

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

DANIEL FERNANDO PASTRE

**A EFICIÊNCIA AMBIENTAL COMO FUNDAMENTO PARA A AUTORIZAÇÃO
ESTATAL PARA REALIZAÇÃO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO
ANTICOMPETITIVOS**

**CURITIBA
2018**

DANIEL FERNANDO PASTRE

**A EFICIÊNCIA AMBIENTAL COMO FUNDAMENTO PARA A AUTORIZAÇÃO
ESTATAL PARA REALIZAÇÃO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO
ANTICOMPETITIVOS**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Emerson Gabardo

**CURITIBA
2018**

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

P293e
2018 Pastre, Daniel Fernando
 A eficiência ambiental como fundamento para a autorização estatal para
realização de atos de concentração anticompetitivos / Daniel Fernando Pastre
; orientador, Emerson Gabardo. -- 2018
 350 f. : il. ; 30 cm

 Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná,
Curitiba, 2018
 Bibliografia: f. 285-331

 1. Direito. 2. Brasil. Lei n.12.529, de 30 de novembro de 2011.
3. Concorrência. 4. Direito empresarial. 5. Eficiência (Direito). 5. Proteção
ambiental. I. Gabardo, Emerson. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título

Doris 3. ed. – 340

TERMO DE APROVAÇÃO

DANIEL FERNANDO PASTRE

A EFICIÊNCIA AMBIENTAL COMO FUNDAMENTO PARA A AUTORIZAÇÃO ESTATAL PARA REALIZAÇÃO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO ANTICOMPETITIVOS

Tese apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Emerson Gabardo
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Profa. Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. Daniel Ferreira
Uninter

Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr
Unicuritiba

Prof. Dr. Grenfieth de Jesús Sierra Candena
Universidad del Rosario

Curitiba, 19 de março de 2018.

DEDICATÓRIA

Em homenagem à Maria, Gabriela e
Manoela, razões para viver.

AGRADECIMENTOS

Por economia, agradeço a todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para o estudo e elaboração da tese, especialmente aos colegas e professores da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), sobretudo o professor Emerson Gabardo pelo auxílio e orientação; ainda, deixo registrado um agradecimento para a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) pelo suporte que tornou possível a finalização do trabalho.

ΕΠÍΓΡΑΦΕ

*“The world is full of obvious things which
nobody by any chance ever observes.”*

Sherlock Holmes

The Hound of the Baskervilles

RESUMO

A Lei Antitruste (Lei 12.529/2011) estabelece que alguns atos de concentração econômica (especialmente aqueles que envolvem grandes agentes econômicos ou quotas de mercado) deverão ser submetidos à análise da autoridade antitruste para verificação de eventuais efeitos anticoncorrenciais. A referida legislação estabelece que os atos que impliquem a eliminação da concorrência, que criem ou reforcem posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercados devem ser, como regra, rejeitados, porque proibidos. Porém, excepcionalmente podem ser autorizados aqueles atos originalmente proibidos quando comprovado um incremento de produtividade ou competitividade, quando houver uma melhoria da qualidade dos produtos ou dos serviços, ou quando o ato gerar uma maior eficiência, desenvolvimento econômico ou tecnológico. A legislação especial não estabeleceu como um de seus objetivos a proteção do meio ambiente, tampouco menciona o conceito ou a forma como deve ser feita a avaliação de eficiência, ficando a mesma normalmente relegada a critérios econômicos. Nesse contexto, a pesquisa analisa o Direito Antitruste a partir dos princípios constitucionais, inclusive em seu contexto histórico, e da noção de desenvolvimento, a fim de reconstruir o conceito de eficiência, modificando-o em prol da defesa do meio ambiente. O resultado foi a elaboração de um conceito de eficiência ambiental que pode ser utilizado para aprovação de atos de concentração que revelem efeitos anticompetitivos. E mais, concluiu-se que apesar de atualmente as autoridades não se utilizarem de nenhum viés ambiental em suas decisões, a teoria da cooperação pode fornecer importantes subsídios para modificação desse quadro institucional, a ponto de tornar o conceito de eficiência ambiental um modelo a ser seguido em matéria antitruste.

Palavras-chave: Direito da Concorrência, Livre Iniciativa, Meio Ambiente, Desenvolvimento, Eficiência.

ABSTRACT

ENVIRONMENTAL EFFICIENCY AS A BASE FOR THE STATE AUTHORIZATION FOR ANTICOMPETITIVE CONCENTRATION ACTS

The Antitrust Law (Law 12,529 / 2011) establishes that certain acts of economic concentration (especially those involving large economic agents or market shares) must be submitted to the antitrust authority for verification of its possible anticompetitive effects. That legislation provides that acts which entail the elimination of competition, which create or strengthen a dominant position or which may result in the domination of markets should, as a rule, be rejected, because of the prohibition. Exceptionally, those acts that are originally prohibited can be authorized when productivity or competitiveness increases, when there is an improvement in the quality of products or services, or when the act generates greater efficiency, economic or technological development. The special legislation has not established as one of its objectives the protection of the environment, nor does it mention the concept or the way in which the efficiency assessment should be made, which is usually relegated to an economic criteria. In this context, the research analyzes the Antitrust Law based on constitutional principles, including its historical context, and the notion of development, in order to reconstruct the concept of efficiency, modifying it in favor of environmental protection. The result was the development of a concept of environmental efficiency that can be used to approve mergers that reveal anticompetitive effects. Moreover, it was concluded that although the authorities do not use any environmental bias in their decisions, the theory of cooperation can provide important subsidies for modifying the institutional framework, at the point of making the concept of environmental efficiency a model to be followed in antitrust evaluations.

Keywords: Competition Law, Free Enterprise, Environment, Development, Efficiency.

RESUMEN

LA EFICIENCIA AMBIENTAL COMO FUNDAMENTO PARA LA AUTORIZACIÓN ESTATAL PARA REALIZACIÓN DE ACTOS DE CONCENTRACIÓN CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA

La Ley Antimonopolio (Ley 12.529 / 2011) establece que algunos actos de concentración económica (especialmente aquellos que involucran a grandes agentes económicos o cuotas de mercado) deberán ser sometidos al análisis de la autoridad antimonopolio para verificación de eventuales efectos contrarios a la competencia. La referida normativa establece que los actos que impliquen la eliminación de la competencia, que crean o refuerzan la posición dominante o que puedan resultar en la dominación de los mercados, deben rechazarse, como regla, porque están prohibidos. Sin embargo, excepcionalmente pueden ser autorizados aquellos actos originalmente prohibidos cuando se comprobó un incremento de productividad o competitividad, cuando hay una mejora de la calidad de los productos o de los servicios, o cuando el acto genera una mayor eficiencia, desarrollo económico o tecnológico. La legislación especial no estableció como uno de sus objetivos la protección del medio ambiente, tampoco menciona el concepto o la forma en que debe hacerse la evaluación de eficiencia, quedando la misma normalmente relegada a criterios económicos. En este contexto, la investigación analiza el derecho antimonopolio a partir de los principios constitucionales, incluso en su contexto histórico, y de la noción de desarrollo, a fin de reconstruir el concepto de eficiencia, modificándolo en favor de la defensa del medio ambiente. El resultado fue la elaboración de un concepto de eficiencia ambiental que puede ser utilizado para la aprobación de actos de concentración que revelan efectos anticompetitivos. Además, se concluyó que a pesar de que actualmente las autoridades no se utilizan de ningún sesgo ambiental en sus decisiones, la teoría de la cooperación puede proporcionar importantes subsidios para la modificación de ese marco institucional, hasta el punto de hacer del concepto de eficiencia ambiental un modelo a ser seguido en materia antimonopolio.

Palabras-clave: Derecho de la Competencia, Libre Empresa, Medio Ambiente, Desarrollo, Eficacia.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Gráfico 01: Modelo de Probabilidade e Impacto 1.....	198
Gráfico 02: Modelo de Probabilidade e Impacto 2.....	199
Gráfico 03: CADE: Atos de Concentração.....	231
Gráfico 04: CADE: Eficiências em Atos de Concentração	234
Gráfico 05: STF: Processos por Espécie	260
Gráfico 06: STF: Processos por Objetivo/Resultado	261
Gráfico 07: STJ: Processos por Espécie.....	265
Gráfico 08: STJ: Processos por Objetivo/Resultado	267
Gráfico 09: TRF-4: Processos por Espécie	278
Gráfico 10: TRF-4: Processos por Objetivo/Resultado.....	279

SUMÁRIO

RESUMO	VII
ABSTRACT	VIII
RESUMEN	IX
LISTA DE ILUSTRAÇÕES	X
INTRODUÇÃO	14
PARTE 1: OS FUNDAMENTOS E PRESSUPOSTOS DO DIREITO ANTITRUSTE	16
CAPÍTULO 1: A EVOLUÇÃO HISTÓRICO-NORMATIVA DO DIREITO ANTITRUSTE NO BRASIL	16
1.1 PRIMEIRA FASE: DA EXPLORAÇÃO MÁXIMA À PRÉ-INDEPENDÊNCIA (1500-1822)	17
1.2 SEGUNDA FASE: O BRASIL IMPERIAL DA PÓS-INDEPENDÊNCIA E O PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO (1822-1889).....	25
1.3 TERCEIRA FASE: A REPÚBLICA E O ÍNICIO DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO ANTITRUSTE COM O COMBATE AO ABUSO DE PODER ECONÔMICO (1889-1988)	34
1.4 QUARTA FASE: CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ANTITRUSTE	60
CAPÍTULO 2: PRESSUPOSTOS E CONCEITOS FUNDAMENTAIS EM MATÉRIA ANTITRUSTE	71
2.1 O CONCEITO DE CONCORRÊNCIA E A JUSTIFICATIVA PARA A INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO	71
2.2 O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: FUNÇÕES E COMPETÊNCIAS DA AUTORIDADE CONCORRENCIAL	84
2.3 A DEFINIÇÃO DE MERCADO RELEVANTE COMO PONTO DE PARTIDA DAS NORMAS CONCORRENCIAIS	97

2.4 OS MOTIVOS DETERMINANTES PARA A REALIZAÇÃO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL: A ANÁLISE CONJUNTA DAS CONDUTAS E A QUESTÃO DA CULPABILIDADE.....	110
PARTE 2: A AUTORIZAÇÃO DE ATOS ANTICOMPETITIVOS E O SURGIMENTO DE UMA NOVA CONCEPÇÃO DE EFICIÊNCIA AMBIENTAL A PARTIR DE CRITÉRIOS NORMATIVOS E COOPERATIVOS	126
CAPÍTULO 3: ATOS DE CONCENTRAÇÃO: ANÁLISE DAS HIPÓTESES PARA AUTORIZAÇÃO DE ATOS ANTICOMPETITIVOS.....	126
3.1 A CLASSIFICAÇÃO E O CONTROLE PRÉVIO DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO: O PROBLEMA DO GUN-JUMPING.....	127
3.2 A REGRA DA RAZÃO COMO FUNDAMENTO GERAL PARA AUTORIZAÇÃO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO ANTICOMPETITIVOS	139
3.3 AS HIPÓTESES ALTERNATIVAS PARA A AUTORIZAÇÃO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO ANTICOMPETITIVOS E A SUPOSTA ESSENCIALIDADE DA DEFESA DO CONSUMIDOR.....	153
CAPÍTULO 4: A NOVA CONCEPÇÃO DE EFICIÊNCIA AMBIENTAL A PARTIR DE CRITÉRIOS NORMATIVOS E COOPERATIVOS	166
4.1 A NORMATIVIDADE CONSTITUCIONAL COMO FUNDAMENTO AO DESENVOLVIMENTO DE UM CRITÉRIO DE EFICIÊNCIA AMBIENTAL.....	166
4.2 A PREMISSA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FONTE DE LEGITIMAÇÃO DA EFICIÊNCIA AMBIENTAL.....	180
4.3 OS TRÊS ESPECTROS DA EFICIÊNCIA AMBIENTAL QUE JUSTIFICAM O CONCEITO E APLICABILIDADE DE UMA EXCEÇÃO LEGAL PARA REALIZAÇÃO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO ANTICOMPETITIVOS	191
4.4 AMBIENTE INSTITUCIONAL, TEORIA DOS JOGOS E A APLICABILIDADE DA TEORIA DA COOPERAÇÃO EM ROBERT AXELROD PARA CONCRETIZAÇÃO DO CRITÉRIO DA EFICIÊNCIA AMBIENTAL.....	211

PARTE 3: ANÁLISE EMPÍRICA SOBRE A APLICABILIDADE DO CONCEITO DE EFICIÊNCIA AMBIENTAL NA SEARA CONCORRENCIAL BRASILEIRA.....	224
CAPÍTULO 5: ANÁLISE EMPÍRICA DAS DECISÕES DA AUTORIDADE CONCORRENCIAL BRASILEIRA DE 2012 A 2016	224
5.1 MÉTODO E TÉCNICA GERAL PARA A PESQUISA: ANÁLISE DAS DECISÕES EXARADAS PELA AUTORIDADE CONCORRENCIAL DE 2012 A 2016.....	224
5.2 ANÁLISE DOS CASOS DE REPROVAÇÃO TOTAL DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO ANTICOMPETITIVOS.....	235
5.2.1 Ato de Concentração 08700.007680/2012-59	235
5.2.2 Ato de Concentração 08700.000436/2014-27	237
5.2.3 Ato de Concentração 08700.009988/2014-09	241
5.2.4 Ato de Concentração 08700.006185/2016-56	244
5.2.5 Ato de Concentração 08700.006444/2016-49	249
5.2.6 Ato de Concentração 08700.007553/2016-83	254
CAPÍTULO 6: ANÁLISE EMPÍRICA DAS DECISÕES JUDICIAIS BRASILEIRAS DE 1998 A 2016	258
6.1 AS DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	259
6.2 AS DECISÕES DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS.....	273
6.2.1 Tribunal Regional Federal da 2.^a Região	273
6.2.2 Tribunal Regional Federal da 3.^a Região	276
6.2.3 Tribunal Regional Federal da 4.^a Região	277
6.2.4 Tribunal Regional Federal da 5.^a Região	280
CONCLUSÃO	282
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	285
ANEXOS	332

INTRODUÇÃO

A tese central objetiva avaliar a possibilidade de construção de um modelo de eficiência ambiental que, ao fim e ao cabo, conecta as diretrizes constitucionais da livre iniciativa (e livre concorrência) com a proteção do meio ambiente. Para além do objetivo primordial, busca investigar uma cultura concorrencial (a forma como as autoridades e os agentes econômicos avaliam a atual conjuntura existente, a norma antitruste e suas relações com a Constituição) e os mecanismos, ou incentivos, para a disseminação daquele modelo de eficiência ambiental que será proposto.

Para concretização dos objetivos, a opção inicial foi organizar o trabalho, dividindo-o em três partes distintas, cada qual com dois capítulos: a primeira, que estruturará os fundamentos e pressupostos do Direito Antitruste no Brasil; a segunda, que avaliará a forma de autorização estatal dos atos de concentração anticompetitivos e, a partir deles, o surgimento de uma nova concepção de eficiência ambiental através de fontes normativas e seus elos com a cooperação; e a última, que aplicará um viés prático e conduzirá o estudo para uma análise empírica das decisões da autoridade concorrencial e do Poder Judiciário sobre o tema, a fim de verificar ou contrapor os argumentos expostos nas partes anteriores.

No que diz respeito especificamente a cada parte da tese, tem-se que a primeira parte vem subdividida em dois capítulos, constando no primeiro uma retrospectiva histórico-normativa, que alia as evoluções legislativas aos acontecimentos históricos que as motivaram, a fim de comprovar as origens e paradigmas essenciais da atual legislação antitruste. Do mesmo modo, após a fase da constitucionalização do Direito da Concorrência, os caminhos levam ao estudo dos pressupostos e conceitos fundamentais para o desenvolvimento de qualquer teoria relacionada à concorrência, estabelecendo-se definições sobre a concorrência, intervenção do estado no domínio econômico, definição do mercado relevante e os motivos que conduzem os agentes econômicos à concentração.

Na sequência, a segunda parte, igualmente dividida em dois capítulos, buscará especificar o atual entendimento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, no sentido de estabelecerem-se quais as hipóteses legais para a aprovação de atos de concentração que revelem efeitos anticompetitivos. Assim, depois do estabelecimento da premissa, o estudo foi direcionado ao objeto principal, que vincula a questão da eficiência com a proteção do meio ambiente. Para tanto, o

segundo capítulo da parte em questão esquadrinhará os fundamentos com base na normatividade constitucional e na premissa do desenvolvimento sustentável para elaborar um conceito de eficiência ambiental que advém de três espectros distintos; ainda, com auxílio da teoria da cooperação, criar-se-á um mecanismo para alteração do atual paradigma, possibilitando que o conceito de eficiência ambiental alastre-se pela doutrina concorrencial com os benefícios sociais a ele vinculados.

Por fim, a última parte da tese analisará as decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, especialmente os casos de reprovação dos atos de concentração em decorrência de seus efeitos anticoncorreciais, assim como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, a fim buscar elos com o conceito de eficiência ambiental prescrito no desenvolvimento do trabalho. Isso, visando verificar se houve alguma aplicação ou se há alguma conexão ou, ainda, uma possibilidade de aplicação do viés ambiental à análise dos atos de concentração.

Pelo exposto, a tese ampara-se em três perspectivas essenciais, lastreadas, inicialmente, no estudo do atual Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), depois na busca pela alteração do próprio sistema analisado, imbuindo-o de uma matriz ambiental e, por fim, pelo estudo de casos, onde se perquire a corroboração das autoridades administrativas e judiciais, no sentido de autorizar (ou não) essa perspectiva ambiental do Direito Concorrencial.

PARTE 1: OS FUNDAMENTOS E PRESSUPOSTOS DO DIREITO ANTITRUSTE

A primeira parte do texto está voltada para o estabelecimento de premissas essenciais ao desenvolvimento do trabalho, incluindo, nos argumentos histórico-normativos, os fundamentos para a crescente preocupação com a proteção do meio ambiente e como foi trilhada a defesa da concorrência desde o nascedouro das próprias instituições brasileiras à Constituição de 1988. Isso, porque é essa a análise que justifica a própria elaboração da tese central, no sentido de que a proteção do meio ambiente pode justificar a aprovação de atos de concentração anticompetitivos.

Os demais capítulos também caminham nessa linha, posto que os conceitos já existentes serão utilizados para justificar a criação de um conceito de eficiência ambiental com lastro em premissas constantes no próprio ordenamento jurídico e que poderá ser justificado, quiçá incrementado, com as condições prescritas a partir da teoria da cooperação, seja entre os agentes econômicos ou entre estes e o ente estatal, mais precisamente as autoridades da concorrência.

Por último, não seria possível concatenar os conceitos (existentes ou criados a partir dos esclarecimentos feitos) sem o estudo das hipóteses presentes da legislação infraconstitucional para a autorização de atos anticompetitivos. Assim, é dentro dessas balizas e por essas justificativas que será crível a justificação ou elaboração de um conceito de eficiência ambiental aplicável de observância geral.

CAPÍTULO 1: A EVOLUÇÃO HISTÓRICO-NORMATIVA DO DIREITO ANTITRUSTE NO BRASIL

No Brasil, a doutrina, em linhas gerais, separa o quadro normativo, lastreado em fundamentos históricos, em quatro importantes fases: a primeira, onde inexistiam regras específicas sobre a (ausência de) concorrência entre os particulares, tendo em vista a submissão da colônia e a fiscalização portuguesa com o objetivo basilar de extração de recursos naturais (e evitar perdas ou desvios ao longo do caminho). A segunda, em um momento posterior a declaração de independência, de 1822, que tem início com a Constituição de 1824 e o fim concomitante ao da queda da monarquia, onde os ideais liberais fomentam ampla discussão, especialmente entre as elites brasileiras, mas ainda não conseguem se consolidar. A terceira, a partir da instituição da República e da Constituição de 1889,

passando pela Constituição de 1946, onde são lançadas as bases para a repressão ao abuso de poder econômico, e a quarta, em um momento atual que se estende à contemporaneidade, onde se consolida a legislação infraconstitucional da concorrência com premissas sólidas fixadas pela Constituição de 1988.¹

1.1. PRIMEIRA FASE: DA EXPLORAÇÃO MÁXIMA À PRÉ-INDEPENDÊNCIA (1500-1822)

Para o entendimento sobre esta primeira fase, que se iniciou com a própria descoberta do território brasileiro e terminou em momento posterior à chegada da família real portuguesa ao Brasil, com as primeiras ideias sobre o liberalismo e a independência da então colônia, é preciso um breve esclarecimento sobre a própria lógica da colonização existente no território que viria a tornar-se o Brasil.

A partir das primeiras viagens de Cabral, as terras americanas não chamavam a atenção da coroa portuguesa. A atuação de Portugal restringia-se ao policiamento das terras, mediante pequenas expedições isoladas, que tinham o objetivo primordial de garantir os direitos portugueses de exploração de madeira tintorial. A política portuguesa sequer poderia ser chamada de colonizadora e era, então, basicamente exploratória e garantista (dos direitos de exploração); o apossamento das terras dava-se por pontos específicos, com pouca penetração no território e tinha características de acomodação entre os europeus e os índios, a fim de manter essa relação exploratória e a exportação da madeira.²

A situação se alterou nas próximas três décadas, com os relatos de Cristóvão Jaques e Martin Afonso de Sousa, dando conta da presença ativa de navios estrangeiros, especialmente espanhóis, ingleses e franceses, e a ameaça, até então inexistente, de perda do território que estava sendo explorado. A grande questão, neste ponto da trajetória, era que Portugal, nos idos de 1500, tinha população pouco maior do que um milhão de habitantes, diversas terras recém-descobertas e um comércio ativo com as Índias; ou seja, havia poucas pessoas e escassos recursos para promover a defesa das terras ou uma efetiva colonização, assim como, ao contrário de México e Peru, não havia riqueza nas terras brasileiras

¹ FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 9. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 87-130.

² SODRÉ, Nelson Weneck. **Formação Histórica do Brasil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1990, p. 59.

para serem confiscadas. Seria necessário pensar na criação de riqueza e toda uma estrutura ao redor dela para garantir os direitos portugueses.³

Os obstáculos que deveriam ser sobrepujados para concretização de um modelo de colonização eram muitos: as terras brasileiras ofereciam, em linhas gerais, poucas perspectivas, as condições de trabalho seriam penosas e degradantes, e as possibilidades de ganhos e enriquecimento daqueles que se sujeitassem a vir para a colônia seriam fraquíssimas. A solução poderia ser o incremento das recompensas aos desbravadores ou de salários mais altos (no caso de utilização de trabalho assalariado, por certo); contudo, o valor dessas recompensas, aliado aos custos de produção e do frete, tornariam a implementação daquela solução impraticável. Os portugueses, a partir dessa constatação, aproveitaram-se de dois grandes potenciais: o primeiro, a vasta área de terra livre que poderia ser explorada; o segundo, a utilização de trabalho de escravos negros, em vista de uma atividade escravagista que era então predominante no mercantilismo português. A conexão entre os dois pontos (vastas terras e uso de mão-de-obra escrava) era feita pela chamada solução açucareira.⁴

A partir de 1534, com Dom João VII, as terras brasileiras foram divididas em quatorze capitanias hereditárias e distribuídas para doze donatários (alguns receberam mais de uma). No ano seguinte, 1535, os primeiros engenhos começaram a funcionar em terras pernambucanas, sob a batuta do donatário Duarte Coelho; em 1570, outros 30, e chegaram a 140 no final do século XVI. A expansão numérica e espacial da indústria açucareira acarretou um monopólio colonial: a colônia voltou-se exclusivamente para o gênero e Portugal estabeleceu com ela um monopólio real, sendo vedado o comércio com estrangeiros.⁵

Para melhor esclarecer, tem-se, neste primeiro momento da histórica brasileira e também neste primeiro modelo de produção e circulação, uma articulação entre a coroa, representada por uma classe dominante de senhores feudais metropolitanos, e os senhores de engenho, classe dominante na colônia escravagista, a quem eram dados privilégios e proteção, além de amplos poderes na área de produção. Nesta linha, enquanto os senhores de engenho absorviam toda a

³ IGLÉSIAS, Francisco. **Trajatória Política do Brasil: 1500-1964**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 19-22.

⁴ SODRÉ, Nelson Weneck. **Formação Histórica do Brasil**. Op. Cit., p. 60-63.

⁵ SCHWARCZ, Lília Moritz; STARLING, Heloísa Murgel. **Brasil: uma biografia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 55-56.

autoridade em suas áreas, resguardando a ordem privada (e as relações civis, políticas e econômicas que circundavam esta ordem), e comandavam a produção açucareira em suas respectivas áreas de atuação, a destinatária desta produção era a coroa. Não há concorrência na área de produção do açúcar e, aqueles com capital suficiente para eventual concorrência não estão interessados naquela produção, mas sim na circulação ou na prática do comércio do açúcar.⁶

Destaque-se, para os fins deste estudo, que o primeiro monopólio⁷ criado em terras brasileiras foi o de produção de açúcar, destinado também com exclusividade à coroa portuguesa. E, nesse período, lançaram-se leis proibindo a produção de outros bens, como, por exemplo, a plantação e a cultura de vinhas, vedadas pela Carta Régia de 1.º de março de 1590.⁸ Assim, a produção e circulação monopolistas eram estratégias usadas na relação entre Portugal e suas colônias, garantidas por regramentos específicos naquele período.

O fato é que esse sistema monopolista não durou muito. O quadro institucional onde floresceu a indústria agrícola açucareira brasileira foi profundamente modificado a partir de 1580, com a união (na verdade, absorção) de Portugal pela Espanha.⁹ Os produtores (senhores de engenho) não foram imediatamente influenciados pelo ato, mas, enquanto Portugal mantinha boas relações com os holandeses, estes competiam acirradamente com os espanhóis. E a guerra entre Holanda e Espanha cobrou o preço das colônias portuguesas. Os holandeses ocuparam parte da região produtora de açúcar, rompendo um sistema cooperativo anterior e, apesar do pouco período de ocupação militar, adquiriram todos os conhecimentos técnicos e organizacionais da indústria açucareira, vindo a implementar, após a sua expulsão da região, uma indústria concorrente no Caribe. Era o fim, então, no monopólio açucareiro e do período de alta lucratividade da referida indústria, fato que gerou declínio da balança de pagamentos para Portugal

⁶ SODRÉ, Nelson Weneck. **Formação Histórica do Brasil**. Op. cit., p. 86.

⁷ O termo “monopólio”, neste caso, está sendo utilizado em seu sentido coloquial, despregado de uma política concorrencial efetiva, sugerindo que apenas um grupo era responsável pela produção do açúcar que era destinado a um único comprador, a coroa.

⁸ LIMA, Heitor Ferreira. **História do Pensamento Econômico no Brasil**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1976, p.71.

⁹ Foi Felipe II de Castela quem tomou o poder em Portugal em 1580, pronunciando-se Filipe I de Portugal. Ele uniu os dois estados em uma só coroa. Portugal sofreu imediatamente uma perda de soberania, já que a corte passou a ser governada por um rei estrangeiro. A união não foi querida pelos portugueses, que mantiveram independência em relação à justiça, educação, cultura e governo, ainda que as altas cortes e monarcas não fizessem oposição drástica ao novo regime. Cf. MELO, Amílcar de. **Portugal Econômico, Político e Social**. Lisboa: Vieira da Silva, 2016.

e, conseqüentemente, a desvalorização da sua moeda. Essa desvalorização acarreta a ruptura da cadeia de abastecimento do mercado interno colonial, que era praticamente exclusivo dos portugueses, e faz com que o comércio se incremente com outras nações, enfraquecendo, ainda mais, o comércio Brasil-Portugal.¹⁰

A insatisfação do povo português, que pouco já tolerava a submissão ao reino espanhol, com o agravamento das condições entre a nobreza portuguesa (ainda que parte dos nobres mantivesse lealdade aos Filipes), culminou em nova separação entre os países, realizada através da atuação indireta¹¹ do Duque de Bragança, proclamado Rei Dom João IV após a invasão do Paço da Ribeira, seguida do assassinato do secretário da vice-rainha, Duquesa de Mântua, em 1.º de dezembro de 1640. A confirmação (da separação) das cortes portuguesas deu-se em janeiro do ano seguinte e, paulatinamente, embrenhou-se no seio brasileiro.¹²

Na dinastia dos Bragança, houve uma tentativa de restaurar e fortalecer a indústria açucareira a partir da criação, em 06 de fevereiro de 1649, da Companhia Geral do Comércio, que detinha o monopólio industrial (não só do açúcar, mas também do vinho, azeite, bacalhau e trigo) em troca da defesa armada dos carregamentos para Portugal. Além disso, ao longo deste e do próximo século, foram produzidas outras leis e regulamentos que buscavam o mesmo objetivo: criar ou fortalecer o monopólio português sobre diversos produtos. A título de exemplo, podem ser citados: a proibição de se produzir sal no Brasil, em 1665, e o Alvará de 12 de maio de 1680, que obrigou os sapateiros a trabalhar exclusivamente com couros vindos de Portugal; o Alvará de 05 de fevereiro de 1767, que proibiu a fabricação de sabão; e, dentre as consideradas mais graves intervenções da coroa no domínio econômico brasileiro, estava o Alvará de 05 de janeiro de 1785, que ordenou o fechamento de todas as fábricas de tecidos, além das oficinas de ouro e prata que funcionavam no país, o que acabou, no mesmo ano, gerando a proibição de fabricação de ferro e da profissão de ourives.¹³

Nesse período, ainda que não se possa falar em concorrência ou mecanismo para a defesa da concorrência (não há propriamente uma preocupação

¹⁰ FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil**. 32. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005, p. 22-25.

¹¹ Diz-se atuação indireta porque o Duque de Bragança não participou pessoal e diretamente do golpe, tampouco estava presente no momento em que foi praticado. Para o bem da verdade, o duque chegou apenas duas semanas depois, sendo aclamado no dia 15 de dezembro de 1640.

¹² IGLÉSIAS, Francisco. **Trajatória Política do Brasil...** Op. cit., p. 55-78.

¹³ LIMA, Heitor Ferreira. **História do Pensamento Econômico...** Op. cit., p.71.

sobre o tema, considerando o domínio da coroa portuguesa e os vários monopólios criados), deve ser ressaltado que havia uma contraposição entre os consumidores e os monopolizadores, que inclusive culminou em diversas revoltas e motins (como o motim do sal, contrário à proibição de 1655). Ainda que a produção açucareira tenha sido parcialmente substituída por outros meios de produção (como a pecuária e a exploração de minérios, especialmente o ouro e a prata), a coroa portuguesa, por todos os seus atos, buscava sufocar a produção e o comércio interno da colônia brasileira. A metrópole, por meio dos citados diplomas legais, restringia a esfera de produção, tributava de forma extorsiva o que era liberado e consumido, e mantinha, mediante políticas interventivas, um monopólio hermético. A restrição e a oneração da produção colonial refletiam negativamente no preço no âmbito internacional, dificultava a concorrência e invadia a esfera privada da classe dominante na colônia, gerando, ao fim e ao cabo, peso insuportável que recaía sobre toda a população consumidora. A grande questão era que, apesar da insatisfação da colônia, de conspirações e revoltas internas, não havia condições materiais de concretizar a cisão que era clara entre a colônia e a metrópole. A ambição colonial dependeria, necessariamente, do enfraquecimento de Portugal no âmbito internacional e da participação efetiva da classe senhorial.¹⁴

Na seara internacional, com o fim de União Ibérica (Portugal-Espanha), a Inglaterra trouxe Portugal e sua fragilidade, mas também todas as colônias a ele vinculadas, para a sua órbita, gerando uma sensível dependência econômica entre ingleses e portugueses. O Tratado de Methuen, de 1703, não só consolidou essa dependência ao conceder privilégios para circulação de mercadorias inglesas em Portugal,¹⁵ como enfraqueceu o comércio (inclusive internacional) e a própria industrialização do país. Isso, porque a Inglaterra forçava o recebimento, por Portugal, de produtos derivados de algodão e das manufaturas inglesas, concedendo, em troca, diminuição da carga de tributos dos vinhos portugueses. Nessa troca de concessões, as exportações inglesas saltaram de 295 mil libras anuais para 652 mil libras, enquanto as portuguesas aumentaram de 172 mil libras para 240 mil libras. Além disso, a jovem indústria manufatureira portuguesa foi completamente aniquilada, posto que as exportações inglesas eliminaram qualquer

¹⁴ SODRÉ, Nelson Weneck. **Formação Histórica do Brasil**. Op. cit., 161-166.

¹⁵ CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e do Brasil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 320.

espécie de concorrência interna em Portugal; ou seja, o tratado instaurou monopólio em prol da Inglaterra, gerou poucos benefícios para as exportações portuguesas e acabou por macular o desenvolvimento industrial de Portugal e suas colônias, enfraquecendo o país quando comparado a outros no mesmo período.¹⁶

E, justamente (ou também) por isso a guerra travada por Napoleão contra a Inglaterra afetou a nação portuguesa e, conseqüentemente a colônia. Quando Napoleão impôs um bloqueio ao comércio entre a Inglaterra e o continente, a coroa portuguesa representava uma brecha, uma falha ao bloqueio que não poderia ser admitida. Em 1807 as tropas francesas cruzam a fronteira de Portugal e, menos de um mês após, entre 25 e 27 de novembro do mesmo ano, a corte portuguesa decide pela transferência que culmina da vinda da família real para o Brasil, auxiliada por navios ingleses.¹⁷ Mas a situação a ser encontrada nas terras brasileiras já era bem diferente, levando em consideração a própria crise do sistema colonial enfrentada pelas grandes potências desde a Revolução Industrial, a partir do início do século XVIII, com a independência das colônias da América do Norte, em 1776, e com a Revolução Francesa, de 1789, que trazia auspícios de liberdade, igualdade e fraternidade, com a conseqüente aniquilação dos privilégios da monarquia.¹⁸

No campo nacional, ideais sobre aquelas liberdades vinham trazidas da Europa e o liberalismo econômico, que teve como grande precursor as teorias de Adam Smith, chegaram ao Brasil através de Visconde de Cairu, José da Silva Lisboa, que realizou a tradução da obra daquele autor e uma publicação própria, em 1804, intitulada “Princípios de Economia Política”. O autor pregava o liberalismo smithiano, com câmbio livre e proibição dos monopólios e do protecionismo. E, Visconde de Cairu, não pode ser considerado apenas um polinizador dos ensinamentos de Adam Smith. A sua proposta para o Brasil difere do liberalismo inglês. Ao contrário do economista inglês, Visconde de Cairu fazia reservas à agricultura e era totalmente favorável à indústria e ao comércio. Para ele a indústria era condição para a prosperidade agrícola, favoreceria o desenvolvimento e

¹⁶ SIDERI, Sandro. **Comércio e Poder: colonialismo informal nas relações anglo-portuguesas**. Santos: Martins Fontes, 1978, p. 69-79.

¹⁷ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 8. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Fundação do Desenvolvimento da Educação, 2000, p. 120-121.

¹⁸ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. Op. cit., p. 108-109.

expansão demográficos, condicionava o progresso da economia nacional e da própria nação. A sua doutrina era considerada liberal e nacionalista.¹⁹

Ao que parece, as questões internacionais e nacionais caminhavam alinhadas ao projeto de libertação da colônia; porém, logo após a chegada da família real e milhares de súditos, ainda que presente uma tensão entre os proprietários de terras e comerciantes da colônia e o séquito de privilegiados que acompanhava a coroa (que passaram a ocupar os lugares da elite colonial), a atuação do rei foi eficaz em acalmar os ânimos, especialmente quando conferiu títulos de nobreza e privilégios à elite colonial, equiparando-a, grosso modo, à elite portuguesa.²⁰

Para a real noção das concessões, tem-se que no período em que permaneceu em solo brasileiro (1808 a 1820), foram conferidos mais de 200 novos títulos: 11 duques, 38 marqueses, 64 condes, 91 viscondes e 31 barões, nada obstante os títulos garantidos àqueles que desde Portugal já os ostentavam. A corte surgiu bastante recriada e, com ela, uma nova elite com títulos garantidos pela coroa, concedidos em contraprestação a favores diversos de uma elite que também queria maior aproximação com o reino português.²¹

E não foi só isso. No mesmo ano de sua chegada, 1808, o monarca português alterou a política até então praticada, que era puramente exploratória, com restrições e fiscalizações intensas, e determinou a abertura dos portos às nações amigas, a fundação do Banco do Brasil (que serviu também para administração dos bens da coroa portuguesa) e a revogação do Alvará de 05 de janeiro de 1785 (que tinha mandado fechar as fábricas existentes no Brasil, como já referido anteriormente), levantando, por conseguinte, várias medidas opressivas. Estes atos foram considerados reflexos das revoluções liberais, assim como um alento aos pedidos dos produtores e habitantes da colônia brasileira.²²

Há quem diga que os referidos atos, ainda, foram também representações do que estava ocorrendo na Europa, onde o rompimento do sistema corporativo passou a fundar uma expansão do sistema de livre comércio. Nesse sentido, o artigo 419 do Código Penal de Francês, de 1810, sob o comando de Napoleão, tinha

¹⁹ LIMA, Heitor Ferreira. **História do Pensamento Econômico...** Op. cit., p. 76-78.

²⁰ SCHWARCZ, Lília Moritz; STARLING, Heolisa Murgel. **Brasil: uma biografia.** Op. cit., p. 180.

²¹ SCHWARCZ, Lília Moritz. **As Barbas do Imperador: D. Pedro II, um monarca nos trópicos.** 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 246-247.

²² LIMA, Heitor Ferreira. **História do Pensamento Econômico...** Op. cit., p. 75.

previsão expressa das penas de prisão, multa e liberdade vigiada para quem prejudicasse a concorrência natural e o livre comércio.²³

A situação permaneceu estagnada, mesmo com eventuais Revoluções, até que, em 1814, com a derrota de Napoleão, não existiam mais razões para a permanência da coroa junto à colônia. Nesse período, Portugal atravessava uma intensa crise política, causada pela ausência da família real e dos órgãos do governo (todos transferidos ao Brasil), uma crise econômica, em função da aparente liberdade de comércio que beneficiava a colônia e também uma crise militar, pela presença de oficiais ingleses em altos postos (o próprio governo português mantinha-se sob a batuta do marechal inglês Beresford, que virou comandante do exercito após a guerra). E o monarca português, depois da Revolução Portuguesa de 1820 e temendo perder o trono caso não regressasse, partiu para Europa em 1821, deixando para trás seu filho Pedro, futuro Dom Pedro I.²⁴

A pressão, por um lado dos portugueses para recondução do Brasil ao seu antigo estado de colônia, e de outro, das elites brasileiras, dão início à ruptura com a metrópole portuguesa quando Dom Pedro decide não regressar para Portugal, o “dia do fico”, em 09 de janeiro de 1822. Os anseios por maior autonomia, lastreados em bases liberais, se convertem em desejos de independência, finalizados a partir do grito de independência, em 07 de setembro de 1822.²⁵ O novo país teria em seu trono um rei português; o ranço da metrópole e a contraposição absolutista permaneciam, o que seriam alvo de lutas futuras, como será visto.

Tem-se, à guisa de conclusão inicial, que, mais do que um breve período inicial de desinteresse português pela colônia, a primeira fase da política econômica brasileira era de sujeição plena à coroa portuguesa, à metrópole, com enormes restrições à produção e circulação de riqueza mediante e, inclusive, à constituição de monopólios contra os interesses brasileiros. O regramento concorrencial, se é que assim pode ser chamado, existia basicamente para garantir o monopólio português, proibir o comércio (produção e circulação de bens) e assegurar a exploração máxima, mediante intensa fiscalização, das riquezas coloniais.

E, contra o que se esperava, a política exploratória levou à criação de novas elites, inicialmente fundadas a partir da indústria açucareira, e a geração de

²³ BARROS, Alberto Moniz da Rocha. **O Poder Econômico do Estado Contemporâneo e seus Reflexos no Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1953, p. 31.

²⁴ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. Op. cit., p. 130-131.

²⁵ IGLÉSIAS, Francisco. **Trajatória Política do Brasil...** Op. cit., p. 106-107.

comércio interno. Os ideais liberais, ainda que em parte sobrepujados com o sufocamento das revoluções e com a vinda da família real ao Brasil, que, apesar de liberar o comércio, mantinha base forte para manutenção de poder (e de ideais absolutistas), conseguiram, ao final, prevalecer. Talvez não como concebido, mas minimamente para transformar o anseio por autonomia, especialmente na seara comercial, em pleito de independência.

Assim, o desenvolvimento inicial do comércio, a geração de riqueza (que lançou uma nova elite brasileira) e a garantia de bases mínimas, com certa liberdade para as atividades econômicas, impulsionaram o Brasil a desprender-se das amarras portuguesas. A fase puramente exploratória, controladora, restritiva e fiscalista iniciou seu fim com a chegada da família real e encerrou-se em definitivo com o retorno daquela família para Portugal, oportunidade em que o príncipe regente, Dom Pedro I, transformou os pleitos liberais por autonomia em um grito por independência, gerando uma nova fase no período pós-independência.

1.2. SEGUNDA FASE: O BRASIL IMPERIAL DA PÓS-INDEPENDÊNCIA E O PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO (1822 - 1889)

A segunda fase avaliada tem início no período subsequente à independência, em 07 de setembro de 1822, onde se discutia a proposta de reunião de uma assembleia constituinte para a confecção de uma nova Constituição. O objetivo, inclusive de Dom Pedro I, era reavaliar e encerrar em definitivo a primeira fase, exploratória, controladora, restritiva e fiscalista, lastreada em um absolutismo muito criticado, para definir bases mais liberais, inclusive em relação à política econômica. Não pode ser desconsiderado que a base liberal era importante para garantir a legitimidade, o exercício e a manutenção de seu próprio poder, considerando a necessidade de agradar a uma nova elite que surgiu no Brasil. E o grande conflito entre a constituinte e Dom Pedro I originou-se justamente pela existência de propostas com um fundo liberal (focada mais em liberdades individuais, diga-se de passagem), mas que mantinham um ranço do absolutismo, que estava sendo combatido, no que toca os poderes do monarca, que se tornaria imperador. O discurso de Dom Pedro I externava justamente isso, quando disse ele

que aceitaria a nova Constituição brasileira se fosse digna dele e merecesse sua imperial aceitação.²⁶

O discurso de Dom Pedro não foi bem recebido. Os liberais moderados, que pregavam reformas liberais (liberdades políticas e civis), mas sem comprometer a ordem social que vigorava, ou os liberais exaltados, que lutavam por transformações mais amplas, incluindo mudanças políticas, não eram necessariamente adversos à manutenção da monarquia, mas desejavam a submissão do monarca a um Parlamento e, conseqüentemente, o rompimento da tradição que lhe atribuía poderes tradicionais e, em geral, absolutos. O projeto constitucional defendido, então, caminhava em sentido oposto aos desejos do imperador, de garantir certas liberdades individuais vinculadas, inclusive liberdade de comércio, mas com a manutenção dos seus privilégios e dos seus poderes, o que gerou uma crise entre ele e a constituinte (agravada após o referido discurso de aceitação), que culminou na dissolução da assembleia constituinte.²⁷

Diz-se que a intenção de Dom Pedro era convocar uma nova constituinte após a dissolução da anterior, como deixou transparecer o Decreto de Dissolução de 12 de novembro de 1823, mas isso nunca foi levado a cabo. Para o bem da verdade, no dia seguinte à dissolução o então Imperador expediu dois novos decretos: o primeiro, esclarecendo o porquê da dissolução da assembleia anterior e justificando-a pela acusação de perjúrio à Constituinte; o segundo, onde propunha a remessa às câmaras para apreciação do projeto de Constituição, assim como a criação de um conselho, composto por dez membros.²⁸

Assim, a partir dos trabalhos das câmaras e do conselho, a Constituição de 1824 foi definitivamente outorgada por Dom Pedro e promulgada em 25 de março daquele ano, constituindo-se em marco do período pós-independência. Contudo, a sua criação deu-se com a ausência de participação popular efetiva (ainda que com participação das câmaras e do conselho). A Constituição, como descrito, nasceu de cima para baixo, foi imposta pelo imperador ao povo, centralizada em interesses de elites e de uma minoria branca ou mestiça que, de algum modo, tinha participação na vida pública, seja nas câmaras ou no próprio conselho. E isso não agradou o

²⁶ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **Histórica Constitucional do Brasil**. 9. ed. Brasília: OAB Editora, 2008, p. 44-48.

²⁷ SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heolisa Murgel. **Brasil: uma biografia**. Op. cit., p. 232-233.

²⁸ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **Histórica Constitucional do Brasil**. Op. cit., p. 85.

restante da população, que percebia no texto constitucional um projeto de manutenção dos poderes do imperador e da elite próxima a ele.²⁹

A nova Constituição, então, ao contrário do que era buscado com a assembleia constituinte, não rompeu com o absolutismo e com o poder do imperador, que estava assegurado pelo Poder Moderador,³⁰ mas representou avanço em relação à organização dos poderes, definição de atribuições e na garantia de direitos individuais.³¹ A tutela desses direitos, porém, era dificultada, e sua aplicação era muito relativa, tendo em vista que a realidade do país era de uma relação de dependência entre a população livre em geral e os grandes proprietários de terras, que eram os mais instruídos e que procuravam manter uma tradição autoritária.³² Ainda, é preciso dizer que as garantias individuais não abrangiam os negros e tampouco fez romper, naquele momento histórico, a política escravagista que vigorava; ou seja, aquelas liberdades e garantias, apesar de expressas na Constituição, serviam essencialmente à classe dominante, que incluída toda sorte portugueses e descendentes, assim como os grandes proprietários de terras.³³

Nas próximas décadas, o imperador conviveu com conflitos originados da outorga constitucional e de problemas decorrentes da aplicação da própria Constituição de 1824. A centralização do poder na figura do imperador era criticada. Os senadores, por exemplo, eram vitalícios, escolhidos pelo imperador a partir de uma lista tríplice (e nem todos era elegíveis). Para votar e ser votado exigia-se uma

²⁹ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. Op. cit., p. 149.

³⁰ O Poder Moderador, espécie de quarto poder, caracteriza-se pelo exercício de autoridade neutra e intermediária, porque não tem interesse em alterar o equilíbrio entre os três poderes remanescentes, mas sim procurava mantê-lo, sendo comparado ao poder judiciário dos demais poderes. Todavia, no Brasil, a reunião, no imperador, da chefia do poder executivo e do exercício exclusivo do poder moderador, com influência nos demais poderes, acarretou um acúmulo exacerbado de poder que contraria a proposta liberal em prol de uma agenda absolutista. In: BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 13-185.

³¹ A defesa das liberdades individuais, do direito de propriedade, da liberdade de comércio e a tutela de inventores estava prevista no artigo 149, *caput*, XXIII, XXIV e XXVI, da Constituição de 1824: “Art.179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. (...) XXII. E'garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será ele previamente indenizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta única excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação. XXIII. Tambem fica garantida a Divida Publica. XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos. (...) XXVI. Os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas producções. A Lei lhes assegurará um privilegio exclusivo temporario, ou lhes remunerará em resarcimento da perda, que hajam de soffrer pela vulgarização.”

³² FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. Op. cit., p. 149-150.

³³ PRUDENTE, Wilson. **A Verdadeira História do Direito Constitucional no Brasil**. Niterói: Impetus, 2009, p. 67-68.

renda mínima e grande parte da população estava fora do jogo político. A Constituição outorgada proclamava a liberdade, mas impunha a religião católica e admitia a escravidão (e os gritos contrários à escravidão ecoavam da Inglaterra e América do Norte). No Brasil, as rusgas entre liberais e conversadores absolutistas se acentuam, as discrepâncias entre as novas elites (comerciantes e funcionários públicos, basicamente) aumentam e rompem-se diversos conflitos internos. O imperador acaba por renunciar ao trono em 1931.³⁴

Pode-se dizer que, se a independência foi firmada em 07 de setembro de 1822, foi a abdicação ou renúncia de Dom Pedro I, em 02 de abril de 1931, que consolidou o fim do domínio português; vê-se, na renúncia, verdadeira vitória liberal contra o absolutismo. Na impossibilidade de assunção do herdeiro legal, que era menor de idade, iniciou-se o período de regência. E as reformas institucionais vieram junto com ele: o Código Criminal (1830) e o Código de Processo Criminal (1832), considerados liberais e revolucionários; o Ato Adicional de 1834, que descentralizou e delegou poderes antes centralizados na Constituição (e na figura do imperador). Porém, as reformas liberais perderam fôlego em virtude de conflitos internos nas províncias, criados ou reforçados, em tese, por essa onda descentralizadora. A Lei 105, de 12 de maio de 1940, retoma o poder centralizador, e a Lei 261, de 03 de dezembro de 1841, reformou o Código de Processo, tornando-o mais conservador, verdadeira máquina opressora.³⁵

O período de regência, após, encerra-se com a ascensão antecipada de Dom Pedro II, apenas ao quatorze anos, possibilitada pelas reformas constitucionais antes mencionadas e que incluiu a imediata proclamação da maioria do imperador (o golpe da maioria). O Brasil também entra em nova fase produtiva, exportando (base de toda a arrecadação da coroa brasileira), além de açúcar, cacau, erva-mate, fumo, algodão, borracha, couros e peles e café, mesmo com rompendo-se conflitos no Rio Grande do Sul (1835 a 1845), Minas Gerais e São Paulo (1942) e Pernambuco (1848 a 1850).

A política econômica centralizava-se nas exportações de matérias-primas e nas importações de produtos industrializados (itens de consumo em geral) e, ainda nesse período, não se falava expressamente em defesa da concorrência. A atuação do Estado na economia cingia-se a questões tributárias e alfandegárias, inexistindo

³⁴ IGLÉSIAS, Francisco. **Trajetória Política do Brasil...** Op. cit., p. 143-160.

³⁵ IGLÉSIAS, Francisco. **Trajetória Política do Brasil...** Op. cit., p. 134-155.

caráter protecionista (a imposição de alíquotas maiores ou menores tinha caráter meramente fiscal³⁶). A título de exemplo, tem-se a tarifa Alves Branco, de 1844, que aumentou as tarifas de importação para 30% e 60%, a depender do produto importado, contra as tarifas praticadas anteriores, que eram de 24% e foram reduzidas para 16% e 15%. E falar-se em protecionismo por isso era pura abstração: mesmo após o rompimento dos privilégios da Inglaterra, não havia indústria nacional para proteger, nem, de fato, a intenção de protegê-la. O mercado consumidor adquiria os produtos mais básicos, desde vestuários à alimentação (o que não incluía em geral produtos decorrentes da agricultura de subsistência) dos mercados externos, mediante importações.³⁷

A situação sofre alteração com o Código Comercial (Lei 556 de 1850), regulamentado pelo Decreto 737 de 1850, que deu as bases para a atividade comercial no país, a Lei Eusébio de Queirós (Lei 581 de 1850), que proibiu o tráfico de escravos (não aboliu a escravidão, contudo), a Lei de Terras (Lei 601 de 1850), que assegurou a aquisição e manutenção da propriedade privada. A modificação legislativa foi de extrema importância para o desenvolvimento do país a partir de um plano mais dinâmico e modernizado. As alterações tornaram possíveis a criação de um mercado de trabalho (o início do fim da escravidão), de terras e dos recursos disponíveis. Na sequência, o Decreto 641, de 26 de junho de 1852, fomentou a construção de ferrovias para escoamento da produção agrícola. O referido decreto possibilitou a desapropriação de terras pelas companhias interessadas, a isenção de tributos de importação sobre os materiais necessários, além do recebimento do preço de transporte.³⁸ A legislação brasileira favorecia o método de produção capitalista e criou uma nova elite de comerciantes e produtores industriais. O mais célebre deles foi Irineu Evangelista de Souza, que, mesmo representando um ideal do projeto de modernidade, não deixou de se encantar com a nobreza e com a lógica simbólica pouco racional dos privilégios da coroa. O mesmo tornou-se o

³⁶ Em linhas gerais, a doutrina tributária classifica a legislação tributária em fiscal, extrafiscal e parafiscal. A legislação será fiscal sempre que o objetivo de sua instituição for voltado ao fim exclusivo de abastecer os cofres públicos, desconsiderando-se outros interesses sociais, políticos ou econômicos. A extrafiscalidade, por outro lado, está imbuída desses outros interesses. E, por último, a parafiscalidade decorre da nomeação de sujeito ativo diverso do que expediu a norma tributária, atribuindo-lhe a disponibilidade dos recursos arrecadados. Assim, como as alíquotas de importação serviram exclusivamente ao incremento da arrecadação aos cofres imperiais, a classificação atual seria compatível com a da fiscalidade. In: CARVALHO, Paulo de Barro. **Curso de Direito Tributário**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 234-236.

³⁷ SODRÉ, Nelson Weneck. **Formação Histórica do Brasil**. Op. cit., p. 232-265.

³⁸ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. Op. cit., p. 197.

Barão de Mauá, cujo brasão era uma locomotiva a vapor negra e trilhos, um navio a vapor e quatro lampiões de gás, que revelavam seu caráter empreendedor.³⁹

O próximo passo para incentivar a produção foi a Reforma Monetária, de 1846, e Bancária de 1857, que criou o padrão-ouro e excluiu o monopólio do Banco do Brasil, respectivamente. A contar da autorização, novos bancos começaram a funcionar no Brasil: o Banco Commercial e Agrícola do Rio de Janeiro (Decreto 1.971, de 31 de agosto de 1857), o Banco da Província do Rio Grande (Decreto 2.005, de 24 de outubro de 1857), Banco de Pernambuco (Decreto 2.021, de 11 de novembro de 1857), o Banco do Maranhão (Decreto 2.035, de 25 de novembro de 1857) e o Banco da Bahia (Decreto 2140, de 03 de abril de 1858). Contudo, no momento seguinte a autorização para o início de suas operações, ocorreu a crise de 1857, gerada pela queda dos preços das commodities (e o Brasil, na época, trabalhava essencialmente com o regime de exportação de commodities). A crise significou uma imediata interrupção do momento de prosperidade. Além disso, os credores da Inglaterra, preocupados com os efeitos da crise no novo mercado brasileiro, exigiram de plano os pagamentos dos débitos e suspenderam a concessão de novos prazos (a prorrogação das dívidas). O padrão-ouro cobrou seu preço, forçando a saída líquida de moeda, além de gerar uma retração do crédito disponível. O lado conservador do governo acusou a abertura do mercado como fator preponderando para a crise e, a partir disso, lançou-se a Lei dos Entraves (Lei 1.083, de 22 de agosto de 1860), restringindo a criação de novas casas bancárias, retornando o monopólio com a proibição de emissão de vales e gerando a liquidação e falência de outras (o Banco Commercial e Agrícola do Rio de Janeiro acabou absorvido pelo Banco do Brasil).⁴⁰

Para a concorrência, pode-se dizer que a abertura dos mercados para as novas instituições financeiras trouxe a facilidade do crédito e fomentou o mercado interno e externo, posto que tornou possível o financiamento de bens (com garantia, por exemplo, pela emissão de títulos ou da própria safra agrícola), incrementando o consumo, assim como, com o aumento deste, criou-se a demanda necessária ao nascimento de inúmeros outros empreendimentos. Todavia, as liberdades e restrições sucessivas, assim como as idas e vindas das tarifas alfandegárias,

³⁹ SCHWARCZ, Lília Moritz. **As Barbas do Imperador...** Op. cit., p. 286.

⁴⁰ GUIMARÃES, Carlos Gabriel. O Banco Commercial e Agrícola no Império do Brasil: o estudo de caso de um Banco Comercial e Emissor (1858-1862). **SÆculum - Revista de História**. João Pessoa, Paraíba, n. 29, jul./dez. 2013, p. 234-251.

majoradas em momentos de crises em decorrência da sua função unicamente fiscal, como dito anteriormente, geraram efeito prejudicial para a recuperação da economia, sobretudo ao capital, cujo emprego em certos campos industriais somente ocorre quando presente a percepção de manutenção da ordem das coisas, de equilíbrio ou estabilidade mercadológica.⁴¹

No mesmo ano, 1860, o eterno esboço do Código Civil finalmente é publicado, sob a forma de um anteprojeto com 4.908 artigos. Nesses artigos não estava incluída a parte final relativamente aos direitos reais e ao regime de sucessões. O texto completo, que nunca chegou a ser efetivamente publicado, teria algo próximo de 5.300 artigos.⁴² Para a concorrência, o esboço trazia, a partir do artigo 3.043, restrições à atividade econômica praticada por particulares agremiados na forma societária, a fim de salvaguardar o livre comércio estipulado no texto constitucional. A título de exemplo, o artigo 3.045, que proibia sociedades ilícitas, incluídas aquelas que se opusessem à ordem pública ou aos bons costumes; o artigo 3.046, item 3, que proibia sociedades destinadas a embaraçar a liberdade de comércio ou indústria; o artigo 3.047, que incluía na proibição as sociedades ou convênios entre comerciantes para a venda de mercadorias, ou entre fabricantes para a venda de produtos sob preços taxados, e as sociedades ou conluíus para impedir a concorrência de compradores em vendas públicas.⁴³

A crise brasileira dá sinais de recuperação e a indústria do café está em plena expansão, vista como o centro da expansão capitalista,⁴⁴ quando da promulgação da Lei do Ventre Livre, em 28 de setembro de 1871, que declarava livres os filhos de escravos nascidos no Brasil. O fato tornou imprescindível a atração de mão-de-obra estrangeira, o que fomentou um grande período de migração de europeus para o Brasil. A Lei 28, de 29 de março de 1884, serviu para auxiliar os migrantes, concedendo-lhes auxílio pecuniário e hospedagem temporária, a possibilidade de aquisição de terras e casas que seriam demarcadas pelas províncias a partir da criação de núcleos coloniais.

⁴¹ LIMA, Heitor Ferreira. **História do Pensamento Econômico...** Op. cit., p.75.

⁴² WALD, Arnoldo. A Obra de Teixeira Freitas e o Direito Latino-Americano. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, Distrito Federal, ano 41, n. 163, jul./set. 2004, p. 251.

⁴³ FREITAS, Augusto Teixeira de. **Esboço do Código Civil**. vol. III. Ministério da Indústria e Negócios Exteriores, Serviço de Documentação, 1952. Disponível em: < <http://direitocivildigital.com>> Acesso em: 11 mar. 2017.

⁴⁴ CATANIO, Afrânio Mendes. Expansão Cafeeira e Origens da Indústria no Brasil. **Revista de Administração de Empresas**. São Paulo, São Paulo, 1978, vol. 18, n. 2, 1978, p.55.

Pode parecer que a legislação mencionada desinteresse ao estudo da concorrência; contudo, é preciso dizer que a criação de subvenções aos particulares ou associações que abrigassem os migrantes influenciou diretamente a política econômica e laboral. Isso, porque a referida legislação rompe uma escravidão disfarçada que vigorava anteriormente, onde o migrante deveria arcar com os custos da viagem e da vida na lavoura, e ficava impedido de deixar o local de trabalho antes de quitar a dívida (e não é preciso dizer, neste ponto, que a prolongação da dívida acabava gerando um regime próximo ao da escravidão).⁴⁵ Assim, é crível dizer que a legislação acima criou um incentivo artificial à migração, alterando a estrutura de trabalho e o próprio mercado consumidor do período (chegavam ao Brasil, em média, 80 mil migrantes por mês entre 1884 e 1933),⁴⁶ o que, via de consequência, modificou a própria política econômica no final do século XIX (incrementou a oferta de mão-de-obra e, em decorrência da percepção de renda, a demanda por produtos no mercado interno).

Na década anterior, 1870, pouco antes da Lei do Ventre Livre, o segundo império entra em forte crise: primeiro, pela Guerra do Paraguai (1864 a 1870), que gerou inicialmente um incremento nas tarifas alfandegárias para maior arrecadação estatal e, posteriormente, quando do retorno dos militares e a sua tentativa de maior participação da vida pública; segundo, pela crise com a Igreja, que tentava implantar maior rigor e maior vínculo junto ao Estado, cujo enfraquecimento era crescente desde o Iluminismo;⁴⁷ terceiro, pela fundação do Partido Republicano, no mesmo ano de 1870, originado com os liberais excluídos da vida pública após as sucessivas crises econômicas e o retorno, no momento anterior, de políticas conservadoras;⁴⁸ quarto, pelas sucessivas ausências do imperador em função dos desejos de conhecer o mundo, o que a imprensa chamada de motomania (doença de viagens do monarca), principalmente nos anos de 1871, 1876 e 1887, onde ficou quase que inteiramente ausente do Brasil (e dizia-se que era para fugir da crise interna).⁴⁹

⁴⁵ FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil**. Op. cit., p. 116-123.

⁴⁶ As estatísticas são do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Disponível em: <<http://brasil500anos.ibge.gov.br/estatisticas-do-povoamento/imigracao-por-nacionalidade-1884-1933.html>> Acesso em: 12 mar. 2017.

⁴⁷ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Notícias da Inquisição no Brasil: o processo e a tortura no período colonial. In: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca (org.). **História do Direito Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 112-121.

⁴⁸ IGLÉSIAS, Francisco. **Trajetória Política do Brasil...** Op. cit., p. 180-184.

⁴⁹ SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloísa Murgel. **Brasil: uma biografia**. Op. cit., p. 302-303.

A Abolição da Escravatura, em 13 de maio de 1888, promulgada pela Princesa Isabel, regente enquanto ausentava-se Dom Pedro I em uma de suas muitas viagens, chancelou a política abolicionista que já se encontrava vigente em algumas partes da nação. O Ceará, por exemplo, declarou extinta a escravidão por conta própria em 1884, e as fazendas enfrentaram entre 1885 e 1888 um enfraquecimento da atividade agrícola (especialmente o café) e a desorganização do trabalho em função das fugas em massa dos escravos. O descontentamento da elite cafeeira era visível. Os mais conservadores viam na abolição um enfraquecimento do seu próprio poder: libertar os escravos por ato de caridade ou benevolência era uma coisa, mas liberá-los pela imposição do império era outra muito diversa. Assim, a elite impulsionou os militares (nada obstante outros fatores mencionados antes), liderados por Marechal Deodoro, que assumiu o comando da tropa e rumou, logo nas primeiras horas da manhã de 15 de novembro de 1889, para o Ministério da Guerra, onde se encontravam os líderes monarquistas. A proclamação da república estava consumada e a monarquia, liquidada, rumou em exílio para a Europa.⁵⁰

Sendo assim, pelo breve retrospecto, é crível afirmar que nessa segunda fase da evolução do direito, o Brasil independente deu os primeiros passos para livrar-se de uma política exploratória, controladora, restritiva e fiscalista, que pouco fomentou a criação de um mercado e de uma indústria interna. Na sequência da independência, comandada por Dom Pedro I, a Constituição de 1824 estabeleceu a abertura para novos mercados, um rol mínimo de garantias e direitos individuais, diretrizes para direitos de propriedade compatíveis à criação de negócios imobiliários e, ainda que timidamente, o livre comércio (focado ainda no mercado de exportações, o que não beneficiou os consumidores nacionais, que dependiam de produtos importados). Diz-se timidamente porque a Constituição manteve alguns privilégios imperiais contrários aos interesses liberais, mas isso não impediu a expansão da indústria açucareira, por exemplo.

A década 50 do século XIX também significou intensa industrialização com a criação de leis específicas voltadas ao comércio e à concorrência, como o Código Comercial de 1850, as modificações no sistema monetário e bancário. A indústria era livre, mas sujeita as majorações dos impostos ao bel prazer do Estado, especialmente quando urgente a necessidade de arrecadação (a política era voltada

⁵⁰ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. Op. cit., p. 217-235.

