo uma igual qualidade, mais barato do que o dos países pobres. O cereal da Polônia é tão barato como o da França, sendo igual em qualidade; e isto apesar da maior riqueza e desenvolvimento desta última nação. (...) Porém, se é verdade que o país pobre pode em certa medida, apesar da inferioridade do seu cultivo, rivalizar com o rico no preço e na qualidade dos seus cereais, já não o pode fazer no campo industrial; e principalmente se essas indústrias dependem do tipo de solo, clima e situação geográfica das nações ricas. As sedas francesas são melhores e mais baratas do que as inglesas porque a fabricação de seda, além de suportar os pesados encargos da sua importação em bruto, não se adapta tão facilmente ao clima da Inglaterra como ao da França. Mas as ferragens e as lãs grossas produzidas na Inglaterra são, sem qualquer dúvida, superiores às francesas, e muito mais baratas em relação à qualidade. Supõe-se que, na Polônia, a indústria está pouco desenvolvida, tendo no entanto que existir uma indústria artesanal, sem a qual nenhuma nação pode subsistir convenientemente.³ (SMITH, 1979, p. 9-10)

Componentes importantes sobre economia e regulação – como preço, qualidade dos produtos e serviços, bem como a competição entre empresas nacionais e transnacionais – são bem delineadas na teoria liberal de Smith.

A esse respeito, Forgioni (2020, p. 16), analisando a obra de Smith, relembra que muitos presumem que o bem comum deriva da atuação egoísta de cada indivíduo: “Com efeito, o que o indivíduo tem em vista é sua própria vantagem, e não a da sociedade. Todavia, a procura de sua própria vantagem (...) leva-o a preferir aquela aplicação que acarreta maiores vantagens para a sociedade”.

³ Esse trecho foi extraído da obra traduzida, publicada na coleção “Os Pensadores”, da Abril Cultural, em 1979. A redação original extraída da obra de Adam Smith: “In agriculture, the labour of the rich country is not always much more productive than that of the poor; or, at least, it is never so much more productive, as it commonly is in manufactures. The corn of the rich country, therefore, will not always, in the same degree of goodness, come cheaper to market than that of the poor. The corn of Poland, in the same degree of goodness, is as cheap as that of France, notwithstanding the superior opulence and improvement of the latter country. (...) But though the poor country, notwithstanding the inferiority of its cultivation, can, in some measure, rival the rich in the cheapness and goodness of its corn, it can pretend to no such competition in its manufactures; at least if those manufactures suit the soil, climate, and situation of the rich country. The silks of France are better and cheaper than those of England, because the silk manufacture, at least under the present high duties upon the importation of raw silk, does not so well suit the climate of England as that of France. But the hard-ware and the coarse woollens of England are beyond all comparison superior to those of France, and much cheaper too in the same degree of goodness. In Poland there are said to be scarce any manufactures of any kind, a few of those coarser household manufactures excepted, without which no country can well subsist”.

Forgioni chama a atenção para a advertência feita por Jhering no sentido de que a concorrência é o regulador natural do egoísmo. Contudo, enfatiza que as forças do mercado não são capazes de operar “milagres”, opinião que merece acolhida.

O liberalismo econômico pode ser visto também como uma manifestação que se opunha às premissas em que se baseava o sistema mercantilista de economia. Por ele, a riqueza de uma nação poderia ser medida pelas suas reservas em ouro, que derivava de uma balança comercial favorável (mais exportações do que importações), conforme afirmou Smith (1979, p. VII).

A livre iniciativa e a livre concorrência são os princípios base desse sistema.

Entretanto, a liberdade econômica não é um direito ilimitado dos comerciantes, pois como afirma Corrêa (1994, p. 169), a atuação livre dos agentes econômicos terminou por ocasionar elevada concentração de capitais e poder em mãos de alguns, trazendo fatores de instabilidade que comprometiam a preservação do próprio mercado. A competição selvagem entre os agentes econômicos se tornou potencialmente prejudicial – com risco de destruição do próprio mercado – e, portanto, deveria ser regulamentada, apenas para evitar as pequenas distorções, propiciando a manutenção do que é essencial, conforme sustenta Carvalhosa (1971, p. 81).

A respeito da concentração do poder econômico e da imprescindibilidade da regulação do mercado, Eros Grau assim coloca:

O modelo clássico de mercado ignorava e recusava a ideia de poder econômico. Na práxis, todavia, os defensores do poder econômico, porque plenamente conscientes de sua capacidade de dominação, atuando a largas braçadas sob a égide de um princípio sem princípios — o princípio do livre mercado —, passaram e desde então permanecem a controlar os mercados. Daí o arranjo inteligente das leis antitruste, que preservam as estruturas dos mercados, sem, contudo, extirpar a hegemonia dos monopólios e oligopólios. (GRAU, 2018, p. 20)

O escopo principal da regulação é atenuar, quiçá eliminar os problemas conjunturais do mercado liberal no sistema capitalista, com vistas à preservação do próprio mercado a fim de possibilitar aos agentes econômicos atuarem, buscando alcançar os consumidores, portanto competindo livremente.

Silveira (2021, p. 1) anota que o Direito da Concorrência e a disciplina antitruste se originaram e evoluíram em concomitância com a própria formação da União Europeia

moderna, cuja ideia primeira era a consolidação de um mercado único e um projeto de paz para o velho continente após o final da 2ª Guerra Mundial.

O autor acrescenta que um fator importante para a reconstrução da economia do continente europeu se deu por meio de um mercado comum que garantisse a estabilidade econômica e política no pós-guerra. Imprescindível, portanto, a fixação de regras comerciais justas, transparentes e estáveis.

A necessidade dessa reconstrução de mercados dos países europeus afetados pelas consequências da guerra requereu atitudes, recursos e subsídios estatais para alavancar o progresso econômico e o fortalecimento do mercado. Por isso mesmo, o Direito da Concorrência na Europa traz em si regras por meio das quais os subsídios estatais são disciplinados, de modo a impedir que os governos nacionais confirmem benefícios fiscais e financeiros injustificados a empresas domésticas em detrimento de uma integração econômica regional marcada pela livre concorrência.

A partir da Constituição da União Europeia, passou a vigorar o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUEVC), do qual merecem destaque as regras de livre comércio, livre circulação de pessoas, bens e capitais, como prevê o Artigo 26, itens 2 e 3:

Artigo 26.

(...)

2. O mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições dos Tratados.

3. O Conselho, sob proposta da Comissão, definirá as orientações e condições necessárias para assegurar um progresso equilibrado no conjunto dos setores abrangidos.

O detalhamento da regulação legislativa está contemplado no Capítulo 1 - Regra de Concorrência - do Título VII - AS REGRAS COMUNS RELATIVAS À CONCORRÊNCIA, À FISCALIDADE E À APROXIMAÇÃO DAS LEGISLAÇÕES. Tais regras serão estudadas de modo comparativo ao longo do presente trabalho, mais especificamente no Capítulo 3.

Entretanto, por hora, cumpre destacar as disposições do Artigo 101 do TFUE:⁴

Artigo 101.

⁴ COMISSÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o funcionamento da União Europeia**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=SV/>. Acesso em: 01 jun. 2021.

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

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

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

3. As disposições no n. 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:

- a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas,
- a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e
- a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas,

que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

- a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos;
- b) Nem deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

A União Europeia não teria subsistido caso as condutas anticompetitivas não tivessem sido claramente delineadas e vedadas no âmbito do Tratado que estrutura e regula o funcionamento desse importantíssimo bloco econômico mundial.

1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA ANTITRUSTE AMERICANA

Na linha da evolução da regulação da concorrência, no ano de 1890, nos Estados Unidos da América, foi promulgada a *Sherman Act*, que tornou ilegal qualquer forma de

contrato ou combinação entre empresas relativa a negócios que pudessem restringir o mercado, e submeteu à responsabilidade do *Attorney General* (equivalente no Brasil ao Procurador da República) e das Côrtes distritais o acompanhamento e a investigação dos trustes.⁵

A Seção I da *Sherman Act* assim estabelecia: “every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce (...) is declared illegal”.⁶ Os primeiros casos em que foi aplicado se deram em face das uniões de trabalhadores (sindicatos) e dos cartéis formados pelas estradas de ferro a partir de 1866, e também de petróleo, conforme observa Fox (1981, p. 1147), que afirma ter sido aplicado inicialmente em casos de acordos soltos (*loose combinations*) e para proteção do bem comum (*the public good*).⁷ Mas ignorava o potencial danoso das fusões e aquisições.

Tendo em vista a pressão social, especialmente contra a aplicação da *Sherman Act* em face dos sindicatos dos trabalhadores (*union labor*), em 1914 foi editado a *Clayton Act*, que autorizava a união de trabalhadores, sob o fundamento de que o trabalho do ser humano não é uma mercadoria à venda no comércio.

Uma diferença importante entre a *Clayton Act* e sua antecessora, a *Sherman Act*, é que a primeira continha portos seguros para atividades sindicais. A Seção 6 da lei (codificada em 15 USC § 17) isenta sindicatos trabalhistas e organizações agrícolas, estabelecendo que:

Nada contido nas leis antitruste deve ser interpretado de forma a proibir a existência e operação de organizações trabalhistas, agrícolas ou horticolas, instituídas para fins de ajuda mútua, e não tendo capital social ou conduzido com fins lucrativos, ou para proibir ou restringir membros individuais de tais

⁵ Resumo histórico dos diplomas legais americanos em que se baseia o sistema normativo sobre a concorrência e o combate aos trustes e cartões no Estados Unidos da América. UNITED STATES. Federal Trade Commission. **The Antitrust Laws**. Disponível em: <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws>. Acesso em: 20 maio 2021.

⁶ Em tradução livre: “todo contrato, combinação sob a forma de truste ou não, em restrição do comércio ou da comercialização (...) é declarado ilegal”.

⁷ Eleanor Fox (1981, p. 1148) anota: “In the early years, the Supreme Court applied the Sherman Act to loose combinations (understandings among independent competitors) and abusive acts by single firms with market power in a manner that reflected the multivalued legislative history and the desire to protect competition for the benefit of all consumers, entrepreneurs, and ‘the public good’. However, the Court ignored the anticompetitive effects of tight combinations effected by mergers and acquisitions”. Em tradução livre: “Nos primeiros anos, a Suprema Corte aplicou a Lei Sherman para combinações soltas (entendimentos entre concorrentes independentes) e atos abusivos de empresas individuais com poder de mercado, de uma maneira que refletia a história legislativa polivalente e o desejo de proteger a concorrência em benefício de todos os consumidores, empresários e ‘do bem público’. Entretanto, o Tribunal ignorou os efeitos anticoncorrenciais de combinações rígidas efetuadas por fusões e aquisições”.

organizações de realizar legalmente seus objetivos legítimos. (15 de outubro de 1914, cap. 323, § 6, 38 Estat. 731.)⁸

Todavia, a inserção das disposições da *Clayton Act* no US Code 15 (Código 15 dos Estados Unidos) não regulamentava práticas de atos realizados pelos sindicatos, tais como boicotes, greves pacíficas, piquetes pacíficos e negociações coletivas, isto é, essas condutas não eram regulamentadas pelo estatuto, cujas regras somente eram usadas para resolver disputas trabalhistas quando havia ameaça de dano à propriedade.

Ainda em 1914, ao lado da *Clayton Act*, foi também editada a *Federal Trade Commission Act*, cujo escopo foi criar um órgão regulador das condutas e estruturas de mercado, sanando assim o vácuo existente quanto à apreciação e sanção dos acordos, fusões e aquisições que não eram alcançadas pelas disposições da histórica lei de autoria do Senador Sherman:

A Lei Clayton aborda práticas específicas que a Lei Sherman não proíbe claramente, tais como fusões e diretorias interligadas (ou seja, a mesma pessoa que toma decisões comerciais para empresas concorrentes). A seção 7 da Lei Clayton proíbe fusões e aquisições onde o efeito "pode ser substancialmente capaz de diminuir a concorrência, ou para tender a criar um monopólio". Emendada pela Lei Robinson-Patman de 1936, a Lei Clayton também proíbe certos preços discriminatórios, serviços e concessões nas negociações entre os comerciantes. A Lei da Comissão Federal de Comércio proíbe "métodos desleais de concorrência" e "atos ou práticas desleais ou enganosas". A Suprema Corte disse que todas as violações da Lei Sherman também violam a Lei FTC. Assim, embora a FTC não aplique tecnicamente a Lei Sherman, ela pode trazer casos sob a Lei FTC contra os mesmos tipos de atividades que violam a Lei Sherman. A FTC Act também atinge outras práticas que prejudicam a concorrência, mas que podem não se encaixar perfeitamente em categorias de conduta formalmente proibidas pela Lei Sherman. Somente a FTC traz casos sob a Lei FTC. (Tradução livre. Texto original disponível no *site* do FTC-USA)⁹

⁸ Texto Original: "Nothing contained in the antitrust laws shall be construed to forbid the existence and operation of labor, agricultural, or horticultural organizations, instituted for the purposes of mutual help, and not having capital stock or conducted for profit, or to forbid or restrain individual members of such organizations from lawfully carrying out the legitimate objects thereof;". (Legal Information Institute – LII)

⁹ Texto original: "The Clayton Act addresses specific practices that the Sherman Act does not clearly prohibit, such as mergers and interlocking directorates (that is, the same person making business decisions for competing companies). Section 7 of the Clayton Act prohibits mergers and acquisitions where the effect 'may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly'. As amended by the Robinson-Patman Act of 1936, the Clayton Act also bans certain discriminatory prices, services, and allowances in dealings between merchants. The Federal Trade Commission Act bans 'unfair methods of competition' and 'unfair or deceptive acts or practices'. The Supreme Court has said that all violations of the Sherman Act also violate the FTC Act. Thus, although the FTC does not technically enforce the Sherman Act, it can bring cases under the FTC Act against the same kinds of activities that violate the Sherman Act. The FTC Act also reaches other practices that harm competition, but that may not fit neatly into categories of conduct formally prohibited by the Sherman Act. Only the FTC brings cases under the FTC Act". UNITED STATES. Federal Trade Commission. The Antitrust Laws. Disponível em: <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws>. Acesso em: 20 jun. 2021.

Os dois dispositivos legais foram emendados por outro diploma legal denominado Lei de Melhorias Antitruste Hart-Scott-Rodino, de 1976, constantes do 15 USC § 18a , título II da lei original.¹⁰ A Lei HSR leva o nome dos senadores Philip A. Hart e Hugh D. Scott Jr. e do Congressista Peter W. Rodino. Esta lei prevê que as partes não devem concluir certas fusões, aquisições ou transferências de valores mobiliários ou ativos, até que tenham feito análise do FTC e aguardado que essas agências determinem que a transação não afetará adversamente o comércio dos EUA de acordo com as leis antitruste. Assim, foi criado, no âmbito do FTC, o Programa de Notificação Pré-fusão (Premerger Notification Program).¹¹

1.3 CONTEXTO HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE NO BRASIL

Antes de se falar sobre livre mercado, concorrência e antitruste é preciso rever o período em que sequer podia se cogitar em mercado brasileiro.

Em que pese não se poder falar de concorrência durante a época do Brasil colonial por não haver mercado nacional, Forgioni (2020, p. 91) relata que havia diversos monopólios estabelecidos por concessão da monarquia portuguesa, os quais tinham o objetivo de gerar arrecadação fiscal para a Coroa, cujo período ficou conhecido como fase fiscalista.

O país somente viu eclodir os brotos do desenvolvimento econômico com a vinda da Corte Real de Portugal para o Brasil, o que marcou o fim da fase fiscalista e o início de um “liberalismo econômico” (que não passava de um neomercantilismo ibérico), mas que experimentava uma regulação pela Inglaterra, com a imposição de restrição para implementação de uma política protecionista para resguardar a capacidade de exportação do país, como esclarece Hélio Jaguaribe (1969, p. 148).

Lima (1976, p. 187) enfatiza que uma das causas que fez aumentar o clamor pela independência do Brasil, embora não tenha sido a única, foi a pressão pelo comércio “livre e pela produção agrícola com aproveitamento das fontes de riquezas da nação, sob o funcionamento de um regime liberal”.

¹⁰ O teor da lei pode ser conhecido, já traduzido, no *site* da Legal Information Institute. https://www-law-cornell-edu.translate.goog/uscode/text/15/18a?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=ajax,sc,elem.

¹¹ FTC – Premerger Notification Program. Disponível em: <https://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program>. Acesso em: 20 jun. 2021.

Nesse período da história do Brasil, há que se destacar a atuação do Visconde de Mauá (Irineu Evangelista de Souza), que requeria maior liberdade de atuação do mercado e menos intervenção do Estado. Contudo, a intervenção que ele criticava em nada se relacionava com a disciplina antitruste, mas sim com a instituição de monopólios pelo próprio governo brasileiro e com a proteção ao abastecimento do país por produtores estrangeiros.

Bercovici (2004) ressalta que o Código Comercial de 1850 visava sobretudo à proteção dos investimentos estrangeiros, especialmente os ingleses.

Destaca-se nesse período anterior à proclamação da República, o Esboço do Código Civil de 1865 realizado por Augusto Teixeira de Freitas,¹² que no art. 3.046 previa a proibição de sociedades e associações “destinadas a embaraçar a liberdade do comércio, ou da indústria” e incluía nesses arranjos proibidos as “sociedades ou convênios entre comerciantes para venderem suas mercadorias ou entre fabricantes para distribuição de seus produtos por um “preço taxado” e também “sociedades ou conluios para impedir a concorrência de compradores nas vendas públicas”.

Importante ressaltar a anterioridade desse dispositivo em relação à *Sherman Act*. Contudo, o esboço do Código de Teixeira de Freitas foi rejeitado, afinal se afigurava uma legislação muito avançada para os costumes da época, como narra Eduardo Junqueira.¹³

Calixto Salomão Filho (2003, p. 107) afirma que o primeiro dispositivo constitucional a tratar sobre antitruste tinha enfoque na defesa da economia popular. Assim, o artigo 117 da Constituição de 1934 previa: “A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização das empresas de seguro, em todas as modalidades (...)”.

A economia popular tem especial relevo para a disciplina antitruste no Brasil. Na verdade, ela é a coluna mestra do antitruste brasileiro, inaugurado como política de estado adotado pelo governo de Getúlio Vargas. Cabral (2020, p. 78) anota que “... guardados detalhes terminológicos e necessárias ponderações históricas, falar em fomento da economia popular é o mesmo que se referir à repressão do abuso do poder econômico, expressão presente nas Constituições que se seguiram às da década de 1930”.

12 FREITAS, Augusto Teixeira. Consolidação das leis civis. BDJur, Brasília: maio de 2003. (Coleção História do Direito brasileiro) Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/colecao/article/view/85/63>. Acesso em: 21 maio 2021.

13 JUNQUEIRA, Eduardo. **O Código Civil de 1916**. FGV-CPDOC. Disponível em: <https://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeira-republica/CODIGO%20CIVIL%20DE%201916.pdf>. Acesso em: 7 out. 2021.

Na Constituição de 1937, uma leve mudança no texto revelava uma postura mais liberal, todavia sem perder o foco humanista do emprego do capital – o artigo 135 dispunha que “a riqueza e a prosperidade nacional funda-se na: iniciativa individual, no poder de criação, de organização e invenção do indivíduo”.

A intervenção do Estado no domínio econômico seria legítima para “suprir deficiências da iniciativa individual, coordenar os fatores de produção, evitar e resolver conflitos, objetivando introduzir na competição individual o pensamento dos interesse da nação”.

Sob a égide da Carta Política de 1937, emergiu o primeiro diploma antitruste brasileiro: o Decreto-Lei n. 869, de 1938, cujo escopo era tutelar a economia popular e proteger precipuamente o consumidor (art. 141 da Constituição de 1937).¹⁴

Comparando-se a evolução da legislação americana antitruste (que nessa época já estava sob a vigência da *Sherman* e da *Clayton Act*) com a legislação brasileira, é de se constatar que o foco norte-americano era a concorrência, a interação entre as empresas. Já a atenção das leis brasileiras era voltada ao consumidor, à proteção da economia popular.

Sobre os objetivos e efeitos do Decreto- Lei 869/1937, Cabral (2020, p. 79 - 80) afirma, com propriedade diante da pesquisa que realizou, que:

Diante de grandes grupos econômicos que atuavam no Brasil, notadamente algum tipo de ameaça ao País, com eventuais consequências negativas em termos de preço e abastecimento, isto é, de carestia de vida e acesso a bens de subsistência. O direito precisava dar uma resposta aos riscos causados pelos trustes e por comportamentos considerados nocivos à economia popular. O Decreto-Lei n. 869/1938 foi essa resposta.

(...)

Quanto ao texto do decreto, não havia previsão apenas de ilícitos de natureza antitruste. Gestão fraudulenta, especulação, fraude a contratos de venda a prestação, fraude de pesos e medidas e usura, por exemplo, eram também previstos como crimes contra a economia popular. Entretanto, o núcleo de preocupação do Decreto-Lei n. 869/1938 era o abuso praticado por agentes participantes de trustes, cartéis e detentores de poder monopolístico ou oligopolístico, conforme indicam Francisco Campos – ministro da Justiça e Negócios Interiores que, junto com o Presidente da República, Getúlio Vargas (1882-1954), assinou o decreto – e Nelson Hungria – jurista que assessorou Campos e redigiu o diploma . Por isso, é errôneo negar que o

¹⁴ Constituição de 1937. Art. 141. A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição.

Decreto-Lei n. 869/1938 foi a primeira lei com dispositivos antitruste no Brasil

O supra citado diploma legal veiculava ideias que passaram a informar o Estado a partir de então, tais como o primado do interesse coletivo sobre o individual, a busca da justiça social e a intervenção estatal na ordem econômica, conforme Cabral (2016, p. 54).

O bem jurídico protegido pela lei seria a “economia pública ou, mais propriamente, a economia popular”. Esta economia popular se distinguiria da “economia privada”, referente ao patrimônio dos particulares, e se confundiria com o que o autor chama de “economia pública” ou “economia social” (Lyra, 1940)¹⁵.

É de fato inegável a importância do Decreto-Lei n. 869/1938 para coibição das práticas antitruste, tanto que algumas de suas disposições perduram até os tempos atuais, como, por exemplo: proibição de promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio (art. 2º, III); proibição de açambarcamento de mercadorias (art. 2º, IV), manipulação da oferta e da procura, fixação de preços mediante acordo entre empresas; (art. 3º, I), venda abaixo do preço de custo (art. 2º, V); exclusividade (art. 3º, I).

1.4 CRIAÇÃO DO CADE – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

A criação de um órgão incumbido de regular, prevenir e reprimir condutas e atos de concentração com potencial de prejudicar a concorrência somente se deu em 22 de junho 1945, pelo Decreto-Lei n. 7.666, quando foi criada a CADE –, Comissão Administrativa de Defesa Econômica –, influenciada pela postura combativa do Ministro da Justiça Agamemnon Magalhães (no Governo de Getúlio Vargas) em face da concentração do poder econômico das

¹⁵ “Não é o patrimônio particular que se protege, não é o economia privada que se defende, mas a economia pública, como se diz na Itália, a economia social, como se prefere intitular o bem jurídico em apreço na França e na Bélgica, enfim, a economia popular – expressão mais democrática, mais frisante e mais direta da lei brasileira”. LYRA, Roberto. **Crimes contra a Economia Popular: doutrina, legislação e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Jacinto, 1940, p. 91-96.

empresas de capital estrangeiro, como destaca Guerreiro (1987, p. 41). É conhecida como “Lei Malaia”.¹⁶

Um dos casos que motivaram a postura firme e decidida de Agamemnom Magalhães e que impulsionaram a promulgação do Decreto-Lei n. 7.666/1945 foi o de Delmiro Gouveia. Ele era um industrial da localidade de Pedra, região do Rio São Francisco, que captando um fio d’água da Cachoeira de Paulo Afonso criou uma civilização. Construiu uma fábrica de fios de algodão, passando a atuar em setor dominado pela empresa inglesa *Machine Cotton* e suas controladas, conforme menciona Bandeira (1975, p. 05).¹⁷ Ele resistiu a todas as pressões da competidora para que vendesse sua propriedade. Terminou morto e seu corpo jogado nas águas do Rio São Francisco. Os filhos dele continuaram a luta, obtiveram do Presidente Artur Bernardes assinatura, em 19/06/1926, de decreto-lei elevando as taxas de importação das linhas de coser de 2000 para 10000 réis o quilo. Mais à frente, no governo de Washington Luís, esse decreto foi revogado, a fábrica desativada e os equipamentos atirados no Rio São Francisco.

Uma característica importante da Lei Malaia e que a distingue do sistema normativo americano é que era contrária à tradição “judicialista”¹⁸ americana, que criminaliza condutas e as sujeita a reparações cíveis indenizatórias.¹⁹ Era dotada de forte espírito nacionalista, visto que, após a 2ª Guerra Mundial, o discurso patriótico impulsionava e inflamava também a discussão antitruste no Brasil.

¹⁶ Forgioni (2020) explica que a lei ficou conhecida popularmente como Lei Malaia.

¹⁷ Moniz Bandeira (1975, p. 5) relembra que a opinião pública da época não tinha qualquer dúvida de que a morte de Delmiro Gouveia tinha sido encomendada pela *Machine Cototn*.

¹⁸ O termo “judicialista” se refere à tradição da legislação norte-americana de levar as infrações a leis antitruste para julgamento perante o Poder Judiciário, e não perante um órgão ou tribunal administrativo.

¹⁹ “As penalidades por violação da Lei Sherman podem ser severas. Embora a maioria das ações de execução sejam civis, a Lei Sherman é também uma lei criminal, e indivíduos e empresas que a violam podem ser processados pelo Departamento de Justiça. Os processos criminais são tipicamente limitados a violações intencionais e claras, tais como quando os concorrentes fixam os preços ou fazem propostas. A Lei Sherman impõe penas criminais de até US\$ 100 milhões para uma corporação e US\$ 1 milhão para um indivíduo, juntamente com até 10 anos de prisão. Segundo a lei federal norte-americana, a multa máxima pode ser aumentada para o dobro da quantia que os conspiradores ganharam com os atos ilegais ou o dobro do dinheiro perdido pelas vítimas do crime, se qualquer um desses valores for superior a 100 milhões de dólares”. Texto traduzido livremente do *site* do FTC – The Antitrust Laws. Disponível em: <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws>. Acesso em: 30 jun. 2021.

O Decreto-Lei n. 7.666/1945 tinha caráter administrativista²⁰ e incumbia à CADE sancionar as condutas desviantes, quais sejam: as que configuravam formação de truste, cartel e todas as combinações tendentes à dominação ilícita do mercado.²¹

As penas pelo descumprimento das determinações da CADE partiam de intervenção na empresa até chegar à sua desapropriação pelo governo, mediante indenização amortizável em quarenta anos (arts. 3º, 4º, 6º, § 1º).

O único tipo penal previsto era inscrito no artigo 17, Parágrafo único – detenção de um a três meses – para empresas que se recusassem a prestar informações à CADE, ou que fornecessem informações inexatas ou falsas, ou embaraçassem de qualquer modo, a ação da CADE, ou de seus funcionários, sem prejuízo das penalidades previstas no regulamento do Imposto de Renda.

Esse diploma legal teve curta duração, pois foi revogado pelo Decreto-Lei n. 8.167, de 9 de novembro de 1945.

Em seguimento ao cuidado com a disciplina da proteção da concorrência, harmonizando-a com os critérios de justiça social e valorização do ser humano (art. 145),²² a Constituição de 1946 trouxe, em seu artigo 148,²³ o mandamento de repressão a toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive uniões e agrupamentos de empresas individuais ou sociais com o fim de dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

Ainda sob a égide da Carta Política de 1946, editou-se a Lei n. 4.137/1962, que além de regular a repressão ao abuso do poder econômico, criou o CADE – Conselho

²⁰ O caráter administrativista se refere ao fato de a apreciação e o julgamento dos fatos regulados pela Lei n. 7.666/1945 ser de competência de órgão vinculado à estrutura do Poder Executivo (CADE/MJ), sem submeter diretamente ao Poder Judiciário o julgamento dos ilícitos, visto se tratar de infrações punidas, precipuamente, na esfera administrativa.

²¹ Decreto-Lei n. 7.666/1945. Art. 1º - Consideram-se contrários aos interesses da economia nacional: I – os entendimentos, ajustes ou acordos entre empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios, que tenham por efeito: a) elevar o preço de venda dos respectivos produtos; b) restringir, cercear ou suprimir a liberdade econômica de outras empresas; c) influenciar no mercado de modo favorável ao estabelecimento de um monopólio, ainda que regional;

²² Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Art 145. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.

²³ Decreto-Lei n. 7.666/1945. 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.

Administrativo de Defesa Econômica – e estabeleceu suas atribuições (arts. 1º, 2º, 7º e 17), definiu sua estrutura (arts. 9º e 16) e afixou normas procedimentais (arts. 26-81).

Apesar de bem estruturado o texto, os efeitos da Lei n. 4.137/1962 são bastante criticados pela doutrina. Forgioni (2020, p. 126) ressalta que, “em seu período de vigência, a Lei Antitruste de 1962 não encontrou maior efetividade na realidade brasileira, sendo impossível identificar qualquer atuação linear e constante de diretriz econômica que se tenha corporificado em uma política da concorrência”.

Boa parte da crítica sobre a vigência da referida lei e sobre a atuação do CADE reside no fato de não haver uma definição legal de “abuso do poder econômico”; na taxatividade das práticas previstas no art. 2º (rol poderia ser exemplificativo?); na atuação do CADE, –que sempre absolvía as companhias processadas, sob a alegação de falta de provas, salvo raras exceções.

Um exemplo bastante latente foi o do *Caso da Barilha*.²⁴ Em meados de 1963, o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Produtos Químicos para Fins Industriais de Cabo Frio encaminhou uma representação ao Presidente da República contra as empresas particulares do parque vidreiro sob a alegação de que estavam praticando atos contra os interesses da Companhia Nacional de Álcalis (CNA). O caso foi encaminhado ao CADE pelo gabinete da presidência da República, e lá processado, como será visto no Capítulo 3 deste trabalho acadêmico.

Ressalte-se que a Lei n. 4.137/1962 vigorou sob a égide da Constituição de 1946, passou pela Constituição de 1967 e pela EC n. 1/1969, chegando a vigorar ainda nos seis primeiros anos da Constituição de 1988, tendo sido revogada apenas em 1994, pela Lei n. 8.884 de 1994.

No ano de 1974, dos onze processos submetidos ao julgamento do CADE, apenas um fora julgado procedente, com condenação (caso da empresa refrigerante Sul Rio

²⁴ O Caso da Barrilha será melhor estudado no Capítulo 3 desta pesquisa acadêmica.

Grandense – Pepsi-Cola).²⁵ A opinião pública afirmava que somente houve essa condenação como forma de “melhorar a imagem do CADE”, cuja inoperância era sempre criticada, segundo Forgioni (2020, p. 121-122).

Vinicius M. Carvalho, presidente do CADE de 2012 a 2016, em entrevista concedida em novembro de 2013, explica a baixa eficiência do órgão regulador da concorrência no Brasil, justificando que nos 32 anos em que vigeu a Lei n. 4.137/1962, havia na verdade uma falta de aferição de um elemento fundamental para mensurar os efeitos da concorrência: o preço. Este era muito instável (em razão da inflação), não se podendo definir claramente se o aumento de preço buscava lucro abusivo ou se ocorria por conta da inflação galopante ou da variação constante dos custos dos insumos.²⁶

A promulgação da Constituição Federal de 1988 inaugurou um novo modelo de concepção de ordem econômica, preocupada com o bem-estar social e empregando a ordem econômica como meio para a concretização do bem-estar do ser humano, porque a República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e esta deve ser assegurada pela ordem econômica, cujos pilares são: a livre concorrência e a valorização do trabalho humano, imperando sobretudo os ditames da justiça social (art.170, *caput*).²⁷

Se é verdade que a ordem econômica tem o dever de assegurar a todos a existência digna, então esta “ordem” deve ser protegida dos abusos do poder econômico, pois, se não for

²⁵ Guerra das Garrafas. Muitos dos processos instaurados pelo CADE no período de 1962 até o fim dos anos 1970 eram posteriormente contestados no Judiciário. Assim aconteceu com a condenação da empresa de Refrigerantes Sul-Riograndense S/A Indústria e Comércio, por abuso de poder econômico, no Processo Administrativo 11/74. A empresa gaúcha, que era subsidiária da Pepsi, foi acusada por concorrentes fabricantes da Coca-Cola – Vontobel e Pampa Refrigerantes – de desviar e destruir intencionalmente garrafas de Coca-Cola, Fanta e Minuano, algumas das marcas de bebidas comercializadas pelas competidoras da condenada. Além disso, a subsidiária da Pepsi foi denunciada por manter contratos de exclusividade com pontos de vendas no mercado gaúcho. O caso ficou conhecido como “Guerra das Garrafas”. (BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2013).

²⁶ Entrevista concedida em 22/11/2013 ao telejornal “Agenda Econômica”, do Senado Federal. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=uwo_xlvoQ6g. Acesso em: 21 maio 2021.

²⁷ Constituição Federal de 1988. Art 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

assim, a ordem econômica resta enfraquecida, sem o devido potencial de cumprir o seu mister.

Nesse desiderato, a Constituição de 1988 estabeleceu que a ordem econômica deve ser protegida dos ataques perpetrados tanto pelo capital estrangeiro (art. 172)²⁸ como por aqueles que buscam se locupletar por meio da dominação do mercado, ou mediante o abuso do poder econômico (art. 173, §§ 4º e 5º),²⁹ porquanto o mercado interno compõe o patrimônio nacional e é incentivado pelo Estado a fim de alavancar o desenvolvimento socioeconômico e o bem-estar da população, bem como a autonomia tecnológica do país (art. 219).³⁰

Forte nesse programa político, já em 1991 foi editada a Lei n. 8.158 – originada da Medida Provisória n. 204, de 1990 –, cuja função era corrigir anomalias de comportamento dos setores econômicos, empresas ou estabelecimentos, capazes de perturbar ou afetar os mecanismos de formação de preços, a livre concorrência, a liberdade de iniciativa ou os princípios constitucionais da ordem econômica.³¹

Esse diploma legal também criou a Secretaria Nacional de Desenvolvimento Econômico no âmbito do Ministério da Justiça, onde até então também funcionava a CADE, que era uma comissão e passou ao *status* de Conselho Administrativo de Desenvolvimento Econômico (art. 14).

²⁸ Constituição Federal de 1988. Art. 172. A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros.

²⁹ Constituição Federal 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. § 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

³⁰ Constituição Federal de 1988. Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal. Parágrafo único. O Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia.

³¹ Lei n. 8.158/1991. Art. 1º 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. Parágrafo único. Compete, igualmente, a SNDE adotar as providências necessárias à repressão das infrações previstas na Lei n. 8.002, de 14 de março de 1990.

2 O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

A concorrência não pode ser vista como um fim em si mesmo, nem mesmo como um objetivo da ordem econômica constitucional. Mas sim como um meio, um instrumento de política econômica, uma baliza para o escopo constitucional de se promover o bem comum (Bercovici, 2021).

A livre concorrência é a ponte para se proporcionar aperfeiçoamento da qualidade dos produtos e serviços e promover a adequação dos preços, tornando os bens e serviços mais variados e mais acessíveis às pessoas de diferentes classes sociais (SALOMÃO, 2013).

Esse é o significado da concorrência voltada ao ser humano. Há que ser vista como um à consagração do trabalho do capital em prol da humanidade, ainda que seja necessária a atuação do Estado com vistas à concretização multidimensional dos direitos humanos que a ordem econômica (o mercado) deve promover, como preconizam Balera e Sayeg (2011, p. 181).

Do ponto de vista de justiça e sociedade, a discussão sobre a necessidade de se garantir o livre mercado e, portanto, a livre concorrência, assim como os benefícios que daí decorrem, também ocorre nos Estados Unidos, como bem pondera Sandel (2013, p. 99),³² professor da Harvard Law School:

A questão do livre mercado fundamenta-se basicamente em duas afirmações – uma sobre liberdade e a outra sobre bem-estar social. A primeira refere-se à visão libertária dos mercados. Segundo essa ideologia, ao permitir que as pessoas façam trocas voluntárias, estamos respeitando sua liberdade; as leis que interferem no livre mercado violam a liberdade individual. A segunda é o argumento utilitarista para os mercados. Esse argumento refere-se ao bem-estar geral que os livres mercados promovem, pois, quando duas pessoas fazem livremente um acordo, ambas ganham. Se o acordo as favorece sem que ninguém seja prejudicado, ele aumenta a felicidade geral. Céticos do mercado questionam esses argumentos. Eles afirmam que as escolhas do mercado nem sempre são tão livres quanto parecem. (SANDEL, 2013, p. 99)

Dispositivos e regras normativas que de algum modo se destinam à defesa da concorrência nas relações econômicas estão previstos na legislação brasileira desde a década

³² Michael J. Sandel (2013, p. 99) afirma que muitas das discussões sobre o mercado, a livre concorrência e a atuação dos órgãos fiscalizadores e sancionadores fazem emergir uma questão: “O livre mercado é justo?”.

de 1930.³³ Entretanto, os instrumentos legislativos daquela época traziam em si um enfoque eminentemente de proteção e defesa da economia popular e sua aplicação era relativamente limitada (TODOROV; TORRES, 2017, p. 213).

Essa limitação decorria da forte intervenção do Estado na Economia, como foi observado na Revisão por Pares feita pela OCDE em 2019, nos seguintes termos:³⁴

O Brasil conta com um longo histórico de aplicação da legislação e da política de concorrência, que culminaram nas recentes reformas de 2011. As tentativas de adoção de uma legislação concorrencial no Brasil tiveram início em 1930, durante o processo de industrialização e, subsequentemente, com a promulgação de uma legislação concorrencial em 1962.

O fortalecimento do combate aos atos ilícitos contra a livre concorrência ocorreu pela edição da Lei n. 8.884/1994, por meio da qual se estabeleceu uma forma de sistema de defesa da concorrência, composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) – art. 7º, II, III –, e pela Secretaria de Defesa Econômica (SDE) – art. 7º, VII –, tendo o CADE sido transformado em autarquia federal com destinação orçamentária própria (arts. 3º, 7º, XXI), pois até então dependia de repasse de recursos do Ministério da Justiça.

No início da vigência da Lei n. 8.884/1994, houve aplicação midiática: decretação de prisão preventiva de acionista de importante rede atacadista; de um gerente-geral e de executivos de lojas de departamentos, acusados de aumentos abusivos de preços. Por outro lado, no final dos anos 1990, decisões autorizando acréscimo do nível de concentração de determinados mercados deram azo ao questionamento, pela opinião pública, sobre se o CADE não se transformara tão somente em “Tribunal Político” do governo federal para “ameaçar” alguns setores da economia, como ressalta Forgioni (2020, p. 126).

³³ Análise mais aprofundada sobre a história da normatização da concorrência no Brasil pode ser consultada em: TODOROV, Francisco; TORRES FILHO, Marcelo. History of competition policy in Brazil: 1930-2010. **The Antitrust Bulletin**, v. 57, n. 2, p. 207-257, set. 2012. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2327925> . Acesso em: 20 jan. 2021.

³⁴ A OCDE retrata de maneira sintética a evolução da disciplina da concorrência no Brasil, no Capítulo 2 da Revisão por Pares, realizada em 2019. Para uma melhor análise, vide: OCDE. **Revisão por pares da OCDE sobre legislação e política de concorrência**: Brasil. 2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/revisoes-por-pares-da-ocde-sobre-legislacao-e-politica-de-concorrenca-brasil-2019-web.pdf>. Acesso em: 7 out. 2021.

Na esteira do que preceitua Victor (2013, p. 66),³⁵ um dos aspectos bastante positivos no período foi o maior respeito institucional do Poder Judiciário pelo CADE: reconhecimento do incremento de qualidade nas análises realizadas pelo aumento de capacidade e conhecimento do corpo técnico.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), por exemplo, determinou depósito integral do valor da multa imposta pelo CADE como condição para a suspensão da exigibilidade de uma decisão questionada, como ocorreu no julgamento do REsp n. 590.960-DF:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. LEI 8.884/94. DECISÃO PLENÁRIA DO CADE. IMPOSIÇÃO DE MULTA. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. DESCONSTITUIÇÃO DO JULGADO. NECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE GARANTIA. RECURSO ESPECIAL. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE.1. "A nova lei antitruste, no art. 60, dispõe que a decisão do CADE continua tendo duplo conteúdo: cominação de multa e imposição de obrigação de fazer ou não fazer. A novidade consiste na atribuição de natureza de título executivo extrajudicial à decisão do CADE. (...) **A decisão proferida pelo CADE tem, portanto, no dizer de HELY LOPES MEIRELLES, uma natureza administrativa, mas também jurisdicional**, até porque **a nova lei antitruste, no art. 3º, como já salientado, conceitua o CADE como um 'órgão judicante'**. Não resta dúvida que as decisões do CADE, pela peculiaridade de versarem sobre matéria especificamente complexa, que requer um órgão especializado, apresentam natureza bastante similar a uma decisão judicial. (...) 3. **O Plenário do E. STF indeferiu medida cautelar na ADIn 1094-8/DF, na qual se questiona a constitucionalidade, dentre outros, do art. 65 da Lei 8.884/94, concluindo pela improcedência de alegação de lesão à garantia constitucional de acesso ao Poder Judiciário.** 4. O art. 60 da Lei 8.884/94 dispõe inequivocamente que as decisões plenárias do CADE, quer impondo multas, quer estabelecendo obrigações de fazer ou de não fazer, constituem título executivo extrajudicial. 5. Revelam-se deficientes as razões do recurso especial quando o recorrente não aponta, de forma inequívoca, os motivos pelos quais considera violados os dispositivos de lei federal, o que atrai a incidência da Súmula 284 do STF.

6. É inviável a apreciação, em sede de Recurso Especial, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, porquanto indispensável o requisito do prequestionamento. Aplicação das Súmulas 282 e 356 do STF. Ausência de prequestionamento dos arts. 67 da Lei 8.884/94 e 128 do CPC. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(REsp 590.960/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/10/2004, DJ 21/03/2005, p. 234)

³⁵ Sérgio Antônio Ferreira Victor (2013, p. 66) anota que Marshall "(...) ensaia o início da doutrina das questões políticas e afirma que o Judiciário não deveria envolver-se e, portanto, não deveria controlar os atos praticados em razão da discricionariedade concedida ao Poder Executivo; os atos praticados, ou não, regulamentados por determinação legal que impõe deveres específicos às autoridades, todavia, poderiam ser objeto de controle por parte do Poder Judiciário".

Apesar do fortalecimento do sistema de regulação da concorrência, algumas deficiências ainda impediam melhor controle dos atos de concentração. Uma delas era o controle *a posteriori* (art. 54 da Lei n. 8.884/1994), que tornava praticamente inócua a atuação do CADE, mesmo que se aplicasse multa, pois os efeitos deletérios à concorrência não se desfariam.

A Lei n. 8.884/1994 imprimiu muitos efeitos positivos para o direito concorrencial e para a proteção da livre concorrência: despertou interesse acadêmico; o CADE passou a ter atuação mais linear e constante; houve consolidação do controle das concentrações empresariais; os advogados especializados em fusões e aquisições passaram a se preocupar com as penalidades impostas pelo CADE no caso de submissão do ato ao seu crivo; controle dos cartéis e das condutas no mercado de maneira mais diligente e efetiva.

Antes do ano 2000, a grande maioria dos agentes econômicos não entendia que ajustes com seus concorrentes poderiam ser ilícitos (muitos deles eram incentivados pelo próprio governo, em alguns setores da economia), passou-se a ter também maior presença do Ministério Público na área do antitruste-acompanhando os atos do CADE e demais órgãos responsáveis pela defesa da concorrência.

Contudo, um problema ainda restava insolúvel, o fato de a análise dos atos de concentração se dar *a posteriori*, ou seja, após a fusão ou aquisição já ter ocorrido, e as atividades conjuntas do novo conglomerado estar em plena operação, tendo em vista que as empresas tinham prazo de quinze dias pra submeter o negócio ao escrutínio do CADE.³⁶

2.1 FORMAÇÃO E ÓRGÃOS INTEGRANTES DO SBDC

Em 1994, a Lei de Defesa da Concorrência (Lei n. 8.884)³⁷ foi implementada como parte do pacote de reformas econômicas. Essa lei estabeleceu o controle de atos de concentração *a posteriori* e criou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

A formação do SBDC foi então estruturada pela integração de três órgãos: a Secretaria

³⁶ Lei n. 8.884/1994. 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 Seae.

³⁷ O preâmbulo da Lei n. 8.884/1994, assim dispunha: “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.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18884.htm. Acesso em: 4 jul. 2021.

de Acompanhamento Econômico (SEAE), subordinada ao Ministério da Fazenda, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça e o CADE, que se tornou uma autarquia independente vinculada ao Ministério da Justiça, com competência decisória.³⁸

A SDE era responsável por iniciar as investigações de conduta (acordos anticompetitivos e abuso de posição dominante) e enviar pareceres e recomendações ao CADE, responsável por decidir sobre o caso.

A SEAE também detinha competência investigativa em casos de conduta iniciados pela SDE, e ambas poderiam analisar e enviar pareceres ao CADE sobre atos de concentração, a quem competia julgá-los, bem como complementar as investigações conduzidas pela SDE e pela SEAE, tanto em casos envolvendo condutas quanto em atos de concentração.

Atualmente, as funções de advocacia da concorrência são conduzidas pelo CADE e pelas secretarias do Ministério da Fazenda – Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (SEPRAC) e a Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria (SEFEL), que substituíram a antiga Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE).

2.2 O CADE E SUA FUNÇÃO INSTITUCIONAL

É muito relevante perquirir qual a função institucional do CADE para se definir com precisão as atribuições ordinárias deste órgão julgante, bem como os limites de sua atuação.

Nesse sentido, o disposto no Anexo I do Decreto n. 9.011/2017 é bastante esclarecedor no que tange à função, à competência e às atribuições do CADE:

Art. 1º O Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE, entidade julgante com jurisdição no território nacional, vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, com sede e foro no Distrito Federal, tem como finalidade a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelo disposto na Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011 e pelos parâmetros constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

³⁸ Lei n. 8.884/1984. Art. 3º - O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), órgão julgante com jurisdição em todo o território nacional, criado pela Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962, passa a se constituir em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e atribuições previstas nesta lei.

Em recente manifestação, produto da revisão por pares sobre a política e legislação de concorrência no Brasil, cujo relatório foi publicado em 2019, a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) mais uma vez a importância da função institucional do CADE foi reconhecida:

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é hoje uma instituição integrada e mais enxuta, tendo-se removido as ineficiências do sistema anterior, que contava com três órgãos distintos de aplicação da legislação concorrencial. O CADE é bem-conceituado, tanto nacional quanto internacionalmente, no âmbito da comunidade de profissionais, das agências governamentais e da Administração Pública brasileira. O CADE integra as funções de investigação e de tomada de decisão em um único órgão, mas separa a atribuição destas competências em duas entidades diferentes. A Superintendência-Geral (SG) tem a atribuição de iniciar e conduzir investigações, enquanto o Tribunal Administrativo é responsável por julgar os casos investigados pela SG. (OCDE, 2019, p. 11)

Pode-se afirmar, então, que a função institucional do CADE é promover, em conjunto com os demais órgãos do SBDC, a defesa da concorrência, a prevenção e repressão ao abuso do poder econômico e às infrações contra a ordem econômica, além de exercer a defesa dos consumidores, pautando-se pelos ditames da liberdade de iniciativa, da função social da propriedade e da livre concorrência, previstos na Constituição Federal (art. 1º da Lei 12.529/2011, que revogou a anterior Lei n. 8.884/1994).

A busca pela conformidade em atuar nos moldes dos órgãos antitruste internacionais, a exemplo do Federal Trade Commission (FTC), nos EUA, do Competition Market Authority (CMA), no Reino Unido, e do Bundeskartellamt, na Alemanha,³⁹ por meio da modernização da legislação e das normas que disciplinam forma, prazos e modos como o CADE desempenha suas funções institucionais, tem produzido resultados positivos.

Em recente análise, a revista britânica *Global Competition Review* (GCR), especializada em política antitruste e regulação, atribuiu ao CADE quatro estrelas no *ranking* divulgado anualmente e o colocou entre as melhores autoridades de defesa da concorrência do mundo, pelo nono ano consecutivo.⁴⁰

Na opinião dos responsáveis pela avaliação realizada em Londres, o CADE é uma das principais agências antitrustes da América do Sul. Obteve especial reconhecimento pelo modo como atuou em meio à crise sanitária pandêmica desencadeada pela Covid-19, marcada pela

³⁹ O *Bundeskartellamt* é a instituição federal alemã de defesa da concorrência e proteção do consumidor. Com independência para exercer suas funções, está ligado ao Ministério da Economia e Energia. (RAFFOUL, 2021)

⁴⁰ Em nota divulgada no *site* do CADE, consta o *link* para o resultado da avaliação da *Global Competition Review*. (BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2021).

adoção de medidas ágeis de segurança e pela continuidade dos serviços prestados ao mercado e à sociedade.

Um dos pontos relevantes para o reconhecimento e a premiação foi o de que as análises de atos de concentração não diminuiu durante a pandemia. Pelo contrário, foi ainda superior aos anos anteriores, como noticia o próprio órgão:

No total, o CADE avaliou 471 operações em 2020, contra 442 em 2019 e 405 em 2018. Com relação a investigações de condutas anticompetitivas, apontou que a autarquia concluiu 29 casos de cartel no ano passado, 15 a mais que o registrado no ano anterior. Como forma de manter sua missão institucional com a mesma excelência, o CADE inovou os serviços e ampliou a vigilância para assegurar a manutenção da livre concorrência no Brasil no âmbito da crise de saúde mundial. Entre as iniciativas, instaurou investigação para apurar prática anticompetitiva no setor de produtos médicos-farmacêuticos e alterou seu regimento interno para permitir a realização de sessões de julgamento de forma virtual para garantir as medidas de isolamento e o funcionamento regular da autarquia. (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2021)

A importância da missão institucional do CADE revela-se ainda mais evidente, especialmente no cenário atual, em que se instalou uma crise econômica mundial provocada em razão da pandemia de Covid-19, cujos efeitos ainda persistem, desafiando setores da economia, empresas, gestores e administradores, governos e governantes.

2.3 AS ATRIBUIÇÕES DO CADE

Há que se destacar que ao CADE incumbe, além do controle dos atos de concentração, a análise das condutas desviantes, capazes de subverter o caráter humanista da ordem econômica e do trabalho do capital.

Compete a este órgão de defesa da concorrência decidir sobre a existência de infração concorrencial à ordem econômica e aplicar as penalidades cabíveis.

Nos termos do art. 36 da NLAB (Lei n. 12.529/2011), constitui infração concorrencial à ordem econômica, independentemente de culpa, o ato, sob qualquer forma manifestado, que tenha por objeto, ou tenha o potencial de: (I) limitar, falsear, ou de qualquer

forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (II) dominar **mercado relevante**⁴¹ de bens ou serviços; (III) aumentar arbitrariamente os lucros; ou (IV) exercer de forma abusiva posição dominante. Em outras palavras, as infrações concorrenciais à ordem econômica correspondem às condutas realizadas unilateralmente, ou coletivamente, que possam ter impacto negativo sobre a concorrência.

O que se pretende, enfim, é evitar as condutas anticoncorrenciais, tais como trustes,⁴² cartéis,⁴³ ajustes de preços, vendas casadas, venda com preços abaixo do custo, para reduzir ou eliminar a concorrência, dentre outras.

Para identificação e combate de práticas e efeitos anticoncorrenciais, é de suma importância conhecer o conceito de “mercado relevante”, previsto no inciso II do *caput* do art. 36 da nova lei antitruste.

Paula Forgioni (2020, p. 47) assim conceitua mercado relevante: “é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado”.

Muitas vezes a atuação da autoridade antitruste para enfrentar as práticas anticompetitivas se dá em conjunto com outros órgãos de controle, apuração e investigação do governo federal, a exemplo do que acontece com as forças-tarefas destinadas a proteger não apenas os consumidores finais, mas também os próprios agentes econômicos competidores no mercado em determinado ramo de atividade.

Essa atuação conjunta do CADE com os demais órgãos federais e estaduais, por vezes, ultrapassa a esfera da atuação de tribunal administrativo e demanda a persecução de outros ilícitos, como o tributário e o penal, requerendo, assim, o acionamento e o apoio da

⁴¹ Forgioni (2020) ressalta que é bastante comum, principalmente na doutrina estadunidense, que se identifique o mercado relevante com o abuso de posição dominante, ou mesmo com o poder de mercado. Por essa razão, o maioria dos livros estrangeiros trata das matérias em conjunto. Tecnicamente, entretanto, tal aproximação não deve ser automática, pois *o mercado relevante é um conceito que permeia todo o direito antitruste* (e não, apenas, o abuso de posição dominante). Com efeito, a partir do momento em que as práticas são vedadas por produzirem (ou poderem produzir) efeitos anticoncorrenciais, a determinação da ilicitude passará pela delimitação do *mercado relevante* no qual esses efeitos são sentidos. Em outras pala, não se pode falar de impactos anticoncorrenciais senão em *determinado mercado: o mercado relevante*.

⁴² “*Truste*: estrutura empresarial em que várias empresas, que já detêm a maior parte de um mercado, se ajustam ou se fundem para assegurar o controle, estabelecendo preços altos para obter maior margem de lucro”. (DICIONÁRIO OXFORD, 2021).

⁴³ “*Cartel*: acordo comercial entre empresas, visando à distribuição entre elas das cotas de produção e do mercado com a finalidade de determinar os preços e limitar a concorrência”. (DICIONÁRIO OXFORD, 2021).

Polícia Federal, da Receita Federal, da Procuradoria da Fazenda Nacional, dentre outros órgãos.

A exemplo disso, Marina Lima (2021) noticia sobre a recente Operação Blindagem Metálica, da qual participou o CADE/MJ, em conjunto com a Polícia Federal/MJ (Superintendência Regional em São Paulo) e com a Receita Federal/ME, o Ministério Público Federal e a Procuradoria da Fazenda Nacional.

Deflagrada no dia 28 de setembro de 2021, a operação é resultado de análises dos órgãos tributários e de controle da concorrência referentes à competição no comércio de reciclagem e venda de alumínio, por meio da aquisição de empresas do ramo, formando um grande conglomerado na região do Vale do Rio Paraíba (região leste e nordeste do estado de SP), mas que impactava a concorrência em diversos outros municípios em SP e em outros estados da federação.⁴⁴

Um dos integrantes da operação, em entrevista à imprensa, transmitida pelo canal do Instagram da Polícia Federal em São Paulo, sobre os efeitos deletérios à concorrência e à competitividade no mercado de alumínio e os preços praticados, assim relata:

(...) Esse inquérito é um inquérito de 2019. Está tramitando há dois anos já em parceria com o Ministério Público Federal, Receita Federal e demais os órgãos aqui presentes, onde se descobriu uma fraude estruturada por essa organização criminosa voltada à sonegação fiscal e não recolhimento dos tributos. Com os créditos gerados ilicitamente da fraude gerada eles conseguiam um preço mais competitivo no mercado e com isso acabavam criando um monopólio desse setor comercial. (...) É uma fraude complexa. Ela envolve simulações contábeis financeiras, de contratos de transporte, blindagem patrimonial e dominação do mercado. (KISNER, 2021)

No caso citado, uma forma de atuar dos controladores do grupo econômico com mais de dez anos em atividade no mercado se deu pela aquisição e uso de empresas próximas para serem fechadas pelos órgãos responsáveis pela fiscalização tributária em decorrência da lavratura de diversos autos de infração tributária.

O supedâneo legal e causa das autuações fiscais se justificava pelo fato gerador decorrente da transformação da sucata em matéria-prima metálica. Quando a sucata de metal de alumínio passa a ser lingote ou tarugo, há a incidência de impostos, taxas e contribuições

⁴⁴ Notícia veiculada pelo periódico “O Vale”, em 28/09/21, narrando a decisiva atuação do CADE para o desbaratamento dos ilícitos concorrenciais que se davam especialmente por meio de sonegação tributária. Foram cumpridos mais de 61 mandados de busca e apreensão. A Polícia Federal prendeu ainda em flagrante uma pessoa que no momento da operação tentou ocultar e destruir documentos. Disponível em: <https://www.ovale.com.br/nossaregiao/cidades/operac-o-investiga-esquema-bilionario-de-sonegac-o-em-empresas-de-reciclagem-e-producao-de-aluminio-1.190086>. Acesso em: 28 set. 2021.

obrigatórias, além das obrigações acessórias (emissão de notas fiscais com descrições específicas).⁴⁵

As empresas que eram adquiridas não tinham a capacidade patrimonial, operacional e financeira para fazer frente às obrigações tributárias decorrentes da lavratura dos autos de infração decorrentes da constituição indevida de créditos tributários. Estas foram identificadas como empresas “noteiras” (que apenas emitiam notas fiscais sem qualquer lastro). Também eram adquiridas outras empresas, denominadas “blindadoras”, cujo escopo era distanciar a atuação dos órgãos fiscalizadores dos controladores centrais do conglomerado.

Estima-se que o total sonegado apenas em tributos federais e estaduais (afora as multas fiscais lavradas) passa de R\$ 4 bilhões de reais, valor suficiente para afetar negativamente os demais concorrentes no mercado de sucata e de metal de alumínio.

Como é cediço, a livre concorrência tem o condão de proporcionar aperfeiçoamento da qualidade dos produtos e serviços e promover a adequação dos preços, tornando os bens e

⁴⁵ RICMS/SP. Artigo 393-A - Na hipótese de industrialização de sucatas de metais não-ferrosos indicadas no § 1º, por conta e ordem de terceiro, além do cumprimento das obrigações acessórias previstas nos artigos 404 a 408, o imposto será calculado e pago sobre o valor da matéria-prima recebida e sobre o valor total cobrado do autor da encomenda:

I - na saída de produto resultante da industrialização em retorno ao estabelecimento autor da encomenda;

II - na saída que, antes do retorno do produto resultante da industrialização ao estabelecimento autor da encomenda, por ordem deste, for promovida pelo estabelecimento industrializador com destino a outro, também industrializador.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se às seguintes mercadorias, classificadas nas correspondentes subposições da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH:

1. desperdícios e resíduos de cobre, inclusive a sucata de cobre, e quaisquer outras mercadorias classificadas na subposição 7404.00;
2. desperdícios e resíduos de níquel, inclusive a sucata de níquel, e quaisquer outras mercadorias classificadas na subposição 7503.00;
3. desperdícios e resíduos de alumínio, inclusive a sucata de alumínio, e quaisquer outras mercadorias classificadas na subposição 7602.00;
4. desperdícios e resíduos de chumbo, inclusive a sucata de chumbo, e quaisquer outras mercadorias classificadas na subposição 7802.00;
5. desperdícios e resíduos de zinco, inclusive a sucata de zinco, e quaisquer outras mercadorias classificadas na subposição 7902.00;
6. desperdícios e resíduos de estanho, inclusive a sucata de estanho, e quaisquer outras mercadorias classificadas na subposição 8002.00;

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica quando:

1. o estabelecimento autor da encomenda estiver localizado em outro Estado e a operação esteja amparada por regime especial concedido com a anuência deste Estado, hipótese em que o imposto será calculado e pago sobre o valor total cobrado do autor da encomenda, conforme dispõe o artigo 402;

2. o produto resultante da industrialização estiver classificado na posição 7601 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH indicada no artigo 400-D, em hipótese abrangida pelo diferimento previsto neste Capítulo.” Disponível: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=384543>. Resposta a Consulta n. 18.864 de 05/06/2019 à Fazenda do Estado de São Paulo. Ementa: Ementa

ICMS – Industrialização por conta e ordem de terceiros – Transformação de sucatas de alumínio (NCM 7602) em produto classificado na NCM 7601.

I. Nas saídas internas de sucatas de alumínio NCM 7602 para industrialização será aplicada a suspensão do lançamento do imposto, com fundamento no artigo 402 do RICMS/2000.

II. No retorno do produto industrializado, classificado na posição 7601 da NCM, fica diferido o lançamento do ICMS, conforme previsto no artigo 400-D do RICMS/2000.

serviços mais variados e mais acessíveis às pessoas de diferentes classes sociais. Mas a oferta de produtos a preços baixíssimos não pode se dar pela infração das normas tributárias, muito menos mediante fraude.

A defesa da concorrência é voltada a beneficiar o ser humano, porquanto proteger os agentes econômicos no cenário mercadológico culmina no melhor benefício para os consumidores. É a consagração do trabalho do capital em prol da humanidade enfim, ainda que seja necessária a atuação do Estado para a concretização multidimensional dos direitos humanos, a qual a ordem econômica (o mercado) deve promover, como advertem Baleza e Sayeg (2011, p. 181).

2.4 ESTRUTURA ORGANIZACIONAL DO CADE

A estrutura dos órgãos e departamentos do CADE/MJ foi remodelada pelas regras estatuídas pela Nova Lei Antitruste Brasileira (NLAB) – Lei n. 12.529/2011. No art. 5º, foi determinada a composição do CADE, a saber:

Art. 5º O CADE é constituído pelos seguintes órgãos:

I - Tribunal Administrativo de Defesa Econômica;

II - Superintendência-Geral; e

III - Departamento de Estudos Econômicos.

Além desses órgãos, funciona junto ao CADE uma Procuradoria Federal Especializada (art. 15), cuja atribuição é representar a autarquia, exercendo o *jus postulandi* judicial e extrajudicialmente, bem como elaborar pareceres em sede dos processos analisados pelo Tribunal. Há também uma representação do Ministério Público Federal junto ao CADE, que igualmente pode opinar em processos em trâmite no Tribunal (art. 20). Estes dois órgãos serão objeto de análise nas próximas páginas.

A NLAB também previu a confecção do regimento interno do CADE (art. 9º, XV), instrumento no qual deveria estar previsto o funcionamento operacional e administrativo do órgão, a exemplo dos regimentos internos dos tribunais que compõem a estrutura do Poder Judiciário.

A importância de elaborar e aprovar o regimento interno do CADE, dispendo sobre seu funcionamento, forma das deliberações, normas de procedimento e organização de seus

serviços internos, reside no fato de se oportunizar aos atores da cena econômica nacional conhecer com clareza e segurança as regras procedimentais do órgão, o que reforça a legitimidade de suas decisões pela transparência da gestão administrativa e operacional, bem como dos procedimentos, modos e prazos para as manifestações das partes interessadas nas investigações e processos que possam afetar sua esfera de direitos.

O Regimento do CADE, elaborado conforme estabelecido na NLAB e no Decreto n. 9.011/2017, veio por meio da Resolução n. 01/2012, e detalhou com maior especificidade os órgãos principais, bem como os de assessoria e auxílio do CADE, no art. 2º,⁴⁶ especialmente as atribuições de cada órgão e das pessoas que ocupam os cargos que lhes conferem poder de administração e dos que conferem poderes de decisão.

2.4.1 Tribunal Administrativo de Defesa Econômica

O art. 6º, *caput e* § 1º, da Lei 12.529/2011 define, de modo mais específico, a constituição do Tribunal Administrativo: tem como membros um presidente e seis conselheiros nomeados pelo presidente da República. Os mandatos do presidente e dos conselheiros não podem coincidir, apesar de terem ambos prazo de quatro anos, sem possibilidade de recondução ou extensão.

Ademais, os cargos são de dedicação exclusiva, não se admitindo qualquer acumulação, salvo as constitucionalmente permitidas.

Essa obrigatoriedade de se dedicar exclusivamente à defesa da concorrência por meio do exercício do cargo de conselheiro do Tribunal do CADE revela uma preocupação com a celeridade da análise processual, com vistas a dar efetividade ao princípio constitucional da eficiência administrativa, previsto no *caput* do art. 37 da Constituição Federal.⁴⁷

Ao plenário do Tribunal compete emitir decisões nos processos de sua competência e

⁴⁶ CADE. Regimento Interno. Art. 2º - O CADE tem a seguinte estrutura organizacional: I - órgãos de assistência direta e imediata ao Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica: a) Gabinete – GAB-PRES; b) Assessoria Internacional; e c) Assessoria de Comunicação Social; II - órgãos seccionais: a) Diretoria de Administração e Planejamento; b) Auditoria; e c) Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE; d) Corregedoria. III - órgãos específicos e singulares: a) Superintendência-Geral – SG; b) Departamento de Estudos Econômicos – DEE; e IV - órgão colegiado: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica. Parágrafo único. A estrutura, a competência e o funcionamento das unidades subordinadas aos órgãos descritos neste artigo serão estabelecidos em ato normativo específico.

⁴⁷ Constituição Federal. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).

aplicar as penalidades pertinentes, apreciar recursos em face das decisões monocráticas dos conselheiros, intimar os interessados e executar suas decisões, requisitar serviços e pessoal de quaisquer órgãos e entidades do Poder Público Federal, instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica, requisitar informações de quaisquer pessoas (físicas ou jurídicas), 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, dentre outras elencadas no art. 9º, *caput*, do supracitado diploma legal.⁴⁸

O Tribunal tem ainda a seu serviço a Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE, subordinada ao Presidente, a qual será estudada mais adiante, tendo em vista seu importante papel de assegurar a efetividade das decisões do órgão tanto no que tange à autoexecutoriedade de suas decisões (atributo do ato administrativo) quanto à defesa de seus próprios atos e decisões no mercado.

2.4.2 Superintendência Geral (SG)

A Superintendência-Geral é atualmente responsável pela condução das investigações de condutas anticompetitivas e das infrações à ordem econômica nos atos de concentração

⁴⁸ Lei n. 12.529/2011. Art. 9º. Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei: I - zelar pela observância desta Lei e seu regulamento e do regimento interno; II - decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei; III - decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral; IV - ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar; V - aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do acordo em controle de concentrações, bem como determinar à Superintendência-Geral que fiscalize seu cumprimento; VI - apreciar, em grau de recurso, as medidas preventivas adotadas pelo Conselheiro-Relator ou pela Superintendência-Geral; VII - intimar os interessados de suas decisões; VIII - requisitar dos órgãos e entidades da administração pública federal e requerer às autoridades dos Estados, Municípios, do Distrito Federal e dos Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta Lei; IX - contratar a realização de exames, vistorias e estudos, aprovando, em cada caso, os respectivos honorários profissionais e demais despesas de processo, que deverão ser pagas pela empresa, se vier a ser punida nos termos desta Lei; X - apreciar processos administrativos de atos de concentração econômica, na forma desta Lei, fixando, quando entender conveniente e oportuno, acordos em controle de atos de concentração; XI - determinar à Superintendência-Geral que adote as medidas administrativas necessárias à execução e fiel cumprimento de suas decisões; XII - requisitar serviços e pessoal de quaisquer órgãos e entidades do Poder Público Federal; XIII - requerer à Procuradoria Federal junto ao CADE a adoção de providências administrativas e judiciais; XIV - instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica; XV - elaborar e aprovar regimento interno do CADE, dispondo sobre seu funcionamento, forma das deliberações, normas de procedimento e organização de seus serviços internos; Vide Decreto n. 9.011, de 2017; XVI - propor a estrutura do quadro de pessoal do CADE, observado o disposto no inciso II do *caput* do art. 37 da Constituição Federal; XVII - elaborar proposta orçamentária nos termos desta Lei; XVIII - requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções; e XIX - decidir pelo cumprimento das decisões, compromissos e acordos.