à arrecadação, sendo caracterizada como meramente fiscal); sujeitava-se, também, ao retorno dos monopólios estatais ou aos privilégios, quando, em momento de crise, todo o sistema foi alterado (e isso agravou a crise, ao invés de saná-la).

As décadas seguintes vislumbraram a ascensão do café, a geração de novas elites, a crise em função do absolutismo que vigorava e, após a Lei do Ventre Livre, a Lei de Imigrantes e a Abolição da Escravatura, uma nova onda de trabalho tomou conta o país. A vinda de milhões de imigrantes ao longo dos anos gerou novos negócios, a expansão da economia, novas classes de comerciantes e a consolidação de uma política capitalista incompatível com o império. A revolução explodiu e o sopro republicano fincado no fim dos preceitos vinculados ao absolutismo inundou os pulmões dos brasileiros.

Para a concorrência, em sentido material, da concorrência em si mesma, as modificações foram amplas, o próprio sistema econômico foi modificado em função da criação e expansão de um mercado interno (o foco nas exportações deu lugar ao interesse também no mercado interno). Para o Direito da Concorrência, em específico, a legislação era tímida, transversal, tinha foco apenas mediato, mas isso não impediu que se observassem direitos de liberdade e propriedade essenciais ao livre comércio ou à livre concorrência, a rejeição aos monopólios estatais que enfraqueciam os comerciantes nacionais (exceto alguns a quem eram concedidos privilégios de exploração), a proibição dos conluíus e desvios que pudessem falsear a concorrência, estabelecendo, por exemplo, quotas de compra ou venda, ou mesmo o arbitramento artificial de preços (essas últimas restrições não chegaram a vigorar de fato porque o Código Civil ficou apenas no esboço, mas davam a entender a intenção do legislador na época de proibir os particulares de praticar determinadas condutas anticompetitivas). O Direito da Concorrência tem bases iniciais neste século e os reflexos serão sentidos em todo período republicano, como será visto no tópico subsequente.

1.3. TERCEIRA FASE: A REPÚBLICA E O INÍCIO DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO ANTITRUSTE COM O COMBATE AO ABUSO DE PODER ECONÔMICO (1889-1988)

O Brasil, de 1500 a 1889, passou por dois grandes períodos: o primeiro, exploratório, controlador, restritivo e fiscalista; o segundo, de industrialização,

criação e expansão dos mercados, com lastro em garantias e liberdades constitucionais ou presentes nas leis infraconstitucionais que deram base (ou lançaram o esboço, com no caso do Código Civil) ao surgimento de um Direito Concorrencial (não existia uma lei específica para a concorrência, mas sim legislações esparsas que focavam, ainda que de forma indireta, em garantias individuais e na proteção do mercado). Um terceiro período tem início com o Governo Provisório de Marechal Deodoro e finaliza com a Constituição de 1988. Ao longo desse período, o esboço de Direito Antitruste, que estava focado em garantias genéricas e abstratas com efeitos mediatos sobre a concorrência (diz-se, genéricas, porque despregadas de um foco concorrencial efetivo, pois objetivavam uma contraposição ao Estado, que não foi não necessariamente efetiva, em função do regime imperial) transmuta-se em campo próprio, com regras específicas, especialmente a partir da metade do século XX. Mas para chegar nesse momento, torna-se importante a avaliação de toda a trajetória, a fim de marcar a evolução do próprio regime concorrencial e seus fundamentos históricos.

Nessa linha de raciocínio, a instituição de um governo provisório por Marechal Deodoro ocorreu no mesmo dia dos acontecimentos que marcaram o fim da monarquia, com o lançamento do Decreto 01, de 15 de novembro de 1889. O referido estipulou, ao longo dos primeiros cinco artigos, a República Federativa como forma de governo e o presidencialismo como regime comum, a alteração do nome da federação para Estados Unidos do Brazil, a descentralização do poder com a possibilidade de cada estado, no exercício de sua soberania, criar as suas próprias bases constitucionais e eleger seus representantes. Além disso, anunciou o Governo Provisório da República até a formação de uma constituinte, e determinou o cumprimento do emanado por todos os entes da federação.⁵¹

⁵¹ Art. 1º. Fica proclamada provisoriamente e decretada como a forma de governo da nação brasileira - a República Federativa. Art. 2º. As Províncias do Brazil, reunidas pelo laço da federação, ficam constituindo os Estados Unidos do Brazil. Art. 3º. Cada um desses Estados, no exercício de sua legitima soberania, decretará oportunamente a sua constituição definitiva, elegendo os seus corpos deliberantes e os seus governos locais. Art. 4º. Enquanto, pelos meios regulares, não se proceder á eleição do Congresso Constituinte do Brazil e bem assim á eleição das legislaturas de cada um dos Estados, será regida a nação brasileira pelo Governo Provisorio da Republica; e os novos Estados pelos governos que hajam proclamado ou, na falta destes, por governadores, delegados do Governo Provisorio. Art. 5º. Os governos dos Estados federados adoptarão com urgencia todas as providencias necessarias para a manutenção da ordem e da segurança publica, defesa e garantia da liberdade e dos direitos dos cidadãos quer nacionaes quer estrangeiros. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/>> Acesso em: 19 de mar. 2017.

O nascimento da república, ainda, importava um rompimento definitivo com o absolutismo característico na monarquia que lhe antecedeu. A república abriu caminho para reformas liberais de um Estado antiquado e que não correspondia à realidade política, social e econômica. Os resquícios do império são aniquilados: desaparece o poder moderador, extingue-se a vitaliciedade dos senadores e a representação vinculada a renda, elimina-se a centralização do poder (as províncias, transformadas em Estados, ganham maior autonomia), a escolha dos senadores, os governadores nomeados. O governo provisório, o novo regime, para além de fazer surgir uma classe média expressa pelos militares, modifica a política fiscal e econômica e reajusta os impostos e tarifas alfandegárias, e mais, rompe expressamente com a Igreja, liberando-se do catolicismo antes imposto com a expedição do Decreto 119-A, de 07 de janeiro de 1890.⁵²

O clima de impaciência pela pronta reconstitucionalização do país era intenso e buscava-se, pela imprensa e pela opinião dominante, a substituição mais rápida possível do governo provisório, tido como uma ditadura, por um novo modelo constitucional. A primeira constituinte foi instaurada em 15 de novembro de 1890, nada obstante a formação de uma comissão especialmente designada em 02 de dezembro de 1889, como um dos primeiros atos do governo provisório.⁵³ A promulgação da Constituição de 1891, depois de quinze meses de governo revolucionário, marcou a consolidação da república e declarou (ou manteve) direitos específicos, como os previsto no artigo 72, *caput* (inviolabilidade dos direitos de liberdades, segurança individual e propriedade), e § 1.º (princípio da legalidade), 2.º (princípio da igualdade), 17.º (direito de propriedade) e 19.º (liberdade de profissão).⁵⁴ Ao mesmo tempo, a legislação infraconstitucional compatível com os termos da república foi mantida, sendo exemplo o Código Comercial de 1850 (que vigorou, aliás, até a instituição do Código Civil de 2002).

⁵² SODRÉ, Nelson Weneck. **Formação Histórica do Brasil**. Op. cit., p. 275.

⁵³ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **Histórica Constitucional do Brasil**. Op. cit., p. 228-231.

⁵⁴ Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º - Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. § 2º - Todos são iguais perante a lei. (...) § 17 - O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria. (...) § 24 - É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial.

A ambição da nova Constituição, inspirada no caso americano, era praticar um modelo dualista de federalismo, onde a atuação do poder central dar-se-ia de forma exclusivamente supletiva. A União não interferiria nos Estados, exceto nos casos de invasão externa ou interna (de um Estado em outro), para manter a forma republicana, para reestabelecer o ordem nos Estados (desde que a pedido destes) ou para assegurar a execução das leis e de sentenças federais no país. Fora destes casos, era praticamente inexistente a possibilidade de atuação do governo federal (ou a intervenção econômica) nos Estados. A falta de cooperação entre os entes, aliás, era nítida a ponto de propagarem-se visões ultrafederalistas, que pregavam a autonomia completa dos Estados-membros como entes soberanos.⁵⁵

Há quem diga, justamente pela inexistência dessa relação hierárquica entre União e Estados, que a vigência da Constituição foi meramente formal em virtude do exercício efetivo do poder político pelas elites, especialmente os coronéis.⁵⁶ Isso, porque, com a concessão de maior autonomia aos Estados em função da descentralização do poder (consequência do rompimento do absolutismo imperial), aqueles acabam se tornando reflexos de grandes oligarquias, centradas na figura dos coronéis. O termo coronelismo vem desta época e representa, em linhas gerais, um sistema político nacional, baseado em barganhas entre o governo (de representantes municipais ou presidente) e os coronéis, em uma complexa rede de relações. O coronelismo nasce com o federalismo, pois este criou um novo ator político com amplos poderes, o governador de estado. Ao contrário do antigo presidente de província, homem de confiança do império, sem grandes poderes e que poderia ser removido a qualquer momento, o governador era eleito pelas máquinas dos partidos estaduais, além disso, era considerado o chefe da política estadual. Por certo que em torno do governador se arregimentaram as grandes oligarquias, que tinham os coronéis como seus líderes. A troca de favores era clara: enquanto o governo estadual garantia para baixo o poder dos coronéis sobre seus rivais, cedendo-lhe controle sobre cargos públicos, como os delegados de polícia, o coronel devolvia seu apoio ao governo na forma de votos.⁵⁷

⁵⁵ GRAU, Eros Roberto. **Planejamento Econômico e Regra Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 50-51.

⁵⁶ PRUDENTE, Wilson. **A Verdadeira História do...** Op. cit., p. 102.

⁵⁷ CARVALHO, José Murilo de. Mandonismo, Coronelismo, Clientelismo: uma discussão conceitual. **DADOS - Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v. 40, n. 02, 1997, p. 230-231.

E essa relação entre a indústria cafeeira e o governo influenciou a política econômica concorrencial no período, tendo em vista que, apesar da expansão do mercado nas décadas anteriores, o preço do produto entrava em forte declínio já no final do século XIX. Uma das medidas, focada em política concorrencial, foi a estruturação dos armazéns. No final do século XIX e início do século XX, as condições de estocagem do café eram desfavoráveis e as estruturas de produção e venda eram diametralmente opostas: poucos comerciantes internacionais (e a quase totalidade era de firmas estrangeiras) e muitos produtores nacionais. A estrutura oligopolizada dos comerciantes redundava em ganhos dos armazéns, que eram por eles próprios mantidos. O fato de o café ter um longo período entre as safras favorecia a especulação, tornando possível falsear o preço.⁵⁸ A busca pela regulamentação, então, decorreu de imperfeição do mercado à época, mas o foco não era a proteção da concorrência, mas sim dos próprios produtores (coronéis), tanto que o Decreto 1.102, de 21 de novembro de 1903, que prescreveu regras para os armazéns gerais, tinha como norma mais contundente a proteção dos depositantes (produtores de café). A título de exemplo, o artigo 8.º, §1.º, 2.º e 4.º, que estabeleciam proibições de discriminação quanto ao depositante (não era possível privilegiar um ou outro) e de comércio com mercadorias idênticas às depositadas (proibição de concorrência com os depositantes).⁵⁹

E, também derivado do coronelismo, tem-se a formação do Convênio de Taubaté, em 1906, que estabeleceu uma política de valorização do café. Essa política consistia na compra do excedente pelo governo, no financiamento dessas compras com capital estrangeiro, na criação de um novo imposto para cobrir as despesas com os empréstimos e a restrição a novas plantações (desencorajar a expansão da indústria cafeeira).⁶⁰ Por óbvio que essa política tem nítido caráter concorrencial, mas, novamente, o espectro em que ela se enquadra não é de defesa da concorrência, tendo em vista que se transmuta em contraprestação a favores

⁵⁸ RIBEIRO, Fernando. A Política Econômica e o Convênio de Taubaté na Economia Cafeeira (1889-1906). **Pesquisa & Debate**. São Paulo, São Paulo, vol. 22, n. 1, 2011, p. 86.

⁵⁹ Art. 8º - Não podem os armazéns gerais: § 1º - Estabelecer preferência entre os depositantes a respeito de qualquer serviço. (...) § 4º - Exercer o comércio de mercadorias idênticas às que se propõem receber em depósito, e adquirir, para si ou para outrem, mercadorias expostas à venda em seus estabelecimentos, ainda que seja a pretexto de consumo particular.

⁶⁰ FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 591.

políticos e garantia de privilégios da classe dominante que se encontrava já em franco declínio. É uma tentativa de salvar os coronéis, não a concorrência.⁶¹

A política café-com-leite envolvendo as duas grandes oligarquias manteve nas próximas décadas a república como refém, alternando o poder dos coronéis a cada nova eleição. Nesse período (entre 1889 e 1929), enquanto o Brasil era dominado pela política café-com-leite, o mundo vivia grandes transformações. Nos Estados Unidos, as crises anteriores faziam nascer uma nova política econômica centrada em cartéis, que acabavam por se tornar a base da vida econômica das grandes nações industriais. O cartel evolui para o truste (ou *trust*)⁶² e as formas monopolistas de produção chegavam a ramos inteiros de produção, como o carvão, petróleo, eletricidade, aço, produtos químicos, tabaco e outros, inclusive bancos.⁶³

No Canadá, em 1889, em função dos cartéis e da prática de preços qualificados como tirânicos, arbitrários e exclusivos, surge a primeira legislação antitruste, quatorze meses antes da legislação americana, a lei denominada *Sherman Act*, em 1890.⁶⁴ E o Estado interveio ainda mais economia a partir da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), tendo em vista que, apesar da indústria trabalhar a plena capacidade (a maioria direcionada à indústria bélica, é bem verdade), a escassez de recursos impunha um acréscimo no preço final dos produtos. Os comerciantes trabalhavam com estoques menores, mas mais lucrativos. A aparente prosperidade, aos poucos, dava lugar à especulação e inflação. O Tratado de Versalhes significou o fim da Primeira Guerra Mundial, mas também o início da mundialização da economia e a preocupação dos governos em

⁶¹ FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil**. Op. cit., p. 185-186.

⁶² A história do *trust* nos Estados Unidos, centrada na figura *trustee*, surge a partir da concentração empresarial na figura de um administrador comum; este, pagava dividendos aos ex-concorrentes em troca dos poderes de administração e gerenciamento do negócio. O comando dos negócios era exclusivo e, para os antigos concorrentes, restavam apenas os lucro advindos da centralização da esfera decisória (e, por certo, sendo comum a administração, os preços eram idênticos, superfaturados, a fim de gerar a maior lucratividade possível). Para a história completa do *trust* nos Estados Unidos, cf. SALOMAO NETO, Eduardo. **O Trust e o Direito Brasileiro**. São Paulo: LTr, 1996.

⁶³ Na Inglaterra, o setor bancário é reduzido a cinco grandes instituições financeiras; na Alemanha, a apenas nove. O caráter de concentração é ainda mais evidente quando, ao final dos anos trinta, apenas cinco por cento dos bancos dominavam noventa e um por cento dos negócios, sendo que seis bancos fizeram cinquenta e sete por cento das transações. In: BARROS, Alberto Moniz da Rocha. **O Poder Econômico do...** Op. cit., p. 36.

⁶⁴ HALLADAY, Casey W. The Origins of Canada's Cartel Law. **Canadian Competition Law Review**. Canadá, Toronto, 2012, n. 1, vol. 25, p. 157-158.

proteger as economias locais (e a proteção à política cafeeira foi exemplo disso, como citado anteriormente).⁶⁵

No Brasil, apesar do lançamento com quase um século de atraso do Código Civil, em 1916, não foram expedidas outras legislações infraconstitucionais que importassem à livre iniciativa ou concorrência, exceto por alguns decretos vinculados à economia de guerra, em 1918, que autorizavam à União a adquirir, requisitar e desapropriar gêneros de primeira necessidade. Além disso, autorizavam a fixação de preços, desapropriação de imóveis e de qualquer outro bem enquanto durasse a situação excepcional que atormentava os mercados internacionais.⁶⁶ A crise mundial afeta o Brasil e a relação entre Estado e a classe dominante. O poder dos coronéis e a proteção aos mesmos derivada da política café-com-leite é contestada e afetada por revoltas internas, como a Revolta do Contestado (1912-1916), Revolta de Juazeiro (1914), Revolta dos Dezoito do Forte (1922), Coluna Prestes (1925-1927) e Revolta de Paulista de 1924, essas últimas três ligadas a movimentos tenentista que, para além da não conformação com a política de dominação dos coronéis, também pleiteava mudanças nas políticas econômicas em virtude das grandes crises financeiras. A Reforma Constitucional de 1926 foi uma tentativa de retomar o poder do Estado e romper com as oligarquias. Contudo, acabou tachada de antirreforma sob o ponto de vista liberal, restringindo-se a cinco pontos: ampliou os casos de intervenção nos negócios particulares dos Estados (aumento a centralização do poder, portanto), retirou atribuições do Congresso, instituiu o veto parcial, restringiu a competência da justiça federal e da garantia do *habeas corpus*.⁶⁷

O descumprimento do acordo tácito da política café-com-leite gerou um choque entre as duas grandes oligarquias (São Paulo e Minas), fato que, aliado ao rompimento da unidade entre as forças armadas e a grave crise econômica, reflexo ainda da quebra de 1929,⁶⁸ gerou o cassação do regime constitucional de 1891,

⁶⁵ BARROS, Alberto Moniz da Rocha. **O Poder Econômico do...** Op. cit., p. 32-57.

⁶⁶ GRAU, Eros Roberto. **Planejamento Econômico e Regra...** Op. cit., p. 52.

⁶⁷ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **Histórica Constitucional do Brasil**. Op. cit., p. 267.

⁶⁸ A crise de 1929 ou o período da "Grande Depressão" culmina na quebra da bolsa de Nova Iorque, originada por uma euforia com a negociação de ações em bolsa. No ano de 1928, apesar de alguns picos negativos, a bolsa computava a negociação de mais de seis milhões de ações em apenas um dia. As ações negociadas tinham boa lucratividade e a especulação era um grande negócio. No ano seguinte, em 1929, os preços deixaram de aumentar e o número de compradores que compravam acreditando no sucesso da especulação também diminuiu. A baixa nas aquisições forçaram os investidores a vender seus bens e, em vista da inexistência de compradores suficientes, os preços das ações enfrentaram forte queda, puxando mais vendas e, via de consequência, a redução drástica

mediante a Revolução de 03 de outubro de 1930.⁶⁹ O Decreto 19.398, de 11 de novembro de 1930, instituiu e regulamentava o governo provisório de Getúlio Vargas. Os objetivos do novo governo eram claros e antagônicos aos da república oligárquica que nasceu com a extinção do império: centralização do poder estatal, atuação econômica efetiva e voltada a promover a industrialização (isso estava incluído em um plano geral de políticas econômicas nacionalistas e de gestão capitalista da economia⁷⁰), atuação social tendente a garantir algum tipo de proteção aos trabalhadores urbanos e um papel central atribuído às forças armadas (em especial o exército), com a criação de indústria armamentista como fator preponderante à garantia da ordem interna.⁷¹

O próprio Getúlio Vargas descreveu a motivação da revolução como sendo a restauração econômica e a renovação espiritual. Não era uma simples mudança de rumos, mas uma nova organização da sociedade brasileira em bases sólidas e definitivas. A revolução tinha um programa de ordem, de reconstrução, de renovação das próprias forças vivas do país, incluindo a valorização e engrandecimento do Brasil para todos os brasileiros, desde a classe operária à alta classe, que dominava a riqueza industrial. O capital estrangeiro estaria garantido, desde que contribuísse para o soerguimento brasileiro, renunciando a finalidade de pura e simples exploração colonial (um Brasil agro-exportador deveria livrar-se do capital imperialista dominador em prol do desenvolvimento nacional autônomo por um projeto de intensa industrialização).⁷²

dos preços e quebra da bolsa, designada de “Quinta-Feira Negra”, em 24 de outubro de 1929. Cf. GALBRAITH, John Kenneth. **1929: a grande crise**. São Paulo: Larousse do Brasil, 2010.

⁶⁹ BERCOVICI, Gilberto. Instabilidade Constitucional e Direitos Sociais na Era Vargas (1930-1964). In: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca (org.). **História do Direito Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 223-224.

⁷⁰ A gestão capitalista da economia não era vista por um capitalismo explorador e brutal que coloca a busca pelos lucros acima do bem comum; ao revés, tratava Getúlio de defender um capitalismo distributivo, humanizado, onde a escala entre ricos e pobres é menor, onde a desigualdade é reduzida, principalmente através de uma industrialização nacional impulsionada por uma democracia trabalhista. A democracia socialista, para Getúlio Varga, configurar-se-ia como a plena realização de um ideal de justiça social, onde capital e trabalho convivem de forma harmoniosa, despojados de interesses particulares em prol da coletividade. In: PIOZZI, Patrícia. Vargas e Prestes: uma comparação entre o trabalhismo e o comunismo no Brasil. **Revista Trans/Form/Ação**, Marília, São Paulo, vol. 6, 1983, p.26-27.

⁷¹ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. Op. cit., p. 327.

⁷² VARGAS, Getúlio. **A Nova Política do Brasil**. vol. III. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1938, p. 33-34.

A centralização do poder estatal, é bom constar, referia-se à centralização dos comandos, mas a descentralização funcional ou administrativa.⁷³ A industrialização ocorreu com forte atuação no Estado na economia, posto que considerada um dos objetivos prioritários.⁷⁴ A alteração da estrutura produtiva deu-se com o setor leve de bens de produção assumindo o comando da acumulação capitalista, forjando através de incentivos fiscais (como o rebaixamento de tarifas e a proteção da indústria nacional de similares externos) novas políticas de crédito, inclusive com a criação da Carteira de Crédito Agrícola e Industrial, abolição de impostos interestaduais e outros incentivos.⁷⁵

O governo provisório, contudo, sofria com crises internas, tendo em vista que, mesmo após dois anos, não havia sido convocada uma nova constituinte. As lideranças políticas, especialmente de Minas Gerais e Rio Grande do Sul, desconfiavam de uma pretensão definitiva do governo provisório e exigiam a realização de eleições imediatas. O governo nacional, entre 1930 e 1932, já tinha realizado quatro intervenções em São Paulo em virtude sucessivas crises de governabilidade; além disso, estoura a Revolução Constitucionalista, em 09 de julho de 1932, quando quase vinte mil soldados impunham armas contra o governo de Vargas. Essa revolução somente é aniquilada com a rendição do governo de São Paulo, assinada em 01 de outubro de 1932. O fato é que, mesmo perdendo, a semente para uma nova Constituição era plantada. O governo instala, em 15 de novembro de 1933, a constituinte, promulgando, depois de oito meses de trabalhos, o texto constitucional de 16 de julho de 1934, com a posterior eleição indireta de Vargas à presidência da república.⁷⁶

A Constituição de 1934, portanto, inaugura um novo modelo de federalismo, onde liberdades individuais (fruto de um liberalismo insuspeito) convivem com políticas mais intervencionistas nas áreas econômicas e sociais, talvez em função do pós-guerra e crise de 1929 (e reflexo de todas as crises internas brasileiras). A

⁷³ DRAIBE, Sônia. **Rumos e Metamorfoses: um estudo sobre a Constituição do Estado e as alternativas da industrialização do Brasil 1930-1960**. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004, p. 76-77.

⁷⁴ Os discursos de Vargas vinculavam o desenvolvimento econômico à superação da miséria e à criação de uma unidade nacional. Essa unidade somente seria atingida com uma forte atuação do Estado, mediante a criação de um Estado forte, centralizado e planejador. In: SAVIANI FILHO, Hermógenes. A Era Vargas: desenvolvimentismo, economia e sociedade. **Revista Economia e Sociedade**. São Paulo, Campinas, 2013, n. 3, vol. 22, p. 855-860.

⁷⁵ DRAIBE, Sônia. **Rumos e Metamorfoses**: Op. cit., p. 88.

⁷⁶ SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloísa Murgel. **Brasil: uma biografia**. Op. cit., p. 363-367.

União começa a ter mais competências, inclusive na seara econômica, e mais poderes decisórios, gerando um modelo de federalismo caracterizado pela cooperação. O federalismo cooperativo cinge-se ao reconhecimento de um papel de coordenação e cooperação em favor da União, que fica proibida de invadir competências Estaduais, mas que tem o direito e o dever de orientar essas competências a um objetivo nacional comum.⁷⁷

No que toca à questão concorrencial, o artigo 113, item 17, da Constituição Federal de 1934,⁷⁸ traz importante inovação, ressaltando o caráter social do Estado quando estabelece uma garantia de subsistência e um direito de propriedade que não poderá ser exercício de forma contrária ao interesse social ou coletivo (reflexos das Constituições Alemã, de 1917, e Espanhola, de 1931). Outros princípios, como a justiça e as necessidades sociais, vinculados à existência digna, é que fundam as bases da ordem econômica nacional naquele período, tanto que a liberdade econômica depende da observância destes princípios, como consta no artigo 115 daquela Constituição.⁷⁹ E mais, há autorização expressa para a criação de monopólios estatais e a nacionalização progressiva de bancos e seguradoras, medidas previstas nos artigos 116 e 117 do texto constitucional.⁸⁰

Desta forma, enquanto é garantida a livre iniciativa e concorrência, essa garantia não pode ser vista de forma isolada, devendo estar necessariamente vinculada ao interesse social ou coletivo, a critérios de justiça e necessidades da vida nacional, de modo a garantir à dignidade. As bases constitucionais são, portanto, nitidamente contraditórias: enquanto os ideais liberais permaneciam

⁷⁷ GRAU, Eros Roberto. **Planejamento Econômico e Regra...** Op. cit., p. 54-55.

⁷⁸ Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.

⁷⁹ Art. 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

⁸⁰ Art. 116 - Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações, devidas, conforme o art. 112, nº 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos Poderes locais.

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

latentes após a extinção da monarquia, o Estado era também chamado a resolver as crises externas (como os reflexos da crise americana de 1929) e internas (rompimento do comando das grandes oligarquias), o que gerou influência liberal e, ao mesmo tempo, absolutista ou nacionalista. Diz-se que o texto é uma colcha de retalhos, formulando princípios antagônicos que são postos lado a lado. Os princípios são marcas de duas tendências bem definidas, de dois projetos políticos divergentes, e um deles havia de prevalecer. O projeto de cooperação falhou e um modelo prevaleceu (e não foi o projeto liberal).⁸¹

As reformas que buscavam a proteção do proletariado e ao acolhimento de uma classe média em expansão, além daquelas que deveriam garantir o desenvolvimento nacional e à emancipação do próprio país, não poderiam ser realizadas dentro de contexto constitucional. Se por um lado os industriais e operários aplaudem as iniciativas de desenvolvimento econômico interno, por outro, o perfil autoritário do sistema, que não inclui a participação popular sobre a decisão daquelas iniciativas e que via nas forças armadas a defesa da integração nacional, não cativa a sociedade.⁸² Assim, surgem ambições por um governo popular, revolucionário e anti-imperialista, marcada pela criação da Intentona Comunista;⁸³ contudo, a referida foi rapidamente sufocada pelo governo; e mais, com isso, sob as premissas de segurança nacional e anticomunistas, Getúlio Vargas ganhou forças para subverter a ordem constitucional de 1934, o que fez com o Golpe de 1937, dando azo ao Estado Novo (período da ditadura Vargas entre 1937 e 1945).⁸⁴

A Constituição de 1937, ao contrário do anterior, não foi promulgada, mas sim outorgada pelo poder ditatorial e autoritário instalado através do golpe, enterrando de vez qualquer base liberal que remanesca, ainda que de forma

⁸¹ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **Histórica Constitucional do Brasil**. Op. cit., p. 326.

⁸² FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder...** Op. cit., p. 792.

⁸³ A Intentona Comunista de 1935 teve como principal líder Luís Carlos Prestes, que assumiu a liderança da Aliança Nacional Libertadora (ANL), baseando-se em uma corrente anti-imperialista e antifascista, extinção do governo autoritário e concessão de todo poder à ANL. Contudo, sob a influência intensa do comunismo, havia uma radicalização da ANL que levou Getúlio a promover o fechamento da entidade com base na Lei de Segurança Nacional, de 04 de abril de 1935. A radicalização, vale constar, estava baseada no sétimo Congresso Comunista, que recomendou a construção de um socialismo integral em um movimento comunista internacional (e isso visada a proteção da URSS contra a expansão da Alemanha nazista). A lógica da revolução e do estímulo à luta de classes era, então, absolutamente contrário ao ideal de união nacional pregado por Getúlio Vargas, o que acarretou não só a dissolução da ANL, como conduziu Prestes à prisão. Nesse sentido, cf. PRESTES, Luís Carlos. **Problemas Atuais da Democracia**. Rio de Janeiro, Vitória, 1947, p. 15-21; PRESTES, Anita Leocádia. **Luiz Carlos Prestes: patriota, revolucionário, comunista**. São Paulo: Expressão Popular, 2006, p. 31-34; PIOZZI, Patrícia. Vargas e Prestes: uma... Op. cit., p.26-27.

⁸⁴ IGLÉSIAS, Francisco. **Trajatória Política do Brasil...** Op. cit., 242-243.

contraditória, no regime constitucional anterior. Diz-se que o projeto de emancipação industrial aplaudiu a ditadura de Vargas. A ilusão de que a liberdade de iniciativa curaria todo o atraso e louvaria a utopia do progresso esvai-se sem protesto e sem lágrimas.⁸⁵ Agora, a base de todo o poder estava centralizada na figura do presidente (eleito indiretamente para um mandato de seis anos), que reunia poderes, a partir do comando das forças armadas, para, sob premissas de segurança nacional e garantia das instituições, declarar estado de emergência ou estado de guerra, onde, ouvido apenas formalmente um poder legislativo submisso, poderia ser decretada a suspensão de garantias constitucionais básicas, como o direito à propriedade ou mesmo à liberdade. A previsão para tais atos tinha autorização pelos artigos 161 e 166 da Constituição Federal de 1937.⁸⁶

No campo da economia, a ordem econômica constitucional era igualmente subjugada pelo poder estatal, centralizado, como dito, na figura do presidente. Os artigos 135 e seguintes da Constituição Federal⁸⁷ estabeleciam que a livre iniciativa

⁸⁵ FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder...** Op. cit., p. 813.

⁸⁶ Art. 161 - As forças armadas são instituições nacionais permanentes, organizadas sobre a base da disciplina hierárquica e da fiel obediência à autoridade do Presidente da República.

Art. 166 - Em caso de ameaça externa ou iminência de perturbações internas, ou existência de concerto, plano ou conspiração, tendente a perturbar a paz pública ou pôr em perigo a estrutura das instituições, a segurança do Estado ou dos cidadãos, poderá o Presidente da República declarar em todo o território do País, ou na porção do território particularmente ameaçada, o estado de emergência. Desde que se torne necessário o emprego das forças armadas para a defesa do Estado, o Presidente da República declarará em todo o território nacional ou em parte dele o estado de guerra. § 1º - Para nenhum desses atos será necessária a autorização do Parlamento nacional, nem este poderá suspender o estado de emergência ou o estado de guerra declarado pelo Presidente da República. § 2º - Declarado o estado de emergência em todo o país, poderá o Presidente da República, no intuito de salvaguardar os interesses materiais e morais do Estado ou de seus nacionais, decretar, com prévia aquiescência do Poder Legislativo, a suspensão das garantias constitucionais atribuídas à propriedade e à liberdade de pessoas físicas ou jurídicas, súditos de Estado estrangeiro, que, por qualquer forma, tenham praticado atos de agressão de que resultem prejuízos para os bens e direitos do Estado brasileiro, ou para a vida, os bens e os direitos das pessoas físicas ou jurídicas brasileiras, domiciliadas ou residentes no País.

⁸⁷ Art. 135 - Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta. Art. 136 - O trabalho é um dever social. O trabalho intelectual, técnico e manual tem direito a proteção e solicitude especiais do Estado. A todos é garantido o direito de subsistir mediante o seu trabalho honesto e este, como meio de subsistência do indivíduo, constitui um bem que é dever do Estado proteger, assegurando-lhe condições favoráveis e meios de defesa.

Art. 140 - A economia da produção será organizada em entidades representativas das forças do trabalho e que, colocadas sob a assistência e a proteção do Estado, são órgãos deste e exercem funções delegadas de Poder Público. 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

e as atividades particulares deveriam ser exercidas nos limites do bem público e tinha como fundamento a riqueza e prosperidade nacionais (e essencialmente o fomento à atividade industrial). O Estado pode intervir no domínio econômico para suprir deficiências em relação aos particulares e coordenar os fatores de produção; ou seja, havia a previsão de atuação direta (no sentido repressivo, quando são lançadas ordens para buscar uma ação, omissão ou prestação dos particulares) ou indireta (no sentido indutor, através de incentivos).⁸⁸ O trabalho é alçado a dever social e a economia de produção, representada por entidades, é colocada sob a proteção do Estado, que incentiva, ainda, a economia popular, criminalizando condutas contra a referida com rigor extremo, equiparando-as aos crimes contra o próprio Estado. Por fim, reflexo ainda da nacionalização e proteção industrial, proíbe-se a usura, assim como a existência de bancos, seguradoras e concessionárias sem a presença de brasileiros em seus quadros societários.

Para regulamentar o texto constitucional criminalizador de condutas contrárias à economia popular, lança-se o Decreto 869, de 18 de novembro de 1938, que é tido por alguns como a primeira legislação específica do Direito da Concorrência no Brasil,⁸⁹ apesar de, como visto ao longo do trabalho, existirem diversas outras legislações esparsas que versam, ainda que indiretamente ou tangencialmente, sobre a concorrência. O referido decreto definiu os crimes contra a economia popular, caracterizando-se, portanto, como uma norma concorrencial de caráter repressivo, o que gera um sistema coercitivo (não promocional).⁹⁰ O objetivo, portanto, não era promover um ambiente favorável aos negócios, garantir a livre iniciativa ou a competição, mas sim proteger a economia popular (em geral, reprimindo condutas que possibilitem falsear a produção ou oferta, os preços de produtos ou ainda que gerem a obtenção ilícita de lucros), o que pode ser traduzido como a defesa do mercado consumidor. Assim, se neste momento for possível falar em Direito Antitruste, também é possível definir que o foco do mesmo era a proteção

adequados à sua pronta e segura punição. Art. 142 - A usura será punida. Art. 145 - Só poderão funcionar no Brasil os bancos de depósito e as empresas de seguros, quando brasileiros os seus acionistas. Aos bancos de depósito e empresas de seguros atualmente autorizados a operar no País, a lei dará um prazo razoável para que se transformem de acordo com as exigências deste artigo. Art. 146 - As empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais ou municipais deverão constituir com maioria de brasileiros a sua administração, ou delegar a brasileiros todos os poderes de gerência.

⁸⁸ MOREIRA, Vital. **A Ordem Jurídica do Capitalismo**. 3. ed. Coimbra: Centelha, 1978, p. 206-207.

⁸⁹ FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. Op. cit., p. 102.

⁹⁰ BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007, p. 15.

para o bem da economia popular, garantindo, ao final da cadeia, os interesses dos consumidores, não do mercado ou do sistema constitucional (este com base supostamente nos princípios da livre iniciativa ou concorrência).

Para reforçar a tese, o artigo 2.º, I a IX, daquele Decreto⁹¹ caracteriza como crime a inutilização de matérias primas ou bens de consumo do povo (inciso I), ou ainda desistir de competição pela suspensão das atividades (inciso II), tudo, neste caso, pelo objetivo de falsear os preços (e isso era reflexo das ocorrências com as plantações de café, destruídas para aumentar o preço do produto). Para além disso, ficavam proibidos quaisquer tipos de acordos entre empreendedores que tivessem como efeito o aumento arbitrário de lucros (inciso III), o açambarcamento de matérias primas ou produtos para provocar a alta de preços (inciso IV), vender mercadorias abaixo do preço de custo para impedir a concorrência (inciso V), a especulação de preços a partir de notícias falsas ou operações fictícias (inciso VI); ainda, mais voltadas ao campo empresarial, era crime dar indicações ou fazer afirmações falsas para subscrição de ações (inciso VII), exercer mais de uma função de administração empresarial com o objetivo de dificultar a concorrência (inciso VIII), gerir de forma fraudulenta instituições bancárias (inciso IX) e fraudar escriturações empresariais (inciso X). A pena era alta, podendo chegar a dez anos.

⁹¹ Art. 2º São crimes dessa natureza: I - destruir ou inutilizar, intencionalmente e sem autorização legal, com o fim de determinar alta de preços, em proveito próprio ou de terceiro, matérias primas ou produtos necessários ao consumo do povo; II - abandonar ou fazer abandonar lavouras ou plantações, suspender ou fazer suspender a atividade de fábricas, usinas ou quaisquer estabelecimentos de produção, ou meios de transporte, mediante indenização paga pela desistência da competição; III - promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio; IV - reter ou açambarcar matérias primas, meios de produção ou produtos necessários ao consumo do povo, com o fim de dominar o mercado em qualquer ponto do país e provocar a alta dos preços; V - vender mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência; VI - provocar a alta ou baixa de preços, títulos públicos, valores ou salários por meio de notícias falsas, operações fictícias ou qualquer outro artifício; VII - dar indicações ou fazer afirmações falsas em prospectos ou anúncios, para o fim de subscrição, compra ou venda de títulos, ações ou quotas; VIII - exercer funções de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa ou sociedade do mesmo ramo de indústria ou comércio com o fim de impedir ou dificultar a concorrência; IX - gerir fraudulentamente ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas de imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlio, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas; sociedades de economia coletiva, levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados; X - fraudar de qualquer modo escriturações, lançamentos, registros, relatórios, pareceres e outras informações devidas a sócios de sociedades civis ou comerciais, em que o capital seja fracionado em ações ou quotas de valor nominativo igual ou inferior a 1:000\$000, com o fim de sonegar lucros, dividendos, percentagens, rateios ou bonificações, ou de desfalcar ou desviar fundos de reserva ou reservas técnicas.

O artigo 3.º, incisos I a V, do mesmo Decreto,⁹² também definia como crime contra a economia popular a celebração de ajuste para falsear o preço ou criar restrição à compra de produtos de outro fornecedor (inciso I), violar o tabelamento de preços (inciso II), obter ganhos ilícitos em detrimento do povo (inciso III), violar contratos (inciso IV) e fraudar pesos e medidas (V). A pena de prisão, para esses casos, era razoavelmente menor, variando de seis meses a dois anos, além de multa; contudo, todos os crimes eram inafiançáveis, inexistindo possibilidade de suspensão da pena ou livramento condicional.

O decreto, nas palavras dos então ministros Francisco Campos e Nelson Hungria, foi resultado da conclusão essencial de que, ao menos naquele período, o poder econômico não poderia continuar a ser arbitrário e que ele deveria ser exercício em prol do interesse geral (e a Constituição outorgada era clara no sentido de vincular a livre iniciativa ao bem público e a prosperidade nacional). Para eles, não mais era possível a manutenção de objetivos puramente individuais. A liberdade de iniciativa de uns, assim, não poderia prejudicar a liberdade de iniciativa de outros. O poder econômico deveria ser exercício de modo que não constitua um atentado contra o bem comum de toda população.⁹³

Contudo, o desuso do Decreto de 1938, apesar de suas boas intenções, era flagrante e ocorria especialmente porque inexistia um órgão centralizador das análises das condutas anticompetitivas ou contrárias à economia popular prescritas pelo mesmo (as questões concorrenciais confundiam-se com as criminais e a autoridade policial, por certo, não tinha o conhecimento ou os meios necessários à averiguação das condutas anticompetitivas denunciadas). Para solucionar o problema encontrado (ausência de autoridade central), Agamemnon Magalhães, antes de seu projeto se efetivar na lei específica décadas depois, lançou o Decreto-Lei 7.666, de 22 de junho de 1945. Esse decreto era específico sobre a defesa da

⁹² Art. 3º São ainda crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego: I - celebrar ajuste para impor determinado preço de revenda ou exigir do comprador que não compre de outro vendedor; II - transgredir tabelas oficiais de preços de mercadorias; III - obter ou tentar obter ganhos ilícitos, em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas, mediante especulações ou processos fraudulentos ("bola de neve", "cadeias", "pichardismo", etc.); IV - violar contrato de venda a prestações, fraudando sorteios ou deixando de entregar a coisa vendida, sem devolução das prestações pagas, ou descontar destas, nas vendas com reserva de domínio, quando o contrato fôr rescindido por culpa do comprador, quantia maior do que a correspondente à depreciação do objeto; V - fraudar pesos ou medidas padronizados em lei ou regulamento; possuí-los ou detê-los, para efeitos de comércio, sabendo estarem fraudados.

⁹³ SHIEBER, Benjamim M. **Abusos do Poder Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 3-7.

concorrência e, ao passo em que se desvencilhava da criminalização das condutas anticompetitivas, mantinha a questão da defesa dos interesses da economia nacional; além disso, criava uma entidade centralizadora, a Comissão Administrativa de Defesa Econômica, órgão autônomo e com personalidade jurídica própria, subordinado diretamente ao presidente, cujo objetivo era fazer cumprir os termos do decreto regulamentador.⁹⁴

A legislação proposta por Agamemnon Magalhães, ainda que guardasse resquício ditatorial, porque, em função do próprio contexto histórico na Constituição outorgada, subordinava a atuação da autoridade concorrencial ao presidente, estava além do caráter meramente repressivo do decreto anterior, de 1938. E isso pode ser afirmado porque, por exemplo, o decreto lançava, no artigo 1.º, que eram atos contrários aos interesses da economia nacional os acordos entre empresas para elevação de preços, para restringir a liberdade econômica de outras empresas ou que gerem a criação de um monopólio (inciso I); ainda, que eram contrários aos interesses a paralisação das atividades empresariais capaz de gerar desemprego em massa (inciso IV), o que é minimamente coerente com o texto constitucional em relação aos benefícios da industrialização e o caráter social do trabalho.⁹⁵

A defesa do interesse nacional era tamanha que, descumpridos os preceitos do comando normativo, a Comissão Administrativa de Defesa Econômica, se não cessassem as práticas consideradas ilícitas, poderia intervir diretamente no âmbito da própria empresa, como consta no artigo 3.º do decreto mencionado,⁹⁶ ou desapropriar os meios de produção, como lançado no artigo 6.º do texto.⁹⁷ E, tal como na legislação em vigor, como será visto em tópico próprio, os movimentos

⁹⁴ SHIEBER, Benjamim M. **Abusos do Poder Econômico**. Op. cit., p. 7-19.

⁹⁵ 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; (...) IV – a paralisação, total ou parcial, de empresas comerciais, industriais ou agrícolas desde que de tal fato resulte ou possa resultar a elevação dos preços das mercadorias ou o desemprego em massa de empregados, trabalhadores ou operários;

⁹⁶ Art. 3º Se as empresas notificadas não cumprirem a determinação da C.A.D.E. dentro do prazo fixado, ou se, dentro desse prazo, não cessarem os efeitos prejudiciais aos interesses da economia nacional, a C.A.D.E. decretará a intervenção em todas as empresas envolvidas nos atos ou fatos julgados contrários à economia nacional. Art. 6º Serão desapropriadas pela União as empresas comerciais, industriais ou agrícolas comprometidas ou envolvida em atos nocivos ao interesse público.

⁹⁷ Art. 6º Serão desapropriadas pela União as empresas comerciais, industriais ou agrícolas comprometidas ou envolvida em atos nocivos ao interesse público.

societários deveriam ser aprovados previamente pela Comissão, sob pena de não terem validade, como consta nos artigos 8 e 11 do Decreto em referência.⁹⁸

O Decreto, mesmo alterando a sistemática e o próprio foco do Direito Concorrencial, que deixou de estar vinculado à seara penal (à criminalização de condutas contrárias aos interesses da economia nacional e, portanto, do mercado consumidor), vigorou por brevíssimo tempo, aproximadamente quatro meses, em função de nova ação militar em 29 de outubro de 1945, o que impossibilitou a criação das estruturas necessárias e, portanto, a sua implementação de fato.

A ação militar foi o estopim de um movimento de total repúdio à Era Vargas, ao conhecido Estado Novo, em função do regime de arbítrio instalado com o golpe em 1937 (e a concessão de poderes absolutos ao presidente). O fim da segunda Guerra Mundial (1939 a 1945) tornou a ditadura pessoal de inspiração fascista e totalitária incompatível com as aspirações dos países aliados, vencedores do conflito. Isso, porque era totalmente contraditório mandar soldados brasileiros ao exterior lutar por princípios de liberdade e democracia, enquanto seu país amargurava um sistema de poder que era a absoluta negação daqueles princípios. O fim da guerra gerou concomitantemente o término da censura à imprensa, forçando o governo a lançar a Lei Constitucional 09, de 28 de fevereiro de 1945, com uma suposta intenção de liberalização econômica e de chamamento ao processo democrático (incentivava a participação popular), mas que foi vista como uma indubitosa tentativa de salvar a Carta Constitucional de 1937 e os poderes do presidente em exercício. A ação militar depôs o presidente brasileiro e entregou o poder ao presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro José Linhares, a quem competiu a reconciliação com as bases democráticas.⁹⁹

O Decreto-Lei 8.708, de 17 de janeiro de 1946, verdadeiro Regimento à Constituinte, promoveu a instalação da mesma, mas foi desde logo muito criticado: primeiro, porque foi igualmente outorgado, portanto, imposto, pelo Ministro José Linhares; segundo, porque conservava a conexão entre o regimento e a Constituição

⁹⁸ Art. 8º Não se poderão fundir, incorporar, transformar, agrupar de qualquer modo, ou dissolver, sem prévia autorização da C.A.D.E. Art. 11. Não terão validade, senão depois de aprovados e registrados pela C.A.D.E. os atos, ajustes, acordos ou convenções entre empresas comerciais, industriais ou agrícolas, de qualquer natureza ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios, que tenham efeito: a) equilibrar a produção com o consumo; b) regular o mercado; c) estabilizar preços; d) padronizar ou racionalizar a produção; e) estabelecer uma exclusividade de distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero ou destinadas à satisfação de necessidades conexas.

⁹⁹ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. Op. cit., p. 349-351.

de 1937, que permanecia em vigor. A crise da constituinte somente terminou com um acordo entre as três grandes lideranças, excluído o partido comunista.¹⁰⁰ A exclusão dos comunistas garantiu uma base liberal para o novo texto constitucional, o que foi determinante para a promulgação de um documento mais condizente com o anseio popular, que buscava livrar-se do selo ditatorial imposto anteriormente (mas sem perder a ligação com o elo social).

A Constituição Federal de 1946, como dito, foi marcada pelo regime anterior e pelas discussões travadas sobre a legislação da concorrência, especialmente por Agamenon Magalhães, como visto. As garantias essenciais foram renovadas pelo artigo 141 da Constituição Federal de 1946,¹⁰¹ ao mesmo tempo em que a ordem econômica organizou-se com base em princípios de justiça social, conciliando liberdade de iniciativa e valorização do trabalho humano, como consta no artigo 145 da Constituição.¹⁰² A intervenção do estado do domínio econômico e a monopolização estatal de determinados setores era autorizada visando o interesse público e, ao contrário do autoritarismo do regime anterior, aquela tinha por limite os direitos fundamentais assegurados no texto constitucional (o texto despregava-se do resquício da Carta outorgada pelo regime anterior). E, precisamente na seara econômica, o artigo 148, da Constituição Federal,¹⁰³ fez a previsão expressa de repressão de toda e qualquer forma de abuso de poder econômico, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

Esses fundamentos deram lastro ao entendimento de Agamenon Magalhães, no sentido de que a razão de ser do artigo 148, da Constituição de 1946, era intervir na economia para evitar ou suprimir o abuso de poder econômico, a fim de proteger o Estado considerado liberal, cuja ordem econômica tem fundamento da livre iniciativa e livre concorrência. Para ele, a legislação antitruste, lançada no Projeto 122, de 1948, que originou a lei específica sobre a concorrência

¹⁰⁰ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. Op. cit., p. 363-365.

¹⁰¹ Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

¹⁰² Art. 145 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. Parágrafo único - A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social.

¹⁰³ 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.

quase duas décadas depois, em 1962, não tinha como objetivo acabar com a iniciativa privada, mas sim suprimir as falhas da iniciativa particular e alargar seu campo, assegurando que todos tenham direito de entrar no mercado e concorrer sem sofrer prejuízo do poder econômico.¹⁰⁴

Como se nota, tanto o texto constitucional como o projeto da Lei Antitruste tinham viés liberal, despregado da excessiva proteção à economia popular que tanto dominou o entendimento da Carta Constitucional outorgada por Vargas ou a legislação infraconstitucional dela derivada. Mas o texto constitucional também foi muito criticado, porque, mesmo libertando-se das amarras da ditadura Vargas (o que gerou um projeto de minimização e limitação de poder estatal), mantinha objetivos socializantes (e havia previsão expressa sobre a justiça social). Esse fato causava verdadeira crise na conciliação entre dois valores: democracia e desenvolvimento, ou, em sentido mais amplo, liberdade e progresso.¹⁰⁵

A política econômica liberal em contraste com resquícios socialistas que, apesar de combatidos, ainda figuravam na Constituição de 1946, era alvo de intenso debate, especialmente pelo deposto Getúlio Vargas, que mantinha-se vinculado à política e que, anos depois, entre 1951 e 1954, voltaria ao poder de forma democrática (eleito por voto direto). A mesma Constituição, então, ao longo do tempo e sem grandes modificações, serviu não só ao governo Vargas, mas também aos seus sucessores: Café Filho (vice de Vargas e seu sucessor legítimo após o suicídio de 1954) e, na próxima eleição, Juscelino Kubitschek. A eleição de Juscelino foi um passo definitivo à linha liberal com foco nacional desenvolvimentista, tendo em vista o período de grande progresso econômico e as promessas do milagre econômico (a famosa propaganda dos “50 anos em 5”).¹⁰⁶

O foco nacional desenvolvimentista que imperou na década de 50 e 60 tornou o Brasil um país diferente daquele de poucas décadas antes. A economia se desenvolveu de forma extraordinária, assim como a infraestrutura industrial necessária àquele desenvolvimento. Uma verdadeira revolução industrial estaria completa, ganhando a nação brasileira maior coesão, autonomia e identidade; além disso, o aparato estatal ficou mais estruturado e profissional, e a ordem constitucional e legal deu maior legitimidade à nova democracia de duas revoluções

¹⁰⁴ SHIEBER, Benjamim M. **Abusos do Poder Econômico**. Op. cit., p. 3.

¹⁰⁵ REALE, Miguel. **Da Revolução à Democracia**. 2. ed. São Paulo: Editora Convívio, 1977, p. 25.

¹⁰⁶ IGLÉSIAS, Francisco. **Trajectoria Política do Brasil...** Op. cit., p. 261-272.

atrás.¹⁰⁷ E justamente nesse período, entre o governo de Jânio Quadros (nos anos de 1960 e 1961), que renunciou pressionado por uma aproximação indevida com o bloco socialista, e João Goulart (de 1961 a 1964), que buscava reformas de base para solucionar a crise política instaurada, houve o lançamento da primeira lei efetivamente cunhada de concorrencial ou antitruste, apesar de outras que trataram da matéria anteriormente de forma dispersa (ou em apenas algum de seus aspectos), que foi a Lei 4.137, de 1962.

A lei derivou de projeto de Agamenon Magalhães, apresentado em 1948, tendo como objetivo estruturar regulamentações básicas e criar um órgão especializado, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), considerando que a grande deficiência no tratamento da concorrência era efetivamente a ausência de um órgão de controle específico; além disso, originou-se para regulamentar o artigo 148 da Constituição Federal de 1946, que tem lastro no próprio projeto original apresentado por Agamenon Magalhães, lançado no Decreto 7.666 de 1945. Assim, a legislação concorrencial de 1962 tinha bases em projeto de 1945 que deu suporte ao texto constitucional.

O foco era a repressão ao abuso de poder econômico, como constou logo nos artigos 1.º e 2.º da referida legislação especial,¹⁰⁸ distanciando-se o texto de

¹⁰⁷ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Public Bureaucracy and Ruling Classes in Brazil. **Revista de Sociologia e Política**. Curitiba, vol. 3, n. 28, jun. 2007, p. 9-30.

¹⁰⁸ Art. 1º A repressão ao abuso do poder econômico, a que se refere o art. 148 da Constituição Federal, regular-se-á pelas disposições desta lei. Art. 2º Consideram-se formas de abuso do poder econômico: I Dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a, concorrência por meio de: a) ajuste ou acôrdo entre emprêsas, ou entre pessoas vinculadas a tais emprêsas ou interessadas no objeto de suas atividades; b) aquisição de acervos de emprêsas ou de cotas, ações, títulos ou direitos; c) coalizão, incorporação, fusão, integração ou qualquer outra forma de concentração de emprêsas; d) concentração de ações, títulos, cotas ou direitos em poder de uma ou mais emprêsas ou de uma ou mais pessoas físicas; e) acumulações de direção, administração ou gerência de mais de uma emprêsa; f) cessação parcial ou total das atividades de emprêsa promovida por ato próprio ou de terceiros; g) criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de emprêsa. II Elevar sem justa causa os preços, no casas de monopólio natural ou de fato, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros sem aumentar a produção. III Provocar condições monopolísticas ou exercer especulação abusiva com o fim de promover a elevação temporária de preças por meio de: a) destruição ou inutilização por ato próprio ou de terceiros, de bens de produção ou de consumo; b) açambarcamento de mercadorias ou de matéria-prima; c) retenção, em condições de provocar escassez de bens de produção ou de consumo; d) utilização de meios artificiosos para provocar a oscilação de preços em detrimento de emprêsas concorrentes ou de vendedores de matérias-primas; IV) Formar grupo econômico, por agregação de emprêsas, em detrimento da livre deliberação dos compradores ou dos vendedores, por meio de: a) discriminação de preços entre compradores ou entre vendedores ou fixação discriminatória de prestação de serviço; b) subordinação de venda de qualquer bem à aquisição de outro bem ou a utilização de determinado serviço; ou subordinação de utilização de determinado serviço á compra de determinado bem. V) Exercer concorrência desleal, por meio de: a) exigência de exclusividade para propaganda publicitária; b) combinação prévia de preços ou ajuste de vantagens na concorrência pública ou administrativa.

objetivo outros, como o da proteção do consumidor, considerando, neste caso, que a proposta de vinculação do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (CNDCC) ao CADE foi plenamente rejeitada.¹⁰⁹ E, ao contrário da legislação americana, que logo no primeiro item condenava as práticas anticompetitivas automaticamente (ou *per se*),¹¹⁰ a lei brasileira autorizava a aprovação de atos contrários à concorrência que aumentassem a produção ou melhorassem a distribuição de bens ou serviços. Além disso, os benefícios do ato, para a aprovação, deveriam ser distribuídos proporcionalmente entre os participantes e os consumidores, e não poderiam eliminar parte substancial da concorrência, considerando que a mácula deve restringir-se à estritamente necessária. É isso que constava no artigo 74 da lei.¹¹¹

O Brasil inaugurava uma nova forma de tratar o tema, distinguindo entre duas espécies de concentração: a primeira, enquanto fenômeno estrutural do próprio mercado; a segunda, como estratégia de poder. Assim, não havia ilicitude na primeira forma de concentração, caracterizada como intrínseca ao sistema de mercado, mas sim na segunda, que relacionava o uso estratégico da concentração de poder para fins ilícitos (ou contrários aos objetivos constitucionais).¹¹²

A respeito disso, tem-se, por exemplo, o processo administrativo n. 3, publicado em 19 de setembro de 1969, da relatoria do Conselheiro Dantas Júnior, que entendeu que o tabelamento de preços não é infração, exceto se servir de meio para formação de grupo econômico ou propiciar o domínio dos mercados nacionais, ou eliminação total ou parcial da concorrência. Ainda, o processo administrativo n. 5,

¹⁰⁹ CARVALHO, Elbruz Moreira de. **Abuso de Poder Econômico**. Rio de Janeiro: Barrister's Editora, 1986, p. 18-19

¹¹⁰ Section 1. Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty. Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

¹¹¹ Art. 74. Os ajustes, acordos ou convenções, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou reduzir a concorrência entre empresas, somente serão considerados válidos desde que, dentro do prazo de trinta dias após sua realização, sejam apresentados para exame e anuência da SNDE, que para sua aprovação deverá considerar o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: a) tenham por objetivo aumentar a produção ou melhorar a distribuição de bens ou o fornecimento de serviços ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico ou incrementar as exportações; b) os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, do outro; c) não sejam ultrapassados os limites estritamente necessários para que se atinjam os objetivos visados; d) não implique a eliminação da concorrência de uma parte substancial do mercado de bens ou serviços pertinentes.

¹¹² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A Concentração Econômica e Fiscalização Administrativa: entendimento do art. 74 da Lei n. 4137/62 segundo a redação do Art. 73 da Lei 8158/91. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, vol. 193, jul./set., 1993, p. 65–78.

publicado em 10 de setembro de 1969, da relatoria do Conselheiro Gratuliano Brito, onde se estabeleceu que cláusula de preferência ou exclusividade não configura abuso de poder econômico, exceto se constituir meio ou instrumento de agregação de empresas. E, por fim, o processo administrativo n. 6, publicado em 20 de julho de 1971, da relatoria do Conselheiro Mendonça Braga, onde se prescreveu que as condutas praticadas são meios para um fim ilegal específico (dominar mercados, aumentar arbitrariamente os preços ou lucros, utilizar-se de monopólio para aumentar preços, formar grupo econômico para prejudicar a concorrência ou praticar concorrência desleal), significando, portanto, que se os fins não forem alcançados, não há violação à legislação concorrencial.¹¹³

Os propósitos da legislação especial (reprimir o abuso de econômico em suas variadas formas) foram sufocados pelos eventos que concluíram, em 31 de março de 1964, um novo golpe militar. O governo de João Goulart vinha em crise desde a renúncia de Jânio Quadros, em 1961, porque, já no nascedouro, houve acusação de aproximação com o regime comunista, considerando que João Goulart estava em viagem oficial à China no momento em que a renúncia se concretizou. Apesar de uma fracassada tentativa de excluí-lo do poder mediante adoção do sistema parlamentarista, João Goulart assumiu aquele após plebiscito que retornou o sistema ao presidencialismo. Porém, a ameaça comunista (especialmente pelos discursos reformistas) e o fracasso do Plano Trienal (que não conseguiu reduzir a inflação avassaladora), aliado à crise pelo discurso pelo Comício da Central, em 13 de março de 1964, tornou impossível a manutenção do poder. O golpe, portanto, teve mais o objetivo de retirar os indesejados do poder do que qualquer outro.¹¹⁴

Há quem classifique o golpe como verdadeira revolução, traduzindo-o como a Revolução de 1964¹¹⁵, porque houve proclamação de um poder constituinte originário com manutenção da Constituição de 1946 (no que compatível), assim

¹¹³ MAGALHÃES, Guilherme A. Canedo de. **Abuso de Poder Econômico**: apuração e repressão, legislação e jurisprudência. Rio de Janeiro: Editora Artenova, 1975, p. 45-47.

¹¹⁴ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Breves Memórias do Golpe... Op. cit., p. 250-266.

¹¹⁵ O autor faz a distinção entre revolução e golpe de Estado, classificando a primeira como a ruptura da ordem jurídica em vigor, produzindo uma nova ordem jurídica constitucional, e o segundo como a ato de força ou poder desacompanhado de qualquer vínculo de juridicidade, ou enquanto busca, pela mesma força ou poder, de restabelecimento da ordem jurídica antiga. In: REALE, Miguel. **Da Revolução à Democracia**. Op. cit., p. 37. De modo mais claro, diz-se que o golpe é feito contra um governante ou um modo de governar, enquanto a revolução faz-se contra todo um sistema de governo, contra determinadas instituições, contra determinadas classes ou mesmo contra princípios que regem a organização social e políticas (não apenas contra homens). In: BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. Op. cit., p. 553.

como foi outorgado poder para o comando da revolução com o compromisso de alterar a Constituição por emenda; ainda, fora concedido poder para exclusão dos indesejáveis da vida política e administrativa, colocando-se termo para a concretização da tarefa revolucionária.¹¹⁶ E essas considerações constam do Ato Institucional n. I (AI-1), de 09 de abril de 1964, que dispunha “sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa.”¹¹⁷ O ato fortalecia o poder executivo e reduzia o campo de atuação do congresso, eliminando imunidades quando autorizou a cassação de mandatos pelo comando da revolução. Mesmo os juízes perderam a vitaliciedade por certo prazo, a fim de facilitar o expurgo do serviço público dos indesejáveis (e 49 juízes perderam seus cargos). Assim iniciava-se o governo de Humberto de Alencar Castelo Branco, eleito indiretamente com mandato a durar até 31 de janeiro de 1966, data prevista pelo próprio ato institucional.¹¹⁸

A Constituição de 1967, promulgada em 24 de janeiro de 1967, foi precedida de outros três atos institucionais: AI-2, de 27 de outubro de 1965, que extinguiu os partidos políticos e fortaleceu os poderes do presidente; o AI-3, de 05 de fevereiro de 1966, que estabeleceu eleições indiretas em nível nacional; e o AI-4, de 12 de dezembro de 1966, que convocou o congresso para discussão, votação e promulgação do projeto de Constituição apresentado pelo presidente. E, nesse aspecto, é imperioso notar que a participação do poder constituinte, representado pelo congresso, foi meramente figurativa, já que, nos termos do artigo 1.º, § 1.º e § 2.º, do referido ato,¹¹⁹ a votação estaria restrita ao projeto do presidente e eventuais emendas do poder executivo. O golpe (ou revolução) procurava legitimar-se, estabelecendo que o objetivo da nova Constituição era o de atender as exigências atuais da nação, dando uniformidade e harmonia as pretensões do povo, além de

¹¹⁶ REALE, Miguel. **Da Revolução à Democracia**. Op. cit., p. 37.

¹¹⁷ BRASIL, Ato Institucional n.1. Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/AIT/ait-01-64.htm> Acesso em: 20 mar. 2017.

¹¹⁸ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. Op. cit., p. 465-468.