(art. 13 da Lei n. 12.529/2011 e art. 10 do Regimento Interno do CADE). A Superintendência Geral, assim como o Tribunal podem contar com o auxílio do Departamento de Estudos Econômicos, que tem a função de elaborar estudos e pareceres econômicos para auxiliar na análise dos casos e nas decisões.

A NLAB conferiu à SG/CADE um relevante mister: o de zelar pelo cumprimento da lei antitruste, monitorando e acompanhando as práticas de mercado; além de acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica; bem como promover os competentes procedimentos preparatórios e o inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica (art. 13 da NLAB).⁴⁹

Regulando o dispositivo supra, o art. 10 do Regimento Interno do CADE traz maiores especificações e detalhamentos quanto às atribuições da SG, dentre as quais, pode-se destacar as previstas nos incisos XVI e XVII, únicos que possuem redação distinta da redação do referido artigo da lei, como se pode constatar:

⁴⁹ Lei n. 12.529/2011. Art.13. Compete à Superintendência-Geral: I - zelar pelo cumprimento desta Lei, monitorando e acompanhando as práticas de mercado; II - acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e documentos necessários, mantendo o sigilo legal, quando for o caso; III - promover, em face de indícios de infração da ordem econômica, procedimento preparatório de inquérito administrativo e inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; IV - decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando os autos do inquérito administrativo ou de seu procedimento preparatório; V - instaurar e instruir processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, procedimento para apuração de ato de concentração, processo administrativo para análise de ato de concentração econômica e processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais instaurados para prevenção, apuração ou repressão de infrações à ordem econômica; VI - no interesse da instrução dos tipos processuais referidos nesta Lei: a) requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício de suas funções; b) requisitar esclarecimentos orais de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, na forma desta Lei; c) realizar inspeção na sede social, estabelecimento, escritório, filial ou sucursal de empresa investigada, de estoques, objetos, papéis de qualquer natureza, assim como livros comerciais, computadores e arquivos eletrônicos, podendo-se extrair ou requisitar cópias de quaisquer documentos ou dados eletrônicos; d) requerer ao Poder Judiciário, por meio da Procuradoria Federal junto ao CADE, mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física, no interesse de inquérito administrativo ou de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 839 e seguintes da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, sendo inexigível a propositura de ação principal; e) requisitar vista e cópia de documentos e objetos constantes de inquéritos e processos administrativos instaurados por órgãos ou entidades da administração pública federal; f) requerer vista e cópia de inquéritos policiais, ações judiciais de quaisquer natureza, bem como de inquéritos e processos administrativos instaurados por outros entes da federação, devendo o Conselho observar as mesmas restrições de sigilo eventualmente estabelecidas nos procedimentos de origem; VII - recorrer de ofício ao Tribunal quando decidir pelo arquivamento de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica; (...).

Lei n. 12.529/2011

Art.13. Compete à Superintendência-Geral:

(...)

XVI - exercer outras atribuições previstas em lei;

(...)

XVIII - adotar as medidas administrativas necessárias à execução e ao cumprimento das decisões do Plenário.

Regimento Interno do CADE.

Art. 10. À Superintendência-Geral compete:

(...)

XVI - prestar ao Poder Judiciário, sempre que solicitado, todas as informações sobre andamento das investigações, podendo, inclusive, fornecer cópias dos autos para instruir ações judiciais;

(...)

XVIII - designar, no âmbito da Superintendência-Geral, quais as áreas e instalações contêm documento com informação classificada em qualquer grau de sigilo, que sejam de sigilo legal ou judicial ou que, por sua utilização ou finalidade, demandem proteção, nos termos dos arts. 42 a 47 do Decreto n. 7.845/2012.

No mais, os demais incisos do art. 10 do Regimento Interno do CADE são exatamente idênticos. Desse modo, o CADE cumpriu o respeito ao limite do poder regulamentar, não acrescentado prerrogativas e atribuições que a lei *stricto sensu* não lhe conferiu, como ensina Di Pietro, que opta por denominar a competência de regulamentar as leis por parte da administração pública de *poder normativo*:⁵⁰

Além do decreto regulamentar, o poder normativo da Administração ainda se expressa por meio de **resoluções, portarias, deliberações, instruções**, editadas por autoridades que não o Chefe do Executivo. Note-se que o artigo 87, parágrafo único, inciso II, outorga aos Ministros de Estado competência para “expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos”. Há, ainda, **os regimentos**, pelos quais os órgãos colegiados estabelecem normas sobre o seu funcionamento interno. Todos esses atos estabelecem normas que têm alcance limitado ao âmbito de atuação do órgão expedidor. Não têm o mesmo alcance nem a mesma natureza que os regulamentos baixados pelo Chefe do Executivo. Em todas essas hipóteses, o ato normativo não pode contrariar a lei, nem criar direitos, impor obrigações, proibições, penalidade que ela não estejam previstos, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade (arts. 5º, II e 37, *caput*, da Constituição).

Lembre-se de que o Congresso Nacional dispõe agora de poder de controle sobre os atos normativos do Poder Executivo, podendo sustar os que exorbitem do poder regulamentar (art. 49, V), e que o controle de constitucionalidade exercido pelo STF, com base no artigo 102, I, *a*, da Constituição, abrange não só a lei como também o **ato normativo** federal ou estadual; por outras palavras, abrange também qualquer ato normativo baixado por órgãos administrativos. (grifos da autora) (DI PIETRO, 2006, p. 104-105)

⁵⁰ A autora defende que, embora grande parte dos doutrinadores no ramo do Direito Administrativo falem em poder regulamentar, “preferimos falar em poder normativo, já que aquele não esgota toda a competência normativa da Administração Pública; é apenas uma de suas formas de expressão, coexistindo com outras, conforme se verá. Os atos pelos quais a Administração exerce o seu poder normativo têm em comum com a lei o fato de emanarem normas, ou seja, atos com efeitos gerais e abstratos. (DI PIETRO, 2006, p. 101)

Outra atribuição importante e que merece destaque é a trazida pelo art. 86 da Lei n. 12.529/2011, o qual autoriza a Superintendência-Geral do CADE a celebrar acordos de leniência, por meio dos quais pessoas físicas e jurídicas, autoras de infração da ordem econômica, podem beneficiar-se com a extinção da ação punitiva da Administração Pública, ou pela redução da penalidade aplicável, desde que colaborem efetivamente com as investigações.⁵¹

Apesar de o programa não se restringir a condutas envolvendo apenas cartel, até ao ano de 2019, todos os acordos de leniência firmados envolviam investigação de cartel (OCDE, 2019).

No que tange aos procedimentos perante a SG, tanto o procedimento preparatório quanto o inquérito administrativo poderão tramitar sob sigilo caso seja do interesse da investigação, a critério da SG.

No caso de acordos horizontais, é comum que a investigação tramite sob sigilo até que a SG tenha indícios suficientes para instaurar um Processo Administrativo. Em casos de abuso de posição dominante iniciada por representação, a SG informará as partes envolvidas na representação das alegações e solicitará comentários e informações relevantes.

Os investigados serão, portanto, informados imediatamente sobre a existência de Procedimento Preparatório ou de Inquérito Administrativo, a fim de que possam exercer seu direito de defesa, nos termos dos artigo 58, *caput* do mesmo diploma legal.⁵²

⁵¹ Lei n. 12.529/2011. Art. 86. O CADE, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte (...).

⁵² Lei n. 12.592/2011. Art. 58. O requerente poderá oferecer, no prazo de 30 (trinta) dias da data de impugnação da Superintendência-Geral, em petição escrita, dirigida ao Presidente do Tribunal, manifestação expondo as razões de fato e de direito com que se opõe à impugnação do ato de concentração da Superintendência-Geral e juntando todas as provas, estudos e pareceres que corroboram seu pedido.

2.4.3 Departamento de Estudos Econômicos (DEE)

O Departamento de Estudos Econômicos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (DEE/CADE) deve atuar de maneira técnica e científica, objetivando assegurar a atualização das decisões da autarquia e promover a cultura da livre concorrência no Brasil, como prevê a Lei n. 12.529/2011, em seu art.17.⁵³

Este órgão, foi concebido inicialmente como assessoria ligada à Presidência e ao Plenário do órgão antitruste. Em 16 de setembro de 2009, o Tribunal Administrativo do CADE, presidido por Arthur Badin, aprovou a criação do DEE/CADE, por meio da Resolução CADE n. 53/2009. Foi elevado ao patamar de órgão permanente do CADE por meio da NLAB, art. 5º, inciso III (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2021a).

Desde sua instituição como órgão de assessoria da presidência do tribunal do CADE, o DEE/CADE passou a contribuir com a aplicação da teoria econômica em políticas públicas relacionadas à matéria antitruste, desempenhando papéis importantes para a defesa da concorrência no país.

Uma das suas atribuições é elaborar estudos e pareceres que subsidiam análises conduzidas pela Superintendência-Geral e julgamentos de casos relevantes realizados pelos conselheiros do Tribunal Administrativo, relacionados tanto a atos de concentração quanto a condutas anticompetitivas. Outra missão relevante é acompanhar setores da economia e avaliar os impactos das decisões colegiadas sobre os mais variados mercados.

O Departamento também desenvolve o trabalho de “advocacy”, que inclui atividades de promoção da competitividade perante órgãos do governo e a sociedade. Com o objetivo de fortalecer o desempenho nessa frente de atuação, em 2020 foi criada no DEE/CADE a Coordenação de Estudos de Mercado e Advocacia da Concorrência, para tratar especificamente de iniciativas dessa agenda.

Observando recomendação da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o Departamento ampliou o seu quadro de doutores em economia, responsáveis pelo desenvolvimento de estudos relevantes para a política de defesa da

⁵³ Lei n. 12.529/2011. Art. 17. O CADE terá um Departamento de Estudos Econômicos, dirigido por um Economista-Chefe, a quem incumbirá elaborar estudos e pareceres econômicos, de ofício ou por solicitação do Plenário, do Presidente, do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral, zelando pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões do órgão.

concorrência nacional. Atualmente, integram o corpo técnico do DEE/CADE mais de 30 profissionais (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2021a).

Segundo informações do próprio CADE, em mais de 12 (doze) anos de história, o Departamento de Estudos Econômicos já produziu 27 (vinte e sete) Documentos de Trabalho para divulgação de estudos econômicos referentes às áreas de atuação da autarquia e treze “Cadernos do CADE”, série de estudos que tem como objetivo consolidar a jurisprudência do órgão antitruste referente a um mercado específico, considerando seus aspectos econômicos e concorrenciais.

Ainda conforme notícia o órgão, desde a sua criação o DEE/CADE já produziu cerca de 265 notas técnicas relacionadas a diversas temáticas, como operações de fusões e aquisições e investigações de práticas lesivas ao ambiente competitivo. O DEE também participou da elaboração de três guias do CADE, em parceria com outras unidades da autarquia, e também contribuiu com vários debates sobre matéria antitruste.

2.4.4 A Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE

Além dos órgãos que compõem a estrutura organizacional do CADE, há também órgãos independentes que fornecem suporte ao CADE: a Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE, que o representa nos processos judiciais e, sempre que solicitado pela SG ou pelo Tribunal, emite pareceres nos casos em análise no CADE; e o Ministério Público Federal junto ao CADE, que também pode emitir pareceres ao Tribunal Administrativo em relação a todos os casos em curso no CADE, sendo também a autoridade responsável pela persecução penal.

A Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE está ligada ao Tribunal, mas não integra a estrutura de pessoal do CADE, pois os procuradores são integrantes da Advocacia-Geral da União-AGU-destacadas para atuarem diretamente no CADE, onde exercem o encargo de representarem o CADE em juízo, sob orientação e coordenação do Procurador-Chefe junto ao CADE, nomeado pelo Presidente da República, após ser aprovado pelo Senado.⁵⁴

⁵⁴ Lei n. 12.529/2011. Art. 16. O Procurador-Chefe será nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovado pelo Senado Federal, dentre cidadãos brasileiros com mais de 30 (trinta) anos de idade, de notório conhecimento jurídico e reputação ilibada.

A instituição e atribuições da Procuradoria Especializada junto ao CADE constam do artigo 15 da Nova Lei Antitruste Brasileira (Lei n. 12.529/2011):

Art. 15. Funcionará junto ao CADE Procuradoria Federal Especializada, competindo-lhe:

I-prestar consultoria e assessoramento jurídico ao CADE;

II-representar o CADE judicial e extrajudicialmente;

III-promover a execução judicial das decisões e julgados do CADE;

IV-proceder à apuração da liquidez dos créditos do CADE, inscrevendo-os em dívida ativa para fins de cobrança administrativa ou judicial;

V-tomar as medidas judiciais solicitadas pelo Tribunal ou pela Superintendência-Geral, necessárias à cessação de infrações da ordem econômica ou à obtenção de documentos para a instrução de processos administrativos de qualquer natureza;

VI-promover acordos judiciais nos processos relativos a infrações contra a ordem econômica, mediante autorização do Tribunal;

VII-emitir, sempre que solicitado expressamente por Conselheiro ou pelo Superintendente-Geral, parecer nos processos de competência do CADE, sem que tal determinação implique a suspensão do prazo de análise ou prejuízo à tramitação normal do processo;

VIII-zelar pelo cumprimento desta Lei; e

IX-desincumbir-se das demais tarefas que lhe sejam atribuídas pelo regimento interno.

Parágrafo único. Compete à Procuradoria Federal junto ao CADE, ao dar execução judicial às decisões da Superintendência-Geral e do Tribunal, manter o Presidente do Tribunal, os Conselheiros e o Superintendente-Geral informados sobre o andamento das ações e medidas judiciais.

Está entre as atribuições da Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE elaborar pareceres nos casos a serem julgados pelo Tribunal, especialmente acerca de aspectos procedimentais e materiais, defender a autarquia em juízo, promover a execução judicial das decisões do CADE, monitorar remédios comportamentais e promover acordos judiciais nos processos relativos a infrações à ordem econômico (mediante aprovação do Tribunal).

Atuam hoje um número substancial de procuradores junto ao CADE. O quadro atual conta cerca de vinte funcionários – 12 procuradores, 5 servidores públicos e 3 funcionários terceirizados – (OCDE, 2019. p. 38).

2.4.5 O Ministério Público perante o CADE

Embora a Nova Lei Antitruste Brasileira tenha dedicado apenas um artigo para estabelecer o modo de atuação e forma organizacional da presença do Ministério Público Federal perante o CADE (art. 20 da Lei n. 12.529/2011),⁵⁵ a importância do Ministério Público é inegável e permeia grande parte dos procedimentos do CADE, mas não se limita apenas às disposições do referido diploma legal.

É que o Ministério Público Federal tem sob seu encargo a defesa dos interesses individuais coletivos, bem assim ilícitos contra a ordem tributária e suas repercussões penais, além das condutas anticompetitivas tipificadas como crimes na Lei n. 8.137/1990 definidos como infrações penais contra a ordem econômico, tributária e relações de consumo:

Ao analisar o ordenamento jurídico brasileiro, em matéria concorrencial, identificamos três principais frentes de atuação do *Parquet*:

na *esfera judicial* (criminal e cível);

na *esfera administrativa*; e

Como *fiscal da Lei*, cuidando da observância da Lei 12.529/2011 pelos integrantes do CADE.

No *âmbito criminal*, o Ministério Público deve promover diretamente as ações originadas do art. 4º da Lei 8.137, de 1990,⁵⁶ coibindo práticas que infrinjam a ordem econômica ou prejudiquem a concorrência.

Na *esfera cível*, o art. 47 da Lei 12.529/2011 atribuiu-lhe *direta* competência para pleitear a condenação dos infratores junto ao Poder Judiciário. (FORGIONI, 2020, p. 158-159)

Relevante destacar que o Ministério Público Federal perante o CADE tem proeminência na atuação em processos judiciais que versem sobre a função do CADE, na qualidade de *custus legis* (fiscal da lei) conforme dispõe o art. 178 do novel Código de

⁵⁵ Lei n. 12.529/2011. Art. 20. 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.

⁵⁶ Lei n. 8.137/1990. Art. 4º - Constitui crime contra a ordem econômica: I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas; II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

Processo Civil,⁵⁷ sendo de sua atribuição precípua intervir nas causas em que haja interesse público ou social.

Destarte, mesmo quando o CADE conclui pelo arquivamento da causa, ainda assim o Ministério Público pode buscar o judiciário para reverter a decisão, exigindo inclusive responsabilização pessoal do agente que tenha dado causa, se reunidos os indícios de falta funcional proibida pela Lei n. 8.112/1990. Um caso exemplificativo da atuação do Ministério Público Federal junto ao CADE foi o apreciado de modo definitivo pelo Superior Tribunal de Justiça na ação criminal proposta pelo MPF em face da White Martins, que havia sido condenada pelo CADE por ilícito administrativo contra a ordem econômica mundial, conforme Resp. 1.693.334/ RJ, decidido em 07/12/2021.⁵⁸

2.4.6 Síntese gráfica da estrutura organizacional do CADE

A estrutura organizacional do CADE pode assim ser sintetizada, no que tange às suas atribuições legais e às repercussões judiciais de seus atos e decisões:

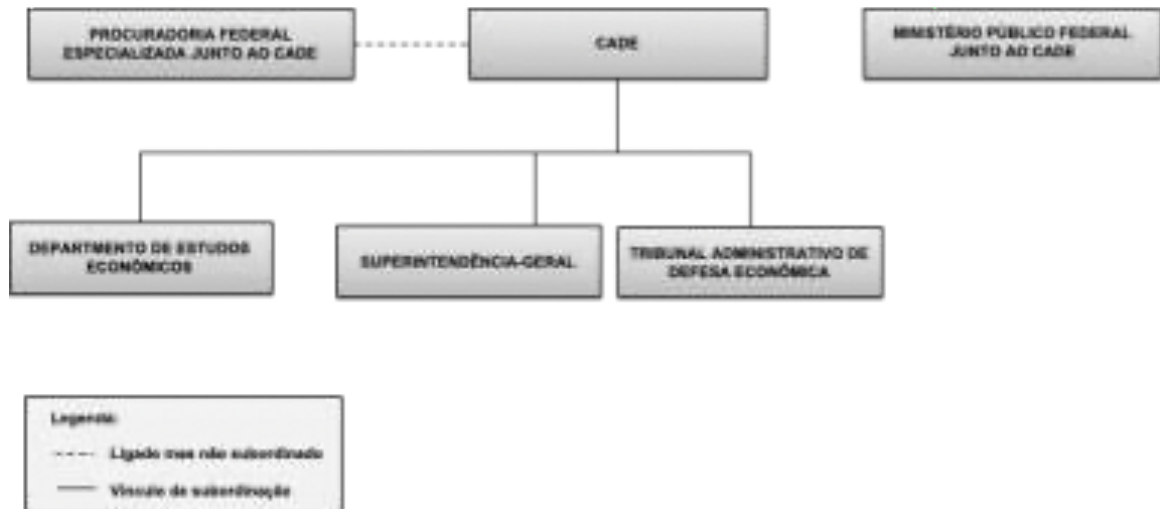
⁵⁷ Código de Processo Civil. Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: I - interesse público ou social; II - interesse de incapaz; III - litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana.

⁵⁸ STJ. Resp. 1.693.334/RJ. EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 2/STJ. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORMAÇÃO DE CARTEL. IMPROCEDÊNCIA POR FALTA DE PROVAS. AUSÊNCIA DE DILIGÊNCIA DO AUTOR DA AÇÃO. ATIVIDADE INSTRUTÓRIA DO MAGISTRADO. LIMITES. BOA-FÉ OBJETIVA PROCESSUAL. DEVER DE LEALDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ. PRINCÍPIO DO DISPOSITIVO. RECURSO NÃO PROVIDO. (...) 2. 2. Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal proposta em maio/1999 em desfavor da WHITE MARTINS e da AGA/LINDE, em razão de denúncias de prática de preços abusivos, formação de cartel e controle concertado entre concorrentes no fornecimento de gases industriais às instituições hospitalares públicas, praticado pelas requeridas.

3- Os fatos objetos da presente ACP foram objeto de investigação por parte do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, tendo os Processos Administrativos subjacentes de nº 27/92 e 39/92 (doc. 01), sido arquivados, sem julgamento (...) 8- Deixar de requerer diligências possíveis ao tempo da ação e atribuir responsabilidade instrutória ao magistrado, desrespeita a lealdade processual um dos deveres anexos criados pela boa-fé objetiva e direcionada a todos os partícipes do processo. Sua incidência no campo instrutória, indica ser dever das partes apontar todos os elementos probatórios, de forma a permitir que a parte ex adversa exerça o contraditório de forma eficaz.

9- O acórdão a quo, mesmo considerando ser dever do MP indicar as provas necessárias ao julgamento, dedicou capítulo exclusivo do voto para correlacionar o P.A. nº 08012. 009888/2003-70 com esta ação civil pública. Mediante prévia análise dos informações prestadas pelo CADE quanto aos dois processos administrativos, conclui ser inútil o retorno do feito à instância de origem para esmiuçar provas antigas, jamais requeridas pelo MPF. Rever tal entendimento, implica em violação ao enunciado da Súmula 7/STJ.

10- Recurso especial não provido.



Fonte: OCDE, 2019, p. 28.

A linha tracejada indica relação de ligação horizontal no modo de assessoria, sem subordinação, embora as demandas de trabalho sejam ordenadas pelo CADE. Isso significa que os integrantes não estão vinculados diretamente à estrutura de pessoal e gestão de recursos humanos do CADE, embora incumbidos de atuar direta e exclusivamente a serviço da autoridade antitruste brasileira.

Isso ocorrer com a Procuradoria Federal Especializada, cujos procuradores são advogados da união de carreira, subordinados à AGU-Advocacia-Geral da União no que tange ao vínculo funcional. Porém no que tange ao desempenho das atribuições do cargo, estão exclusivamente dedicados ao trabalho perante o CADE.

O mesmo ocorre com o representante do Ministério Público Federal perante o CADE, como anteriormente exposto.

2.5 ANÁLISE E JULGAMENTO DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO

O controle de estruturas visa a preservar as condições ideais de concorrência na economia. É uma maneira de a autoridade antitruste prevenir a ocorrência de práticas danosas à competição no mercado, como ensina Paulo Burnier Silveira (2020, p. 10). O autor esclarece que, com esse tipo de controle, se examina o crescimento de uma empresa por meio de fusões e aquisições – formas de expansão empresarial no mercado que podem aumentar (ou não) a capacidade de um determinado agente econômico impor unilateralmente preços mais elevados nos mercados afetados.

A atuação do CADE no desempenho desse mister objetiva garantir que as operações de aquisições e de fusões somente sejam autorizadas quando ficar demonstrado que tais compras e vendas incrementem a produtividade e a competitividade, que proporcionem melhorias na qualidade dos bens ou serviços ou ainda que impulsionem o desenvolvimento tecnológico, a inovação ou eficiência para os consumidores, principais destinatários e também os mais afetados do mercado.

Silveira (2020, p. 11) ainda ressalta que os sistemas de controle de ato de concentração podem ocorrer de dois modos. Podem se dar de maneira prévia – antes que o ato de concentração seja posto em prática e operação – ou posterior – quando a fusão ou aquisição ocorreu e já produz efeitos jurídicos. Ensina que “o primeiro também é denominado de controle *ex ante* ou *a priori*, enquanto o segundo é chamado de controle *ex post* ou *a posterior*”.

O autor adverte que o problema decorrente da apreciação e julgamento posterior da análise do ato de concentração reside na dificuldade de se “desfazer” as operações em caso de reprovação por efeitos deletérios à concorrência no setor econômico em que atuam os agentes interessados na junção. Por outro, lado, o sistema *ex post* apresenta a vantagem de imprimir maior celeridade à implementação da fusão ou aquisição, valorizando a liberdade de negociação e de livre organização e iniciativa na economia.

No Brasil adota-se, desde a reforma da disciplina e normatização antitruste nacional promovida pela NLAB, o sistema *ex ante* considerado mais moderno e mais eficaz no que tange ao efetivo controle das estruturas mercadológicas, e é o mais presente na maior parte das jurisdições internacionais.

Silveira (2020, p. 29) alerta que o controle das estruturas, por meio da análise dos atos de concentração, é tarefa que constitui uma missão institucional-chave no cotidiano de uma autoridade da concorrência.

A adoção do sistema de prévia análise dos atos de concentração e os curtos prazos para que o CADE realize tais exames, sob pena de aprovação tácita (art. 88, §§ 2º e 9º, da

NLAB),⁵⁹ requerem uma equipe bem organizada de técnicos, extremamente capacitados e qualificados continuamente, como observa Paulo Burnier Silveira (2020, p. 29).

Os atos de concentração são classificados em três tipos: horizontais, verticais e conglomerados, conforme Ana Frazão (2017, p. 117).

Os atos de concentração horizontais ocorrem entre empresas que atuam em um mesmo segmento da cadeia de valor de determinado produto ou serviço, o que significa que as empresas que estão se concentrando são, na realidade, concorrentes. É o que ocorreu, por exemplo, com as empresas do ramo de produção de chocolates Nestlé/Garoto (SILVEIRA, 2021).

Estas concorriam também no mercado de balas, além do de achocolatados, e decidiram se unir para ter maior força competitiva diante de outros concorrentes que surgiam no mercado sobredito. Tal caso será analisado com maior vagar no Capítulo 3.

Como bem observa Silveira (2020), os atos de concentração horizontais são os que requerem maior atenção da autoridade antitruste, porquanto trazem por consequência a redução no número de *players* (concorrentes no mesmo mercado). Acrescenta o autor que os efeitos deletérios para a concorrência podem ser unilaterais ou coordenados:

Na perspectiva unilateral, a fusão pode fazer com que as empresas fusionadas tenham maior capacidade de “ditar as regras do jogo” no mercado, isto é, de impor elevações de preço de forma lucrativa, sem que os consumidores possam desviar toda sua demanda para outras concorrentes. Na perspectiva coordenada, a ideia é que após a fusão, será mais fácil para os concorrentes que sobraram no mercado se coordenarem para a formação de cartéis e outras estratégias conjuntas. (SILVEIRA, 2020, p. 30)

A análise dos atos de concentração horizontal tem sua importância ressaltada porque a fusão ou aquisição de controle acionário de concorrentes que atuam no mesmo mercado implica a redução da rivalidade existente ou potencial, como afirma Ana Frazão (2017, p. 118).⁶⁰ Para a autora, o risco de tais operações refere-se à colusão (tácita ou expressa) com

⁵⁹ Lei n. 12.529/2011. Art. 88, § 2º - O controle dos atos de concentração de que trata o *caput* deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda.

§ 9º O prazo mencionado no § 2º deste artigo somente poderá ser dilatado: I - por até 60 (sessenta) dias, improrrogáveis, mediante requisição das partes envolvidas na operação; ou II - por até 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada do Tribunal, em que sejam especificados as razões para a extensão, o prazo da prorrogação, que será não renovável, e as providências cuja realização seja necessária para o julgamento do processo.

⁶⁰ Para Ana Frazão (2017, p. 117-118), a concorrência potencial é presumida quando determinado agente que não atua em determinado mercado nele poderia entrar facilmente caso houvesse aumento de preços pelos incumbentes.

outros agentes e à prática de condutas unilaterais abusivas, como o aumento de preços, a redução da oferta, a diminuição da inovação, da qualidade ou da variedade dos produtos ou serviços.

Por sua vez, atos de concentrações verticais ocorrem entre empresas que ocupam níveis distintos de uma mesma cadeia produtiva de bens ou serviços. Isso quer dizer que, no momento anterior ao ato de concentração, as empresas não são concorrentes, mas atuam de forma complementar na cadeia de valor. É o que acontece quando uma empresa é produtora de um determinado bem em um mercado a montante e decide adquirir outra empresa que é distribuidora desse mesmo bem em um mercado a jusante.

Silveira (2020, p. 30) cita como exemplo uma situação que se configurou recentemente na fusão entre as empresas AT&T e Time Warner, em que houve a integração de uma empresa produtora de conteúdo audiovisual com uma empresa operadora de TV a cabo que distribui o conteúdo a seus assinantes. A AT&T é a empresa a jusante, pois necessita do produto previamente confeccionado pela Warner (*empresa a montante*) para a realização de seu negócio. Sobre esse ato de concentração, o CADE se manifestou diretamente por meio do processo AC 08700.001390/2017-14, em 18 de outubro de 2017,⁶¹ o qual será objeto de análise mais detida no próximo capítulo desta dissertação.

Nas palavras do autor:

A análise de integrações verticais é relevante para o controle de estruturas, especialmente porque fusões verticais podem ensejar (i) aumento de coordenação entre concorrente ou, ainda, (ii) incentivos de fechamento de mercado a montante ou a jusante. A avaliação dos impactos anticompetitivos desse gênero é desafiadora, porque as integrações verticais em si implicam vetores opostos na análise de estruturas. Por um lado, a atuação simultânea em mais de um elo da cadeia tende a propiciar a internalização de marginalização dupla da firma integrada. De outro, o controle de níveis subsequentes da cadeia gera, ao menos em tese, a possibilidade de fechamento de mercado ou a aumento do custo de rivais. (SILVEIRA, 2020, p. 30)

É de se constatar, portanto, que, apesar de se considerar menor a ameaça à concorrência, os atos de concentração vertical podem, sim, gerar atos anticompetitivos e devem ser apreciados com metodologia apropriada a fim de se aferir os efeitos da operação. A

⁶¹ CADE/MJ. AC n. AC 08700.001390/2017-14. Rel. Dr. Gilvandro Vasconcelos C. de Araújo. Disponível em: https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?mYbVb954ULaAV-MRkzMwwbd5g_PuAKStTlNgP-jtcH5MdmPeznqYAOxKmgO9r4mCfJlTXxQMÑ01pTgFwPLudA-7K-LeTvXuhzWAZ3e25dEtFB8t8LXX22fK5pVU3APFT%22. Acesso em: 4 dez. 2021.

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – sugeriu uma espécie de *checklist* para orientar a metodologia das autoridades antitruste europeias na análise de operações que caracterizem atos de concentração vertical.⁶²

O referido *checklist* contém os seguintes itens a ser considerados na análise: a capacidade de as firmas fusionadas gerarem fechamento do mercado; os incentivos para as firmas integradas gerarem fechamentos de mercado; e ainda, os possíveis efeitos do fechamento nos mercados afetados.

O CADE/MJ tem considerado mais apropriado o juízo de probabilidade de fechamento do mercado para análises e decisões dos casos concernentes aos atos de concentração vertical (SILVEIRA, 2020).

Algumas ponderações relevantes sobre os atos de concentração vertical são as expostas por Ana Frazão (2017, p. 119), a qual adverte que pode ocorrer “restrição ou eliminação do acesso a insumos, em prejuízo a rivais atuais ou potenciais, na hipótese de a integração vertical propiciar à empresa significativo grau de posição dominante neste mercado” (*input foreclosure*); ou ainda, haver o impedimento ou restrição de acesso dos rivais do mercado de insumos a clientes do mercado subsequente (*customer foreclosure*).⁶³

Há ainda os atos de concentração conglomerados, aqueles que se configuram na fusão de empresas participantes que atuam em mercados distintos e não pertencentes à mesma cadeia econômica, ou seja, a relação de mercado a montante e mercado a jusante inexistente (FRAZÃO, 2017).

Embora as empresas não atuem no mesmo setor do mercado, não sendo concorrentes diretas, há alguma conexão ou proximidade na oferta de produtos e serviços, que se relacionam entre si, mas que não fazem parte de um mesmo mercado relevante nem de uma

⁶² O referido *checklist* é assim apresentado no texto original: “The analytical framework for assessing the likelihood of anticompetitive foreclosure (input or customer) involves an evaluation of (i) the integrating firm’s ability to foreclose, (ii) the integrating firm’s incentives to foreclose, and (iii) the effect of foreclosure on the downstream market”. (OCDE, 2017, p. 8)

⁶³ Ana Frazão (2017, p. 119) chama a atenção também para o fato de que os atos de concentração vertical permitem aos agentes econômicos obter acesso a informações comercialmente sensíveis sobre as atividades da cadeia dos mercados afetados, “o que, além de colocar os rivais não verticalizados em situação de manifesta desvantagem competitiva, pode levar ao arrefecimento da competição por preços no mercado final, em prejuízo dos consumidores”.

mesma cadeia produtiva (SILVEIRA, 2021).⁶⁴

O autor acrescenta que, nos atos de concentração conglomerados, é possível e comum ocorrer o que se denomina de efeitos pelo *poder de portfólio*, consistente no risco de fechamento de mercado, principalmente por meio da adoção de estratégias de *tying e bundling* (amarração e empacotamento, em tradução livre). Porém adverte que se deve ponderar tais efeitos e levar em conta eventuais efeitos positivos da operação, como o aumento do poder compensatório dos compradores, a possibilidade de novas entradas e a produção eficiências.

Para efeito de obrigatoriedade da notificação e submissão do ato de concentração perante o CADE, a Lei n. 12.529/2011 fixou dois critérios: o faturamento das empresas envolvidas na operação e a necessidade da existência do ato em si, conforme arts. 88 e 90 da NLAB:

Lei n. 12.529/2011:

Art. 88. Serão submetidos ao CADE pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I-pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II-pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

§ 1º Os valores mencionados nos incisos I e II do *caput* deste artigo poderão ser adequados, simultânea ou independentemente, por indicação do Plenário do CADE, por portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça.

§ 2º O controle dos atos de concentração de que trata o *caput* deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda.

§ 3º Os atos que se subsumirem ao disposto no *caput* deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei.

⁶⁴ Silveira (2021, p. 31) apresenta como exemplo recente o ato de concentração conglomerada envolvendo as empresas Bayer e Monsanto. No caso se verificou que, além das relações horizontais e verticais da operação, que as empresas também possuíam uma relação conglomeral, já que uma delas atuava na comercialização de sementes agrícolas e a outra na comercialização de defensivos para sua plantação. SILVEIRA, Paulo Buenier da. Direito da Concorrência.

§ 4º Até a decisão final sobre a operação, deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas, sob pena de aplicação das sanções previstas no § 3º deste artigo.

§ 5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo.

§ 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I-cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade ou a competitividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

II-sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

§ 7º É facultado ao CADE, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo.

§ 8º As mudanças de controle acionário de companhias abertas e os registros de fusão, sem prejuízo da obrigação das partes envolvidas, devem ser comunicados ao CADE pela Comissão de Valores Mobiliários-CVM e pelo Departamento Nacional do Registro do Comércio do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, respectivamente, no prazo de 5 (cinco) dias úteis para, se for o caso, ser examinados.

§ 9º O prazo mencionado no § 2º deste artigo somente poderá ser dilatado:

I-por até 60 (sessenta) dias, improrrogáveis, mediante requisição das partes envolvidas na operação; ou

II-por até 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada do Tribunal, em que sejam especificados as razões para a extensão, o prazo da prorrogação, que será não renovável, e as providências cuja realização seja necessária para o julgamento do processo.

Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

I-2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II-1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III-1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV-2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture .

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do *caput*, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.

Pode-se constatar, pela redação dos artigos acima, que a legislação antitruste brasileira adotou definição de ato de concentração que contempla simultaneamente os meios e os fins da operação estrutural, muito semelhante à adotada na União Europeia, como ressalta Ana Frazão (2017, p. 121).⁶⁵

Há que se destacar que os parâmetros numéricos de faturamento foram aumentados logo após a entrada em vigor da Nova Lei Antitruste Brasileira pela Portaria Interministerial n. 994/2012,⁶⁶ que majorou para R\$ 750 milhões de reais o faturamento da empresa adquirente, e para R\$ 75 milhões de reais o faturamento da empresa que está sendo absorvida na operação.

A flexibilização desses parâmetros somente pode se dar em casos excepcionais de controle *ex post*, como previsto no §7º do art. 88 da NLAB, acima transcrito.

Há ainda possibilidades de se considerar ato de concentração a aquisição de controle acionário que seja acima de 20%, conforme assevera Silveira (2021, p. 13), citando o art. 10 da Resolução 2 do CADE, de 29 de maio de 2012, que disciplina a notificação dos atos de concentração. Destaca ainda que a pactuação de contratos associativos também é enquadrada como ato de concentração, tornando obrigatória sua notificação ao CADE, desde que incida nas condições previstas na Resolução n. 17/2016, do CADE, quais sejam: empreendimento

⁶⁵ Destacou Ana Frazão (2017, p. 122) que a Resolução n. 139/2004 da União Europeia define a concentração a partir da ideia de fusão/incorporação (*merger*) ou da aquisição de controle direto ou indireto do total ou de parte de uma das participantes por qualquer sue seja o meio – compra de valores mobiliários ou bens por contratos ou quaisquer outras formas. Daí que Vogel (op. cit., p. 356) entende que a regulamentação europeia combina uma definição que mescla os resultados – aquisição de controle – e também os meios – transações que afetam a estrutura. Ressalta ainda que a sobredita Resolução n. 139/2004 também não é indiferente à questão dos contratos associativos, motivo pelo qual expressamente considera que *joint ventures* que assumam todas as funções de uma unidade econômica autônoma são consideradas concentrações.

⁶⁶ Portaria Interministerial n. 994/2012, de 30 de março de 2012: O MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA E O MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA no uso da atribuição que lhes conferem o §1º do art. 88, da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, resolvem: Art. 1º Para os efeitos da submissão obrigatória de atos de concentração a análise do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, conforme previsto no art. 88 da Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011, os valores mínimos de faturamento bruto anual ou volume de negócios no país passam a ser de: I - R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso I do art. 88, da Lei 12.529, de 2011; e II - R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso II do art. 88, da Lei 12.529 de 2011.

comum; duração do contrato superior a dois anos; e compartilhamento de riscos entre os contratantes.⁶⁷

2.6 ANÁLISE E JULGAMENTO DAS CONDUTAS DOS AGENTES ECONÔMICOS

Enquanto o controle de atos de concentração é dotado da característica da prevenção, pois, por meio dele, busca-se evitar efeitos negativos futuros na concorrência, a análise das condutas que definem e caracterizam os cartéis, consistentes em práticas anticompetitivas, revestem-se da qualidade repressiva.

Didaticamente, Silveira compara o controle de estruturas e o controle de condutas da seguinte forma:

Enquanto no primeiro se olha para o futuro, no segundo se observa sobretudo o passado, como um condutor que olha no retrovisor do seu carro. A análise do passado dirá se houve uma infração à ordem econômica capaz de merecer uma repressão do Estado por meio da autoridade da concorrência.” Nesse terreno do controle de condutas anticompetitivas, o CADE exerce o seu papel de poder de polícia, no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, motivo pelo qual é frequente a utilização de conceitos e princípios aplicáveis ao Direito Penal. (SILVEIRA, 2021, p. 63)

É importantíssimo o controle de condutas anticompetitivas realizado pela autoridade antitruste brasileira, tanto que tem fundamento constitucional:

CF. 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.

Pode-se afirmar com segurança que o § 4º do art. 173 da Constituição Federal é a “pedra fundamental” do direito antitruste. Calixto Salomão Filho (2020) chama a atenção para o cuidado que se deve ter na análise da configuração de “abuso do poder econômico”. Segundo ele, a interpretação da referida expressão deve contemplar um sentido teleológico mais útil. Em sua visão, que merece acolhida, há duas características importantes que se

⁶⁷ CADE. Resolução n. 17/2016. Art. 1º Esta Resolução disciplina as hipóteses de notificação de contratos associativos de que trata o inciso IV do artigo 90 da Lei no 12.529/2011, respeitados os critérios estabelecidos no artigo 88. Art. 2º Considera-se associativos quaisquer contratos com duração igual ou superior a 2 (dois) anos que estabeleçam empreendimento comum para exploração de atividade econômica, desde que, cumulativamente: I - o contrato estabeleça o compartilhamento dos riscos e resultados da atividade econômica que constitua o seu objeto; e II - as partes contratantes sejam concorrentes no mercado relevante objeto do contrato. §1º Para os efeitos desta Resolução, considera-se atividade econômica a aquisição ou a oferta de bens ou serviços no mercado, ainda que sem propósito lucrativo, desde que, nessa hipótese, a atividade possa, ao menos em tese, ser explorada por empresa privada com o propósito de lucro.

destacam:

Em primeiro lugar, tratando-se de uma garantia institucional, e não de um direito subjetivo e individual ou de grupo, o que importa é garantir aquela determinada instituição contra quaisquer potenciais efeitos lesivos. Portanto, é preciso que a punição a abusos do poder econômico que possam ferir a ordem concorrencial se faça a partir de critérios objetivos, em especial a partir da análise dos possíveis efeitos das condutas sobre o objeto jurídico (a instituição) protegido. É isso que a Constituição procurar deixar claro ao enumerar as consequências do abuso do poder econômico. Os efeitos das condutas são, no texto constitucional, os objetivos visados pelo ato abusivo. (...) Assim, a referida expressão passa a ser uma forma de introduzir outro elemento valorativo, normativo, capaz de ajudar a definir a ilicitude. Não é por outra razão que, no sistema europeu, o art. 82 do Tratado de Roma, cujo elemento normativo central é a expressa “abuso de posição dominante”, é atualmente interpretado como uma regra de proteção à concorrência.

A Corte Europeia, no julgamento dos casos “Continental Can” e “Hoffmann/La Roche”; chega inclusive a identificar o ilícito “abuso de posição dominante” com as práticas anticoncorrenciais. (...)

Há ainda uma segunda utilidade importante da expressão “abuso do poder econômico”: trazer à tona a discussão sobre a função dos agentes econômicos no mercado. *Abuso* é uso anormal, além da finalidade (do latim *abutere*). A expressão “abuso do poder econômico”, entendida como desvio de função do poder, sem dúvida significa conduta estratégica, visando à obtenção dos efeitos anticoncorrenciais (dominação dos mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros). (SALOMÃO FILHO, 2020, p. 109-118)

Verifica-se a importância do controle de condutas e dos atos anticompetitivos ou anticoncorrenciais, na medida em que assegura que os agentes econômicos possam assim cumprir, livres de artifícios ou atos ardilosos, sua função (social) no mercado.

Dentre esses atos anticompetitivos, Salomão Filho (2002, p. 149-152) cita a exclusão de concorrentes, ensinando que tal exclusão pode-se dar pela venda casada. Cita ainda o abuso de preços praticados por monopolistas, nos setores da economia em que tal conduta é permitida e regulada, bem como a colusão (vertical e horizontal) entre concorrentes, o que pode culminar com a constituição de um grupo oligopolista no mercado, permitindo uma posição dominante no mercado relevante, decorrendo daí o cometimento de abusos.

As condutas coordenadas (colusivas) horizontais são as que ocorrem no âmbito da concorrência direta, entre agentes que concorrem no mesmo mercado com os mesmos produtos, como, por exemplo, empresas fabricantes de pneus automotivos, ou seja, envolvem concorrentes diretos.

As condutas colusivas verticais envolvem agentes econômicos que atuam em mercados distintos, mas que fazem parte da mesma cadeia produtiva, como, por exemplo, pode ocorrer entre uma empresa fabricante e uma revendedora desse produto.

Sobre as colusões horizontais e verticais há que se destacar as condutas coordenadas no âmbito horizontal, pois estas são consideradas as mais graves, como relembra Silveira:

As condutas horizontais são consideradas mais graves por envolverem concorrentes diretos. Quanto esse acordo fixa preços ou divide mercados, tem-se a chamada colusão, ou cartel entre concorrentes-ilícito considerado de maior gravidade no Direito da Concorrência. (SILVEIRA, 2021, p. 67)

Um exemplo elucidativo sobre colusão horizontal é o caso do cartel de postos de combustíveis no Distrito Federal, objeto do Inquérito Administrativo n. 08012.008859/2009-86, apreciado pelo CADE sob a égide da anterior lei antitruste a qual, contudo, já havia sido reformada para imprimir maior efetividade à atuação do CADE e suas decisões, o que será analisado com maior vagar mais à frente.

As condutas unilaterais, por sua vez, são de difícil análise, o que geralmente requer investigações, apurações e estudos profundos com aplicação de técnicas de avaliações econômicas a fim de se estabelecer com suficiente grau de precisão as causas e os efeitos danosos à livre concorrência.

A importância e a necessidade de apuração e investigação dotada da maior precisão possível reside no fato de se adotar as medidas e sanções que reflitam efeito corretivo efetivo para sanar a prática anticompetitiva, como advertem Drago e Andreoli (2020, p. 427).⁶⁸

As condutas anticompetitivas e que constituem infração da ordem econômica estão elencadas no art. 36 da NLAB, como a descrito seguir:

Lei n. 12.529/2011

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

⁶⁸ A análise as condutas unilaterais e sua complexa apuração constam de artigo escrito por DRAGO, Bruno de Luca; ANDREOLI, Daniel: O CADE e a quebra do monopólio de Refino de Combustível no Brasil. *In*: CRISTOFARO, Pedro P. S.; BAGNOLI, Vicente (coord.). **Jurisprudência do CADE**. Sao Paulo: Thonsom Reutres, Revista dos Tribunais, 2020.

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

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

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no *caput* deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

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. (grifos do original)

A dicção do art. 36 transcrito evidencia que as condutas que configuram infração da ordem econômica podem ser praticadas eminentemente por um agente econômico isoladamente, ou em conjunto, com exceção apenas das práticas descritas nos incisos I, II e VIII do § 3º do mesmo artigo, cujo arranjo requer necessariamente a atuação conjunta de dois ou mais agentes econômicos, haja vista a necessidade de acordos, concertos ou outras formas de combinação de atuação similar ou uniforme nos mercados relevantes que atuam ou possam repercutir seus efeitos.

2.7 DECISÕES DO CADE

Na Nova Lei Antitruste Brasileira, as decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica ficaram sob a incumbência do Tribunal Pleno e de seus Conselheiros, e, ainda, da Superintendência-Geral.

Nesse aspecto, embora a SG tenha sob sua incumbência a atribuição de realizar o acompanhamento dos setores da economia e realizar a apuração e a investigação das possíveis infrações da ordem econômica, possui também poder decisório, especialmente nos atos de concentração em controle de estruturas, bem como na instrução dos inquéritos administrativos e dos procedimentos preparatórios, como se verá mais adiante.

Todavia, a atribuição precípua de julgar os casos, fazendo a coisa julgada administrativa, compete ao Tribunal Pleno do CADE e a seus Conselheiros, nos termos dos arts. 9º e 11 da Lei n. 12.529/2011.

2.7.1 Tipos de decisão

Quando um caso é levado ao Plenário do Tribunal em sessão pública, durante a qual os representados podem apresentar sustentação oral por meio de seus representantes legais, e os Conselheiros e o Presidente podem apresentar seus votos individualmente, incluindo o Conselheiro-Relator, as decisões podem se dar por unanimidade ou por maioria.

O Tribunal do CADE ainda pode decidir: a) pelo arquivamento do processo, caso não encontre evidências de violação antitruste, ou; b) pela imposição de sanções e/ou cessação da conduta por parte dos representados (art. 9º, II e III) da NLAB:

III-decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral;

(...)

O Tribunal Administrativo tem também as decisões executivas. São aquelas proferidas durante a execução de processos já julgados e com o mérito definido, revestidos, portanto, da imutabilidade pelo trânsito em julgado, formando a “coisa julgada administrativa”, ou ainda exaradas para definir a aceitação dos compromissos, acordos e termos de cessação de

condutas firmados pelas partes e o CADE, conforme dispõe o inciso XIX do art. 9º do mesmo diploma legal:

Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei:

(...)

XIX-decidir pelo cumprimento das decisões, compromissos e acordos.

(...)

Note-se que o tipo de decisão previsto no dispositivo supra é de confirmação de cumprimento da decisão do CADE ou de acordo ou compromisso estabelecido (ou constatação de seu descumprimento). Portanto, tem natureza conclusiva.

Há ainda decisões de arquivamento do procedimento preparatório ou do inquérito administrativo, as quais não necessariamente representam decisão de mérito. Porquanto pode simplesmente se tratar de falta de indícios ou de provas bastantes para firmar a certeza de ocorrência de infração da ordem econômica, possibilitando a reabertura da apuração ou do processo se eventual prova nova surgir, como se depreende do teor do art. 13, IV, da Lei n. 12.529/2011.⁶⁹

A SG também tem competência para proferir determinadas decisões nos procedimentos e inquéritos sob seu encargo, conforme disposições dos arts. 54 a 57 da NLAB:

Art. 54. Após cumpridas as providências indicadas no art. 53, a Superintendência-Geral:

I - conhecerá diretamente do pedido, proferindo decisão terminativa, quando o processo dispensar novas diligências ou nos casos de menor potencial ofensivo à concorrência, assim definidos em resolução do Cade; ou

II-determinará a realização da instrução complementar, especificando as diligências a serem produzidas.

Art. 55. Concluída a instrução complementar determinada na forma do inciso II do *caput* do art. 54 desta Lei, a Superintendência-Geral deverá manifestar-se sobre seu satisfatório cumprimento, recebendo-a como adequada ao exame de mérito ou determinando que seja refeita, por estar incompleta.

Art. 56. A Superintendência-Geral poderá, por meio de decisão fundamentada, declarar a operação como complexa e determinar a realização

⁶⁹ Lei n. 12.529/2011. Art. 13. Compete à Superintendência-Geral: (...) IV - decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando os autos do inquérito administrativo ou de seu procedimento preparatório;

de nova instrução complementar, especificando as diligências a serem produzidas.

Parágrafo único. Declarada a operação como complexa, poderá a Superintendência-Geral requerer ao Tribunal a prorrogação do prazo de que trata o § 2º do art. 88 desta Lei.

Art. 57. Concluídas as instruções complementares de que tratam o inciso II do art. 54 e o art. 56 desta Lei, a Superintendência-Geral: I-proferirá decisão aprovando o ato sem restrições; II-oferecerá impugnação perante o Tribunal, caso entenda que o ato deva ser rejeitado, aprovado com restrições ou que não existam elementos conclusivos quanto aos seus efeitos no mercado.Parágrafo único. Na impugnação do ato perante o Tribunal, deverão ser demonstrados, de forma circunstanciada, o potencial lesivo do ato à concorrência e as razões pelas quais não deve ser aprovado integralmente ou rejeitado.

Constata-se aqui uma espécie de *reexame necessário* a ser exercido pelo Tribunal do CADE, bastante semelhante a instituto previsto no Código de Processo Civil.

Outros tipos de decisões são: homologatória de acordo em controle de concentração, termos de cessação de conduta, acordo em procedimento apuratório de conduta e ainda termo de acordo judiciais, e a decisão cominatória de multa, que constitui título executivo extrajudicial, conforme disposições da Lei n. 12.529 e do Regimento Interno do CADE-RICADE, Resolução n. 02/2012-CADE.

2.7.2 Força Cogente das decisões do CADE

Sobre a força cogente das decisões do CADE, especialmente as do Tribunal Administrativo, é importante destacar que, no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, a obrigatoriedade de obediência e cumprimento é imposta às partes e produz efeitos imediatos, sem possibilidade de recursos a outros órgãos do Poder Executivo, como dispõe o § 2º do art. 9º da NLAB:

§ 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.

É dizer: ainda que o CADE seja uma autarquia federal subordinada ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, as decisões de seu Tribunal Administrativo não estão sujeitas ao recurso hierárquico, dirigido ao Ministro da Justiça e Segurança Pública, ou mesmo ao Presidente da República.

Outra disposição legal que reafirma a força de coerção das decisões do CADE está insculpida no art. 61 da NLAB:

Art. 61. No julgamento do pedido de aprovação do ato de concentração econômica, o Tribunal poderá aprová-lo integralmente, rejeitá-lo ou aprová-lo parcialmente, caso em que determinará as restrições que deverão ser observadas como condição para a validade e eficácia do ato.

§ 3º Julgado o processo no mérito, o ato não poderá ser novamente apresentado nem revisto no âmbito do Poder Executivo.

Não se pode olvidar que a força cogente das decisões do CADE, para além de decorrer de um mandamento legal, tem sua legitimidade sustentada pelo grau de zelo na análise do conjunto probatório do caso, seja pelo Tribunal Pleno, seja pela Superintendência-Geral, nas decisões de sua competência, previstas nos supracitados arts. 9º, 54 a 57, e 61, § 3º, como anota Silveira:

O exame do conjunto probatório é fundamental para verificar a existência de um cartel em dado caso concreto, bem como para a condenação de seus participantes, de forma individualizada, nos autos do processo. Para tanto, os membros do Tribunal do CADE devem se guiar pelo princípio do livre convencimento motivado, que assegure a análise holística do conjunto probatório, a despeito da natureza das provas, que pode comprovar o ilícito de forma direta ou indireta, inclusive por provas econômicas. (SILVEIRA, 2020, p. 79)

Evidentemente, além da análise detida e qualificada do conjunto probatório do caso sob julgamento, é imprescindível guardar estrita observância aos procedimentos e formalidades processuais nas apurações em inquéritos administrativos e em processos administrativos.

Assim, a força cogente das decisões do CADE adquire maior vigor e impulsiona as partes envolvidas ao seu cumprimento espontâneo, abrindo mão, inclusive, do direito de buscar o Judiciário para desfazê-las ou anulá-las, porquanto garantido o devido processo legal, respeitado o contraditório e tendo o órgão antitruste analisado todas as provas acostadas aos autos.

2.7.3 Sanções pelo descumprimento

O descumprimento das decisões do CADE também constitui uma espécie secundária de infração à ordem econômica e sujeita os infratores a certas sanções, como previsto no Capítulo II da NLAB, art. 39:

Art. 39. Pela continuidade de atos ou situações que configurem infração da ordem econômica, após decisão do Tribunal determinando sua cessação, bem como pelo não cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer impostas, ou pelo descumprimento de medida preventiva ou termo de compromisso de cessação previstos nesta Lei, o responsável fica sujeito a multa diária fixada em valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), podendo ser aumentada em até 50 (cinquenta) vezes, se assim recomendar a situação econômica do infrator e a gravidade da infração.

Não se sujeitar ou descumprir uma decisão do Tribunal Administrativo do CADE torna a pessoa (física ou jurídica) passível de pagamento de multa diária, nos termos do art. 11, inciso IV, do referido diploma legal.⁷⁰

A competência para calcular o valor da multa diária é do Superintendente-Geral do órgão, como estabelece o art. 13, XI da lei.⁷¹

Não apenas o descumprimento de decisões sujeita os recalcitrantes à sanção pecuniária, mas também o não atendimento das determinações ou requisições feitas pelo Conselho, como se verifica no art. 40 da Lei n. 12.529/2011:

Art. 40. A recusa, omissão ou retardamento injustificado de informação ou documentos solicitados pelo CADE ou pela Secretaria de Acompanhamento Econômico constitui infração punível com multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), podendo ser aumentada em até 20 (vinte) vezes, se necessário para garantir sua eficácia, em razão da situação econômica do infrator.

Verifica-se que o Tribunal do CADE foi dotado de força cogente, a fim de que seus procedimentos e decisões produzam efeitos práticos e concretos para o bem da ordem econômica, dos consumidores e da coletividade em geral, como objetivamente preconizou a própria Constituição Federal, no art. 170, *caput*, ao assegurar a livre concorrência e a defesa do consumidor (incisos IV e V).⁷²

⁷⁰ Lei n. 12.529/2011. Art. 11. Compete aos Conselheiros do Tribunal: (...) IV - adotar medidas preventivas, fixando o valor da multa diária pelo seu descumprimento;

⁷¹ Lei n. 12.529/2011. Art. 13. Compete à Superintendência-Geral: (...) 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;

⁷² Constituição Federal. 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: (...) IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; (...).

3 REVISÃO JUDICIAL DAS DECISÕES DO CADE

O direito fundamental e inalienável de buscar do Estado, por meio do Poder Judiciário, a preservação, salvaguarda e restauração de um direito violado ou ameaçado de lesão foi, desde tempos remotos, anseio do indivíduo. Assim, o rei João sem Terra expediu a Carta Magna, em 1215, assegurando a seus súditos a garantia e a proteção de seus direitos fundamentais.⁷³

Dessa forma, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no art. 5º, inciso XXV,⁷⁴ da Constituição Federal, do qual decorre o direito de ampla defesa e contraditório, insculpido no mesmo art. 5º, inciso LV,⁷⁵ é uma conquista civilizatória que jamais deve ser mitigada ou minorada.

Estabelecida a inafastabilidade da jurisdição, pode-se afirmar categoricamente, como o faz Forgioni (2020, p. 161) que “*todas as causas antitruste podem ser levadas à apreciação dos magistrados. Repita-se: todas elas, sem exceção*”. (grifo da autora)

O ordenamento jurídico brasileiro foi assim estruturado pelo Poder Constituinte originário. Essa determinação deve ser respeitada e praticada, pois reflete a vontade popular. Sem se olvidar, contudo, que os magistrados carecem, em sua maioria (havendo exceções) de conhecimentos técnicos mais aprofundados sobre economia ou como mensurar os impactos de determinada infração à ordem econômica em determinado setor da economia.

O papel do Judiciário como um dos órgãos do Estado a defender a livre concorrência é fundamental, pois como anota Salomão Filho (2013, p. 62), o Direito Antitruste objetiva, sobretudo, assegurar que a concorrência de fato exista, que não seja substituída por relações de poder e submissão. Ademais, preconiza que a relação entre os agentes econômicos no ambiente da competição comercial se dê de modo leal e justo.

⁷³ Sobre direitos fundamentais e o instrumento que é considerado como a primeira Constituição de que se tem notícia, ver: SILVA, Evander de Oliveira. A magna carta de João sem-terra e o devido processo legal. JusBrasil. Disponível em: <https://evanderoliveira.jusbrasil.com.br/artigos/152036542/a-magna-carta-de-joao-sem-terra-e-o-devido-processo-legal>. Acesso em: 10 mar. 2019.

⁷⁴ Constituição Federal. Art. 5º. XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

⁷⁵ Constituição Federal. Art. 5º. Inciso XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Zanchetta assim resume a importância do direito concorrencial:

Em síntese, pretende assegurar a defesa da concorrência, isto é, que os *players* descubram as melhores opções e ordenem as relações econômicas da forma mais justa e equilibrada. Nesse contexto, importa mencionar a íntima relação entre a garantia da livre concorrência e a defesa do consumidor: ao defender a livre concorrência, baseada na lealdade e nas condutas lícitas dos agentes, conquista-se o bem-estar econômico e social do consumidor, o qual se beneficia de produtos e serviços de melhor qualidade e a preços mais baixos. Assim, além de reprimir determinadas condutas praticadas por quem detenha poder de mercado, a lei previne, por meio do controle estrutural, a formação de estruturas de mercado que têm a potencialidade de prejudicar a concorrência e a sociedade como um todo. (ZANCHETTA, 2018, p. 91)

Em razão dessa importância já apresentada, o Judiciário, cômico de seu mister e imbuído de decidir a lide que lhe é submetida, não pode se furtar a decidir a causa, fixando medidas e ações a serem adotadas pelas partes, visto que o juiz não pode se recusar a decidir.

No entanto, no escalar das instâncias, não é incomum que a solução do caso vá se alterando conforme o entendimento do juiz, da turma de desembargadores (no TRF), do ministro do STJ e até mesmo de uma turma ou outra do STF e de seu plenário. A sensação de insegurança jurídica é semelhante ao movimento de uma gangorra, ora em cima, ora embaixo.

Em termos numéricos e proporcionais, das decisões condenatórias do CADE de 1994 a 2005 por infrações contra a ordem econômica, somente 18% haviam sido cumpridas. No triênio que compreende o período 2002 a 2004, somente 3,78% das multas aplicadas pelo Conselho haviam sido espontaneamente pagas. (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Tal fato impulsionou a Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE a inscrever os débitos concernentes às multas aplicadas em dívida ativa e a promover a execução fiscal dos valores, nos termos do art. 15, III, da Lei n. 12.529/2011.⁷⁶ Nos anos seguintes, os pagamentos espontâneos das multas foram muito maiores e, conseqüentemente, o número de execuções fiscais promovidas caiu significativamente (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2013).

Para além do aspecto financeiro e tributário, essa medida também serviu como estímulo para que as empresas dedicassem maior atenção às decisões, requisições e recomendações da Superintendência-Geral e do próprio Tribunal do CADE durante o trâmite

⁷⁶ Lei n. 12.529/2011. Art. 15. Funcionará junto ao Cade Procuradoria Federal Especializada, competindo-lhe: III - promover a execução judicial das decisões e julgados do Cade;

processual.

3.1 JURISDIÇÃO EXERCIDA PELO PODER JUDICIÁRIO E JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA

A proibição do *non liquet*⁷⁷ (vedação à negativa do juiz em decidir a causa que lhe é submetida) como premissa dogmática jurídica desde há muito consagrada poderia ser mitigada? O juiz pode, em certos casos, se omitir de decidir? Qual seria a implicação ao princípio universal do acesso à justiça?

Dinamarco (2003, p. 114)⁷⁸ adverte que o direito de acesso à justiça significa uma “promessa-síntese” de todas as demais garantias constitucionais.

Impende trazer à memória a definição semântica e jurídica do termo “jurisdição”. O Dicionário Oxford para a Língua Portuguesa traz os seguintes sentidos:

jurisdição

s.f. (sXIII)

1 poder de um Estado, decorrente de sua soberania, para editar leis e ministrar a justiça;

2 poder legal, no qual são investidos certos órgãos e pessoas, de aplicar o direito nos casos concretos

3 território no qual uma autoridade exerce o poder judiciário

4 *jur* cada uma das divisões do poder judiciário (p.ex., jurisdição civil, militar etc.)

5 limite da competência, da autoridade (p.ex., de uma instituição, corpo social) <j. *eclesiástica*>

6 *fig.* campo de atuação, área de trabalho, de influência etc. de alguém, de uma instituição etc.; alçada. (DICIONÁRIO OXFORD, 2021).

Lançando um olhar mais aproximado, Guimarães (2019, p. 160), em seu “Dicionário Jurídico”, expõe uma significação mais estrita para o termo, ensinando que “jurisdição” se trata do “poder pertencente aos magistrados de aplicar o direito”.

Diante de tais definições, parece se amoldar mais à realidade atual do ordenamento

⁷⁷ Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2003) assim leciona: “O pensar dogmático, como temos visto até agora, é um saber bitolado por dois princípios: o da inegabilidade dos pontos de partida e o da proibição do *non liquet*, isto é, o da compulsoriedade de uma decisão. Para o saber dogmático, não há questões indecidíveis. Pode-se não saber qual a decisão que será tomada diante de um conflito, mas se sabe, desde logo, que uma decisão ocorrerá. Essa compulsoriedade é que confere ao saber dogmático a necessidade de criar as condições de decidibilidade”.

⁷⁸ Para Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 114), essa promessa-síntese traz como consequência o direito de não ser processado, tampouco sentenciado, senão pela autoridade competente, e também o direito ao devido processo legal, ou seja, ao contraditório e à ampla defesa, com todos os meios de provas e recursos a ele inerentes.

jurídico nacional, quiçá até mesmo mundial, o sentido mais alargado definido pela equipe de Oxford, como acima transcrito, especialmente o contido no item 2, quando se refere ao poder legal de que são investidos certos órgãos e pessoas no importante e árduo mister de aplicar o direito aos casos concretos.

A teoria do *institutional capabilities*, formulada por Cass Sustein e Adrian Vermeule, lança uma proposta sobre a relativização da proibição do *non liquet*, trazendo esta tese como solução ao problema da falta de conhecimento técnico suficiente dos juízes para decidir todo e qualquer tipo de causa sobre qualquer assunto que seja.⁷⁹

Assim, de modo assertivo, há que se reconhecer a existência da jurisdição administrativa, cujas decisões vinculam as partes que tiveram seus interesses apreciados e julgados, restando-lhes o cumprimento, exceto em caso de sentirem que o julgamento administrativo violou algum direito, hipótese em que buscarão se socorrer do Judiciário para anular a decisão.

O reconhecimento da *jurisdição administrativa* não representa apenas uma dedução do que se encontra nos dicionários, nem é tão somente uma proposição decorrente das atribuições de julgamento exercidas por certos órgãos do Poder Executivo e do Legislativo, antes revela, sobretudo, uma conclusão lógica decorrente da análise do próprio texto constitucional.

É que a Lei Maior dotou os três poderes do Estado do exercício típico de determinadas funções inerentes a cada um deles: o Poder Legislativo detém a função típica de conduzir o processo legislativo e produzir as leis, em sentido estrito; o Poder Executivo, de dar executoriedade a estas leis e de regulamentá-las, influenciando na esfera de direitos e deveres das pessoas (físicas e jurídicas); e o Poder Judiciário detém a função precípua de aplicar as

⁷⁹ O texto publicado em 2003 na revista de artigos jurídicos da Escola de Direito da Universidade de Chicago traz a justificativa para a tese: “(...) we urge that it is far more promising to focus on two neglected issues. The first has to do with institutional capacities. As we shall urge, debates over legal interpretation cannot be sensibly resolved without attention to those capacities. The central question is not ‘how, in principle, should a text be interpreted?’ The question instead is ‘how should certain institutions, with their distinctive abilities and limitations, interpret certain texts?’ If the relevant judges can reliably decide whether a literal interpretation of a statutory term is absurd, the argument for rejecting literalism is greatly strengthened; if the relevant judges are highly fallible, literalism may have some overlooked virtues. A great deal turns as well on the attentiveness of the relevant legislature; the appropriate stance toward interpretation is not the same in a system with an attentive legislature as in a system with an inattentive one. The second issue involves the dynamic effects of any particular approach – its consequences for private and public actors of various sorts. If a nonliteral interpretation of the phrase ‘induce cancer’ would introduce a great deal of uncertainty into the system and reduce Congress’s incentive to make corrections, it might well be sensible to deny exceptions in cases involving trivial risks. By drawing attention to both institutional capacities and dynamic effects, we are suggesting the need for a kind of institutional turn in thinking about interpretive issues”; SUSTIEN; VERMEULE, 2003, p. 886).

leis ao caso concreto sempre que for procurado a dirimir dúvidas ou resolver conflitos atinentes à lesão ou à ameaça de lesão da esfera de direitos das pessoas, como ensina Di Pietro (2006, p. 69 -71).⁸⁰

Em complementação a essa doutrina, Alessi (1970, p. 7-8), examinando as funções do Estado e como estas são distribuídas nos órgãos representativos dos Poderes, afirma que, em todos eles, ocorre a emanção de atos de produção jurídica, isto é, atos que introduzem modificação em relação a uma situação jurídica anterior, com algumas distinções, quais sejam:

- A) A legislação é ato de produção jurídica primário, porque fundado única e diretamente no poder soberano, do qual constitui exercício direto e primário; mediante a lei, o Estado regula relações, permanecendo acima e à margem das mesmas;
- B) A jurisdição é a emanção de atos de produção jurídica subsidiários dos atos primários; nela também o órgão estatal permanece acima e à margem das relações a que os próprios atos se referem;
- C) A administração é a emanção de atos de produção jurídica complementares, em aplicação concreta do ato de produção jurídica primário e abstrato contido na lei; nessa função, o órgão estatal tem o poder de influir, mediante decisões unilaterais, na esfera de interesses de terceiros, o que não ocorre com o particular. Daí a posição de superioridade da Administração na relação de que é parte.