¹¹⁹ Art. 1º - É convocado o Congresso Nacional para se reunir extraordinariamente, de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967. § 1º - O objeto da convocação extraordinária é a discussão, votação e promulgação do projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República. § 2º - O Congresso Nacional também deliberará sobre qualquer matéria que lhe for submetida pelo Presidente da República e sobre os projetos encaminhados pelo Poder Executivo na última sessão legislativa ordinária, obedecendo estes à tramitação solicitada nas respectivas mensagens.

representar os ideais e princípios da revolução (e dar continuidade à obra revolucionária), como constou no preâmbulo à Constituição.¹²⁰ Para tanto, estabeleceu direitos e garantias individuais no artigo 150 da Constituição Federal de 1967¹²¹ e, no que concerne à ordem econômica, prescreveu que ela tinha o objetivo de realizar justiça social, valorizando a livre iniciativa, o trabalho, a função social da propriedade, a harmonia e solidariedade entre os fatores de produção e o desenvolvimento econômico, como constou no artigo 157 da referida Constituição.¹²²

Na síntese, a esperança de que a nova Constituição servisse de instrumento de democratização ou para o fim de novos atos institucionais foi sepultada com o lançamento do Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968, já no governo do sucessor de Castelo Branco, indicado pelo próprio, Arthur Costa e Silva, que durou de 1967 a 1969. Nele, instituiu-se, sem os limites constitucionais (ou independente deles), o fim do *habeas corpus*, a ampliação dos poderes do presidente, a suspensão de direitos políticos e a restrição ao exercício de direitos públicos ou privados, a cassação de mandatos concomitante ao um recesso do legislativo em seus vários âmbitos, além da vedação a revisão judicial dos referidos atos presidenciais. A intervenção revolucionária, que tinha a pretensão de ser cirúrgica, instalou-se definitivamente, e a sociedade foi emudecida através de perseguições políticas, tortura e assassinatos.¹²³ A Emenda Constitucional n. 1, publicada em 20 de outubro de 1969, que se transmutava em verdadeira constituição outorgada (apesar de seu status de emenda constitucional) é vista como verdadeiro insulto à vocação democrática e, em linhas gerais, manteve os direitos e garantias individuais (que não eram praticados) e, no capítulo da ordem econômica, alçou o

¹²⁰ CONSIDERANDO que a Constituição Federal de 1946, além de haver recebido numerosas emendas, já não atende às exigências nacionais; CONSIDERANDO que se tornou imperioso dar ao País uma Constituição que, além de uniforme e harmônica, represente a institucionalização dos ideais e princípios da Revolução; CONSIDERANDO que somente uma nova Constituição poderá assegurar a continuidade da obra revolucionária; CONSIDERANDO que ao atual Congresso Nacional, que fez a legislação ordinária da Revolução, deve caber também a elaboração da lei constitucional do movimento de 31 de março de 1964; CONSIDERANDO que o Governo continua a deter os poderes que lhe foram conferidos pela Revolução.

¹²¹ Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

¹²² Art. 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: I - liberdade de iniciativa; II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III - função social da propriedade; IV - harmonia e solidariedade entre os fatores de produção; V - desenvolvimento econômico; VI - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

¹²³ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **Histórica Constitucional do Brasil**. Op. cit., p. 433-434.

desenvolvimento nacional a objetivo daquela ordem, ao lado da justiça social, como constou no artigo 160 do texto constitucional.¹²⁴

Ao longo desse período e também no governo de Emílio Garrastazu Médici, entre 1969 até 1974, e seu sucessor, Ernesto Geisel, de 1974 até 1979, o Brasil pouco progrediu em matéria concorrencial. A Lei 4.137/1962 continuava em vigor e foi regulamentada pelo Decreto 52.025, de 20 de maio de 1963, com poucas inovações; além disso, houve a abertura de crédito especial na ordem de trezentos milhões de cruzeiros para atuação do Conselho, consoante Decreto 52.785, de 30 de outubro de 1963. Contudo, ainda assim a norma da concorrência pouco recebia atenção. As causas essenciais foram duas: a primeira, porque a atuação do órgão colidia com o I Plano Nacional de Desenvolvimento (Lei 5.727, de 04 de novembro de 1971, estipulado para os anos de 1972 a 1974) e o II Plano Nacional de Desenvolvimento (Lei 6.151, de 04 de dezembro de 1974, lançando diretrizes para os anos de 1975 a 1979), que estipulavam, basicamente, um forte controle de preços (que evitava a própria concorrência direta) e um incentivo às fusões e aglomerações empresariais com o fito de auxiliar na concorrência internacional.¹²⁵

Ao mesmo tempo, como segundo ponto-chave, tem-se a ausência gradativa de recursos após a criação do órgão, incluindo-se nesses o capital humano necessário a regular continuidade dos trabalhos. Nesse sentido, por exemplo, diz Luiz Rafael Mayer, Procurador do Conselho Administrativo de Defesa Econômica no ano de 1964, que, em virtude dos mandatos temporários dos membros daquele órgão, a presidência deixava de nomear outros substitutos ao fim daqueles mandatos, gerando, pela omissão, a extinção prática de qualquer possibilidade de atuação.¹²⁶ No resumo, nas palavras de Elbruz Moreira de Carvalho, a legislação era considerada prestável e de nenhuma forma obsoleta. O Conselho efetivamente não funcionou a plena carga porque os líderes revolucionários não quiseram. O órgão foi desestimulado, mal suprido de verbas e só não foi totalmente desativado por puro

¹²⁴ Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: I - liberdade de iniciativa; II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III - função social da propriedade; IV - harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção; V - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros; e VI - expansão das oportunidades de emprego produtivo.

¹²⁵ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Poder Econômico: exercício e abuso**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 160

¹²⁶ CARVALHO, Vinícius Marques de; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert (coord). **Defesa da Concorrência no Brasil: 50 anos**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, 2013, p. 44-45.

respeito humano, assim como para evitar qualquer alegação de domínio do lobby de empresas multinacionais.¹²⁷

O fato é que, ainda que sufocado o órgão concorrencial pela insuficiência de recursos (capital financeiro e humano), os Planos Nacionais de Desenvolvimento não conseguiram replicar ou manter a longo prazo o Milagre Brasileiro.¹²⁸ No final do governo de Ernesto Geisel, especialmente a partir de 1978, cresce o movimento pela redemocratização do Brasil em função da insatisfação com as condições econômicas e sociais. O artigo 3.º da Emenda Constitucional n. 11, de 13 de outubro de 1978,¹²⁹ aniquila os atos institucionais e complementares anteriormente expedidos, encerrando o período mais duro do regime, apesar de manter salvaguardas com medidas de emergência, estado de sítio e de emergência.¹³⁰

O governo de João Batista de Oliveira Figueiredo (1979 a 1985) enfrenta uma contração acentuada do crescimento econômico. O crescimento anual da renda por habitante por decênio despenca cinco pontos percentuais,¹³¹ o que torna a voz dos sindicatos mais salientes. Ao mesmo tempo, com a edição da Emenda n. 15, de 19 de novembro de 1980, extingue-se o bipartidarismo (ainda que com a intenção de pulverizar a oposição, enfraquecendo-a) e retoma-se a eleição direta para o congresso, o que, por via indireta, acaba fortalecendo a criação de uma classe política oposicionista. Surgem, assim, duas propostas essenciais nos anseios da oposição, organizações sociais e intelectuais: as eleições diretas (Diretas Já) e um novo modelo constitucional. A Ordem dos Advogados do Brasil passa a exigir uma nova constituinte e, junto com a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil,

¹²⁷ CARVALHO, Elbruz Moreira de. **Abuso de Poder Econômico**. Op. cit., p. 19-20.

¹²⁸ O Milagre Brasileiro foi um período em que, apesar das lutas contrárias da oposição, que pedia democracia e desenvolvimento, era mantido no Brasil um governo ditatorial, mas que gerou em curto período intenso progresso. E, para provar isso, podem ser observados o aumento das importações de máquinas e equipamentos em 23%, e também do consumo de energia em média em 10%. As montadoras de veículos do ABC paulista triplicaram a produção e os trabalhadores conseguiam adquirir bens de consumo, como televisões, que passaram de 1,66 milhões em 1964 para 4,68 milhões após seis anos. A população em geral acreditava que a situação do país melhoraria e que a prosperidade econômica não tinha limites. In: GASPARI, Elio. **A Ditadura Escancarada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 213.

¹²⁹ Art. 3º - São revogados os Atos institucionais e complementares, no que contrariarem a Constituição Federal, ressalvados os efeitos dos atos praticados com bases neles, os quais estão excluídos de apreciação judicial.

¹³⁰ CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral...** Op. cit., p. 561.

¹³¹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Desenvolvimento e Crise no Brasil: história, economia e política de Getúlio Vargas a Lula**. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 18.

apoiam o Movimento Nacional pela Constituinte, que lança um manifesto em 10 de dezembro de 1984 por a cobrança de nova constituinte.¹³²

A pressão por eleições diretas não obtém êxito em 1985, sendo eleito para a presidência, de forma indireta, Tancredo Neves, falecido antes de assumir, e, por consequência, José Sarney (1985 até 1990). Contudo, a semente plantada deu origem à Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, mediante lançamento do Decreto 91.450, de 19 de julho de 1985, responsável por desenvolver pesquisas no interesse da nação brasileira, além da possibilidade de escolha popular dos membros da Constituinte, o que ocorreu por votação direta em 15 de novembro de 1986. A cúpula constitucional, liderada por Ulysses Guimarães, sem um perfil ideológico bem definido, acabou por externar um texto constitucional por vezes contraditório, refletindo interesses de grupos ou regiões específicas nem sempre convergentes. Mas, ainda assim, conseguiu representar a sociedade em seu conjunto, com todas as intranquilidades, preocupações, instabilidades e deficiências de formação e da própria prática política originadas de décadas de um regime autoritário.¹³³ A Constituição de 1988 originava-se, portanto, com os reflexos do regime anterior, extensa e detalhista, a fim de aniquilar qualquer possibilidade de retorno ao estado anterior. Inicia-se uma nova fase (uma quarta fase para o direito e para o Direito da Concorrência em específico), alçando-se questões que poderiam ser consideradas ordinárias ao seio constitucional, objetivando-se, assim, em um movimento de constitucionalização de parte da legislação infraconstitucional, fortalecer toda uma gama de direitos, inclusive vinculados à ordem econômica.

1.4. QUARTA FASE: CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ANTITRUSTE

A partir da Constituição de 1988 inaugurou-se uma nova fase, uma quarta fase, para o direito e, em especial, para o direito antitruste. O novo texto constitucional vinha com a missão de finalizar o processo ditatorial e, ao mesmo tempo, trazia em si um compromisso com a (re)democratização do país. As preocupações eram claras: criar instituições sólidas o suficiente para suportar

¹³² SALGADO, Eneida Desirre. **Constituição e Democracia: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 89-100

¹³³ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **Histórica Constitucional do Brasil**. Op. cit., p. 456-479.

quaisquer crises políticas e, ao mesmo tempo, estabelecer garantias para o reconhecimento e exercício de direitos e liberdades tolhidos sob o regime autoritário. A Constituição, em geral, é moderna, sensível às minorias políticas, avança em questões ambientais e em mecanismos de participação popular e, ao mesmo tempo em que limita o poder estatal, torna possível a exigência de políticas públicas voltadas à redução dos problemas que atingiam (e atingem) a população. Por isso, cunhou-se o termo “Constituição Cidadã”.¹³⁴

Mas, antes de analisar os pressupostos constitucionais, é preciso reconhecer, no interregno anterior, a afetação de questões político-econômicas sobre a própria Constituição e textos infraconstitucionais que a sucederam. Na seara político-econômica, o governo de José Sarney enfrentava uma grande crise econômica em função da hiperinflação que, conseqüentemente, afetava a sua popularidade. Para remediar o problema, lançou inicialmente o Plano Cruzado I, através do Decreto-Lei 2.283, de 27 de fevereiro de 1986, cujo objetivo era criar formas de reajuste salariais e congelar os preços, tarifas e serviços. Contudo, o resultado do plano foi crescimento acelerado da economia e da demanda, suficiente a sufocar a capacidade instalada da indústria, o que gerou, após poucos meses, o sumiço geral de produtos e a criação de um ágio (sobrepço ilegal) para aquisição de bens. Na tentativa de frear o consumo acelerado, foi lançado o Decreto-Lei 2.288, de 23 de julho de 1986, que instituiu empréstimos compulsórios para absorção do excesso de poder aquisitivo, mas sem o resultado esperado, fazendo emergir a necessidade de atuação efetiva do Estado. Essa atuação ficou paralisada em função das eleições que se aproximavam e, por isso, o novo plano, o Plano Cruzado II, somente foi lançado meses depois, sem alterações significativas no panorama econômico, através do Decreto-Lei 2.290, de 21 de novembro de 1986.¹³⁵

O fato é que, ao passo em que a postergação da atuação governamental foi vista como verdadeiro estelionato eleitoral,¹³⁶ as 24 subcomissões, agrupadas em 8 comissões temáticas, frequentadas por todos os partidos políticos envolvidos, geraram discussões acirradas na assembleia constituinte e forçaram uma cisão no Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), sendo que os dissidentes fundaram o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), ponto que afetou

¹³⁴ SCHWARCZ, Lília Moritz; STARLING, Heloísa Murgel. **Brasil: uma biografia**. Op. cit., p. 488-489.

¹³⁵ MARQUES, Maria Sílvia Bastos. O Plano Cruzado: teoria e prática. **Revista de Economia Política**, vol. 8, n. 3, p. 101-130, jul./set. 1988, p. 116-128.

¹³⁶ SCHWARCZ, Lília Moritz; STARLING, Heloísa Murgel. **Brasil: uma biografia**. Op. cit., p. 491.

diretamente as próximas eleições diretas, como se verá. Ainda que se possa alegar que o processo constituinte, até mesmo em função da extensão das propostas, apresentou contradições e acordos não registrados, ou que os representantes políticos não encamparam seu real papel constituinte, é preciso reconhecer uma efetiva participação do povo, legitimando toda a nova ordem instaurada pelo texto constitucional promulgado.¹³⁷

A Constituição Federal de 1988 foi promulgada estabelecendo como fundamentos do Estado a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, como consta no artigo 1.º do texto constitucional.¹³⁸ Além disso, propõe como objetivo fundamental da república a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, da marginalização e a diminuição das desigualdades, assim como a promoção do bem de todos, como prescrito pelo artigo 3.º, da Constituição.¹³⁹ E, para mais do que assegurar direitos fundamentais, como prediz o artigo 5.º, da Constituição Federal,¹⁴⁰ é lançada uma nova diretriz para a ordem econômica nacional, excluindo-se a harmonia entre os fatores de produção e o desenvolvimento simplesmente econômico do anterior texto constitucional, para trazer princípios dos mais variados, como a livre iniciativa e concorrência, a dignidade da pessoa humana, a defesa do consumidor, do meio ambiente e das microempresas e empresas de pequeno porte, ou a redução das desigualdades e a busca pelo pleno emprego, como expresso no artigo 170 da Constituição.¹⁴¹

¹³⁷ SALGADO, Eneida Desirre. **Constituição e Democracia: tijolo...** Op. cit., p. 201. Nesse sentido, dizem Paulo Bonavides e Paes de Andrade que a Constituinte de 1987, ao contrário das suas antecessoras, foi a que obteve a maior participação popular. Não porque as propostas populares chegaram efetivamente ao texto, mas porque tornou-se possível o encaminhamento de inúmeras sugestões e emendas com milhões de assinaturas à Comissão de Sistematização, além de ser garantido o direito de palavra em plenário. In: BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **Histórica Constitucional do Brasil**. Op. cit., p. 479-480.

¹³⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

¹³⁹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁴⁰ 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:

¹⁴¹ 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

O texto constitucional é reflexo direto do muito criticado momento anterior. A redemocratização implicou a necessidade de afastar em definitivo o autoritarismo decorrente do período ditatorial. Por isso, Flávia Lages de Castro relata que o texto constitucional é pesado, extenso, invade a seara que poderia ser resolvida por legislação ordinária, sendo difícil de modificar. A verdadeira enciclopédia constitucional decore do medo do retorno ao arbítrio que permanecia na memória nacional.¹⁴² A Constituição Federal de 1988, portanto, na classificação que interessa, é rígida e analítica, porque a sua alteração exige procedimento mais rigoroso que o ordinário e, por seu tamanho, detalham-se pormenorizadamente as normas como mecanismo de defesa contra os poderes constituídos (limitando sua liberdade de conformação e discricionariedade), evidenciando preocupação em assegurar maior proteção a certos institutos e a determinados bens jurídicos.¹⁴³ Na síntese, o legislador constituinte preocupou-se em dotar certos institutos de proteção eficaz, estabelecendo a rigidez como anteparo ao exercício de poder discricionário da autoridade (ou do poder autoritário), no anseio de conferir estabilidade ao prescrito pela norma maior em matérias sensíveis.¹⁴⁴

Há quem diga que a blindagem democrática por meio de uma Constituição rígida e analítica não é diferente da anterior ditadura. Para essa corrente, a democracia implica a existência de um poder que efetivamente não pertence a ninguém (um poder efêmero ou intangível), um poder objeto de intensa competição e rivalidade que é resolvida pela via eleitoral, gerando mais conflitos que harmonizando (a decisão da maioria deve ser imposta pelo meio da força). Além disso, diz-se que os discursos em prol da liberdade ou da tolerância são absolutamente falaciosos, porque toda forma de coerção, mesmo que realizada pelo Estado após autorização da maioria em processo supostamente democrático, não

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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995). 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.

¹⁴² CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral...** Op. cit., p. 564.

¹⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 70-78.

¹⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 92.

deixa de ser uma coerção e de atentar contra uma ampla gama de direitos individuais.¹⁴⁵

Mas não parece ser esse o contexto constitucional brasileiro. Mesmo que se reconheça que a democratização (e o processo democrático em si) acarrete um dualismo entre posições não convergentes e em geral antagônicas,¹⁴⁶ foi a Constituição Federal de 1988 que possibilitou a supressão de um absolutismo absoluto, garantindo um conjunto de regras vitais para o funcionamento do sistema democrático (um sistema de separação e também de controle dos poderes dentro do Estado).¹⁴⁷ Aliás, seguindo lição de Grenfieth de Jesús Sierra Candena, diz-se que a Constituição vem dominada por uma estrutura de direitos fundamentais e deixa, assim, de ser meramente uma fonte de estrutura política, transformando-se em uma Constituição normativa que representa o espírito jurídico da própria identidade social (no caso, o espírito jurídico da sociedade brasileira). Por conseguinte, todas as relações internas e externas passam a atrelar-se àquele texto constitucional que, a partir de então, organizará o trânsito entre uma democracia política para uma democracia constitucional.¹⁴⁸ E, sobre esse fenômeno que ficou conhecido como a constitucionalização do direito, importante na redemocratização e que acabou, como dito, por vincular toda a atuação estatal e dos particulares, inclusive em questões adequadas à concorrência, assim leciona Luís Roberto Barroso:

...a ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares. Veja-se como esse processo, combinado com

¹⁴⁵ KARSTEN, Frank; BECKMAN, Karel. **Além da Democracia**. Trad. Fernando M. Ferreira. São Paulo: Instituto Ludwig Von Misses, 2013, p. 52-53.

¹⁴⁶ CHÂNTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNET, Evelyne. **História das Idéias Políticas**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985, p. 172.

¹⁴⁷ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p. 385.

¹⁴⁸ Nesse sentido, diz o autor que "...la Constitución no está más determinada por los problemas institucionales, los derechos fundamentales toman una plaza estructural en el cuadro constitucional. Deja, entonces, la Constitución de ser una estructura política, para transformarse en normativa, en el espíritu jurídico de la identidad social. Por consiguiente, la sociedad y sus relaciones internas e internacionales son constitucionalizadas, y la Constitución se transforma en un asunto de dominio jurídico, organizando el tránsito de la democracia política hacia la democracia constitucional...". In: CADENA, Grenfieth de Jesús Sierra. La Justicia Constitucional en la Era de la Gobernanza: un análisis de perspectiva comparada desde la periferia del derecho. **Revista de Filosofía, Derecho y Política**, n. 13, jan. 2011, p. 67-95.

outras noções tradicionais, interfere com as esferas acima referidas. (...) Por fim, para os particulares, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais.¹⁴⁹

Uma vez fixadas as bases constitucionais, o processo democrático conduziu à eleição de Fernando Collor de Mello, em 1990, como primeiro presidente eleito diretamente após o período ditatorial. O projeto de reorientação da economia brasileira encerrou a fase nacional-desenvolvimentista para o início de uma orientação antiestatal, liberalizante e internacionalizante, especialmente pela suspensão das barreiras não-tarifárias e pela redução progressiva das tarifas de importação. Ao mesmo tempo, foi implantado um programa para desregulamentação das atividades econômicas e para a privatização das empresas estatais, a fim de recuperar a finanças públicas e promover a iniciativa privada.¹⁵⁰ Meses depois, e já no que concerne especificamente à concorrência, foi editada a Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que instituiu os crimes contra a ordem econômica. Os artigos 4.º, 5.º e 6.º da referida legislação criminalizaram inúmeras medidas entendidas como contrária à ordem econômica, tais como: o abuso de poder econômico, dominação de mercados, eliminação total ou parcial da concorrência, cartelização, açambarcamento de mercadorias, utilização de preços predatórios, utilização ilegal de exclusividade, venda casada, violar o tabelamento de preços, entre outras.¹⁵¹

¹⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 390-391. No mesmo sentido, Waldyr Grisard Filho, quando diz que as regras privadas, após a elevação de determinados princípios ao seio constitucional, submetem-se a esse fundamento de validade. In: GRISARD FILHO, Waldyr. **A Função Social da Propriedade (do direito de propriedade ao direito à propriedade)**. In: RAMOS, Carmen Lúcia Silveira (coord.). **Direito Civil Constitucional: situações patrimoniais**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 241. Carlos Martinez de Aguirre y Aldaz complementa a noção, prescrevendo que a constitucionalização, ainda, impregna e limita a autonomia da vontade, influenciando-a por princípios e valores que são originários do direito público. In: AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos Martinez de. **El Derecho Civil a Finales Del Siglo XX**. Madrid: Tecnos, 1991, p. 128.

¹⁵⁰ SALLUM JR., Brasílio. O Brasil sob Cardoso: neoliberalismo e desenvolvimentismo. **Tempo Social, Revista de Sociologia**. USP, São Paulo, vol. 11, n. 2, out. 1999, p. 23-47.

¹⁵¹ Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica: I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante: (...) II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: (...) III - discriminar preços de bens ou de prestação de serviços por ajustes ou acordo de grupo econômico, com o fim de estabelecer monopólio, ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência; IV - açambarcar, sonegar, destruir ou inutilizar bens de produção ou de consumo, com o fim de estabelecer monopólio ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência; V - provocar oscilação de preços em detrimento de empresa concorrente ou vendedor de matéria-prima, mediante ajuste ou acordo, ou por outro meio fraudulento; VI - vender mercadorias abaixo do preço de custo, com o fim de impedir a concorrência; VII - elevar, sem justa causa, os preços de bens ou serviços, valendo-se de monopólio natural ou de fato. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa. Art. 5º Constitui crime da mesma natureza: I - exigir exclusividade de propaganda, transmissão ou difusão de publicidade, em detrimento de concorrência;

As alterações legislativas buscavam criar ao mesmo tempo uma pressão sobre os empresários (política de competição) e gerar estímulos à atividade econômica (políticas de competitividade). Contudo, referidos programas foram lançados dentro de um período de recessão industrial e em meio à instabilidade política que impedia a concretização do plano por ausência de governabilidade.¹⁵² A própria Lei 8.158, de 08 de janeiro de 1991, que instituiu normas de defesa da concorrência, nasceu dentro desse contexto de ausência de conversa entre os setores interessados, especialmente porque não revogou expressamente a legislação anterior, de 1962. Assim, as referidas normas passaram a coexistir, alternando entre sanções administrativas e criminais, ou mesmo incluindo práticas que se enquadravam em ambas as sanções, gerando inépcia total do sistema.¹⁵³ Note-se, por exemplo, que o artigo 1.º e 3.º da referida lei, estipulavam a competência da Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), vinculada ao Ministério da Justiça, para apurar e propor medidas para corrigir anomalias concorrenciais; ainda, descreviam como infração à ordem econômica qualquer acordo, deliberação conjunta, ato, conduta ou prática que tenha como objeto ou efeito o de dominar o mercado, prejudicar a livre concorrência, aumentar arbitrariamente os lucros e outros, descritos na referida legislação (o que poderia ser enquadrado também na esfera criminal, pela lei de 1990). Pior, o artigo 14 do texto legal estipulava expressamente que o Conselho Administrativo de Defesa

II - subordinar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de outro bem, ou ao uso de determinado serviço; III - sujeitar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de quantidade arbitrariamente determinada; IV - recusar-se, sem justa causa, o diretor, administrador, ou gerente de empresa a prestar à autoridade competente ou prestá-la de modo inexato, informando sobre o custo de produção ou preço de venda. Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa. Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso IV. Art. 6º Constitui crime da mesma natureza: I - vender ou oferecer à venda mercadoria, ou contratar ou oferecer serviço, por preço superior ao oficialmente tabelado, ao regime legal de controle; II - aplicar fórmula de reajustamento de preços ou indexação de contrato proibida, ou diversa daquela que for legalmente estabelecida, ou fixada por autoridade competente; III - exigir, cobrar ou receber qualquer vantagem ou importância adicional de preço tabelado, congelado, administrado, fixado ou controlado pelo Poder Público, inclusive por meio da adoção ou de aumento de taxa ou outro percentual, incidente sobre qualquer contratação. Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, ou multa.

¹⁵² SALLUM JR, Brasília. Governo Collor: o reformismo liberal e a nova orientação da política externa brasileira. **Dados**, Rio de Janeiro, 2011, v. 54, n. 2, p. 259-288.

¹⁵³ MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes (org.). **Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro: teoria e prática dos atos de concentração**. São Paulo, Singular, 2011, p. 39.

Econômica (CADE) continuava com suas competências descritas pela legislação de 1962 e que, na lei de 1991, aquele funcionaria junto à Secretaria.¹⁵⁴

Era essencial consolidar a legislação, sob pena de manutenção do estado de absoluta paralisação do sistema concorrencial. Contudo, a crise de governabilidade e do escândalo de corrupção acabou por desembocar no impeachment do presidente Fernando Collor de Mello. Diz-se que o impeachment do primeiro presidente eleito democraticamente após a ditadura foi o ápice não puramente de um escândalo de corrupção (justificativa jurídica para tal), mas consequência de características pessoais do presidente, de como exerceu a presidência, reflexo das disputas político-institucionais, da fragmentação partidária, do desgaste junto à opinião pública, especialmente após o fracasso do Plano Collor I e do II,¹⁵⁵ que acarretou intensa mobilização social. A causa é, em teoria, multifatorial, apesar de estar formalmente vinculada exclusivamente à corrupção.¹⁵⁶

A destituição deu lugar ao mandato pelo prazo remanescente de Itamar Augusto Cautiero Franco, ou simplesmente Itamar Franco. A hiperinflação ainda era um fantasma a assombrar os governos desde a década de 70, onde, ao todo, foram feitos doze planos de estabilização e trocados sete vezes os ministros da fazenda. O próprio dinheiro se chamou Cruzeiro (1970 a 1986), Cruzado (1986 a 1989), Cruzado Novo (1989 a 1990), novamente Cruzeiro (1990 a 1992), Cruzeiro Real (1992 a 1994) e, já dentro do Plano Real, houve um sistema bimonetário, com a URV e o Cruzeiro Real. Quanto à efetivação do Plano Real, tem-se que o seu

¹⁵⁴ 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.

Art. 3º Constitui infração à ordem econômica qualquer acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins visados não sejam alcançados, tais como:

Art. 14. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), criado pela Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, órgão judicante da estrutura do Ministério da Justiça, com as competências previstas no referido diploma e nesta lei, funcionará junto à Secretaria Nacional de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SNDE), que lhe dará suporte de pessoal e administrativo.

¹⁵⁵ Os planos econômicos, apesar de inseridos em um contexto maior, ficaram conhecidos pelo bloqueio de liquidez da maior parte dos haveres financeiros, gerando uma drástica intervenção do Estado em uma tentativa (não inédita) de combate à hiperinflação. In: CARVALHO, Carlos Eduardo. *As Origens e a Gênese do Plano Collor*. **Nova Economia**, Belo Horizonte, v. 16, n. 1, abr. 2006, p. 101-134.

¹⁵⁶ SALLUM JR., Brasília; PAIXÃO E CASARQUES, Guilherme Stolle. *O Impeachment do Presidente Collor: a literatura e o processo*. **Lua Nova**, São Paulo, n. 82, 2011, p. 163-200.

lançamento ocorreu em dezembro de 1993, com a assunção de três compromissos: ajuste fiscal, criação de novo indexador (URV) e a introdução de uma nova moeda (Real); ainda, uma quarta fase não propriamente detalhada traria reformas estruturais. A viabilidade do plano dependia da continuidade da implementação e monitoramento das políticas propostas, incentivando as medidas liberalizantes, inclusive as previstas no Consenso de Washington. O então ministro da fazenda, Fernando Henrique Cardoso, fez a opção de deixar o cargo para concorrer à presidência, acertando o lançamento definitivo da moeda (Real) para o ano seguinte, o que se concretizou no mês de julho de 1994.¹⁵⁷

A proposta (depois concretizada) do Plano Real trazia em si a ideia da necessidade de reformas estruturais. O caminho para a liberalização dependia, por outro lado, da garantia da própria liberdade de empreender, vista inserida em um quadro maior (ao lado de outras garantias fundamentais). O lançamento de uma nova legislação concorrencial era emergente e iniciou com a Portaria do Ministro da Justiça 28, de 27 de janeiro de 1993, instalando-se uma comissão específica para o aperfeiçoamento e consolidação das regras concorrenciais.¹⁵⁸ Dentre as prerrogativas da nova lei estavam a adequação dos agentes envolvidos, com a nomeação de corpo técnico com conhecimento especializado, a melhoria das condições de defesa da atuação junto ao Poder Judiciário, inclusive com a instalação de uma Procuradoria própria, a agilidade do processo administrativo e a delimitação de competências entre os vários órgãos que seriam responsáveis pela defesa da concorrência em âmbito nacional.¹⁵⁹

¹⁵⁷ IANONI, Marcus. Políticas Públicas e Estado: o Plano Real. **Lua Nova**, São Paulo, n.78, 2009, p. 143-183.

¹⁵⁸ MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e Desafios do... Op. cit., p. 40.

¹⁵⁹ Na Exposição de Motivos, ainda que sem grande interesse do empresariado, dizia-se que: uma política de não-intervenção no livre mercado não deve significar um aval a um mercado que perverte a liberdade. A Constituição Federal, art. 173, § 4º, exige da lei a repressão do abuso do poder econômico. Trata-se de peça importante para a livre concorrência, capaz de trazer saudáveis consequências para a produção e o consumo. A legislação atual tem meios substantivos bastante razoáveis para que se implemente essa repressão. Mas, para dar-lhe efetividade, é preciso dotar o Poder Público de instrumentos hábeis, suficientes para superar alguns problemas essenciais. Primeiro, a falta de quadros especializados. (...) Em segundo lugar, a tradição brasileira mostra que o combate ao abuso do poder econômico por meios administrativos tende a ser sempre questionado no Poder Judiciário (...) impõe-se dotar o órgão de instrumentos processuais adequados notadamente de uma Procuradoria especializada. Terceiro, a própria ação administrativa ressent-se da falta de meios que permitam sejam os agentes econômicos alertados quanto às condutas abusivas que praticarem, assumindo o compromisso de cessá-las. Em quarto lugar, alguns tipos de abuso, como o aumento arbitrário de preços, não encontram satisfatória configuração legal. Finalmente, o processo administrativo na atual legislação não tem claramente formulada a discriminação de competências entre os órgãos encarregados de promovê-lo, o que conduz não poucas vezes a incertezas que só

A Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, foi a responsável por revogar todo o arcabouço contraditório anterior e, assim, consolidar regramento geral para a legislação antitruste. Seguindo as diretrizes da exposição de motivos que a originou, a nova lei criou uma tríade formada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Secretaria de Direito Econômico (SDE) e Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), que passou a caracterizar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Ao primeiro, competia essencialmente servir como esfera decisória, julgando processos administrativos concorrenciais; aos demais, a função precípua de análise e investigação, levando ao Conselho seus pareceres não-vinculativos.¹⁶⁰ E a legislação reconheceu, logo no primeiro artigo,¹⁶¹ o contexto constitucional que a fundamenta, lastreado nas diretrizes impostas pelo poder constituinte originário.

A eleição presidencial de Fernando Henrique Cardoso se concretizou como previsto, assim como a reeleição (1995 a 2002), considerando que a grande marca do governo passou a ser uma política de estabilização monetária. O crescimento econômico ou nos empregos cede à estabilidade, e a manutenção do *status quo* conduz à manutenção do presidente no poder.¹⁶² Nem mesmo a crise em função da moratória russa ou pela utilização do câmbio flutuante ou flexível, que gerou verdadeira crise fiscal e cambiária,¹⁶³ foi capaz de afetar a aceitação do governo. E, na sequência, a eleição de Luís Inácio Lula da Silva, igualmente por dois mandatos (2003 a 2010), apesar de não alterar o foco governamental na estabilidade econômica e monetária, deu-lhe, talvez, nova roupagem, vinculando a estabilidade a vantagens para setores pobres quando da geração de um crescimento duradouro e sustentável. Do mesmo modo, nesse período o governo interrompeu o processo de privatizações, substituindo-o por parcerias com o setor privado. A estabilidade da economia e da moeda estavam asseguradas e os investimentos públicos,

delongam os prazos, em detrimento da necessária celeridade no combate ao abuso do poder econômico.” In: MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e Desafios do... Op. cit., p. 40-41.

¹⁶⁰ MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. **Direito, Livre Concorrência e Desenvolvimento**. São Paulo: Lex Editora, 2006, p. 181.

¹⁶¹ Art. 1. Esta Lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Parágrafo Primeiro. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

¹⁶² SALLUM JR., Brasília; GOULART, Jefferson O. O Estado Brasileiro Contemporâneo: liberalização econômica, política e sociedade nos governos FHC e Lula. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, v. 24, n. 60, dec. 2016, p. 115-135.

¹⁶³ GAROFALO FILHO, Emílio. **Câmbios no Brasil: as peripécias da moeda nacional e a política cambial, 500 anos depois**. São Paulo: Bolsa de Mercadorias e Futuros (BM&F), 2000, p. 54.

especialmente em infraestrutura, assumiram o papel principal, com um Plano de Aceleração do Crescimento (PAC).¹⁶⁴

Assim, desde o estabelecimento da legislação própria e mesmo com a edição de uma nova, Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, já no governo de Dilma Rousseff, pouco se alterou em relação à defesa da concorrência, considerando que ambas as legislações mantiveram o vínculo com uma autarquia criada especialmente para essa função (ainda que com alterações estruturais e de competências na legislação de 2011), lastreadas nas mesmas diretrizes constitucionais conectadas ao restabelecimento da democracia brasileira. Desta forma, as bases lançadas por aquela lei permanecem atuais e, por isso, a análise histórico-normativa não necessita ir além. Por isso, e dentro desse contexto histórico e também ideológico é que se verificará os conceitos fundamentais e os pressupostos específicos da defesa da concorrência no Brasil, o que compete ao ponto seguinte o estudo.

¹⁶⁴ SALLUM JR., Brasílio; GOULART, Jefferson O. O Estado Brasileiro Contemporâneo... Op. cit., p. 115-135.

CAPÍTULO 2: CONCEITOS FUNDAMENTAIS EM MATÉRIA ANTITRUSTE

A retrospectiva histórico-normativa objetivou expor um quadro inicial e dar contexto à legislação concorrencial, ao menos dentro de uma perspectiva institucional brasileira. Indo além, é preciso, para além da simples contextualização, esclarecer os conceitos fundamentais acerca do Direito Antitruste, iniciando, por certo, com um questionamento inicial sobre a sua própria existência, já que existem estudos que entendem ser a legislação antitruste, por si só, contrária à própria concorrência, o que será visto nas linhas abaixo.

Para além disso, mas dentro desse mesmo tópico, buscar-se-á definir um conceito de concorrência que não depende de abstrações ou utopias, e que poderá ser útil ou adequado àquele contexto constitucional; depois, serão repassadas as justificativas para a intervenção do Estado no domínio econômico através da legislação antitruste, assim como as formas em que pode se manifestar no Direito brasileiro através das autoridades da concorrência, especialmente o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Por último, utilizar-se do conceito de mercado relevante como ponto de partida para qualquer análise acerca dos atos de concentração ou de ilícitos, neste caso tido como infrações, à concorrência. O referido conceito, senão essencial, é no mínimo auxiliar para a concreta aplicação da legislação da concorrência, especialmente quando vistos os motivos determinantes para realização dos atos de concentração empresarial. A motivação, ou a busca de um fim determinado, é essencial e dela se extrairão os elementos para uma possível investigação sobre os efeitos positivos que poderão, ao final, autorizar a prática de atos anticompetitivos.

2.1. O CONCEITO DE CONCORRÊNCIA E A JUSTIFICATIVA PARA A INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

O direito antitruste ou direito da concorrência, dentro da perspectiva histórico-normativa, nasceu há mais de um século, primeiro no Canadá e depois nos Estados Unidos, com a pretensão de aniquilar os monopólios, proibindo qualquer atuação cartelizada que acarretasse um poder idêntico ao exercido em situação de monopólio, independente de prejuízo mercadológico real (a ilicitude na atuação era vista de *per se*). Por certo que existem críticas a essa constatação inicial e que

prescrevem que, na realidade, o direito concorrencial serviu aos pequenos empresários e aos ineficientes, impedindo que o processo dinâmico e incerto de rivalidade e descoberta seguisse seu curso natural, o que, para esses autores, traduz-se como a verdadeira concorrência.¹⁶⁵

A partir disso, parece ser mais correto, após uma breve digressão sobre a intervenção do Estado no domínio econômico e suas razões, esclarecer o conceito e a justificativa histórico-normativa na legislação brasileira tendo como ponto de partida as críticas. A rejeição à crítica, antecipe-se, esclarecerá a premissa que se entende correta para o estudo da concorrência. Assim, em linhas gerais, pode-se dizer que a grande crítica ao estabelecimento de normas concorrenciais, na síntese de André Luiz Santa Cruz Ramos, está conectada à premissa de que a intervenção estatal por meio da legislação antitruste seria contrária à própria concorrência. A norma antitruste traria efeitos anticoncorrenciais e, como dito, poderia ser utilizada por empresários ineficientes para impedir o acesso ao mercado (ou forçar uma divisão do poder de mercado) de outros empresários mais eficientes (e, portanto, mais benéficos ao sistema e aos consumidores). Além disso, o próprio conceito de concorrência estaria equivocado, especialmente por partir de um modelo de concorrência perfeita ao invés de considerá-la como um processo dinâmico e incerto de rivalidade e descoberta constante perfectibilizado pelos empresários.¹⁶⁶

Na tentativa de compreender as críticas à própria existência de um modelo antitruste, deve-se partir de um pressuposto essencial: o Estado “guarda noturno”¹⁶⁷ ou não-intervencionista deixou de ser encontrado na contemporaneidade. É razoavelmente seguro dizer, ainda que com alguns poucos entendimentos em sentido contrário,¹⁶⁸ que os princípios liberais pregados entre os séculos XIX e início

¹⁶⁵ ARMENTANO, Dominick T. **Antitrust: the case for repeal**. 2. ed. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2007, p. 13-14.

¹⁶⁶ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Os Fundamentos Contra o Antitruste**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 107-174.

¹⁶⁷ Diz Gisela Maria Bester que o Estado caracterizado como “guarda noturno” era aquele que se limitava a utilização do poder de política para manutenção da ordem pública, encaixando-se em um perfil de abstenção ou de não intervenção. Trata-se, em termos amplos, do Estado liberal em suas origens, onde a atuação cinge-se ao governo ou administração, sem intervenção na atividade econômica privada ou nas relações contratuais com os indivíduos. Deixa-se tudo para o mercado, onde a mão invisível teria a função precípua de organização das relações econômicas. In: BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional: fundamentos teóricos**. v. I. São Paulo: Manole, 2005, p. 21.

¹⁶⁸ Nas palavras de Charles Knight, escritas com o conhecimento prático de quem viveu o período, o crescimento da mecanização e estabelecimento de uma indústria de algodão, por exemplo, entre 1824 e 1828, além de gerar um excedente de produção para o consumo interno, tornou o preço do algodão um doze avos menor. A facilidade na aquisição de roupas gerou benefícios sociais que vão desde a simples aquisição do bem (de ter efetivamente algo para vestir), o que não era tão comum na

do século XX, aliados à máxima exploração e ao crescimento da desigualdade no período da Revolução Industrial, acabou por fazer arrefecer esse mesmo ideal liberal, calcado no princípio da não-intervenção. O liberalismo foi aos poucos substituído por ideais socialistas, que ganharam corpo com os estudos de Karl Marx. Para ele, o sistema capitalista que vigorava mercantilizava as relações, as pessoas e as coisas, transformando as próprias pessoas em uma mercadoria. A libertação dessas pessoas, do proletariado, então, passaria por um sistema de luta de classes (a revolução do proletariado).¹⁶⁹

E, ainda que o pensamento tenha frutificado em alguns poucos países, a tese marxista influenciou a construção de um modelo intervencionista ou de Estado Social. Note-se que a tese marxista é construída em meio a uma crise que separa o trabalho do capital: enquanto este acreditava piamente nos ideais do liberalismo, que, ao passo em que favorecia o capital, legitimava as suas pretensões iníquas e acalentava as consciências dos seus agentes, os trabalhadores viam na violência ou na resistência armada sua única forma de defesa. Os princípios socialistas ganharam força no interregno da Primeira Guerra Mundial (1914 a 1918) e Revolução Russa (1917). O Estado, coagido pela pressão das grandes massas e pela impaciência com o poder político, confere direitos do trabalho, previdência, educação e passa a intervir diretamente na economia. As classes são postas em vínculo de dependência com o ente estatal, subjugadas ao seu poder econômico, político e social. O Estado, então, passa a exercer influência em quase todos os

época, até reflexos em benefícios para a saúde da população. Do mesmo modo, para o autor é equivocado dizer que a industrialização beneficiou apenas uma parte da população que era detentora do capital; os maiores beneficiados, para ele, foram justamente os pobres. As facilidades, os confortos decorrentes do processo, elevaram os padrões a condições que poucos anos antes eram usufruídas apenas pelos mais ricos. Essas conveniências agora são acessíveis não a poucos, mas a quase todas as classes de pessoas. In: KNIGHT, Charles. **The Results of Machinery: Namely, Cheap Production and Increased Employment, Exhibited: Being an Address to the Working-men of the United Kingdom**. 2. ed. Londres: Charles Knight, 1831, p. 98-190. Em sentido contrário, estudo crítico sobre a tese de Charles Knight, que, aprofundando a análise sobre a sociedade laboral inglesa no período de 1760 até 1832, constatou que a mecanização, nas palavras dos autores, colocou a ciência contra a felicidade e o conhecimento contra a liberdade. Indo além, diz que houve a escravização das pessoas pelo capital, subjugando-se as famílias, mulheres e crianças, forçando-as a trabalho em períodos extraordinários, em geral das seis da manhã às dez da noite, insalubres e indignos, tudo para o ganho de alguns poucos privilegiados. HAMMOND, J. L.; HAMMOND, Barbara. **The Skilled Labourer: 1760-1832**. London: Longmans, Green and Co, 1919, p. 4-11.

¹⁶⁹ MARX, Karl. Sociologia. In: IANNI, Octávio (org.). **Coleção Grandes Cientistas Sociais**. 2. ed. São Paulo: Ática, 1980, p. 8-14.

domínios, inclusive naqueles antes relegados à iniciativa individual privada. É neste instante que passa a receber a denominação de Estado Social.¹⁷⁰

O rompimento definitivo com os ideais do liberalismo ocorre com a Constituição do México (1917) e da Alemanha (1919), quando o Estado viu-se obrigado a dar suporte a uma população pauperizada em função dos acontecimentos antes citados.¹⁷¹ Mesmo que se possa alegar, depois de décadas de Estado Social, que o modelo está falido em função das inúmeras crises de hiperinflação, incremento do déficit público, ausência de redução da desigualdade ou subemprego, excesso de burocracia e corrupção,¹⁷² ou ainda pelo desincentivo ao empreendedorismo e adulação à inatividade,¹⁷³ ainda assim um retorno ao Estado Mínimo ou Ultramínimo não é palpável e sequer impediria a atuação estatal, como, por exemplo, estabeleceu Robert Nozick, ao mencionar o princípio da compensação.¹⁷⁴ Sequer no modelo americano há um liberalismo à antiga,¹⁷⁵ certo que lá existem diversas agências reguladoras que emitem mais de 1.800

¹⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 176-186.

¹⁷¹ Na síntese de André Ramos Tavares, o que ocorreu foi a formação de uma quadro fático incompatível com o modelo liberal. A partir disso, a crítica liberal, através da doutrina socialista, deu origem à revolução da União Soviética e China, rompendo com o paradigma vigente. Antes disso, a própria Igreja Católica, com a Eclética *Rerum Novarum*, de 1891, do Papa Leão XIII, já se posicionava em relação ao problema dos operários, estabelecendo que o Estado liberal era absolutamente incapaz de assegurar a dignidade das pessoas. E, nesse mesmo período, a revolução mexicana (1910), resultado da dura exploração que sofriam os camponeses ou das paupérrimas condições de vida dos trabalhadores em geral, traçava as diretrizes para a transposição a situação vigente. In: TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 56.

¹⁷² BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 184-185.

¹⁷³ LATHAM, Marl. A Terceira Via: um esboço. In: GIDDENS, Anthony (org.). **Debate Global sobre a Terceira Via**. São Paulo: UNESP, 2007, p. 54.

¹⁷⁴ Para Robert Nozick, o princípio da compensação traduz-se em obrigação moral de compensar pelas restrições estatais a práticas de atividades de risco ou que impedem os indivíduos de atuar conforme seu próprio arbítrio, o que significa dizer que essa compensação legitima intervenções estatais e, ainda, auxilia na redistribuição de benefícios. A partir da teoria da formação do Estado do autor, por exemplo, é possível verificar que mesmo quando se prega a não-intervenção (ou uma atual estatal mínima) acaba-se intervindo na escolha individuais; ou seja, mesmo em Estados Mínimos ou Ultramínimos há intervenção, compensação e redistribuição desses benefícios. In: NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Trad. Rui Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar, 1991, p. 100-130.

¹⁷⁵ Para Milton Friedman, o Estado liberal é responsável em prover os meios para modificar as regras, regular as diferenças entre os seus significados (das regras) e garantir o cumprimento dessas por aqueles que não as cumprem voluntariamente. A necessidade de participação do Estado na economia está voltada à impossibilidade de liberdade absoluta em um mundo de homens imperfeitos. Assim, o Estado é responsável por fornecer e assegurar os meios necessários ao desenvolvimento das liberdades individuais. In: FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo & Liberdade**. Rio de Janeiro: Editora Artenova, 1977, p. 31-33.

regulamentos por ano, influenciando o mercado e, conseqüentemente, toda a atividade empresarial e dos particulares em geral.¹⁷⁶

Dito de outro modo, se o superado liberalismo advém de uma política que inibe as ações positivas dos Estados, é possível afirmar-se que os Estados contemporâneos são como regra intervencionistas, exclusivamente variando a referida em maior ou menor grau, conforme a intensidade da respectiva intervenção estatal.¹⁷⁷ Para melhor esclarecer, a doutrina classifica as economias como dirigidas, onde o Estado exerce poder discricionário e a propriedade ou liberdade sucumbem ao poder estatal. Como orientadas, no sentido de que cumpre ao Estado o planejamento e orientação da atividade econômica, ou combinadas, quando o referido planejamento depende de trocas de pontos de vista entre o Estado e os particulares, a fim de traçar uma política econômica a partir de pontos comuns. Por fim, estabelece a forma contratual, quando o modelo de regulação é substituído por contratos, uma cadeia de acordos entre todos os agentes econômicos envolvidos.¹⁷⁸ No Brasil, a intervenção do Estado na economia pode ser classificada como orientada ou combinada; ou seja, o rompimento ou não do princípio geral de abstenção justifica-se pelo planejamento e orientação econômica, com ou sem o auxílio direto dos agentes particulares. E isso, como visto no tópico anterior, decorre da escolha do constituinte originário, que, ao limiar da promulgação da Constituição Federal de 1988, buscava, além de certas liberdades individuais, a realização do bem-estar coletivo, dando sentido de grupo à ação estatal e privada.¹⁷⁹

Nesse sentido, o Estado tem a prerrogativa de buscar dos particulares uma ação, omissão ou prestação, utilizando-se de seu poder de coação, ou,

¹⁷⁶ SARDENBERG, Carlos Alberto. **Neoliberal, não. Liberal:** para entender o Brasil de hoje e amanhã. São Paulo: Globo, 2008, p. 129.

¹⁷⁷ GABARDO, Emerson. Os Direitos Humanos Fundamentais em Face das Reformas Constitucionais Neoliberais. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, n. 3, Curitiba, Juruá, 1999, p. 78.

¹⁷⁸ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Direito Econômico.** São Paulo: Saraiva, 1980, p. 401-422.

¹⁷⁹ Nesse sentido, diz Emerson Gabardo que a intervenção do Estado no domínio econômico não pode ficar vinculada a um julgamento de suficiência ou eficiência, produtiva ou alocativa, ou mesma a outro critério mercadológico. Ao revés, o critério é político, inserido dentro de um contexto constitucional, através da discricionariedade que é própria do princípio democrática da representação popular. É o interesse público e não a subsidiariedade que fundamenta a intervenção estatal. Por interesse público deve-se entender aquele para além de mera avaliação pragmática, que fica restrita a critério secundário, mas sim a critério principiológicos, que são primários; ou seja, o pressuposto do interesse público vai além da simples análise da realidade, inserindo-se nos princípios constitucionais e, por conseqüência, em valores constitucionais (há carga axiológica e moral), como a ideia de solidariedade. In: GABARDO, Emerson. **Interesse público e Subsidiariedade:** o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 228-230.

alternativamente, promover incentivos para a concretização de seus objetivos.¹⁸⁰ A doutrina brasileira não discrepa sobre o tema, entendendo que o Estado poderá intervir na economia por direção, participação ou absorção, ou por indução. Na primeira forma, utilizará de seu poder de legislar ou emitir regulamentos, determinando certas condutas a partir da coação. No critério da participação ou absorção, o Estado exercerá diretamente a atividade econômica e, como terceiro fundamento, poderá induzir comportamentos não pela coação, mas sim por benefícios diretos ou por sanções premiaias.¹⁸¹

Além disso, deve ser destacado que a intervenção é feita consoante razões específicas, como: a regulamentação jurídica da concorrência, no sentido de garantir o funcionamento das instituições (ainda que contrariando a regra geral da abstenção, como dito anteriormente), ou para a resolução de crises do capitalismo, salvaguardando instituições privadas ou os princípios que o fundamenta (é a salvaguarda do próprio capitalismo).¹⁸² Também, podem justificar a intervenção estatal a efetivação de determinada política econômica ou evitar a concretização da lei da concentração, que diz que os empresários têm uma tendência natural à concentração cada vez maior, com cada vez mais poder de mercado, o que acabará por aniquilar a concorrência dos menores e a premissa básica de manutenção de mercados pulverizados,¹⁸³ ainda que se possa alegar que o mercado é capaz de autorregulação ou os bens em geral tenham valores naturais.¹⁸⁴ Para este caso, diz-

¹⁸⁰ MOREIRA, Vital. **A Ordem Jurídica do...** Op. cit., p. 206-207.

¹⁸¹ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica da Constituição de 1988**. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91. Também nesse sentido JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 465; NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 195; BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Curso de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 252.

¹⁸² Nesse sentido, diz André Ramos Tavares que os Estados liberais produzem falhas em relação mobilidade dos fatores de produção, acesso à informação, concentração econômica, externalidades positivas e negativas impossíveis de internalização, além de falta de incentivo para produção de bens coletivos. In: TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. Op. cit., p. 49.

¹⁸³ Note-se, a respeito dos mercados pulverizados, que não se desconhece a crítica de que os mercados não necessitam necessariamente ser pulverizados ou atomizados, considerando que eventual concentração exacerbada ou mesmo o monopólio poderia ser superado por outro mais eficiente, no que Schumpeter declarou ser a destruição criativa. Contudo, é necessário reconhecer que a pulverização dos mercados está expressamente contida no artigo 173, §4.º, da Constituição Federal, que limita a concentração ou a dominação de mercados (exceto monopólios classificados como naturais, como será visto posteriormente). In: SCHUMPTER, Joseph Alois. **Capitalism, Socialism and Democracy**. Modern Edition. New York: HarperCollins Publishers, 2008, p. 81-86.

¹⁸⁴ Para Cass R. Sunstein, por exemplo, existe uma ordem social e política pré-estabelecida e criada a partir da racionalidade dos agentes econômicos e da relação de mútua dependência entre eles que é capaz de, por si só, assegurar a máxima eficiência dos meios produtivos sem qualquer intervenção estatal. Há, assim, uma inerente capacidade de autorregulação quando envolvidas partes que buscam interesses de forma racional. In: SUNSTEIN, Cass R. **After de Rights Revolution:**

se que prevalecem os interesses gerais em detrimento dos interesses econômicos privados.¹⁸⁵ Assim, em conclusão, a intervenção decorre da salvaguarda de interesses considerados justos, corrigindo-se as falhas particulares em prol do interesse nacional ou uma forma de bem-estar coletivo.¹⁸⁶ E mais, a forma de intervenção estatal determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos a fim de alcançar os objetivos socialmente desejáveis e evitar os efeitos lesivos aos interesses que se consideram, da mesma forma, como sendo socialmente legítimos.¹⁸⁷

Feita a digressão, pode-se dizer, em resumo, que os Estados modernos, como o brasileiro, intervêm no domínio econômico visando assegurar seus próprios fundamentos e objetivos e consoante determinadas razões práticas para essa concretização, como algumas das acima citadas. Para isso, o conceito de concorrência ou o modelo mercadológico não têm relevância. Na tentativa de justificar a afirmação e, ao mesmo tempo, rejeitar uma das críticas acima expostas, curial explicitar os conceitos e modelos comuns à prática econômica ou concorrencial. O ponto de partida inicial e comum à boa parte das teorias é descrever a concorrência como sinônimo de (ou um processo de) competição ou rivalidade,¹⁸⁸ e, a partir disso, buscar a referência aos seus respectivos modelos teóricos (mais ou menos perfeitos, ou de concorrência mais ou menos perfeita).

A tese comum (e geralmente aceita) é a de que a concorrência, essa competição entre rivais, pode ser avaliada a partir de um modelo estático, de concorrência perfeita (*perfect competition*), onde existem muitos agentes econômicos (consumidores e produtores) em um mercado pulverizado ou atomizado, sem grande concentração em relação ao mercado como um todo; ainda, a informação é plena ou perfeita e inexistente cooperação expressa ou tácita entre as partes, assim como barreiras à entrada de novos agentes. Deste modo, se um

Reconceiving the Regulatory State. Cambridge: Harvard University Press, 1990, p. 7. Do mesmo modo, complementa Fernando Araújo dizendo que a partir dessa chamada autorregulação mercadológica e dessa relação entre os agentes econômicos, os preços dos bens encontrariam automaticamente um valor justo. Portanto, a intervenção estatal seria uma interferência indevida nesse processo de mercado que, em última análise, o tornaria ineficiente. In: ARAÚJO, Fernando.

Adam Smith: o conceito mecanicista de liberdade. Coimbra: Almedina, 2001, p. 760.

¹⁸⁵ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Direito Econômico.** Op. cit., p. 423-425.

¹⁸⁶ HUNGRIA, Nelson. **Dos Crimes Contra a Economia Popular.** Rio de Janeiro: Jacintho, 1939, p. 12.

¹⁸⁷ SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Económico.** 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 191.

¹⁸⁸ STIGLER, George J. Perfect Competition, Historically Contemplated. **The Journal of Political Economy.** vol. LXV, n. 1, feb. 1957, p. 1-17.

empresário aumenta o preço arbitrariamente, destoando do preço geral de mercado, não vende nada; se, por outro lado, reduz drasticamente o preço, os outros devem acompanhá-lo ou nada vender. O equilíbrio no preço dependerá de uma identidade entre a demanda e a oferta, e, neste ponto, tanto consumidores quanto produtores sairão ganhando com a maximização de seus benefícios.¹⁸⁹ No campo na avaliação da concorrência perfeita, utilizam-se técnicas de econometria, correlacionando os modelos ideais à prática econômica, a fim de trazer, estatisticamente, bases numéricas à escolha econômica.¹⁹⁰ Assim, pode ser feita a correlação entre a concorrência dentro de uma ordem abstrata com aquela inserida dentro de uma encontrada, ou entre o modelo ideal e aquele existente.¹⁹¹

Noutro viés, a concorrência é analisada a partir de um modelo de concorrência viável ou trabalhável (*workable competition*), onde a competição depende de três premissas básicas: a rivalidades entre os vendedores; o livre acesso (e livre opção) dos compradores a outros vendedores; e os esforços dos vendedores para aproximar ou ultrapassar a atratividade das ofertas dos outros.¹⁹² E, no mesmo sentido, o conceito de concorrência efetiva (*effectively competition*), que decorre de quatro fatores: rivalidade evidente na busca de clientes; possibilidade de escolha dos consumidores sobre os vendedores e a habilidade dessa escolha influenciar o comportamento desses vendedores; verificação da rivalidade através de métricas de desempenho desejável (preço, produção, qualidade, investimento e inovação); e, por fim, ausência de interferência ideológica (ou que esta não prevaleça) sobre a avaliação da performance econômica.¹⁹³ Nesse quadro, exclui-se a busca por um modelo ideal e abstrato, avaliando-se a concorrência através da manutenção de premissas essenciais à construção de um

¹⁸⁹ MAKOWSKI, Louis; OSTROY, Joseph M. Perfect Competition and the Creativity of the Market. **Journal of Economic Literature**. vol. XXXIX, jun. 2001, p. 479-535.

¹⁹⁰ Para os problemas relacionados à decisão ou escolha econômica, muitas vezes não é suficiente saber as variáveis econômicas ou seu inter-relacionamento, ou ainda a direção da relação. Além disso, para entender as grandezas envolvidas deve-se ser capaz de dizer quanto uma mudança em uma variável afetar a outra. Assim, a econometria trata do uso da teoria e dados da economia, negócios e ciências sociais, juntamente com recursos de estatística, a fim de responder questões do tipo “quanto”; ou seja, utilizam-se fundamentos estatísticos para o cálculo da escolha econômica. In: HILL, R. Carter; GRIFFITHS, William E.; JUDGE, George G. **Econometria**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 3.

¹⁹¹ SILVA, Américo Luiz Martins da. **A Ordem Constitucional Econômica**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1996, p. 69.

¹⁹² CLARK, John Maurice. Toward Concept of Workable Competition. **The American Economic Review**. vol. 30, n. 2, part 1, jun. 1940, p. 241-256.

¹⁹³ DELP, Amanda B.; MAYO, John W. The Evolution of “Competition”: Lessons for 21st Century Telecommunications Policy. **Review of Industrial Organization**, vol. 50, n. 4, jun. 2017, p. 393-416.

modelo econômico. O objetivo, em tese, é pragmático (mundo do ser, não do dever-ser; concorrência real ou abstratamente possível, não ideal),¹⁹⁴ sem recusar igualmente a utilização de bases econométricas para o seu alcance e a ponderação de resultados.¹⁹⁵

Por último, em sentido diametralmente oposto, diz-se que a concorrência é vista como sendo um processo dinâmico e incerto que envolve rivalidade e descobertas constantes (um processo de competição a partir de determinadas escolhas econômicas). Os empreendedores competem entre si para descobrir oportunidades de lucro, aproveitando-se delas para auferir vantagem competitiva sobre os demais. A grande questão, dentro dessa ideia, é preocupar-se não com um modelo de concorrência perfeita, mas sim com a efetiva existência de competição.¹⁹⁶ E, dentro dessa perspectiva, a crítica estabelece que sendo a concorrência um processo de inerente imperfeição, justificar a intervenção estatal para adequação ao modelo estático, irreal e arbitrariamente concebido é ilógico. O correto, então, seria a ínsita imperfeição justificar a ausência de intervenção.¹⁹⁷ Ainda, neste caso dispensam-se análises estatísticas ou econométricas, porque o campo da econômica e, por correlação, da concorrência, são eminentemente teóricos, recusando modelos empíricos por sua impossibilidade fática de reprodução ou avaliação, ou mesmo de valoração da atividade humana (ou da vontade dirigida a um determinado fim).¹⁹⁸

Dentro dessas premissas, fixa-se, para qualquer base que se escolha, que o conceito de concorrência é atrelado à competição ou rivalidade, e que a sua avaliação pode, em tese, ser feita a partir de três grandes modelos: concorrência perfeita, concorrência trabalhável, viável ou efetiva e concorrência dinâmica. Para além, seja no modelo de concorrência estática (perfeita) ou dinâmica, os requisitos de avaliação são em geral inexistentes no mundo real, ainda que se possa avaliá-los em abstrações teóricas ou matemáticas.¹⁹⁹ Isso, porque o modelo de concorrência perfeita depende da atomização do mercado, homogeneização de bens, ausência

¹⁹⁴ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica da...** Op. cit., p. 58.

¹⁹⁵ WHISH, Richard. **Competition Law**. 6. ed. New York: Oxford University Press, 2009, p. 15-16.

¹⁹⁶ HAYEK, Friedrich August von. **Individualism & Economic Order**. Chicago: The University of Chicago Press, 1948, p. 92-105.

¹⁹⁷ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Os Fundamentos Contra o...** Op. cit., p. 125.

¹⁹⁸ MISES, Ludwig von. **A Ação Humana**. 3. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010, p. 21-63.

¹⁹⁹ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. **Eficiência Económica e Restrições Verticais: os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência**. Lisboa: AAFDL, 2008, p. 104.

de barreiras à entrada e informação perfeita; ainda, o modelo dinâmico igualmente depende, senão dos mesmos requisitos, no mínimo da ausência total de barreiras à entrada (ausência de qualquer intervenção de falseie a livre competição). Ambos os modelos, apesar de antagônicos, desconsideram a realidade mercadológica e a inerente existência das mais variadas interferências externas à entrada (e permanência) de competidores no mercado, seja pela intervenção estatal ou pela simples constatação de que fatores particulares (como a aquisição de bens, facilidade de crédito, tempo de maturação do negócio e outros) podem influenciar na possibilidade (ou não) de entrada em novos mercados.²⁰⁰ Ao que parece, deve ser revisto o conceito de concorrência para excluir uma visão utópica e irreal, um modelo idealizado e perfeito que é sempre perseguido, mas nunca alcançável. O modelo que mais interessa ao estudo, assim, é o da competição efetiva (*effectively competition*), porque, para além de não depender dos mesmos requisitos dificilmente encontráveis em uma avaliação concreta dos fatos (ou quando do ajuste da abstração à prática), engloba e alia o comportamento humano à técnica econométrica, não pretendendo idealizar a concorrência a partir de premissas não condizentes com a realidade ou nunca alcançáveis por ela.²⁰¹

Mas mesmo esse último modelo não é isento de críticas, considerando que as técnicas empregadas objetivam o estudo da performance econômica dos competidores, esquecendo-se que a concorrência se enquadra em uma estrutura maior, em uma verdadeira política concorrencial. A política concorrencial extrapola a simples defesa do bom funcionamento do mercado, levando em consideração os múltiplos interesses resguardados, no Brasil, pela Constituição Federal e legislação infraconstitucional especial.²⁰² Rejeita-se, partindo dessa constatação, a simplificação da defesa da concorrência pela concorrência (ou para a defesa do mercado), ou por ser ela um fim em si mesma.²⁰³ E a mesma exclusão do argumento

²⁰⁰ AGHION, Philippe; BOLTON, Patrick. Contracts as a Barriers to Entry. **The American Economic Review**, vol. 77, n. 3, 1987, p. 388-401.

²⁰¹ Para Richard Whish, independente da teoria utilizada ou de seus pressupostos, o importante é que a análise concorrencial leve em consideração a necessidade de se produzir uma concorrência efetiva, calcada na promoção da eficiência alocativa e produtiva, na redução dos custos ao consumidor e da possibilidade de escolha, além da busca pela inovação e eficiência. In: WHISH, Richard. **Competition Law**. Op. cit., p. 18.

²⁰² Os múltiplos interesses protegidos serão objeto de estudo no capítulo seguinte. Para tanto, utilizar-se-ão os ensinamentos de Paula Andréa Forgioni. In FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. Op. cit., p. 262-263.

²⁰³ HOVENKAMP, Herbert. **The Antitrust Enterprise: Principle and Execution**. Cambridge: Harvard University Press, 2005, p. 13.

simplista pode ser aplicada ao entendimento que reduz o conceito e as funções da concorrência à repressão ao abuso de poder econômico²⁰⁴ ou à defesa das estruturas de mercado,²⁰⁵ ou ainda quando se conecta a concorrência exclusivamente à eficiência econômica ou ao bem-estar coletivo,²⁰⁶ ou, por fim, ao bem-estar dos consumidores.²⁰⁷ O próprio Conselho Administrativo de Defesa Econômica vai além do reducionismo, vinculado a sua atuação à premissas de ordem constitucional. Isso pode ser observado no Ato de Concentração n. 08012.001697/2002-89 (Caso Nestlé/Garoto), onde aquele se utilizou de uma visão maior, defendendo a função social e o trabalhador (garantia do pleno emprego):

...outra questão de bastante relevância no meu posicionamento, no sentido da aprovação da operação, embora com restrições, é a manutenção dos postos de trabalho, preservando a função social da propriedade, inerente à Lei antitruste (art. 1º), onde o legislador deixa bastante claro o pressuposto da garantia do nível de emprego dentre as suas preocupações. Entendo, também, que a concorrência no panorama mundial hodierno é caracterizada por forte rivalidade e competição. Neste contexto, reduzir custos operacionais, de produção e outras variáveis, tornando as empresas mais competitivas, gerando maior benefício ao consumidor final e mantendo o nível pleno de emprego, é um ideal de difícil alcance, embora salutar para o mercado. Porém, a preocupação social, ingrediente de preocupação do legislador, não deve ser esquecida quando da análise de operações como esta, procurando o julgador fazer o possível para minimizar seus efeitos no sentido de acarretar o aumento de desemprego no mercado.²⁰⁸

Na síntese do argumento, diz Thiago Marrara que existe no caso brasileiro uma multivaloração dentro da defesa da concorrência. Esses valores ou objetivos perseguidos podem variar entre objetivos intermediário e final: o primeiro, seria a defesa da concorrência em si como um instrumental à disposição do Estado para a concretização de determinados fins; o segundo, vinculado à finalidade pública da proteção concedida (em geral, aquelas previstas no texto constitucional que vinculam a ordem econômica ou os fundamentos do próprio Estado).²⁰⁹ Dito de outro

²⁰⁴ SZMID, Rafael. Interfaces entre o Direito Concorrencial e Propriedade Intelectual. **Revista do IBRAC: Direito, Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. Ano 18, vol 19, jan./jun. 2011, p. 299.

²⁰⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as estruturas**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 75-80.

²⁰⁶ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 356.

²⁰⁷ BORK, Robert Heron. **The Antitrust Paradox: a policy at war with itself**. New York: The Free Press, 1978, p. 405.

²⁰⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08012.001697/2002-89, Rel. Conselheiro Ricardo Villas BôasCueva, julgado em 27 de abril de 2005. Disponível em <www.cade.gov.br> Acesso em 15 abr. 2017.

²⁰⁹ MARRARA, Thiago. **Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 23. No mesmo sentido, Paula Andréa Forgioni, ao dizer que a Constituição não deixa dúvidas quando ao fato da concorrência ser um meio ou um

modo, a defesa da concorrência é instrumento (objeto intermediário) para a concretização de princípios constitucionais a ela vinculados (objetivo final).²¹⁰ Além disso, a existência ou intervenção estatal não é contrária à concorrência; ao revés, a competição explica a própria existência do Estado, assim como o lançamento de regras jurídicas que, além de preservar a concorrência, justificam igualmente a existência e a finalidade do ente estatal.²¹¹

Sendo assim, se tomada a concorrência como sinônimo de competição ou rivalidade que deve ser protegida dentro de um modelo de concorrência viável, trabalhável ou, na melhor forma, de competição efetiva, vista dentro de quadro maior e reconhecendo-se seu caráter instrumental, parece claro dizer que a intervenção estatal pode sim acarretar prejuízo à concorrência (enquanto fim) ou aos agentes econômicos envolvidos, mas essa interferência tem por como finalidade assegurar os múltiplos interesses protegidos dentro de um contexto constitucional complexo. A crítica, em tese, é procedente, mas não na forma como realizada. Para melhor esclarecer, é possível imaginar que pequenos empresários (ou mesmo os ineficientes) utilizem-se da legislação antitruste para seu próprio benefício e isso, reconhece-se, terá como efeito colateral um prejuízo para parte da concorrência no determinado setor (por exemplo, a manutenção de negócios considerados ineficientes do ponto de vista econômico), com todos os seus efeitos reflexos aos consumidores e à coletividade em geral; contudo, a intervenção do estado, ainda que provocada pelo particular, não é em si (ou *per se*) anticoncorrencial, porque, como dito, a concorrência não pode ser reduzida a visão simplificada que a analisa como um fim em si mesma. A concorrência, aliás, serve ao Estado, e este, em troca, estabelece as regras do jogo mercadológico. Não há oposição ou antagonismo entre Estado e concorrência, mas sim um esquema dualista indissociável entre ambos.²¹²

instrumento para o alcance de um bem maior: assegurar a todos uma existência digna, consoante ditames de justiça social. In: FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. Op. cit., 190-191.

²¹⁰ BAGNOLI, Vicente. **Introdução ao Direito da Concorrência: Brasil, globalização, União Europeia, Mercosul, ALCA**. São Paulo: Editora Singular, 2005, p. 111.

²¹¹ NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Op. cit., p. 20-45.

²¹² CHEVALLIER, Jacques. Estado e Ordem Concorrencial. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**. Belo Horizonte, ano 5, n. 20, out./dez. 2007. A tese da concorrência instrumental está prevista no artigo segundo do Tratado da Comunidade Europeia, onde aquela é descrita como um meio para o atingimento dos fins maiores perseguidos pela União, que são, dentre outros, a promoção do progresso econômico e social, além de um elevado nível de emprego e a realização de um desenvolvimento equilibrado e sustentável. In: MATHIJSEN, P. S. F. R. **Introdução ao Direito Comunitário**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 325.

Por outro lado, antecipando o estudo dos capítulos seguintes, é preciso reconhecer que a legislação infraconstitucional necessita efetivamente de uma atualização, porque a intervenção estatal está vinculada a patamares muito reduzidos em relação, ao menos, da necessidade de notificação dos atos de concentração empresarial. O artigo 88 da Lei Antitruste²¹³ estabelece que a autarquia deverá ser comunicada sobre atos que envolvam agentes com faturamento bruto anual de R\$ 400.000,00 (quatrocentos milhões de reais) e outros que faturem R\$ 30.000,00 (trinta milhões de reais). A análise precipitada pode conduzir à sensação de que o valor é efetivamente compatível com o nível dos negócios que atraem a atenção estatal (ou que tem a capacidade de impactar negativamente a concorrência), mas, na realidade, os referidos valores não são atualizados há quase duas décadas, porque estipulados inicialmente pela Medida Provisória n. 1.620-34, de 12 de fevereiro de 1998. Isso quer dizer que quando lançada a nova legislação concorrencial através da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, o valor prescrito já estava defasado entre três a dez vezes, a depender do indexador utilizado.²¹⁴ O resultado disso é que o Estado interfere em atos de concentração que, resguardadas as necessárias proporções e atualizações, não deveriam necessariamente passar pelo crivo da autoridade concorrencial.²¹⁵

Forte em toda essa exposição, fixa-se o conceito de concorrência como o de competição a partir de um modelo viável, trabalhável ou, o mais condizente, de concorrência efetiva, onde a avaliação não depende de modelos abstratos, irreais e idealizados, e onde ela pode ser aferida por modelos econométricos. Destarte, o

²¹³ 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).

²¹⁴ A correção monetária do valor original de R\$ 400.000.000,00 para a data de 30 de novembro de 2011 conduz aos seguintes valores: R\$ R\$ 1.110.694.397,78 (média do INPC-IGP-DI), R\$ 1.303.732.447,80 (índice da poupança) ou R\$ R\$ 3.380.492.840,45 (SELIC). Para o mesmo dia 12 de fevereiro, mas de 2017, os valores são: R\$ 1.575.061.493,84 (média do INPC-IGP-DI), R\$ 1.878.433.184,94 (índice da poupança) e R\$ 5.823.751.880,74 (SELIC).

²¹⁵ A Portaria Interministerial 994, de 30 de maio de 2012, ainda que tenha aumentado os limites desses valores para R\$ 750.000,00 e R\$ 75.000.000,00, respectivamente, não solucionou a crítica acima feita, porque mesmo assim esses valores permanecem defasados na comparação com a correção monetária para o período. In: BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Portaria Interministerial 994, de 30 de maio de 2012. Adequa, após indicação do Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, os valores constantes do art.88, I e II, da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, os valores mínimos de faturamento bruto anual ou volume de negócios no país. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 14 ago. 2017.

Direito da Concorrência, então, é visto como um conjunto de regras²¹⁶ que vinculam a intervenção estatal dentro daquele modelo, onde a concorrência deixa de ser um fim em si mesma para ser um instrumento de concretização de objetivos maiores, previstos na Constituição Federal. É certo, portanto, que a simples intervenção, ainda que excessiva ou realizada em função de negócios que podem sequer afetar a concorrência em nível nacional, como visto pela análise da legislação atual, não é necessariamente anticoncorrencial. E não só porque existe uma relação de dualismo (ou uma simbiose) entre concorrência e Estado, mas também porque a intervenção é justificada ou mesmo imprescindível para que se alcancem os objetivos finais do ente estatal, ainda que, e parece óbvio dizer, possa prejudicar outros interesses, econômicos ou não, particulares ou não.

2.2. O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: FUNÇÕES E COMPETÊNCIAS DA AUTORIDADE CONCORRENCIAL

A atual legislação antitruste, Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, consolidou a premissa essencial então aplicável desde Agamenon Magalhães: a atuação estatal em matéria de concorrência ficaria a cargo de uma autoridade administrativa especializada, desvinculada inicialmente da intervenção direta do Poder Judiciário.²¹⁷ A tentativa passa pela análise de três outras questões primordiais: a forma de constituição e atuação da autoridade administrativa, quais os tipos de atos administrativos que poderão ser emanado por ela e a partir de quais competências, e qual o grau de ingerência do Poder Judiciário sobre os mesmos. Isso, porque depende dessa avaliação a verificação concreta do sucesso ou, adiante-se, do insucesso, da atuação independente da autoridade, a partir de suas respectivas competências legislativas, como sugeriu Agamenon Magalhães.

O Conselho foi originalmente criado pelo artigo 8.º da Lei 4.137 de 1962²¹⁸; porém, o artigo 3.º, da atual legislação,²¹⁹ reformulou e instituiu com nome próprio o

²¹⁶ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 29.

²¹⁷ BULGARELLI, Waldírio. **Concentração de Empresas e Direito Antitruste**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 122.

²¹⁸ Art. 8.º É criado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com sede no Distrito Federal e jurisdição em todo o território nacional, diretamente vinculado à Presidência do Conselho de Ministros, com a incumbência de apurar e reprimir os abusos do poder econômico, nos termos desta lei.

Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). A anterior tríade foi substituída pela tríade entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), sendo que o Conselho, nos termos do artigo 5.º, da legislação antitruste,²²⁰ acabou subdividido por competências específicas em três órgãos: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, Superintendência-Geral e Departamento de Estudos Econômicos. Em linhas gerais, o Tribunal tornou-se o órgão decisório máximo dentro do Conselho, sendo a Superintendência e o Departamento, respectivamente, órgão fiscalizador e instrutor, e órgão auxiliar em relação aos estudos econômicos. A Superintendência, ainda, acumula algumas funções decisórias, tais como instaurar e instruir processos administrativos, propor termo de compromisso de cessação, instruir e aprovar (ou impugnar) ato de concentração, executar os comandos do plenário, tudo como definido nos artigos 9, 13 e 17 da Lei Antitruste.²²¹ No artigo 4.º, da legislação

²¹⁹ Art. 3º O SBDC é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, com as atribuições previstas nesta Lei.

²²⁰ Art. 5º O Cade é constituído pelos seguintes órgãos: I - Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; II - Superintendência-Geral; e III - Departamento de Estudos Econômicos.

²²¹ 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 nº 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. 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

antitruste,²²² consta, ainda, a menção de que o Conselho é uma autarquia com função judicante e jurisdição em todo território nacional, vinculado ao Ministério da Justiça e que atuará consoante competências definidas na lei especial da

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 no 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; VIII - remeter ao Tribunal, para julgamento, os processos administrativos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica; IX - propor termo de compromisso de cessação de prática por infração à ordem econômica, submetendo-o à aprovação do Tribunal, e fiscalizar o seu cumprimento; X - sugerir ao Tribunal condições para a celebração de acordo em controle de concentrações e fiscalizar o seu cumprimento; XI - adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada, no caso de descumprimento; XII - receber, instruir e aprovar ou impugnar perante o Tribunal os processos administrativos para análise de ato de concentração econômica; XIII - orientar os órgãos e entidades da administração pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento desta Lei; XIV - desenvolver estudos e pesquisas objetivando orientar a política de prevenção de infrações da ordem econômica; XV - instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica e os modos de sua prevenção e repressão; XVI - exercer outras atribuições previstas em lei; XVII - prestar ao Poder Judiciário, sempre que solicitado, todas as informações sobre andamento das investigações, podendo, inclusive, fornecer cópias dos autos para instruir ações judiciais; e XVIII - adotar as medidas administrativas necessárias à execução e ao cumprimento das decisões do Plenário.

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.

²²² Art. 4º O Cade é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas nesta Lei.

concorrência. E é precisamente a partir desse artigo que serão analisadas as questões controvertidas anteriormente.

Ao contrário do regime estabelecido, por exemplo, nos Estados Unidos, onde a atuação antitruste dá-se pelo Departamento de Justiça ou agências reguladoras autônomas que têm a prerrogativa de buscar a tutela da concorrência junto ao Poder Judiciário,²²³ o Brasil fez a opção por autarquizar ou descentralizar a atividade estatal de controle dos atos de concentração empresariais,²²⁴ ainda que as discussões possam deslançar, todas, para ao próprio Poder Judiciário.²²⁵ O Conselho, nos termos da lei, foi constituído na forma de autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, o que significa dizer que é uma pessoa jurídica de Direito Público interno instituída para desempenhar determinada atividade específica mediante, por certo, regime de Direito Público, como prediz o artigo 5.º, I, do Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967.²²⁶

As autarquias, no regime nacional, possuem direitos e deveres próprios, além de, igualmente, um patrimônio próprio e necessário para a consecução de seus objetivos, todos definidos na legislação de regência, que também definirá o grau de subordinação à administração direta.²²⁷ E, em relação à subordinação, o próprio Conselho já teve a oportunidade de ratificar a inexistência de hierarquia entre o ente e a administração pública direta, prescrevendo, para o bem da verdade, uma relação horizontal, não vertical, ao menos quando se tratam das decisões concorrenciais

²²³ A doutrina americana descreve que nos Estados Unidos funcionam a *Federal Trade Commission*, uma agência reguladora independente, e a divisão antitruste vinculada ao Departamento de Justiça, que, enquanto ramo da administração pública federal, tem competência para intervir na própria Comissão e propor ações cíveis e/ou penais na busca de reparação em caso de mácula à *Sherman Act* e/ou *Clayton Act*, que são, respectivamente, a legislação antitruste americana e sua posterior atualização. Assim, as questões concorrenciais nos Estados Unidos passam administrativamente por essas autoridades e, sendo o caso, são levadas para avaliação e julgamento junto ao Poder Judiciário, a quem compete decidir em última instância o conflito antitruste. In: FLYNN, John J.; FIRST, Harry; BUSH, Darren. **Antitrust: statutes, treaties, regulations, guidelines and policies**. New York: Foundation Press, 2001, p. 44-54.

²²⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Lei Antitruste**: (Lei n.º 8.884 de 11.06.1994). Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 16.

²²⁵ Para Alfonso Luis Calvo Caravaca, ao que parece, os regimes brasileiros e estadunidenses equiparam-se ao ser classificados dentro de um modelo de regulação quase jurisdicional (*regulación cuasi jurisdiccional*), tendo em vista a existência de uma agência especializada (no caso brasileiro, uma autarquia) cujas decisões podem ser contestadas junto ao Poder Judiciário, que acaba por se tornar a última instância decisória de fato nesses casos In: CARAVACA, Afonso Luis Calvo. **Derecho Antitrust Europeo**. Madrid: Colex, 2009, p. 49.

²²⁶ Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se: I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

²²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Op. cit., p. 116-118.

levadas a cabo pela autoridade concorrencial.²²⁸ A questão inclusive consta expressamente no artigo 9.º, § 2.º, da Lei Antitruste,²²⁹ que veda a utilização do recurso hierárquico contra as decisões do Conselho.

O principal órgão do Conselho, como dito, é o Tribunal Administrativo, que é responsável, essencialmente, pelas decisões e julgamentos em matéria concorrencial. Para tanto, definiu o legislador que tanto o Conselho, quanto seu órgão máximo, teriam função judicante, consoante artigo 6.º, da Lei Antitruste.²³⁰ É preciso notar que a vinculação do Conselho ao Ministério da Justiça implica necessariamente dizer que o mesmo está diretamente conectado ao Poder Executivo, não ao Poder Judiciário, o que acarretaria a conclusão lógica de que aquele não exerce a jurisdição e, por consequência, que inexistiria propriamente função judicante.²³¹ O entendimento, contudo, não é unânime na doutrina administrativista, porque pode se entender, por vezes, pela realização de função atípica de um poder estatal por outro e, em outras, pela existência de uma função extrajudicante ou mesmo a criação de uma verdadeira jurisdição administrativa com função judicante administrativa, ainda que a assertiva possa parecer contraditória.

Faz-se necessária uma breve digressão sobre o poder e as funções do Estado para resolver a questão. Para Diogo Figueiredo Moreira Neto a expressão “poder” indica um fenômeno sóciopsicológico comum à Política e ao Direito, transmutando-se na aptidão que tem o homem de converter a vontade em ato. Na Política prevalece o estudo da vontade e no Direito do ato. A questão do poder na organização do Estado tem duas conotações distintas, relacionando-se a um sentido

²²⁸ Ao julgar o Ato de Concentração 08012.06062/2000-09, o então Conselheiro Celso Fernandes Campilongo, expressamente consignou que “o CADE possui natureza jurídica autárquica, tendo sido criado com base na chamada descentralização administrativa. Este fenômeno pressupõe a criação de pessoa jurídica distinta da pessoa política que lhe dá origem. Por tal razão, pode-se dizer que o CADE possui autonomia administrativa e integra a administração indireta. Diante disto, não existe hierarquia entre o órgão da concorrência e a administração direta, mas uma relação que se pode dizer horizontal, delineada pela lei de criação da autarquia.” In: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência - CADE. Ato de Concentração 08012.06062/2000-09, Relator Conselheiro Celso Fernandes Campilongo, julgado em 28 de novembro de 2001. Disponível em <www.cade.gov.br> Acesso em 17 set. 2017.

²²⁹ Art. 9º. Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei: § 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.

²³⁰ Art. 6º. O Tribunal Administrativo, órgão judicante, tem como membros um Presidente e seis Conselheiros escolhidos dentre cidadãos com mais de 30 (trinta) anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal.

²³¹ POPP, Carlyle; Edson Vieira, ABDALA. **Comentários à Nova Lei Antitruste**. 2. ed. Curitiba, Juruá, 2007, p. 41.

orgânico (o centro da imputação do poder estatal) e outro funcional (a forma como se exerce esse poder); ou seja, enquanto convencionalmente são poderes orgânicos o Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, são poderes funcionais daqueles poderes orgânicos, respectivamente, o poder legiferante ou normativo, o poder executante ou administrativo e o poder judicante ou jurisdicional.²³² Há, ainda, entre esses poderes orgânicos e funcionais um sistema de separação e controle mútuo, a fim de evitar a discricionariedade (nesse caso tomada como sinônimo de arbítrio) ou mesmo a existência de um poder superior ou um sistema absoluto,²³³ o que comumente se denomina de teoria dos pesos e contrapesos ou de freios e contrapesos, que busca gerar uma harmonia entre os poderes,²³⁴ como previsto no caso brasileiro no artigo 2.º, da Constituição Federal.²³⁵

A partir disso, os poderes orgânicos exercem suas funções típicas, mas também estão autorizados constitucionalmente a exercerem determinadas funções atípicas. É possível, assim, e sem violar o princípio da separação dos poderes, que o poder legislativo exerça atividade jurisdicional ao julgar o Presidente da República ou os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, quando presente (ou não) crime de responsabilidade, ou mesmo que exerça atividade administrativa ao produzir seus próprios regulamentos internos. A função jurisdicional, por outro lado, é praticamente monopolizada pelo Poder Judiciário, considerando que é exercida exclusivamente pelo respectivo poder de forma típica e em excepcionais casos, como o visto acima, pelo legislativo ou pelo executivo (ainda que entendam alguns que o executivo não cumpre qualquer função jurisdicional).²³⁶

A justificativa histórica desse monopólio é razoável: na França, a desconfiança quanto aos antigos juízes fez surgir o contencioso administrativo (jurisdição administrativa) ao lado do contencioso comum (jurisdição comum), existindo verdadeira dualidade de jurisdição até a instauração da separação entre administração e jurisdição, ocorrida a partir de 1872, com os Conselhos de

²³² MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16 .ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 17-20

²³³ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Op. cit., p. 385.

²³⁴ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. Op. cit., p. 177-178.

²³⁵ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

²³⁶ CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 2.

Estado.²³⁷ O fato é que se tornou inviável, ao menos na tradição americana, o condição da administração ser ao mesmo tempo parte e juiz em determinado processo, pois essa condição macula de forma flagrante a necessária imparcialidade do julgador. Dessa constatação, adotou-se, no Brasil, com influência da doutrina norte-americana, um sistema onde o Poder Judiciário detém o monopólio da jurisdição e, em regra, da função judicante, em contraposição ao sistema dualista presente em alguns países europeus como, por exemplo, a França ou a Itália.²³⁸

Nas palavras de Agustín Alberto Gordillo, a jurisdição administrativa advém de época monárquica onde o soberano decidia as contendas entre as partes, o que se chamava de “justiça retenida”; após, passou-se à delegação de poderes decisórios com a “justiça delegada”, onde o monarca entregava parcela dos poderes de decisão a um conselho que permanecia, em última análise, ainda subordinado a ele, sem ter propriamente uma independência funcional ou decisória. No Estado moderno existem tribunais, como também em algumas monarquias, mas em alguns casos a legislação outorga à administração, contra toda a lógica, alguma parte do exercício da jurisdição, produzindo a chamada “jurisdição administrativa”. E finaliza dizendo o autor que é bastante evidente que ao se abandonar o absolutismo, migrando-se para um sistema de divisão de poderes, é inconcebível que a administração exerça atribuições que correspondam a outro poder.²³⁹

A assertiva não é contrária ao exercício de funções típicas ou atípicas descrito anteriormente, considerando que, ainda que a administração possa produzir atos ou decisões a partir do desencadeamento de um procedimento específico, falta a essa decisão a característica essencial oriunda do exercício da função judicante: a definitividade ou imutabilidade inerente à constituição da coisa julgada. A atividade administrativa, ao contrário da jurisdicional, gera exclusivamente uma certeza

²³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 4-17.

²³⁸ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 46.

²³⁹ No original, tem-se: “La ‘jurisdicción administrativa.’ En la vieja época monárquica, existía la llamada ‘justicia retenida.’ El soberano decidía por sí las contiendas entre partes; luego se pasa a la ‘justicia delegada,’ en que el rey ‘delega’ la decisión a un consejo, que sigue dependiendo de él, sin tener verdadera independencia como un correcto tribunal de justicia. E nel Estado moderno existen tribunales, como también lo existieron en algunas monarquías, pero la legislación o los autores tratan a veces de otorgar a la administración, contra toda lógica, alguna parte del ejercicio de la jurisdicción, ‘produciéndolo sea sí la contradicción de la llamada ‘jurisdicción administrativa;’ es obvio que al abandonarse el absolutismo y pasarse a un sistema de división de poderes, es inconcebible que la administración ejerza atribuciones que le corresponden al otro poder.” In: GORDILLO, Agustín Alberto. **Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas: teoría general del derecho administrativo**. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013, 42-43.

jurídica presumida e despida do caráter da definitividade e, portanto, todos os atos e decisões são, em princípio, possíveis de reavaliação pelo Poder Judiciário, reapreciando-os, por vezes, em seus termos formais ou materiais, ou, em linhas gerais, quanto ao aspecto da juridicidade.²⁴⁰

Não se desconhece posicionamento em sentido contrário, que acredita que a administração vem assumindo papel de mediadora ou mesmo um judicante em prol do consenso ou para que se evitem que determinadas demandas cheguem ao Poder Judiciário, o que atenderia princípios de eficiência e celeridade,²⁴¹ ou que o reconhecimento desse papel aliviaria o já sobrecarregado Poder Judiciário.²⁴² Ou, ainda, no sentido de que o Conselho exerceria função extrajudicante ou mesmo híbrida, um parajudicial ou quase-judicial, ou ainda uma função administrativa judicante em razão da autonomia que possui e a constatação de que o Poder Judiciário não pode ser o único (ou último) foro capaz de solucionar os conflitos entre determinadas partes.²⁴³

Tais entendimentos, ao que parece, não têm qualquer caráter de cientificidade, posto que decorrentes de enunciações subjetivas sem conexão com o tratamento dado pelo constituinte. Dizer que o exercício da função administrativa é fundamental para descongestionar o Poder Judiciário, conferindo-lhe equivalência à função judicante, é subverter a ordem constitucional em função da realidade ou de um dado empírico que, ainda que verdadeiro, não tem o potencial de sobrepor-se ao caráter imperativo da lei ou mesmo do texto constitucional. Assim, nenhuma dessas constatações é capaz de macular ou de transmutar a atuação administrativa em jurisdicional.

Desta forma, a partir de todos os fundamentos antes expostos, rejeita-se a ideia de que o Conselho (ou seus órgãos) exerça qualquer função judicante ou decorrente do exercício da jurisdição, ainda que tal assertiva conste expressamente da legislação de regência. Os seus atos decorrem do exercício de função administrativa; conseqüentemente, detém presunção de correção (presunção *iuris tantum*), mas submetem-se ao regime jurídico infralegal e, assim, com possibilidade

²⁴⁰ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Op. cit., p. 21.

²⁴¹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 9. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 126.

²⁴² MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo, Princípios Constitucionais e a Lei n.º 9.784/1999**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 19-21.

²⁴³ CARVALHO, Ana Carolina de. O Controle Judicial das Decisões do Cade. In: GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira; BORGES, Antônio de Moura (coord.). **Intervenção do Estado no Domínio Econômico: temas atuais**. São Paulo: Lex Editora, 2006, p. 53.

de ampla revisão e controle jurisdicional pelo poder com as atribuições próprias para tanto, o Poder Judiciário.²⁴⁴

O entendimento exarado anteriormente conduz a duas outras questões que são dele decorrência e também, ao que se entende, essenciais ao próprio trabalho desenvolvido: a primeira, verificar, partindo da premissa de que as decisões são atos administrativos despregados da função judicante, quais as características daquelas decisões da autarquia concorrencial; a segunda, avaliar a possibilidade e amplitude de eventual revisão do mérito do ato administrativo emanado pela autoridade.

A doutrina administrativista há muito estabeleceu uma distinção entre as modalidades de atos administrativos: de um lado os atos administrativos vinculados e de outro os atos administrativos discricionários. Na síntese de Gabino Fraga tem-se que o ato administrativo vinculado (ou regrado ou obrigatório) se constitui em mera execução da lei ou o cumprimento de uma obrigação que a norma jurídica impõe em certas condições. Nesses atos, a lei determina exatamente não só qual a autoridade competente para tais atos, como também quando e como deve atuar, estabelecendo as condições de modo a não deixar margem para subjetividade. Por outro lado, os atos administrativos discricionários têm lugar quando a legislação deixa para a administração um livre poder de apreciação para decidir quando e como deve atuar (ou mesmo não atuar). A subjetividade impera fundada em preceitos como a conveniência, necessidade, equidade, razoabilidade, suficiência. E, ainda, deve ser reconhecido que entre as duas classes de atos não há uma diferenciação clara e nem uma linha de separação pré-definida, tendo em vista que todos os atos administrativos carregam em si mesmos algum grau de vinculação e discricionariedade (e o peso de cada um é que determina sua classificação).²⁴⁵

Postas essas considerações, o grande problema é estabelecer qual o tipo de ato emanado pela autoridade da concorrência e, conseqüentemente, o potencial para revisão do ato pelo Poder Judiciário. Quanto à natureza do ato administrativo, tem-se que as posições são variadas na doutrina nacional, mas tendentes a creditar os respectivos atos como vinculados. A posição é parcialmente correta, já que, ainda

²⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Op. cit., p. 30. No mesmo sentido, diz José Cretella Júnior que “órgão judicante o CADE não é. Só quem confunde ‘administração’ com jurisdição poderá fazer semelhante afirmação, que aliás, contém a idéia aberrante da processualidade no Direito Administrativo. O atributo da ‘processualidade’ é estranho ao Direito Administrativo. Julgar é aplicar por provocação. Administrar é aplicar a lei ‘de ofício’. E, nunca, no Brasil, autarquias podem ser órgãos judicantes, detentores de jurisdição.” In: CRETILLA JÚNIOR, José. **Comentários à Lei Antitruste...** Op. cit. p. 15.

²⁴⁵ FRAGA, Gabino. **Derecho Administrativo**. 40. ed. Cidade do México: Porrúa, 2000, p. 231-232.

que sejam aqueles atos, em regra, de natureza vinculada, existem alguns, como o compromisso de cessação, previsto no artigo 85 da Lei Antitruste,²⁴⁶ ou a decisão quanto ao procedimento (ordinário ou sumário, prevista no artigo 7.º, da Resolução 02 de 29 de maio de 2012,²⁴⁷ que transbordam em subjetividade, pois atrelados pela própria legislação a um juízo de conveniência e oportunidade da autoridade.

Para pormenorizar a questão, tem-se que os atos decisórios da autoridade antitruste são preponderantemente vinculados (e diz-se isso porque em todos os atos administrativos há uma margem, ainda que pequena, para o subjetivismo ou discricionariedade) porque emanados a partir de critérios expressos na legislação,²⁴⁸ inexistindo margem para um exposto juízo de conveniência ou oportunidade, ou de subjetivismos característicos dos atos discricionários. Note-se, por exemplo, que o Conselho ou seus órgãos, como o Tribunal, ao decidirem determinadas questões postas para análise, o fazem a partir de balizas legislativas específicas, autorizando ou rejeitando um ato concorrencial por critérios prescritos pela norma. Por vinculados que são, poder-se-ia dizer que a alegação de desvio de finalidade restaria impossível, porque os atos vinculados seriam incompatíveis com aquela alegação, que é inerente ao ato administrativo discricionário, como julgou, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça.²⁴⁹

²⁴⁶ Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

²⁴⁷ Art. 7º A decisão de enquadramento do pedido de aprovação de ato de concentração em Procedimento Sumário é discricionária, e será adotada pelo Cade conforme os critérios de conveniência e oportunidade, com base na experiência adquirida pelos órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência na análise de atos de concentração e na identificação daqueles que tenham menor potencial ofensivo à concorrência.

²⁴⁸ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da...** Op. cit., p. 324.

²⁴⁹ PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO. AUTORIZAÇÃO. COMERCIALIZAÇÃO DOS TÍTULOS DE CAPITALIZAÇÃO. DENOMINADOS "TELESENA". NULIDADE DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE VENDA E RESGATE DO VALOR DOS TÍTULOS. INÉPCIA DA INICIAL. ILEGITIMIDADE ATIVA DO AUTOR POPULAR PARA A DEFESA DE INTERESSES DOS CONSUMIDORES. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO DE CONDENAÇÃO DOS PREJUÍZOS EVENTUALMENTE CAUSADOS. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO DO REVISOR NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. NULIDADE ABSOLUTA. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. JULGAMENTO EXTRA E ULTRA PETITA. ARTS. 460 e 461, DO CPC. JUNTADA DE DOCUMENTO IRRELEVANTE AO JULGAMENTO. VISTA À PARTE CONTRÁRIA. DESNECESSIDADE. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165; 458, II; 463, II e 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF.10.4. (...) O "ato vinculado" não enseja nulidade por desvio de finalidade, que é vício inerente ao ato administrativo discricionário, consoante jurisprudência deste E. Tribunal (RMS 8831/RS, DJ de 23.08.1999). In: In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma. Recurso Especial 851.090/SP, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 18/12/2007, DJe 31/03/2008. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 20 set. 2017.

A premissa, porém, é equivocada. O desvio de finalidade (ou desvio de poder) ocorre quando a autoridade competente, ainda que atuando dentro dos limites autorizados por sua respectiva competência, pratica algum ato por motivos ou com os fins que não condizem com os objetivos da legislação ou do interesse público. Assim, a autoridade macula ideologicamente a legislação ou, dito de outro modo, pratica violação moral da lei. Pode caracterizar o desvio de finalidade também a busca de fins não queridos pelo legislador ou a utilização de meios imorais.²⁵⁰ E isso pode ocorrer na prática de quaisquer atos administrativos, independente de sua classificação; ainda, é preciso notar que o artigo 2.º, da Lei da Ação Popular, Lei 4.717, de 20 de junho de 1965, não fez essa distinção, estabelecendo, por consequência, que o desvio de finalidade (para ela caracterizado pela discrepância entre o ato e o fim prescrito pela regra de competência) pode afetar tanto atos administrativos vinculados como discricionários.²⁵¹ Desta forma, a classificação inicial dos atos da autoridade concorrential como vinculados (ou discricionários) não impedem o controle judicial, inclusive quando a eventual desvio de finalidade.

Pode-se alegar que ao especificar critérios gerais, conceito jurídicos indeterminados ou vagos (como eficiência, abuso de posição dominante ou outros de igual conteúdo), a legislação especial autoriza a realização de atos discricionários, ainda que sob o regime do que se atualmente descreve como uma discricionariedade técnica. Contudo, os conceitos vagos, imprecisos, fluídos ou indeterminados, que são aqueles de conteúdo e/ou extensão incertos, podem, a partir da interpretação concreta dada pela autoridade, ser traduzidos a determinado caso específico; ou seja, os conceitos vagos ou indeterminados o são apenas em abstrato porque, quando da avaliação do caso concreto, os mesmos se realizam,²⁵² gerando zonas de certeza (ou zonas positivas e negativas) que excluem de todo modo a discricionariedade.²⁵³ Na síntese de Marçal Justen Filho, a discricionariedade não se confunde com a interpretação da lei, ainda que ambas as figuras possam denotar uma margem de criatividade da autoridade com

²⁵⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: RT, 1989, p. 92.

²⁵¹ Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade. (...) e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

²⁵² ENTERRÍA, Eduardo García de. La Lucha Contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (Poderes Discrecionales, Poderes de Gobierno, Poderes Normativos). **Revista de Administración Pública**. Madrid, Espanha, n. 38, 1962, p. 159-208.

²⁵³ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. Op. cit., p. 209.

competência para aplicação do direito. Isso, porque enquanto a discricionariedade implica um trabalho de construção da norma (produção de uma solução a partir da ponderação quanto às circunstâncias, um dever-poder de escolha), a interpretação denota uma tarefa de reconstrução da vontade da norma (um processo de revelação da vontade legislativa alheia e estranha à do aplicador).²⁵⁴

E o mesmo vale para a alegação de que os atos administrativos da autarquia pressupõe a existência de uma suposta discricionariedade técnica (são discricionários, mas tecnicamente). A doutrina classifica a discricionariedade em política e em técnica. A primeira seria aquela onde o conteúdo do ato fica vinculado a fatores de equidade, oportunidade ou conveniência; a segunda, aquela que depende de um ditame técnico prévio, mas que continua vinculada definitivamente aos mesmos critérios e ao prudente arbítrio da autoridade administrativa.²⁵⁵ Mas, a rigor, essa discricionariedade técnica não existe propriamente porque a autoridade, ao buscar orientação técnica ou científica, fica automaticamente vinculada aos pressupostos encontrados, o que torna o ato, assim, vinculado, não discricionário. Quer-se dizer, então, que as regras técnicas obedecem a conclusões dotadas de cientificidade e, estas, por certo, são construídas ou derivam de critérios que não se coadunam com o subjetivismo ou o que se entende por discricionariedade.²⁵⁶

Frise-se que, mesmo quando da avaliação de eventuais eficiências para autorização de um ato anticompetitivo, a autarquia não pratica ato discricionário, ao contrário do que entende, por exemplo, Carlos Ari Sunfeld. Para este autor, as autorizações são discricionárias porque vinculadas ao subjetivismo da autoridade, ou a um juízo de conveniência ou oportunidade.²⁵⁷ O próprio Conselho chegou a julgar nesse sentido (da discricionariedade), consoante seguinte trecho:

...nesse caso, a atuação do CADE é discricionária, o que lhe permite a necessária flexibilização na avaliação dos pressupostos fáticos que autorizam a aprovação do ato. Na verdade, por não serem rígidas as regras do mercado, rígidas não poderiam ser as normas legais que pretendessem protegê-lo. A valoração do CADE se dá em relação a uma situação concreta, diante de uma realidade, num tempo certo e num lugar determinado, possibilitando, assim, sua apreciação objetiva nos limites da discricionariedade, segundo critérios de bom senso, razoabilidade e proporcionalidade, tendo em vista a finalidade legal. Ainda que a lei tenha fixada os pressupostos fáticos, não se trata de poder vinculado,

²⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Op. cit., p. 254-255.

²⁵⁵ GUICCIARDI, Enrico. **La Giustizia Amministrativa**. Pádua: Cedam, 1943, p. 7-15.

²⁵⁶ MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966, p. 175-176.

²⁵⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. A Função Administrativa no Controle dos Atos de Concentração. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, Minas Gerais, v. 1, n. 2, abr. 2003, p. 5.

porquanto o Colegiado não se limita à constatação daqueles para aplicar-lhes a hipótese legal (cf. especialmente fls. 402).²⁵⁸

O fato, contudo, é que a questão da tecnicidade da decisão, ao passo em que não gera discricionariedade, impõe o vínculo da técnica à legislação. Não se trata de decisão política, onde o Conselho poderia, por exemplo, decidir consoante a vontade política na área econômica dos atuais governantes, ou mesmo escolher a partir de critérios subjetivos a sua forma de atuação; trata-se, ao revés, de ato administrativo de caráter técnico, classificado como preponderantemente vinculado e com a finalidade legal de materializar os pressupostos constitucionais.²⁵⁹

Há quem diga, por último, sem desconsiderar a natureza vinculada do ato administrativo, que as decisões da autarquia são demasiadamente complexas para serem reavaliadas pelo Poder Judiciário, inclusive porque podem envolver questões de políticas públicas;²⁶⁰ além disso, as decisões administrativas são similares a uma decisão judicial e, conseqüentemente, deve existir certa contenção do Poder Judiciário.²⁶¹ Esse posicionamento, ainda que por vezes referendado pela doutrina e aceito pelos julgadores,²⁶² não pode ser aceito em função das considerações antes expostas. Aliás, uma vez caracterizado o ato como (predominantemente) vinculado, não é possível restringir a atuação judicial, nem em função da complexidade (critério inexistente na legislação), tampouco em relação a uma política de autocontenção (*judicial self-restraint*). Note-se, neste último caso, que a autocontenção do Poder Judiciário, especialmente na seara econômico-constitucional (como no caso brasileiro, onde a ordem econômica segue diretrizes constitucionais), pode ser invocada a partir de um critério de modéstia judicial ou de deferência à autoridade administrativa ou mesmo de reconhecimento da sua competência institucional (e

²⁵⁸ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n. 06/1994. Conselheira Relatora Neide Teresinha Malard, julgado em 25 de novembro de 1994. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 22 set. 2017.

²⁵⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Discricionariedade nas Decisões do CADE sobre Atos de Concentração. **Revista do IBRAC**. São Paulo, v. 4, n. 6, 1997, p. 87-89.

²⁶⁰ VAZ, Isabel. O Poder Judiciário e a Aplicação da Lei Antitruste. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). **Estudos em Homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 313-314.

²⁶¹ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de Proteção da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 312.

²⁶² Para a análise completa da relação entre a (in)eficiência das decisões conflitantes do Poder Judiciário em função da complexidade do ato administrativo ou daquelas que pregam uma postura de autocontenção, tudo a partir de diversas fontes ligadas aos Tribunais Regionais Federais e Superior Tribunal de Justiça, cf: PASTRE, Daniel Fernando. O Controle Judicial das Decisões do CADE: limites e efetividade institucional. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; SANTOS, Wilians Franklin dos (orgs.). **Jurisdição: Crise, Efetividade e Plenitude Institucional**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 219-246.

complexidade da decisão emanada).²⁶³ Mas, ainda que seja esse o caso, parece certo dizer que a complexidade da decisão aliada à presunção de legalidade, mesmo que garantam que aquela somente seja reavaliada em função de comprovada ilegalidade (e a prova nesse sentido deve ser robusta a ponto de romper a presunção em prol da administração), não tornam o ato imune ao controle, como fazem crer os defensores da ideia. Dito de outro modo, o ato vinculado sofrerá controle amplo do Poder Judiciário, nada obstante o mesmo dependa, por certo, de rigorosos critérios de avaliação, como os são, em geral, para as referidas análises dos atos de concentração empresarial.

Feitas as considerações, tem que o Conselho e seus órgãos emanam em geral decisões predominantemente vinculadas, exceto em relação às vistas anteriormente onde a própria legislação ou as resoluções dela derivadas estabeleceram em sentido contrário. A consequência disso é que a revisão judicial dos atos administrativos é ampla, considerando que a análise da legalidade perpassa, por certo, dos fundamentos legais que motivaram o ato. No mais, para a elaboração das decisões o ponto de partida, senão fundamental, no mínimo útil, é a análise do mercado relevante, o que propõe-se para o item seguinte.

2.3. A DEFINIÇÃO DE MERCADO RELEVANTE COMO PONTO DE PARTIDA DAS NORMAS CONCORRENCIAIS

As autoridades vinculadas ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), dentro das suas respectivas competências, avaliam a afetação da concorrência a partir de determinados espaços mercadológicos vinculados a uma gama de produtores ou de consumidores; ainda, conforme sua inserção no espaço de produção (para cima ou a montante) ou no de distribuição (para baixo ou a jusante). Portanto, se a perspectiva adotada é a de uma concorrência dentro de um modelo pragmático, de concorrência viável ou trabalhável, atrelada a questões constitucionais maiores, torna-se imprescindível o estudo e conceituação desses espaços mercadológicos, que estão lastreados no próprio conceito de mercado (*market*), que conduzirá à análise do mercado relevante ou quota de mercado

²⁶³ POSNER, Richard. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. **California Law Review**. Califórnia, Estados Unidos, vol. 100, n. 3, jun. 2012, p. 519-556.

(*relevant market* ou *market share*) e, posteriormente, do poder de mercado (*market power*) daqueles agentes econômicos envolvidos na relação.

A doutrina, em geral, descreve a avaliação mercadológica como fundamental em qualquer análise de ato de concentração, considerando que somente a partir dela é que se poderá verificar concretamente o poder de mercado dos agentes econômicos envolvidos e, via de consequência, a afetação da concorrência para determinados produtos, serviços ou em determinado local.²⁶⁴ No Brasil, os artigos 36 e 88, da Lei Antitruste,²⁶⁵ por exemplo, vinculam a análise do mercado relevante à infração da ordem econômica ou ao exercício de posição dominante, o que pode acarretar uma multa ou mesmo a proibição que determinado ato de concentração econômica se concretize, o que estabelece a necessidade do estudo.

As primeiras noções acerca do conceito de mercado e suas implicações, ao menos na seara concorrencial, advêm dos estudos de Edward S. Mason, que teorizou, já no final da década de 30, que o mercado em si (e as estruturas de mercado em geral) devem ser definidas a partir da análise de um ponto único, da posição exclusiva de um determinado empresário (ou agente econômico). A partir desse empresário, o estudo do mercado potencial deve incluir todas as questões que são levadas em consideração por aquele para determinar as suas práticas comerciais. Na continuidade, o mercado desse agente econômico deve incluir todos os compradores (ou consumidores) e todos os vendedores do produto em análise, assim como todas as ações que possam influenciar no volume total de vendas.²⁶⁶ Para ele, então, a afetação do volume de vendas para o mais ou para menos era o ponto determinante para estabelecer a validade ou a invalidade de um ato de concentração econômica.

²⁶⁴ BOSHOFF, Willem H. Why Define Markets in Competition Cases? **Stellenbosch Economic Working Papers**, Department of Economics, Stellenbosch University Stellenbosch, África do Sul, maio 2013, p. 1-22.

²⁶⁵ 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: (...) § 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.

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

²⁶⁶ MASON, Edward S. Price and Production Policies of Large-scale Enterprise. **The American Economic Review**. Tennessee, Estado Unidos, vol. 29, n. 1, mar. 1939, p. 61-74.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, alguns anos depois, quando do julgamento do caso *United States v. Columbia Steel Co.*, reconheceu pela primeira vez a existência e, além disso, a necessidade de avaliação de mercados relevantes (foi o primeiro caso a usar especificadamente o termo *relevant market*, ainda que outros casos tenham gerado discussão sobre a competição do ponto de vista local, como, por exemplo, o caso *United States v. Yellow Cab Co.*),²⁶⁷ ao consignar expressamente que a legislação americana não se limita a verificar e restringir concentrações com efeitos nacionais, mas sim (e principalmente) quando está em jogo o mercado competitivo que abrange uma área muito menor que a nacional e que, aí sim, será essencial para evitar restrições injustificadas à competição (ou danos à concorrência).²⁶⁸ As implicações locais seriam, no entender dos juízes, mais importantes para a análise da atuação da autoridade antitruste do que as nacionais (ou as internacionais, extrapolando o argumento).

As decisões da Suprema Corte americana estabeleceram, a partir dessas duas relevantes decisões em matéria antitruste, um conceito preliminar de mercado (e de mercado relevante) e a necessidade de efetivá-lo dentro de determinadas perspectivas espaciais; ou seja, deu-se início ao que será definido posteriormente como mercado relevante geográfico. Além disso, julgando o caso *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, aquela Corte entendeu que o controle de preços (e a possibilidade de monopolização) dependem da avaliação de produtos alternativos pelos compradores (ou consumidores), sendo essencial delinear quais produtos possuem uma razoável intercambialidade (*reasonable interchangeability*) dentro das propostas que motivaram o empresário a produzi-lo (preço, uso e qualidade).²⁶⁹ E, dentro dessas condições, estabeleceu-se judicialmente, por via reversa, um dos primeiros conceitos de mercado relevante do produto (ou material), onde o mesmo é estabelecido dentro de uma linha de produção que tem fins específicos, sempre considerando o preço, o uso e a qualidade dos produtos ou serviços fornecidos,

²⁶⁷ U.S. Supreme Court. Appeal from the District Court of the United States for the Northern District of Illinois. *United States v. Yellow Cab Co.* 332 U.S. 218, julgado em 23 de junho de 1947. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/332/218/case.html>> Acesso em: 11 set. 2017.

²⁶⁸ U.S. Supreme Court. Appeal from the District Court of the United States for the District Of Delaware. *United States v. Columbia Steel Co.*, 334 U.S. 495, julgada em 07 de junho de 1948. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/334/495/case.html>> Acesso em: 11 set. 2017.

²⁶⁹ U.S. Supreme Court. Appeal from the United States District Court for the District of Delaware. *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.* 351 U.S. 377, julgada em 11 de junho de 1956. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/351/377/case.html>> Acesso em: 11 set. 2017.

além do quão dispostos estão os compradores (ou consumidores) a mudar, já que, quanto maior a intercambialidade maior será o mercado.

Nos anos seguintes inúmeros outros casos foram julgados nos Estados Unidos, mas, ao contrário do esperando, as definições de mercado relevante foram tão discrepantes quanto o número de casos julgados. Os advogados atuantes na área de fusões e aquisições, segundo Gregory Werden, relatavam que não havia consenso quanto ao conceito (e suas implicações), transparecendo que a jurisprudência não conseguia disfarçar o fato de que as suas decisões sobre o conceito, assim como os testes realizados para justificá-lo (justificar o conceito e mesmo a própria decisão), eram basicamente irracionais, arbitrários e confusos, inexistindo na teoria econômica um método científico que tornasse possível a reconstrução da legislação com lastro nos casos apresentados.²⁷⁰

A ausência de um método específico, econômico ou não, privava o setor antitruste da imprescindível segurança para a concretização dos negócios, porque, a partir de critérios diferentes, um mesmo ato de concentração poderia ser julgado das mais variadas formas. Na tentativa de sanar o dilema e estabelecer um mínimo de cientificidade ao debate, Betty Bock sintetizou os nove argumentos mais usados pela jurisprudência para a definição de mercado relevante em determinado setor quando relacionado especificadamente aos produtos ou serviços prestados, sendo eles: (1) a peculiar característica e usos dos produtos, (2) as distintas características físicas dos produtos, (3) os tipos de consumidores, (4) as variáveis de preços, (5) a possibilidade de standardização ou padronização, (6) a intercambialidade, (7) a sensibilidade à mudança de preços, (8) a existência de investimento vultuoso ou especializado (know-how) e, por fim, (9) o reconhecimento da própria indústria e consumidores sobre a inserção do agente em certo setor. Quanto ao espaço geográfico, identificou o mercado através de sete critérios: (1) a área de vendas atual e potencial, (2) a principal área de vendas, (3) a afetação geográfica da alteração do preço de um produto, (4) a área em que um fornecedor pode substituir o outro na cadeia de fornecimento, (5) a área em que um fornecedor é um efetivo

²⁷⁰ WERDEN, Gregory J. The History of Antitrust Market Delineation. **Marquette Law Review**. Wisconsin, Estados Unidos, vol. 76, n. 1, 1992, p. 123-215.

competidor, (6) a área onde existe um produto distinto e insubstituível, e (7) a região até onde o custo do frete torna impraticável o comércio do produto.²⁷¹

Os estudos auxiliaram a delimitação do primeiro conceito formal de mercado relevante do produto ou material pela Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, que lançou um guia descrevendo que qualquer avaliação racional de uma concentração econômica exigiria a definição de um ou mais mercados relevantes. Essa definição partiria da avaliação das vendas dos competidores e o mercado incluiria todos aqueles que efetivamente competissem entre si e o local onde a exclusão de um deles automaticamente conduziria à vantagem econômica para o outro; ou seja, o mercado relevante, sob o viés do produto, seria aquele onde as vendas de um fornecedor seriam afetadas pela exclusão de outro (e essa exclusão geraria uma vantagem naquele mercado). Dito de outro modo, o mercado relevante abrange todos os competidores e todos os produtos com afetação recíproca. Além disso, ficou consignado expressamente no guia que os mercados devem ser definidos em termo do produto (linha de comércio) e quanto à dimensão geográfica (seção do país), o que consolidou a existência e a distinção entre os conceitos de mercado relevante material e geográfico.²⁷²

Enquanto as discussões eram amplas e acirradas nos Estados Unidos, o Brasil vivenciava um hiato concorrencial, talvez porque, como visto na seção histórico-normativa, o ideal nacional-desenvolvimentista fomentava o desenvolvimento da indústria em caráter nacional, a fim de equilibrar a balança comercial e gerar competição externa, além de amenizar a dependência dos produtos importados. Para isso, a definição de mercados era desnecessária já que a delimitação de um critério que envolvia o âmbito nacional predominava. Nesse sentido, tem-se que o conceito de mercado relevante foi ignorado inclusive pela

²⁷¹ BOCK, Betty. **Mergers and Markets: an economic analysis of case law**. New York, National Industrial Conference Board, 1960, p. 27-35. Versão eletrônica disponível em: <<https://www.hathitrust.org/>> Acesso em: 28 set. 2017.

²⁷² Na versão em inglês, tem-se a seguinte descrição: "Market Definition: A rational appraisal of the probable competitive effects of a merger normally requires definition of one or more relevant markets. A market is any grouping of sales (or other commercial transactions) in which each of the firms whose sales are included enjoys some advantage in competing with those firms whose sales are not included. The advantage need not be great, for so long as it is significant it defines an area of effective competition among the included sellers in which the competition of the excluded sellers is, ex hypothesi, less effective. The process of market definition may result in identification of several appropriate markets in which to test the probable competitive effects of a particular merger. A market is defined both in terms of its product dimension ("line of commerce") and its geographic dimension ("section of the country")." In: U. S. Department of Justice, Antitrust Division. **Horizontal Merger Guidelines**. Washington, DC, 1968. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/merger-enforcement>> Acesso em: 12 set. 2017.

legislação nacional, Lei Antitruste de 1962, que o incluiu apenas na década de 90, com a alteração promovida pela Lei 8.158, de 08 de janeiro de 1991. A partir daí, porém, o termo foi uma constante nas legislações posteriores, sempre conectado a condutas em tese anticoncorrenciais, como a eliminação da concorrência, a constituição (ou agravamento) de posição dominante e o exercício (indevido) do poder de mercado, como pode ser observado pelo artigo 74 da Lei Antitruste de 1962 (com redação atualizada pela legislação de 1991),²⁷³ os artigos 20 e 54 da Lei Antitruste de 1994²⁷⁴ e os artigos 36 e 88 da Lei Antitruste de 2011 (que está atualmente em vigor).²⁷⁵

Uma vez definidos os traços preliminares, pode-se dizer que o conceito de mercado, na seara concorrencial, não está restrito ao espaço de trocas (*market place*), ele é mais preciso e busca um foco (por isso só interessa o que é relevante para a concorrência em determinado setor - o mercado relevante - para a análise antitruste) distante daquele conceito originalmente pregado pela doutrina econômica.

²⁷³ Art. 74. Os ajustes, acordos ou convenções, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou reduzir a concorrência entre empresas, somente serão considerados válidos desde que, dentro do prazo de trinta dias após sua realização, sejam apresentados para exame e anuência da SNDE, que para sua aprovação deverá considerar o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: (...) § 2º Incluem-se nos atos de que trata o "caput", aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer outra forma de agrupamento societário ou concentração econômica, cuja consequência implique a participação da empresa ou grupo de empresas resultante, em vinte por cento de um mercado relevante de bens ou serviços. (Redação dada pela Lei nº 8.158, de 1991).

²⁷⁴ Art. 20. 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: (...) II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; (...) § 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa. § 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.

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. (...) III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

²⁷⁵ 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: (...) II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; (...) § 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.

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

O mercado relevante, assim, visa dar um contexto a partir de onde a autoridade concorrencial avaliará as afetações mercadológicas (e, portanto, concorrenciais) por eventuais benefícios e prejuízos nos setores de produção e consumo dentro de um determinado espaço geográfico.²⁷⁶ É desse contexto, então, que se delimitará as quotas de mercado (*market share*) e, conseqüentemente, o poder de mercado (*market power*) e se o seu exercício é possível, e sendo, se é lícito ou ilícito, razoável ou desproporcional, aprovando-se (ou não) determinado ato.

Entende-se, para os fins do estudo, que o poder de mercado (*market power*) é a habilidade de um agente econômico de aumentar os preços dos seus produtos ou serviços para além da média de mercado, ou mesmo de um preço competitivo, sem que sofra como consequência uma evasão de clientes e perdas nas vendas (ou nos consumidores) tão grande que o force a retornar ao preço original.²⁷⁷ Dito de outro modo, o poder de mercado pode ser conceituado como a capacidade de aumentar os preços para além do preço ordinário ou competitivo, e principalmente mantê-los nesse patamar por um período economicamente sustentável, sem sofrer com a perda no volume de vendas ou clientes.

Faz-se menção também ao poder monopolista (*monopoly power*), como sendo, quiçá, um grau maior de poder de mercado, considerando que transparece, ao menos em uma análise superficial, significar algo mais grave, como se o poder de mercado fosse praticado por agentes econômicos não necessariamente monopolistas e o poder de monopólio somente pudesse ser praticado na ausência de competição. Esse não é o caso, porém. Para melhor esclarecer, tem-se que o poder de mercado é gênero de conduta anticompetitivas, enquanto as espécies traduzem a forma de exercício daquele poder. A doutrina americana explica que existem duas formas de exercer o poder de mercado: a primeira, a ordinária ou clássica, que se denomina *Classical Stiglerian Power*, equivale ao incremento sustentável de preço; a segunda, menos comum, ocorre quando um agente econômico gera um incremento nos custos de produção do outro (com restrições de compra a insumos, contratos de exclusividade ou outros mecanismos), o que força o afetado a aumentar seus preços ou sair do mercado, sendo conhecida essa forma

²⁷⁶ ONTO, Gustavo. O Mercado como um Contexto: delimitando o problema concorrencial de uma aquisição empresarial. **Revista Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, ano 22, n. 45, jan./jun. 2016, p. 155-184.

²⁷⁷ POSNER, Richard A.; LANDES, William M. Market Power in Antitrust Cases. **Harvard Law Review**. Massachusetts, Estados Unidos, vol. 94, n. 5, 1981, p. 937-996.

como *Exclusionary Bainian Power* (por sua capacidade de exclusão e de, em assim sendo, gerar um monopólio da outra parte).²⁷⁸ Isso não significa que somente o segundo tenha a aptidão de excluir competidores do mercado (ou de gerar monopólio); ao revés, ambas as condutas têm como pressuposto a busca pelo exercício de um poder decorrente da existência de um regime de monopólio.

Há, ainda, quem defenda que é impossível ao agente econômico exercer controle sobre os preços, tampouco manipulá-los sem o expresso consentimento do consumidor; ou seja, é uma verdadeira falácia a utilização da nomenclatura poder de mercado (*market power*) ou poder monopolista (*monopoly power*). Diz-se, para justificar a posição, que o preço é um fenômeno de mútuo consentimento que, portanto, depende da livre manifestação de vontade entre duas partes. E, em suma, independente de qualquer preço que seja lançado, a relação econômica dependerá do encontro dos preços buscados pelos consumidores e fornecedores, exercendo o comprador papel fundamental.²⁷⁹ Ao que parece, uma vez adquirido o bem, o preço está em condições ótimas pelo viés do consumidor (ou a compra não teria sido realizada). Contudo, tal assertiva somente seria correta em uma relação mercadológica equilibrada²⁸⁰ e onde, no mínimo, todas as informações estivessem disponíveis (e pudessem notadamente ser assimiladas pelas partes), o que é absolutamente incompatível com as premissas adotadas por este estudo, como o próprio conceito de concorrência esclarecido anteriormente.

Na conclusão, o mercado relevante têm dois âmbitos distintos (do produto ou material e geográfico) que podem ser analisados sob dois pontos de vistas igualmente distintos (do consumidor ou da demanda e do fornecedor ou da produção). Quando ao primeiro ponto, sintetiza Ana Maria de Oliveira Nusdeo dizendo que o mercado relevante material ou do produto deve ser delimitado a partir de dois aspectos: o primeiro, a possibilidade de substituição (fungibilidade ou intercambialidade) pelo lado da procura, o que importa dizer que se avalia aspectos relativos à demanda; o segundo, a substituição pelo lado da oferta, o que significa que o alvo será a produção. No primeiro caso, o que determina o mercado relevante

²⁷⁸ KRATTENMAKER, Thomas G.; LANDE, Robert H.; SALOP, Steven C. Monopoly Power and Market Power in Antitrust Law. *Georgetown Law Journal*, Washington, vol. 76, 1987, p. 241-269.

²⁷⁹ ROTHBARD, Murray N. *Man, Economy, and State with Power and Market*. 2. ed. Auburn, Alabama: Institute for Humane Studies, 1977, p. 662.

²⁸⁰ No caso brasileiro, convém destacar, o artigo 4.º, i, do Código de Defesa do Consumidor, estabelece expressamente que o consumidor é vulnerável e, dentro de certas condições, pode ser hipossuficiente, fato que acarreta inerente desequilíbrio na relação com os fornecedores. In: ALMEIDA, João Batista de. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 20.

é a possibilidade dos consumidores considerarem os produtos como substitutos e migrarem em caso de aumento de preços (se migrarem os produtos estão dentro de um mesmo mercado); no segundo, o que importa é a capacidade dos existentes fornecedores ou de novos competidores ingressarem no mercado, agregando uma quota de mercado disponível (se for possível se a geração de custos extraordinários e não reembolsáveis ou irrecuperáveis - *sunkcost* - há um mesmo mercado).²⁸¹

Deve-se ressaltar, contudo, que produtos que para os consumidores podem servir para o mesmo uso podem não ser exatamente substitutos naturais se a diferença de preço existente tornar impossível a intercambialidade. Para que sejam substituíveis ou fungíveis a diferença de preço deve ser equivalente à diferença de qualidade.²⁸² E mais, ao mensurar a fungibilidade, a autoridade deve considerar os preços naturais, no sentido de que são os preços ordinariamente cobrados por produtos similares ou os preços competitivos, assim como demais elementos (finalidade e qualidade),²⁸³ a fim de evitar a conhecida falácia do celofane, ou a *Cellophane Fallacy*, ocorrida no julgamento do caso *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*²⁸⁴ Nesse caso, como os preços praticados já o eram em exercício de poder de mercado (preço majorados artificialmente), o mercado relevante foi alargado, incluindo produtos que, se os preços considerados fossem os reais ou competitivos, não seriam substitutos imediatos. O papel celofane, no caso, passou a concorrer com outros produtos utilizados para o acondicionamento de alimentos que tinham preços similares porque os preços do papel celofane já estavam majorados; caso não estivessem, aquele não teria concorrentes.²⁸⁵

Quanto ao mercado relevante geográfico, tal como no antecedente, as mesmas formas de avaliação se aplicam: pela visão do consumidor ou da demanda

²⁸¹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 29

²⁸² SALOMÃO FILHO, SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: As estruturas**. Op. cit., p. 114.

²⁸³ Diz José Antonia Farah de Lima que a Comissão Europeia entende que a comutatividade dos produtos pelo viés do consumidor deve incluir as mais diversas razões, como as características do produto, o seu preço, finalidade de uso esperada pelo fornecedor e praticada pelo consumidor, a fim de tornar o mais real e crível possível a análise concorrencial. In: LIMA, José Antônio Farah de. **Direito Concorrencial Europeu**. São Paulo: J. H. Mizuno, 2008, p. 23.

²⁸⁴ U.S. Supreme Court. Appeal from the United States District Court for the District of Delaware. *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.* 351 U.S. 377, julgada em 11 de junho de 1956. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/351/377/case.html>> Acesso em: 11 set. 2017.