Ainda sobre a função jurisdicional e a função administrativa, deve-se distinguir que a jurisdição atua mediante provocação da parte interessada, como já afirmado, razão pela qual é subsidiária, ou seja, exercida apenas quando os interessados não cumprem a lei espontaneamente, ao passo que a função administrativa atua independentemente de provocação para que a vontade contida no comando legal seja cumprida e alcançados os fins estatais. Portanto, é o Poder Executivo exercendo a atividade judicante, tal qual ocorre nos processos administrativos disciplinares.

Em termos similares, Cândido Rangel Dinamarco (2005, p. 64) afirma que jurisdição não é tão somente a expressão de um poder ou instrumento do Estado para a realização de certos objetivos por ele visados, é, sobretudo, a atividade compulsória dirigida e disciplinada pela norma jurídica, em especial, os direitos e garantias fundamentais.

Por isso, há julgamentos no Tribunal do CADE que são frutos de atuação do próprio

⁸⁰ A autora esclarece que, “Embora o poder estatal seja uno, indivisível e indelegável, ele desdobra-se em três funções: a legislativa, a executiva e a jurisdicional. A primeira estabelece regras gerais e abstratas, denominadas leis; as duas outras aplicam as leis ao caso concreto: a função jurisdicional, mediante solução de conflitos de interesses e aplicação coativa da lei, quando as partes não o façam espontaneamente; a função executiva, mediante atos concretos voltados para a realização dos fins estatais, de satisfação das necessidades coletivas” (DI PIETRO, 2006, p. 69).

CADE, iniciados pela Superintendência-Geral no cumprimento de seu mister de acompanhar o mercado, como previsto na Nova Lei Antitruste Brasileira.⁸¹

Ressalte-se que a Constituição Federal conferiu precipuamente ao Poder Judiciário a função de dizer o direito de modo definitivo, o que decorre da inafastabilidade da jurisdição e das prerrogativas constitucionais de que são dotados os magistrados, como reafirmam Baldini, Cavali e Silva:⁸²

A inafastabilidade do controle jurisdicional está fundada na independência do Poder Judiciário. Os juízes gozam de garantias – como a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio (CF, art. 95) – que lhes garantem um ambiente de imparcialidade e independência muito maior do que o de órgãos reguladores, públicos ou privados. (BALDINI; CAVALI; SILVA, 2021, p. 196)

Não obstante, os autores salientam que o conhecimento técnico aprofundado por meio do qual a análise e o julgamento da matéria são realizados pelo órgão competente da Administração Pública (CVM para o mercado de capitais; CADE para a defesa da concorrência e da ordem econômica) “se mostra de importância mais destacada, ao lado de outras em que a solução depende mormente de métodos interpretativos tipicamente jurídicos”.

E ainda sobre a vinculação ou mesmo “interdependência” das decisões administrativas para a esfera judicial (penal), ao considerar a *acessoriedade administrativa*, assim propõem:

O art. 1º da Lei no 8.137/1990 exige, para a configuração do delito de sonegação fiscal, a ocorrência de supressão ou redução de “tributo”, sendo a constituição do crédito tributário, por lei, privativa da autoridade administrativa (CTN, art. 142). Por essa razão é que se entende que, antes que a autoridade administrativa ateste a existência de tributo suprimido ou reduzido, é inviável se reconhecer juridicamente a caracterização do delito.

Neste último caso, a decisão da autoridade administrativa se equipara ao ato administrativo individual exigido diretamente pelo tipo penal. Se o Fisco entender que não existe tributo devido, não há crime, por ausência de

⁸¹ Lei n. 12.529/2011. Art. 13. Compete à Superintendência-Geral: I - zelar pelo cumprimento desta Lei, monitorando e acompanhando as práticas de mercado; II - acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e documentos necessários, mantendo o sigilo legal, quando for o caso; III - promover, em face de indícios de infração da ordem econômica, procedimento preparatório de inquérito administrativo e inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; (...)

⁸² Constituição Federal. Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

realização de um elemento típicos. (BALDINI; CAVALI; SILVA, 2021, p. 191)

Constata-se que há, portanto, uma vinculação da autoridade judiciária à decisão da autoridade administrativa (fiscal) sobre a configuração do ilícito tributário. O mesmo se aplica a certas condutas no âmbito de atuação da CVM e também do CADE.

Por outro lado, há certas circunstâncias em que a decisão do magistrado obrigará a conduta vinculativa das autoridades administrativas. É o caso, por exemplo, das decisões absolutórias penais em certos incisos do Código de Processo Penal, como detalham Baldini, Cavali e Silva:

O inciso I do art. 386 do CPP se refere à hipótese em que restar “provada a inexistência do fato”. Concluindo o juízo penal, onde as exigências probatórias são as mais rígidas do ordenamento jurídico, pela inexistência material do fato, a sentença absolutória produzirá efeitos na esfera administrativa. Assim, se a CVM, por exemplo, aplicar a sanção pela prática de um ilícito administrativo e, no processo penal, concluir-se que as condutas imputadas, na realidade, não foram sequer realizadas, o processo administrativo sancionador deverá ser anulado, cancelando-se as penas porventura aplicadas e surgindo para o acusado o direito à restituição do valor eventualmente pago. O inciso II do art. 386 trata da absolvição pela falta de prova da existência do fato. Neste caso, a sentença penal não será vinculante, pois a ocorrência ou não do fato não foi categoricamente atestada pela jurisdição penal. Do mesmo modo, se a absolvição se der por “não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal” (CPP, art. 386, V) ou por “não existir prova suficiente para a condenação” (CPP, art. 386, VII), a absolvição penal não produz efeitos na esfera administrativa, dada a ausência de manifestação conclusiva do juiz penal sobre estes pontos. A despeito de a acusação não ter logrado atingir o patamar probatório mínimo necessário para a condenação penal, é possível que subsista a punição administrativa, já que, nesta esfera, a exigência de suficiência de prova é menos rigorosa. Tampouco a hipótese em que se reconheça “não constituir o fato infração penal” (CPP, art. 386, III) afetará o processo administrativo. A circunstância de a conduta não preencher todos os elementos do tipo penal não impede que esteja caracterizada a infração administrativa, sendo da CVM a competência para realizar essa análise. Já quando restar “provado que o réu não concorreu para a infração penal” (CPP, art. 386, V), essa decisão será vinculante para o processo administrativo sancionador. Aplica-se, na hipótese, a regra do art. 935 do CC, ou seja, não se pode questionar mais sobre quem seja o autor do fato, pois esta questão foi definitivamente decidida no juízo criminal. Finalmente, o inciso VI do artigo 386 prescreve a hipótese de absolvição sumária quando “existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência”. Trata-se das causas de exclusão da ilicitude e da culpabilidade. As causas de exclusão da ilicitude estão reguladas expressamente num dispositivo próprio, o art. 65 do CPP, segundo o qual “faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”. Nestes casos, pois, reconhecida a excludente de ilicitude pelo juízo criminal, estará

a CVM vinculada à decisão. (BALDINI; CAVALI; SILVA, 2021, p. 186-187)

Verifica-se que, do ponto de vista penal, a lei é taxativa em determinar as hipóteses de decisão na esfera judicial em que repercutirão efeitos no âmbito administrativo, da mesma sorte, na seara civil, permitindo inclusive o processamento para busca de reparação pecuniária decorrente da prática de ato ilícito, no âmbito não apenas da CVM, mas também do CADE, cujas atribuições são bastantes similares, porém aplicadas a setores distintos da economia, diante da alta especialidade dos assuntos e problemas inerentes a tais setores da economia.

Diante dessas peculiaridades, é oportuno analisar a explanação de Hanthorne e Becker sobre a possibilidade de relativização da proibição do *non liquet*.⁸³

O argumento das capacidades institucionais repousa em uma leitura constitucional, de modo a, mesmo em níveis funcionais distintos, encontrar a instituição mais capacitada para a resolução do problema trazido ao debate. Não se trata de apontar instituições em abstrato, mas sim, de forma objetiva e no intuito de resolver o conflito. Para adoção das capacidades institucionais, além dos argumentos já elencados, é necessário demonstrar que a prolação de determinada sentença, no caso concreto, fere o critério da separação dos poderes, e que determinado órgão deve decidir sobre determinado aspecto, por ter este último, a “melhor decisão” para o caso em apreço. (HANTHORNE; BECKER, 2021, p. 119)

Afigura-se mais sensato e razoável conjugar o sobredito *princípio da interdependência entre as instâncias* com os preceitos da teoria de Sustain e Vermeule sobre as capacidades institucionais e como estas devem conduzir e estabelecer proeminência para um órgão decisor distinto do Poder Judiciário, diante de uma capacidade institucional em determinada matéria ser maior e possibilitar uma solução melhor no que tange a seus efeitos para o bem comum.

3.1.1 A processualística definida pela Nova Lei Antitruste

Jhering (2006, p. 6) assim preceitua: “Não é, portanto, por acaso, mas por uma necessidade profundamente fixada na essência do direito, que todas as formas substanciais do processo e do fundo do direito se ligam às leis”.

Não por menos, a Nova Lei Antitruste Brasileira trouxe dispositivos específicos para o processamento dos atos de concentração e julgamento das condutas (supostamente)

⁸³ No referido texto elucidativo, os autores abordam as possibilidades de uma aplicabilidade razoável e conciliatória do princípio da vedação do *non liquet*, apregoando que é sensato flexibilizar a vedação. No artigo científico em questão é defendida a utilização da teoria das capacidades institucionais, como relativização do princípio da indeclinabilidade da jurisdição. (HANTHORNE; BECKER, 2021, p. 105-135)

anticompetitivas, além de determinar que outras normas procedimentais fossem melhor delineadas no regimento interno do CADE.

Em que pese a legislação antitruste brasileira conferir ao CADE proeminência e centralidade na defesa da concorrência, no combate às práticas de truste, cartel, abuso de poder econômico e demais infrações à ordem econômica, não significa dizer que órgão é o único guardião da economia e o único pilar da defesa dos consumidores, como se denota da ementa de recente julgado (junho/2021) do Superior Tribunal de Justiça:

4. (...) Essas empresas e seus sócios, entre os quais figuram os recorrentes, conforme apurado, mantinham um sistema de fraude nos processos licitatórios, respectivos contratos e termos aditivos, envolvendo o Detran/RJ e a prestação de serviço terceirizado" (fl. 78, e-STJ, negrito).

5. A tese de que somente a Superintendência-Geral do CADE é competente para investigar e decidir sobre a ocorrência de infrações à ordem econômica não se sustenta. É que "O art. 12 da Lei 8.429/92 estabelece que as penalidades previstas devem ser impostas 'independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica', o que explicita a independência de instâncias" (...). (REsp 1.454.036/MG, Relator Min. Mauro Campbell, Segunda Turma, DJe 24.10.2018).⁸⁴

A ordem econômica, como preceitua a Constituição Federal, tem caráter promotor de progresso humanístico para a sociedade brasileira em geral, assegurando a todos existência digna, sob os pressupostos da justiça social (art. 170, *caput*, da CF/88).

O Estado é o agente regulador e normatizador da atividade econômica, conforme prevê o art. 174 da Constituição Federal,⁸⁵ o que significa que a ele incumbe, por meio dos Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) e dos órgãos integrantes, exercer a regulamentação, fiscalização, incentivo e planejamento, além de aplicar sanções e penalidades aos agentes econômicos em caso da prática de infrações à ordem econômica.

Como bem anota a OCDE (2019, p. 28), embora o Tribunal Administrativo do CADE tenha o dever de garantir o contraditório e a ampla defesa nos processos administrativos submetidos a seu crivo e de prolatar decisão cingida de imparcialidade, "todos os casos estão sujeitos à revisão judicial".

Diante de tal premissa, a efetividade das decisões do CADE perpassa pela estrita

⁸⁴ STJ. AREsp.: 1.812.026-RJ (2020/0342041-0). Min. Rel. Hermann Benjamin. 2ª Turma. Unânime. Jug. 08/06/2021. DJ-e 03/08/2021.

⁸⁵ CF. Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

observância às formalidades processuais estabelecidas na legislação processual civil, penal e na própria lei antitruste.

A garantia do contraditório e da ampla defesa foi contemplada, o que não representa qualquer favor do legislador, mas antes plena vinculação ao direito fundamental constitucional previsto no art. 5º, inciso LV da CF.⁸⁶

Assim, os procedimentos para o processamento dos atos de concentração ou para apuração de conduta anticompetitiva e suas várias espécies de processos foram estabelecidos na Nova Lei Antitruste Brasileira, conforme art. 48⁸⁷ – perante a SG, nos arts. 53 a 57 e perante o Tribunal do CADE nos arts. 58 a 63.

Uma evolução que a Lei n. 12.529/2011 promoveu foi a previsão de diversos institutos que constam nas leis processuais civis e penais para dentro da processualística administrativa do CADE.

Exemplo disso é a possibilidade de se deferir medidas acautelatórias preventivas (art. 84), o instituto da conciliação, até mesmo quando há processo judicial rediscutindo a matéria (art. 15, III) e dos compromissos de cessão de condutas (arts. 85), programa de leniência (art. 86 e 87), cujo acordo firmado e cumprido integralmente importa na extinção da punibilidade penal.⁸⁸

⁸⁶ Constituição Federal. Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

⁸⁷ Lei n. 12.529/2011. Art. 48. Esta Lei regula os seguintes procedimentos administrativos instaurados para prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica: I - procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; II - inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; III - processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica; IV - processo administrativo para análise de ato de concentração econômica; V - procedimento administrativo para apuração de ato de concentração econômica; e VI - processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais.

⁸⁸ Lei n. 12.529/2011. Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei n. 8.666, de 21 jun. 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o *caput* deste artigo.

3.1.2 A prática de *dumping*: o caso da Barilha

Barrilha é um minério cujo principal composto é o carbonato de sódio. É matéria-prima elementar para a fabricação de vidros.

Na década de 1960, havia se iniciado a produção de barilha, que estava em expansão, não sendo ainda suficiente para atender toda a demanda nacional das empresas vidreiras, assim toda a produção da CNA era consumida pelas indústrias automáticas de vidro, como conta Aloysio Magalhães (1966, p. 23).⁸⁹

As fábricas automáticas de vidro formaram uma associação, a Associação Técnica Brasileira da Indústrias Automáticas de Vidro (ATBIAV), para a defesa de seus interesses, logo após o Governo Federal ter concedido o monopólio da importação de barrilha para a CNA (a fim de suprir a demanda nacional), e estariam incidindo na prática de *dumping*,⁹⁰ pois o produto nacional encontrava dificuldades para a sua colocação no mercado, tendo em vista que o importado era vendido a um preço mais baixo do que nos países de origem .

O caso é inaugural: foi o primeiro processo administrativo a tramitar no recém-criado CADE, em meados de 1960. Autuado como Avereguição Preliminar 1/63, ilustra a dificuldade para se julgar e condenar empresas por abuso de poder econômico à época, pois diante de um arcabouço probatório insuficiente da prática de *dumping* contra as empresas produtoras e importadoras da matéria-prima, ATBIAV, a denúncia foi julgada improcedente (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2013).

Revela-se oportuna uma reflexão sobre o aspecto processual, pois é nesse campo que se dá a produção de provas de que determinada conduta configura ilícito da ordem econômica. A legislação existente em 1963 não guarnecia o órgão antitruste de instrumentos

⁸⁹ Aloysio Guimarães (1966, p. 15 -23) traz dados bastante precisos sobre o plano de implantação da unidade produtora da CNA em Cabo Frio, relatórios de aportes e financiamentos públicos tomados no mercado internacional, quantidades produzidas anualmente, além do teor da denúncia feita pelo sindicato dos funcionários das indústrias químicas de Cabo Frio/RJ e como foi seu trâmite processual.

⁹⁰ “O *dumping* é uma prática comercial artilosa que tem como objetivo prejudicar a venda de produtos locais de um país com a exportação de produtos similares. Estes produtos são vendidos com valores abaixo do preço de comercialização no país de origem. A tática utilizada pode quebrar empresas nacionais, nos termos do artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio de 1947 (GATT), inserido no ordenamento brasileiro por meio do Decreto n. 1.335/94. Por sua vez, as medidas ou direitos *antidumping* resumem-se ‘imposição de direitos aduaneiros sobre produtos de empresas que discriminam mercados’, que ‘se materializam na cobrança de valores adicionais no momento da importação do produto’”. (BARRAL; BROGINI, 2007, p. 34). As medidas *antidumping* são aplicadas por meio do cálculo da diferença entre o preço considerado um valor normal do produto similar em operações comerciais normais e o valor do produto que teve a prática de *dumping*.

procedimentais capazes de lhe permitir avançar no campo probatório, o que somente começou a ocorrer com o advento da Lei n. 8.884/1998 e da atual lei antitruste, em vigor desde 2012.

3.2 ANULAÇÃO DAS DECISÕES DO CADE PELO JUDICIÁRIO

Para fins de prosseguimento da análise da (in)efetividade das decisões do CADE, serão expostos a seguir alguns casos em que houve a reversão da decisão pelo Poder Judiciário, comumente por órgão colegiado de tribunal.

O estudo dos casos é importante para conhecer os fundamentos considerados pelo órgão antitruste, na sua especial atribuição de defesa da concorrência em contraposição ao entendimento judicial que, além de levar em conta a defesa da concorrência, considera também outros aspectos de ordem pública, como as garantias e os direitos fundamentais e a proteção da ordem econômica.

3.2.1 Caso da LPM – Lista de Procedimentos Médicos: revisão judicial

O caso tratou de conduta apenada pelo CADE por ter considerado que a emissão de Lista de Procedimentos Médicos (LPM) confeccionada pela COOPANEST/BA (Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas da Bahia), com valores mínimos de honorários para atendimento, configurara ato anticompetitivo e atentatório à livre concorrência entre os profissionais de saúde: médicos anesthesiologistas. Conduta apurada no Processo Administrativo n. 08012.00746097-14.

A sanção imposta pelo CADE consistia em: a) cessão do uso da tabela de honorários; b) pagamento de multa de 60.000 UFIRs, na forma da Resolução 9 do CADE; c) publicação, no prazo de 30 dias da publicação do acórdão, de nota pública do inteiro teor da decisão penalizadora, em um dos dois jornais de maior circulação da Bahia e de Sergipe; d) informação aos médicos cooperados, até 30 dias da publicação do acórdão, da decisão penalizadora; e) pagamento de multa diária de 5.000 UFIRs pelo descumprimento das medidas penalizantes aplicadas.

A COOPANEST/BA, não se submetendo à decisão da Autoridade Antitruste, propôs ação cível para anular a decisão do Tribunal do CADE, processada sob n. 0022676-25.2001.4.01.3400, na qual o pedido de anulação de penalidade aplicada sob o

argumento de prejuízo à livre concorrência foi julgado procedente. O juízo de primeiro grau entendeu que a edição de lista de preços para atendimento médico não configura infração à ordem econômica, e a conduta não se inclui nas hipóteses previstas nos arts. 20, I, e 21, II e V, da Lei 8.884/1994, configurando, tão somente, procedimento de orientação, realizado pela Cooperativa em favor de seus cooperados.

O CADE recorreu da sentença, tendo o Tribunal Regional da 1ª Região confirmado-a, conforme ementa transcrita a seguir:

Ementa: Apelação Cível. Administrativo e Processual Civil. Cooperativa de médicos anesthesiologistas. Emissão de tabela de honorários mínimos. Infração à ordem econômica não configurada.

Arts. 20, I, e 21, II, da Lei 8.884/1994. Precedentes. Recurso de apelação desprovido. I. Consoante o entendimento assentado na jurisprudência deste Tribunal, não configura infração à ordem econômica, na forma das condutas tipificadas nos arts. 20, I, e 21, II e V, da Lei 8.884/1994, a emissão e o uso de Lista de Procedimentos Médicos – LPM contendo tabela de honorários mínimos, uma vez que esse procedimento administrativo não objetiva prejudicar a livre concorrência, mas, tão somente orientar, sem natureza compulsória, os profissionais associados. 2. Na espécie, a tabela com indicação dos valores de honorários médicos foi emitida pela Associação Médica Brasileira – AMB e utilizada pela Cooperativa dos Médicos Anesthesiologistas da Bahia – Coopanest/BA.

Precedentes: TRF1: AC 0034529-02.1999.4.01.3400/DF, rel. Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira, 4ª Turma Suplementar, e-DJF1, p. 408, de 02/08/2013; AC 0017307-84.2000.4.01.3400/DF, rel. Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo, 5ª Turma Suplementar, e-DJF1, p. 272 de 09/11/2011; AC 0012790-41.1997.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, e-DJF1, p. 79, de 30/07/2010 – STJ. II. Apelação a que se nega provimento, determinando-se, em decorrência, a extinção da Ação de Execução 0037384-70.2007.4.01.3400, em curso no Juízo da 18ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, em razão da nulidade, declarada no presente julgamento, do título exequendo, produzido pelo Cade, que a instrui. Para assegurar o resultado útil do processo em exame, determina-se, também, a imediata suspensão da Execução 0037384-70.2007.4.01.3400, em curso no Juízo da 18ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, até que se opere o trânsito em julgado do recurso de apelação ora denegado por esta egrégia Turma. Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação, extinguir a Ação de Execução 0037384-70.2007.4.01.3400, em curso no Juízo da 18ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, e, para assegurar o resultado útil do julgamento proferido no processo em exame, determinar a imediata suspensão da Execução 0037384-70.2007.4.01.3400, em curso no Juízo da 18ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, até que se opere o trânsito em julgado do recurso de apelação ora denegado por esta egrégia Turma. 6ª Turma do TRF 1ª Região – 20/09/2013. Desembargador Federal Kassio Marques, relator. e-DJF1 de 08/10/2013.

O entendimento decorrente da apreciação judicial do caso e das suas circunstâncias conduziu à anulação da decisão do CADE e, conseqüentemente, à suspensão e extinção das execuções fiscais para cobrança das multas impostas.

Note-se que o reconhecimento de inexistência da ocorrência do ilícito contra a ordem econômica teve o condão de nulificar todo o processo administrativo conduzido pelo CADE e suas conseqüências para a COOPENAST/BA.

3.2.2 O antigo problema da notificação *ex post*: o caso Nestlé/Garoto

A anterior lei antitruste (Lei n. 8.884/1994) trazia o mandamento de que as empresas que pretendiam adquirir controle acionário de outra, ou mesmo obter participação social menor, ou ainda estabelecer fusão, deveriam notificar o ato de concentração ao CADE, previamente, ou em até quinze dias da celebração da operação negocial, conforme art. 54, § 4º.⁹¹

Esse, por exemplo, foi o caso da aquisição da empresa de chocolates Garoto pela Nestlé,⁹² que se iniciou em 2002, fato bastante exposto na imprensa, como observa Kojikovski (2017).⁹³ A primeira empresa detinha 24% do mercado de chocolates, enquanto a Nestlé liderava com 31%, passando a ter a hegemonia sobre a maior parte do mercado (55%). Tal fusão foi reprovada pelo CADE. Por isso, a Nestlé ingressou na justiça para que fosse anulada a decisão do CADE,⁹⁴ conforme REsp. 1.163.560/RJ, de Relatoria da Ministra Eliana Calmon:

⁹¹ Lei n. 8.884/1994. 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.

§ 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 Seae.

⁹² CADE. Ato de concentração 08012.001697/2002-89. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/nota-oficial>. Processo SEI na íntegra: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/m_d_p_e_s_q_p_r_o_c_e_s_s_o_e_x_i_b_i_r.p_h_p?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcUgZ_1QkKZ2OZVRBZz92avfuD_6Zyz8snttXVN_5t_fi. Acesso em: 21 maio 2021.

⁹³ Em 20 setembro de 2017, a Revista Exame publicou em *site* notícia de autoria do jornalista Gian Kojkovisk narrando a longa batalha (administrativa e judicial) da Nestlé e da Garoto contra o CADE. (KOJIKOVSKI, 2017)

⁹⁴ Ação Cível - Processo n. 2005.34.00.015042-8, distribuída em 20/05/2005 que foi julgada parcialmente procedente na 1ª instância, mas reformada em sede de recurso de apelação. O processo foi migrado para o sistema PJE da Justiça Federal do DF e recebeu noma numeração: 001518-08.2005.4.01.3400.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – VIOLAÇÃO DOS ARTS. 458 E 535 DO CPC – INEXISTÊNCIA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTRA ATO DECISÓRIO DO CADE – ALIENAÇÃO FRAGMENTADA DE EMPRESA – PREJUDICIALIDADE EXTERNA – AUSÊNCIA DO PREQUESTIONAMENTO – SÚMULA 211/STJ – AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO – SÚMULA 126/STJ.

1. Não ocorre ofensa aos arts. 458 e 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.
2. O pleito recursal – relacionado à legalidade da venda fragmentada da Chocolates Garoto, conforme decisão do CADE – está intimamente vinculado ao objeto de ação diversa, promovida pela Nestlé e Garoto contra o CADE na Justiça Federal do Distrito Federal (Processo no 2005.34.00.015042-8), em que se busca o reconhecimento judicial da própria concentração dessas empresas.
3. Suspende-se o processo, com base no art. art. 265, IV, "a", do CPC, nas situações de prejudicialidade externa. Medida não aplicada à hipótese em razão de deficiência do recurso especial.
4. É inadmissível o recurso especial quanto a questão não decidida pelo Tribunal de origem, por falta de prequestionamento (Súmula 211/STJ).
5. Inviável a reforma meritória de acórdão de índole eminentemente constitucional.
6. Ausente a interposição de recurso extraordinário em relação aos fundamentos constitucionais suficientes para manter o acórdão recorrido não se conhece do recurso especial. Incidência da Súmula 126/STJ.
7. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.

Quando o grupo suíço Nestlé anunciou a compra da fabricante brasileira de chocolates Garoto, e submeteu o ato de concentração ao CADE, em fevereiro de 2002, Fernando Henrique Cardoso era presidente. Foi no dia 28 daquele mês que o grupo suíço pagou 250 milhões de dólares para adquirir a companhia Garoto com sede em Vila Velha, no Espírito Santo, a qual passava por dificuldades financeiras.

Na época, a Garoto era dona de 24% do mercado brasileiro de chocolates, e a Nestlé, era líder com 31%. A união de ambas conferir-lhes-ia 55% do mercado nacional de chocolates.

Ainda em 2016, as duas companhias firmaram acordo perante o CADE para, enfim, ter o ato de concentração aceito. Foi concedido prazo – cujo termo final era outubro deste ano 2017 – para a Nestlé se desfazer de uma série de marcas, como os chocolates Serenata de Amor, Chokito, Lollo e Sensação. O detalhamento de todos os ativos que a empresa teria de vender estava sob sigilo, nos autos do processo administrativo que tramitou sob n. 08012.001697/2002-89, como já acima exposto.

A fim de evitar nova concentração no mercado – o que implicaria a formação de oligopólio no mercado de achocolatados –, uma das condições para que o acordo fosse homologado pelo CADE era que a Nestlé, ao se desfazer das marcas supramencionadas, não as alienasse para empresas de grande porte, como a empresa Lacta, que restou vedada de participar da aquisição das marcas.

Ana Frazão, professora e especialista em direito concorrencial, e ex-conselheira do CADE esclarece: “Para efeitos concorrenciais, o mero desinvestimento pode não resolver. É preciso que o comprador use daquele ativo para impor um padrão de competição maior ao mercado”. Por isso, restaram então as empresas menores, a exemplo da Arcor e Hershey’s e Neugebauer.

Sobre a análise judicial do caso, é importante destacar a delimitação dos pedidos feitos pela Garoto e a Nestlé nos autos do ação cível.

O mérito da questão tratou unicamente da análise do item 'c' da decisão proferida pelo CADE, nos autos do processo n. 08012.001697/2002-89 (Ato de Concentração), que desconstituiu a operação de venda da Garoto à Nestlé, determinando, ainda, a forma como o ato seria desfeito.

Dentre tais determinações, constou a possibilidade de a alienação da Garoto ser feita de forma fracionada, separando-se a parte intelectual (marcas, fórmulas, etc.) da parte física (equipamentos, instalações, maquinarias, etc.).

A ação foi julgada procedente e o CADE condenado, sob os seguintes fundamentos:

Ante o exposto JULGO PROCEDENTE o pedido das autoras e DECLARO aprovado automaticamente o ato de concentração submetido à apreciação do CADE em 1532002 em virtude de haver decorrido o prazo previsto no art 54, § 7º da Lei 8884/94 sem que tivesse havido decisão da autarquia tornando sem efeito a decisão de desconstituição da mesma operação. Condeno o CADE a reembolsar às autoras as custas processuais e a pagarlhes honorários advocatícios que arbitro em 10 dez por cento do valor atribuído à causa. (Parte dispositiva da sentença proferida em 19/03/2017, Juiz federal Dr. ITAGIBA CATTI PRETA NETO, 4ª Vara Federal Cível de Brasília/DF).

A condenação proferida pelo juízo federal ao CADE se baseou em critério puramente processual, pois o órgão antitruste não teria respeitado o prazo que a anterior lei antitruste lhe impunha: sessenta dias, conforme redação dos §§ 6º e 7º do art. 54 da Lei n. 8.884/1994.⁹⁵

Houve recurso ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, o qual alterou a decisão do juízo de primeiro grau, mas determinou que outro julgamento fosse feito pelo CADE, nos seguintes termos:

EMENTA: INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA. ATO DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS (NESTLÉ E GAROTO). INDEFERIMENTO DE APROVAÇÃO PELO CADE. PEDIDO DE REAPRECIÇÃO 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 REQUISIÇÃO 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.

⁹⁵ Lei n. 8.884/1994. Art. 54. § 6º - Após receber o parecer técnico da SEAE, que será emitido em até trinta dias, a SDE manifestar-se-á em igual prazo, e em seguida encaminhará o processo devidamente instruído ao Plenário do CADE, que deliberará no prazo de sessenta dias. § 7º - A eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo CADE no prazo estabelecido no parágrafo anterior, serão automaticamente considerados aprovados.

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).

(Tribunal Regional da 1ª Região. AC 2005.34.00.015042-8/DF, Rel. Desembargador Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, e-DJF1 p. 264 de 02/10/2009).

Em suma, a decisão de alteração da sentença *a quo* se deu por outro motivo: anulação do voto do conselheiro no pedido de reapreciação do ato de concentração, considerado pelo colegiado do TRF1 carente de fundamentação idônea. Determinou-se, assim, a reapreciação do pedido de reconsideração do ato de concentração após apresentação de novo plano de aquisição dos ativos da Chocolates Garoto.

Contra esse acórdão, as empresas autoras e o Ministério Público Federal opuseram embargos declaratórios, os quais foram rejeitados (EDAC 0015018-08.2005.4.01.3400/DF, Rel. Desembargador Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, e-DJF1 p.356 de 26/03/2010), o que manteve a decisão do TRF1 inalterada.

Contudo, havia outra ação em paralelo, proposta pelo Sindicato dos Trabalhadores em Alimentação e Afins do Estado do Espírito Santo – SINDIALIMENTACAO, questionando o item “c” do voto do conselheiro-relator que indeferiu o pedido de aprovação do ato de concentração originário.

O argumento do sindicato era que isso representaria desemprego em massa para a população da cidade de Vila Velha, no Espírito Santo. Ação proposta perante o Tribunal Regional Federal da 2ª Região (RJ e ES) culminou em acórdão cujos fundamentos foram supedâneos para a Ministra Eliana Calmon embasar sua decisão de não prover o REsp n. 1.163.560/RJ, cujo teor impende destacar, por sua relevância à presente pesquisa acadêmica:

Com efeito, cumpre ressaltar, em primeiro lugar, que, numa ordem econômica fundada na livre iniciativa, o principal meio estatal de promoção do pleno emprego deve ser o fomento. O Poder Público não só pode como deve formular e implementar políticas públicas que estimulem os agentes

econômicos privados a contratarem mais empregados, ampliando o mercado de trabalho. Neste sentido, devem se orientar as políticas fiscal, creditícia e de investimentos do Estado. Contudo, só muito excepcionalmente devem-se admitir intervenções de caráter impositivo do Estado, que restrinjam a autonomia empresarial de agentes econômicos privados em nome da manutenção ou da expansão de empregos.