²⁸⁵ BAKER, Jonathan B. Market Definition: An Analytical Overview. **Antitrust Law Journal**, vol. 74, abr. 2007, p. 129-173. Para uma análise específica sobre a falácia do papel celofane, cf: SABBATINI, Pierluigi. **The Cellophane and Merger Guidelines Fallacies Again**. Government of the Italian Republic (Italy), Italian Competition Authority, 2001, p. 1-12.

e pela visão do produtor ou do fornecimento. No resumo, tem-se a que a definição de mercado geográfico coincide com a área onde os produtos têm preço que tenda a uniformidade (incluídos os custos de transporte). Assim, se há um preço similar (incluído as despesas de transporte ou frete) em uma determinada área, isso deve significar que tanto produtores ou fornecedores, quanto os consumidores, entendem que a região permite que as transações ocorram de forma ótima; ou seja, o mercado abrange todos os consumidores que intentam relacionar-se com os vendedores, ou todos os vendedores que também o quiserem, ou um relacionamento entre eles.²⁸⁶

Nesse sentido, a doutrina brasileira estabelece um conceito atrelado ao espaço geográfico onde um competidor pode exercer poder de mercado (nesse caso, ligado à ideia de aumento de preço do produto) sem perder clientes ou alavancar a concorrência.²⁸⁷ Em outras palavras, aquele espaço onde é possível trabalhar o preço de um produto ou serviço sem perder clientes, que migraram a outro fornecedor, e sem incrementar a quota de mercado de outros fornecedores que produzem bens similares.²⁸⁸ Por outro viés, a Comissão Europeia entende, nos dizeres de José Antônio Farah de Lima, que o critério é a homogeneidade das condições competitivas. Assim, o mercado relevante será considerado como aquele onde há competição entre os fornecedores no sentido da oferta de produtos ou serviços e de luta pela conquista do mercado consumidor; ainda, a configuração depende da existência de condições de concorrência homogêneas que podem ser diferenciadas de outros espaços com concorrência distinta.²⁸⁹

O conceito de mercado relevante, tal como trazido nas linhas anteriores, enquadra-se, seja no sistema concorrencial americano ou brasileiro, naqueles considerados como vagos, abertos, imprecisos ou mesmo indeterminados (não indetermináveis), mas nunca poderá ser vinculado a ato discricionário da autoridade concorrencial; isso, porque igualmente foi visto nos tópicos anteriores que o conceito de concorrência utilizado não rejeita a ordem pragmática, tampouco os testes empíricos, especialmente os econométricos, que poderão trazer a realidade mercadológica e afastar os subjetivismos. Para tanto, três são os principais testes realizados empiricamente que, para além de auxiliar na determinação do mercado

²⁸⁶ STIGLER, George J.; SHERWIN, Robert A. The Extent of the Market. **The Journal of Law & Economics**. Chicago, vol. 28, n. 3, out. 1985, p. 555-585.

²⁸⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: As estruturas**. Op. cit., p. 109.

²⁸⁸ FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. Op. cit., p. 234.

²⁸⁹ LIMA, José Antônio Farah de. **Direito Concorrencial Europeu**. Op. cit., p. 24.

relevante, podem ajudar a determinar o exercício de poder de mercado, sua complexidade e extensão: o teste de elasticidade cruzada (*cross-elasticity*), o teste do monopolista hipotético e a aferição do índice de Herfindahl-Hirschman.

O teste de elasticidade cruzada foi pela primeira vez enunciado como tal no caso *Times-Picayune*, onde a Suprema Corte americana consignou que efetivamente há um substituto para qualquer produto, mas, para isso, não se pode levar em consideração um conjunto infinito de variações. Esse conjunto, ao revés, deve ser analisado pela migração do consumidor em uma variação de preços (se apenas uma pequena parte adquirir outros bens, não há identificação pelo lado do consumidor). Além disso, deve ser levado em consideração também a forma com que os próprios agentes econômicos caracterizaram seus produtos. Em outras linhas, os produtos têm uma elasticidade cruzada (*cross-elasticities of demand*) que pode ser mensurada a partir da escolha do consumidor.²⁹⁰ A doutrina, por outro lado, considerada que a elasticidade cruzada também é aplicável na cadeia de produção, não apenas por critérios ligados ao consumo.²⁹¹ Na síntese, os produtos serão fungíveis ou substituíveis entre si, estando vinculados em um mesmo mercado relevante, quanto maior for o índice de consumidores que migrar ao produto similar que se pretende avaliar (pelo viés da demanda) ou, alternativamente, quanto maior for o grau de fornecedores com capacidade imediata de suprir o fornecimento daquele produto (viés da produção).²⁹²

O teste do monopolista hipotético deriva da aplicação de um incremento de preço, que, no direito norte-americano, constitui-se em um *small but significant non-transitory increase in price* (SSNIP); ou seja, define-se pela aplicação de um percentual de aumento nos preços praticados (entre 5%, como nos Estado Unidos, ou 10%, como no Reino Unido, ou mesmo outro percentual determinado pela autoridade antitruste), que seja pequeno, mas ao mesmo tempo significativo e não

²⁹⁰ A Suprema Corte assim declarou no voto: "For every product, substitutes exist. But a relevant market cannot meaningfully encompass that infinite range. The circle must be drawn narrowly to exclude any other product to which, within reasonable variations in price, only a limited number of buyers will turn; in technical terms, products whose "cross-elasticities of demand" are small. Useful to that determination is, among other things, the trade's own characterization of the products involved. The advertising industry and its customers, for example, markedly differentiate between advertising in newspapers and in other mass media." In: U.S. Supreme Court. Appeal From the United States District Court for the Eastern District of Louisiana. *Times-Picayune Pub. Co. v. United States*, 345 U.S. 594, julgado em 25 de maio de 1953. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/345/594/case.html>> Acesso em: 11 set. 2017.

²⁹¹ JACOBSON, Jonathan M. **ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments**. 6. ed. Chicago: American Bar Association, 2007, p. 576.

²⁹² FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. Op. cit., p. 242-243.

transitório, e pela análise dos reflexos na escolha do consumidor e conduta dos demais competidores dentro do mercado que se pretende analisar.²⁹³ A aplicação do teste se inicia por uma análise restritiva em relação aos produtos e ao espaço geográfico do menor espaço geográfico possível como, por exemplo, um único produto em uma cidade. Depois, define-se o percentual e o resultado da aplicação na situação concreta: se os consumidores migrarem a outro produto ou se o mercado atrair novos competidores, o hipotético monopolista não consegue manter o aumento de preços em função de perder faturamento e ceder quota de mercado; se aquele hipotético monopolista conseguir manter o preço, o mercado está definido.²⁹⁴ Para o primeiro caso, a autoridade expandirá o mercado geograficamente e com a inclusão de novos possíveis substitutos, repetindo a engenharia até que a manutenção do preço seja possível ou economicamente viável, o que acarretará, enfim, a definição do mercado.

Quanto ao Herfindahl-Hirschman Index (HHI), surgiu pela primeira vez na análise concorrencial em 1967, apesar de aparições em outras áreas desde 1962,²⁹⁵ contudo, somente passou a ser utilizado pela autoridade antitruste americana a partir de 1982, com a revisão e emissão de novo guia pela Divisão Antitruste do Departamento de Justiça do Estado Unidos, em 1968.²⁹⁶ O índice é utilizado não para definição, mas sim para verificar a concentração em determinado mercado relevante já pré-fixado anteriormente, tendo em vista que a realização do cálculo necessita de dados precisos acerca dos produtos, volume total de vendas e das quotas de mercado dos competidores. Na síntese, o índice é conseguido pela soma do quadrado das quotas de mercado de cada competidor.²⁹⁷

Por exemplo, se um mercado é definido pela existência de quatro agentes econômicos com idênticas quotas de 25%, o índice será equivalente a 2.500 pontos (ou o resultado da equação $25^2+25^2+25^2+25^2$). O grau máximo é de 10.000 pontos e

²⁹³ MOTTA, Massimo. **Competition Policy**: theory and practice. New York: Cambridge Press, 2004, p. 102

²⁹⁴ AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis; EDLIN, Aaron. **Antitrust Analysis**: problems, text and cases. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2004, p. 501.

²⁹⁵ COHEN, Neil B.; SULLIVAN, Charles A. The Herfindahl-Hirschman Index As a Market Structure Variable: An Exposition for Antitrust Practitioners. **Texas Law Review**, Austin, Texas, vol. 62, n. 3, jan. 1983, p. 452-508.

²⁹⁶ U. S. Department of Justice, Antitrust Division. **Horizontal Merger Guidelines**. Washington, DC, 1982. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/merger-enforcement>> Acesso em: 13 set. 2017.

²⁹⁷ LAINE, Charles R. The Herfindahl-Hirschman Index: a concentration measure taking the consumer's point of view. **The Antitrust Bulletin**, Thousand Oaks, California, vol. 40, n. 1, 1995, p. 423-432.

refere-se a concentração máxima (caracteriza um regime de monopólio) e o mínimo é 1 ponto (refere-se a um mercado atomizado). As autoridades concorrenciais, tanto as americanas, com a atualização do guia feita em 2010,²⁹⁸ como as brasileiras, com o guia revisado e emitido em 2016,²⁹⁹ consideram que índices abaixo de 1.500 pontos importam ausência de concentração significativa (do ponto de vista concorrencial), um entre 1.500 e 2.500 pontos denotam uma concentração mercadológica moderada, e uma pontuação acima de 2.500 faz referência a um mercado altamente concentrado.³⁰⁰ Nesses casos, um ato de concentração de incremento a pontuação em 200 pontos ou mais, como na eventual aquisição de um concorrente por outro se praticada no exemplo anterior (a equação resultante seria $50^2 + 25^2 + 25^2$, o que resultaria em um índice final de 3.750 pontos ou um acréscimo de 1.250 pontos), geraria uma presunção relativa de existência (ou significativo incremento) de poder de mercado e, via de consequência, prejuízo à concorrência. A concentração somente seria autorizada pelas autoridades se as eficiências compensassem eventual prejuízo, ponto que será trabalhado oportunamente.

Na conclusão, a análise da realidade mercadológica, dividida a partir dos produtos ou serviços, ou do espaço de trocas, é essencial para a avaliação da atuação (ou não) das autoridades da concorrência, pois denotam, logo do início, eventual afetação da concorrência naquele setor ou local. Por certo que a partir do aprofundamento, inclusive com a utilização de técnicas econométricas, as premissas inicialmente avaliadas podem ser conferidas, aferidas, avaliando o grau de afetação do mercado ou da concorrência, tornando a atuação mais precisa e cirúrgica. Para isso se concretizar, aliás, importante avaliar quais os motivos que levam à concentração dos mercados, ou mesmo se é necessária a comprovação de culpa para rejeição de um ato ou para o sancionamento de uma infração. Isso, porque iniciando dentro dessas perspectivas é que a autoridade poderá sugerir

²⁹⁸ U. S. Department of Justice, Antitrust Division. **Horizontal Merger Guidelines**. Washington, DC, 2010. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/merger-enforcement>> Acesso em: 13 set. 2017.

²⁹⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia: Análise de Atos de Concentração Horizontal. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais>> Acesso em: 14 set. 2017.

³⁰⁰ Na União Europeia um mercado com concentração até 1.000 pontos não gera qualquer preocupação para a concorrência em até 2.000 pontos da mesma forma, mas desde que a variação entre a pontuação antes e depois do ato de concentração for até 250 pontos. As informações constam no Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers Under the Council Regulation on the Control of Concentrations Between Undertakings. **Official Journal**, C 031, publicado em 05/02/2004, p. 5-18. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>> Acesso em: 11 set. 2017.

contramedidas aos atos anticompetitivos, ou mesmo dar início de processo administrativo quando denotar a existência de infração à concorrência.

2.4. OS MOTIVOS DETERMINANTES PARA A REALIZAÇÃO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL: A ANÁLISE CONJUNTA DAS CONDUTAS E A QUESTÃO DA CULPABILIDADE

O último ponto necessário para que se possa corretamente averiguar a forma de controle dos atos de concentração empresarial e, nos capítulos seguintes, os requisitos legais para autorização de atos anticompetitivos, está vinculado à análise dos motivos determinantes para a própria realização de tais atos. Por certo, a referida avaliação também depende de um esclarecimento prévio em relação à constituição de um Direito Administrativo Sancionador, a teoria da infração administrativa e da responsabilização em matéria antitruste, seja quando da análise de ilícito concorrencial ou de um ato de concentração, que, por certo, pode ter como fundamento ou como consequência um ilícito antitruste. Nesse sentido, avaliar, ainda, se é necessário (ou não) à autoridade perquirir quanto à culpabilidade (e qual o seu sentido) dos agentes econômicos (ou pessoas naturais) envolvidos naqueles atos. Aliás, dessa aferição inicial é que se poderá admitir (ou não) uma excludente de responsabilidade lastreada em argumentos econômicos ou em critérios de eficiência ou compensação, como aqueles que serão desenvolvidos ao longo do trabalho.

Para Daniel Ferreira, o Direito Administrativo Sancionador corresponde ao conjunto de normas (aqui entendidas como princípios e regras) necessárias para averiguação de infrações e a imposição e aplicação de sanções no âmbito de determinadas competências administrativas.³⁰¹ E, ainda que existam diferenças entre o exercício da função jurisdicional e da função administrativa, e a autoridade concorrencial atua administrativamente e não tem função judicante, como explicado em itens anteriores, na essência, ou ontologicamente, nada diferencia os ilícitos administrativos de outros, como os ilícitos penais ou civis.³⁰² É preciso, contudo,

³⁰¹ FERREIRA, Daniel. Sanções Administrativas: entre direitos fundamentais e democratização da ação estatal. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 12, n. 12, jul./dez. 2012, p. 167-185.

³⁰² HUNGRIA, Nelson. Ilícito Administrativo e Ilícito Penal. **Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, jan. 1945, p. 24-31.

despregar-se daquela conexão entre a sanção e o exercício de pura coação sobre os particulares que ignoraram as leis ou a ordem administrativa, ou do entendimento de que a sanção serve (tem natureza) como um simples castigo por violação daquelas leis ou ordens.³⁰³ A raiz comum com o *ius puniendi* estatal deve ser entendida apenas de forma genérica, atribuindo ao Direito Administrativo Sancionador um caráter de preservação do Direito em si e por si,³⁰⁴ com tutela dos princípios constitucionais,³⁰⁵ assim como também de proteção dos valores relevantes para a sociedade e que transcendem o âmbito do poder de polícia, englobando outras atividades, como a regulatória (quicá a atividade de fomento), inclusive inserida dentro das questões que envolvem a ordem econômica e social, por consequência, o Direito Antitruste.³⁰⁶

Posta essa premissa, para a precisa compreensão da sanção administrativa decorrente de uma infração de mesmo gênero (administrativa, portanto), imprescindível que não se perca de vista aquele antecedente em comum com o Direito Penal, ainda que se possa afirmar que existe uma autonomia do ramo que se denominou anteriormente de Direito Administrador Sancionador. Na lição de Alejandro Nieto, o referido pode funcionar de maneira autônoma e independente do Direito Penal; contudo, deve-se aceitar com naturalidade as contribuições deste último para a teoria das infrações administrativas. Para o autor, o Direito Administrativo Sancionador não renuncia a sua origem (o Direito Administrativo), mas desconfia dessa origem e do tradicional autoritarismo estatal; por isso, fez a opção de tomar de empréstimo os mecanismos para a proteção e garantia de todos os interessados junto ao próprio Direito Penal, em face de sua maior experiência. E complementa, ao final, estabelecendo que a aplicação de princípios do direito penal se justifica unicamente pela imprescindível necessidade de garantias mínimas de

³⁰³ FRAGA, Gabino. **Derecho Administrativo**. Op. cit., p. 240.

³⁰⁴ FERREIRA, Daniel. *Sanções Administrativas: entre direitos...* Op. cit., p. 167-185.

³⁰⁵ Para Emerson Gabardo e Gabriel Morettini Castella, a “doutrina entende que os princípios e garantias estabelecidos na Constituição Federal, em especial, os princípios da legalidade - artigo 5º, XXXIX; princípio da irretroatividade – artigo 5º, XL; princípio da intranscendência da pena - artigo 5º, inciso XLV; princípio do devido processo legal - artigo 5º, inciso LIV; princípio da ampla defesa e do contraditório - artigo 5º, inciso LV, tornaram-se elementos indispensáveis para aplicação do *ius puniendi* estatal.” In: GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. *A Nova Lei Anticorrupção e a Importância do Compliance para as Empresas que se Relacionam com a Administração Pública. A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, abr./jun., 2015, p. 129-147.

³⁰⁶ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Op. cit., p. 156.

proteção aos direitos fundamentais dos cidadãos.³⁰⁷ Não custa lembrar que no Brasil o Direito Antitruste é oriundo do Direito Penal, sendo tratado como ilícitos criminais aqueles que atentavam contra a concorrência ou a ordem econômica, o que mudou somente a partir da década de 60, como estudado anteriormente.

E, sem desconsiderar os argumentos em prol dos antecedentes comuns com o Direito Penal, existem, na doutrina nacional, duas grandes correntes sobre as infrações administrativas: a primeira, ao que parece, vincula o contexto constitucional às diretrizes desenvolvidas a partir do Direito Penal, mas também o Direito Civil, prescrevendo que não há ilícito administrativo (e, portanto, sanção administrativa) sem a constatação da culpa (em sentido amplo); a segunda, em sentido oposto, mais adequada aos antecedentes próprios do Direito Penal (e do seu elo com o Direito Antitruste) e distantes do Direito Civil, que entende pela existência de sanções administrativas independente de culpabilidade, desde que, neste caso, haja voluntariedade do agente (que não se confundirá com a culpa em sentido amplo, como se verá). A análise das duas teorias e sua aplicação aos propósitos deste item do trabalho, que são perquirir quanto às infrações concorrenciais e suas respectivas sanções, assim como a possibilidade de sancionamento dos envolvidos por atos de concentração empresarial ou eventuais excludentes, depende da averiguação dos dispositivos da lei especial.

Na leitura literal do artigo 36, da Lei Antitruste,³⁰⁸ diz Thiago Marrara que existe um sistema de responsabilidade dúplice, onde as pessoas jurídicas ou físicas (atuando em nome próprio) podem sofrer uma sanção administrativa com a dispensa do conteúdo probatório acerca da culpabilidade, e onde os gestores (para utilizar um termo mais amplo do que simplesmente administradores), apenas eles, respondem subjetivamente, tornando-se a culpa pressuposto para qualquer condenação. Na sequência, diz ainda que o benefício probatório estabelecido em prol da autoridade antitruste decorre da natural complexidade das infrações à concorrência, atrelado à correspondente dificuldade de comprovar o elemento volitivo de pessoas jurídicas;

³⁰⁷ NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 177-178

³⁰⁸ Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

por fim, complementa esclarecendo que o modelo fortalece a adoção de um sistema de *compliance* em favor da disseminação de bons comportamentos empresariais.³⁰⁹

Na síntese, pensa-se que a assertiva acima traduz uma responsabilização objetiva que pode ser equivalente aquela considerada no Direito Civil, onde se dispensa a prova da culpa; ou seja, do dolo ou da culpa em estrito.³¹⁰ E a leitura desse dispositivo não pode ser despregada de outro, o artigo 88, §5º e §6º, da mesma Lei,³¹¹ que estabelece que os agentes econômicos devem submeter os atos de concentração à autoridade concorrencial e que esses mesmos atos são proibidos quando implicarem eliminação da concorrência, criarem ou reforçarem posição dominante (efeitos que são obviamente infrações da ordem econômica), mas podem ser autorizados quando comprovadas determinadas eficiências, ou quando comprovadas certas compensações em função do efeito prejudicial. Desta forma, ponto primordial é estabelecer qual o papel das eficiências ou compensações dentro da teoria das infrações administrativas em matéria concorrencial, a partir de uma noção equivalente a do Direito Civil (como acima) ou do Direito Penal (a partir das duas correntes principais que serão vistas abaixo).

Note-se, ainda, que para isso não cabe distinguir as eventuais infrações administrativas decorrentes do controle de condutas ou do controle das estruturas, como fez, por exemplo, Calixto Salomão Filho,³¹² tendo em vista que a alteração estrutural pressupõe necessariamente a realização de uma conduta (ou uma estrutura organizada de condutas destinadas a um fim específico) que interessa à concorrência. Aliás, sobre essa conexão entre o controle das condutas e das estruturas, o próprio Calixto Salomão Filho entende que há uma convergência e ela

³⁰⁹ MARRARA, Thiago. **Sistema Brasileiro de Defesa...** Op. cit., p. 211.

³¹⁰ Na lição de Carlos Roberto Gonçalves, a diferença essencial entre a responsabilidade subjetiva e a objetiva é a necessidade de comprovar a culpa do agente. A culpa em sentido amplo, que abrange o dolo e a culpa em sentido estrito (negligência, imprudência e imperícia), torna-se pressuposto essencial na responsabilização subjetiva; na objetiva, ao revés, não se exige a perquirição sobre a culpabilidade, podendo ser ela presumida pela legislação de regência ou mesmo desnecessária na hipótese de se fundar na teoria do risco. In: GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 21.

³¹¹ Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: (...) § 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:

³¹² Neste caso, a diferenciação decorre da análise dos livros: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as estruturas**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002; SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as condutas**. São Paulo: Malheiros, 2003.

é mesmo necessária porque toda alteração estrutural implica a realização de uma conduta prévia (independente de seu enquadramento sob a luz da concorrência), e porque isso serviria à desconexão das regras vinculadas à ilicitude *per se* de condutas anticompetitivas (o que será objeto de análise dos tópicos seguintes).³¹³ Assim sendo, o primeiro ponto a se estabelecer é que a imposição de sanções para as condutas anticoncorrenciais ou a formação de estruturas prejudiciais detém o mesmo antecedente comum e podem, por certo, incluírem as mesmas excludentes, eficiências ou compensações para o fim de impossibilitar a sanção administrativa ou para a aprovação de um ato anticompetitivo.

Na sequência, mas sem entrar, ainda, na necessidade de culpa (ou não) ou outros elementos para caracterização (ou não) da infração administrativa, ou das provas ou possíveis excludentes de responsabilização, pode-se dizer que são infrações administrativas concorrenciais todos os atos, e sob qualquer forma manifestados, que prejudiquem, igualmente sob qualquer forma, a livre iniciativa e livre concorrência (e, ao que parece, todos os demais incisos do artigo 36 da Lei Antitruste são desnecessários, tendo em vista que apenas pormenorizam as espécies do gênero, sem, todavia, esgotá-lo) e que, por mais óbvio que se possa parecer, os atos de concentração são antes de tudo atos com potencial prejuízo à concorrência, especialmente onde há concentração superior ou maior do que 20% do mercado relevante. Isso quer dizer que da apresentação do ato de concentração, que é obrigatória em parte dos casos, pode exsurgir uma infração administrativa concorrencial e, como consequência, uma sanção aos responsáveis. E as sanções são graves. Nos termos do artigo 37 e 38, da Lei Antitruste,³¹⁴ a infração sujeita os

³¹³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as condutas**. Op. cit., p. 21.

³¹⁴ Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais); III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo. § 1º Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro. § 2º No cálculo do valor da multa de que trata o inciso I do caput deste artigo, o Cade poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, definido pelo Cade, ou quando este for

responsáveis à multa, mas também a restrições à propriedade, livre iniciativa e concorrência, chegando a especificar que pode ser tomada qualquer providência necessária para eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica. Repise-se: qualquer ato ou qualquer providência.

Pela gravidade das sanções parece correto dizer que deve existir uma gradação vinculada à proporcionalidade (ainda que em seu sentido vulgar ou do senso comum) entre antecedente e conseqüente, sob pena de se autorizar o arbítrio estatal.³¹⁵ A caracterização do arbítrio estatal é incompatível com o próprio reconhecimento das conexões entre o processo administrativo sancionador e as raízes mais remotas do Direito Penal, porque, uma vez reconhecida essa origem comum (que é flagrante no desenvolvimento histórico da disciplina caso brasileiro), a aplicação dos princípios inerentes à proteção das garantias individuais é corolário lógico dessa constatação.³¹⁶ Não se está dizendo que o Direito Administrativo Sancionador deve dar supergarantias desproporcionais aos indivíduos a ponto de propiciar a prática de abusos individuais em detrimento do interesse público (ou, no caso do estudo, da defesa da concorrência por seu viés instrumental), como chegou a problematizar Alejandro Nieto,³¹⁷ mas sim que a característica da processualidade

apresentado de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea. Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente: I - a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas; II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos; III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que: a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito; b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos; V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade; VI - a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e VII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

³¹⁵ Nas palavras Rafael Munhoz de Mello: "Num Estado de Direito a atuação dos agentes estatais deve ser moderada, jamais excessiva. Ser moderada significa estar adstrita a limites estabelecidos no ordenamento jurídico. Se é excessiva ou desproporcional, a atuação do Estado ultrapassa os limites que lhe foram impostos, sendo portanto ilegítima e arbitrária. O princípio da proporcionalidade tem no sistema jurídico, assim, o papel de 'cláusula geral antiarbítrio.'" In: MELLO, Rafael Munhoz de. **Sanção Administrativa e Princípio da Culpabilidade. A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional.** Belo Horizonte, Fórum, ano 5, n. 22, dez. 2005, p. 25-57.

³¹⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 114.

³¹⁷ NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador.** Op. cit., p. 41-42.

traz em si um plexo de princípios imprescindível à defesa da parte, ainda mais quando reconhecida a gravidade das sanções que podem ser impostas.³¹⁸

Nestes termos, não se pode deixar de reconhecer que a atuação da autoridade concorrencial poderá acarretar uma intervenção grave e restrições econômicas com potencial de afetar princípios fundamentais, como a livre iniciativa, e direitos e garantias igualmente fundamentais, como liberdade e propriedade, o que demanda a concessão de garantias para além das mínimas,³¹⁹ inclusive como linha de defesa do indivíduo contra o que pode acabar concretizado como um arbítrio estatal, como dito anteriormente. É inadmissível, para finalizar, a pretensão de reduzir-se o regime probatório à mera constatação de existência do ato anticompetitivo (com elo mais ao Direito Civil), ou, no caso de cartéis, por exemplo, à mera suposição de existência do ato, onde dispensam-se, inclusive, para além das provas, os indícios da infração, em função da aplicação concomitante da regra da ilicitude *per se* (o que será alvo de estudo aprofundado na sequência), violando toda sorte de direito individuais (inclusive, por exemplo, o direito de reunião).³²⁰ É ilógico e ineficiente, no mínimo, manter a interpretação literal do dispositivo, sob pena de exsurgir a punição de todos os agentes econômicos em todos os atos que praticarem; e mais, a referida interpretação possibilitará o arbítrio estatal transmutado em proteção contra os atos que de qualquer forma prejudiquem a livre iniciativa e concorrência.

³¹⁸ Nesse sentido, dizem Daniel Wunder Hachem e Regeane Bransin Quedes que: “Além do núcleo comum de processualidade, incidente nas diversas espécies de processo, há princípios específicos de aplicação obrigatória quando se trata de processo administrativo sancionador, os quais, ao lado dos anteriormente citados, ampliam a proteção do acusado. É o caso de princípios como: (i) o da *legalidade administrativa*, que reclama a previsão do ilícito e da sanção em lei sem sentido formal; (ii) o da *tipicidade*, que exige a tipificação do ilícito e da sanção de forma clara e específica; (iii) o da *irretroatividade da lei mais gravosa*, que veda a aplicação retroativa de leis prejudiciais ao acusado; (iv) o da *proporcionalidade*, que determina uma necessária relação de equilíbrio e proporção entre a gravidade da conduta e a severidade da pena aplicada; (v) o da *culpabilidade*, que pressupõe, para a aplicação da sanção, que a conduta tenha sido praticada com dolo ou culpa do indivíduo; (vi) o do *non bis in idem*, que impede a aplicação de mais de uma pena, de igual natureza, a uma conduta já sancionada; (vii) o da *motivação*, que estabelece o dever de expressa fundamentação dos atos administrativos sancionatórios, com a explicação dos motivos de fato e de direito que renderam ensejo a aplicação da penalidade.” In: HACHEM, Daniel Wunder; QUETES, Regeane Bransin. O Regime Jurídico-Constitucional das Sanções Administrativas Aplicáveis aos Licitantes e Contratados. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, ano 10, n. 120, dez. 2011, p. 47-59.

³¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Devido Processo Legal e Direito Administrativo Sancionador: algumas notas sobre os limites à atuação da SDE e do CADE. In: GRADINO, João (coord). **Direito Econômico e Social: atualidades e reflexões sobre direito concorrencial, do consumidor, do trabalho e tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.111-126.

³²⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as condutas**. Op. cit., p. 266.

Por isso, é retomando as lições das duas correntes citadas anteriormente que se poderá evitar esse arbítrio e, por consequência, a lesão a direitos e garantias fundamentais. Antes, necessário um esclarecimento prévio: não há inconstitucionalidade no artigo que expressa a responsabilidade independente de culpa na Lei Antitruste, como se arguiu na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1094, junto ao Supremo Tribunal Federal.³²¹ Na ação alegou-se que a responsabilização independente de culpa colide com o artigo 173, §4.º, da Constituição Federal, tendo em vista que o último prescreveu que deverá sofrer repressão estatal o abuso de poder econômico que vise (que tenha como fim) à dominação de mercado e outras condutas anticompetitivas, transparecendo crer que o objetivo de dominar ou de praticar aquelas conduta deve ser demonstrado para autorizar qualquer intervenção estatal; do mesmo modo, alega-se que historicamente a prova da intenção (a necessidade de comprovar a responsabilização subjetiva) vinha desenhada nas Constituições, como, por exemplo, na Constituição Federal de 1946.

O fato, contudo, é que a atual Constituição não pode igualmente ser lida de forma literal, tendo em vista que essa forma a mais pobre dos métodos de interpretação. A literalidade deve ser considerada mais como o ponto de partida para o pensamento crítico ou exercício de hermenêutica, não como o ponto de chegada (a análise textual serve apenas para mostrar o problema, não resolvê-lo).³²² Assim, dentro de um contexto constitucional, há uma adequação entre o §4.º e o §5.º, daquele mesmo artigo 173, da Constituição Federal;³²³ ou seja, sujeitaram-se pessoas físicas e jurídicas a regimes sancionatórios compatíveis com as suas respectivas naturezas, sendo a regra compatível com o contexto constitucional e legal da Lei Antitruste que criou (ou tentou criar) uma responsabilização dúplice. E nem se diga que a questão é histórica, porque, somente para manter o argumento, o

³²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1094, Relator Ministro Carlos Velloso (quando da avaliação da liminar), atualmente encontra-se com o Relator Ministro Celso de Mello, julgamento (da liminar) em 21 de setembro de 1995 (sem data para julgamento de mérito). Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 20 set. 2017.

³²² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estado do Direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1990, p. 261.

³²³ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (...) § 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.

artigo 37, da Constituição de 1937,³²⁴ estabeleceu a equiparação dos ilícitos concorrenciais aos crimes contra o Estado, o que importa dizer que a sua constatação dependeria da inerente averiguação de culpabilidade, tal como nos ilícitos criminais em geral, portanto. O artigo 148, da Constituição de 1946,³²⁵ por outro lado, estipulou a repressão ao abuso de poder econômico que tenha por fim dominar mercados ou outras práticas anticompetitivas, inferindo-se nele a necessidade da prova da culpa do agente, mas isso porque não havia ainda uma legislação própria e os ilícitos antitruste ainda continuavam equiparados aos crimes comuns. A partir da Lei Antitruste de 1962 as condutas anticompetitivas foram pormenorizadas sem mencionar a necessidade de provar-se a culpa (ainda que alguns incisos vinculem ao fim ou ao objetivo de prejudicar a concorrência), o que foi repetido pelo artigo 157, VI, da Constituição Federal de 1967,³²⁶ porque desvinculou-se o regime da questão criminal.

Assim, porque historicamente a redemocratização importou forte rejeição a todos os atos emanados pelo poder ditatorial, parece correto presumir que o texto constitucional promulgado democraticamente tivesse como raiz a anterior Constituição Democrática de 1946 (que incluiu a discussão da finalidade do ato), não a Carta Constitucional outorgada pelo regime militar brasileiro (que a excluiu). Mas isso não quer dizer que aquele artigo da legislação antitruste seja inconstitucional; ao revés, a simples menção à prova do fim no ilícito concorrencial não denota inconstitucionalidade da lei infraconstitucional, mas sim uma necessidade de buscar uma proporcionalidade inerente também à sanção no âmbito administrativo, o que dependerá, no caso concreto, da investigação sobre aquelas duas teorias aplicáveis no âmbito da culpabilidade administrativa.

A primeira corrente poder ser extraída e sintetizada dos ensinamentos de Marçal Justen Filho, para quem a imposição de uma penalidade pressupõe a concretização de elementos subjetivos, mesmo quando se tratar de uma conduta a ser imputada a pessoa jurídica. Para o autor, não se admite a configuração de uma

³²⁴ 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.

³²⁵ 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.

³²⁶ Art. 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) VI - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

responsabilização administrativa sem a prova da culpa, exceto em limitadíssimas situações onde a culpa é presumida (como nas multas pelo não pagamento de tributos, por exemplo). A culpabilidade é um princípio fundamental tanto no Direito Civil, como no Direito Penal, e não pode ser afastada, portanto, do Direito Administrativo, mesmo quando se possa pretender uma objetivação da culpabilidade (como no Direito da Concorrência).³²⁷ A posição frutificou a partir de uma visão do artigo 5.º, LVII, da Constituição Federal,³²⁸ que veiculou o princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade. Na síntese, tem-se que esse posicionamento, apesar de não rejeitar as premissas do Direito Penal, parece-se mais com a culpabilidade civil ou com uma culpabilidade penal que eleva a culpa a elemento próprio da infração administrativa, vinculada aos pressupostos da culpa em sentido amplo, que englobam o dolo e a culpa em sentido estrito (negligência, imprudência ou imperícia). Por isso, ao se falar em responsabilização independente de culpa (ou objetiva) a única interpretação possível para essa teoria é de que há uma presunção de culpa nos ilícitos administrativos concorrenciais caracterizados como objetivos pela legislação;³²⁹ e, sendo presunção (presunção *juris tantum*), é possível prova em sentido contrário, a utilização das excludentes em relação à culpabilidade ou responsabilidade, ou a excludente própria do Direito da Concorrência, vinculada a critérios de eficiência e de compensação, ponto que será especificamente abordado na sequência.

Quanto a segunda corrente, diz Celso Antônio Bandeira de Mello que a caracterização da infração administrativa importa um descumprimento voluntário de uma norma administrativa (como uma norma antitruste) para o qual há previsão de uma sanção específica, decidida por uma autoridade no exercício de suas funções administrativas.³³⁰ Desta forma, não se exige necessariamente a avaliação sobre a culpabilidade ou não para a caracterização da infração, considerando que esta somente dependeria de uma conduta voluntária caracterizada como típica,

³²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Op. cit., p. 607-608 e 1052-1054.

³²⁸ 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: (...) LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

³²⁹ ALBUQUERQUE, Ana Cláudia de Paula. A Responsabilidade Objetiva Administrativa da Empresa na Lei nº 12.846/2013. **Revista Brasileira de Estudos da Função Pública**, Belo Horizonte, Revista dos Tribunais, ano 3, n. 9, set./dez. 2014, p. 235-247.

³³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 840.

antijurídica e reprovável; ou seja, a concretização da infração exige, antes de tudo, um comportamento proibido voluntário e dirigido a um fim; depois, avalia-se se esse comportamento é típico de forma objetiva ou subjetiva (neste caso com dolo ou culpa), antijurídico (contra o direito) e reprovável (contrária à norma de maneira não justificável).³³¹ A culpa em sentido amplo (dolo e culpa em sentido estrito), portanto, torna-se elemento vinculado à tipicidade (não elemento próprio para a constatação da infração administrativa) e, assim, pode ou não estar (ou ser exigível) para concretização da infração. No mesmo sentido, a caracterização da culpa cede espaço à mera voluntariedade, podendo a lei estabelecer (ou não) se aquela será necessária para caracterização da infração administrativa³³² (no caso da legislação concorrencial, para essa teoria não há necessidade, como visto).

Para evitar a aplicação da sanção administrativa, ambas as teorias arrolam diversas excludentes, vinculadas à infração ou à sanção, tais como: força maior, caso fortuito, estado de necessidade, legítima defesa, doença mental, fato de terceiro, coação irresistível, erro, obediência hierárquica, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito (onde as três últimas excluiriam a sanção e as demais a subjetividade mínima intrínseca à voluntariedade);³³³ ainda, poder-se-ia incluir nas excludentes a culpa exclusiva de vítima e a inexigibilidade de conduta diversa, relacionadas ao Direito Civil, além de menoridade (relacionada à imputabilidade), erro de proibição e coação moral irresistível, mais atentas ao Direito Penal.³³⁴ Todas aplicam-se, em princípio, ao Direito Antitruste, mesmo as premissas de menoridade (já que não se duvida que por trás de diversas *startups* estão mentes jovens) ou a culpa exclusiva da vítima (que somente seria aplicável se reduzido o propósito da própria legislação, como defendido anteriormente).

Para os propósitos desse estudo (definir se as excludentes econômicas ou de outras eficiências, ou mesmo um princípio geral de compensação, podem, para além de autorizar um ato de concentração, também evitar a imposição de uma sanção concorrencial), ambas as teorias podem ser consideradas sem a necessidade da adoção expressa de uma ou outra. Melhor esclarecendo, tem-se

³³¹ FERREIRA, Daniel. **Teoria Geral da Infração Administrativa a Partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 295-264.

³³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. Op. cit., p. 848.

³³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. Op. cit., p. 843.

³³⁴ SILVA, Marco Aurélio Souza da. A Estratificação da Infração Administrativa: uma teoria geral ainda em construção na doutrina e na jurisprudência. **Revista Fórum Administrativo - FA**, Belo Horizonte, ano 14, n. 160, jun. 2014, p. 33-52.

que a legislação antitruste, ao prescrever que a responsabilidade por qualquer ato independe da demonstração da culpa, ainda que não produza os efeitos esperados, está, para a primeira corrente, ou estipulando uma culpa presumida, quiçá normativa,³³⁵ ou é inconstitucional; para a segunda, quer dizer que é desnecessária a prova da culpa (em sentido amplo) vinculada ao pressuposto da tipicidade, ainda que, nesses casos, permita-se o reconhecimento de uma excludente ou de uma causa de justificação para a realização daquela conduta considerada como típica, o que acarretaria a insubsistência no cometimento da infração e, conseqüentemente, impossibilitaria a sanção (ainda que típica).³³⁶

Há, portanto, um elo indissolúvel entre as causas de justificação (ou mesmo de um critério geral de eficiência e compensação) de um ato de concentração anticompetitivo com a infração antitruste equivalente que proíbe expressamente prejudicar de qualquer modo a concorrência (que abrange todas as demais infrações, como visto). A reprovação de uma concentração em função de ficar caracterizado o ato como anticompetitivo, assim, demandaria a imediata instauração de processo administrativo por violação, de qualquer modo, dos princípios da livre iniciativa e concorrência, o que pode ser inclusive feito de ofício, nos termos do artigo 66, §1.º da Lei Antitruste,³³⁷ ainda que com posicionamentos em sentido

³³⁵ Para Ana Frazão, um “ponto no qual se observa a ampla convergência dos modelos diz respeito à concepção de culpa sob o viés objetivo ou normativo, ou seja, como um fato social, revelador de que o agente descumpriu um dever jurídico quando poderia ter agido de forma diferente. (...) Obviamente, tal abordagem não se confunde com a responsabilidade objetiva, pois a chamada ‘culpa normativa’ continua vinculada ao pressuposto da ilicitude ou da reprovabilidade do ato; o que muda é o parâmetro para a aferição da ilicitude, que procura sair do ‘psicologismo’, em busca da averiguação dos padrões de conduta socialmente exigíveis dos agentes, ainda que em face de suas circunstâncias específicas...” In: FRAZÃO, Ana. Pressupostos e Funções da Responsabilidade Civil Subjetiva na Atualidade: um exame a partir do direito comparado. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, ano 77, n 4, out./dez. 2011, p. 17-43. No mesmo sentido, Eduardo Sens dos Santos, quando vincula a culpa ao conceito de *bonus pater familias* (ou ao bom pai de família), que deve ser adaptado ao bom administrador, por exemplo. In: SANTOS, Eduardo Sens dos. Tipicidade, Antijuridicidade e Culpabilidade nas Infrações Administrativas. **Fórum Administrativo: Direito Público**, Belo Horizonte, v. 4, n. 42, ago. 2004, p. 4240-4257. E, também nesse sentido, Maria Celina Bodin de Moraes, que estabelece um novo conceito de culpabilidade lastreado em um comportamento padrão (*standard*), onde se analisam a ilicitude e reprovabilidade, a probabilidade e amplitude da lesão. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 209-212.

³³⁶ FERREIRA, Daniel. Alternativas Legais à Sanção Administrativo-Ambiental: uma eventual questão de dignidade da pessoa humana e de sustentabilidade da atividade empresarial. **Revista Jurídica**, Curitiba, n. 22, temática n. 6, 2009, p. 55-75.

³³⁷ Art. 66. O inquérito administrativo, procedimento investigatório de natureza inquisitorial, será instaurado pela Superintendência-Geral para apuração de infrações à ordem econômica. § 1º O inquérito administrativo será instaurado de ofício ou em face de representação fundamentada de qualquer interessado, ou em decorrência de peças de informação, quando os indícios de infração à ordem econômica não forem suficientes para a instauração de processo administrativo.

contrário.³³⁸ Porém, nesse caso, a condenação somente subsistirá se comprovada a culpa (para a primeira teoria) ou se impertinentes as justificativas, eficiências ou compensações apresentadas (para a segunda teoria). Portanto, seja em caso de autorização para realização de atos de concentração anticompetitivos, ou para romper a culpabilidade (primeira teoria) ou aniquilar a subjetividade intrínseca à voluntariedade ou a antijuricidade³³⁹ da conduta que se diz ilícita (segunda teoria), o proveito (econômico ou não), as compensações e as eficiências geradas a partir das condutas ou estruturas podem ser utilizadas e incluídas no rol de excludentes de qualquer responsabilização administrativa perante a autoridade antitruste.

No intuito de auxiliar a avaliação de atos de concentração e infração da concorrência, busca-se, agora, elaborar um breve, porque conciso, conjunto de situações onde se presume ou não a culpabilidade (na primeira teoria), ou onde existem ou não uma subjetividade mínima, justificativas, eficiências ou compensações (permissivos para a realização) para os atos. A classificação utilizada manterá para esses atos, assim, um padrão de presumivelmente eficientes ou presumivelmente ineficientes, ou neutros. Dentro do que se espera, o ato de concentração ou infracional poderá ser averiguado a partir de informações comportamentais prévias, sem desconsiderar, como visto, a possibilidade da constatação pragmática, já que o conceito de concorrência utilizado não deriva da análise pura e simples da conduta humana, mas também tem suporte em elementos econômicos verificáveis em cada caso prático que se apresente. E isso é imprescindível até mesmo para aplicação da proporcionalidade entre o antecedente e a consequência, sob pena, inclusive, de revisão judicial dos atos.

³³⁸ Em sentido contrário, diz Thiago Marrara que, mesmo que reconhecida a responsabilidade independente de culpa (objetiva), o desencadeamento do procedimento administrativo sancionador somente poderia ser realizado em um ato de concentração quando comprovada, por exemplo, falsas afirmações ou justificativas, mácula à boa-fé, competindo os agentes envolvidos, para evitar isso, relatar de modo aprofundado a boa-fé, objetivos, mercados atingidos e atividades esperadas com a operação. In: MARRARA, Thiago. **Sistema Brasileiro de Defesa...** Op. cit., p. 85-88 e 214. Contudo, pensa-se que tal somente seria possível se reconhecida a responsabilidade subjetiva, considerando que a incursão à boa-fé denota inevitavelmente uma análise de culpabilidade. In: TESO, Ángeles Palma del. **El Principio de Culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador**. Madrid: Tecnos, 1996, p. 112-113.

³³⁹ Nesse sentido, dizem Zaffaroni e Pierangeli, que a “tipicidade penal implica a contrariedade com a ordem normativa, mas não implica a antijuridicidade (a contrariedade com a ordem jurídica), porque pode haver uma causa de justificação (um preceito permissivo) que ampare a conduta.” Isso quer dizer que as eficiências ou as compensações exercem, no Direito da Concorrência, papel de permissivo legal que rompe com o critério da antijuridicidade, ainda que possa ser mantida a tipicidade. In: ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: volume 01: parte geral**. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 401.

Quanto aos atos presumivelmente eficientes, tem-se a expansão da facilitação ou da entrada de novo competidor em um mercado relevante, o que pode ser sugerido a partir da aquisição de material humano, instalações ou patentes para o desenvolvimento da atividade empresarial.³⁴⁰ Isso ocorre, por exemplo, quando se adquire um negócio pronto e em atividade, porque o objetivo é evitar todos os custos iniciais, como recrutamento, treinamento, publicidade, busca de instalações e outras que afetam os custos empresariais. Note-se, por oportuno, que em geral essa concentração não afeta a competição (o mesmo empreendedor continuará no mercado), sendo presumida, portanto, sua eficiência para o adquirente e o mercado. E o mesmo entendimento pode ser aplicado à eficiência operacional e economias de escala, onde o objetivo é aproximar a produção e distribuição, ou o mercado a montante e a jusante, diminuindo os custos empresariais, o que deve ser avaliado, contudo, é que a especialização normalmente conduz à redução de custos e, assim, adquirir insumos ou produtos no mercado poder ser mais econômico do que aumentar a base laboral, por exemplo.³⁴¹ Por fim, a concentração pode ser um método eficiente de pulverização da atividade empresarial pela formação de conglomerados e, com isso, diminui-se o risco total do negócio.³⁴² Aliás, a própria troca de administração em companhias mal gerenciadas, a concretização de planejamento sucessório ou societário pode justificar uma concentração, especialmente por vincular-se à própria manutenção da atividade,³⁴³ o que significa concretização o princípio da preservação da empresa.³⁴⁴

Há casos em que a mesma conduta por ter efeitos presumivelmente eficientes ou ineficientes. O caso da concentração defensiva é um desses: a eficiência decorre da necessidade de evitar aquisição futura, conseguindo evitar a dominação de mercado pelo maior concorrente, gerando uma pequena concentração para evitar uma (ainda) maior concentração de mercado e, em sentido

³⁴⁰ AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis; EDLIN, Aaron. **Antitrust Analysis: problems, text...** Op. cit., p. 674.

³⁴¹ FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste.** Op. cit., p. 471.

³⁴² AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis; EDLIN, Aaron. **Antitrust Analysis: problems, text...** Op. cit., p. 675.

³⁴³ AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis; EDLIN, Aaron. **Antitrust Analysis: problems, text...** Op. cit., p. 677.

³⁴⁴ Na lição de Gladston Mamede, o princípio da preservação da empresa reflete uma função ou interesse social na continuidade das atividades empresariais em decorrência da sua capacidade de geração de riquezas que podem ser aproveitadas por toda a coletividade e, conseqüentemente, no reconhecimento dos efeitos perversos que a extinção da mesma acarreta para os sócios, para os credores, funcionários e para a sociedade em geral. In: MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial.** São Paulo: Atlas, 2005, p. 435.

contrário, ineficiente quando o único objetivo ou justificativa cabível for uma tática de incremento de preço para posterior revenda àquela grande competidor.³⁴⁵ Isso quer dizer que enquanto é plenamente justificável majorar a quota de mercado pela união de pequenos competidores em um mercado dominado por outro grande competidor, será altamente ineficiente a simples junção pelo objetivo escuso de, posteriormente, lucrar quando da aquisição por aquele grande competidor.

Pode se dizer, ainda, que existem atos presumivelmente ineficientes, que sujeitam os responsáveis, portanto, não só a uma impossibilidade de concretizar um determinado ato de concentração como também a instauração de processo administrativo. Dentre eles, as concentrações que tem como objetivo ou consequência o abuso de posição dominante de mercado,³⁴⁶ que tem como fim o sucateamento da parte adquirida (por incorporação da sua quota de mercado)³⁴⁷ ou que buscam a especulação financeira, sem observar quaisquer questões de ordem produtiva ou mercadológica.³⁴⁸ Por último, os atos de decorrem de opção egoística do próprio administrador, em desconformidade com os interesses do agente econômicos ou dos acionistas, seja em busca de melhores condições de remuneração ou de prestígio (que certamente incrementará a remuneração ou benefícios), por exemplo, o que pode refletir verdadeiro conflito de agência.³⁴⁹

Por fim, existem atos de estão no limiar entre eficiência e ineficiência, porque, por um lado, geram eficiências dentro do próprio modelo empresarial sem, contudo, necessariamente revelar efeitos econômicos ou pró-concorrenciais ou mesmo econômicos. O padrão é concentrar para buscar motivar os administradores ou mesmo conseguir benefícios fiscais e tributários antes não realizáveis. Não haverá propriamente uma eficiência produtiva ou mercadológica, mas um incentivo

³⁴⁵ BARADWAJ, Babu G.; DUBOFSKY, David A.; FRASER, Donald R. Defensive Acquisitions in the Banking Industry: the takeover premium hypothesis. **Journal of Economics and Finance**. vol. 20, n. 2, summer/1996, p. 13/21.

³⁴⁶ AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis; EDLIN, Aaron. **Antitrust Analysis: problems, text...** Op. cit., p. 674.

³⁴⁷ FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. Op. cit., p. 470.

³⁴⁸ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da Concorrência e...** Op. cit., p. 26.

³⁴⁹ Nesse caso, o conflito de agência decorre da ausência de similitude entre as intenções entre os acionistas e os administradores, uma verdadeira desconexão que se revela na atuação que busca exclusivamente o benefício dos últimos, ainda que em prejuízo flagrante à sociedade. In: PINHEIRO FILHO, Francisco Renato Codevila. Teoria da Agência: problema agente-principal. In KLEIN, Vinicius; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **O que é a Análise Econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 106.

que pode refletir apenas de forma mediata na concorrência.³⁵⁰ O problema, porém, está na tentativa deletéria de utilizar o *lobby* proporcionado pela concentração para auferir benefícios antes inatingíveis. Neste caso, a concentração serve a um propósito iminentemente ilícito, o que não pode justificar eventuais eficiências.

Pelo exposto, tem-se que para o controle administrativo das condutas ou para análise de atos de concentração com efeitos anticompetitivos, os argumentos de eficiência ou justificação ganham especial relevo, independente da teoria a ser utilizada para pormenorizar a infração à concorrência (a que privilegia a culpa ou a que enaltece a voluntariedade, porque ambas aceitam aqueles argumentos como verdadeiras excludentes de responsabilização). Isso, porque serão esses argumentos os empregados para a ausência de punição ou para a manutenção de um ato de concentração, ainda que presentes efeitos anticompetitivos. Desta forma, imprescindível analisar-se quais as possibilidades que a legislação atualmente entende como causas autorizadoras ou justificadoras e como aplicá-las a vinculação de um posterior critério ambiental.

³⁵⁰ AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis; EDLIN, Aaron. **Antitrust Analysis: problems, text...** Op. cit., p. 675.

PARTE 2: A AUTORIZAÇÃO DE ATOS ANTICOMPETITIVOS E O SURGIMENTO DE UMA NOVA CONCEPÇÃO DE EFICIÊNCIA AMBIENTAL A PARTIR DE CRITÉRIOS NORMATIVOS E COOPERATIVOS

Na primeira parte viu-se que a atividade empresarial tem uma tendência ou uma natureza intrinsecamente concentracionista, e que isso decorre de um fenômeno estrutural do próprio mercado. A legislação concorrencial, por isso, ao menos desde 1962, tem entendido que a preocupação central está não pura e simplesmente nessa constatação, mas sim no uso indevido da concentração como estratégia de poder (e no uso indevido ou ilícito desse poder).³⁵¹ Aliás, a própria Constituição estabelece uma condenação para o abuso do poder, não para simples constatação de sua existência,³⁵² ainda que em determinados casos o abuso ou prejuízo à concorrência possa ser presumido.

Dentro dessa perspectiva, e do conceito de concorrência utilizado no presente trabalho, tem-se que a afetação negativa das condições para o livre desenvolvimento da concorrência é presumido em alguns casos (como em concentração de mercado superior a 20%), mas, em geral, o uso abusivo, e que sujeitará o infrator à sanção concorrencial, cumulada ou não com a rejeição do ato, depende da análise de eventuais eficiências ou justificações. Por isso, como estudadas as infrações administrativas concorrenciais, o caminho natural é analisar o conceito, forma de controle das concentrações e as eficiências ou justificações expressas na legislação infraconstitucional, o que será feito no capítulo seguinte, visando, no próximo, especificar o surgimento de uma eficiência ambiental.

CAPÍTULO 3: ATOS DE CONCENTRAÇÃO: ANÁLISE DAS HIPÓTESES PARA AUTORIZAÇÃO DE ATOS ANTICOMPETITIVOS

Neste capítulo analisar-se-á a classificação dos atos de concentração pela legislação brasileira, assim como a forma como a autoridade os avalia e sob quais condições a legislação nacional autoriza a consolidação de um ato anticompetitivo,

³⁵¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A Concentração Econômica e Fiscalização Administrativa: entendimento do art. 74 da Lei n. 4137/62 segundo a redação do Art. 73 da Lei 8158/91. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 193, jul./set., 1993, p. 65–78.

³⁵² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 89.

incluindo a verificação pela regra da razão, na segunda parte, e pelas demais causas de autorização, na parte final. Isso, porque, como somente depois disso é que se poderá enquadrar um novo critério de para defesa do meio ambiente a partir de uma eficiência ambiental autorizadora ou justificadora de atos anticoncorrenciais, o que será feito no próximo capítulo.

3.1. A CLASSIFICAÇÃO E O CONTROLE PRÉVIO DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO: O PROBLEMA DO *GUN-JUMPING*

A concentração econômica revela-se como um incremento de riquezas sob o mesmo domínio³⁵³ ou aumento de poder econômico³⁵⁴ que, do ponto de vista mercadológico, é um fenômeno natural que deve ser fiscalizado e, eventualmente, corrigido ou mesmo impedido, na medida em que bloquear os efeitos instrumentais positivos da concorrência de maneira não justificada. O artigo 88, da Lei Antitruste,³⁵⁵ estabelece que os atos de concentração que a autarquia deve analisar estão vinculados a critérios de faturamento e não de efetiva participação de mercado, como na legislação anterior, que causava insegurança em função dos diversos métodos econômicos utilizados para caracterizar ou não a quota de mercado.³⁵⁶ E mais, o artigo 90, da mesma legislação,³⁵⁷ especificou que por ato de

³⁵³ FONSECA, José Júlio Borges da. **Direito Antitruste e Regime das Concentrações Empresariais**. São Paulo: Atlas, 1997, p. 84.

³⁵⁴ Para Elizabeth Farina, o poder econômico é um conceito mais amplo do que o conceito de poder de mercado (*market power*) ou de monopólio (*monopoly power*). Esse poder é caracterizado como de influenciar ou produzir efeitos intencionais no outro. O alvo do poder econômico poder ser qualquer pessoa ou instituição, ou mesmo um setor do governo ou do mercado. O poder econômico tem a capacidade de se transformar em poder de mercado e, a partir daí, influenciar negativamente a concorrência ou a defesa do consumidor. In: FARINA, Elizabeth. Prefácio. In: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; SALOMÃO FILHO, Calixto; NUSDEO, Fábio (orgs.). **Poder Econômico: direito, pobreza, violência e corrupção**. Barueri, 2009, p. xv-xvi.

³⁵⁵ 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.

³⁵⁶ CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 197.

³⁵⁷ 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

concentração entende-se a realização de fusões e incorporações, aquisições (ainda que somente de alguns dos elementos da empresa) ou ainda quando da realização de contratos associativos, contratos de consórcio ou de joint venture, exceto, nesses últimos três casos, se o objetivo for a participação em procedimento de licitação. Por fim, com relação ao tempo, o controle será sempre prévio ou *a anteriori* (antes da realização do ato), nos casos descritos na lei, ou depois da sua realização, naqueles não tipificados diretamente, como diz o artigo 88, § 2.º e 7.º, da Lei Antitruste.³⁵⁸

A partir da leitura dos dispositivos é possível dizer que a nova legislação abandonou o conceito de ato de concentração como atos sob qualquer forma manifestados, previsto no artigo 54 da Lei anterior,³⁵⁹ mantendo-se apenas para a caracterização de infração à concorrência, para utilizar de um critério mais rígido, vinculado em geral às mutações societárias,³⁶⁰ ao menos para gerar uma obrigação à apresentação e controle prévio. Todavia, para o controle posterior dos atos não expressamente prescritos no referido artigo, pensa-se que o conceito de qualquer ato, e sob qualquer forma manifestado, continua aplicável, ainda que sem impor, por certo, a obrigação de apresentação à autoridade, mas sim a possibilidade de investigação e determinação de submissão por aquela depois de concretizado o ato.

Desta forma, propõe-se, agora, a criação de uma classificação dos atos de concentração em próprios e impróprios. Os próprios podem ser considerados aqueles típicos, vinculados à dicção legal, e que devem ser obrigatoriamente submetidos à autoridade para análise, sob pena de multa; os impróprios seriam

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.

³⁵⁸ 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. (...) § 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.

³⁵⁹ 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.

³⁶⁰ Para Gladston Mamede, as transformações societárias ou mutações societárias nascem da constatação de que “as sociedades, atos jurídicos que são, podem sofrer mutações (metamorfoses) jurídicas de tipos diversos. Podem se transformar de um tipo societário em outro, podem fundir-se com outra ou outras, como, igualmente, podem cindir-se em mais de uma; as sociedades podem incorporar outras sociedades, como, em sentido oposto, ser incorporadas. São mudanças jurídicas na estrutura das sociedades, isto é, na infraestrutura jurídica que sustenta a sua existência.” In: MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. Op. cit., p. 208.

aqueles, sob qualquer forma manifestados, que tem o potencial de afetar negativamente a concorrência e que, por isso, podem ser posteriormente investigados e julgados pela autoridade concorrencial, mas sem a obrigação de remessa prévia à autoridade concorrencial.

Dentro do rol de atos de concentração próprios, as fusões e incorporações, no caso brasileiro, remontam aos artigos 227 e 228, da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976,³⁶¹ denominada Lei das Sociedades por Ações, que estabelece o conceito de fusão como sendo a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades, extinguindo-se mutuamente para a formação de uma sociedade nova, e o de incorporação como a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, extinguindo-se, com a conseqüente transferência de todos os seus anteriores direitos e obrigações. Note-se, ainda, que a incorporação acima mencionada não se confunde com outras modalidades sugeridas pela Lei Antitruste, como a incorporação de ações, disciplinada pelo artigo 252 da Lei das Sociedades por Ações.³⁶² Nessa modalidade, não há extinção da sociedade incorporada, como na anterior, mas sim a sua transformação em uma subsidiária integral; ou seja, todas as ações de uma sociedade são transferidas ao patrimônio de outra, que passa a ser a sua única acionista, mas ambas constituam a existir.³⁶³

Por fim, a aquisição, para a legislação concorrencial, pode significar qualquer contrato ou modalidade de aquisição de bens tangíveis ou intangíveis, ou mesmo poder de controle, nas sociedades avaliadas, ainda que, para o bem da verdade,

³⁶¹ Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações. § 1º A assembleia-geral da companhia incorporadora, se aprovar o protocolo da operação, deverá autorizar o aumento de capital a ser subscrito e realizado pela incorporada mediante versão do seu patrimônio líquido, e nomear os peritos que o avaliarão. § 2º A sociedade que houver de ser incorporada, se aprovar o protocolo da operação, autorizará seus administradores a praticarem os atos necessários à incorporação, inclusive a subscrição do aumento de capital da incorporadora. § 3º Aprovados pela assembleia-geral da incorporadora o laudo de avaliação e a incorporação, extingue-se a incorporada, competindo à primeira promover o arquivamento e a publicação dos atos da incorporação. Art. 228. A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações. § 1º A assembleia-geral de cada companhia, se aprovar o protocolo de fusão, deverá nomear os peritos que avaliarão os patrimônios líquidos das demais sociedades. § 2º Apresentados os laudos, os administradores convocarão os sócios ou acionistas das sociedades para uma assembleia-geral, que deles tomará conhecimento e resolverá sobre a constituição definitiva da nova sociedade, vedado aos sócios ou acionistas votar o laudo de avaliação do patrimônio líquido da sociedade de que fazem parte. § 3º Constituída a nova companhia, incumbirá aos primeiros administradores promover o arquivamento e a publicação dos atos da fusão.

³⁶² Art. 252. A incorporação de todas as ações do capital social ao patrimônio de outra companhia brasileira, para convertê-la em subsidiária integral, será submetida à deliberação da assembleia-geral das duas companhias mediante protocolo e justificação, nos termos dos artigos 224 e 225.

³⁶³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 254.

aquele poder ser considerado um patrimônio intangível.³⁶⁴ E, por outras modalidades contratuais de aquisição que se vinculam a um patrimônio tangível ou intangível, pode-se interpretar o referido critério como vinculado ao patrimônio corpóreo ou incorpóreo, no Direito Empresarial, que entende que o primeiro como aqueles de composição física, como imóveis, veículos, mercadorias, instalações, equipamentos e utensílios em geral, e o segundo como marcas, patentes e direitos em geral.³⁶⁵ Ainda, mais conectados a critérios contábeis, pode-se classificar o ativos intangíveis como recursos não físicos, que geram (ou têm a intenção de gerar) benefícios econômicos, com custo identificável, valor de mercado, vida limitada e que pertencem à sociedade empresarial.³⁶⁶ O patrimônio intangível relaciona-se com o tangível, visto pela equivalência ao corpóreo, para agregar valor ao agente econômico, podendo ser citados, como exemplos, marcas e patentes, franquias, direitos de autor, licenças de software, direitos de exploração e operação, *know-how*, e toda gama de conhecimentos, práticas e atitudes que possam gerar valor.³⁶⁷

Os contratos associativos, depois de grande controvérsia, foram expressamente disciplinados pela autarquia mediante a expedição da Resolução 17, de 18 de outubro de 2016.³⁶⁸ Os referidos contratos podem ser compreendidos, portanto, como quaisquer contratos de duração igual ou superior a dois anos e que estabeleçam um empreendimento comum para exploração de uma atividade econômica. Para ser assim considerado, o contrato precisa, ainda, estabelecer o compartilhamento de riscos e resultados daquela atividade e que afetem a concorrência, o que se fará pela constatação de que ambos os contratante participam de um mesmo mercado relevante. Os contratos associativos não têm forma nem requisitos específicos, o que os diferencia daqueles vinculados à constituição de um consórcio ou de uma *joint venture*.

³⁶⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 196.

³⁶⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. Op. cit., p. 79.

³⁶⁶ UPTON JR, Wayne S. Business and Financial Reporting: challenges from the new economy. **Financial Accounting Series**, Norwalk, Connecticut, Financial Accounting Standards Board, n. 219-A, abr. 2001, p. 1-135.

³⁶⁷ PEREZ, Marcelo Monteiro; FAMA, Rubens. Ativos Intangíveis e o Desempenho Empresarial. **Revista de Contabilidade e Finanças**, v. 17, n. 40, 2006, p. 7-24.

³⁶⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução 17, de 18 de outubro de 2016. Disciplina as hipóteses de notificação de contratos associativos de que trata o inciso IV do artigo 90 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 e revoga a Resolução Cade nº 10, de 29 de outubro de 2014. Disponível em: <ww.cade.gov.br> Acesso em 08 nov. 2016.

Melhor esclarecendo, o consórcio é caracterizado por uma associação temporária de sociedades com o objetivo de executar um empreendimento específico sem, contudo, criar uma nova sociedade personificada, ainda que o contrato seja arquivado para fins de registro comercial. As suas características são, assim, a ausência de nova personalidade jurídica, a transitoriedade e a especificidade do objeto.³⁶⁹ Por outro lado, a *joint venture* pode ou não gerar o nascimento de nova sociedade empresária, oportunidade em que será classificada como societária ou não. Ela abarca toda uma gama de contratos para a associação econômica de dois agentes econômicos, podendo ficar restrita a um acordo de cooperação ou um ajuste de condutas em contrato preliminar, oportunidade em que será considerada como não societária, indo até a constituição de nova sociedade, ou transformação, fusão ou aquisição de outras sociedades, em decorrência daquele acordo prévio, o que lhe conferirá o título de societária.³⁷⁰

Os atos de concentração impróprios, por um critério residual, são todos aqueles que não foram considerados como típicos pela legislação em tela, eles, portanto, independem de forma específica e podem ser compreendidos a partir de seus efeitos mercadológicos e concorrenciais. Para o caso de atos impróprios, será compreendida a existência de um ato de concentração, independente de sua adequação ao sistema concorrencial, quando os agentes econômicos envolvidos passarem a atuar como um único agente coordenador no conjunto de suas atividades empresariais, portanto, sob o ponto de vista econômico, de forma permanente.³⁷¹ Para Ana Paula Forgioni não é estritamente necessário o critério da permanência, nem mesmo da união dos centros de controle,³⁷² o que parece correto, considerando que a legislação expressamente consignou que os atos em si não demandam nenhuma forma específica e são medidos, como regra, por seus efeitos mercadológicos e concorrenciais.

Assim, mais adequado é conceituar um ato de concentração impróprio como sendo uma união duradoura (mais de dois anos, caso seguido o mesmo critério do Conselho para os contratos associativos) entre antigos competidores, pessoas

³⁶⁹ ESTEVES, Daniel Santa Bárbara. Consórcio de Empresas. In: FERNANDES, Wanderley (coord). **Contratos Empresariais: contratos de organização da atividade econômica**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 308.

³⁷⁰ ROVAI, Armando. As Sociedades Anônimas e as *Joint Ventures*. In: Finkelstein, Maria Eugênia Reis; Proença, José Marcelo Martins (coords.). **Direito Societário: sociedades anônimas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 184.

³⁷¹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da Concorrência e...** Op. cit., p. 22-23.

³⁷² FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. Op. cit., p. 464.

naturais ou jurídicas (ainda que estatais),³⁷³ que possa gerar vantagem competitiva para ambos em função do incremento artificial da quota de mercado e, portanto, possa gerar ou aumentar o poder de mercado em detrimento dos demais agentes econômicos existentes dentro do mesmo mercado relevante geográfico ou do produto, ainda que mantidos afastados e autônomos os centros financeiros e de poder (mesmo sem união dos centros de controle). E, a partir dos seus efeitos, esses atos podem ser entendidos como horizontais, verticais ou denotar um conglomerado econômico. Na mais apertada síntese, resume Paula Andréa Forgioni que as concentrações horizontais referem-se a agentes econômicos que atuam no mesmo mercado, enquanto as verticais referem-se a mercados relevantes a montante ou a jusante, e os conglomerados não denotam qualquer integração.³⁷⁴

Pormenorizando a questão, diz Herbert Hovenkamp que um ato de concentração horizontal envolve dois ou mais agentes em um mesmo mercado e produz duas consequências distintas: a primeira, excluir um competidor do mercado, o que não ocorre nos demais atos de concentração; a segunda, aumentar a quota de mercado do novo agente econômico, inclusive para além do que os anteriores possuíam. Isso quer dizer que o *market share* resultado da união é maior do que a soma daquele anteriormente possuído pelos elementos desse novo conjunto. Por isso, a grande preocupação da autoridade americana é prevenir os resultados negativos do incremento daquela quota de mercado para que não se transforme em abuso de eventual poder de mercado, como em casos de aumento de preços, redução da oferta, diminuição da inovação ou prejuízos diversos aos consumidores decorrentes do arrefecimento dos incentivos à competição,³⁷⁵ mesmo que se reconheça que, a depender da avaliação mercadológica, uma sucessão de monopólios pode ser mais eficiente que uma competição estática.³⁷⁶

³⁷³ PINTO JÚNIOR, Mário Engler. O Antitruste e as Empresas Estatais. **Revista de Direito Mercantil**, n. 138, 2005, p. 179.

³⁷⁴ FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. Op. cit., p. 467.

³⁷⁵ HOVENKAMP, Herbert J., Merger Policy and the 2010 Merger Guidelines. (October 16, 2010). **University of Iowa Legal Studies Research Paper**, n. 10-34, dez. 2010, p. 1-80.

³⁷⁶ POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 6. ed. New York: Aspen, 2002, p. 281. No mesmo sentido leciona Joseph Alois Schumpeter, quando estabelece o conceito de destruição criativa ou criadora (*a gale of creative destruction*). In: SCHUMPTER, Joseph Alois. **Capitalism, Socialism and Democracy**. Op. cit., p. 81-86. Contudo, é preciso verificar que ainda nesses casos o consumidor pode ser prejudicado. A partir da interpretação dos ensinamentos do autor, tem-se que a afetação negativa para o consumidor decorre do fato de que o produtor é quem inicia o processo produtivo e, mesmo os consumidores, que deveriam regular a atuação daquele produtor, podem ser por ele educados ou mesmo ensinados a desejar ou consumir coisas novas (em verdadeiro exercício ilegal de posição dominante). Assim, a destruição criativa ou criadora pode ser também avaliada

As preocupações são outras quando se trata de concentração vertical. Os atos de concentração verticais são eminentemente acordos, neste caso sob qualquer forma manifestados, realizados entre agentes econômicos que se situam ao longo da cadeia de produção ou de distribuição, incluindo uma linha imaginária que vai desde a captação e industrialização da matéria-prima até a distribuição final do produto ou do serviço aos consumidores, passando ou não, por certo, por variados produtores ou por mercados de atacado.³⁷⁷ O objetivo, em tese, não é eliminar a concorrência, mas sim extinguir a oposição de interesses entre os competidores.³⁷⁸ Por isso, as preocupações decorrem não da exclusão de competidores, mas de potenciais restrições verticais prejudiciais à concorrência, como barreiras à entrada no mercado a montante e exclusão da concorrência no mercado a jusante.³⁷⁹ Em específico, pode-se dizer que os efeitos negativos podem ser a eliminação da competição, criação de barreiras à entrada, efeitos excludentes (por exemplo, a recusa de contratar), efeitos unilaterais no mercado a jusante (como aumento de preços para forçar maior lucratividade na aquisição de insumos), efeitos coordenados (facilitação do intercâmbio de informações e incremento de potenciais colusões), evasão do controle de preços ou superfaturamento (como em casos onde elevam-se artificialmente os preços dos insumos para justificar incremento abusivo do preço nas vendas finais), e, por último, quaisquer condições abusivas que autorizem a discriminação de preços.³⁸⁰

Os atos de concentração que se caracterizam como conglomerados são determinados por um critério residual; ou seja, se não forem concentrações horizontais ou verticais serão, por certo, formações de conglomerados. E mais, estruturalmente não há qualquer afetação à concorrência que justifique a intervenção da autoridade concorrência em conglomerados (não há formação ou

negativamente quanto aos efeitos concorrenciais em função da potencial capacidade da concentração horizontal incrementar esse poder de influenciar os hábitos dos consumidores. In: SCHUMPETER, Joseph. **The Theory of Economic Development**. Oxford: Editora Oxford University Press, 1978, p. 63-65.

³⁷⁷ FORGIONI, Paula Andréa. **Direito Concorrencial e Restrições Verticais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 22.

³⁷⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as condutas**. Op. cit., p. 291.

³⁷⁹ CHURCH, Jeffrey. Vertical Mergers: issues in competition law and policy. **ABA Section of Antitrust Law**, vol. 2, 2008, p. 1455. O mercado a montante é para cima, relacionado ao mercado de produção, o mercado a jusante é para baixo, vinculado ao processo de distribuição. In: FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. Op. cit., p. 467.

³⁸⁰ SALOP, Steven C.; CULLEY, Daniel P. Potential Competitive Effects of Vertical Mergers: a how-to guide for practitioners. **Georgetown Law Review**, Georgetown University Law Center, dez. 2014, p. 1-65.

incremento de poder de mercado, nem eliminação de competidor).³⁸¹ Todavia, não é de se rejeitar a tese de que mesmo a formação de um conglomerado pode afetar negativamente a concorrência em função do comportamento dos agentes econômicos envolvidos e de eventuais objetivos escusos na formação de um grande conglomerado,³⁸² quando, por exemplo, da formação de mercados conexos ou de companhias grandes demais para falhar.

Os mercados conexos são caracterizados pela projeção do domínio empresarial em um mercado sobre outros mercados que se encontram intimamente relacionados; ou seja, a posição de domínio que ostenta um agente econômico em certo mercado pode traduzir-se em domínio em outro pela presença daquele agente, ainda que quantitativamente ou qualitativamente inexistente domínio no segundo mercado.³⁸³ Um caso envolvendo mercados conexos e uma nova figura de abuso de posição dominante coletiva ocorreu no julgamento envolvendo a *Compagnie Maritime Belge Transports* e a Comissão, ocorrido 16 de março de 2000, pela Comissão das Comunidades Europeias, onde destacou-se a existência de um acordo entre agentes que, apesar de não atuarem no mesmo mercado, buscaram uniformizar os preços dos fretes marítimos.³⁸⁴ Por outro lado, ao analisar o lado negro dos conglomerados bancários (*the dark side of universal banking*), Arthur Wilmarth Jr. observou que a aglomeração entre bancos e seguradoras acabou por criar entidades simplesmente muito grandes para falhar (ou *too big to fail*) que, pelo tamanho e poder, foram capazes de assumir riscos desmedidos em função da percepção de vantagens competitivas dos próprios governos. O maior exemplo disso, para o autor, ficou demonstrado na grande crise bancária e hipotecária de 2009, onde os bancos e seguradoras sofreram perdas de mais de um trilhão de dólares, mas foram socorridos pelos seus governos com medidas extraordinárias para garantia da própria manutenção do sistema financeiro

³⁸¹ É nesse sentido que entende Robert Heron Bork, ao prescrever que são conglomerados aqueles atos de concentração em que não há relação de concorrência direta em um mesmo mercado relevante geográfico ou do produto, e onde as firmas não se relacionam como fornecedores ou vendedoras. In: BORK, Robert Heron. **The Antitrust Paradox: a...** Op. cit., p. 246.

³⁸² SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as condutas.** Op. cit., p. 322.

³⁸³ NATAL, Myriam Rodríguez; CARLES, Bárbara Aranda; RUIZ, Federico Pastor. Abuso de Posición de Dominio. In: LERENA, Diego Loma-Osorio (coord.). **Tratado de Derecho de La Competencia.** Pamplona: Thomson Reuters, 2013, p. 190.

³⁸⁴ UNIÃO EUROPEIA. Comissão das Comunidades Europeias. Acórdão do Tribunal (Quinta Secção). *Compagnie maritime belge transports SA (C-395/96 P)*, *Compagnie maritime belge SA (C-395/96 P)* e *Dafral-Lines A/S (C-396/96 P)* contra Comissão das Comunidades Europeias, julgado em 16 de Março de 2000. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris>> Acesso em: 14 out. 2017.

internacional.³⁸⁵ Assim, ainda que inexistente a afetação concorrencial direta ou imediata nos atos de concentração conglomerados, imprescindível averiguar os efeitos de longo prazo da formação de um grande conglomerado, especialmente em setores essenciais.

Os atos de concentração próprios, porque devem ser obrigatoriamente apresentados à autoridade da concorrência em função do controle prévio ou *a anteriori*, devem ser coordenados de forma a não caracterizar uma conclusão do ato antes da apreciação daquela autoridade, o que pode conduzir a declaração de nulidade do ato (a sua desconstituição com efeitos retroativos, portanto), além de multa pela ocorrência de infração administrativa, nos termos do artigo 88, § 3º, da Lei Antitruste.³⁸⁶ A prática da conclusão antecipada é denominada de *gun-jumping*. Ela pode ficar caracterizada pela troca antecipada de informações sensíveis ou integração prematura dos agentes econômicos envolvidos antes da submissão e autorização da autarquia concorrencial.³⁸⁷

O termo surgiu pela primeira vez sob os auspícios do *Clayton Act*, de 1914, que estabeleceu condições para a notificação prévia dos atos de concentração, a fim de esclarecer sobre o que poderia ser feito antes da análise da autoridade e o que poderia ser considerado ilegal por acarretar coordenação ilícita pré-fusão (*premerger coordination*). A mesma obrigação vigora atualmente com atualização pela *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act*, de 1976,³⁸⁸ que, além de manter a obrigação de notificação prévia para alguns casos, sob pena de multa, criou o Programa de Notificações Pré-Fusões (*Premerger Notification Program*) junto à Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos. Pelo sistema americano, qualquer troca de informações ou de coordenação empresarial antes da

³⁸⁵ WILMARTH JR, Arthur E. The Dark Side of Universal Banking: financial conglomerates and the origins of the subprime financial crisis. **Connecticut Law Review**, vol. 41, n. 4, maio 2009, p. 963-1050.

³⁸⁶ Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: (...) § 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.

³⁸⁷ MARTINS, Amanda Athayde Linhares. GunJumping, Controle Prévio de Estruturas e o Cade. **Revista do IBRAC - Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 22, jul./dez. 2012, p. 57-79.

³⁸⁸ Nos Estados Unidos, vigoram o *Sherman Antitrust Act* (1890), o *Clayton Antitrust Act* (1914), o *Robinson-Patman Act* (1936), o *Celler-Kefauver Act*, de 1950 e o *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act*, de 1976. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/>> Acesso em: 14 jul. 2017.

autorização da autoridade antitruste é vista como um risco à concorrência.³⁸⁹ O objetivo, por certo, é conceder um prazo mínimo à autoridade (*waiting period*) para obter informações relevantes sobre o caso antes da sua consumação e evitar a contaminação das agências de investigação, como, por exemplo, por alterações mercadológicas que impeçam ou obstruam a correta avaliação do mercado.³⁹⁰

No caso brasileiro, o Conselho emitiu um Guia específico sobre como evitar a prática de *gun-jumping*, onde especificou o significado das trocas de informações sensíveis (custos, estratégias de marketing, planos de expansão ou novas aquisições, clientes e contratos e outros específicos sobre a atividade-fim dos envolvidos) ou da integração prematura (contratos de não-concorrência, pagamento antecipado, ingerência na tomada de decisões, ou ainda integração nos processos decisórios, produtivos ou distributivos).³⁹¹ Ainda que não tenha feito diferenciação entre o *gun-jumping* procedimental ou processual (*procedural gun-jumping*) e aquele classificado como substantivo ou material (*substantive gun-jumping*), é possível extrair do referido Guia a existência do primeiro quando da simples conclusão do negócio antes do período de espera ou de carência, e do segundo pela, aí sim, pré-aprovação interna do ato mediante a troca de informações sensíveis ou pela integração da esfera decisória ou na alocação de recursos ou outros bens materiais e imateriais.³⁹²

Assim, para evitar a caracterização de infração à concorrência e sanção pecuniária equivalente, importante a utilização de um protocolo antitruste, como recomendado pela autoridade, que poderá incluir a indicação de um *clean team* (um grupo formado para tratar as informações previamente e assegurar a manutenção da independência entre os envolvidos) ou a utilização dos *parlor rooms* (reuniões, referencialmente monitoradas, do comitê executivo dos envolvidos); ainda, para evitar a conclusão antecipada os negócios com a realização direta de pagamentos, recomenda-se a realização dos mesmos mediante o uso de *escrow accounts*

³⁸⁹ WALLER, Spender Weber. *Reviews of Recent Antitrust Books (2006-2008)*. Loyola University of Chicago, **School of Law - Institute for Consumer Antitrust Studies**, ago. 2008, p. 1-13.

³⁹⁰ VIGDOR, William R. (coord). **Premerger Coordination: the emerging law of gun jumping and information exchange**. Chicago: ABA Publishing, 2006, p. 11-14.

³⁹¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Guia para Análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica*, maio 2015. Disponível em: www.cade.gov.br> Acesso em: 01 out. 2017.

³⁹² BHARDWAJ, Ravikant. Working Paper: Business Implications of Gun Jumping in Combination Regulations. **School of Competition Law and Market Regulation**, IICA, jun. 2015, p. 1-11. Disponível em: <<http://iica.in>> Acesso em: 02 out. 2017.

(contas de depósito em garantia).³⁹³ O Conselho não tem aceitado a realização de *carve-out agréments* (acordos que impedem a produção dos efeitos anticompetitivos em determinado mercado antes da avaliação da autoridade competente, mantendo os envolvidos em unidades autônomas)³⁹⁴ quando um ato produz efeitos globais, como consta na Apuração de Ato de Concentração 08700.011836/2015-49,³⁹⁵ em função principalmente da dificuldade em se comprovar a ausência de concretização do ato somente em determinados mercados. Assim, em caso de urgência, poderá ser autorizada liminarmente a concretização do ato independente da sua análise final em relação ao mérito, conforme artigo 155 do Regimento Interno do Conselho.³⁹⁶

Para os atos de concentração impróprios as preocupações são menores, considerando que não há a obrigação de apresentação prévia para a avaliação da autoridade concorrencial; contudo, pelos termos do artigo 88, §7.º, da Lei Antitruste,³⁹⁷ aquela poderá requerer a submissão dos atos impróprios para análise

³⁹³ Nos Estados Unidos, em fusões ou aquisições de agentes econômicos que não tem ações negociadas em Bolsa, aproximadamente 52% dos negócios envolveram a realização de um contrato para uma conta bancária de depósito garantido (*escrow account*), a fim de assegurar a concretização e dar segurança sobre o cumprimento dos termos do contrato, considerando que em geral compete a um banco ou garantidor a apuração das condições para liberação dos valores depositados em garantia. In: BHAGAT, Sanjai; KLASA, Sandy; LITOV, Lubomir P. The Use of Escrow Contracts in Acquisition Agreements. **Social Science Research Network, SSRN**, New York, 2014, p. 1-48.

³⁹⁴ BURG, Amanha Karolini. O *Carve-out Agreement* como Instrumento (in)capaz de Elidir a Configuração do *Gun Jumping*. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, vol. 4, n. 2, nov. 2016, p. 79-98.

³⁹⁵ No voto, o Conselheiro Relator assim expressamente consignou: “As Representadas alegaram que o CADE, até a presente data, jamais havia sinalizado formalmente que os *carve-out agreements* não seriam aceitos no Brasil. De fato, este é o primeiro caso envolvendo *carve-out* que chegou ao Tribunal para objeto de discussão, o que parece ser então uma oportunidade para elaborar uma sinalização às empresas e aos futuros casos internacionais que envolvam o mercado brasileiro. Diante disto e em razão do exposto, fica registrado, em alto e bom tom: os acordos de *carve-out* não serão aceitos no Brasil para fins de exclusão ou mitigação da pena de *gun-jumping*. Caso haja urgência especial na análise de algum ato de concentração, há medidas próprias e regimentais no CADE para encaminhar tais pedidos, como a solicitação de autorização precária.” In: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Apuração de Ato de Concentração 08700.011836/2015-49. Interessados Technicolor S.A. e Cisco Systems, Inc. (“Cisco”). Relator Paulo Burnier da Silveira, registrado em 01/12/2015. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 02 out. 2017.

³⁹⁶ Art. 155. O requerente de aprovação de ato de concentração econômica poderá solicitar, no momento da notificação ou após a impugnação pela Superintendência-Geral, autorização precária e liminar para a realização do ato de concentração econômica, nos casos em que, cumulativamente: I. não houver perigo de dano irreparável para as condições de concorrência no mercado; II. as medidas cuja autorização for requerida forem integralmente reversíveis; e III. o requerente lograr demonstrar a iminente ocorrência de prejuízos financeiros substanciais e irreversíveis para a empresa adquirida, caso a autorização precária para realização do ato de concentração não seja concedida.

³⁹⁷ Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: (...) § 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.

pelo prazo de até um ano da sua concretização. A questão, nesses casos, é avaliar não só as possibilidades de se manter a autorização para efetivação do ato, mas também, no caso de reprovação após a investigação, quais as possíveis consequências para os agentes econômicos envolvidos. Em casos tais, pensa-se que a desconstituição dos atos não é recomendada, quiçá poderá ser considerada até mesmo impossível, tendo em vista o grau de integração empresarial e de consolidação fática do ato, além da possível mácula a terceiros que de boa-fé que negociaram (e continuam negociando) com os agentes econômicos envolvidos. E isso já foi visto, por exemplo, em um dos casos mais emblemáticos julgados pela autoridade concorrencial, o caso Nestlé/Garoto.

Esse ato de concentração foi inicialmente reprovado pela autoridade, com condenação para dissolução imediata da concentração empresarial, em 2004, mesmo com pareceres favoráveis a aprovação com ressalvas (compensações) e mesmo com a realização de acordo prévio de não integração (semelhante ao *carve-out agrément* antes mencionado). Todavia, a judicialização do caso gerou uma autorização posterior para concretização da integração entre os envolvidos (aprovação integral do ato), o que foi autorizado em primeira instância, e, após, revertendo esse entendimento, determinou-se nova avaliação pela autoridade concorrencial, o que ocorreu já em segunda instância (onde ainda se encontra o caso para julgamento). Isso gerou prejuízos intensos a terceiros (competidores, consumidores e, em linhas gerais, terceiros contratantes), inclusive foram ajuizadas ações pelos Sindicatos das categorias envolvidas para preservação dos empregos em caso de dissolução do ato. O caso, atualmente e ao que parece, será finalizado por acordo com a autoridade para o fim de manter o ato de concentração com ressalvas em uma espécie de reavaliação administrativa sem precedentes, o que, porém, não aniquilará os prejuízos à concorrência externados ao longo dos anos em função da consolidação prévia da integração empresarial.³⁹⁸

³⁹⁸ No voto do Conselheiro João Paulo de Resende, a preocupação com a judicialização e efeitos do tempo foram assim sintetizados: “Nesse cenário, gostaria de tecer alguns rápidos comentários. O primeiro deles é quanto ao risco de estarmos gerando incentivos a comportamentos oportunistas por parte do mercado. A contestação da decisão do CADE com efeito suspensivo durante seu trânsito judicial permitiu às empresas gozar, por longo período de tempo, de poder de mercado absolutamente incompatível com os padrões aceitos pelo CADE, implicando prejuízo a consumidores em todo o país. Ou seja, mesmo que consigamos dar uma solução que resolva o problema concorrencial daqui em diante, foram dez anos de uma estrutura absolutamente concentrada em alguns mercados. Gostaria de frisar que esse tipo de comportamento não é bem visto e não será usualmente admitido pela autoridade da concorrência. É razoável crer que a possibilidade desse tipo de problema voltar a acontecer sob a égide da nova Lei de Defesa da Concorrência é

Desta forma, forçoso reconhecer que ainda subsistem duas formas de analisar os atos de concentração empresarial, sendo a avaliação prévia a regra geral dos casos que se apresentam, onde será imprescindível respeitar o período de espera (ou carência), sem integração empresarial, sob pena de caracterização de *gun-jumping*. A avaliação póstuma tornou-se a exceção e não deve receber o mesmo tratamento da outra, considerando envolver casos onde a consolidação do ato de concentração por vezes sequer é passível de ser alterada, ao menos sem afetação a toda sorte de direitos de terceiros envolvidos ou sem mácula aos objetivos que circundam a defesa da concorrência instrumental. Por fim, deve-se ressaltar que para a análise das eficiências ou compensações, especialmente para o fim de autorizar um ato de concentração anticompetitivo ou excluir a possibilidade de sancionamento por eventual infração à concorrência, a legislação especial adotou igualmente um critério geral, que é a regra da razão, oriunda da doutrina americana, e outro específico, que é onde constam as hipóteses alternativas, expressamente prescrito na própria Lei Antitruste. A sequência lógica, portanto, impele o estudo dessas razões, o que será feito nos capítulos seguintes.

3.2. A REGRA DA RAZÃO COMO FUNDAMENTO GERAL PARA AUTORIZAÇÃO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO ANTICOMPETITIVOS

A análise dos atos de concentração empresarial que trazem em si efeitos anticompetitivos, vinculados ou não à conduta anticoncorrencial prévia, ou infração à concorrencial, têm como ponto nevrálgico a verificação de justificativas, efeitos positivos (compensações) ou eficiências geradas, e se elas podem equilibrar eventuais prejuízos à concorrência avaliados pela autoridade, funcionando como verdadeiras excludentes de responsabilidade. A forma como isso é feito denota uma regra procedimental. A regra da razão é a regra geral, a base fértil de onde nascem

consideravelmente menor, mas não podemos deixar de sinalizar nossa indignação com comportamentos contestadores ou de não cumprimento de decisões administrativas deste tribunal. Ainda que a possibilidade de judicialização de uma decisão em âmbito de ACC seja menor, já temos indícios de comportamentos análogos, mas dentro dos contornos da nova Lei: por exemplo, como vimos hoje mesmo mais cedo, o ato de assinar um ACC já com o intuito de não o cumprir, ou pelo menos já consciente da impossibilidade o cumprir. A Autoridade da Concorrência precisa ser respeitada, e isso tem que ficar claro para o mercado.” In: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08012.001697/2002-89 (atualmente 08700.003861/2016-30). Interessados Nestlé Brasil S.A. e Chocolates Garoto S.A. Relator (atual) Conselheiro Alexandre Cordeiro de Macedo, julgado originalmente em 04 de fevereiro de 2004. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 17. out. 2017.

todas as eficiências e compensações que possam justificar uma mácula à concorrência. Por isso, para entendê-la, importante a averiguação do ambiente em que se originou e os motivos pelos quais foi necessário interpretar de forma diferente não só a averiguação dos atos de concentração, mas também a imposição de eventuais sanções em decorrência de infrações à concorrência.

O conceito de ilicitude *per se*, no caso de averiguação de concentrações empresariais, tem origem com a legislação americana e, desde o início, foi contrastada pela necessidade de uma averiguação mais profunda sobre as ilicitudes concorrenciais. Para melhor esclarecer, tem-se que o marco inicial remonta aos artigos 1.º e 2.º, do *Sherman Act*, de 1890,³⁹⁹ onde se prescreveu inicialmente uma proibição sobre toda e qualquer forma de contrato ou combinação entre competidores (ou conspiração para realizá-lo) que restringissem as trocas ou o comércio. Da mesma forma, proibia-se expressamente o monopólio ou a tentativa de constituição de um monopólio, independente de qualquer benefício gerado pelo ato ou mesmo que eficiências ou compensações ofertadas pelos competidores envolvidos. Havia, portanto, uma proibição direta e imediata incontestável, não uma presunção de ilicitude, como se poderia imaginar, considerando que sequer poderiam ser levantados ou analisados os potenciais benefícios do ato e, conseqüentemente, tais efeitos eram absolutamente desconsiderados em qualquer análise concorrencial. Dito de outro modo, não havia possibilidade de considerarem-se lícitas as práticas prescritas como ilícitas pela lei, mesmo se presentes efeitos positivos para a concorrência.⁴⁰⁰ E por isso se entende uma legislação que considera uma ilicitude *per se*, uma ilicitude intrínseca de incontornável ou injustificável prova em sentido contrário, uma legislação onde inexistem excludentes para o ato considerado de plano ilícito, tampouco para evitar o sancionamento pelas autoridades, o que, repita-se, entende-se por inexistente quando se avalia a Lei

³⁹⁹ Art. 1. Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court. Art. 2. Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

⁴⁰⁰ FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. Op. cit., p. 205.

Antitruste brasileira, independente da compreensão que se tenha daquelas teorias sobre a infração ou culpabilidade.

Nos Estados Unidos, importante ressaltar, tão rígida prescrição normativa não conseguiu se manter por mais de duas décadas. Um dos primeiros casos a suscitar a dúvida sobre a possibilidade de permitirem-se atos anticompetitivos quando razoáveis o contraste entre os seus efeitos concorrenciais negativos e positivos foi o *United States v. Trans-Missouri Freight Association*, onde a Corte estipulou que, após a *Sherman Act*, todo e qualquer ato que limitasse o comércio entre os Estados, sem exceção ou limitação, era ilegal, independente da restrição ser razoável ou não, independente de possíveis benefícios ou compensações. E mais, julgou a Corte que o governo não estava obrigado a comprovar a ilegalidade do ato ou seus efeitos, e que o contrato firmado entre as partes, mesmo que feito antes da vigência da legislação, presumindo-se na época sua legalidade, tornou-se ilegal a partir da *Sherman Act*, o que implicou a desconstituição do contrato.⁴⁰¹

A interpretação literal do dispositivo legal, contudo, foi adequada pela Corte a partir do julgado do caso *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, onde a mesma optou por dar nova conotação para as restrições ao comércio, mitigando os efeitos negativos da legislação. Para tanto, lembrou que, tal como julgado na Inglaterra, no caso *Mogul Steamship Co. v. McGregor*, 1892, pode existir um conflito entre a liberdade de contratar e de exigir o cumprimento dos contratos, e o impedimento absoluto proposto pela Lei Antitruste americana. Assim, decidiu, a partir da liberdade de contratar derivada no Direito inglês, vista como liberdade de contratar ou não contratar e exercer todos os direitos razoáveis em relação a isso, que somente compete ao Estado interferir na liberdade de contratação quando as restrições à concorrência forem desprovidas de razoabilidade.⁴⁰² A razoabilidade contratual, portanto, irradiou efeitos para a razoabilidade concorrencial.

⁴⁰¹ Disse a Suprema Corte de Justiça, no original: “The prohibitory provisions of the said Act of July 2, 1890, apply to all contracts in restraint of interstate or foreign trade or commerce without exception or limitation, and are not confined to those in which the restraint is unreasonable. In order to maintain this suit, the Government is not obliged to show that the agreement in question was entered into for the purpose of restraining trade or commerce if such restraint is its necessary effect. This agreement, though legal when made, became illegal on the passage of the Act of July 2, 1890, and acts done under it after that statute became operative were done in violation of it.” In: U.S. Supreme Court. *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*, 166 U.S. 290, Appeal from the Circuit Court of Appeals for the Eighth Circuit, julgado em 22 de março de 1897. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/166/290/case.html>> Acesso em: 11 set. 2017.

⁴⁰² Nas considerações da Suprema Corte: “The Anti-Trust Act of July 2, 1890, c. 647, 26 Stat. 209, should be construed in the light of reason; and, as so construed, it prohibits all contracts and

As sucessivas decisões da Suprema Corte, a partir daí, alteraram e consolidaram a inviabilidade de manter-se uma regra que caracteriza a ilicitude *per se* ou que, dito de outro modo, se caracterize a partir de uma mera conduta ou do contrato, ou ainda independente de eventuais benefícios. Mas foi somente quase uma década depois que o enunciado da razoabilidade ganhava contornos menos abstratos, lastreando-se em três premissas essenciais em relação à natureza, objetivo e efeitos dos atos de concentração, conforme a Corte definiu no caso *Chicago Board of Trade v. United States*.⁴⁰³ Para bem compreender o referido caso, a situação concreta trazia a contestação de uma regra (*Call Rule*) da bolsa de Chicago (*Chicago Board of Trade*) que regulamentava a compra e venda de grãos. A compra poderia ser feita de três formas: futura, imediata (para grãos em estoque, por exemplo) e em trânsito (para grãos embarcados a chegar ou *to arrive*); para estes últimos estabeleceu-se que a compra dar-se-ia em sessão aberta após o fechamento das sessões normais de compra (dos grãos futuros ou de disposição imediata), e por valor não superior ao estabelecido na sessão ordinária. Assim, houve, por via reversa, uma prefixação de preços dos grãos a chegar (*to arrive*), vinculados à cotação da sessão anterior.⁴⁰⁴

No referido julgado, foi descrito que o governo constatou a existência da regra, assim como a sua aplicação ao caso concreto, mas não fez nenhuma tentativa de mostrar por que a regra foi projetada, quais as limitações à concorrência no setor específico (venda de grãos ou *commodities*), não demonstrou a ocorrência de limitação na oferta de grãos, retardamento ou aceleração do embarque, aumento ou diminuição de preços, nem dificuldades para os negociadores. A regra (*Call Rule*) foi impugnada simplesmente porque existe, em abstrato, não por seus eventuais efeitos negativos à concorrência. Ao reverter a decisão da instância inferior, a Suprema Corte então decidiu que os contratos e regulamentações relativas ao comércio têm, na sua própria essência, uma restrição à concorrência. Desta forma, o

combination which amount to an unreasonable or undue restraint of trade in interstate commerce.” In: U.S. Supreme Court. *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1, Appeal from the Circuit Court of the United States, julgada em 15 de maio de 1911. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/1/case.html>> Acesso em: 11 set. 2017.

⁴⁰³ U.S. Supreme Court. *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231. Appeal from the District Court of the United States for the Northern District of Illinois, julgamento em 04 de março de 1918. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/246/231/case.html>> Acesso em: 12 set. 2017.

⁴⁰⁴ CAVANAGH, Edward D. The Rule of Reason Re-Examined. St. John’s School of Law Legal, Studies Research Paper Series. **Business Lawyer**, vol. 67, fev. 2012, p. 435-469.

verdadeiro teste de legalidade desse ato restritivo demanda uma imprescindível análise dos fatos particulares envolvendo o negócio (a relação de competição) onde a restrição foi aplicada, a sua condição antes e depois da restrição, a natureza da mesma e seus efeitos potenciais ou reais, ou prováveis. E completou, ainda, estabelecendo que não pode ser feita uma análise sem investigar igualmente o histórico da restrição, o motivo de sua existência, quais os males que se acredita existir e quais os remédios particulares que poderão ser utilizados. Isso, não porque a intenção do ato restritivo justificará a sua existência e o salvará em um eventual julgamento, mas porque o conhecimento das intenções pode ajudar o Tribunal a interpretar os fatos e prever as suas respectivas consequências. A Corte finalizou, então, enunciando três premissas básicas para a análise dos atos de concentração e para eventual aplicação da regra da razão, que são a observância em relação à natureza da regra supostamente contrária à concorrência, ao seu objetivo e aos seus efeitos anticompetitivos (e benefícios que podem superá-los).⁴⁰⁵

A consolidação da regra da razão, porém, não impediu a manutenção ou o ressurgimento das ilicitudes *per se*, aquelas vistas em abstrato ou pela simples subsunção da conduta ou do contrato à regra, especialmente a partir da maior recepção dos argumentos econômicos a partir da década de 80. A título de exemplo, o caso *National Collegiate Athletic Association v. Board of Regents*, de 1984, onde foi decidido que a prefixação de preços é ilegal *per se* porque a probabilidade dessa prática ser anticompetitiva é tão grande que sempre, ou quase sempre, existirá

⁴⁰⁵ Na decisão assim constou: “The government proved the existence of the rule and described its application and the change in business practice involved. It made no attempt to show that the rule was designed to or that it had the effect of limiting the amount of grain shipped to Chicago, or of retarding or accelerating shipment, or of raising or depressing prices, or of discriminating against any part of the public, or that it resulted in hardship to anyone. The case was rested upon the bald proposition that a rule or agreement by which men occupying positions of strength in any branch of trade fixed prices at which they would buy or sell during an important part of the business day is an illegal restraint of trade under the Anti-Trust Law. But the legality of an agreement or regulation cannot be determined by so simple a test, as whether it restrains competition. Every agreement concerning trade, every regulation of trade, restrains. To bind, to restrain, is of their very essence. The true test of legality is whether the restraint imposed is such as merely regulates, and perhaps thereby promotes competition, or whether it is such as may suppress or even destroy competition. To determine that question, the court must ordinarily consider the facts peculiar to the business to which the restraint is applied, its condition before and after the restraint was imposed, the nature of the restraint, and its effect, actual or probable. The history of the restraint, the evil believed to exist, the reason for adopting the particular remedy, the purpose or end sought to be attained, are all relevant facts. This is not because a good intention will save an otherwise objectionable regulation, or the reverse, but because knowledge of intent may help the court to interpret facts and to predict consequences.” In: U.S. Supreme Court. *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231. Appeal from the District Court of the United States for the Northern District of Illinois, julgamento em 04 de março de 1918. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/246/231/case.html>> Acesso em: 12 set. 2017.

restrição à concorrência e decréscimo nos benefícios gerais.⁴⁰⁶ Atualmente, ao menos no Direito americano, convive-se com as duas regras: uma geral, que explicita a verificação através da regra da razão; outra por via de exceção, que entende que algumas condutas ou contratos são sempre, ou quase sempre, prejudiciais, gerando prejuízos insuperáveis à concorrência e, por isso, dispensam qualquer outra análise que não a simples prova da ocorrência do fato e o enquadramento à norma. O caso *State Oil Co. v. Khan*, de 1997, consolidou algumas das hipóteses, como a prefixação do preço máximo para revenda de produtos, as restrições para aquisição de insumos, limitação de área de venda entre vendedores para prévia alocação de consumidores a outros vendedores,⁴⁰⁷ entre outras situações onde dificilmente haverá qualquer eficiência capaz de subjugar os prejuízos concorrenciais.⁴⁰⁸

Ainda assim, existem atualmente inúmeras críticas tanto ao uso da regra da razão como ao uso da regra da ilicitude *per se*. Por um lado, diz-se que a aplicação de uma premissa de razoabilidade incrementa os custos envolvidos (aumenta a instrução do caso, gerando maiores custos inclusive para a autoridade - nos Estados Unidos, para o Judiciário), acarreta uma falta de previsibilidade para os atos sob

⁴⁰⁶ Na síntese do argumento, assim decidiu a Suprema Corte dos Estados Unidos: "Horizontal price-fixing and output limitation are ordinarily condemned as a matter of law under an "illegal *per se*" approach, because the probability that these practices are anticompetitive is so high; a *per se* rule is applied when "the practice facially appears to be one that would always or almost always tend to restrict competition and decrease output." In: U.S. Supreme Court. *National Collegiate Athletic Association v. Board of Regents*, Certiorari to the United States Court of Appeals for the Tenth Circuit, julgado em 02 de junho de 1984. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/85/case.html>> Acesso em: 14 set. 2017.

⁴⁰⁷ BORK, Robert H. Vertical Restraints: Schwinn Overruled. **The Supreme Court Review**, 1977, p. 171-192.

⁴⁰⁸ Na síntese: "Although most antitrust claims are analyzed under a "rule of reason," under which the court reviews a number of relevant factors, see, e. g., *Arizona v. Maricopa County Medical Soc.*, 457 U. S. 332,342-343, some types of restraints on trade have such predictable and pernicious anticompetitive effect, and such limited potential for procompetitive benefit, that they are deemed unlawful *per se*, see, e. g., *Northern Pacific R. Co. v. United States*, 356 U. S. 1, 5. A review of this Court's pertinent decisions is relevant in assessing the continuing validity of the *Albrecht per se* rule. See, e. g., *Kiefer-Stewart Co. v. Joseph E. Seagram & Sons, Inc.*, 340 U. S. 211, 213 (maximum resale price fixing illegal *per se*); *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U. S. 365, 379-380 (vertical nonprice restrictions illegal *per se*); *Continental T. v., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U. S. 36, 47-49, 58-59 (overruling *Schwinn*). A number of this Court's later decisions have hinted that *Albrecht's* analytical underpinnings were substantially weakened by *GTE Sylvania*-see, e. g., *Maricopa County, supra*, at 348, n. 18; *324 Liquor Corp. v. Duffy*, 479 U. S. 335, 341-342; *Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum Co.*, 495 U. S. 328, 335, n. 5, 343, n. 13-and there is a considerable body of scholarship discussing the procompetitive effects of vertical maximum price fixing. pp. 10-15." In: U.S. Supreme Court. *State Oil Co. v. Khan* 522 U.S. 3, Certiorari to the United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, julgamento em 03 de novembro de 1997. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/522/3/case.html>> Acesso em: 14 set. 2017.

análise e, ao fim e ao cabo, em um significativo risco de se errar na análise.⁴⁰⁹ Por outro, a clareza das regras, a previsibilidade da sua aplicação, a administrabilidade do litígio (no caso, pela reduzida instrução probatória) e a eficiência são fatores que pesam em prol da aplicação das regras *per se*, ainda que os exatos benefícios possam ser supervalorizados em detrimento da questão concorrencial.⁴¹⁰ Dito de outro modo, em favor da previsibilidade (ou segurança jurídica), celeridade e redução de custos não podem ser reduzidas às garantias procedimentais e processuais das partes envolvidas, mesmo porque, especialmente no caso brasileiro, não se pode negar a origem criminal da defesa da concorrência.

No Brasil, não custa lembrar, a regra da razão não chegou a ser propriamente aplicada sob a égide da legislação de 1962, tendo em vista os acontecimentos que impediram a própria efetivação prática do novo regime da concorrência na década de 60, mas foi plenamente recepcionada pela lei de 1994, chegando a doutrina a dizer que toda a legislação brasileira estava baseada na regra da razão.⁴¹¹ E mais, reconheceu-se, na origem, que a regra da razão derivou de verdadeira flexibilização normativa, relativizando a anterior regra por meio de uma exceção legal, outorgando aos Tribunais (no caso norte-americano) ou ao Conselho (no caso brasileiro) a responsabilidade de caracterizar um ato ou um contrato como ilícito ou não frente à concorrência.⁴¹² A atual legislação antitruste não discrepou desse entendimento e, já na Exposição de Motivos da Lei 12.529, o Deputado Carlos Eduardo Cadoca assim justificou:

...um outro ponto importante ainda em relação à questão das condutas é a necessidade de explicitação de que, assim como em uma análise de atos de concentração, se faça uma análise de custo-benefício, o que é chamado no jargão da área como a aplicação da “regra da razão”. Nesse entendimento, nenhuma conduta como venda casada, exclusividade, fixação de preço de revenda, dentre outras, deve ser condenada *per se*, mas sim a luz de seus potenciais efeitos negativos e positivos. Afinal, o objetivo da defesa da concorrência é aumentar o bem-estar social, promovendo a eficiência econômica, e daí não cabe inibir condutas que gerem efeitos líquidos positivos sobre a sociedade como um todo. Assim, acrescentamos um novo parágrafo ao artigo 21, deixando clara a consideração da regra da

⁴⁰⁹ EASTERBROOK, Frank H. The Limits of Antitrust. Texas, **Texas Law Review**, vol. 63, n. 1, 1984, p. 1-40

⁴¹⁰ BAKER, Jonathan B. Per Se Rules in the Antitrust Analysis of Horizontal Restraints. **The Antitrust Bulletin**, vol. 36, n. 4, 1991, p. 733-743.

⁴¹¹ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da...** Op. cit., p. 52.

⁴¹² LIMA E SILVA, Valéria Guimarães de. **Direito Antitruste: aspectos internacionais**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 84.

razão, com base na análise econômica, no tratamento de condutas potencialmente anticompetitivas.⁴¹³

O Brasil, assim, importou a regra da razão diretamente da legislação americana e, junto com ela, adveio o aparente conflito entre a sistemática da análise das condutas ou dos atos de concentração a partir de um critério *per se* ou pela regra da razão. A autoridade concorrencial oportunamente já resumiu a questão, apontando que a análise de *per se* é uma exceção à regra geral, que é a regra da razão, por motivo de economia, simplificação e celeridade, considerando que é desnecessária a análise dos benefícios se os mesmos não existem. E, como exemplo, citou o caso dos cartéis *hard core*, onde a doutrina econômica já, em tese, evidenciou a inexistência de quaisquer valores positivos derivados da carterlização em sua forma mais evidente.⁴¹⁴ Não se desconhece, igualmente, entendimento da própria autarquia concorrencial no sentido de interpretar literalmente as disposições sobre as infrações à concorrência, estabelecendo que existem condutas anticompetitivas com objeto lícito e com objetivo ilícito, donde, por uma construção, classifica as condutas quanto ao objeto e quanto aos efeitos. Diz-se, no resumo, que quando o objeto for lícito pode ou não existir uma conduta ilícita anterior ou posterior; mas, caso o próprio objeto seja ilícito, existe uma presunção de ilegalidade

⁴¹³ BRASIL. Exposição de Motivos da Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br>> Acesso em: 14 set. 2017.

⁴¹⁴ Ao julgar o ato em questão, a Conselheira assim esclareceu: “A questão, contudo, é identificar se esta conduta deve ser compreendida como *per se* ou não. Se não, haveria que ser feita uma análise pela regra da razão. Para aqueles que interpretam esta conduta como sendo *per se*, basta haver provas para condenar os representados. Este tem sido o entendimento de alguns dos Conselheiros e, em particular, da formação desta composição do Tribunal. Respeitosamente aos que divergem de mim, não é o que julgo correto, porém. Explico a razão. Os casos de conduta concertada que implicam em danos inquestionáveis à sociedade são uma exceção à lei nº 12.529/11 e não a regra. Estes são os casos de cartéis clássicos (ou *hard core*), os quais estão bem delimitados na teoria econômica e se encaixam perfeitamente na Resolução nº 20/1999 do Cade, que define o que é um cartel no âmbito desta instituição. (...) Nestas situações, mostrar o poder de mercado do cartel é uma condição suficiente para condenar os seus integrantes, sem haver a necessidade de uma análise pela regra da razão. O motivo, todavia, é meramente de ‘economia processual’ ou ‘simplificação processual’, uma vez que haverá indubitavelmente efeito líquido negativo. Afinal, para que sopesar “custos x benefícios”, se não há benefícios?” In: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo 08012.007011/2006-97, Relatora Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, julgado em 10 de abril de 2017. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 08 ago. 2017.

e, portanto, se aplica uma regra de ilicitude *per se*, dispensando-se a avaliação da conduta ou dos efeitos mercadológicos, por exemplo.⁴¹⁵

Mas não se pode concordar com a premissa da manutenção da avaliação da conduta ou do ato de concentração por uma ilicitude intrínseca ao mesmo (ilicitude *per se*), que dispensa a investigação sobre as provas dos efeitos ou a realização de um contraste dos efeitos negativos com os positivos. Como dito anteriormente, a redação do artigo que prescreve as condutas anticompetitivas menciona a afetação aos princípios da livre iniciativa e concorrência, pormenorizando uma série de condutas que, ao contrário de justificarem uma sanção *per se*, denotam, ao revés, uma tentativa de exemplificar condutas que possam ter efeitos negativos e reforçar a subjetividade ou mesmo auxiliar na defesa por um critério excludente.⁴¹⁶ Isso não afasta, no todo ou em parte, a proposição geral e, portanto, não cria um critério que dispensa em absoluto qualquer prova, sob pena de arbítrio estatal, o que já foi alvo de análise do longo do presente trabalho.

Para os fins desse estudo, não existe ilicitude *per se* no direito brasileiro,⁴¹⁷ mesmo em infrações que possam ser consideradas objetivas,⁴¹⁸ como os cartéis em

⁴¹⁵ A título de exemplo, a Nota Técnica 95/2017, vinculada ao Processo Administrativo 08012.010505/2007-30, que diz: “O que se tem, portanto, é que uma conduta é anticompetitiva se: (i) tiver objeto lícito, mas possuir potencialidade lesiva; ou (ii) tiver objeto ilícito. A interpretação desta estrutura normativa permite, pois, que se possa classificar as condutas em dois tipos: condutas por *objeto* e condutas por *efeitos*. O resultado prático e útil desta classificação na aplicação da lei antitruste é evidente. Quando uma conduta for considerada anticompetitiva porque possui objeto ilícito, ou seja, sua mera existência a torna ilícita já que dela nunca decorreriam efeitos positivos concorrenciais, existe uma presunção de ilegalidade, aplicando-se aquilo que se convencionou chamar de regra *per se*. Neste caso, repise-se, a mera existência de uma conduta com determinado objeto é anticompetitiva, não sendo necessárias análises posteriores sobre efeitos ou detalhadas sobre o mercado. Por outro lado, quando o que torna uma conduta anticompetitiva são seus potenciais efeitos, é necessário que a decisão sobre a existência ou não da conduta perpasse algumas etapas relacionadas a estes potenciais efeitos, considerando-se, por exemplo, variáveis como eficiências geradas, racionalidade econômica ou justificativa para a conduta, entre outras. Na doutrina tradicional, diz-se que as condutas cuja ilicitude se define pela potencialidade de efeitos devem ser analisadas sob o jugo da *regra da razão*. Mas a estrutura da legislação antitruste vai além da tipificação genérica. Para evidenciar ainda mais a possibilidade de que as condutas sejam definidas ou por seu objeto ou por seus potenciais efeitos, o legislador traz, no art. 21 da Lei 8.884/94 e nos incisos do art. 36 da Lei 12.529/11, um rol exemplificativo de atos que, quando enquadrados no tipo genérico, são comumente considerados condutas anticompetitivas. Assim, existem condutas que, quando ocorrerem sob determinada forma, serão sempre definidas por objeto, ou seja, serão ilícitos por sua mera existência e, assim devem ser analisadas segundo a regra *per se*. In: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Nota Técnica 95/2017, vinculada ao Processo Administrativo 08012.010505/2007-30. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 24 set. 2017.

⁴¹⁶ Para Calixto Salomão Filho, a existência de um rol exemplificativo “permite preservar o fulcro do critério subjetivo, qual seja, a possibilidade de demonstrar que não havia intenção de eliminar a concorrência, obtendo dominação de mercado.” In: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as condutas**. Op. cit., p. 96 (cf. nota de rodapé 120).

⁴¹⁷ MARRARA, Thiago. **Sistema Brasileiro de Defesa...** Op. cit., p. 208.

geral o são, considerando que em qualquer dos casos (e por qualquer das teorias sobre as infrações administrativas vistas anteriormente) é imprescindível a análise da culpa em sentido amplo ou, no mínimo e a depender da teoria, de uma subjetividade básica e inerente ao critério da voluntariedade, ou da ausência de excludentes de antijuridicidade ou ainda de justificativas para a verificação do critério da reprovabilidade daquela conduta voluntária (que podem não ser simplesmente econômicas). Dito de outro modo, é possível que se considerem lícitas as práticas (condutas que denotam infração) prescritas como ilícitas pela lei,⁴¹⁹ concomitantemente ou não à realização de atos de concentração, e por isso se entende que uma legislação que considera uma ilicitude *per se*, uma ilicitude de incontornável ou de injustificável prova em sentido contrário, atenta não só contra os antecedentes normativos do Direito da Concorrência e seu vínculo com as disposições do Direito Penal, mas também com qualquer das teorias antes mencionadas.

Sendo assim, ainda que possam ser admitidas infrações concorrenciais objetivas, não se pode justificar a adoção de um sistema probatório proibitivo ou mesmo simplificado a ponto de impossibilitar qualquer prova em sentido contrário para descaracterização a violação, ainda que supostamente essas provas inexistam (ou inexistam em seu sentido econômico). Aliás, é preciso dizer que há efetivamente um problema na importação de regras ou de soluções prontas do Direito alienígena, porque as mesmas desconsideram as especificidades locais, o contexto legislativo e constitucional, e os próprios objetivos e fundamentos do Estado em questão.

Melhor dizendo, tem-se que quando importadas a regra da ilicitude *per se* e a regra da razão, o contexto em que são admitidas é de viés estritamente econômico, voltando a um ambiente concorrencial que vê a concorrência como um fim em si mesmo ou, ainda, dentro de um quadro em a mesma serve exclusivamente para a proteção do sistema mercadológico, o que é absolutamente diverso do nacional (que vê na concorrência um fator também de concretização a outras diretrizes constitucionais). É preciso adaptar e perquirir, portanto, o significado

⁴¹⁸ Necessário esclarecer que existem dois critérios distintos, um em relação à culpabilidade (objetivo ou subjetivo), e para os fins deste estudo ambos representam uma investigação, ainda que mínima, sobre os antecedentes da conduta ou ato de concentração, e outro em relação a regra de julgamento, *per se* ou regra da razão, sendo que nos casos de análise pela regra *per se* dispensam-se investigações sobre os efeitos positivos da conduta ou do ato, o que não ocorre na análise pela regra da razão. Por isso, ao menos no Direito Brasileiro, entende-se que a regra da razão sempre será aplicável.

⁴¹⁹ FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. Op. cit., p. 205.

daqueles conceitos dentro do quadro histórico-normativo brasileiro. Isso, porque a regra da razão, no caso brasileiro, tem caráter dúplice, considerando que a sua compreensão relaciona-se tanto a um critério processual (regra de julgamento) como um material (norma de adequação).

Quanto ao primeiro caso, diz-se que a regra da razão busca determinar os efeitos de uma conduta ou de uma modificação estrutural sobre a concorrência,⁴²⁰ ou os prós e contras dessas condutas e modificações,⁴²¹ e, conseqüentemente, especialmente no caso brasileiro, quais os efeitos para os bens jurídicos tutelados constitucionalmente e que estão direta ou indiretamente vinculados à proteção estabelecida na legislação especial. A questão se relaciona aos próprios valores constitucionais que envolvem a tutela concorrencial,⁴²² assim como o contexto social, econômico e jurídico da economia brasileira.⁴²³ E, por certo, em se tratando da origem penal do Direito da Concorrência e sua íntima conexão com o poder punitivo do Estado, qualquer simplificação, mesmo que sob a perspectiva de economia e celeridade processuais, conduzirá inevitavelmente à mácula a valores constitucionais caros, como a presunção de inocência. Dito de outro modo, não cabe à autoridade, mesmo que com a mais nobre intenção de simplificar e acelerar os procedimentos de análise dos casos submetidos, criar uma regra de julgamento que viola os princípios e garantias constitucionais individuais dos investigados.

O entendimento externado aplica-se mesmo em casos de cartelização, compreendidos a partir da Resolução 20, de 09 de junho de 1999, como resultantes de acordos explícitos ou tácitos entre competidores de um mesmo mercado envolvendo preços, produção, distribuição ou divisão territorial, a fim de aumentar os preços e lucros conjuntamente a níveis próximos de um efetivo monopólio,⁴²⁴ ainda

⁴²⁰ BLAIR, Roger D.; SOKOL, D. Daniel. The Rule of Reason and the Goals of Antitrust: an economic approach. **Antitrust Law Journal**, vol. 78, n. 2, 2012, p. 475.

⁴²¹ SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S.; SAGERS, Christopher. **The Law of Antitrust: an integrated handbook**. 3. ed. Saint Paul: West Academic Publishing, 2016, p. 165-285.

⁴²² BLAIR, Roger D.; SOKOL, D. Daniel. The Rule of Reason... Op. cit., p. 471-504.

⁴²³ O Conselho Administrativo de Defesa Econômica já julgou, por exemplo, que, mesmo em caso de cartel, "o ato deve ser considerado levando-se em conta o contexto econômico, social e jurídico da economia brasileira. A apreciação de um ato de Concentração deve fazer-se de forma centrada na ordem jurídico-econômica traçada pela Constituição Federal." In: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n. 08012.002315/1999-50, Relator Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca, julgado em 26 de dezembro de 2000. Disponível em <www.cade.gov.br> Acesso em 14 set. 2017.

⁴²⁴ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução 20, de 09 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/94, publicada no Diário Oficial da União de 28 jun. 1999. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao>> Acesso em: 18 set. 2017.

que exista entendimento majoritário do próprio Conselho em sentido contrário.⁴²⁵ Isso, porque a avaliação em si não é pura e simplesmente econômica e, mesmo que o seja, se o monopólio clássico não é julgado a partir de uma regra *per se*, é absolutamente ilógico permitir que práticas que tenham uma tendência natural a conduzir a um poder de monopólio o sejam. Aliás, a partir daí, poder-se-ia alegar que a conduta de cartelizar poderia ser substituída por uma modificação estrutural dos agentes envolvidos, como, por exemplo, na reunião de produtores na forma de cooperativa ou na reunião de trabalhadores em sindicatos e congêneres; ou seja, a cartelização, em tese, pode ser justificada a partir de critérios como a prevenção aos preços predatórios, a preservação da capacidade de operação em crises econômicas, a redução das incertezas (e custos de transação) ou, por fim, o incremento do poder de barganha dos pequenos ou dos trabalhadores.⁴²⁶

Isso não quer dizer que os cartéis em geral tragam benefícios econômicos para além daqueles que os seus participantes possam auferir, nem que por sua instabilidade ou curta duração podem ser simplesmente ignorados,⁴²⁷ mas tampouco quer dizer que as consequências não devem ser amplamente investigadas, a fim de comprovar-se a afetação da concorrência para além do razoável. A razoabilidade vindicada pela regra da razão, porém, não é equivalente à observância do que se pode chamar hodiernamente de princípio da razoabilidade, como se poderia imaginar a partir da vinculação das decisões da autoridade aos critérios específicos do Direito Administrativo, mas a uma razoabilidade lastreada em razões próprias do Direito Antitruste, onde a regra da razão transmuta-se materialmente em uma norma de adequação, uma norma de análise material das eficiências ou justificativas geradas e das suas consequências não só para a concorrência, mas também para todo o sistema. E as discussões doutrinárias sobre a razoabilidade e proporcionalidade podem justificar as bases do que se entenda ser a regra da razão.

⁴²⁵ O Conselho, por exemplo, decidiu que “de acordo com jurisprudência consolidada do CADE e a doutrina especializada, a conduta de cartel *“hard core”* é anticompetitiva *per se* face aos efeitos líquidos, sempre negativos, que produz sobre o mercado. Assim, ao contrário do que ocorre com outras condutas anticompetitivas previstas em nossa legislação, sua nocividade e ilicitude são presumidas, sendo desnecessária a realização de análise econômica sobre a extensão de seus efeitos ou sobre o mercado relevante.” In: BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 08012.010744/2008-71, Relatora Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, julgado em 23 de janeiro de 2017.

⁴²⁶ AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis; EDLIN, Aaron. **Antitrust Analysis: problems, text...** Op. cit., p. 114-120.

⁴²⁷ PASTRE, Daniel Fernando. A Teoria da Cooperação em Robert Axelrod e a Prática de Ilícitos Concorrenciais. In: **Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência**. Belo Horizonte: CONPEDI, 2015, v. 1, p. 122-140.

Melhor esclarecendo, tem-se, inicialmente, que a razoabilidade e a proporcionalidade são consideradas a partir de uma técnica de interpretação que leva a conclusões não apenas lógicas, mas também adequadas ao sistema em que inseridas as condições avaliadas;⁴²⁸ mais, a interpretação em abstrato (*in abstracto*) depende de considerações sobre os fatos, de modo que não há como apartar totalmente a interpretação e a aplicação (*in concreto*).⁴²⁹ Dito de outra forma, qualquer juízo de razoabilidade (e também de proporcionalidade) reclama uma epistemologia aberta à razão prática.⁴³⁰ E esse esclarecimento conduz à primeira faceta da regra da razão, no sentido de que a mesma pode significar no antecedente um juízo de ponderação abstrato (juízo que se diz normativo ou de compatibilização ao sistema) e no conseqüente uma avaliação concreta da realidade (juízo que se diz de aplicação ou de adequação das soluções apresentadas).⁴³¹ Isso, aliás, é integralmente compatível com o conceito de concorrência utilizado ao longo do trabalho, considerando que nesse não há prejuízo ao uso de compartilhado de soluções interpretativas e métodos empíricos (ou econométricos).

O segundo aspecto inerente à regra da razão dá-se através do exercício das premissas anteriores, no sentido de que se permite a consagração do postulado da limitação da intervenção estatal⁴³² ou, ainda um critério de contenção da atuação do poder público. Há, portanto, um ato de cooperação entre o poder público e os particulares que é inerente à regra da razão. Isso quer dizer que a intervenção estatal será contida após avaliadas as garantias prestadas pelos agentes econômicos de que os efeitos anticompetitivos eventualmente gerados a partir de uma conduta ou uma estrutura possam ser superados por benefícios para a concorrência e para todo o sistema de direitos e garantias constitucionais inseridos no seio da Constituição Federal.

⁴²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Op. cit., p. 167.

⁴²⁹ GRAU, Eros Roberto. Equidade, Razoabilidade, Proporcionalidade e Princípio da Moralidade. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica - RIHJ**, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, jan./dez. 2005, p. 1-8.

⁴³⁰ CIANCIARDO, Juan. **El Principio de Razonabilidad: del debido proceso substantivo al moderno juicio de proporcionalidad**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, p. 119.

⁴³¹ GARCÍA, Alejandro Neto. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 351.

⁴³² ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**. 3. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 68-71.

Por último, passando ao largo da questão da autonomia⁴³³ ou não⁴³⁴ da proporcionalidade ou de seus elos intrínsecos com a razoabilidade, ou das suas vinculações apenas a juízos de discricionariedade administrativa,⁴³⁵ é possível extrair dos critérios de proporcionalidade a terceira face da regra da razão, que se desenvolve consoante uma regra de adequação entre meios e fins, vinculados a uma premissa de menor onerosidade,⁴³⁶ ou do prejuízo estritamente necessário previsto no artigo 88, §6.º, da Lei Antitruste,⁴³⁷ ou da solução mais eficiente entre as possíveis (entre as razoáveis),⁴³⁸ e, por fim, pela proporcionalidade em seu sentido estrito com a verificação do que se perde e do que se ganha.⁴³⁹ Nesse sentido, por exemplo, importante julgado do Superior Tribunal de Justiça já estabeleceu um conceito de saldo líquido concorrencial atrelado à licitude ou ilicitude, à autorização ou não, de uma conduta ou de uma alteração estrutural.⁴⁴⁰

Na síntese, então, a regra da razão é o fundamento geral para a descaracterização da ilicitude de condutas ou de alterações estruturais e, conseqüentemente, fundamento para a justificação e autorização dessas, mesmo

⁴³³ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Op. cit., p. 175-176.

⁴³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. Op. cit., p. 111.

⁴³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. Op. cit., p. 80.

⁴³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Op. cit., p. 167-169.

⁴³⁷ Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: (...) § 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:

⁴³⁸ GABARDO, Emerson. O Princípio da Eficiência. In: NUNES JR., Vidal S.; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Z.; FREIRE, André L. **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. São Paulo: PUCSP, 2017, p. 14.

⁴³⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos para uma dogmática constitucional transformadora**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 245.

⁴⁴⁰ No voto, assim destacou o Ministro Relator: “A conclusão pela nulidade ou validade da restrição à concorrência, como bem anota a Doutrina Antitruste, em exegese adequada dos arts. 20 e 21 da Lei 8884/94, resulta da identificação das restrições concorrenciais legítimas, porque razoáveis, e das ilegítimas, por lhes faltarem a razoabilidade. A este instituto antitruste, originado no *Common Law* e desenhado pela Suprema Corte dos EUA no início do século XX, chama-se *regra da razão*. (...) Neste contexto, a regra da razão constitui o marco divisor da licitude ou ilicitude das cláusulas restritivas da concorrência. O seu fundamento está na percepção de que algumas restrições à concorrência fomentam a rivalidade econômica no mercado pertinente (as restrições ditas boas, ou razoáveis), enquanto que outras impedem o desenvolvimento econômico e o estabelecimento de concorrentes (essas, as chamadas más restrições, ou não razoáveis). A regra da razão constitui, assim, uma forma de interpretação lógica, por meio da qual os efeitos restritivos da concorrência são comparados com os efeitos promotores da concorrência, ou efeitos ditos pró-competitivos. Desse balanço auferem-se o saldo líquido para a concorrência: se positivo, a cláusula restritiva deve ser aprovada, porque beneficia o nível de concorrência existente; se negativo, deve ser sancionada, porque a restrição da concorrência prepondera sobre a sua promoção, em prejuízo do mercado, dos concorrentes e também dos consumidores.” In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Segunda Seção. Recurso Especial n. 261.155/SP, Relator Ruy Rosado Aguiar, Rel. p/ Acórdão Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 10/3/2004, DJ 303/05/2004, p. 91. Disponível em <www.stj.gov.br> Acesso em 15 de set. 2017.

diante de efeitos anticompetitivos, considerando que no aspecto formal autoriza a investigação ampla e irrestrita vinculada às próprias garantias processuais dos envolvidos e, no aspecto material, importa em um juízo de adequação, onde a drástica intervenção estatal (a proibição ou sancionamento da conduta ou do ato) pode ser superada pela análise entre os meios e os fins, a menor onerosidade e a proporcionalidade da conduta ou do ato posto para análise. E, ainda que esse fundamento geral não esteja restrito à hipótese concreta (ou com efeitos econômicos concretos), a legislação nacional elencou, contrariamente, exclusivamente questões ínsitas à análise econômica (no sentido de verificação econômica, não da disciplina de mesmo nome), como produção, qualidade, eficiência, desenvolvimento tecnológico e econômico, além de que, supostamente, todos esses benefícios devem ser repassados aos consumidores. A regra da razão, então, em primeiro momento, está diretamente vinculada a essas hipóteses alternativas (não cumulativas) previstas na legislação, nada obstante o conceito não estar restrito a elas, ponto que será pormenorizado na sequência.