E deve haver uma parcimônia ainda maior nas intervenções judiciais nesta seara, uma vez que medidas deste teor podem acarretar implicações econômicas sérias, que os juizes, pela sua formação específica, não teriam como mensurar adequadamente. Daí porque, afigura-se recomendável uma postura de auto-contenção judicial no campo do controle dos princípios que regem a ordem econômica, que não foi seguida pelo juízo monocrático.

Ademais, a decisão impugnada simplesmente desconsiderou um elemento essencial da equação ponderativa: o princípio da livre iniciativa. A prova mais evidente disso é a de que ela sequer mencionou a restrição à livre iniciativa que decorreria da proibição da venda descasada da Garoto, limitando-se a apontar o fato de que tal vedação não atingiria o princípio da livre concorrência. (...) (grifos da autora)

A despeito de a decisão do Superior Tribunal de Justiça ter sido desfavorável ao CADE diante do pedido formulado pelo SindAlimentação/ES, na prática, a decisão de não aprovação do ato de concentração restou inefetiva, fazendo com que outras medidas administrativas tivessem que ser adotadas no âmbito do processo administrativo, que ainda tramitava até o segundo semestre de 2016.⁹⁶

Decisão distinta, e até certo ponto controversa, foi a proferida pelo CADE em 2000,⁹⁷ no caso AMBEV – empresa resultante da fusão das cervejarias Brahma e Antarctica, a qual nasceu com 70% de um mercado de R\$ 12,5 bilhões de reais ao ano, aproximadamente dez vezes maior que o de chocolates –, no âmbito do Ato de Concentração n. 08012.005846/9912, sob a premissa de que a operação traria eficiências que promoveriam bem-estar aos consumidores.

A concentração resultante no mercado de cervejas foi objeto de muitas críticas entre os especialistas em direito concorrencial, especialmente após a desaprovação do ato de concentração Nestlé/Garoto, diante do desproporcional rigor do CADE no último caso. Esse, inclusive, foi um dos argumentos das empresas do ramo de chocolates nos processos em que questionaram a decisão do CADE.

⁹⁶ CADE. Ato de concentração 08012.001697/2002-89, conforme nota 104.

⁹⁷ Barbosa e Camargos (2005, p. 51) destacam a decisão do CADE de 30/03/2000, que aprovou a fusão entre a Brahma e a Antártica, a qual deu origem à Cia. de Bebidas das Américas (AmBev).

3.3 CONFIRMAÇÃO DAS DECISÕES DO CADE PELO JUDICIÁRIO

Mesmo sob a égide da antiga lei antitruste, Lei n. 8.884/1994, boa parte das decisões do CADE era confirmada pelo Poder Judiciário.

Algumas vezes, o órgão central antitruste brasileiro sofria revezes nos juízos de primeira instância e até mesmo de segunda instância, porém conseguia a reversão do julgado e, com isso, prevalecia a decisão administrativa adotada pelo Tribunal Administrativo do CADE.

Entretanto, há que se considerar que a análise e tramitação dos processos judiciais comumente tem longa duração, atravessando anos (às vezes mais de uma década). Por isso mesmo, não é incomum que os fatos apreciados no Judiciário sobre decisões proferidas pelo CADE sob a égide da antiga lei antitruste tenham o trânsito em julgado ocorrido somente sob a égide da atual lei antitruste.

O advento do processo judicial eletrônico no âmbito do Judiciário, bem como o Sistema Eletrônico de Informações (SEI), implantado pela Administração Pública federal, imprimiram celeridade ao trâmite processual, especialmente perante os tribunais superiores, favorecendo a análise dos casos de modo a consolidar a coisa julgada e, assim, garantir a tão almejada segurança jurídica.

Como resultado dessa inovação na processualística civil e penal, tanto o STJ como o STF têm aumentado o número de decisões relacionadas a direito econômico, direito penal econômico e direito concorrencial, como se verá à frente.

3.3.1 O caso Vale do Rio Doce, CSN e Ferteco: a não submissão aos ajustes necessários em ato de concentração

Neste caso, a discussão se iniciou sob a égide da Lei n. 8.884/1994, perante o CADE. Porém, a decisão judicial final foi proferida quando já estava em vigor a atual lei antitruste nacional (Lei n. 12.529/2011).

Como já visto anteriormente, sob a égide das legislações antitruste revogadas, era muito comum a reforma das decisões do CADE pelo Judiciário. Mas não foi o que ocorreu no caso submetido à análise do CADE no ano de 2000.

O Ato de Concentração 08012.000640/2000-09 (e outros com ele relacionados)⁹⁸ envolveu a mineradora Vale do Rio Doce e tratava, em conjunto, de sete operações da companhia. Duas delas envolviam o descruzamento societário entre a empresa e a Companhia Siderúrgica Nacional (CSN). As outras cinco operações se referiam à compra, pela companhia de mineração, de outras mineradoras que detinham ações de uma empresa com concessão de ferrovias e acesso facilitado aos portos exportadores.

Para a concretização da operação, houve a imposição de duas condições à compra de mineradoras pela Vale. A companhia não quis cumprir nenhuma nem outra das condições que o órgão antitruste exigiu: a venda da empresa Ferteco ou a perda do direito de excedente de minério de Casa de Pedra, mina que era de sua rival, a CSN.

A solução não contemplava a submissão total, era preciso tão somente escolher um entre os dois “remédios”. Todavia, a Vale do Rio Doce assim não o fez. Preferiu desafiar a decisão técnica da Autoridade Antitruste, conforme notícia divulgada em setembro de 2007:

(...) depois de o Cade se inclinar pela venda da Ferteco, a Vale resolveu tomar posição em outro sentido. Em ofício encaminhado na noite da última terça-feira ao órgão antitruste, a companhia, primeiro, reiterou que irá usar todos os mecanismos que lhe restam para se defender no Judiciário contra a imediata aplicação da decisão do Cade. E, em seguida, informou que, se perder a causa na Justiça, optará pela perda do direito ao excedente de minério de Casa de Pedra. A Vale ressaltou ainda que o cumprimento dessa condição dependeria de um acordo com a CSN. (CNM-CUT, 2007)⁹⁹

A companhia buscou assistência jurídica e consultiva de um sem número de advogados, inclusive dos mais afamados escritórios de São Paulo, do Rio de Janeiro e de Brasília, porém sem sucesso em conseguir convencer o CADE a rever sua decisão.

Como a solução no âmbito administrativo não ocorreu, a Vale do Rio Doce levou a causa contra o CADE à Justiça. O processo foi inicialmente autuado perante a Justiça Federal do Distrito Federal (Tribunal Regional Federal da 1ª Região), passou pelo Superior Tribunal

⁹⁸ Atos de Concentração n. 08012.005226/2000-88, n. 08012.005250/2000-17 e n. 08012.002838/2001-38.

⁹⁹ O periódico da CUT – CNM-CUT – trouxe resumo do caso que se arrastava por vários meses sobre a irresignação e resistência da Vale do Rio Doce em cumprir a determinação do CADE. (CNM-CUT, 2007).

de Justiça¹⁰⁰ e chegou até o Supremo Tribunal Federal, não encontrando acolhida à sua pretensão.

A Procuradoria Federal Especializada, em termos de análise temporal sobre o trâmite processual no Judiciário sobre a ação anulatória da Vale do Rio Doce em Face do CADE, assim sintetizou:

A Vale, por meio de seus advogados, apresentou recursos em todas as instâncias judiciais contra a decisão. Os integrantes da Procuradoria do Cade se revezaram para explicar pessoalmente aos juízes a urgência com que o caso tinha de ser resolvido. O principal argumento era que as minas são recursos naturais e, como tal, têm vida útil para sua exploração econômica. Uma demora excessiva da Justiça para se posicionar sobre o conflito poderia tornar a decisão do Cade inócua. A mensagem foi compreendida e o recurso da Vale levou apenas dois anos para tramitar entre a primeira instância judicial e o Supremo Tribunal Federal – STF, que confirmou a decisão do Conselho. (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2013)

A Ministra Ellen Gracie, ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal, em seu voto, relata, de maneira sintética, toda a discussão da Cia. Vale do Rio Doce perante o Judiciário, os vários pedidos formulados, com a utilização de instrumentos processuais diversos para tentar anular a decisão do CADE.¹⁰¹

A Vale propôs ação anulatória, requerendo antecipação de tutela, distribuída ao Juízo da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, que indeferiu o pedido de antecipação de tutela (Processo no 20063400015624-4), motivo por que foi interposto agravo de instrumento.

Chegado o recurso ao TRF1, o Desembargador Federal Souza Prudente deferiu o pedido de antecipação da tutela recursal formulado no agravo de instrumento e sobrestou a eficácia do acórdão proferido pelo CADE (Agravo de Instrumento n. 2007.01.00.039244-8/DF). No entanto, o CADE formulou pedido de suspensão dos efeitos desse agravo de

¹⁰⁰A notícia no periódico eletrônico da Confederação Nacional dos Metalúrgicos finaliza: “Como o STJ já deu razão ao Cade, a empresa tenta, agora, levar o caso ao STF. Se não conseguir a empresa terá pelo menos duas alternativas. Ela poderá recorrer ao Judiciário contra a negativa do Cade a um pedido de reapreciação da decisão do próprio órgão antitruste. E pedir para ser indenizada pela CSN. A Vale alega no Judiciário que houve uma ilegalidade no julgamento do Cade pelo fato de as restrições - a perda do direito de preferência sobre o minério ou a venda da Ferteco - terem sido impostas após um empate em três votos a três. O voto da presidente do Cade, Elizabeth Farina, foi computado para o desempate. O Cade se defende sob o argumento de que o uso do voto da presidente para o desempate está previsto na Lei de Defesa da Concorrência (n. 8.884). Neste embate, a Vale já obteve liminares na 1ª instância, no TRF e no STJ. Já o Cade venceu no julgamento do mérito da questão em todas essas instâncias”.

¹⁰¹ STF. Rec n. 5780/DF, julgada em 15 de janeiro de 2008. Rel. Min. Ellen Gracie.

instrumento perante a Presidência do Superior Tribunal de Justiça (Suspensão de Segurança 1.793/DF), que o deferiu, destacando:

O não-cumprimento do acórdão proferido pelo CADE, após o emprego de vários expedientes de cunho judicial, constitui ofensa à ordem pública administrativa, uma vez que compromete – à evidência – a tutela administrativa de defesa da ordem econômica, subverte a execução das deliberações administrativas emanadas da autarquia e impede o normal exercício de suas funções e atribuições. Na hipótese dos autos, os atos tidos como de concentração são datados de 2000 e 2001, apreciados pelo CADE em 2005 e, até agora conforme assinalado, não houve o devido cumprimento da deliberação administrativa.

(...)

O Juízo de 1º grau, preocupado com a eficácia das decisões administrativas proferidas em defesa da livre concorrência, indeferiu o pleito de antecipação da tutela, assentando que o “mercado é uma realidade dinâmica e a procrastinação no cumprimento de uma decisão pode consolidar os efeitos da conduta anticoncorrencial, em detrimento da economia nacional e dos consumidores” (fl. 451).

O que realmente importa na análise da espécie é a ocorrência do interesse público, que se encontra nitidamente presente, bem como o preenchimento dos dois pressupostos acima referidos, previstos na Lei n. 8.437/1992. Assim, em nada releva, para o desfecho da controvérsia, a circunstância de o CADE haver demorado cerca de quatro anos para proferir sua decisão.

Além do mais, desponta nos autos o interesse exclusivamente de ordem patrimonial por parte da CVRD, passível de reparação nas vias próprias, em sendo o caso.

5. Posto isso, defiro o pedido inicial, a fim de suspender os efeitos da decisão proferida nos autos do Agravo de Instrumento n. 2007.01.00.039244-8, até o julgamento definitivo da ação principal.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região e ao MM. Juiz da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

(STJ. SS n. 1.793/DF. Pres. Min. Barros Monteiro. Jl 07/01/2008. Dje 08/02/2008. documento n. 3635938).

Diante dos fundamentos expostos pelo Ministro Barros Monteiro, a Ministra Ellen Gracie, relatora da reclamação no STF aduziu em seu voto que, na verdade, a pretensão da Cia. Vale do Rio Doce era a autorização para “persistir no descumprimento do acórdão proferido pelo CADE, tentando, mais uma vez, sobrepor os seus interesses privados, de índole patrimonial, ao interesse público, qual seja, a defesa da ordem econômica”.

A pretensão da Vale do Rio Doce de anular e reverter a decisão do CADE não encontrou guarida no seio do Judiciário.

3.3.2 O cartel do aço: duas décadas de batalha contra o CADE

Em 1996, representantes do que tempos depois foi denominado de “cartel do aço” (composto à época por CSN, COSIPA e Usiminas) informaram ao então Secretário da SEAE/MF, em reunião presencial requisitada com esse fim, sua decisão de aumentar os preços dos aços planos, o que foi comunicado à SDE/MJ para as providências de apuração.¹⁰²

Importante salientar que já haviam transcorrido dois anos da promulgação da Lei n. 8.884/94 e três da privatização da última siderúrgica pública no país. Contudo, uma gama de empresários não apenas ainda combinavam “à luz do dia” os preços para o setor metalúrgico, como compartilhavam com a SEAE suas decisões, exatamente como lhes era exigido pelo extinto Conselho Interministerial de Preços.

A cadeia produtiva diretamente afetada pelo conluio peticionou ao Ministro da Fazenda para que “tomasse uma providência” a respeito do aumento de preços ao invés de denunciar a colusão à Secretaria de Defesa Econômica. A SEAE, por sua vez, ao invés de requerer imediata abertura de Processo Administrativo perante a SDE, notificou as empresas a respeito do risco de incorrerem em ilícito de cartel.¹⁰³

Foi dada a oportunidade de manifestação no referido processo administrativo à Associação Nacional dos Fabricantes de Carrocerias para Ônibus (FABUS) e à Câmara de Indústria, Comércio e Serviços de Caxias do Sul, ao Sindicato Nacional da Indústria de Componentes para Veículos Automotores (Sindipeças), ao Sindicato das Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico e Eletrônico de São Leopoldos/RS, dentre outros, que apresentaram informações e denúncias ao CADE sobre o aumento abusivo dos preços (PA 08000.015337/1997-48 – v. 1).

Ao final do processo, a COSIPA (Companhia Siderúrgica Paulista), hoje pertencente ao grupo Usiminas, foi condenada e multada, tendo recorrido ao Judiciário tanto para anular a decisão do CADE como para extinguir as ações de execução fiscal que buscavam o recebimento das multas impostas. Tudo sem sucesso.

Diante das sucessivas derrotas sofridas no Judiciário e dos atos expropriatórios já em curso nas ações executivas, a Usiminas apresentou ao CADE proposta de acordo extrajudicial,

¹⁰² Essa reunião consta dos autos do Processo Administrativo n. 08000.015337/1997-48 (fls. 01).

¹⁰³ Informações contidas nos autos do processo administrativo que apurou a conduta atentatória à ordem econômica – Processo Administrativo n. 08000.015337/1997-48.

a ser homologado pelo Tribunal Pleno e informado à Justiça Federal, para extinção das lides que se arrastam por longos anos.

No Parecer n. 124/2020-PFE-CADE,¹⁰⁴ de 02 de dezembro de 2012, sobre a proposta de acordo e o estágio dos processos e seu desfecho no Judiciário, assim se manifestou a Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE:

EMENTA: PROCESSO ADMINISTRATIVO. CARTEL DO AÇO. CONDENAÇÃO. JUDICIALIZAÇÃO. PROPOSTA DE ACORDO. ANÁLISE.

- 1-Análise de aspectos formais e materiais;
- 2- Análise proposta. Verificação Vantajosa;
- 3- Sugestão de Deferimento.

(...)

b) Da proposta dos requerentes.

De acordo com a proposta de acordo apresentada (SEI 0831265), a requerente propõe a transação para por fim às seguintes medidas judiciais:

- i) Ação anulatória da USIMINAS contra decisão do CADE que impôs multa em face de prática infracional contra a ordem econômica (formação de cartel) em conjunto com a COSIPA e a CSN, que está tramitando no Supremo Tribunal Federal-ARE 1.264.627/DF (2000.34.00.0000874);
- ii) Ação anulatória da COSIPA contra decisão do CADE que impôs multa em face de prática infracional contra a ordem econômica (formação de cartel) em conjunto com a USIMINAS e a CSN, que está tramitando no Superior Tribunal de Justiça-ARESP 1.672.802/DF (2000.34.00.000088-4);
- iii) Medida Cautelar da USIMINAS e COSIPA pretendendo a suspensão da multa, sem necessidade de oferecimento de garantia, que está tramitando no Superior Tribunal de Justiça-ARESP 1.614.584/DF (2000.34.00.020483-2);
- iv) Medida Cautelar da USIMINAS e COSIPA pretendendo a suspensão da condenação à publicação da decisão condenatória do CADE em desfavor da empresa em jornal de grande circulação no Estado de Minas Gerais, que está tramitando no Superior Tribunal de Justiça-ARESP 1.370.866/DF (1999.34.00.037586-3);
- v) Execução de Título Extrajudicial ajuizada pelo CADE relativa à condenação administrativa imposta à USIMINAS-0041842-28.2010.4.01.3400, e respectivos Embargos à Execução opostos-0001006-66.2017.4.01.3400;
- vi) Execução de Título Extrajudicial ajuizada pelo CADE relativa à condenação administrativa imposta à COSIPA-0041841- 43.2010.4.01.3400;
- vii) Execução de Título Extrajudicial ajuizada pelo CADE relativa à condenação que impôs à COSIPA obrigação de fazer-0027870-49.2014,4.01.3400, e respectivos Embargos à Execução opostos-0002452-41.2016.4.01.3400.

¹⁰⁴ Parecer n. 124/2020/UCD/PFE-CADE-CADE/PGF/AGU. Documento SEI n. 0832507. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEfhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPSfXIM06kcqmi4_PvyyPchhdU77oySWA2xyjp0nFXA__9cbxN2YgEGBskXdVdOqsAUrpZKb6IwgXcN2iAuQoTy. Acesso em: 30 jun. 2021.

A capacidade de litigância de uma das maiores siderúrgicas do país é no mínimo impressionante. Analiticamente, trata-se de fato ocorrido em 1996, com início de apuração em 1997, sendo que até poucos dias atrás a discussão ainda persistia.

Entretanto, a proposta de acordo apresentada ao CADE, conforme se verá em excerto do teor do parecer supracitado, revela que a vantagem nessa batalha está do lado do incansável órgão antitruste brasileiro:

(...)

A transação dar-se-ia pelo pagamento do valor integral atualizado das multas da USIMINAS e COSIPA aplicadas pelo Cade e inscritas em Dívida Ativa, por meio de parcelamento em 3 (três) anos, com o pagamento da primeira parcela em até 30 (trinta dias) após a celebração do Termo de Acordo Judicial e as demais 6 (seis) parcelas nas seguintes datas: 30.06.2021, 31.12.2021, 30.06.2022, 31.12.2022, 30.06.2023 e 31.12.2023.

A transação extinguiria todas as ações em discussão, e incorporaria a desnecessidade de publicação da decisão condenatória do CADE em jornal de grande circulação em face do princípio da utilidade, pelo decurso de tempo desde a condenação originária. Desoneraria ainda honorários sucumbenciais e multa de 10% decorrentes das execuções promovidas pelo CADE.

(...)

Sobre as ações com potencial de modificar, alterar e nulificar as condenações administrativas impostas pelo CADE, a informação da PFE-CADE no referido parecer assim relatou:

Analisando a situação de contencioso judicial da interessada, tem-se que sob a perspectiva da efetivação da decisão do CADE:

- AREsp Nº 920.030/DF da Usiminas, decorrente do processo principal de discussão judicial da condenação administrativa (0000086-88.2000.4.01.3400 / 2000.34.00.000087-1), foi decidido definitivamente pelo STJ (não admitido). Já foi julgado no STF também o ARE contra o Acórdão do TRF1. Assim, a condenação do Cade foi mantida, aguardando-se apenas a certificação de trânsito em julgado, sendo portanto possível dar início à execução da garantia da Usiminas;

- AREsp n. 1672802/DF referente à ação ordinária ajuizada pela COSIPA (posteriormente incorporada pela Usiminas) ainda está concluso para julgamento com a Min. Assusete Guimarães (2ª Turma) desde 23/07/2020, havendo sido solicitado o parecer do MPF. Ou seja, o STJ pode aceitar ou não o REsp (a tendência é que não o faça, dada à decisão da Usiminas), mas o fato é que não há previsão de uma decisão, de seu trânsito e, portanto, da possibilidade de execução da garantia.

Note-se que a efetivação integral da decisão do CADE somente se dará em 31 de dezembro de 2023, quando enfim se aperfeiçoará o cumprimento do acordo pelo pagamento

da última parcela, após batalhas administrativas e judiciais que se arrastaram por cerca de 23 anos, considerando-se a instauração do processo administrativo (12/06/1997) e a publicação do termo de acordo judicial no Diário Oficial da União, seção 01, de 16 de dezembro de 2020, p. 121.¹⁰⁵

Ressalte-se que, se houvesse chance de sucesso nas demandas judiciais acima mencionadas, ainda em curso perante o STJ, certamente a Usiminas não proporia um acordo para pagar uma cifra milionária ao FDD – Fundo para Proteção de Direitos Difusos.

3.3.3 Condenação de cartéis: o caso do conluio entre postos de combustíveis em Brasília

Alguns dos casos julgados pelo CADE se destacam pela relevância e popularidade. Também pelos fundamentos das razões de decidir frente ao arcabouço probatório da ilicitude da atuação do requerido no âmbito do referido órgão de defesa da concorrência.

Uma das necessidades triviais dos seres humanos é sua locomoção. E o uso de combustíveis, sejam eles fósseis ou vegetais, se tornou algo essencial. Nesse aspecto, os postos de combustíveis sem dúvida são agentes econômicos importantes, com poder suficiente para causar danos significativos na vida das pessoas caso haja ajustes de preços de postos numa determinada localidade.

Aconteceu algo semelhante em Brasília/DF: cartel formado por uma rede de postos de combustível, conforme apurado na Operação Dubai da Polícia Federal em conjunto com o CADE (MILITÃO, 2015).

O inquérito apurou que a gasolina era sobretaxada em 20% e que o sindicato perseguia “postos dissidentes” no esquema.

Segundo Militão (2015), os prejuízos totais para os consumidores do Distrito Federal foram de cerca de R\$1 bilhão de reais por ano apenas com a principal rede investigada, que vendia 1,1 milhão de litros de combustível por dia, com lucros que beiravam os R\$ 800 mil reais) diários com o esquema, conforme apurado pela Polícia Federal.

¹⁰⁵ Conforme despacho à folha 01 do primeiro volume do processo administrativo (Documento Sei 0091635) Documento SEI 0844859. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_p_r_o_c_e_s_s_o_e_x_i_b_i_r.p_h_p?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBca3P-ppZGofullQQK19NjmNXFBn1PsVVyurGsrhEwMf3. Acesso em: 20 fev. 2022.

Conforme assevera Eduardo Militão (2015), a posição preliminar do CADE no Inquérito Administrativo n. 08012.008859/ 2009-86, a partir da análise da situação concorrencial dos mercados de revenda de combustíveis no DF, foi de que “havia indícios que apontavam para a existência de fundado receio de que a suposta conduta colusiva liderada pela empresa Cascol Combustíveis para Veículos Ltda. estava causando lesão irreparável à concorrência e aos consumidores finais”.

Foi então sugerida medida preventiva com vistas à imediata cessação da prática por meio de intervenção na administração na empresa Cascol, nos termos do art. 84, *caput* e §1º, da Lei n. 12.529/2011,¹⁰⁶ com imposição de multa diária de R\$ 5 mil reais), em caso de descumprimento.

Em acordo celebrado em 05 de abril de 2017, por meio de Termo de Compromisso de Cessação de Prática, a Cascol se comprometeu a pagar mais de R\$ 90 mil reais para restabelecer o controle gerencial da rede.¹⁰⁷

O CADE examinou circunstâncias fáticas e econômicas complexas, incluindo a materialidade das condutas, a definição do mercado relevante e o exame das consequências das condutas no mercado analisado. Concluiu que a conduta perpetrada pelas empresas acusadas se enquadrava nas infrações à ordem econômica previstas nos arts. 20, I, II e IV, e 21, II, IV, V e X, da Lei n. 8.884/1994 (Lei Antitruste). Penalidade: multa no valor de 5% do faturamento bruto do ano anterior ao da instauração do procedimento administrativo, inscrição da Rede Cascol no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor, e publicação de anúncio de meia página em jornal de grande circulação com o extrato da decisão punitiva.

Irresignada, a Rede Cascol propôs ação anulatória do ato administrativo, que passou pelas instâncias ordinárias, pelo STJ, até chegar ao Supremo Tribunal Federal,¹⁰⁸ tendo sido

¹⁰⁶ Lei n. 12.529/2011. Art. 84. § 1º - Na medida preventiva, determinar-se-á a imediata cessação da prática e será ordenada, quando materialmente possível, a reversão à situação anterior, fixando multa diária nos termos do art. 39 desta Lei.

¹⁰⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Termo de Compromisso de Cessação de Prática, 5 de abril de 2017. Disponível em: https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEfhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMPNPjHPGG0zCIGPdwZ1Nga8cmCfcRW1vUe9-dFdFTHj9A7fDTqc-kv1mnc62uIl2_P340yblE5yvjWkRpmJoVW. Acesso em: 30 jun. 2021.

¹⁰⁸ No Superior Tribunal de Justiça, o recurso da Rede Cascol tramitou sob REsp n. 1.436.903. No Supremo Tribunal Federal o recurso foi processado no RE n. 1.083.955.

mantida irretocável a decisão do CADE e tornando definitivo o dever de se abster dos atos lesivos à concorrência e em especial aos consumidores de combustíveis no Distrito Federal.

É oportuno destacar que no julgamento do agravo regimental interposto em face da negativa de conhecimento do Recurso Extraordinário n. 1.083.955, de relatoria do Ministro Luiz Fux, foi enfatizada a teoria das capacidades institucionais, também denominada de teoria da deferência, conforme ementa cujos principais pontos se transcreve:

AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ECONÔMICO E ADMINISTRATIVO. CONCORRÊNCIA. PRÁTICA LESIVA TENDENTE A ELIMINAR POTENCIALIDADE CONCORRENCIAL DE NOVO VAREJISTA. ANÁLISE DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. INCURSIONAMENTO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DO STF. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A capacidade institucional na seara regulatória, a qual atrai controvérsias de natureza acentuadamente complexa, que demandam tratamento especializado e qualificado, revela a reduzida expertise do Judiciário para o controle jurisdicional das escolhas políticas e técnicas subjacentes à regulação econômica, bem como de seus efeitos sistêmicos.

2. O dever de deferência do Judiciário às decisões técnicas adotadas por entidades reguladoras repousa na (i) falta de expertise e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, que envolvem questões policêntricas e prognósticos especializados e (ii) possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa.

3. A natureza prospectiva e multipolar das questões regulatórias se diferencia das demandas comumente enfrentadas pelo Judiciário, mercê da própria lógica inerente ao processo judicial.

4. A Administração Pública ostenta maior capacidade para avaliar elementos fáticos e econômicos ínsitos à regulação. Consoante o escólio doutrinário de Adrian Vermeule, o Judiciário não é a autoridade mais apta para decidir questões policêntricas de efeitos acentuadamente complexos (VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: An institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 248–251).

(...)

6. A expertise técnica e a capacidade institucional do CADE em questões de regulação econômica demanda uma postura deferente do Poder Judiciário ao mérito das decisões proferidas pela Autarquia. O controle jurisdicional deve cingir-se ao exame da legalidade ou abusividade dos atos administrativos, consoante a firme jurisprudência desta Suprema Corte. Precedentes: ARE 779.212-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 21/8/2014; RE 636.686-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 16/8/2013; RMS 27.934 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe de 3/8/2015; ARE 968.607 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 15/9/2016; RMS 24.256, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 18/10/2002; RMS 33.911, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe de 20/6/2016.

7. Os controles regulatórios, à luz do consequencialismo, são comumente dinâmicos e imprevisíveis. Consoante ressaltado por Cass Sustein, “as

normas regulatórias podem interagir de maneira surpreendente com o mercado, com outras normas e com outros problemas. Consequências imprevistas são comuns. Por exemplo, a regulação de novos riscos pode exacerbar riscos antigos (...). As agências reguladoras estão muito melhor situadas do que os tribunais para entender e combater esses efeitos” (SUSTEIN, Cass R., "Law and Administration after Chevron". *Columbia Law Review*, v. 90, n. 8, p. 2.071-2.120, 1990, p. 2.090).

8. A atividade regulatória difere substancialmente da prática judicial, porquanto: “a regulação tende a usar meios de controle ex ante (preventivos), enquanto processos judiciais realizam o controle ex post (dissuasivos); (...) a regulação tende a utilizar especialistas (...) para projetar e implementar regras, enquanto os litígios judiciais são dominados por generalistas” (POSNER, Richard A. "Regulation (Agencies) versus Litigation (Courts): an analytical framework". In: KESSLER, Daniel P. (Org.), *Regulation versus litigation: perspectives from economics and law*, Chicago: The University of Chicago Press, 2011, p. 13).

9. In casu, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, após ampla análise do conjunto fático e probatório dos autos do processo administrativo, examinou circunstâncias fáticas e econômicas complexas, incluindo a materialidade das condutas, a definição do mercado relevante e o exame das consequências das condutas das agravantes no mercado analisado. No processo, a Autarquia concluiu que a conduta perpetrada pelas agravantes se enquadrava nas infrações à ordem econômica previstas nos artigos 20, I, II e IV, e 21, II, IV, V e X, da Lei 8.884/1994 (Lei Antitruste).

(...)

11. As sanções antitruste, aplicadas pelo CADE por força de ilicitude da conduta empresarial, dependem das consequências ou repercussões negativas no mercado analisado, sendo certo que a identificação de tais efeitos anticompetitivos reclama expertise, o que, na doutrina, significa que “é possível que o controle da “correção” de uma avaliação antitruste ignore estas decisões preliminares da autoridade administrativa, gerando uma incoerência regulatória. Sob o pretexto de “aplicação da legislação”, os tribunais podem simplesmente desconsiderar estas complexidades que lhes são subjacentes e impor suas próprias opções” (JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros – SBDP, 2016, p. 152-155).

(...)

(RE n. 1.083.955. AgR. Relator: Min. Luiz Fux, 1ª Turma. Julg. 28/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-122 DIVULG 06-06-2019 PUBLIC 07-06-2019).

O fundamento teórico adotado por autores internacionais se trata do estudo desenvolvido por William Eskridge e Lauren Baer, em 2008 nos Estados Unidos, na análise da aplicação prática da doutrina Chevron, como marco no direito administrativo daquele país.

O caso paradigma é o que envolveu a Chevron U.S.A Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc., 467U.S. 837 (1984). Na referida demanda, a Suprema Corte americana reconheceu de maneira determinante a “autorrestrição” do Judiciário nos casos do controle

judicial a respeito das interpretações jurídicas fixadas pelas autoridades administrativas de em casos submetidos à sua apreciação por força da legislação que assim o determina.

Importante, portanto, destacar a tese firmada pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso, afirmando que “os juízes não são especializados na matéria” da regulação ambiental, deixando sugestionado que a utilização, pelo legislador, de termos ambíguos significaria a uma delegação para as agências, “que estariam numa melhor posição” institucional para conciliar os interesses contrapostos em cada caso específico, como a legislação que regula sua atuação e esfera de atribuições lhes autoriza proceder.

A “teoria da deferência”, conforme defendido por Veríssimo (2012), corresponde à tese segundo a qual a autocontenção judicial seria conveniente. Contudo, há que se adotar reservas na aplicação aguda dessa teoria, porquanto decorrente de um pensamento liberal da Escola de Chicago, cuja teoria econômica influenciou a disciplina antitruste americana¹⁰⁹, especialmente as decisões da Suprema Corte na gestão Warren, como defende Cabral (2020, 33)¹¹⁰.

3.3.4 Quebra do monopólio do refino de combustível no Brasil: Petrobras e Abegás

Produtora nacional de petróleo e gás, por muitos anos a joia mais brilhante da indústria nacional, a Petrobras há décadas desempenha um papel de liderança, especialmente na exploração de petróleo e produção de gás e na aquisição de petróleo bruto para refino e venda de combustíveis, com forte verticalização da distribuição. Por fim, vale lembrar que, além de outros projetos envolvidos nessa matriz energética, a Petrobras detém participações

¹⁰⁹ CABRAL, Mario A. Machado (2020, p. 30 - 33) enfatiza que os principais influenciadores da mudança de visão no Direito Antitruste americano que representam a Escola de Chicago e sua teoria econômica foram Richard A. Posner e Robert H. Bork, especialmente após o julgamento ocorrido em *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36 (1977).