3.3. AS HIPÓTESES ALTERNATIVAS PARA A AUTORIZAÇÃO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO ANTICOMPETITIVOS E A SUPOSTA ESSENCIALIDADE DA DEFESA DO CONSUMIDOR

Diz-se, acima, que a concentração decorre de um processo lógico e natural e que, sob fiscalização estatal, deve ser eventualmente corrigido, inclusive mediante coparticipação dos agentes econômicos envolvidos, ou impedido, quando prejudicar a concorrência de maneira não justificada, sem eficiências ou compensações pelos efeitos anticompetitivos que possam ser gerados. Essas justificativas, aliás, têm a capacidade de autorizar os atos ou evitar a sanção administrativa em decorrência da prática conjunta de infrações decorrentes da alteração estrutural pretendida. Na síntese de Eros Roberto Grau, a intenção da legislação é possibilitar que um ato que restrinja a concorrência seja mantido, adequado ou proibido somente se as eficiências não sejam relativamente maiores que os prejuízos gerados.⁴⁴¹ É, suma, a aplicação geral da regra da razão. Porém, a legislação foi mais específica,

⁴⁴¹ GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula Andréa. **O Estado, a Empresa e o Contrato**. São Paulo: Melheiros, 2005, p. 195.

considerando a expressa dicção do artigo 88, § 6.º, I e II, da Lei Antitruste,⁴⁴² que autoriza a realização de atos anticompetitivos e, portanto, exclui a ilicitude de condutas inicialmente ilícitas, desde que seja observado um dos seguintes critérios (inciso I): aumento de produção ou competitividade, melhoria da qualidade dos bens ou serviços ou propiciar eficiência e desenvolvimento tecnológico ou econômico; além disso, devem ser repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes do ato (inciso II).

Os critérios inicialmente descritos pela lei especial (inciso I), apesar de sua extensão e complexidade, e também de sua alternatividade, são invariavelmente econômicos; ou seja, todos implicam no fornecimento de produtos ou serviços de maior qualidade e de menor preço. Note-se, por exemplo, que o primeiro critério (aumento de produção) está umbilicalmente conectado à redução do preço final ao consumidor, já que na teoria econômica há uma relação intrínseca entre oferta e demanda, onde um incremento na oferta (produção) gera automaticamente um declínio no preço em função de critérios de escassez e desejo, por exemplo.⁴⁴³

O incremento da competitividade também não discrepa dos fatores econômicos, podendo ser entendido como a capacidade de enfrentar a concorrência com outros competidores em um mesmo mercado relevante, que pode ser nacional ou mesmo internacional;⁴⁴⁴ ou seja, importa inevitavelmente a análise de fatores de produção e preço, e na capacidade de gestão desses fatores nos mercados onde há (ou poderá existir) atuação da parte envolvida. Um dos casos mais marcantes que levou a competição internacional à aprovação de uma concentração anticompetitiva foi o da Companhia de Bebidas das Américas (Ambev), onde a autoridade aprovou o ato com restrições por supostamente permitir uma maior competição da nova companhia em mercados externos, ainda que gerados sensíveis prejuízos concorrenciais ao mercado nacional.⁴⁴⁵

⁴⁴² Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: (...) § 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.

⁴⁴³ STIGLER, George J. **The Theory of Price**. New York: The Macmillan Company, 1952, p. 96-99.

⁴⁴⁴ MARIOTTO, Fábio L. O Conceito de Competitividade da Empresa: uma análise crítica. **Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, vol. 31, n. 2, jun. 1991, p. 37-52.

⁴⁴⁵ No Parecer da Secretaria de Direito Econômico, assim ficou estabelecido: "Como foi amplamente demonstrado, a consumação do presente ato de concentração eliminaria substancialmente a

O item seguinte (melhoria da qualidade dos bens ou serviços) encontra um pormenor, que é a característica de qualidade ter diferentes acepções e estar vinculada à percepção que o próprio consumidor tem do produto ou do serviço; ou seja, há um fator de incerteza na aferição da qualidade porque ela pode relacionar-se ao próprio valor do bem (o consumidor avalia a qualidade de um bem também pela simples relação entre o valor que pagou por ele, o que pode indicar que uma diminuição de preço aumentaria a qualidade sem qualquer alteração física no mesmo) ou da marca que o representa (marcas notáveis agregam valor aos seus produtos ou serviços).⁴⁴⁶ Porém, é plenamente possível, ao menos na avaliação concorrencial, abstrair essa incerteza pela análise especializada. Note-se, ainda, que a melhoria da qualidade tem uma relação íntima com a necessidade de pesquisa, inovação ou da criação ou uso de novas tecnologias, e esses itens são igualmente considerados sob uma perspectiva exclusivamente econômica. Isso é justificado a partir na análise dos benefícios aos consumidores (qualidade e preço) e seus efeitos totais sobre o mercado. O Conselho, aliás, já entendeu que o incremento tecnológico gera reflexos na qualidade do produto ou do serviço e maior capacidade produtiva (o que, como visto, acarreta imediatamente a diminuição de preços finais aos consumidores).⁴⁴⁷

Isso quer dizer, em suma, que todos os fatores alternativos expressos na legislação especial são econômicos e complementares entre si; isso, porque uma

dinâmica concorrencial do mercado de cervejas, nas cinco regiões geográficas definidas por esta Secretaria. De fato, a união das duas maiores rivais nesses mercados resultaria numa empresa com poder absolutamente incontestável, que comandaria um amplo portfólio de marcas (incluindo as três mais aceitas), as três redes de distribuição de cerveja com maior penetração no país e capacidade instalada suficiente para atender, sozinha, à totalidade da demanda nacional atual. Tendo em vista as características desse mercado, a nova empresa teria plena capacidade de agir de forma indiferente em relação aos demais concorrentes, abusando de sua posição dominante por meio da fixação de preços monopolistas. Além disso, tudo indica que as eficiências geradas pela operação seriam apropriadas exclusivamente pelas requerentes, não acarretando nenhum aumento de bem estar social. Destarte, os efeitos líquidos da operação seriam negativos, o que exige a atuação das autoridades de defesa da concorrência para restabelecer a dinâmica concorrencial no mercado (cf. itens 614/616 do parecer proferido, p. 194-195). In: BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08012.005846/99-12. Relator Conselheiro Hebe Romano, julgado em 29 de março de 2000. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 15 nov. 2017.

⁴⁴⁶ AKERLOF, George A. The Market For "Lemons": quality uncertainty and market mechanism. **The Quarterly Journal of Economics**, vol. 84, n. 3, ago. 1970, p. 488-500.

⁴⁴⁷ Na situação concreta posta para análise, disse a Conselheira Relatora que: "Por fim, a operação apresenta potencial de geração de eficiências, tendo em vista o fato de que a operação injetará recursos financeiros na Getec, o que proporcionará à empresa atingir desenvolvimento tecnológico, melhorando a qualidade do produto e alcançando maior capacidade produtiva." In: BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 0175/1997, Relatora Conselheira Lucia Helena Salgado e Silva, julgado em 18 de fevereiro de 1998. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 17 out. 2017.

melhor tecnologia, por exemplo, acarreta redução no custo de produção ou uma melhoria da qualidade do produto ou serviço e, conseqüentemente, acréscimo patrimonial ao consumidor final, seja pela aquisição de um produto melhor a preço similar ou pela diminuição do preço final do mesmo produto. Do mesmo modo, um preço final menor, conseguido pela descoberta ou aquisição de novas tecnológicas pode aumentar a produtividade, diminuir o preço e incrementar a competitividade do agente econômico no dado mercado, e assim por diante. Há, portanto, um viés comum a todos esses critérios: o incremento da eficiência produtiva.

A eficiência produtiva pode ser vista sob dois aspectos: o primeiro, relacionado à saída de bens (*output improvement*), ocorre quando, sem gastos adicionais (sem acréscimo nos insumos, materiais ou no custo) e sem prejuízo à linha de produção, consegue-se produzir mais, gerando acréscimo nas saídas; o segundo, por outro lado, correspondendo a produção do mesmo número de bens, mas com entradas menores (*input improvement*), com menor custo, menor uso de matéria-prima ou de insumos.⁴⁴⁸ A eficiência produtiva está relacionada intimamente com a maximização dos lucros,⁴⁴⁹ na boa relação entre meios e resultados, tendo em vista que sob qualquer ângulo, seja das saídas ou das entradas, o agente econômico terá (ou buscará ter) um plus, um excedente pecuniário decorrente dessa modalidade de eficiência.

Não basta, todavia, a realização da eficiência produtiva. A legislação nacional também fez uma imposição extraordinária (inciso II), no sentido de que todas as eficiências produtivas sejam, de forma relevante, repassadas ou compartilhadas com os consumidores, gerando benefícios aos mesmos. Para entender o sentido da legislação é necessário entender a origem do termo, que deriva de um artigo lançado pelo conhecido juiz Robert Heron Bork em 1966, mas enquanto era advogado e professor da Faculdade da Yale, onde foi cunhado o termo bem-estar do consumidor (*consumer welfare* ou *wealth*). Para o autor, a análise da histórica da própria criação da lei americana revelou que o único valor a ser observado pela legislação antitruste norte-americana era o bem-estar do consumidor, o que foi associado ao equilíbrio geral em termos competitivos ou a um

⁴⁴⁸ Para David D. Friedman, "An improvement in production means using the same inputs to produce more of one output without producing less of another (*output improvement*), or producing the same outputs using less of one input and no more of any other (*input improvement*).” In: FRIEDMAN, David. D. **Price Theory: an intermediate text**. 2. ed. Ohio: South-Western Publishing, 1990, p. 535.

⁴⁴⁹ MASS-COLELL, Andreu; WHISTON, Michael D.; GREEN, Jerry R. **Microeconomic Theory**. New York: Oxford University Press, 1995, p. 150.

equilíbrio nas relações entre competidores e consumidores, mas não totalmente conceituado, especialmente porque o termo vinha desvencilhado de qualquer conotação nas teorias econômicas que então predominavam.⁴⁵⁰ Isso, todavia, não impediu a jurisprudência americana de incorporar a análise histórica feita por Bork, como no caso *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*,⁴⁵¹ e reverter entendimento anterior, que aplicava a regra *per se* a casos similares, ao considerar que a intenção legislativa é promover o bem-estar do consumidor e, portanto, não há que se condenar a atuação empresarial cegamente sem possibilitar uma verificação da regra da razão, porque, mesmo onde há restrição competitiva interna entre revendedores ou distribuidores o efeito total final pode ser a competição externa (com efeitos positivos aos consumidores).⁴⁵²

Depois de mais de uma década foi lançado o livro que pormenorizou as questões trazidas nos trabalhos anteriores, onde Robert H. Bork levantou a existência de um verdadeiro paradoxo na lei antitruste, cunhando o novo termo de *antitruste paradox*, nada obstante alguns artigos anteriores, como o *Legislative Intent*, estarem presentes como capítulos do livro. A partir desse novo estudo esclareceu-se que o termo bem-estar do consumidor foi usado como um recurso de linguagem, uma metonímia, no sentido de que a palavra é posta fora de seu contexto semântico com o fito de significar a relação conceitual com outro conteúdo

⁴⁵⁰ A ausência de conotação econômica pode ser extraída quando diz-se que o único objetivo legítimo da legislação antitruste é o bem-estar do consumidor, não por causa do elo econômico, mas sim em consequência da lei. A referência inicial foi repetida em inúmeros outros trabalhos do autor até o lançamento do livro que pormenorizou a sua tese. In: BORK, Robert H. *Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act*. **The Journal of Law & Economics**, Chicago, vol. 9, out. 1966, p. 7-48.

⁴⁵¹ No caso *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.* a Corte abandonou a aplicação da regra *per se* e autorizou a análise do ato pela regra da razão imbuída do pressuposto de que as restrições mercadológicas (no caso, a cláusula de exclusividade territorial), ainda que prejudiquem uma competição entre as marcas, podem ser justificadas por eficiências na cadeia de produção e distribuição que, a longo prazo, acarretam a diminuição de preços ao consumidor; ou seja, em alguns casos a restrição promove mais do que prejudica a concorrência, o que acaba gerando eficiência (no original, a tradução revela a seguinte passagem: “may in some instances promote, rather than impede, competition”). In: U.S. Supreme Court. *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433, U.S. 36, julgado em 23 de junho de 1977. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/433/36/case.html>> Acesso em: 12 set. 2017.

⁴⁵² No original, tem-se que: “Since the legislative intent underlying the Sherman Act had as its goal the promotion of consumer welfare, we decline blindly to condemn a business practice as illegal *per se* because it imposes a partial, though perhaps reasonable, limitation on intrabrand competition, when there is a significant possibility that its overall effect is to promote competition between brands.” GINSBURG, Douglas H. Bork’s “Legislative Intent” And He Courts. George Mason University School of Law. **Antitrust Law Journal**, vol. 79, n.3, 2014, p. 941-951.

que tem correspondência (o bem-estar);⁴⁵³ ou seja, o bem-estar do consumidor não é propriamente do consumidor em si (ou somente enquanto), mas tem íntima relação com ele. E mais, ao (re)significar o bem-estar do consumidor expressamente estabeleceu-se que aquele é maior quando os bens da sociedade são alocados de forma que o consumidor possa satisfazer suas necessidades de acordo com a melhor tecnologia disponível em determinado espaço e tempo. Nesse sentido, o bem-estar do consumidor é apenas outra forma de mencionar o bem-estar da nação ou um bem-estar geral, coletivo ou total.⁴⁵⁴ Na síntese da sua teoria, diz Bork, a grande tarefa da legislação antitruste pode ser resumida como um esforço para aumentar a eficiência alocativa sem reduzir a eficiência produtiva, a ponto de gerar ganho zero ou mesmo perdas de bem-estar do consumidor.⁴⁵⁵

Ao passo em que a Suprema Corte passou a adotar a tese e indicar que a intenção do legislador era a proteção do consumidor (a prescrição legal era a maximização do bem-estar do consumidor),⁴⁵⁶ os novos vínculos entre bem-estar do consumidor (*consumer welfare*) e bem-estar social, agregado ou total (*social, aggregate or total welfare*), e entre os conceitos de eficiência produtiva e alocativa, de origem econômica e que serão propriamente conceituados na sequência, foram alvo de intenso debate, fazendo surgir duas correntes distintas: a primeira, para quem o bem-estar do consumidor é sinônimo de bem-estar social, agregado ou total, uma desnecessária e confusa redundância (e, nesse caso, para essa corrente, Bork somente poderia estar se referindo a operacionalização do princípio do bem-estar do consumidor, mediante benefícios econômicos recebidos, mensuráveis pela variável do preço e da quantidade, ou a um excedente em proveito do consumidor – *consumer surplus*⁴⁵⁷).⁴⁵⁸ A segunda, que sintetiza o pensamento da Escola de

⁴⁵³ FOX, Eleanor M. The Efficiency Paradox. In: PITOFSKY, Robert (coord). **How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust**. Oxford: Oxford Scholarship Online, 2009, p. 77-101.

⁴⁵⁴ BORK, Robert Heron. **The Antitrust Paradox: a...** Op. cit., p. 58-112.

⁴⁵⁵ BORK, Robert Heron. **The Antitrust Paradox: a...** Op. cit., p. 91.

⁴⁵⁶ O termo “consumer welfare prescription”, com expressa menção à teoria de Bork, foi utilizado pela Suprema Corte, sinalizando a conexão com a coletividade quando menciona que a intenção do legislador era proteger o consumidor enquanto indivíduo. In: U.S. Supreme Court. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Eighth Circuit, Reiter v. Sonotone Corp., 442 U.S. 330, julgado em 11 de junho de 1979. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/442/330/case.html>> Acesso em: 18 set. 2017.

⁴⁵⁷ O termo excedente pró-consumidor (*consumer surplus*) significa que na variável entre preço e quantidade, há um ponto de equilíbrio. Quando o consumidor adquire um produto abaixo desse preço há um excedente em seu favor, considerando que existe um benefício econômico calculado pela diferença entre o que o consumidor pagaria pelo produto (no ponto de equilíbrio ou no preço natural) e o que pagou por ele (e o excedente beneficia a coletividade porque o consumidor poderá adquirir

Chicago,⁴⁵⁹ que atribuiu um sentido de bem-estar econômico vinculado à eficiência, estabelecendo que um mercado que opera de forma eficiente (e esse conceito de eficiência não condiz necessariamente com o entendimento de Bork), em regra, traz benefícios econômicos totais, assim como benefícios finais ao consumidor, mensuráveis, por exemplo, por questões de preço, quantidade ou qualidade.⁴⁶⁰ Há um terceiro entendimento, talvez de menor repercussão, no sentido de que o que fez Bork foi utilizar-se de um conceito que releva uma noção de equilíbrio parcial, que leva em consideração apenas o mercado afetado em uma análise tópica, identificando-se com o fato de que nessa análise qualquer aumento de preços diminui o excedente ao consumidor (*consumer surplus*).⁴⁶¹

Há, portanto, um problema central, que diz respeito à transformação econômica de um valor originalmente lançado sem qualquer conotação econômica (mas sim a partir de uma análise histórica da suposta intenção legislativa), o bem-estar do consumidor, e na forma como mensurá-lo. Para compreensão mínima da tese e seus efeitos para a defesa da concorrência, imprescindível analisarem-se os conceitos de eficiência, eficiência produtiva e alocativa, eficiência dinâmica e estática e as noções de equilíbrio (geral ou total e parcial). Isso, porque, quando Bork se utiliza dos termos bem-estar da nação ou social está apelando tacitamente para uma noção de eficiência alocativa prescrita pelo Ótimo de Pareto, vinculado ao conceito de equilíbrio geral em relação ao bem-estar social.⁴⁶²

Para melhor entendimento da alegação, tem-se que, enquanto a eficiência produtiva releva avaliações entre meios e fins vinculados a produção de bens, a

com o excedente outros bens). A via contrária (excedente pró-produtor) é a oposição e ocorre quando a venda dá-se por quantia maior do que o produtor/vendedor entende como justa (no ponto de equilíbrio ou preço natural). In: WEIGEL, Wolfgang. **Economics of the Law**. New York: Routledge, 2008, p. 4-5.

⁴⁵⁸ BRODLEY, Joseph F. The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress. **New York University Law Review**, New York, n. 62, p. 1010-1053.

⁴⁵⁹ Nas palavras de Marcia Carla Pereira Ribeiro e Felipe Starke, a Escola de Chicago, também conhecida como “Neoclássica, tem manifesta influência sobre múltiplas gerações de economistas e parte da premissa do menor grau possível de regulamentação do Estado no Direito Antitruste. Seus fundamentos embasam a análise econômica do Direito a partir da busca da maior eficiência alocativa no mercado. Nesta linha, as concentrações empresariais não são vistas como um mal que deve a todo custo ser evitado, pois os acordos verticais são justificados pelos ganhos de eficiência com as transações, o que representaria vantagem para o consumidor.” In: STARKE, Felipe; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Eficiência e Concentração Empresarial: o caso do setor de bebidas frias In: **Direito e Economia**. 1 ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. I, p. 225-251.

⁴⁶⁰ POSNER, Richard A. **El Análisis Económico Del Derecho**. 2. ed. México: FCE, 2007, p. 35-41.

⁴⁶¹ JORGENSON, Dale W.; LAU, Lawrence J.; STOKER, Thomas M. Welfare Comparisons Under Exact Aggregation. **The American Economic Review**, vol. 70, n. 2, may 1980, p. 268-272.

⁴⁶² LANDE, Robert H. Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged. **Hastings Law Journal**, vol. 34, n. 1, sep. 1982, p. 65-151.

alocativa revela-se quando, por um sistema de preços, os bens estão nas mãos daquelas pessoas que mais os valorizam. Essa eficiência corresponde a um estado de equilíbrio associado à produção ótima⁴⁶³ e que, desse modo, está estritamente ligada ao conceito do Ótimo de Pareto (a situação onde uma transferência de bens ocorre sem prejuízo a uma das partes ou onde a alocação gera apenas efeitos positivos, sem que a nenhum envolvido reste diminuição de bem-estar).⁴⁶⁴ E, postas essas considerações, é de se vincular o pensamento de Bork a uma eficiência estática, não dinâmica; ou seja, a uma análise mercadológica de desempenho em determinado momento específico de tempo, sem projeção ou prospecções para o futuro.⁴⁶⁵ Por último, em relação aos recortes para a noção de uma situação de equilíbrio, sinalizam-se critérios lastreados em um equilíbrio geral, não parcial.⁴⁶⁶ A principal diferença entre eles é que o primeiro analisa vários mercados ao mesmo tempo, compreendendo a relação de interdependência entre eles e os reflexos, por exemplo, sobre o aumento do preço de um produto em outro, enquanto o segundo parte de um recorte temático que restringe a análise a determinado setor, mercado (produto ou serviço) ou relação (econômica). E isso é justificado porque há uma análise entre a cadeia de produção, distribuição e demanda dos consumidores,

⁴⁶³ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. **Eficiência Económica e Restrições...** Op. cit., p. 774.

⁴⁶⁴ Nas palavras de Rachel Sztajn: "O economista considera que a mudança é eficiente, numa sociedade, quando alguém fica melhor do que anteriormente com a mudança de alguma atribuição de bens anterior, sem que ninguém fique pior." In: SZTAJN, Rachel. *Law & Economics*. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSTAJN, Décio (orgs.). **Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 76.

⁴⁶⁵ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. **Eficiência Económica e Restrições...** Op. cit., p. 778.

⁴⁶⁶ Para Herman Daly e Joshua Farley, os economistas devem lembrar uma análise parcial pode levar à falácia da composição (*fallacy of composition*), que ocorre quando há uma falsa crença de que o que é verdade para uma parte deve ser verdade para o todo, ou vice-versa. Por exemplo, o espectador de um estádio pode ter uma visão melhor se ficar em pé, mas isso não vale para todos, porque se todos levantarem então ninguém terá uma visão melhor do que tinha antes, quando confortavelmente sentados. In: DALY, Herman E.; FARLEY, Joshua. **Ecological Economics: principles and applications**. 2. ed. Washington: Island Press, 2011, p. 263.

assim como da intrínseca relação entre as variações de preços e quantidades no mercado como um todo.⁴⁶⁷

Postas essas premissas, a tradução do pensamento de Robert Heron Bork significa que o bem-estar do consumidor traduz-se por uma eficiência social, total ou agregada,⁴⁶⁸ vinculando, portanto, uma eficiência alocativa e estática ao critério do Ótimo de Pareto, mas sem desconsiderar um critério de equilíbrio geral (nada obstante esse fique reduzido a perspectivas em relação ao preço). Esse entendimento atualmente está absolutamente consolidado no campo da concorrência nos Estados Unidos, tanto que o Departamento de Justiça, através da sua Divisão Antitruste, incluiu a relação entre eficiência (bem-estar agregado, geral ou total na forma de eficiência alocativa) com o objetivo de incrementar a habilidade das firmas de incentivar a competição, com a conseqüente redução de custos dos bens e serviços, incremento de qualidade mediante melhorias variadas ou mesmo o lançamento de outros inexistentes no mercado então avaliado (o que denota eficiência produtiva).⁴⁶⁹

No Brasil, se por um lado não há dúvida quanto à influência da doutrina estadunidense nos estudos e decisões da autoridade concorrencial, por outro, a interpretação não pode ser exatamente a mesma lançada anteriormente, ainda que, mais do que nunca, se reconheça que a intenção do legislador foi exata e

⁴⁶⁷ O autor relata assim a importância da análise de um equilíbrio geral: "General equilibrium analysis is the study of competitive equilibrium in many markets at the same time. Unlike partial equilibrium analysis, it allows us to understand the consequences of interdependence among markets. This advantage is important for two reasons. First, factors that affect supply and demand in one market can have significant ripple effects in other markets. In the context of policy making, those ripples can create unintended consequences. Second, the interdependence of markets produces feedback. When a change in price and quantity in one market impacts a second market, the resulting change in price and quantity in the second market can in turn impact the first. General equilibrium analysis accounts for this feedback between markets; partial equilibrium analysis does not. (...) Sometimes markets are linked because the price of one good affects the demand for another; sometimes they're linked because the production of one good affects the cost of producing another." In: BERNHEIM, B. Douglas; WHINSTON, Michael D. **Microeconomics**. New York: McGraw-Hill/Irwin, 2008, p. 577-578.

⁴⁶⁸ Por isso, ao menos da doutrina americana, não faz sentido algum a objeção de Jorge Fagundes, para quem é preciso determinar antecipadamente qual o objetivo da legislação antitruste, se é o bem-estar agregado ou o bem-estar do consumidor, tendo em vista que um é sinônimo do outro no sentido próprio do criador do termo. In: FAGUNDES, Jorge. Excedente do Consumidor, Excedente Agregado e o Uso Simulação com Modelo PCAIDS no Caso Nestlé-Garoto. **Revista do IBRAC**. São Paulo, Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 14, n. 1, 2006, p. 131-148.

⁴⁶⁹ Na versão atual (2010) assim consta: "Competition usually spurs firms to achieve efficiencies internally. Nevertheless, a primary benefit of mergers to the economy is their potential to generate significant efficiencies and thus enhance the merged firm's ability and incentive to compete, which may result in lower prices, improved quality, enhanced service, or new products." U. S. Department of Justice, Antitrust Division. **Horizontal Merger Guidelines**. Washington, DC, 2010. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/merger-enforcement>> Acesso em: 12 set. 2017.

precisamente lançar mão de um ordenamento jurídico voltado, também, à proteção dos interesses dos consumidores, como consta não só na orientação da Lei Antitruste,⁴⁷⁰ como também nos direitos e garantias fundamentais, artigo 5.º, XXXII, da Constituição Federal,⁴⁷¹ e no rol dos princípios que regem a ordem econômica, como prediz o artigo 170, V, da mesma Constituição.⁴⁷² Aliás, essa deve ser a primeira observação a ser posta em relação ao regime: enquanto no termo originou-se nos Estados Unidos a partir de observações sobre a intenção do legislador (intenção tácita), foi transplantado para o regramento nacional de forma expressa, não tácita, existindo princípios e regras que determinam, sem qualquer dúvida, a intenção de proteção do consumidor (e, no caso, do bem-estar do consumidor).

O critério de eficiência que gera bem-estar agregado e, portanto, bem-estar do consumidor, no caso brasileiro, não pode estar vinculado ao Ótimo de Pareto. A utilização desse aparato, logo de início, colide com a noção de concorrência utilizada neste estudo, porque se vincula àquela concorrência idealizada e tão pouco real, o que inclusive foi alvo de crítica e justificou a adoção de uma concorrência viável, trabalhável ou efetiva. E mais, a utilização de tal fundamento impede a realização de trocas quando as mesmas geram prejuízo para uma das partes (como no caso de aumento de preços ao consumidor, por exemplo).⁴⁷³ Assim, torna-se adequada a vinculação ao critério de Kardor-Hicks, que admite simplesmente que uma parte pode indenizar a outra e que a eficiência (econômica) ocorrerá através de um benefício recíproco mediante compensação,⁴⁷⁴ mantendo-se, por isso, um equilíbrio mercadológico geral dentro de um sistema.

⁴⁷⁰ Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

⁴⁷¹ 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: (...) XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

⁴⁷² 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: (...) V - defesa do consumidor;

⁴⁷³ Há quem diga que qualquer ato de concentração não pode importar em incremento de preço, rejeitando a premissa da compensação porque é contrária ao princípio da proteção do consumidor. In: FISHER, A.; LANDE, R. Efficiency Considerations in Merger Enforcement. **California Law Review**, vol. 71, 1983, p. 1580-1696.

⁴⁷⁴ Para Richard Posner, quando os economistas falam em eficiência, nove entre dez vinculando-se ao critério de Kaldor-Hicks, não ao Ótimo de Pareto. In: POSNER, Richard A. **El Análisis Económico Del...** Op. Cit., p. 40.

Por isso, a análise deve, para além de buscar a eficiência de Kaldor-Hicks, também reconhecer que ela está umbilicalmente atrelada a um equilíbrio geral, não parcial; ou seja, é preciso reconhecer que a relação mercadológica, a variação de preço, quantidade ou qualidade, por exemplo, não se dá através de um recorte específico ou em um curto espaço de tempo, mas deve prolongar-se a ponto de permitir uma eficiência futura ou que a compensação por eventuais perdas ocorra em momento diverso daquele em que enfrentado eventual prejuízo.⁴⁷⁵ Isso, porque os interesses do consumidor não estão estritamente vinculados somente aos critérios quantitativos (dicotomia entre preço e quantidade), mas também a outros elementos que os consumidores valorizam e nem sempre podem ser propriamente precificados, como variedade, inovação, qualidade,⁴⁷⁶ ou outras formas de concorrência não conectadas diretamente ao preço (*non-price competition*), como o design, marketing ou vínculo à marca.⁴⁷⁷ E não há nada que macule essa assertiva, considerando que o artigo 91, da Lei Antitruste, permite a revisão do ato que não cumprir com as eficiências que se protraíam no tempo.⁴⁷⁸

O Guia do Conselho Administrativo de Defesa Econômica segue nessa mesma linha, atrelando os critérios de benefícios aos consumidores, ainda que na forma de compensação, por considerar que os agentes econômicos não podem ser os únicos beneficiados pelos atos analisados.⁴⁷⁹ Por esse entendimento, transparece que a autarquia faz diferenciação entre bem-estar coletivo e bem-estar do consumidor, o que não existe na compreensão do conceito em sua raiz (onde a proteção do consumidor é traduzida pela noção de bem-estar agregado, total ou

⁴⁷⁵ WILLIAMSON, Oliver E. Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Trade-offs. **The American Economic Review**, vol, 58, n. 1, mar. 1968, p. 18-36.

⁴⁷⁶ AVERITT, Neil W.; LANDE, Robert H. Using the “Consumer Choice Approach” to Antitrust Law. **Antitrust Law Journal**, v. 74, 2007, p. 175-264.

⁴⁷⁷ KLEIN, Benjamin. Competitive Resale Price Maintenance in the Absence of Free-Riding. **Antitrust Law Journal**, vol. 76, n. 2, 2009, p. 431-481.

⁴⁷⁸ Art. 91. A aprovação de que trata o art. 88 desta Lei poderá ser revista pelo Tribunal, de ofício ou mediante provocação da Superintendência-Geral, se a decisão for baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, se ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas ou não forem alcançados os benefícios visados.

⁴⁷⁹ No referido Guia, consta expressamente que “para que uma eficiência seja contabilizada no sentido de compensar os prováveis efeitos negativos ao bem-estar coletivo, não basta que gere reduções de custos, aumento de lucros ou outros benefícios que sejam incorporados unicamente pelas empresas fusionadas. Sendo a coletividade a titular dos bens jurídicos protegidos na LDC, o art. 88, § 6º, II, coloca como condição para aprovação de um AC, com base em eficiências específicas do AC, que parte relevante dos benefícios decorrentes seja repassada aos consumidores.” In: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia: Análise de Atos de Concentração Horizontal. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais>> Acesso em: 14 set. 2017.

geral), ou, ao revés, estabelece que a compensação deve estar vinculada ao bem-estar agregado, mas que inclua, de forma relevante, algum benefício ao consumidor, desvinculados, portanto, que fatores como redução de custos ou aumento de lucros (que traduzem benefício total, mas estritamente conectado ao agente econômico).

Dito de outra forma, a compensação transforma-se efetivamente em retribuição; ou seja, há um verdadeiro sentido de retribuição ao prejudicado, que no caso se considera como sendo o consumidor. Para Ana de Oliveira Frazão, tais premissas geram a noção do que chama de princípio retributivo. O referido tem por base a necessidade inafastável de que os riscos estejam cobertos pelos efeitos positivos do ato de concentração, traduzindo-se em benefícios distribuídos especialmente aos consumidores para compensação daqueles prejuízos.⁴⁸⁰

Não se trata da transferência pura e simples de quotas de bem-estar (*wealth transfers*),⁴⁸¹ como poderia ser sugerido, porque não se pretende expropriar bens do produtor para repassá-los ao consumidor, tampouco proibi-lo (o produtor) de buscar e obter as vantagens próprias da conduta ou da modificação estrutural que implica a concentração, mas sim fazer compreender que nessa relação entre empresários e consumidores não pode existir benefício apenas para um deles quando presente efeitos negativos para a concorrência. A aferição dos benefícios econômicos da concentração, aliás, vincula também um critério econômico dos benefícios aos consumidores, mas não se restringe a eles. Assim, o critério da defesa do consumidor não se transmuta imediatamente em proibição (e negação do ato), e por isso diz-se que não é essencial, mas obriga a observação de um necessário juízo de proporcionalidade qualitativa e quantitativa a ser ponderado pela autoridade.

Desta forma, tem-se que as hipóteses alternativas vinculam estritamente valores econômicos, relacionando as eficiências produtivas (inciso I) e o viés do consumidor (inciso II) na busca de uma melhor eficiência alocativa. Para todos os efeitos, a interpretação dada à proteção do consumidor na seara concorrencial não é a mesma da doutrina estadunidense, tampouco deve ser compreendida sob a óptica do bem-estar agregado, geral ou total que é aferido pelo Ótimo de Pareto, que induz uma eficiência estática e um equilíbrio parcial. Pelo contrário, no caso brasileiro, a proteção do consumidor obriga o repasse de benefícios em contraprestação aos

⁴⁸⁰ FRAZÃO, Ana de Oliveira. A Análise de Eficiências em Atos de Concentração sob o Enfoque do Princípio Retributivo. In: CARVALHO, Vinícios Marques de (org.). **A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2015, p. 187.

⁴⁸¹ LANDE, Robert H. *Wealth Transfers as the...* Op. cit., p. 65-151.

danos concorrenciais, utilizando-se de uma noção de bem-estar agregado, geral ou total que, apesar de vinculada à noção puramente econômica (considerando que o consumidor tem parte dos benefícios calculáveis), não pode ser medida de forma parcial (fazendo um recorte ou incluindo, por exemplo, apenas os benefícios aos empresários), forçando, por isso, uma análise mais ampla, que autoriza a incursão pelo critério de Kaldor-Hicks, pela eficiência dinâmica e por, preferencialmente, a noção de equilíbrio total (que consegue melhor visualizar benefícios que se protraem nos mercados, suas conexões paralelas, e também no tempo). E essa noção é importante para posterior comparação e estabelecimento da eficiência ambiental, o que será objeto de justificação, legitimação e conceituação no próximo capítulo.

CAPÍTULO 4: A NOVA CONCEPÇÃO DE EFICIÊNCIA AMBIENTAL A PARTIR DE CRITÉRIOS NORMATIVOS E COOPERATIVOS

O capítulo quarto tem o objetivo de trazer um (novo) conceito daquelas eficiências, justificações ou autorizações que é diretamente conectado à proteção do meio ambiente; contudo, ao contrário das eficiências produtivas e alocativas, ou mesmo do critério da proteção (e repasse dos benefícios) ao consumidor, que pode ser auferido através de modelos econômicos, com um marco na Escola de Chicago (independente de mencionar o Ótimo de Pareto ou a eficiência de Kaldor-Hicks), no caso do meio ambiente o arbitramento (econômico) dos benefícios e prejuízos traz complicações concernentes aos padrões por vezes não matemáticos. Do mesmo modo, as considerações sobre a proteção do meio ambiente também dependem da autoridade concorrencial e da sua forma de interpretar o que é a concorrência, quais os objetivos da legislação e como deve ser o seu padrão de atuação, o que induz o estudo ao viés constitucional, o que será feito nos primeiros itens, para que, ao final, seja possível conceituar essa eficiência ambiental e vinculá-la, se plausível, aos padrões econométricos que tanto balizam a atividade estatal.

4.1 A NORMATIVIDADE CONSTITUCIONAL COMO FUNDAMENTO AO DESENVOLVIMENTO DE UM CRITÉRIO DE EFICIÊNCIA AMBIENTAL

A justificação de implicações ambientais para a análise das condutas ou dos atos de concentração empresarial, ao contrário da defesa do consumidor, como visto no capítulo antecedente, não tem base infraconstitucional, considerando que não há uma linha sequer relacionada ao meio ambiente da Lei Antitruste. Aliás, não só as considerações sobre eventuais eficiências são restritas ao mercado, com elos na eficiência produtiva e alocativa, como os seus próprios objetivos são estritamente aclimatados a objetivos econômicos, como consta no artigo 1.º, daquela Lei,⁴⁸² que estabelece a orientação aos ditames constitucionais da livre iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso de poder econômico. Assim, antes de estabelecer um conceito ou uma

⁴⁸² Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

forma de cálculo, ou mesmo se será possível enfrentar o tema a partir de uma visão econômica, como no caso da proteção do consumidor (que mais facilmente digerível pelo meio econômico), imprescindível explicar o porquê do meio ambiente ser concorrencialmente defensável, além de como a autoridade concorrencial poderá justificar a proteção daquele sem acarretar desvio de finalidade ou de poder.

A premissa de que pode ocorrer desvio de finalidade ou de poder tanto em atos administrativos discricionários como em atos vinculados foi considerada como correta anteriormente, o que dispensa nova imersão ao tema. Além disso, para justificar os critérios anteriormente empregados, o conceito de desvio de finalidade ou desvio de poder também foi trabalhado de forma sucinta no mesmo momento. Na oportunidade, declarou-se que o mesmo ocorre quando a autoridade competente, ainda que dentro dos limites de sua própria competência, pratica um ato por motivos ou com fins que não condizem com o objetivo da legislação ou do interesse público subjacente. Há uma mácula ideológica ou uma infração moral da legislação.⁴⁸³ É preciso, porém, pormenorizar os termos, adentrando nas especificidades do conceito, a fim de verificar se a atuação do Conselho poderá emergir de fora das diretrizes da legislação especial. Isso, por certo, para contrapor, por exemplo, a tese suscitada por um julgado do Tribunal Regional Federal da 2.^a Região, que estabeleceu que o Conselho jamais poderia impor qualquer restrição à liberdade de negociação privada (a realização ou não de um ato de concentração) para proteger valores, princípios ou objetivos que não estão expressos na legislação especial.⁴⁸⁴

Dito de outra forma, a inquietação inicial volta-se a verificar se o Conselho pode ou não atuar fora dos objetivos prescritos pela legislação especial em função do vínculo inerente que tem com ela (ou com a regra concedente de sua competência); além disso, se pode ou não, como consequência, proteger outros interesses não pré-estabelecidos na lei especial (fora do âmbito descritivo do artigo

⁴⁸³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Op. cit., p. 92.

⁴⁸⁴ No caso relatado, o Tribunal julgou que “em relação ao CADE, a resposta é singela: a autarquia não poderia, nem mesmo em tese, impedir a prática de um negócio jurídico por um agente econômico visando à proteção do emprego, tendo em vista que tal finalidade refoge completamente à sua esfera de competência administrativa, focada na proteção à livre concorrência, nos termos da Lei 8.884/94. Daí porque, qualquer ato do CADE que limitasse a autonomia empresarial de agentes econômicos privados em nome da proteção do emprego estaria irremediavelmente comprometido por desvio de finalidade. (...) Portanto, o CADE não poderia impor uma restrição à liberdade negocial de agentes econômicos privados no objetivo de evitar o desemprego...” In: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2.^a Região, Sexta Turma. Apelação Cível 2004.45.00.1011423-4, Relator Desembargador Federal Rogério Carvalho, em 03/10/2007, p. 10-12. Disponível em <www.trf2.gov.br> Acesso em 18 set. 2017.

primeiro), como a redução das desigualdades, o meio ambiente ou o trabalhador, ou se isso eventualmente caracterizaria uma atuação com desvio de finalidade ou desvio de poder, portanto, suscetível de questionamento junto ao Poder Judiciário, por exemplo. Para tanto, convém fazer uma avaliação das escolhas constitucionais e de sua eventual força normativa.

O primeiro ponto diz respeito à efetiva constitucionalização do Direito, e também do Direito Antitruste e Ambiental, o que foi delineado na contextualização histórico-normativa. A análise do fenômeno força concluir que, ao menos a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, o poder público, ao editar e executar as normas legais e administrativas, está a serviço dos objetivos e valores maiores do Estado, inclusive pela força normativa da Constituição,⁴⁸⁵ legitimando-se através da vinculação necessária entre normas e valores públicos.⁴⁸⁶ Não se trata de discutir a relação entre direito e moral,⁴⁸⁷ o que extrapola o escopo do trabalho, mas sim de

⁴⁸⁵ A respeito da força normativa da Constituição, diz Konrad Hesse que a “Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (individuelle Beschaffenheit der Gegenwart). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida e se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa caso se façam presentes, na consciência geral - particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder (Wille zur Macht) mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung). Essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrario do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade (...) Tal como acentuado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos e econômicos dominantes mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (geistige Situation) de seu tempo. Isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral.” In: HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 132-134.

⁴⁸⁶ MARRARA, Thiago. O Conteúdo do Princípio da Moralidade: Proibição, Razoabilidade e Cooperação. **Revista Digital de Direito Administrativo**. São Paulo, vol. 3, n. 1, 2016, p. 104-120.

⁴⁸⁷ Para Emerson Gabardo, “o constitucionalismo do final do século XX traz dentro de si uma carga valorativa que é de óbvio conteúdo ético (quando o constituinte agregou a justiça social como postulado constitucional, isso não ocorreu somente por razões pragmáticas, mas sim por uma questão de princípio). Entretanto, isso não significa o reconhecimento de uma moral universal, nem de uma moral que vale igualmente para o passado e para o futuro, embora represente, por certo, uma tomada de posição. Foi feita uma opção moral concreta sobre qual é a concepção de justiça que deve ser adotada pelo Direito neste sistema positivo. Sendo assim, não se está tratando aqui de uma mera aproximação entre Direito e moral, mas sim do próprio conteúdo moral interno ao Direito (uma moral objetiva, mas não universal) e que decorre de uma interpretação sistemática de um documento formal - a Constituição (e as normas do Direito positivo vinculadas ao sistema). Somente neste sentido torna-se adequada a adoção de um critério hermenêutico de caráter moral, afastando-se, por sua vez, qualquer perspectiva moralista.” In: GABARDO, Emerson. Os Perigos do Moralismo Político e a

reconhecer o vínculo necessário entre as normas e os valores, que pode ser compreendido como princípio da finalidade, umbilicalmente vinculado à moralidade administrativa, reside justamente no fato de que todo o atuar da administração está atrelado aos interesses públicos prescritos pelo Estado. O que se pode denominar de moralidade administrativa é, portanto, o imperativo dos interesses públicos primários (escolhidos pelo povo e impostos constitucionalmente),⁴⁸⁸ ainda que o conceito em si de interesse público possa ser mais bem explorado posteriormente.

Dito de outro modo, os princípios veiculados na Constituição Federal possuem eficácia direta (aplicabilidade direta e imediata sobre o caso posto para análise), eficácia interpretativa (atuam como auxiliares na interpretação das regras e de todo o sistema normativo, dando sentido e alcance àquelas) e eficácia normativa (no sentido de impedir a aplicação de outras normas que estejam em desconformidade com o referido princípio). Por isso, a doutrina nacional, além de salientar a normatividade constitucional de regras e princípios, e seus efeitos, atesta ser esse um ponto em comum entre os demais doutrinadores, como esclarecem Emerson Gabardo e Eneida Desiree Salgado.⁴⁸⁹ Do mesmo modo, há conexão entre as normas e os valores expressos no próprio Preâmbulo da Constituição Federal,⁴⁹⁰ e todos esses valores e princípios são dirigidos aos três Poderes do Estado, vinculando a legislação infraconstitucional e impingindo-lhe a pecha de

Necessidade de Defesa do Direito Posto na Constituição da República de 1988. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, out./dez., 2017, p. 65-91.

⁴⁸⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A Estabilidade do Ato Administrativo Criador de Direitos à Luz dos Princípios da Moralidade, da Segurança Jurídica e da Boa-Fé. **A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, Minas Gerais, v. 10, n. 40, abr. 2010, p. 291-313.

⁴⁸⁹ Nesse sentido, diz-se que "...é a partir deste horizonte de sentido que se pode afirmar, sem afastar-se de uma já tradicional e festejada doutrina constitucionalista, que o sistema jurídico é um sistema aberto de regras e princípios, todos dotados de normatividade. E ainda, que os princípios informam a leitura adequada das regras jurídicas em geral, dando 'identidade ideológica e ética ao sistema jurídico, apontando objetivos e caminhos'; e, finalmente, que os princípios têm eficácia direta (incidência imediata sobre o caso), eficácia interpretativa (dão o sentido e o alcance do significado possível das normas jurídicas) e eficácia negativa (afastam a aplicação de normas em desconformidade com seu comando). A normatividade é, portanto, uma grande conquista, mas não a única. Nem mesmo parece razoável supor que tal incrementação jurídica implicaria a supressão de outras importantes funções à categoria princípio, que tem se desenvolvido mediante a 'agregação' de sentidos e não 'substituição'." In: GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. O Princípio com Fundamento no Desenvolvimento do Constitucionalismo Contemporâneo. In: MARQUES NETO, Floriano de A.; ALMEIDA, Fernando D. M. de; NOHARA, Irene; MARRARA, Thiago. **Direito e Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 113.

⁴⁹⁰ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

inconstitucional acaso não se organize a partir daqueles elos. Há, portanto, também um controle não só pela lei, mas também perante o Direito.⁴⁹¹ Aliás, Miguel Reale, complementando a ideia, dizia que o próprio Direito constitui-se em interação tridimensional entre valor, fato e norma; ou seja, impossível analisar-se quaisquer dos termos isoladamente e verdadeiro equívoco compreendê-los distante (ou com indiferença) aos interesses humanos.⁴⁹²

No caso brasileiro, importante salientar, a Constituição expressa diversos valores que se transformaram em princípios, como, por exemplo, o valor expresso pela defesa do meio ambiente, que foi traduzido pelo artigo 170, VI, da Constituição Federal,⁴⁹³ que estabelece que o modelo de ordem econômica adotado pelo Estado sustenta-se em diversos princípios que o permeiam, dentre eles a defesa do meio ambiente e o tratamento diferenciado de produtos e serviços ambientalmente benéficos, e pelo o artigo 225, da mesma Constituição,⁴⁹⁴ que estipula a faceta da defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, para a presente e futura geração, atribuindo a competência para tanto não só ao Poder Público, mas também à coletividade.

Quanto ao artigo 170 da Constituição Federal, diz-se que é fundamental porque constitui uma ordem econômica constitucional, que tem bases em uma Constituição Econômica, porque é nela que se encontram o conjunto de princípios e regras que de forma essencial ordenam a economia nacional (e dentre eles se encontra a defesa do meio ambiente).⁴⁹⁵ Quanto ao artigo 225 da Constituição, leciona Cristiane Derani que o dispositivo deve ser interpretado em três partes: a primeira, que apresenta um direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; a segunda, que descreve um dever do Estado e de toda a coletividade em defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações e; a terceira, que estabelece uma prescrição de normas impositivas de condutas visando assegurar a efetividade daquele direito ao

⁴⁹¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. Op. cit., p. 30.

⁴⁹² REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 701-702.

⁴⁹³ 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: (...) 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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003).

⁴⁹⁴ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

⁴⁹⁵ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica da...** Op. cit., p. 79.

meio ambiente ecologicamente equilibrado.⁴⁹⁶ Por isso que parte da doutrina inclina-se a constatar que está em curso uma renovada teoria constitucional ecológica, que entende pela formação de um Estado de Direito Ambiental, que conta com a supracitada força normativa da Constituição Ambiental.⁴⁹⁷

É de se reconhecer, então, uma íntima relação entre o Direito Econômico, ou mesmo o Direito Antitruste, e o Direito Ambiental, porque quando se fala em Direito Ambiental não se pode desconsiderar os seus aspectos econômicos, sopesando que entre os seus fins últimos está a própria regulação da apropriação econômica dos bens naturais⁴⁹⁸ (a transformação do bem natural em tudo o que há na sociedade, portanto). Ao que parece, estabeleceu-se uma nova relação entre meio ambiente e a economia que constitui o ponto de partida para a construção de um Estado de Direito Ambiental, que, em seus fundamentos vincula simultaneamente preceitos constitucionais, democráticos, sociais e ambientais em uma dinamicidade intrínseca a qualquer processo evolutivo. O referido Estado advém da constatação de que ele mesmo não é uma obra pronta e acabada, ou um conceito finalizado, mas sim aguarda o momento de materializar-se do plano teórico.⁴⁹⁹ E, sobre transformação da ordem econômica, leciona Paulo de Bessa Antunes que a inclusão do respeito ao meio ambiente enquanto princípio da ordem econômica é salutar porque eleva a condição da liberdade de iniciativa ao mesmo tempo em que a vincula à observância do princípio da proteção do meio ambiente.⁵⁰⁰

A corporificação desse Estado de Direito Ambiental parte da noção de existência de uma sociedade de risco (global), nascida ao fim do mundo bipolar (um mundo de inimigos, lastreando em contradições como o capital e o trabalho) e início de novos (e incertos) perigos e riscos. O risco traduz-se sob um enfoque moderno da previsão e controle das consequências futuras da ação humana, das diversas consequências não desejadas que surgem com a modernização. Não é que as sociedades não tinham antes experimentado esses perigos, mas é que agora eles

⁴⁹⁶ DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 245.

⁴⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: RT, 2012, p. 26-27.

⁴⁹⁸ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 12. ed. Rio de Janeiro Lumen Juris, 2010, p. 12.

⁴⁹⁹ FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato. A Expressão dos Objetivos do Estado de Direito Ambiental na Constituição Federal de 1988. In: LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Helini Sivini; CAETANO, Matheus Almeida (orgs.). **Repensando o Estado de Direito Ambiental**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 19.

⁵⁰⁰ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Op. cit., p. 14.

significam verdadeiros riscos e perigos globais, além de que há uma intensa ausência de unanimidade (incertezas ou contradições) nos setores das ciências e tecnologias, que incrementam o próprio risco.⁵⁰¹ A sociedade de risco, desta forma, combina o que antes era mutuamente excludente: a sociedade (ciências sociais) e a natureza (ciências das matérias). Pode ir além, o reconhecimento da sociedade de risco rompe com a autossuficiência e autorreferencialidade da sociedade, exigindo um enfoque interdisciplinar.⁵⁰²

A continuação do estudo do tema demanda a análise dos três pressupostos essenciais para a construção de um Estado em seu viés ambiental. O primeiro pode ser descrito pela adoção de uma concepção integrada do meio ambiente, onde a proteção ambiental deve estar ampliada e vinculada a todo o conjunto de sistemas e de fatores que possam implicar efeitos aos seres vivos e a qualidade de vida. Há, assim, um conceito globalizante de meio ambiente que engloba critérios naturais, artificiais e culturais. A institucionalização, enquanto segundo pressuposto, envolve o abandono de uma concepção individualista para a formação de uma comunidade com responsabilidade ecológica e, por fim, como terceiro pressuposto e talvez como consequência dos demais, tem-se a ideia de que a proteção do meio ambiente é uma responsabilidade comum, não apenas responsabilidade exclusiva do Estado.

⁵⁰¹ O conflito inerente entre a pesquisa, o financiamento do governo e da indústria e as conclusões contraditórias dos especialistas contratados, inclusive porque financiados por partes dentro desse conflito, lembram o conhecido caso do Professor Clair Patterson. Na década de 50, o Professor Patterson foi financiado pela indústria do petróleo, a fim de pesquisar os problemas do uso do chumbo como aditivo na gasolina (e o objetivo era comprovar a segurança da utilização do chumbo na composição do combustível). Ao descobrir os reais perigos do uso do material como aditivo, o pesquisador deparou-se com a escolha de ocultar a descoberta (e ter financiamento para outras pesquisas) ou torná-la pública (o que encerraria qualquer nova ajuda de custo para as futuras pesquisas). A decisão de publicar o estudo causou, portanto, a imediata exclusão do professor como beneficiário para novas pesquisas. Nos anos seguintes houve uma luta entre a indústria, com pesquisas realizadas por seus próprios especialistas, contra a ideia de que o chumbo era prejudicial para a população e o meio ambiente, que se apoiava principalmente na constatação de que o chumbo exista na natureza e de que os níveis exatos de concentração eventualmente prejudicial nunca foram efetivamente comprovados, inclusive pela inexistência de pesquisas de campo. A questão somente foi resolvida décadas depois, com novos estudos que, a partir de inovações tecnológicas, permitiram avaliar precisamente os níveis de chumbo em crianças e nas marés, o que levou a proibição da utilização do material na indústria em geral, inclusive do petróleo, mas somente três décadas depois da denúncia inicial. In: NRIAGU, Jerome O. Clair Patterson and Robert Kehoe's Paradigm of "Show Me The Data" on Environmental Lead Poisoning. **Environmental Research**, v. 78, n.3, 1998, p. 71-78.

⁵⁰² BECK, Ulrich. **La Sociedad del Riesgo Global**. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002, p. 5-7.

Conclui-se, portanto, que o Estado de Direito Ambiental tem como pressupostos a integração, a institucionalização e o compartilhamento de responsabilidades.⁵⁰³

A conexão entre a normatividade constitucional, os seus pressupostos e uma crescente juridicidade ambiental constitucional pode ser resumida em quatro dimensões fundamentais, como a dimensão garantístico-defensiva, no sentido de direito de defesa contra ingerências ou intervenções estatais; dimensão positivo-prestacional, pois cumpre ao Estado e a todas as entidades públicas assegurar a organização, procedimento e realização do direito ao meio ambiente; dimensão jurídica irradiante para todo o ordenamento, o que significa a vinculação das entidades particulares ao respeito do direito dos particulares ao meio ambiente; e, por fim, dimensão jurídico-participativa, que impõe e permite aos cidadãos e à sociedade civil o dever de defender os bens e direitos ambientais.⁵⁰⁴ E a que interessa, por certo, é a primeira dimensão, porque importa dizer que é possível vincular um critério ambiental como método de mitigar a interferência estatal, o que significa que o reconhecimento dessa dimensão autoriza uma interpretação favorável ao meio ambiente, especialmente contra a intervenção estatal.

Por certo que há uma intensa discussão sobre a própria existência do mencionado Estado de Direito Ambiental, não só porque o conceito está em constante evolução (e também adequação a sua normatividade constitucional), como dito alhures, mas porque a adoção importaria uma rejeição das premissas do Estado Liberal (focado na liberdade, no mercado, no sujeito proprietário e garantia de direitos individuais) e Estado Social (com finalidade de igualdade material, ênfase no Estado, no trabalhador e na garantia de direitos sociais), exurgindo um modelo de Estado de Direito Ambiental em que prevalece a solidariedade, focado na natureza, no ser humano e nos direitos difusos.⁵⁰⁵

Além disso, a consequência imediata é a adoção do princípio da legalidade ambiental, implica dizer que competirá ao Estado fazer somente aquilo que as leis ambientais permitem ou determinam.⁵⁰⁶ E isso, nada obstante não se encontre entre

⁵⁰³ FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato. A Expressão dos Objetivos... Op. cit., p. 20-22.

⁵⁰⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. O Princípio da Sustentabilidade como Princípio Estruturante do Direito Constitucional. **Polytechnical Studies Review**, vol. VIII, n. 13, 2010, p. 7-18.

⁵⁰⁵ CAPELLA, Vicente Bellver. **Ecología: de las razones a los derechos**. Granada: Ecorama, 1994, p. 248.

⁵⁰⁶ Diz o autor que: "afirmar el Estado ambiental de Derecho no es una opción inocente. Hoy se habla del Estado ambiental como fórmula superadora constitucional (después del Estado de Derecho y del Estado Social) para significar que la preocupación ambiental es la determinante en la forma de

os objetivos do estudo, parece um pouco distante da realidade constitucional brasileira, o que não significa dizer que os conceitos, especialmente de normatividade (ambiental), seus pressupostos e a dimensão garantístico-defensiva não possam ser compreendidos a partir do modelo de Estado escolhido pelo constituinte brasileiro. Isso, em outras linhas, sugere que a normatividade constitucional brasileira, especialmente na seara ambiental, conduz à aceitação da defesa do meio ambiente como exceção à intervenção estatal, sem que isso, contudo, ocasione qualquer mácula à finalidade ou ao exercício de poder pela autoridade competente. A aceitação da premissa, porém, depende de uma investigação mais profunda sobre o que vem a ser o desvio de finalidade ou desvio de poder (ou no exercício desse poder).

O desvio de finalidade ou desvio de poder é conceituado em um duplo sentido, um amplo e outro restrito, referindo-se o primeiro ao fato do agente praticar um ato com inobservância do interesse público e o segundo quando o objetivo a atingir é diverso daquele explícito ou implícito na legislação de regência (busca-se um resultado não aparado na lei).⁵⁰⁷ Há quem classifique a questão por um conceito de vício de finalidade (gênero), que inclui nesse caso o desvio de poder (atuação diversa daquela atribuída à competência), desvio de procedimento (enquanto manifestação do desvio de poder, característica a utilização de procedimentos que deveria ser buscados por outra via procedimental), além de abuso de poder (quando o agente vai além dos limites necessários, atuando para lesar direito alheio sem benefício coletivo).⁵⁰⁸ A mácula à finalidade, enquanto gênero, advém de variadas formas (espécies) de prejuízo ao próprio fim almejado pelo Estado. Em linhas gerais, o ato administrativo praticado mediante utilização daquele vício traduz-se como um ato ilícito ou imoral, e, ao tempo em que vem disfarçado sob as vestes da legalidade ou do interesse público, substitui a verdadeira finalidade buscada pelo legislador.⁵⁰⁹

Estado de nuestros días. Afirmer el Estado ambiental de Derecho no es sólo una apuesta ideológica sino que supone sobre todo importantes consecuencias prácticas. Destacamos dos: La juridificación de los conflictos ambientales y la afirmación del principio de legalidad ambiental." Assim, em tradução e síntese livre, a afirmação de um Estado de Direito Ambiental não é um opção inocente, nem uma forma de dizer que há preocupação ambiental nos modelos estatais atuais ou uma opção ideológica. Ao revés, afirmar um Estado de Direito Ambiental importa consequências práticas, como a judicialização dos conflitos ambientais e obediência ao princípio da legalidade ambiental. FRAGA, Jesús Jordano. El Derecho Ambiental del Siglo XXI. **Medio Ambiente & Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental**, Sevilla, n. 9, 2003, p.1.

⁵⁰⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Op. cit., p. 254.

⁵⁰⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Op. cit., p. 436-438.

⁵⁰⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Op. cit., p. 89-94.

Nessas considerações, por ilícito que é, o ato emanado com vício de finalidade é sempre nulo,⁵¹⁰ ainda que se admita eventual gradação equivalente ao vício (a depender da gravidade) ou que busque raízes no Direito Civil,⁵¹¹ considerando que a violação à finalidade de qualquer modo é considerada como grave a ponto de suscitar também a consequência, que é a nulidade, não a anulação.

Dito de outro modo, a mácula à finalidade do ato administrativo, independente de ser classificada enquanto desvio de poder, abuso de poder ou excesso de poder, resume-se a ocorrência de uma discrepância entre a realização do ato (e seus efeitos práticos) e o fim almejado pela legislação (pela ordem jurídica) ou pelo interesse público.⁵¹² O Supremo Tribunal Federal, aliás, segue nessa mesma linha, descrevendo um conceito geral de desvio de finalidade a ideia de deturpação do dever-poder atribuído à administração em atuação não imposta ou não desejada pela ordem jurídica ou interesse público.⁵¹³ No caso da autoridade concorrencial, a força normativa constitucional concedida especificadamente a necessidade de proteção do meio ambiente, ao que parece, não obsta a atuação estatal porque estritamente condizente com o ordenamento jurídico, com a análise conjunta do sistema de direitos e garantias previstos na Constituição Federal. Porém, o vínculo ao interesse público depende inevitavelmente da noção correspondente, o que não é tema unânime da doutrina nacional.

No que toca o interesse público, diz Luciano Parejo Alfonso que a noção de interesse público deve partir da raiz etimológica do próprio termo inicial (interesse), que deve ser visto como a concernência de um sujeito por um objeto (que pode ser considerado como uma pessoa, uma coisa ou uma relação). Essa concernência surge quando um objeto concreto cobra em algum sentido importância para um

⁵¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. Op. cit., p. 106.

⁵¹¹ Sobre a aplicação analógica do Direito Civil e sua compatibilidade com o Direito Administrativo, explica Heraldo Garcia Vitta que “as normas do Direito Civil podem servir de suporte para a invalidação dos atos administrativos, desde que haja compatibilidade com o interesse público. Por exemplo, o ato jurídico praticado mediante coação é anulável, nos termos do Código Civil; o mesmo ocorre no Direito Administrativo, mediante aplicação analógica da norma de direito privado, ante a possibilidade de compatibilização. Mas, se o ato for editado com idêntico vício, atingindo, porém, norma legal de natureza cogente, ele será nulo.” In: VITTA, Heraldo Garcia. *Invalidação de Atos Administrativos*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 221, jul. 2000. p. 257-272.

⁵¹² MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. Op. cit., p. 163.

⁵¹³ No julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade, entendeu o Supremo Tribunal Federal que: “O desvio de finalidade tem como referência conceitual a ideia de deturpação do dever-poder atribuído a determinado agente público que, embora atue aparentemente dentro dos limites de sua atribuição institucional, mobiliza a sua atuação à finalidade não imposta, ou não desejada pela ordem jurídica, ou pelo interesse público.” In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5468, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 30 de junho de 2016, publicado em 02 de agosto de 2017. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 22 set. 2017.

sujeito e é reconhecido por este como de forma positiva; ou seja, diz respeito a uma referência ou relação real de um sujeito a respeito de um objeto. Quando se trata da norma fundamental, o interesse público corresponde a um interesse geral, um interesse que se refere aos bens jurídicos protegidos e que são imputáveis à coletividade ou comunidade, cuja tutela corresponde aos poderes públicos.⁵¹⁴

A doutrina nacional entende, em geral, que, mesmo entre os críticos, o conceito de interesse público deriva, no Brasil, das primeiras lições de Celso Antônio Bandeira de Mello,⁵¹⁵ para quem o interesse público configura-se como um conjunto que é resultado da soma de interesses que os indivíduos pessoalmente possuem quando (e enquanto) considerados em sua qualidade de membros da sociedade, como cidadãos, e pelo simples fato de assim o serem (sem a necessidade de outras condições extraordinárias). Para complementar a ideia, diz-se que a menção ao interesse público não pode excluir uma intrínseca relação (e, assim, não pode ser desconsiderada essa relação) com os interesses particulares; igualmente, não pode também significar que o interesse público é exclusivo do Estado (como se qualquer interesse estatal fosse, portanto, interesse público).⁵¹⁶

Para complementar a noção inicial, importante lembrar a noção original de Renato Alessi, que dividiu o interesse público em primário, aquele que tem elos com a satisfação do interesse das pessoas, da coletividade, e outro secundário, que instrumentaliza os interesses do ente estatal.⁵¹⁷ Na doutrina nacional, o tema reverberou com Luís Roberto Barroso, que, no mesmo sentido, entende que o interesse primário é visto como a razão de ser do próprio Estado e consubstancia-se

⁵¹⁴ ALFONSO, Luciano Parejo. **Lecciones de Derecho Administrativo**. 5. ed. rev. e atual. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012, p. 712-716.