¹¹⁰ “Corte Warren” se refere ao período em que Earl Warren (1891-1974) foi *Chief Justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos, entre 1953 e 1969. Warren era um liberal no sentido norte-americano e conduziu a Suprema Corte em matéria antitruste de práticas que se enquadrassem como ilícitas nos termos das leis antitruste do País. Sobre a Corte Warren, ver, entre outros: SCHWARTZ, Bernard (Ed.). *The Warren Court: a retrospective*. Oxford: Oxford University, 1996. Hovenkamp relaciona essa era à prevalência do paradigma estrutura-conduta-desempenho (“Escola de Harvard”), que tem em Edward S. Mason e Joe S. Bain suas principais expressões. Hovenkamp assinala que a sucessão de Warren por Warren E. Burger, apontado pelo presidente Nixon como novo *Chief Justice* do paradigma estrutura-conduta-desempenho na Suprema Corte. *Vide*: CABRAL, Mario André Machado. **A construção do antitruste no Brasil: 1934 - 1960**. São Paulo: Singular, 2020, p. 33.

relevantes em quase todas as distribuidoras de gás natural do país.

Nesse quase monopólio ou domínio das entidades estatais sobre a fonte primária de energia do país, que cria uma grande dependência econômica da cadeia a jusante, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica realizou inúmeras investigações desde a década de 1990. Citam-se, a título exemplificativo, as numerosas investigações referentes à distribuição de combustíveis líquidos no Brasil,¹¹¹ incluindo, pelo menos, duas investigações referentes à discriminação de preços¹¹² e uma investigação relacionada a práticas de preço predatório¹¹³ envolvendo a Petrobras.

Um dos processos administrativos que teve destaque, envolvendo condutas anticompetitivas da empresa, referiu-se a uma denúncia da Associação Brasileira de Distribuidores de Gás Gasoduto (Abegás) no mercado de gás natural.¹¹⁴

Segundo a Abegás, a Petrobras estaria discriminando condições comerciais a distribuidoras de gás natural não integradas, por meio de preços e cláusulas de *take-or-pay* e *ship-or-pay*, também conhecidas como cláusulas de retirada mínima –, obrigações de longo prazo que preveem a compra de volumes mínimos preestabelecidos de gás natural, independentemente de utilizarem o volume adquirido ou não, conforme explicam Drago e Andreoli (2020, p. 416).

A Petrobras estaria, ainda, praticando preços elevados em razão da retirada de descontos em contratos da Nova Política de Preços (NPP), e se recusando a contratar em razão da barreira de importação direta de gás natural liquefeito (GNL) pelos distribuidores e consumidores livres. Por fim, foram discriminadas as condições comerciais nos contratos que celebra, dificultando a criação e operação de concorrentes e clientes do mercado de gás natural.

Nesse contexto, outra investigação que merece destaque é o caso Gemini, no qual

¹¹¹ Averiguação Preliminar 08012.001669/2004-23; Averiguação Preliminar 08012.00329/2003-02; Averiguação Preliminar 08012.006071/2009-35; Processo Administrativo 08012.004736/2005-4; Processo Administrativo 0800.004451/1993-28; Processo Administrativo 08012.004258/2000-02; Averiguação Preliminar 08012.001040/2007-26; Averiguação Preliminar 08012.004000/1998-39.

¹¹² Vide Averiguação Preliminar 08012.009542/1998-99 e Averiguação Preliminar 080012.000095/2001-23.

¹¹³ Averiguação Preliminar 08700.007130/2015-82.

¹¹⁴ Processo Administrativo 08700.007130/2015-82.

Petrobras e White Martins formaram uma *joint venture*¹¹⁵ para explorar a distribuição de GNL a granel, por meio de aportes de gás da Petrobras a custo zero, praticamente; e liquefação e exploração comercial que ficariam a cargo da White Martins.

O Tribunal do CADE constatou haver subsídio cruzado concedido pela Petrobras ao seu parceiro de negócios no Consórcio Gemini¹¹⁶, a White Martins. Assim, impôs medidas estruturais e comportamentais em decorrência da condenação em sede de apuração administrativa.¹¹⁷ As discussões em torno deste caso ocorrem no CADE há mais de 15 anos.

Embora as investigações citadas tragam à baila diversas questões de relevo no setor de óleo e gás, principalmente com relação ao papel da Petrobras nas diversas etapas produtivas, o presente caso versa sobre outro segmento bastante emblemático: o setor de refino de petróleo.

Em que pese manifestações de renomados juristas especialistas em Direito Econômico, como Bercovici (2020, p. 193) para quem a atuação do CADE no setor de refino do Petróleo é ilegal por se tratar de um monopólio estatal constitucional, cujo escopo é a proteção da economia nacional, não podendo o órgão antitruste atuar contra um monopólio instituído pelo legislador constituinte,¹¹⁸ o CADE não entendeu desse modo.

O setor de refino de petróleo é marcado por um monopólio de fato há muitos anos

¹¹⁵ Ana Frazão (2017, p. 187-2111) ensina que “*joint venture societária* se refere termo oriundo do direito norteamericano para identificar a associação entre duas ou mais empresa que, embora mantenham sua independência e autonomia, constituem uma nova pessoa jurídica para a realização do objeto da parceria. Por outro lado, a constituição de *joint venture* contratual se refere à associação entre duas ou mais empresas que, embora mantenham sua independência e autonomia, não constituam propriamente um grupo societário, unem-se para o exercício de uma empresa comum”.

¹¹⁶ Sobre o Consórcio Gemini, AC n. 08012.001015/2004-08. Ver também: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Cade investigará Consórcio Gemini por abuso de poder de mercado - Tribunal também revisará decisão que autorizou a formação do consórcio em 2006. Notícias, 4 de dezembro de 2013. Disponível em: <http://antigo.cade.gov.br/noticias/cade-investigara-consorcio-gemini-por-abuso-de-poder-de-mercado>. Acesso em: 15 de janeiro de 2022.

¹¹⁷ Deve-se ressaltar que, passados mais de dois anos da decisão do Tribunal, a Autoridade Concorrencial ainda não conseguiu identificar nem mesmo se a decisão está sendo cumprida neste momento.

¹¹⁸ “O monopólio estatal é um instituto jurídico, não de fato, cuja origem é a exteriorização do Poder Público. As normas que o instituem são de direito público, o que não impede que o monopólio seja administrado por uma pessoa jurídica de direito privado. O monopólio está ligado à exclusividade na prestação da atividade econômica ou empresarial, não à propriedade exclusiva dos meios de produção ou à propriedade estatal. A característica essencial do monopólio é a exclusão de outros competidores daquela atividade econômica, denotando um poder amplo de controle sobre a atividade monopolizada. O Estado, inclusive, pode delegar a terceiros o exercício das atividades monopolizadas por ele, desde que devidamente autorizado por lei. Este exercício e realização do monopólio estatal por terceiros geralmente ocorre por meio de uma pessoa jurídica, de direito público ou de direito privado, vinculada à Administração Pública (como uma autarquia ou uma empresa estatal). Para melhor compreensão do monopólio estatal do refino de Petróleo, vide: BERCOVICI, Gilberto. **A ilegalidade da atuação do CADE no setor de refino de petróleo**. R. Fórum Dir. fin. e Econômico – RFDDE | Belo Horizonte, ano 10, n. 18, p. 181-198, set. 2020/fev. 2021.

exercido pela Petrobras. Isso ocorre porque, atualmente, existem apenas 17 refinarias de petróleo espalhadas por todo território brasileiro, sendo que 13 dessas refinarias são controladas pela Petrobras,¹¹⁹ as quais são responsáveis por 98% do refino total de petróleo no Brasil. No velho continente, a Petrobras seria tratada como agente de mercado “superdominante” no que diz respeito a esse segmento do mercado (Drago e Andreoli (2020, p. 417).

É justamente nessa esteira que o CADE e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) criaram, por meio da Portaria Conjunta CADE/ANP n. 4, de 11 de junho de 2018, um Grupo Técnico para debater e estudar o setor de combustíveis no Brasil, o qual concebeu, com auxílio do Departamento de Estudos Econômicos do CADE (DEE/CADE), um estudo sobre a estrutura do mercado de refino no Brasil.

Segundo o referido estudo, mesmo considerando que aquelas diretrizes para a gestão do portfólio de ativos da Petrobras envolviam a alienação de algumas dessas refinarias, verificou-se que o plano inicial de alienação dos ativos anunciado pela Petrobras, em abril de 2018, seria insuficiente para a desconcentração do mercado relevante em questão, visto que a proposta seria de alienação na forma de *clusters* regionais e, adicionalmente, a Petrobras manteria participação societária nos referidos ativos,¹²⁰ o que não afastaria por completo sua influência na política comercial das refinarias eventualmente alienadas.

O estudo apresenta sugestões, a título de advocacia da concorrência, mas ainda sujeitas a análise e contribuições da ANP e sociedade, para desestimular os altos níveis de concentração no mercado de refino de petróleo, sobretudo em razão das vantagens mercadológicas inerentes à Petrobras, por poder comprar petróleo cru próximo do preço de paridade de exportação e vender derivados de refino próximo do preço de paridade de importação.

Paralelamente ao estudo do DEE/CADE supramencionado, o CADE instaurou Procedimento Preparatório para apurar denúncia promovida pela Associação Brasileira dos Importadores de Combustíveis (ABICOM), no sentido de que a Petrobras estaria praticando

¹¹⁹ Das quatro refinarias de petróleo restantes no país – Manguinhos, Univen, Riograndense e Dax Oil – pelo menos uma delas está inativa desde 2012, enquanto outra possui participação de, pelo menos, 33% da Petrobras, o que reforça ainda mais a posição quase monopolista da Petrobras no referido mercado relevante.

¹²⁰ Fato relevante publicado pela Petrobras em 27 de abril de 2018. Disponível em: www.investidorpetrobras.com.br/ptb/809/FatoRelevanteTeaserRefinoPortugues.pdf. Acesso em: 6 out. 2021.

preço predatório para comercialização de gasolina e óleo diesel no Brasil.¹²¹ Em síntese, a representação da ABICOM versava sobre as modificações da política de preços praticada pela Petrobras, que reduziriam o preço da gasolina e do óleo diesel a valores inferiores ao da paridade internacional, prejudicando a concorrência dos importadores no Brasil, conhecida como prática de *Dumping*.¹²²

Diante de tal estudo, em 05 de dezembro de 2012, foi determinada a instauração do Inquérito Administrativo pela Superintendência-Geral do CADE a fim de investigar suposta prática de abuso de posição dominante por parte da Petrobras no mercado de refino de petróleo no Brasil.

Para fortalecer tal argumento e trazer justificativas o DEE/CADE, menciona-se o estudo elaborado pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), que, entre suas conclusões, afirma ser evidente o poder de mercado da Petrobras, uma vez que o preço médio do gás natural no Brasil é muito superior aos preços ofertados em outros países, o que ocorre também como o óleo combustível.

Outro aspecto que contribuiu para a liderança da Petrobras no Brasil foi focar na insuficiência do plano de desinvestimento proposto inicialmente, ou seja, alienação dos ativos de forma *clusters* das Regiões Nordeste e Sul, com a manutenção de 40% de participação da Petrobras nas refinarias.

Entretanto, o DEE/CADE verificou que a estratégia de desinvestimento não seria eficiente do ponto de vista de reestruturação do mercado, já que a Petrobras continuaria com a detenção de 75% de participação no mercado nacional de refino de petróleo, o que não seria suficiente para atingir os objetivos de desconcentração do setor.

Além disso, o DEE/CADE verificou três fatores: (a) que a venda deveria ser integral, a fim de tornar o mercado mais competitivo, visto que a manutenção, pela Petrobras, de 40% de

¹²¹ Procedimento Preparatório 08700.001275/2018-12.

¹²² “O *dumping* é uma prática comercial ardilosa, que tem como objetivo prejudicar a venda de produtos locais de um país com a exportação de produtos similares. Estes produtos são vendidos com valores abaixo do preço de comercialização no país de origem. A tática utilizada pode quebrar empresas nacionais, nos termos do artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio de 1947 (GATT), inserido no ordenamento brasileiro por meio do Decreto n. 1.335/94. Por sua vez, as medidas ou direitos *antidumping* resumem-se na ‘imposição de direitos aduaneiros sobre produtos de empresas que discriminam mercados’ que ‘se materializam na cobrança de valores adicionais no momento da importação do produto’”. (BARRAL; BROGINI, 2007, p. 34). As medidas *antidumping* são aplicadas por meio do cálculo da diferença entre o preço considerado um valor normal do produto similar em operações comerciais normais e o valor do produto que teve a prática de *dumping*.

participação nos ativos poderia resultar em certo controle sobre as refinarias desinvestidas; (b) que o mercado é marcado por altos custos de deslocamentos, fazendo com que a alienação por região geográfica não seja suficiente para diminuir de maneira significativa o índice de HHI¹²³ no setor; e (c) que o *cluster*¹²⁴ Sudeste, por sua localização privilegiada e capacidade produtiva, seria o mais valioso para desinvestimento, caso o intuito fosse tornar o mercado mais competitivo.

Assim, o estudo demonstrou, através de índices, que as refinarias da Petrobras são mais lucrativas do que outras refinarias espalhadas pelo globo, em decorrência de uma vantagem mercadológica, em que se adquire petróleo cru próximo ao preço de paridade de exportação e, ao mesmo tempo, vende-se derivados de refino do petróleo, como combustíveis, a preço de paridade de exportação.

Diante de tais considerações, foi proposta, na Sessão Ordinária de Julgamento do Tribunal do CADE do dia 5 de dezembro de 2018, a homologação de Despacho da Presidência no sentido de instaurar um Inquérito Administrativo em face da Petrobras, considerando os supostos indícios de abuso de posição dominante da empresa mencionados no decorrer do estudo elaborado pelo DEE/CADE.

Vale ressaltar que o Plenário do CADE homologou o despacho por maioria, mas com votos divergentes. Em 8 de janeiro de 2019, foi instaurado o Inquérito Administrativo em face da Petrobras, de modo a apurar eventual abuso de posição dominante no mercado de refino de petróleo no Brasil.

Foi celebrado entre a Petrobras e o CADE um Termo de Cessação de Conduta (TCC) que englobou a venda de oito das treze refinarias atualmente sob seu controle, incluindo toda a infraestrutura logística diretamente relacionada a cada um desses ativos, o que corresponderia a aproximadamente 50% da capacidade total de refino de petróleo no Brasil. Além disso, foi determinado que a venda das refinarias deveria ser integral, sem que a Petrobras mantivesse qualquer participação nos ativos após a conclusão da operação, bem com que as refinarias não seriam vendidas em *clusters* regionais, e sim ativo por ativo.

¹²³ HHI é um índice muito utilizado para definição do mercado relevante, por meio do qual se analisa o cenário antes do ato de concentração e possibilita projetar o *market share*.

¹²⁴ *Cluster*, em tradução livre, significa “grupo, conglomerado, conjunto”. Na designação para o Direito Empresarial e Direito da Concorrência, significa “o parque produtivo de uma empresa em certa região geográfica”.

Ainda ficou determinado no TCC que as refinarias não poderiam ser vendidas para um mesmo potencial comprador, justamente por estarem localizadas em um mesmo *cluster* regional e, por essa razão, a venda para um único *player* ocasionaria uma estrutura de mercado pós-operação muito similar à estruturação de mercado verificada atualmente.

Finalmente, o acordo com o CADE também previu que fosse determinado um *trustee* de monitoramento para acompanhar o cumprimento das obrigações determinadas no documento, além de destacar que os possíveis compradores não poderão ter qualquer tipo de relação societária com o Sistema Petrobras.

Destaca-se que o Inquérito Administrativo pela SG/CADE não apurou nenhuma conduta ilícita – incluindo abuso de posição dominante – da Petrobras.

Questiona-se se o modelo de desinvestimento anunciado pela Petrobras e homologado pelo CADE será efetivo, no sentido de favorecer um ambiente com mais concorrência no setor de refino e, conseqüentemente, no segmento de combustíveis em geral.

A referida solução para o caso do monopólio do refino partiu de um acordo proposto pela própria Petrobras, que, após algumas exigências do CADE, foi aceito e firmado. Por isso, não houve revisão judicial, tendo em vista que a própria interessada não questionaria o acordo que ela mesma propôs.

Contudo, outros interessados questionaram, a exemplo da Mesa da Câmara e da Mesa do Senado, em Reclamação n. 42576 MC/DF no Supremo Tribunal Federal, por meio do qual argumentaram que:

a constituição de subsidiárias a partir de desmembramentos da empresa-matriz, com a finalidade única de alienação do controle acionário, caracteriza desvio de finalidade e prática proibida e inconstitucional, quando motivada pelo interesse na alienação de ativos, com a possibilidade de conduzir a "privatizações brancas", sem o controle democrático do Congresso Nacional. Elas argumentam que, segundo o modelo de venda apresentado nas oportunidades de investimentos, a Petrobras criaria, em primeiro lugar, uma subsidiária. Depois, transferiria parte dos ativos da controladora para a subsidiária criada. “Finalmente, venderia, sem o devido processo licitatório e sem autorização do Congresso Nacional, o controle dessa subsidiária aos compradores interessados submetidos a um processo de escolha conduzido por um banco internacional”.¹²⁵

¹²⁵ Síntese da argumentação das Mesas do Congresso Nacional. Notícia no *site* do STF, sob o título: “STF nega liminar para suspender plano de desinvestimento da Petrobras. Para a maioria do Plenário, não está em discussão a privatização da Petrobras nem a perda de seu controle acionário. Trata-se de legítima opção gerencial para garantir a competitividade da estatal”. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=452734&ori=1>. Acesso em: 4 fev. 2022.

O Plenário do STF não acolheu a pretensão do Congresso e rejeitou o pedido de medida cautelar liminar na reclamação, mantendo o plano de desinvestimento da Petrobras nas refinarias de combustível firmado com o CADE a fim de pôr fim definitivo ao monopólio do refino, conforme ementa e acórdão do julgamento:

EMENTA: O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (REDATOR) - Não vislumbro, de forma alguma, nem desrespeito ao julgamento do Supremo Tribunal Federal, à decisão do Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade citada anteriormente, nem o alegado desvio de finalidade ou qualquer tipo de fraude que pretenda, na presente hipótese, transformar o plano de desinvestimento em privatização disfarçada da empresa-mãe. Diante disso, ausentes os requisitos necessários à concessão da medida cautelar, peço novamente todas as vênias ao eminente Ministro-Relator para divergir e negar a concessão da liminar.¹²⁶

ACÓRDÃO: Decisão: O Tribunal, por maioria, indeferiu a medida cautelar, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 1º.10.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência-Resolução 672/2020/STF).

Importante destacar que, em seu voto, o Ministro Edson Fachin enfatizou que a venda das refinarias derivava-se de um “termo de compromisso de cessação de prática” firmado pela Petrobrás junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, nos termos já citados anteriormente.

Destarte, é importante destacar o diálogo institucional bem delineado no referido caso: o CADE exercendo seu papel de defesa da concorrência, pela quebra de um monopólio muitas vezes prejudicial aos consumidores, e o Congresso Nacional não discordando da decisão do CADE, mas buscando exercer sua atribuição no controle de criação de empresas públicas e de sociedades de economia mista, conforme o próprio STF já havia decidido na oportunidade do julgamento da ADI n. 5.624.

Sobretudo, o Judiciário, representado pelo órgão de cúpula, o STF, exerceu o controle judicial sem desprezar o controle parlamentar dos atos administrativos de constituição de novas empresas públicas, que culminou com a decisão acima transcrita, a qual preservou a medida adotada pelo CADE, reafirmando assim a efetividade de suas decisões.

¹²⁶ STF. Detalhamento processual e jurisprudência vide: *site* do STF. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur443028/false>. Acesso em: 4 fev. 2022.

3.3.5 O CADE e o aperfeiçoamento das decisões judiciais: recuperação judicial do Grupo Oi

Outro caso relevante envolve grandes companhias que atuam no setor de telefonia no Brasil – a compra da empresa Oi pelas empresas TIM, Claro e VIVO. Apesar de decidido, o processo administrativo ainda está em curso, conforme se pode verificar na consulta diretamente no *site* do CADE, Ato de Concentração n. 08700.000726/2021-08.¹²⁷

A operação, na verdade, partiu de uma decisão judicial que determinou um leilão dos ativos da empresa Oi, sendo que as empresas TIM, Claro e VIVO apresentaram proposta conjunta para a aquisição dos ativos e sua participação no mercado.¹²⁸

Para preservar nível satisfatório de concorrência no setor de telefonia, o CADE impôs algumas condições e restrições para então aprovar a operação, ainda que determinada em sede de decisão exarada pelo Poder Judiciário, conforme consta no *site* do CADE¹²⁹ e nos autos do Processo Administrativo n. 08700.000726/2021-08.

A preocupação com a redução da concorrência no setor de telefonia foi a causa de terem sido fixadas certas condicionantes para a efetivação da operação, dentre as quais, a celebração de ACC (Acordo em Controle de Concentrações).

Em que pese se tratar de decisão judicial de venda em leilão, a operação requereu profunda análise concorrencial, na qual se constatou que a saída da telefônica Oi do mercado de serviço móvel pessoal (SMP) resultaria na redução de quatro para três no número de *players* que prestavam tal serviço no mercado brasileiro (telefonia móvel). Fato que culminaria em elevada concentração de mercado na oferta de telefonia móvel no país, deixando o consumidor “refém” do aumento abusivo de preços que eventualmente poderia sobrevir, além de danos imprevisíveis em outros mercados e perdas de empregos.

¹²⁷ Processo de Ato de Concentração n. 08700.000726/2021-08. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcUH4s66Y15vR2JANpc39FkCFcTHtNPBxp5hZ-Ov8G4hu. Acesso em: 10 fev. 2022.

¹²⁸ Processo n. 0203711-65.2016.8.19.0001, que tramita perante a 7ª Vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, desde 20 jun. 2016. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica#porNumero>. Acesso em: 8 fev. 2022.

¹²⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Cade impõe restrições e aprova compra da Oi Móvel pela Tim, Claro e Vivo Para preservar as condições de concorrência no mercado, a autorização do negócio foi condicionada à celebração de Acordo em Controle de Concentrações. **Notícias**, 9 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-impoe-restricoes-e-aprova-comprada-oi-movel-pela-tim-claro-e-vivo>. Acesso em: 10 fev. 2022.

Como a decisão judicial para a venda do Grupo Oi decorria de sentença em âmbito de processo de recuperação judicial, o mandamento do Poder Judiciário havia de ser cumprido. Contudo, muitas questões técnicas na análise dos efeitos dessa decisão para a concorrência deveriam ser feitas. Assim, o exame por parte do CADE foi imprescindível.

Ressalte-se, por oportuno, que se trata de mercado regulado por agência governamental própria, a Anatel, que interveio no processo emitindo seu parecer sobre o caso. No apanhado geral, as causas e os possíveis efeitos e consequências para a economia nacional assim foram elencadas no voto da Conselheira Lenisa Prado:¹³⁰

(...)

c) A Operação é necessária para o soerguimento financeiro da Oi e sua saída organizada do mercado

14. Outro ponto relevante na análise desse ato de concentração é que a viabilidade do Aditamento ao Plano de Recuperação Judicial da **Oi está atrelada à execução da venda das UPIs¹³¹ dentro do processo de Recuperação Judicial**, previsto para se encerrar em 31 de março de 2022. A alienação da UPI Ativos Móveis é a principal fonte de recursos para sustentação operacional e pagamento das dívidas contraídas pela Oi [ACESSO RETRITO AO CADE] e, conseqüentemente, para a sobrevivência da companhia, cuja situação crítica de caixa poderia torná-la insustentável no curto prazo no caso do insucesso da Operação.

15. A sobrevivência da Oi tende a ser positiva para o mercado como um todo, pois viabilizará a oferta de atacado em rede neutra, num momento de alta demanda de capacidade (implementação do 5G e expansão de redes). Nesse contexto, a alienação da operação da Oi Móvel (UPI Ativos Móveis) foi apresentada ao CADE como a transação mais importante no âmbito da reorganização do Grupo Oi para (a) gerar caixa no processo de reestruturação da Companhia; (b) reduzir seu custo e aumentar sua eficiência operacional; e (c) tornar possível a sua viabilidade no curto/médio prazo; (d) *Contrafactual: se a Oi sair do mercado os impactos são negativos para stakeholders, para a competição e para o país.*

¹³⁰ Disponível no Sistema SEI: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj80h1l1skjh7ohC8yMfhLoDBLddaxBenMGkgOEQ9JtEBK1C10aSyZCX7SxIfT-fU7Q0C33JPvxXCOVIQevzT6PqkOkCvwPW3Kjdntm0bapf44bRGR#footer_WCjSodadbEcC22XN. Acesso em: 16 fev. 2022.

¹³¹ A sigla UPI significa Unidades Produtivas Isoladas. É um modo de promover a boa eficácia dos processos de recuperação judicial. O Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido, aceito e permitido esse tipo de alienação como modo de liquidação de ativos da empresa em recuperação judicial, conforme Recurso Especial n. 1.689.187, julgado pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em cuja decisão, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, admitiu a possibilidade de flexibilização da forma de alienação de Unidades Produtivas Isoladas (UPIs) em procedimentos de recuperação judicial, nos termos do art. 145 da Lei n. 11.101/2005 (LRF), para casos excepcionais, de forma a viabilizar a venda. Resp 1.689.187. Ainda sobre a alienação de ativos em UPI, ver: FERRARI, Vitor; KABULA, Ivan. **As vantagens da alienação de ativos por meio de unidades produtivas isoladas como meio de recuperação judicial**. Artigo publicado em 30/06/2020. Disponível em: <https://www.mazzuccoemello.com/as-vantagens-da-alienacao-de-ativos-por-meio-de-unidades-produtivas-isoladas-como-meio-de-recuperacao-judicial/>. Acesso em: 16 fev. 2022.

16. Como contrafactual desta Operação, entendo que a falência da Oi traria consequências potencialmente desastrosas para o mercado de telecomunicações como um todo. **Especialmente no mercado móvel, a falência da Oi poderia levar ao aprofundamento da concentração do setor, em níveis maiores que aqueles decorrentes desta Operação**, uma vez que os principais líderes por CN¹³² tenderiam a absorver a maior quantidade dos clientes atuais da Oi. **Ademais, também traria consequências de altíssimo impacto para os cofres públicos [ACESSO RESTRITO AO CADE]** e para prestação de outros serviços essenciais que dependem da infraestrutura da Oi (por exemplo, pagamentos eletrônicos, compras *online*, **sistemas previdenciário e financeiro, estabelecimentos de saúde, educação, segurança pública, agências dos correios e postos de atendimento bancários**). **Isso tudo sem contar os impactos no emprego e no Produto Interno Bruto**. Mas cumpre lembrar que o maior impacto potencial deveria ser a **interrupção iminente da prestação de serviços de SMP, STFC e SCM (telefonia móvel, telefonia fixa e serviços de banda larga e comunicação de dados) para os mais de 50 milhões de clientes das vendedoras, em todas as regiões do país**. (grifos da autora)

É oportuno destacar também, de modo comparativo, a preocupação da autoridade judiciária, no âmbito do processo de recuperação judicial, e a da autoridade antitruste, tomando como base a solução de venda de ativos do Grupo Oi de telefonia.

O juiz do processo de recuperação judicial tem a preocupação de garantir as condições de recuperação operacional e financeira, com vistas à preservação da função social da empresa e à satisfação de seus credores, como leciona Daniel Carnio da Costa (2019, p. 235).¹³³

Por outro lado, a autoridade antitruste coloca ênfase na preocupação dos efeitos de concentração do mercado relevante (cujo conceito foi exposto anteriormente).

Destarte, a conclusão pela aprovação do ato de concentração foi a mais benéfica para o mercado e para os consumidores, especialmente no período atual, em que ainda se enfrenta o afastamento social decorrente da pandemia pelo novo coronavírus, fazendo com que as demandas por serviços de telemática e telefonia se assoberbem diariamente.

Esse caso é representativo do diálogo entre as instituições, pois o pleno cumprimento da decisão judicial exarado em processo de recuperação judicial dependeu, para seu aperfeiçoamento e efetividade, da análise do CADE, em decorrência de seus efeitos no mercado relevante.

¹³² CN é sigla para Código Nacional, por meio do qual é subdividido o setor de telefonia pelas Regiões do país, conforme se depreende do próprio voto da Conselheira Lenisa Prado do Tribunal do CADE.

¹³³ Daniel Carnio da Costa (2019) apresenta sua visão da Lei n. 11.101/2005, pela qual defende que há o critério tetrafásico judicial do plano de recuperação judicial.

Vê-se aqui a necessária atuação conjunta dos órgãos estatais, ainda que integrantes de poderes distintos (Poder Executivo e Poder Judiciário). Trata-se do *princípio da interdependência* entre as instâncias, como preconizado por Baldini, Cavali e Silva, o qual será analisado a seguir.¹³⁴

3.4 DECISÕES DO CADE E SEUS EFEITOS PARA SEGURANÇA JURÍDICA NA ATIVIDADE EMPRESARIAL

A atribuição de dizer o direito, no âmbito judicial, restou reservada para os juízes e tribunais que integram o Poder Judiciário do Estado. Entretanto, o ordenamento jurídico brasileiro reserva a órgãos da administração direta e indireta dos demais Poderes, a exemplo dos Conselhos e Tribunais instituídos no âmbito do Poder Executivo e das Comissões no âmbito do Poder Legislativo.

O resultado das decisões e suas confirmações ou aperfeiçoamentos reiterados pelos órgãos de hierarquia superior em relação ao que primeiro emitiu decisão no caso concreto é o que se denomina jurisprudência, como também estabelece Guimarães (2020, p. 160), ao trazer a definição do vocábulo “jurisprudência”.¹³⁵

Devido à sua importância, a jurisprudência é considerada uma das principais fontes do direito (FERRAZ JUNIOR, 2003),¹³⁶ pois auxilia a decisão julgador pela fixação de precedentes, promove a segurança jurídica, o que é imprescindível à competitividade (pelo conhecimento das regras do jogo e o que se espera de eventual julgamento) e para a atividade empresarial (BAGNOLI; CRISTOFARO, 2020). É a afamada previsibilidade, que atribui

¹³⁴ Os autores questionam o que se denomina, tradicionalmente, de Princípio da Independência de Instâncias, e propõem que, na verdade, se trata de uma regra, que foi equivocadamente classificada como princípio. Defendem, conquanto, que o Princípio é o da Interdependência entre as instâncias. Vide: BALDINI; CAVALI; SILVA. 2021.

¹³⁵ Decoleciano Toerrieri Guimarães, em seu Dicionário Jurídico (2019), assim define o termo “jurisprudência: fonte secundária do direito, consistente em aplicar, a casos semelhantes, orientação uniforme dos tribunais”.

¹³⁶ Tércio Sampaio Ferraz Junior (2003, p. 241) assevera que “(...) é inegável o papel da jurisprudência romanística na constituição do direito. Se é verdade que o respeito à lei e a proibição da decisão contra legem constituem regras estruturais fortes do sistema, não pode mos desconhecer, de um lado, a formação de interpretações uniformes e constantes que, se não inovam a lei, dão-lhe um sentido geral de orientação; é a chamada jurisprudência pacífica dos tribunais, que não obriga, mas de fato acaba por prevalecer. De outro lado, contudo, indo mais além, é conhecida a elaboração de verdadeiras normas jurídicas gerais em casos de lacuna que constituem uma espécie de costume praeter legem. Esse costume, em primeiro lugar, à diferença dos costumes em geral, resulta de uso jurisprudencial, isto é, decisões judiciais, que se repetem e se mantêm para casos semelhantes; em segundo lugar, sua convicção da necessidade não se relaciona diretamente aos endereçados das normas, mas aos juízes que emanam as decisões”.

tranquilidade e estímulo ao desenvolvimento de negócios e, simultaneamente, se torna força-motriz para o fomento da economia.

Não apenas a segurança jurídica estabelecida pela jurisprudência emanada do Poder Judiciário, mas também a proveniente de órgãos de tamanha relevância econômica e administrativa para o mercado, como é o CADE – cujos Conselheiros possuem mandato por período determinado, o que impõe a alternância dos membros de seu Tribunal, a solidez e o respeito à jurisprudência administrativa –, se revestem de extrema importância.

Na medida em que o esmero e a técnica de análise, interpretação e aplicação do direito ao caso concreto são levados a altos níveis de profundidade, revelando o respeito aos ditames processuais e procedimentais, e à correta valoração do conjunto probatório, as partes aceitam a decisão do CADE e não a questionam judicialmente.

É importante destacar que, em 2018, houve importante inovação na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/1942, antiga LICC – Lei de Introdução ao Código Civil), promovida pela Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018, cujo escopo grafado no preâmbulo revela a preocupação do Estado brasileiro em promover a segurança jurídica no mercado e na economia em geral: “Inclui no Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”.¹³⁷

A Lei n. 13.655/2018 acrescentou dispositivos esclarecedores e de especial relevo para a atividade interpretativa e decisória, objetivando orientar não apenas os tribunais integrantes do Poder Judiciário, mas também os conselhos, comissões e tribunais administrativos vinculados ao Poder Executivo (nas esferas federal, estadual e municipal). Dentre tais dispositivos, destaca-se o art. 24:

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em

¹³⁷ Lei n. 13.655/2018. Inclui no Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=13655&ano=2018&ato=27fATT61UeZpWTdea>. Acesso em: 10 fev. 2022.

jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

Pode-se constatar que as decisões devem ser coerentes com as análises já realizadas em casos semelhantes, respeitando-se as normas que vigoravam ao tempo do ato, fato ou evento jurídico.

Não obstante as peculiaridades de cada situação julgada, quando as circunstâncias de tempo, modo, objeto e partes envolvidas são bastante semelhantes em dois casos distintos (não se olvidando que a análise é feita caso a caso), é inadmissível que as decisões sejam opostas, divergentes, o que revelaria uma espécie de comportamento oscilante do próprio CADE, ou mesmo a falta de capacidade técnica e analítica.

O mesmo pode-se afirmar sobre a revisão operada pelo Poder Judiciário e a jurisprudência que constrói. Decisões díspares não conduzem à construção de um arcabouço judicial, não promovem segurança (nem fática, nem jurídica).

Miguel Reale,¹³⁸ ao tratar da jurisdição e da jurisprudência, assim ponderou:

A diferença entre obrigatoriedade do Direito criado pela jurisdição consiste em que ela se circunscreve à órbita de ação ou de competência do juiz, não obrigando os demais juízes. Convém determo-nos um pouco mais sobre a função normal do Judiciário como aplicador das leis vigentes. As leis aparentemente valem até e enquanto não forem revogadas. Graficamente um texto legal pode permanecer o mesmo, por longo tempo, mas que dizer de seu significado?

(...)

Há leis, por exemplo, que em dado período são recebidas como expressão da autonomia da vontade, ou da garantia da livre disposição de bens por parte dos indivíduos. Alterando-se, entretanto, a concepção da vida social, com um crescente de *socialização do Direito*, aquelas mesmas palavras dos textos legais passam a ser interpretadas em sentido novo. (...)Esse trabalho de mutação do conteúdo legal obedece a *fatores de ordem* técnica, econômica, demográfica, geográfica etc. bem como sobre a pressão de *motivos axiológicos*, o que confirma a nossa tese de que toda norma é uma integração dinâmica de fatos e valores.

A jurisprudência é dessas realidades jurídicas que, de certa maneira, surpreendem o homem do povo. O vulgo não compreende nem pode admitir que os tribunais, num dia julguem de um forma e, pouco depois ou até mesmo num só dia, cheguem a conclusões diversas, em virtude das opiniões divergentes dos magistrados que os compõem. (REALE, 1995, p. 169-171)

Constata-se que, na visão de Reale, ainda que a tradição jurídica brasileira tenha base

¹³⁸ Ao discorrer sobre a jurisprudência como produto da atividade interpretativa das normas legais por aplicadores do direito, Reale (1995, p. 169 -170) afirma: “Muito mais vezes do que se pensa uma norma legal sofre variações de sentido, o que com expressão técnica se denomina ‘variações semânticas’. As regras jurídicas, sobretudo as que preveem, de maneira genérica, as classes possíveis de ações e as respectivas consequências e sanções, possuem uma certa *elasticidade semântica*, comportando sua progressiva ou dinâmica aplicação a fatos sociais nem sequer suspeitados pelo legislador.

no Direito Romano e no sistema do *civil law*, é no mínimo assustador, e de certo modo inaceitável, haver decisões díspares no seio do Judiciário. Ele narra um acontecimento que merece ser transcrito:

Certa vez, tivemos a oportunidade de assistir ao julgamento de uma ação perante uma das Câmaras Cíveis de nosso Tribunal, acompanhando um cliente que tinha exatamente duas questões com os mesmo dados, embora sem a mesma identidade de partes. O julgamento se processara no interregno de sete ou oito dias e uma tese jurídica foi consagrada numa Câmara, enquanto que a oposta lograva triunfar em outra.

Nem podem imaginar a revolta e, ao mesmo tempo, a perplexidade desse cliente ao verificar que, diante da mesma situação de fato, de provas de igual alcance de textos legais absolutamente idênticos, havia sido possível atingir consequências opostas. (REALE, 1995, p. 172)

Essa possibilidade perversa não pode ocorrer no Judiciário, tampouco nos julgamentos realizados pelos conselhos e tribunais administrativos, sob pena de se incorrer em estrondosa insegurança jurídica, especialmente no meio empresarial, repercutindo incertezas e abalos negativos no mercado e na economia.

Como preconizam Baldini, Cavali e Silva (2022, p. 185), os efeitos das decisões no âmbito administrativo são capazes sim de, em determinadas circunstâncias, repercutir efeitos na esfera penal (e também na cível, acrescente-se), cuja apreciação compete ao Judiciário, assim também como as decisões do Judiciário produzem efeitos vinculantes na seara administrativa, pois,

(...) se existe algum valor ligado a essa questão é o da segurança jurídica que joga em favor de uma vinculação entre as esferas, de modo a evitar incoerências sistêmicas. Nesse sentido, talvez se possa dizer que a vinculação (ou interdependência) entre as instâncias é, essa sim, um princípio. Seria inadmissível, por exemplo, que uma sentença penal absolutória transitada em julgado, fundada na ausência de participação do acusado no fato, fosse ignorada pela esfera administrativa". (grifos nossos)

Embora o artigo citado, que enfrentou o problema das decisões judiciais e administrativas, tenha tomado como base as decisões da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) – cuja missão é desenvolver, regular e fiscalizar o mercado de valores mobiliários, como instrumento de captação de recursos para as empresas, protegendo o interesse dos investidores e assegurando ampla divulgação das informações sobre os emissores e seus

valores mobiliários –,¹³⁹ suas premissas aplicam-se perfeitamente às decisões do CADE e à sua efetividade.

Nota-se que a preocupação das disparidades entre as decisões proferidas em casos que apresentam semelhança, seja na esfera judicial, seja na esfera administrativa, atravessa os anos e exige estudos, discussões e planos de ações entre juristas não apenas no Brasil, mas em outros ordenamentos também.

No contexto da hermenêutica jurídica, o ordenamento jurídico pátrio tem se aproximado, nos últimos anos, do sistema da *commonn law*, tanto pelas mudanças legislativas como pelas constitucionais, especialmente a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, como observa Silva (2020, p. 130),¹⁴⁰ sobretudo com a instituição do Súmula Vinculante por parte do Supremo Tribunal Federal,¹⁴¹ o que limita de certo modo o campo de atuação dos juízes e tribunas inferiores.

¹³⁹ “A CVM surgiu com vistas ao desenvolvimento de uma economia fundamentada na livre iniciativa, e tendo por princípio básico defender os interesses do investidor, especialmente o acionista minoritário, e o mercado de valores mobiliários em geral, entendido como aquele em que são negociados títulos emitidos pelas empresas para captar, junto ao público, recursos destinados ao financiamento de suas atividades”. (CVM/Ministério da Economia. **O que é a CVM?** Documento de apresentação no *site* do Governo Federal. Disponível em: <https://www.gov.br/cvm/pt-br/acesso-a-informacao-cvm/servidores/estagio/2-materia-cvm-e-o-mercado-de-capitais>. Acesso em: 5 fev. 2022).

¹⁴⁰ Sobre o papel da hermenêutica jurídica e constitucional, artigo de autoria deste pesquisador, traz que “A reforma do judiciário promovida pela Emenda Constitucional no 45/2004 contemplou com maior atenção a questão da aplicação da hermenêutica (consubstanciada na jurisprudência dos tribunais) e também tratou da administração da justiça, encampando os mecanismos jurídico-processuais criados pela supra mencionada EC n. 45/2004 (art. 2º e art. 8º) e pelas sucessivas alterações e modernizações da legislação processual”. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/7x02k736/bae0y524/5XQ0BzoYVxR14k83.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2022. p. 121-140.

¹⁴¹ Constituição Federal. Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

O Brasil, nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso (2016, p. 46),¹⁴² atravessa uma fase em que o país adota um sistema de precedentes normativos ou vinculantes baseado em três pilares: a segurança jurídica, a isonomia e a eficiência. Desta sorte, o ordenamento jurídico brasileiro está na direção de superar as incertezas e volatilidades decorrentes da falta de similaridade das decisões adotadas em situações idênticas, o que termina por alavancar a morosidade judicial e sobrecarga de lides, piorando a opinião da sociedade a respeito da Administração Pública e da própria Justiça.

Tanto sob a ótica Administrativa (CADE) quanto da judicial (juízes e tribunais), é vital à própria economia e à atividade empresarial manter a jurisprudência estável, coerente e íntegra como ferramenta apta a garantir segurança jurídica e maior previsibilidade das soluções aplicadas aos casos submetidos à análise dos órgãos que regulam e influenciam a concorrência, com vistas aos efeitos que tais soluções possam provocar no mercado nacional.

3.4.1 Pesquisas em *sites* de busca, *sites* comparadores de preços e *market place*: Buscapé e Bondfaro versus Google Inc.

Um caso emblemático se deu no processo administrativo instaurado em 2011, a fim de apurar suposta conduta anticompetitiva praticada pelo Google com potencial lesivo à E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda., responsável pelos *sites* de comparação de preços Buscapé e Bondfaro (processo CADE n. 08012.010483/2011-94).¹⁴³

¹⁴² A respeito do precedente judicial e da inclinação do sistema jurídico nacional a ele sistema característico dos países anglo-saxões, Roberto Barroso e Patrícia Mello (2016, p. 46-48) ensinam que: “São categorias fundamentais para a operação com precedentes vinculantes, a partir da literatura comparada, os conceitos de: i) *ratio decidendi* ou *holding*, ii) *obiter dictum* e de iii) distinção entre casos (*distinguishing*). São fundamentais, ainda, para a adequada compreensão de cada caso levado a exame judicial: a análise dos seus fatos relevantes, da questão de direito posta pelo caso e dos fundamentos que conduziram a determinada decisão. 8. A *ratio decidendi* ou o *holding* de uma decisão corresponde a uma descrição do entendimento adotado pela corte como a premissa necessária ou adequada para decidir o caso concreto, à luz das razões invocadas pela maioria. Esse é o teor que vinculará o julgamento de casos futuros semelhantes. Sua identificação pressupõe a avaliação dos fatos relevantes da ação, da questão jurídica posta em juízo, dos fundamentos da decisão e da solução determinada pela corte. 9. Os *obiter dicta* equivalem aos argumentos não acolhidos pela maioria da corte como justificativa para a solução dada a uma demanda, aos fundamentos não determinantes da decisão ou, ainda, a entendimentos ou comentários não diretamente necessários à solução do caso concreto. Esses elementos não se prestam a compor a *ratio decidendi* e não produzem efeitos vinculantes para o julgamento de casos futuros. 10. A distinção entre casos (*distinguishing*) deve ocorrer sempre que se demonstrar que a nova demanda apresenta peculiaridades de fato, suscita questão jurídica distinta e/ou não é perfeitamente solucionável com base nos fundamentos que justificaram a decisão do precedente. Em caso de distinção, não se aplicará a solução preconizada pelo precedente vinculante à nova demanda”.

¹⁴³ CADE. Processo n. 08012.010483/2011-94. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwyd10IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_JxqldakEIsAfM400_nlair2nlnoNzF4h6tAzo-cc8tTVt.

resultados do Google; e, como resultado desses efeitos negativos, diminuição em investimentos em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D).

Para os consumidores, também denominados de usuários finais, os possíveis danos derivados das condutas do Google seriam: o oferecimento de serviço de comparação menos eficiente –tal como o serviço oferecido pelos buscadores de preço; repasse do aumento de custos (relação com o aumento do valor do -custo por clique e redução da oferta de comparadores de preço.

Para os efetivos vendedores no comércio eletrônico, os possíveis efeitos danosos seriam: o aumento do valor do *cpc* decorrente do aumento da demanda pelos espaços publicitários em posições privilegiadas (primeiras linhas da primeira página de resultados), e limitação do número de produtos que podem ser anunciados.

Após toda instrução, o Tribunal Pleno do CADE concluiu por não haver qualquer ato anticoncorrencial praticado pelo Google. Na verdade, os atos narrados promoviam maior concorrência nos mecanismos de buscas e comparações de preços, permitindo aos vendedores eletrônicos maiores opções para anunciar seus produtos; para os consumidores, maior possibilidade de encontrar o produto ou serviço desejado a preços mais competitivos (menores).

As conclusões extraídas do voto Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia, sinteticamente, foram no sentido de que a mera possibilidade de efeitos, em mercados de inovação, não pode ser motivo suficiente para a condenação, sob pena de se frear o ambiente inovativo, criando um fosso no desenvolvimento brasileiro em comparação com outros países, nos quais esse aspecto é altamente incentivado.

Adicionou ainda o Conselheiro que há diversas teorias do dano extremamente sofisticadas que poderiam ser extraídas dos livros de doutrina na tentativa de serem encaixadas no caso julgado, nos seguintes termos:

Aliás, foi isso que fez a Representante E-Commerce, alegando inúmeras violações antitruste, consubstanciadas em condutas exclusionárias, discriminatórias, de alavancagem, de venda casada, e a lista segue. Diante da verificação de eficiências e falta de comprovação de efeitos das condutas imputadas ao Google, voto pelo arquivamento do presente processo.

Decorre da análise do caso que a empresa controladora dos *sites* comparadores de preço sentiu os efeitos da concorrência e buscou por meio do CADE impedir que esta

prosseguisse e afetasse suas receitas, o que seria atuar contra a própria essência da função institucional da Autoridade Antitruste brasileira, pois cabe a esta proteger a concorrência e não o concorrente.

Assim, a decisão do CADE foi pelo arquivamento, “absolvendo” a empresa Google da acusação de conduta anticompetitiva, sendo que o julgamento administrativo pôs fim ao conflito, porquanto as representantes (Buscapé e Bondfaro) não buscaram o Poder Judiciário para anular a decisão da Autoridade Antitruste brasileira.

CONCLUSÃO

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), em que pese ter influência da *Shermann Act* e também da legislação Europeia, constitui-se de um sistema jurídico antitruste peculiar, singular, independente e forte, ainda que, em alguns momentos da história de sua evolução, tenha restado carente de efetividade pragmática, como visto no Capítulo 1.

Os números das primeiras duas décadas de vigência da anterior lei antitruste revelam baixa efetividade no cumprimento das decisões do CADE até meados dos anos 2000, já que boa parte dessas decisões acabava suspensa por liminares concedidas pelo Judiciário. Essas decisões judiciais liminares, por vezes, eram alteradas quando do julgamento do mérito, porém muito tempo depois, o que tornava tal alteração praticamente inócua.

Em termos numéricos e proporcionais, das decisões condenatórias do CADE de 1994 a 2005 por infrações contra a ordem econômica, somente 18% haviam sido cumpridas. No triênio que compreende o período 2002 a 2004, somente 3,78% das multas aplicadas pelo Conselho foram pagas, conforme dados estatísticos informados pelo CADE no artigo intitulado “Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos”.

Essa latente falta de efetividade pouco a pouco foi sendo superada pela atualização e aperfeiçoamento da legislação concorrencial, bem como pela reformulação da estrutura organizacional de todo o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dos órgãos e do corpo técnico que o compõem, e também pelo incremento da capacidade técnico-analítica dos membros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e de sua assessoria.

Esses elementos reunidos incumbiram o CADE da função de verdadeiro órgão judicante administrativo, conferindo às suas decisões executoriedade imediata (como se viu em alguns casos estudados), sempre respeitado o direito de ampla defesa prévia ou de interposição de recursos pelos agentes econômicos, cujos atos de concentração ou condutas no mercado são submetidos ao escrutínio do órgão central antitruste.

Constatou-se no presente estudo que, quando os agentes econômicos buscavam (e ainda buscam) o Judiciário para revisar as decisões do CADE, a atuação dos órgãos judiciais nem sempre foi semelhante, mesmo com muitas circunstâncias similares nos casos analisados – havendo divergências inclusive sobre o mesmo caso –, conforme evoluem na escada das instâncias do Judiciário, o que resulta em insegurança jurídica duplicada.

A uma, porque torna instável e até de certo modo nula a decisão proferida pelo CADE (ao menos temporariamente). A duas, porque não há alteridades entre as próprias decisões judiciais sobre casos e circunstâncias que guardam relativa semelhança, tornando incerta a expectativa sobre as decisões judiciais em relações empresarias na seara concorrencial, tornando instável o quadro jurídico geral para o setor empresarial brasileiro e transnacional.

De certo modo, este problema também aconteceu com o próprio CADE na avaliação e julgamento de alguns atos de concentração, cujas soluções foram contraditórias, mesmo diante de características e circunstâncias semelhantes, como se deu no ato de concentração da AMBEV (aprovado) em relação ao da Nestlé/Garoto (reprovado), embora a fusão que originou a Ambev tenha elevado para cerca de mais de 70% o domínio do mercado de cervejas, enquanto a concentração no mercado de chocolates após a fusão da Nestlé e Garoto tenha ficado na faixa de 55%.

No tocante à apreciação e decisão sobre condutas anticompetitivas, como visto no caso do cartel de postos de gasolina do Distrito Federal, como também no da colusão para fixação de preços das siderúrgicas no mercado de aços planos, verificou-se uma atuação mais profícua do CADE, que direcionou a provimentos judiciais reafirmativos, endossando e fortalecendo a efetividade das decisões do CADE.

A análise realizada sobre a representação feita pela empresa E-Commerce (proprietária dos *sites* de comparação de preço Buscapé e Bondfaro) em face do Google Inc. foi arquivada pelo CADE, sendo que tal decisão não foi levada à revisão judicial. Isso revela a proeminência da qualidade técnica e jurídica realizada pela autoridade antitruste, visto que, apesar de as companhias envolvidas no caso estarem assessoradas por eméritos advogados, submeteram-se à decisão da autoridade antitruste brasileira.

Da mesma sorte, a quebra do monopólio do refino de combustíveis da Petrobras, que culminou com o compromisso da petroleira brasileira em promover desinvestimento nesse setor, efetivando a venda de oito refinarias, teve o preço de venda de uma dessas refinarias questionada no Judiciário, o qual requereu informações à Petrobras, mas não anulou nem alterou o mérito da decisão do CADE no acordo celebrado em Terno de Cessação de Conduta.

No que toca à parte processual, verifica-se que, em certos casos, a decisão do CADE foi anulada pelo Judiciário por não respeitar as formalidades procedimentais e os prazos para

a realização do julgamento.

Quanto ao aspecto técnico das análises realizadas pela Autoridade Antitruste brasileira, é indiscutível que a definição de conceitos como *mercado relevante*, *dumping*, cláusulas de *take-or-pay* e *ship-or-pay*, e a mensuração de efeitos, tais como *market share* antes e depois da operação de concentração ou condutas, aplicação de índices como o HHI-*Herfindahl Hirschmann Index*, para aferição e simulação dos impactos regionais e nacionais envolvidos, dentre outras análises e constatações que muito se assemelham a uma perícia técnica, é da reconhecida utilidade ao CADE, que pela qualificação elevada do seu quadro de colaboradores pode realizar estes estudos e adotar medidas de modo mais preciso e eficiente que os magistrados, devido à sua formação.

Não se está defendendo aqui que os juízes e tribunais devam se abster de analisar as decisões proferidas pela autoridade antitruste, intervindo inclusive no mérito administrativo (como ocorreu no caso LPM-Coopersat/BA), tampouco se afirma que os dirigentes, assessores e conselheiros do CADE não sejam passíveis de erros, afinal o antitruste não é uma ciência exata, como advertiu Paula Forgioni (2020).

Ademais, esse elevado nível de tecnicidade (ou tecnocracia) pode refletir uma matriz ideológica de influência dos países berço do capitalismo sobre os países “em desenvolvimento” (a exemplo dos Estados Unidos, e as teorias econômicas da Escola de Chicago implantadas nos países subdesenvolvidos para defesa dos interesses do capitalismo) como a política denominada de *Reagan Doctrine* cujo pretexto era a difusão da democracia no mundo, mas que ocultava seu principal objetivo de aumentar seu domínio econômico.

Por fim, o recente e ainda em curso caso de aquisição do Grupo Oi é representativo do diálogo entre as instituições, pois o pleno cumprimento da decisão judicial exarada em processo de recuperação judicial dependeu, para seu aperfeiçoamento e efetividade, da análise do CADE, em decorrência de seus efeitos no mercado relevante, principalmente por acarretar concentração horizontal no mercado de telefonia móvel celular e tráfego de dados.

Pode-se afirmar que o princípio da interdependência das instâncias, estudado no Capítulo 3, tem conquistado espaço tanto na jurisprudência do CADE como na clássica – a produzida pelo Poder Judiciário –, não obstante a regra da independência entre as instâncias aplique-se às circunstâncias taxativamente previstas em lei.

O diálogo entre as instituições, como idealizou Sérgio Ferreira Victor (2013), em sua

tese de doutorado apresentada perante a FADUSP, pouco a pouco se intensifica nos órgãos e poderes do Estado Democrático de Direito. A proposta que se apresenta por meio da presente pesquisa é a de que este diálogo seja estendido, a fim de abarcar, além dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário e do Poder Legislativo, também os órgãos judicantes componentes da estrutura administrativa do Poder Executivo, como o é o CADE.

REFERÊNCIAS

- ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. Buenos Aires: Bosch, Casa Editorial, 1970.
- ANDREOLI, Daniel; DRAGO, Buno de Luca. O CADE e a quebra do monopólio de refino de combustível no Brasil. *In*: CRISTOFARO, Pedro P. S.; BAGNOLI, Vicente (coord.). **Jurisprudência do CADE**. Sao Paulo: Thonsom Reutres, Revista dos Tribunais, 2020. p. 415-428.
- ARISTÓTELES. **A política**. Tradução António Campelo Amaral e Carlos Gomes. Belo Horizonte: Vega, 1998.
- BAGNOLI, Vicente; CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles (coord.). **Jurisprudência do CADE comentada**. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2020.
- BALDINI, Alessandra Gomes Faria; CAVALI, Marcelo Costenaro; Vanessa Piffer Donatelli da SILVA. **O dogma da independência das instâncias e a interface entre ilícitos administrativos e crimes contra o mercado de capitais: efeitos das decisões da CVM sobre o processo penal**. *In*: ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, 4, DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I. Florianópolis. Anais [...], Florianópolis, 2021. p. 179-200. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/7x02k736/3f4c1250/oW3ndfm6mr99g4s5.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2021.
- BALERA, Wagner; SAYEG, Ricardo Hasson. **O capitalismo humanista: filosofia humanista de direito econômico**. Petrópolis: KPR, 2011.
- BANDEIRA, Moniz. **Cartéis e desnacionalização: a experiencia brasileira – 1964 - 1974**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1975. (Retratos do Brasil)
- BARBOSA, Francisco Vidal; CAMARGOS, Marcos Antonio de. **Da fusão Antarctica/Brahma à fusão com a Intrebrew: uma análise da trajetória econômico-financeira e estratégia da AMBEV**. Revista de Gestão USP, São Paulo, v. 12, n. 3, p. 47-63, jul./set. 2005.
- BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Trabalhando com um nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro**. Revista AGU, Brasília: v.15, n. 02, 2016. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/854/730>. Acesso em: 25 set. 2021.
- BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas da concretização da Consitituição de 1988**. Porto Alegre: Rev. Do Instituto de Hermenêutica Jurídica. V.1 n. 2, 2004.
- BERCOVICI, Gilberto. **A ilegalidade da atuação do CADE no setor de refino de petróleo**. R. Fórum Dir. fin. e Econômico – RFD FE | Belo Horizonte, ano 10, n. 18, p. 181-198, set. 2020/fev. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 8 nov. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração: CADE aprova, com restrições, aquisição dos negócios de soluções hidráulicas da Eaton pela Danfoss**. Notícias, 12 de maio de 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-aprova-com-restricoes-aquisicao-dos-negocios-de-solucoes-hidraulicas-da-eaton-pela-danfoss>. Acesso em: 25 set. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **CADE se mantém entre as melhores agências antitruste do mundo. Autarquia recebeu, pelo nono ano consecutivo, quatro estrelas em ranking internacional realizado pela revista britânica GCR**. Notícias, 14 de setembro de 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/CADE/pt-br/assuntos/noticias/CADE-se-mantem-entre-as-melhores-agencias-antitruste-do-mundo-1>. Acesso em: 8 nov. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos Brasília**. 2013. Disponível em: http://antigo.CADE.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/CADE_-_defesa_da_concorrenca_no_brasil_50_anos-1.pdf. Acesso em: 14 nov. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Departamento de Estudos Econômicos do CADE comemora doze anos**. Notícias, 16 de setembro de 2021a. Disponível em: <https://www.gov.br/CADE/pt-br/assuntos/noticias/departamento-de-estudos-economicos-do-CADE-comemora-12-anos>. Acesso em: 5 set. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Termo de Compromisso de Cessação de Prática, 5 de abril de 2017**. Disponível em: https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMPNPjHPGG0zCIGPdWZ1Nga8cmCfcRW1vUe9-dFdFTHj9A7fDTqc-kv1mnc62uIl2_P340yblE5yvJWkRPmJoVW. Acesso em: 30 jun. 2021.

BRASIL. **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 n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei n. 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm#art127. Acesso em: 8 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Consolidação das leis civis brasileiras**. v. I. Brasília: Biblioteca Jurídica -Bdjur, 2003. (Coleção História do Direito).

CABRAL, Mario André Machado. **A construção do antitruste no Brasil: 1934 - 1960**. São Paulo: Singular, 2020.

CABRAL, Mario André Machado. **Estado, concorrência e economia: convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

CARVALHO, Vinícius Marques de. **O papel do CADE**. [Entrevista concedida a] Agenda Econômica – TV Senado, Brasília: 22 nov. 2013. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=HUT9MiffWYg>. Acesso em: 25 set. 2021.

CARVALHO, Vinícius Marques de. **Regulação e concorrência em tempos de disrupção**. JOTA, 23 de outubro de 2018. Acesso em: 21 maio 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/regulacao-e-concorrenca-em-tempos-de-disrupcao-23102018>. Acesso em: 9 maio 2021.

CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. **Considerações sobre poder econômico**. 1971. Tese (Livre docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1971.

CNM-CUT. **Vale informa ao Cade que ficará com a Ferteco**. Notícias, 6 de setembro de 2007. Disponível em: <https://cnmcut.org.br/noticias/vale-informa-ao-cade-que-ficara-com-a-ferteco-25a4>. Acesso em: 21 maio 2021.

CORRÊA, Oscar Dias. **O sistema político-econômico do futuro: o societarismo**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

COSTA, Daniel Carnio (coord.). **Insolvência empresarial: temas essenciais**. Curitiba: Juruá, 2019.

DENNI, Kenneth G. **“Competition” in the history of economic thought**. 1975. Tese (Doutorado) – Faculdade de Estudos Sociais, Oxford University, Oxford, 1975.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DICIONÁRIO OXFORD. **Dicionário de Português - Inglês licenciado para Oxford University Press, 2021**. Apple Inc. Disponível no sistema operacional OSX. Acesso em: 8 nov. 2021.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2003.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O agronegócio como empresa e sua tutela constitucional**. In: JORGE, André Guilherme Lemos; ADEODATO, João Maurício; DEZEM, Renata Mota Maciel Madeira (org.). **Direito empresarial: estruturas e regulação**. São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2018. p. 75-97).

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

FOX, Eleanor M. **Modernization of antitrust: a new equilibrium**. *Cornell Law Review*, v. 66, n. 6, p. 1140-1192, ago. 1981. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol66/iss6/3>. Acesso em: 12 ago. 2021.

FOX, Harold G. **Monopolies and patents: a study of the history and future of the patent monopoly**. Toronto: The University of Toronto Press, 1947.

FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

FRAZÃO, Ana. **Join ventures contratuais**. *Revista de Informações Legislativas*: Brasília: Senado Federal, ano 52, jul./set. 2017.

FREITAS, Augusto Teixeira. **Consolidação das leis civis**. BDJur, Brasília: maio de 2003. (Coleção História do Direito brasileiro) Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/colecaodc/article/view/85/63>. Acesso em: 25 set. 2021.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2018.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **Formas de abuso do poder econômico**. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo: n. 66. p. 41-52, 1987.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário jurídico**. 23. ed. Atualização de Ana Claudia Schwenck dos Santos. São Paulo: Rideel, 2019.

HANTHORNE, Bruna de Oliveira Cordeiro; BECKER, Josiane. **A relativização do princípio da vedação ao *non liquet*: a teoria das capacidades institucionais**. *Revista Brasileira de Pesquisa Jurídica, Avaré*: v. 2, n. 2, p. 105-135, maio/ago. 2021.

HOFFMAN, Priscila Jonck. **A evolução do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: estudo sobre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. 2015. Monografia (Bacharelado em Ciências Econômicas) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/134852/Monografia%20da%20Priscilla%20Hoffmann.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 ago. 2021.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Tradução João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

JAGUARIBE, Hélio. **Desenvolvimento econômico e desenvolvimento político**. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz na Terra, 1969.

JUNQUEIRA, Eduardo. **O Código Civil de 1916**. FGV-CPDOC. Disponível em: <https://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeira-republica/CODIGO%20CIVIL%20DE%201916.pdf>. Acesso em: 7 out. 2021.

KISNER, Paulo Celestino. **Organização criminosa é investigada por sonegação bilionária no setor de reciclagem de alumínio.** Entrevista concedida ao Jornal da Record. Disponível no sítio eletrônico Youtube. Disponível em: www.youtube.com/watch?v=T-1kEU6Gjwk. Acessado em 28/09/2021.

KLABOUCHAR, AMY. **Antitrust: taking on monopoly power from the gilded age to the digital age.** New York: Alfred A. Knopf, 2021.

KOJIKOVSKI, Gian. **Os 15 anos do vaivém entre CADE, Garoto e Nestlé.** Revista Exame, 20 de setembro de 2017. Disponível em: <https://exame.com/negocios/os-15-anos-de-vaivem-entre-CADE-garoto-e-nestle/>. Acesso em: 8 nov. 2021.

LIMA, Heitor Ferreira. **História político-econômica e industrial do Brasil.** São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1976.

LIMA, Mara. **Operação investiga sonegação de R\$ 4 bilhões em empresas de reciclagem e produção de alumínio: grupo é investigado há anos e tem aprimorado o esquema de fraude para dificultar rastreamento.** São José dos Campos/SP: Jornal O Vale, 28 de setembro de 2021. Disponível em: <https://www.ovale.com.br/nossaregiao/cidades/operac-o-investiga-esquema-bilionario-de-sonegac-o-em-empresas-de-reciclagem-e-produc-o-de-aluminio-1.190086>. Acesso em: 8 nov. 2021.

LYRA, Roberto. **Crimes contra a Economia Popular: doutrina, legislação e jurisprudência.** Rio de Janeiro: Jacinto, 1940

MILITÃO, Eduardo. **PF deflagra operação contra cartel dos combustíveis no DF e entorno.** Correio Brasiliense, 25 de novembro de 2015. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2015/11/24/interna_cidadesdf,507778/pf-deflagra-operacao-contr-cartel-dos-combustiveis-no-df-e-entorno.shtml. Acesso em: 25 set. 2021.

OCDE. **Policy Roundtables – Vertical Merges.** Competition Law & Policy, 12 de novembro de 2007. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/mergers/39891031.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2021.

OCDE. **Revisão por pares da OCDE sobre legislação e política de concorrência: Brasil. 2019.** Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/revisoes-por-pares-da-ocde-sobre-legislacao-e-politica-de-concorrencia-brasil-2019-web.pdf>. Acesso em: 7 out. 2021.

OLIVEIRA, Gesner. **Concorrência: panorama no Brasil e no mundo.** São Paulo: Saraiva, 2001.

RAFFOUL, Jacqueline Salmen. **Benchmarking internacional sobre as instituições de defesa da concorrência e de proteção de dados.** Documento de Trabalho n. 2/2021, Brasília, junho de 2021. CADE/MJ – Departamento de Estudos Econômicos Disponível em: <https://cdn.CADE.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2021/Documento%20de%20Trabalho%20-%20Benchmarking-internacional-Defesa-da-Concorrencia-e-Proteacao-de-dados.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2021.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1995.

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

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as condutas**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SANDEL, Michael J. **Justiça. O que é fazer a coisa certa?**. 12. ed. Tradução Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SEVERINO, Antonio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, Denilson Moura. **Hermenêutica jurídica como propulsora da eficiência judicial**. *In: ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, 4, FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT*, 2021, Florianópolis. Anais [...], Florianópolis, 2021. p. 121-140. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/7x02k736/bae0y524/5XQ0BzoYVxRI4k83.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2021

SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SMITH, Adam. **An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations**. Edited by S. M. Soares. MetaLibri Digital Library, 29th May 2007.

SMITH, Adam. **Investigação sobre as causas da riqueza das nações**. *In: Os Pensadores*. Tradução Conceição Jardim Maria do Carmo Cary, Eduardo Lúcio Nogueira, Rolf Kuntz. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 3-241.

SUSTIEN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Interpretation and institutions**. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 4, p. 885-951, 2003. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12319&context=journal_articles. Acesso em: 7 out. 2021.

TODOROV, Francisco; TORRES FILHO, Marcelo. **History of competition policy in Brazil: 1930-2010**. *The Antitrust Bulletin*, v. 57, n. 2, p. 207-257, set. 2012. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2327925> . Acesso em: 20 jan. 2021.

UNITED STATES. Federal Trade Commission. **Premerger Notification Program**. Disponível em: <https://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program>. Acessado em 30 de junho de 2021. Acesso em: 17 jul. 2021.

UNITED STATES. Federal Trade Commission. **The Antitrust Laws**. Disponível em: <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws>. Acesso em: 20 maio 2021.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **"Juízes deferentes?"**. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*, Belo Horizonte, ano 6, n. 22, abr./jun. 2012.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional, democracia e estado de direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da**

Constituição. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

ZANCHETTA, Juliana Rodrigues. **A evolução da legislação antitruste brasileira: uma análise dos critérios de notificação.** Revista da PGBC, v. 12, n. 2, p. 70 -94, dez. 2018.