⁵¹⁵ Para Cláudio Penedo Madureira, por exemplo, entende que: “Na prática, essa opção teórica de Humberto Ávila, Alexandre Santos de Aragão, Daniel Sarmento, Gustavo Binbenbujm e Paulo Ricardo Schier, por não apresentar uma nova definição para o conceito de interesse público, quando conjugada à extensão dos questionamentos por eles formulados, faz com que as suas considerações sobre o tema tornem-se irremediavelmente amalgamadas à noção de interesse público sustentada por Celso Antônio Bandeira de Mello.” In: MADUREIRA, Cláudio Penedo. *Supremacia do Interesse Público sobre o Privado: uma necessária desconstrução da crítica*. **Fórum Administrativo - FA**, Belo Horizonte, ano 14, n. 161, jul. 2014.

⁵¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. Op. cit., p. 61-62.

⁵¹⁷ Diz o autor que os interesses públicos primários são coletivos (um conjunto de interesses que, somados, revelam o interesse da sociedade), desvinculados daqueles próprios do Estado enquanto sujeito de direitos, que ficam relegados aos interesses secundários. No original, tem-se: “questi interessi pubblici, collettivi, dei quali l'amministrazione deve curare il soddisfacimento, non sono, si noti bene, semplicemente l'interesse dell'amministrazione intesa come soggetto giuridico a se stante, sibbene quello che è stato chiamato l'interesse collettivo primario, formato dal complesso degli interessi prevalenti in una determinata organizzazione giuridica della collettività,” ALESSI, Renato. **Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano**. 2. ed. Milão: Giuffrè Editore, 1958, p. 179.

nos fins que ao mesmo compete promover, como a justiça, a segurança e o bem-estar social. Por outro lado, os fins secundários identificam-se com o da pessoa de direito público em determinada relação jurídica (e pode igualar-se ao interesse do erário, que é maximizar a arrecadação).⁵¹⁸ Note-se que os interesses públicos secundários, enquanto interesses individuais do Estado enquanto pessoa jurídica de direito público, somente podem ser almejados e perseguidos enquanto não colidirem com os primários e, ao revés, coincidirem com a realização daqueles (os primários). Isso porque enquanto os indivíduos podem buscar seus próprios interesses, o Estado pode ser considerado um refém dos interesses primários.⁵¹⁹ Nesse sentido, os interesses da administração somente serão legítimos se corresponderem aos interesses dos cidadãos; ou seja, compete ao Estado perseguir os interesses primários, lastreado em proteger o conjunto de interesses individuais que se transmutam no citado interesse geral coletivo.⁵²⁰

Para Daniel Wunder Hachem, na tentativa de dar significação a um termo muitas vezes tratado como um conceito jurídico indeterminado, os interesses públicos podem ser classificados em sentido amplo e estrito. No seu sentido mais amplo, o interesse público engloba todos os interesses juridicamente protegidos (excluídos os ilícitos ou privados), assim como os interesses gerais (da coletividade em si mesma considerada) e específicos (individuais e coletivos) que são tutelados pelo ordenamento jurídico. A definição do interesse público em sentido amplo passa por um processo de elaboração normativa, primeiro pelo constituinte (que fixou parâmetros para proteção dos valores essenciais da sociedade), depois pelo legislador ordinário (que estabelece diretrizes a partir dos objetivos jurídico-políticos estabelecidos na Constituição) e, por último, pelo Poder Executivo, mediante exercício de função regulamentar. E mais, para que sejam atendidos aqueles interesses não basta a mera fundamentação ou vínculo ao comando jurídico, sendo preciso a atuação conforme à finalidade subjacente da norma que, portanto, justifica a atribuição da competência, sob pena de desvio de poder. Por último, os interesses públicos em sentido amplo também geram uma condição negativa de validade dos

⁵¹⁸ BARROSO, Luis Roberto. Prefácio: o Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos Versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. xiii-xiv.

⁵¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. Op. cit., p. 65.

⁵²⁰ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 62.

atos administrativos emanados pela autoridade competente, pois proíbem-na de atuar em desconformidade com eles.⁵²¹

No seu sentido estrito, os interesses públicos dizem respeito ao interesse da coletividade quando em si mesmo considerada (interesse geral) que pode, na análise do caso concreto, prevalecer sobre outros interesses específicos (individuais e coletivos). O Poder público identificará os interesses veiculados de forma expressa (no corpo do texto normativo) ou implícita (por competência discricionária), impondo-se ao ente estatal a observação desses como fator que obriga a motivação expressa dos atos administrativos. Assim, eles funcionam como condição positiva de validade da ação estatal, pois exigem que haja interesse público subjacente a autorizar a atuação do Estado.⁵²²

Note-se, ainda, que a noção de interesse público não está vinculada a uma compreensão específica sobre a capacidade dos indivíduos de perseguir seus próprios interesses (o que poderia dar a entender que ao Estado compete um papel secundário). Para bem dizer, os interesses serão públicos, em linhas gerais, se estiverem compatíveis com a ética constitucional e com os princípios, não apenas os princípios fundamentais, que gerem o ordenamento jurídico constitucional. Para Emerson Gabardo e Maurício Corrêa de Moura, o conteúdo jurídico do conceito de interesse público poderia residir nos objetivos constitucionalmente defensáveis, nos termos do artigo 3.º, da Constituição Federal,⁵²³ e nos próprios princípios que comandam a atuação da administração pública, previsto no artigo 37 do texto constitucional,⁵²⁴ ainda que não se desconsidere para a análise, como dito, uma visão sistêmica em relação a todo o ordenamento jurídico e, assim, a todos os princípios constitucionais envolvidos.⁵²⁵

⁵²¹ HACHEM, Daniel Wunder. A Dupla Noção Jurídica de Interesse Público em Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional - A&C**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, abr./jun. 2011. p. 59-110.

⁵²² HACHEM, Daniel Wunder. A Dupla Noção Jurídica... Op. cit., p. 59-110.

⁵²³ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁵²⁴ 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 e, também, ao seguinte:

⁵²⁵ GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. O Conceito de Interesse Público no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 115, jul./dez., 2017, p. 267-318.

Por conseguinte, tem-se que é absolutamente justificável, quiçá obrigatória, a atuação da autoridade da concorrência na busca da concretização de um valor constitucional caro, como a proteção ao meio ambiente, através da aplicação direta dos princípios constitucionais a ele vinculados, que irradiam efeitos sobre a esfera infraconstitucional em função da força normativa da Constituição (que, se não pode ser caracterizada como Constituição Ambiental, caminha, ao menos do critério da vinculação principiológica, aos seus ideais). Daí que, independente de constar ou não na lei infraconstitucional, as questões acima implicam uma conformidade entre a concorrência e o meio ambiente.⁵²⁶

A posse dessa condição atesta, portanto, que não há mácula à finalidade, mas, ao revés, a busca por uma finalidade que extrapola os limites infraconstitucionais e vem impregnada com a adequação ao Direito, ao arcabouço jurídico visto como um sistema normativo que busca atender os interesses genuinamente públicos. Esses interesses, como visto, não são os interesses do Estado (que ficam segregados à categoria de secundários e desde que mantenham o elo aos primários), mas sim os interesses comuns dos indivíduos que, enquanto cidadãos (e pelo simples fato de o serem), contribuem para que o somatório desses interesses individuais formem um novo conjunto constitucionalmente relevante, um interesse público amplo, primário ou, em última análise, de conformidade com os princípios e objetivos manifestados pela Constituição Federal.

Postas essas condições, qualquer conceito de eficiência ambiental parte do pressuposto inicial de que aquela é antes de tudo o reconhecimento de um contexto, não somente histórico, mas também (e principalmente) normativo, situação essa que impõe e condiciona a atuação estatal e das autoridades concorrenciais a uma direção mais ampla, porque assim o determinam não só as normas constitucionais, mas também o seu elo indissociável com os valores defendidos pela Constituição e os interesse públicos que a eles se vinculam.⁵²⁷ Há, desta forma, uma legitimação

⁵²⁶ Por isso, dizem Daniel Ferreira e Júlio Henrique Santos Kasper que é possível a atuação da autoridade dentro de uma interpretação sistemática em conformidade com a Constituição e que nunca pode se esgotar nos estritos termos da legislação. E, ainda que a análise tenha sido realizada a partir da Lei de Licitações, o entendimento é plenamente transportável ao caso em discussão. In: FERREIRA, Daniel; KASPER, Júlio Henrique Santos. O Desenvolvimento Nacional Sustentável como Finalidade Legal da Licitação. **Revista Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 39, n. 1, jan./jun. 2013, p. 69-76. No mesmo sentido: FERREIRA, Daniel. Função Social da Licitação Pública: o desenvolvimento nacional sustentável (no e do Brasil, antes e depois da MP nº 495/2010). **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte, ano 9, n. 107, p. 52, nov. 2010.

⁵²⁷ Nesse sentido a lição de Thiago Marrara, que estabelece que a autoridade administrativa pode atuar com observância direta à Constituição, ainda que sem legislação especial sobre o tema, quando

da atuação estatal quando da estrita relação do critério (eficiência ambiental) com o seu contexto, e um fato importante a contribuir para essa assertiva é a própria noção de desenvolvimento sustentável, o que será visto sequencialmente.

4.2. A PREMISSE DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FONTE DE LEGITIMAÇÃO DA EFICIÊNCIA AMBIENTAL

No que toca à Constituição Federal, viu-se antes que existem elementos capazes de sufragar qualquer alegação que macule a possibilidade de atuação da autoridade concorrencial na busca (também) por um viés ambiental; ou seja, um critério ambiental, aqui nomeado temporariamente como eficiência ambiental, decorre da natural aceitação do contexto constitucional e, portanto, normativo, que impera por instrução expressa daquela Constituição. Mas não basta a autorização, ou talvez a obrigação, constitucional para que a aplicação da norma que busca um contexto ambiental intrínseco possa ser considerada legítima; ao contrário, a legitimidade pressupõe uma adequação, uma capacidade de conexão entre o poder e a sua dita fonte de legitimação.⁵²⁸ Por isso, diz Paulo Bonavides, que a legitimidade é a legalidade acrescida de sua valoração.⁵²⁹ É preciso, porém, ir além, buscando um fundamento geral de legitimidade da própria proposição inicial que, para os fins deste estudo, entende-se pela premissa do desenvolvimento sustentável. Para tanto, a declaração precisa ser pormenorizada, esmiuçando-se o que se entende por legitimidade e por desenvolvimento sustentável.

A legitimidade tem diversos sentidos, a depender do viés utilizado, como o da ciência política, o jurídico ou o filosófico. A legitimidade que interessa ao trabalho parte daquela noção que advém do poder ou, mais precisamente, do exercício do poder, que é mais ou menos legítimo a partir de uma verificação de consentimento, tácito ou expresso, dos cidadãos, que são, como dito, a fonte de todo o poder estatal

for desnecessário o regramento específico (especialmente em caso de vinculação a princípios fundamentais) e quando aquela atuação derivar ou tiver laço estrito com os objetivos Constitucionais. In: MARRARA, Thiago. As Fontes do Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coords.). **Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 233.

⁵²⁸ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La Teoría General Del Derecho Administrativo como Sistema: objeto e fundamentos de lá construcción sistemática**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2003, p. 100.

⁵²⁹ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. Op. cit., p.116.

(ao menos nas sociedades com típica democracia moderna).⁵³⁰ Esse poder é tido como um poder com autoridade;⁵³¹ ou seja, um poder em toda a sua plenitude, um poder apto a dar soluções aos problemas encontrados em toda uma sociedade. Desta forma, é correto falar que quanto maior o consentimento, quanto maior a adesão do grupo ou da sociedade, também maior, melhor e mais estável será o poder, porque concatenou o poder à autoridade.⁵³² Nesse caso, o poder será tanto mais legítimo quanto menos for a força necessária para se fazer obedecer, porque, então, seu exercício dar-se-á a partir do consenso social, dos vínculos com as estruturas e orientações presentes no seio da sociedade, em determinado espaço geográfico e de tempo.⁵³³ Nesse sentido, diz Thiago Marrara que o exercício justo, correto e adequado do poder estatal passa pelo pressuposto de legitimidade para que o poder público tenha um mínimo de aceitação da própria sociedade que representa e, ao fim, pela qual se sustenta (no sentido de que a sua própria existência dos poderes do Estado passa, antes, pelo crivo dos cidadão).⁵³⁴

Para Maurice Hariou, as democracias modernas adotam um sistema de transmissão de poder que tem lastro em uma legislação, onde somente a partir dela seria possível transmitir o poder de um titular para outro, e isso corresponderia a legitimidade, que ficaria, portanto, resumida à transmissão do poder conforme os imperativos da lei.⁵³⁵ Todavia, não se pode concordar com a afirmação, face ao fato de que a legalidade não pode ser confundida com a legitimidade.⁵³⁶ A legalidade corresponde à questão jurídico-formal, enquanto a legitimidade vai além, incluindo

⁵³⁰ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: para uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 116

⁵³¹ Para Viviane Sellos Knoerr e Fernando Gustavo Knoerr “o poder nunca é unilateral, pois quem dá uma ordem e consegue obter um certo grau de obediência/colaboração demonstra *legitimidade* de exercício do poder. Logo, a *legitimidade* é o *reconhecimento* do poder, aferido pelo grau de resposta positiva, de obediência à ordem dada. Quanto maior o grau de obediência, maior é a legitimidade do governante. Para isso, é necessário a quem obedece, ser dotado da liberdade de obedecer espontaneamente ao comando dado...”. In: KNOERR, Viviane Sellos; KNOERR, Fernando Gustavo. A Formação do Estado na Contemporaneidade a Partir da Revolução Russa: um século determinante dos novos rumos da sociedade e do Direito. Revista de Direito Brasileira, São Paulo, v. 18, n. 7, set./dez. 2017, p. 363-373.

⁵³² BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. Op. cit., p.109.

⁵³³ DUVERGER, Maurice. **Ciência Política: teoria e método**. Trad. Heloísa de Castro Lima. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976, p. 15.

⁵³⁴ MARRARA, Thiago. O Conteúdo do Princípio... Op. cit., p. 104-120.

⁵³⁵ HAURIOU, Maurice. **Principios de Derecho Público y Constitucional**. 2. ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1927, p. 198.

⁵³⁶ Nessa perspectiva é a crítica de Norberto Bobbio quando fala dos problemas da legitimidade, estabelecendo que nos Estados modernos se “privilegia não os critérios axiológicos mas o processo real de legitimação (e de deslegitimação) num dado contexto histórico,” transformando a legitimidade como uma prestação do próprio sistema. In: BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade: para...** Op. cit., p. 93.

um marco substancial, material, ideológico e, por certo, vinculado à ordem político-constitucional estabelecida.⁵³⁷

Desta forma, ainda que a atuação estatal tenha fulcro na Constituição, como visto no capítulo anterior, dotando-se assim de plena legalidade, há de se conjugar a legalidade com a questão de fundo, o viés ideológico ou os valores postos de forma antecedente, e somente assim se atrelará legalidade e legitimidade. E um desses valores essenciais, considerados pelo constituinte, inclusive em Constituição anterior a de 1988 (como a de 1967), o que denotaria para Maurice Hariou uma noção de transmissão daqueles valores fundamentais, é o desenvolvimento, que, desse modo, deve ser igualmente estudado.

A noção de desenvolvimento não é estática e, por isso, diz-se que evoluiu ao longo do tempo, sendo, assim, tal como a ambição à concretização de um Estado de Direito Ambiental, um conceito dotado de premissas históricas, inicialmente voltado ao homem e a forma de apropriação e distribuição dos bens, e que sucessivamente foram alterando-se com as décadas.⁵³⁸ As primeiras aparições do termo datam da Grande Depressão, em 1929, onde a preocupação com as crises do capitalismo demandavam uma análise acerca da intervenção do Estado na economia, ajustando-a para gerar crescimento econômico, o que, ao fim e ao cabo, corresponderia a uma ideia inicial de desenvolvimento (restrito ao campo econômico e, ainda, pelo viés do aumento da produção). E isso porque o próprio critério empregado para definir que são os países pobres e ricos é efetivamente a sua situação econômica em um cenário internacional (o país desenvolvido - ou aquele com o maior índice de crescimento econômico, portanto, desenvolvimento - era inevitavelmente o país mais rico).⁵³⁹ Assim, o desenvolvimento estava vinculado a outros termos, como progresso econômico, crescimento econômico, o que, especialmente a partir da década de 40, acabou por se tornar sinônimo de uma análise quantitativa do aumento do Produto Interno Bruto.⁵⁴⁰

No campo internacional, o fim da Segunda Guerra Mundial (1945), e especialmente a constatação dos horrores daquela e, como consequência, a

⁵³⁷ DUVERGER, Maurice. **Ciência Política: teoria e método**. Op. cit., p. 39.

⁵³⁸ FURTADO, Celso. **Teoria e Política do Desenvolvimento Econômico**. São Paulo: Victor Civita, 1983, p. 47.

⁵³⁹ SOUZA, Nali Jesus de. **Desenvolvimento Econômico**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 45.

⁵⁴⁰ WBATUBA, Berenice Beatriz Rossner; DEPONT, Cidônea Machado; SEIBERT, Rosane Maria. A Questão Ambiental e o Desenvolvimento Sustentável: um estudo exploratório com base nos fundamentos das teorias institucional e legitimidade. **Revista do Desenvolvimento Regional**, Taquara, v. 12, n. 2, jul./dez. 2015, p. 33-50.

instalação de um novo clima na política internacional, tornou possível, quiçá imperativa, a humanização do instituto. Para Ignacy Sachs, esses acontecimentos do passado foram fundamentais porque trouxeram duas ideias-força: o desenvolvimento e os direitos humanos. Foram essas ideias-força que tempos depois alcançaram proeminência suficiente para exorcizar os erros do passado e dar fundamentos para o sistema das Nações Unidas estabelecer novos padrões na seara internacional,⁵⁴¹ lançando uma feição do desenvolvimento que vai para além do simples crescimento ou progresso econômico.⁵⁴²

E isso ocorreu com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pelas Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, especialmente pelo artigo 28 da referida Declaração,⁵⁴³ que serviu de inspiração para o estabelecimento de um conceito inicial no termos descritos.⁵⁴⁴ A Resolução 1.161, da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas,⁵⁴⁵ reconheceu que os problemas econômicos e o desenvolvimento social interagem entre si e que os Estados, ao buscarem um balanceamento e integração econômicos e o desenvolvimento social, também estão promovendo a manutenção da paz, o progresso social e melhores condições de vida, além de respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais.

No Brasil, porém, ao final da década de 40 ainda vigorava a política nacional desenvolvimentista fundada nas mais puras aspirações de progresso econômico, com ênfase do milagre econômico prometido por Juscelino Kubitschek, que

⁵⁴¹ SACHS, Ignacy. **Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009, p. 47

⁵⁴² Nesse sentido diz Ignacy Sachs que: “o desenvolvimento, distinto do crescimento econômico, cumpre esse requisito, na medida em que os objetivos do desenvolvimento vão bem além da mera multiplicação da riqueza material. O crescimento é uma condição necessária, mas de forma alguma suficiente (muito menos é um objetivo em si mesmo), para se alcançar a meta de uma vida melhor, mais feliz e mais completa para todos.” In: SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento: incluyente, sustentável, sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2008, p. 13.

⁵⁴³ Art. 28. Toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados. Disponível em: <<http://www.un.org>> Acesso em: 12 set. 2017.

⁵⁴⁴ HACHEM, Daniel Wunder. A Noção Constitucional de Desenvolvimento para Além do Viés Econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, jul./set. 2013, p. 133-168.

⁵⁴⁵ No original, o preâmbulo da referida resolução reconhece que: “...that problems of economic and social development interact upon each other (...) realizing that a balanced and integrated economic and social development would contribute towards the promotion and maintenance of peace and security, social progress and better standards of living, and the observance of, and respect for, human rights and fundamental freedoms for all...” Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/12/ares12.htm>> Acesso em: 12. set. 2017.

governou entre 1956 e 1961.⁵⁴⁶ Esse foco vinculado ao progresso econômico, ao passo em que internacionalmente já estava defasada, no Brasil continuava latente, estando inclusive estabelecido no artigo 157, V, da Constituição Federal de 1967,⁵⁴⁷ ainda que esteja vinculado à justiça social. Nesse caso, diz Luiz Carlos Bresser-Pereira que o foco no desenvolvimento nacional alterou significativamente modelo econômico brasileiro. A infraestrutura industrial propiciada gerou uma verdadeira revolução no parque industrial, o que gerou maior sentimento de coesão, de autonomia e de identidade entre os brasileiros.⁵⁴⁸

No âmbito internacional, o desenvolvimento, agora conectado aos direitos humanos, ampliava o critério econômico, interligando-o aos direitos civis, políticos, sociais e culturais, conforme Conferência Internacional sobre Direitos Humanos, em 1968, e, no ano seguinte, em 1969, com a busca de um desenvolvimento econômico e social que vinha referendado pela edição da Resolução 2542, da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas.⁵⁴⁹ Sem desconsiderar um efeito reflexo dessa iniciativa internacional, o artigo 157, Constituição Federal de 1967, passou a ter nova redação com base no novo artigo 160, através da Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969,⁵⁵⁰ onde foi excluído o desenvolvimento econômico como princípio da ordem econômica, que restou inserido no *caput* do novo artigo acrescido do vocábulo “social”, o que indica uma conotação diversa e ampliativa da noção de desenvolvimento.⁵⁵¹

⁵⁴⁶ IGLÉSIAS, Francisco. **Trajectoria Política do Brasil...** Op. cit., p. 261-272.

⁵⁴⁷ Art. 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) V - desenvolvimento econômico;

⁵⁴⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Public Bureaucracy and Ruling...* Op. cit., p. 9-30.

⁵⁴⁹ A segunda parte da resolução, logo nos objetivos, esclarecia que: “social progress and development shall aim at the continuous raising of the material and spiritual standards of living all members of society, with respect for and in compliance with human rights and fundamental freedoms...” Em tradução livre, significa dizer que o progresso e desenvolvimento social devem mirar no contínuo incremento das condições materiais e espirituais de todos os membros da sociedade, com respeito e obediência aos direitos humanos e liberdades fundamentais. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/24/ares24.htm>> Acesso em: 12. set. 2017.

⁵⁵⁰ Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

⁵⁵¹ Para André Folloni, “na Emenda n. 1/1969 há leve intensificação do tema. A União pode destinar a receita de certos impostos para o financiamento de programas de “desenvolvimento econômico” (art. 21, § 4.º). Outros pontos mencionam “desenvolvimento nacional” (art. 4.º, I; art. 8.º, V; art. 160, caput) e planos e programas regionais e nacionais de desenvolvimento (art. 8.º, XIV; art. 43, IV). A “ordem econômica” torna-se “ordem econômica e social”, mas o preceito que inaugura sua disciplina – o artigo 160, caput – evidencia a separação conceitual entre desenvolvimento econômico e justiça social: “A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social...”. Estivesse a justiça social inserida no conceito de desenvolvimento, a adição seria desnecessária.” In: FOLLONI, André. *A Complexidade Ideológica, Jurídica e Política do Desenvolvimento Sustentável e a*

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em 1972, colocou a dimensão ambiental na agenda internacional,⁵⁵² sugerindo um direito humano específico a um meio ambiente saudável. Aliás, ficou estabelecido um direito e igualmente uma responsabilidade, que refletia o clima político e as ameaças latentes de uma crise ambiental,⁵⁵³ especialmente com a repercussão do Relatório de Meadows, que tornou público um estudo sobre a impossibilidade de manutenção do então patamar de crescimento, sob pena de redução drástica ou mesmo esgotamento total de alguns dos recursos naturais disponíveis. Nos termos do estudo, enquanto o crescimento geral, que incluía a industrialização, aumento da população e da poluição e outros fatores seguia uma progressão geométrica, a taxa de renovação da matéria-prima natural mantinha um padrão aritmético, o que estabelecia um prazo limite para colapso do sistema em até cem anos e criava um dilema para toda humanidade.⁵⁵⁴ Para José Eli da Veiga, pode-se dizer que houve a percepção de que se o crescimento dependia do uso irrestrito dos recursos naturais pela força do trabalho; assim, fez-se necessário um novo olhar para o uso inteligente de inovações visando tornar o trabalho mais qualificado, objetivando também conservar o ecossistema porque é ele o lastro essencial da própria atividade humana.⁵⁵⁵

A percepção sobre os impactos do consumo acelerado dos recursos naturais e a problemática ambiental levantada não demorou a se manifestar, chegando pela recomendação feita na XVI sessão ordinária da Conferência dos Chefes de Estado e de Governo, realizada em Monróvia, na Libéria, em 1979, que, dois anos depois, no Quênia, culminou nas diretrizes do artigo 22 e 24 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.⁵⁵⁶ O documento estabeleceu uma noção preliminar de desenvolvimento, incluindo o âmbito econômico, social e cultural, além de um elo ao

Necessidade de Compreensão Interdisciplinar do Problema. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, n. 1, jan./jun. 2014, p. 63-91.

⁵⁵² SACHS, Ignacy. **Caminhos para o Desenvolvimento...** Op. cit., p. 48.

⁵⁵³ BOSSELMANN, Klaus. Direitos Humanos, Meio Ambiente e Sustentabilidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 85

⁵⁵⁴ SCOTTO, Gabriela; CARVALHO, Cristina de Moura; GUIMARÃES, Leandro Belinasso. **Desenvolvimento Sustentável**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 21-22.

⁵⁵⁵ VEIGA, José Eli da. **A Emergência Socioambiental**. São Paulo: Senac, 2007, p. 54.

⁵⁵⁶ Artigo 22. 1. Todos os povos têm direito ao seu desenvolvimento econômico, social e cultural, no estrito respeito da sua liberdade e da sua identidade, e ao gozo igual do patrimônio comum da humanidade. 2. Os Estados têm o dever, separadamente ou em cooperação, de assegurar o exercício do direito ao desenvolvimento. Artigo 24. Todos os povos têm direito a um meio ambiente geral satisfatório, propício ao seu desenvolvimento. Disponível em: < <http://www.achpr.org>> Acesso em: 13 set. 2017.

direito a um meio ambiente satisfatório ao desenvolvimento dos povos. A partir da Resolução 41/128, de 1986, que estabeleceu a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, diz-se que o direito ao desenvolvimento recebeu o status de direito fundamental, gerando obrigações para todos os Estados, cuja inobservância acarretava, agora, algo além de um descumprimento de dever ético ou moral.⁵⁵⁷

O passo seguinte à consolidação do conceito de desenvolvimento sustentável, ou também chamado ecodesenvolvimento, veio pelo Relatório de Brundland, em 1987, que estabeleceu aquele como o que procura satisfazer as necessidades da geração atual sem comprometer a capacidade das gerações futuras de também buscarem a satisfação das suas próprias necessidades; ainda, significa possibilitar que as pessoas que vivem agora e que viverão no futuro possam atingir um nível satisfatório de desenvolvimento social e econômico, e de realização humana e cultural; por fim, estabeleceu, ao mesmo tempo, um uso razoável dos recursos naturais, com a preservação das espécies e habitats naturais. Na síntese, buscou-se uma alteração de paradigma, uma mudança no estilo caracterizado como ecologicamente depredador, socialmente perverso, politicamente injusto, eticamente reprovável e culturalmente alienado.⁵⁵⁸ Há, portanto, um tripé, ou uma ideia básica fundamental no conceito, que inclui os objetivos econômicos, sociais e ambientais.⁵⁵⁹

⁵⁵⁷ FERREIRA, Daniel; PELLEGRINELLO, Ana Paula. Grandes Obras, Grandes Impactos e a Promoção (Controlada e Controlável) do Desenvolvimento Nacional Sustentável. **Revista Jurídica - Unicuritiba**, Curitiba, v. 1, n. 34, 2014, p. 376-398.

⁵⁵⁸ Nas palavras de Roberto Guimarães e Yuna Fontoura, “o entendimento adequado sobre a transição impõe o reconhecimento de que a humanidade aproxima-se rapidamente, se é que já não sofre os resultados, do esgotamento de um estilo de desenvolvimento ecologicamente depredador (exaurindo a base natural de recursos), socialmente perverso (gerando pobreza e desigualdade), politicamente injusto (congelando a escassez relativa e absoluta no acesso aos recursos), eticamente reprovável (desrespeitando as formas de vida humana e não-humanas) e culturalmente alienado (produzindo o estranhamento entre os seres humanos e subjugando a natureza). Por conseguinte, afirmar que os seres humanos devem constituir o centro e a razão de ser do desenvolvimento, antes de constituir o pejorativamente classificado como oximoro da sustentabilidade, implica advogar um novo estilo de desenvolvimento. Um desenvolvimento que seja ambientalmente sustentável no acesso e uso dos recursos naturais e na preservação da biodiversidade; que seja socialmente sustentável na redução da pobreza e da desigualdade e que promova a justiça social; que seja culturalmente sustentável na conservação do sistema de valores, práticas e símbolos de identidade que determinam a integração nacional através do tempo; e que seja politicamente sustentável ao aprofundar a democracia e garantir o acesso e a participação de todos os setores da sociedade na tomada de decisões.” In: GUIMARAES, Roberto; FONTOURA, Yuna. Desenvolvimento Sustentável na Rio+20: discursos, avanços, retrocessos e novas perspectivas. **Cadernos EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, set. 2012, p. 508-532.

⁵⁵⁹ LIMA, Maria Isabel Leite Silva de; REI, Fernando. Da Gênese do Desenvolvimento Sustentável à Agenda 2030: desafios ao modelo econômico. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 14, n. 54, abr./jun. 2016, p. 139-155.

Esse é também o entendimento de Daniel Ferreira quando diz que a sustentabilidade é intrínseca ao conceito de desenvolvimento e pode ser compreendida pelo viés econômico, social e ambiental. O viés econômico revela-se pela garantia de um nível de eficiência mercadológica ou, de forma mais ampla, de todo o sistema econômico, a fim de assegurar um contínuo crescimento da economia, medido, por exemplo, através do aumento do Produto Interno Bruto (PIB), que transbordará efeitos para toda a sociedade. A sustentabilidade social tem uma dimensão interna e, ao mesmo tempo, vincula-se ao progresso humano, manutenção de culturas e garantia de identidade (um equilíbrio entre inovação e tradição); ainda, tem laço, ou laços recíprocos, com o campo econômico. Por fim, o percurso ambiental tem sentido de compatibilização entre as escolhas e a velocidade rumo a ecossocioeconomia, no que toca, por exemplo, ao uso dos recursos naturais, a preservação do capital natural, o uso de tecnologias limpas, a prevenção de danos irreversíveis, além de outras feições conexas.⁵⁶⁰

Diz-se que o termo desenvolvimento sustentável acrescenta uma outra dimensão à sustentabilidade social, que é a sustentabilidade ambiental, impelindo a uma solidariedade entre as presentes e futuras gerações, além de ampliar a escala de tempo e espaço. Para tanto, baseia-se em cinco pilares essenciais: o social, que incluem motivos intrínsecos (qualidade de vida, distribuição de renda, etc) e instrumentais⁵⁶¹; o ambiental, no duplo sentido de provedor e recipiente para disposição dos resíduos; territorial, com a conotação de distribuição espacial e recursos; econômico, porque a viabilidade econômica é condição sem a qual as coisas não acontecem; e política, porque a governança democrática é um valor fundador e também um instrumento para as transformações exigidas.⁵⁶²

⁵⁶⁰ FERREIRA, Daniel. **A Licitação Pública no Brasil e sua Nova Finalidade Legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 52-55.

⁵⁶¹ A instrumentalização inerente aos benefícios sociais pode ser compreendida a partir da visão das liberdades instrumentais de Amartya Sen. Para o autor, essas liberdades são vistas como fim e, ao mesmo tempo, meio para o desenvolvimento, que não se resumindo ao básico (como a garantia da vida ou dos meios de subsistência, por exemplo), tendo em vista que incluem os pressupostos instrumentais para concretização desse mínimo imprescindível (como liberdades políticas, econômicas, de educação, segurança e tantas outras) que, ao expandirem-se, retroalimentam o sistema como um todo. Assim, o desenvolvimento social pode igualmente ser enquadrado como um fim conectado ao desenvolvimento que, uma vez alcançado, expande os meios e retroalimenta e igualmente melhora os novos objetivos ou os novos fins, mantendo um círculo vicioso (ou, nesse caso, um círculo virtuoso) de expansão do desenvolvimento social que melhorará indeterminadamente o bem-estar dos cidadãos. In: SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como Liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 54-57.

⁵⁶² SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento: incluyente, sustentável, sustentado**. Op. cit., p. 15-16.

A proteção do meio ambiente foi valorizada na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, no Rio de Janeiro, em 1992, sendo chamada, por isso, de Rio-92 ou Eco-92. Na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, os Princípios 4 e 25 estabeleceram, respectivamente, que para alcançar um modelo de desenvolvimento sustentável a proteção ao meio ambiente deve ser parte integral do processo e não pode ser considerada de forma isolada e, que a paz, desenvolvimento e a proteção do meio ambiente são interdependentes e indivisíveis.⁵⁶³ Nesses termos, consolidou-se a premissa de que não se pode falar em desenvolvimento que não seja sustentável. Uma sustentabilidade econômica, que determina a eficiência social na alocação e na gestão dos recursos públicos, uma sustentabilidade social que retrata justiça distributiva e maximização da eficácia dos direitos fundamentais sociais e, por fim, uma sustentabilidade ambiental, cuja implementação ordena uma visão intergeracional (garantindo às gerações futuras um meio ambiente sadio, imprescindível para manutenção da qualidade da vida) e preocupada com os reflexos da atividade humana globalizada. E essa posição foi reafirmada vinte anos depois, na Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável (Rio+20), que reafirmou, tal como nos documentos anteriores, uma sustentabilidade como inerente ao conceito de desenvolvimento, sendo que este conceito ficou também marcado como um direito universal, fundamental e inalienável do homem; ou seja, colocando a pessoa humana como foco do desenvolvimento sustentável.⁵⁶⁴

Postas todas essas considerações, tem-se que o desenvolvimento é marcado pela sustentabilidade, revelando-se notadamente em seus vieses econômico, social e ambiental, sem desconsiderar outros, como o cultural, político ou territorial, ou ainda outros ou tantos quantos possíveis ou necessários à efetivação dos princípios constitucionais vinculados,⁵⁶⁵ como a dignidade da pessoa

⁵⁶³ Na redação original da Declaração, tem-se que: "PRINCIPLE 4: In order to achieve sustainable development, environmental protection shall constitute an integral part of the development process and cannot be considered in isolation from it. PRINCIPLE 25: Peace, development and environmental protection are interdependent and indivisible." Disponível em: <http://www.unesco.org/education/pdf/RIO_E.PDF> Acesso em: 20 out. 2017.

⁵⁶⁴ RESENDE, Augusto César Leite de; GÁBARDO, Emerson. A Atividade Administrativa de Fomento na Gestão Integrada de Resíduos Sólidos em Perspectiva com o Desenvolvimento Sustentável. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, jul./set. 2013, p. 105-131.

⁵⁶⁵ FERREIRA, Daniel; GODOY, Maria Ivone. O Meio Ambiente Laboral Frente à Maximização da Responsabilidade Socioambiental das Empresas. In: **Direitos Especiais e Tutela das Minorias na Atividade Empresarial**. Curitiba: CONPEDI, 2014, v. 22, p. 64-85.

humana e proteção do meio ambiente (e a relação umbilical entre a necessária garantia de um meio ambiente para a própria preservação da vida humana), o que ganha especial relevância para o presente estudo. Além disso, deve ser considerado como um direito fundamental, não só pelo consenso advindo da comunidade internacional, mas também pela expressa recepção na Constituição Federal. Os direitos fundamentais, convém ressaltar, são construídos por uma dialética entre a constitucionalização (a aceitação, quiçá agregação, dentro de um sistema normativo constitucional) e a legitimação (enquanto ponto extranormativo, derivado de convenções sociologicamente aceitas). E mais, o desenvolvimento sustentável, enquanto reconhecidamente caracterizado como um direito humano (direito universal, fundamental e inalienável do homem), é recepcionado pela Constituição como um direito humano fundamental.⁵⁶⁶

O artigo 3.º, II, da Constituição Federal,⁵⁶⁷ coloca o desenvolvimento como objetivo fundamental do Estado brasileiro, que é lido a partir dos seus fundamentos, como a dignidade da pessoa humana, estabelecida no artigo 1.º, III, daquela.⁵⁶⁸ Esse dispositivo vincula-se igualmente não só ao artigo 170, V, da Constituição,⁵⁶⁹ que descreve a ordem econômica e social, mas também ao artigo 225 da Constituição,⁵⁷⁰ que trata da proteção ao meio ambiente; ou seja, ao fim e ao cabo, o desenvolvimento nacional sustentável está intimamente ligado a toda uma gama de direitos e garantias fundamentais e sua origem histórica é anterior à própria Constituição. Por isso, recebe o caráter não só da legalidade (inclusive advinda da historicidade, da transmissão histórica de argumentos), como também da legitimidade em função do elo aos valores históricos defendidos internacionalmente e que foram internalizados e materializados pelo constituinte (transmutados em verdadeiros interesses públicos, como visto no capítulo antecedente), e que

⁵⁶⁶ GABARDO, Emerson. Os Direitos Humanos Fundamentais... Op. cit., p. 84-85.

⁵⁶⁷ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (...) II - garantir o desenvolvimento nacional.

⁵⁶⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana.

⁵⁶⁹ 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: (...) 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.

⁵⁷⁰ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

transformaram essas questões em direitos, ainda que não formalmente fundamentais, materialmente fundamentais, nos termos do artigo 5.º, §2.º, da Constituição Federal,⁵⁷¹ que expande o conceito de direito fundamental a todos aqueles que se conectem àqueles expressos no texto constitucional.

Esse reconhecimento, aliás, não só é de vital importância quando se realiza a força normativa da Constituição, mas, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, conduz ao que se denomina eficácia vinculante dos direitos fundamentais; ou seja, para os fins desse estudo, obrigam a autoridade da concorrência à observação desses direitos e garantias e vinculam todas as suas funções, determinando a realização de todo o possível para concretização das premissas estabelecidas pela Constituição.⁵⁷² O desenvolvimento sustentável, portanto, determina, independente de regulamentação legal, uma obrigação estatal para sua concretização.⁵⁷³ E esse entendimento não é uma exclusividade do sistema brasileiro, considerando, por exemplo, que o artigo 11, do Tratado da União Europeia,⁵⁷⁴ estabeleceu que todas as atividades e políticas da União Europeia devem integrar mecanismos de proteção do meio ambiente e privilegiar a premissa do desenvolvimento.

Na mais apertada síntese, o desenvolvimento nacional sustentável é um legítimo direito fundamental da pessoa humana (no seu sentido coletivo, difuso ou para todas as pessoas),⁵⁷⁵ que realiza e induz transformações sociais, políticas e econômicas, e que tem como foco a própria dignidade da pessoa humana constitucionalmente estabelecida; além disso, há uma expansão da área de atuação, no sentido de que não basta que a busca pelo desenvolvimento seja apenas exigível do Estado, mas também que ao próprio ente estatal se estabeleça uma função de

⁵⁷¹ 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: (...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁵⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 382.

⁵⁷³ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 51.

⁵⁷⁴ Na tradução livre, o artigo diz que a proteção do meio ambiente deve estar integrada na definição e implementação das políticas e das atividades da União, em particular com uma visão de promoção do desenvolvimento sustentável. No original: "Article 11. Environmental protection requirements must be integrated into the definition and implementation of the Union's policies and activities, in particular with a view to promoting sustainable development." Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content>> Acesso em: 19 out. 17.

⁵⁷⁵ RESENDE, Augusto César Leite de; GABARDO, Emerson. *A Atividade Administrativa de...* Op. cit., p. 105-131.

promoção que extrapola a relação vertical entre o sujeito e o Estado, para englobar um raio de ação maior e que necessariamente atinge a atuação mercadológica.⁵⁷⁶

Portanto, qualquer conceito que se pretenda de eficiência ambiental com o objetivo de reavaliar e autorizar atos de concentração anticompetitivos, e com uma perspectiva de proteção do meio ambiente, encontram amparo não só na normatividade constitucional, mas também na premissa do desenvolvimento sustentável, pelo viés da sustentabilidade ambiental, vista não só como um interesse público a ser perseguido pelo Estado, mas também como um direito humano fundamental e, portanto, de aplicabilidade direta e imediata, independente de regulamentação na legislação infraconstitucional, o que, via de consequência, afasta qualquer alegação de desvio de finalidade ou de poder, já que, ao Estado, não há opção que não seguir as diretrizes impostas pela Constituição, recepcionadas por valores históricos e internacionalmente aceitos e, assim, plenamente legítimos.

4.3. OS TRÊS ESPECTROS DA EFICIÊNCIA AMBIENTAL QUE JUSTIFICAM O CONCEITO E APLICABILIDADE DE UMA EXCEÇÃO LEGAL PARA REALIZAÇÃO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO ANTICOMPETITIVOS

O objetivo de todo o estudo foi verificar a possibilidade de atuação da autoridade da concorrência sob uma perspectiva ambiental e, na conclusão, viu-se que há uma possibilidade e, talvez, uma obrigatoriedade, de uma atuação voltada à defesa do meio ambiente, ainda que toda a legislação e seus antecedentes históricos derivem de uma análise puramente econômica centrada na defesa da concorrência em si mesma, ou como um fim único, ou último, a ser perseguido, o que, pelo contraste das normas internacionais e também constitucionais, se demonstrou ser um equívoco. Não há base, portanto, para que o Estado se esquive dessa responsabilidade ambiental, seja pelo enquadramento das normas como direitos humanos fundamentais, ou pelo entendimento de que o desenvolvimento inclui obrigatoriamente um viés de sustentabilidade, inclusive ambiental, que é amplamente legitimado pelos valores sociais plasmados na Constituição.

O estudo poderia ser encerrado nesta fase e a conclusão poderia ser a acima exarada; contudo, pensa-se que é preciso ir além e dar minimamente

⁵⁷⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 323.

subsídios para aplicação prática da defesa do meio ambiente quando da análise de atos de concentração ou condutas anticoncorrenciais pela autoridade antitruste. Para tanto, tem-se que uma eficiência (entendida aqui em um sentido mais geral de justificativa para atuação contrária à concorrência) ambiental (que tem o foco específico na proteção do meio ambiente), enquanto um novo critério que tem lastro em todos os ensinamentos anteriores, pode surgir sob três pontos de vista bem distintos, e a diferenciação entre eles pode ser compreendida em relação ao grau de proximidade com a metodologia econômica. No maior grau, quando se utilizam de premissas de investigação econômica, que são efetivamente o foco da autoridade concorrencial, é igualmente crível subdividir-se a avaliação em outras três, uma que se utiliza da economia para justamente rejeitar a premissa econômica, outra para recomendar a internalização dos custos ambientais e, a última, para estabelecer-se um elo mercadológico pelo viés da escolha do consumidor.

A primeira aplicação a ser considerada, que independe de um juízo econômico, está circunscrita a uma regra de hermenêutica processual, tal como existente em inúmeros outros ramos do Direito⁵⁷⁷ e que, no caso, é equiparável ao princípio *in dubio pro natura* ou *in dubio pro ambiente*, que diz, em síntese, que quando inexistir uma interpretação, um método ou uma solução única para o caso que se apresente, deve ser considerada pela autoridade competente aquela que for mais favorável ao meio ambiente.⁵⁷⁸ Há quem diga, em complementação, que os tratados internacionais impõe um princípio de *in dubio pro desenvolvimento*, significando que a interpretação deve ser vinculada àquele entendimento que propicie o maior desenvolvimento possível, especialmente em países emergentes,⁵⁷⁹ o que, pela questão da sustentabilidade ambiental, resulta em similar proteção. E, ainda que à autoridade concorrencial não vislumbre atividade jurisdicional, parece

⁵⁷⁷ Nesse sentido, diz J. Russo e R. O. Russo que: “en el derecho, encontramos diversos *principios* algunos que se encuentran plasmados en normas y otros que no, que surgen de otras fuentes. En este orden de ideas, cabe destacar la existencia del principio *in dubio pro reo* del derecho penal, *favor debitoris* en el derecho civil, *in dubio pro operario* aquel que favorece al trabajador en el derecho laboral, hasta en los Derechos Humanos encontramos el *principio pro homine*. ¿Por qué en el derecho ambiental no habría razón para tener uno? Este es *in dubio pro natura*, en el que la duda favorece al que defiende la vida, la salud y el ambiente.” In: RUSSO, J.; RUSSO, R. O. In Dubio Pro Natura: un principio de precaución y prevención a favor de los recursos naturales. **Tierra Tropical: Sostenibilidad, Ambiente y Sociedad**, Guácimo, vol. 5, n. 1, 2009, p. 73-82.

⁵⁷⁸ FARIAS, Paulo José Leite. **Competência Federativa e Proteção Ambiental**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 356.

⁵⁷⁹ ALVAREZ, José M. The in Dubio Pro Development Principle: A Right to Development in Trade and Investment Regimes. **Denver Journal of International Law and Policy**, vol. 43, n. 4, jun. 2015, p. 333-356.

crível entender pelo elastecimento do entendimento, por exemplo, esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, que estabelece em inúmeros precedentes que a atividade de julgamento deve observar uma integração com o princípio do *in dubio pro natura* como corolário lógico do fim social da legislação ambiental.⁵⁸⁰

No que toca à eficiência ambiental tal como prescrita, não se trata de inventar um conceito que não está expresso ou descrito minimamente (ou implicitamente) na legislação, mas sim de se estabelecer que a resolução da dúvida ou avaliação da multiplicidade de possibilidades deve pautar-se pelo viés da proteção do meio ambiente,⁵⁸¹ propiciando, então, uma excludente de responsabilidade concorrencial pela existência de benefício ambiental em função da incerteza, por exemplo, da existência ou extensão do prejuízo à concorrência. Dito de outro modo, caso o ato de concentração tenha potencial de afetar negativamente a concorrência, mas, por outro lado, tenha igualmente apresentado soluções, especialmente as compatíveis com a maximização dos benefícios ambientais, então, a dúvida ou incerteza em relação ao prejuízo favorecerá o ato, mantendo-o em sua integralidade em prol da melhoria das condições do meio ambiente.

Nesse caso, não se trata realmente de ignorar eventual mácula à concorrência pela comparação entre a proposição e a sua negação, ou, em outras palavras, pela existência ou inexistência de dano à concorrência. Ao revés, buscase, pela aplicação da eficiência ambiental aqui sugerida, lastreada em uma nova teoria probatória para a prova além da dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*), uma comparação que extrapola a simples verificação ou negação entre opostos, inquinando-se a um valor de checagem entre probabilidades, não de exclusão de possibilidades.⁵⁸² Desta forma, se o dano à concorrência existe ou não, ou se há dúvida em relação à extensão dos mesmos dentro de um quadro de

⁵⁸⁰ ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. CONDENAÇÃO A DANO EXTRAPATRIMONIAL OU DANO MORAL COLETIVO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO NATURA. (...) 4. As normas ambientais devem atender aos fins sociais a que se destinam, ou seja, necessária a interpretação e a integração de acordo com o princípio hermenêutico *in dubio pro natura*...” In: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma. Recurso Especial 1367923/RJ, Relator Ministro Humberto Martins, julgado em julgado em 27/08/2013, publicado no DJe de 06/09/2013. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 20 nov. 2017.

⁵⁸¹ BENJAMIN, Antônio Herman. Hermenêutica do Novo Código Florestal. In: BENJAMIN, Antônio Herman. **Superior Tribunal de Justiça: doutrina**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014, p. 163-174.

⁵⁸² Para Michal S. Pardo, a “conventional probabilistic standards compare the probability of a proposition with its negation, but they should be comparing the competing propositions put forward by each side.” PARDO, Michael S. The Nature and Purpose of Evidence Theory. **Vanderbilt Law Review**, University of Alabama Public Law Research Paper, vol. 66, n. 2, abr. 2013, p. 547-613.

possibilidades econômico-concorrenciais, a resolução dá-se pela comparação entre as probabilidades econômicas mais benéficas ao meio ambiente,⁵⁸³ ou seja, não se excluem os critérios em função de seu antagonismo, mas faz-se a opção pela inclusão da variável ambiental. A comparação de riscos, não sua negação, portanto, é fundamental para a correta aplicação da proposta. E, na sequência, a análise de riscos também conduz ao segundo aspecto da eficiência ambiental, que pode ser deduzido a partir de uma proporcionalidade (em seu sentido mais estrito).

Uma segunda forma de ver a eficiência ambiental é extrapolar o conceito pela equiparação do dano concorrencial ao dano ambiental, substituindo-se o último pelo primeiro quando da realização da análise de impacto ambiental; ou seja, atribuindo-se ao risco ambiental a inversa proporção do risco concorrencial, a fim de tornar possível a elaboração de um critério de assunção de riscos ou de compensação (considerando-se que a compensação, como visto, advém de um valor redistributivo maximizador do bem-estar, o que é plenamente aceitável pelo critério de Kaldor-Hicks). A compensação dar-se-ia pelo critério material da regra da razão, tal como definido anteriormente, que importa na realização de um juízo de adequação entre meios e fins, de uma forma menos onerosa (dentro dos limites necessários ou a melhor solução dentre as razoáveis) e, por fim, dentro de uma estrita proporcionalidade (onde se ganha mais do que se perde). E, porque inserido na regra da razão, imbuída de normatividade e legitimidade constitucional, em tese, nenhuma alteração legislativa é necessária, bastando o uso de uma técnica há muito empregada na legislação ambiental.

O modelo proposto poderia ser acusado de ser maleável, impreciso ou mesmo incerto, talvez por uma incapacidade lógica de se prever exata e precisamente os impactos ambientais relacionados ao ato de concentração e, ao fim, de ponderá-los economicamente ou em uma análise mercadológica. A alegação pode ser dirimida pelos ensinamentos de Frank H. Knight, que diferenciou os termos risco e incerteza quando utilizado, por exemplo, para expressar um risco em perder (*risk of a loss*) ou uma incerteza sobre os ganhos (*uncertainty of a gain*). A questão

⁵⁸³ Para Ricardo Villas Bôas Cueva, que foi Conselheiro do Conselho e depois Ministro do Superior Tribunal de Justiça, quando a economia falha em fornecer um grau de certeza sobre, por exemplo, a extensão ou implicações sobre determinado mercado relevante, especialmente em virtude de metodologias que são inconciliáveis, o ato de concentração contestado deve ser aprovado. Assim, a incerteza sobre os efeitos beneficia o investigado. Todavia, não se fala ainda em benefício em prol do meio ambiente. In: BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08012.005598/2005-19. Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 13 de outubro de 2015. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 19 out. 2017.

cinge-se à possibilidade ou não de prever o prejuízo: se é possível verificar-se por cálculo, estatística ou por experiências anteriores o resultando de uma conduta, isso é um risco a ser assumido; caso não seja possível saber o que acontecerá em consequência, isso é uma absoluta incerteza.⁵⁸⁴ Há quem, ao invés de estabelecer a diferenciação entre risco e incerteza, estabelece graus para as incertezas, como as certezas variáveis (riscos conhecidos), previsíveis, imprevisíveis e o caos absoluto; ou seja, aplica uma classificação em graus, onde os verdadeiros riscos estão nos dois primeiros itens e as incertezas dos dois últimos,⁵⁸⁵ o que não é fundamentalmente diverso da que se propôs. De todo modo, o que se propõe é um modelo que pauta-se no risco (ou nas incertezas previsíveis), não na incerteza (ou no caos); ou seja, no antecedente é imprescindível verificar ou aquilatar os riscos que estão sendo admitidos e o intercâmbio proporcional que igualmente se assumirá. E isso pode ser feito independente de cálculo econômico, porque podem derivar de experiências anteriores (no sentido da análise de casos similares, não de experimentos) ou de variantes, ou mesmo de métodos mistos, como em um método qualitativo-quantitativo-qualitativo (um em que, por exemplo, variáveis sociais confrontam-se com as econômicas a fim de gerar um indexador confiável).⁵⁸⁶

O caso Nestlé/Garoto bem representa a tese da assunção de riscos cientificamente verificáveis, porque, ainda que presentes estudos econômicos de viés pragmático em diversos momentos, seja das autoridades (que eram outras, mas adotavam as mesmas técnicas atuais) ou das partes, ainda assim o que foi efetivamente previsto e assumido não condisse com o desenrolar posterior dos fatos. Para bem esclarecer, a verificação do mercado relevante e, portanto, as afetações nos referidos mercados, foram absolutamente contraditórias: os agentes econômicos entenderam por dividir o mercado em três grandes vetores (balas e guloseimas, achocolatados e chocolates de todas as formas); a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) dividiu em dois mercados relevantes materiais (licor de cacau e derivados, e chocolate em pó) e posteriormente aventou outras cinco subdivisões (coberturas de chocolate, chocolate de todas as formas, cacau

⁵⁸⁴ KNIGHT, Frank H. **Risk, Uncertainty and Profit**. New York: Bookseller, 1964, p. 197-233

⁵⁸⁵ DE MEYER, Arnoud; LOCH, Christoph; PICH, Michael. Managing Project Uncertainty: from variation to chaos. **Massachusetts Institute of Technology Sloan Management Review**, vol. 43, n. 2, 2002, p. 60-67.

⁵⁸⁶ MUSKAT, Matthias; BLACKMAN, Deborah Ann; MUSKAT, Birgit. Mixed Methods: combining expert interviews, cross-impact analysis and scenario development. **The Electronic Journal of Business Research Methods**, vol. 10, n. 1, 2012, p. p 09-21.

em pó, chocolate em pó, e balas e confeitos - não houve diferenciação entre produtos artesanais e industrializados); a Secretaria de Direito Econômico (SDE) deu parecer com outros onze mercados distintos (balas e confeitos, chocolates em pó, achocolatados em pó, cobertura de chocolate sólida, cobertura de chocolate líquida, chocolates de consumo imediato, tabletes entre 101g a 400g, tabletes entre 401g a 500g, ovos de Páscoa, caixas de bombons e chocolates artesanais); por fim, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), entendeu por existirem quatro mercados (balas e confeitos sem chocolate), achocolatados, coberturas de chocolate e chocolates de todas as formas).⁵⁸⁷

A simples leitura dos pareceres demonstra uma variação entre três e onze mercados relevantes, no critério material, e entre o mercado nacional e Mercosul, no que se referente ao geográfico. Por certo que todos foram embasados em variados estudos econômicos que constataram em maior ou menor grau um risco à concorrência. É seguro dizer, também, que a ampliação ou a restrição na conceituação dos mercados conduz inevitavelmente ao aumento ou diminuição de risco; ou seja, quanto menor o número de mercados definidos, maior o número de concorrentes, de produtos substituíveis pelo viés do consumidor ou do fornecedor, de território de troca, e, conseqüentemente, menor a concentração e, ao fim e ao cabo, menor o risco de prejuízo à concorrência, e por isso se diz, por exemplo, que a volatilidade do conceito é também um risco.⁵⁸⁸ Por fim, apenas para concluir, o caso citado manteve-se incólume, mesmo com a ordem de desconstituição emanado pela autoridade, em função de mais de uma década de tramitação de ações e recursos junto ao Poder Judiciário, resolvendo-se, agora, por mútuo acordo. Na resolução da questão, o Conselheiro João Paulo de Resende, ao votar favoravelmente para determinar a revisão do ato anterior que desconstituiu o ato de concentração, disse, por exemplo, que há mais de uma década de prejuízo à concorrência (caso o Conselho estivesse certo ao vetar a concentração) ou insegurança aos agentes econômicos envolvidos (caso estivesse errado), e que, os mercados originalmente problemáticos evoluíram naturalmente a extinguir os prejuízos à concorrência previamente identificados pela autoridade concorrencial. Assim, se é crível que os

⁵⁸⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08012.001697/2002-89 (atualmente 08700.003861/2016-30). Interessados Nestlé Brasil S.A. e Chocolates Garoto S.A. Relator (atual) Conselheiro Alexandre Cordeiro de Macedo, julgado originalmente em 04 de fevereiro de 2004. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 17. out. 2017.

⁵⁸⁸ PASTRE, Daniel Fernando. O Controle Judicial das... Op. cit., p. 219-245.

riscos concorrenciais não tenham se concretizado, também o é a possibilidade de ponderá-los a partir do critério de eficiência ambiental, lastreado no vetor material da regra da razão e que vincula a um juízo de adequação (meios necessários e fins, menor onerosidade e estrita proporcionalidade).

Para tanto, torna-se bastante útil a menção da experiência específica da área de gerenciamento de riscos em projetos diversos, que pode ser aplicada para qualquer avaliação em um determinado negócio, a fim de propiciar uma mensuração do impacto ambiental; e mais, a partir da prospecção dos riscos é possível não só mitigá-los, mas permutá-los por oportunidades,⁵⁸⁹ maximizando, ao final, o bem-estar. Assim, a utilização da ferramenta poderá permitir a assunção ou a compensação entre riscos concorrenciais e ambientais, entre riscos negativos e positivos, traduzindo-se em um permissivo legal para realização de atos anticompetitivos (risco negativo à concorrência) se houver equilíbrio (na verdade, um acréscimo) com um benefício ao meio ambiente (risco positivo ou oportunidade ambiental). Em geral, a realização de um projeto depende de seis etapas: um planejamento inicial em relação à abordagem, a identificação dos riscos, a análise qualitativa e quantitativa (um juízo de probabilidade e impacto dos riscos), o planejamento das respostas aos riscos e, por fim, o acompanhamento e controle daqueles riscos previamente identificados.⁵⁹⁰

A partir do modelo de concorrência aceito para os fins deste estudo, concorrência trabalhável⁵⁹¹ ou concorrência efetiva⁵⁹², os marcos concorrenciais são: a existência de rivalidade, as barreiras à entrada de novos competidores, a afetação comportamental recíproca (entre competidores e entre estes e os consumidores) e a impossibilidade de uma decisão ideológica. Portanto, os riscos concorrenciais são necessariamente conectados aos marcos definidos. Por isso, não é necessário para o modelo proposto o cumprimento de todas as etapas, mas apenas da verificação do problema (afetação negativa da concorrência em alguma medida), análise qualitativa e quantitativa (uma matriz de probabilidade e impacto,

⁵⁸⁹ KERZNER, Harold. **Gestão de Projetos: as melhores práticas**. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2006, p. 335.

⁵⁹⁰ PMI - Project Management Institute. **Um Guia do Conhecimento em Gerenciamento de Projetos (Guia PMBOK®)**. 5. ed. Newtown Square: Project Management Institute, 2013, p. 309-353.

⁵⁹¹ CLARK, John Maurice. Toward Concept of Workable... Op. cit., p. 241-256.

⁵⁹² DELP, Amanda B.; MAYO, John W. The Evolution of "Competition"... Op. cit., p. 393-416.

aferindo os riscos positivos, comparando-os aos riscos negativos), e a tomada da decisão (autorizar ou não o ato a partir do critério material da regra da razão).⁵⁹³

O ponto crucial para a aplicação da ideia é a montagem da matriz de probabilidades (em percentual) e impactos (desvios positivos ou negativos em relação à concentração de mercado, ao bem-estar e ao meio ambiente, por exemplo), assim como a forma de aferição das probabilidades e impactos. É comum que a matriz seja dividida em cinco espectros de probabilidades do risco se concretizar e de impactos (positivos ou negativos), variando entre muito alto, alto, médio, baixo e muito baixo (e a cada um é atribuído um ponto, ou outra escala, a depender do caso concreto). Do mesmo modo, a zona de severidade (a relação entre a probabilidade multiplicada pelo impacto) é mais comumente dividida em três pontos (aceitável, de 1 a 4 pontos, gerenciável, de 5 a 9 pontos, e inaceitável, de 10 ou mais pontos) ou, em casos de maior complexidade, de cinco pontos (baixo, de 1 a 4 pontos, médio, de 5 a 9 pontos, alto, de 10 a 14 pontos, muito alto, de 15 a 19 pontos, e inaceitável, de 20 ou mais pontos).⁵⁹⁴ O resultado final das análises quantitativas e qualitativas corresponde, a depender do grau de severidade, a uma das duas que se referencia abaixo:

PROBABILIDADE / IMPACTO	MUITO ALTO (5)	ALTO (4)	MÉDIO (3)	BAIXO (2)	MUITO BAIXO (1)
MUITO ALTO (5)	25	20	15	10	5
ALTO (4)	20	16	12	8	4
MÉDIO (3)	15	12	9	8	3
BAIXO (2)	10	8	6	2	2
MUITO BAIXO (1)	5	4	3	2	1

Gráfico 01: Modelo de Probabilidade e Impacto 1

Fonte: Guia PMBOK

Elaboração: autor

⁵⁹³ CARVALHO, Marly Monteiro de.; RABECHINI JR., Roque. **Fundamentos em Gestão de Projetos**. 3. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Atlas, 2011, p. 262.

⁵⁹⁴ CARVALHO, Marly Monteiro de.; RABECHINI JR., Roque. **Fundamentos em Gestão de...** Op. cit., p. 263-265.

PROBABILIDADE / IMPACTO	MUITO ALTO (5)	ALTO (4)	MÉDIO (3)	BAIXO (2)	MUITO BAIXO (1)
MUITO ALTO (5)	25	20	15	10	5
ALTO (4)	20	16	12	8	4
MÉDIO (3)	15	12	9	8	3
BAIXO (2)	10	8	6	2	2
MUITO BAIXO (1)	5	4	3	2	1

Gráfico 02: Modelo de Probabilidade e Impacto 2

Fonte: Guia PMBOK

Elaboração: autor

Isso quer dizer que a regra da razão aqui defendida, avaliada a partir da relação entre meios (necessários) e fins, menor onerosidade e estrita proporcionalidade, poderia ser aplicada pela inversão das matrizes encontradas. Para exemplificar, se verificado em um determinado ato de concentração um risco concorrencial negativo em um certo grau, por exemplo, de número 2, o ato poderia ser autorizado pela autoridade concorrencial se presente um risco ambiental positivo (um benefício) que superasse esse prejuízo (para existir maximização do bem-estar), como, por exemplo, um de número 3 (ou qualquer número acima daquele), o que acarretaria a imediata subsunção da análise ao juízo de adequação inerente àquela regra. Dito de outro modo, a aplicação do preceito possibilitaria a reprovação de atos anticompetitivos de inaceitável risco concorrencial (como a monopolização de mercados, por exemplo), mas permitiria a manutenção de outros de riscos se presente uma excludente que, no caso, seria a existência de um risco positivo ou benefício ambiental de grau maior, o que acarretaria a maximização do bem-estar total ou agregado. Essas, em linhas gerais, são as possibilidades pela agregação de um fator econômico de forma intermediária (e, diz-se intermediária porque a avaliação dos riscos é quantitativa e qualitativa; ou seja, há uma subjetividade importante a ser considerada na definição e na contraposição dos riscos); assim, como próximo passo, imprescindível a verificação das possibilidades quando considerados critérios puramente econômicos (o que se fará com a inclinação à Escola de Chicago, à maximização do bem-estar e um valor de eficiência sob a perspectiva de Kaldor-Hicks, como dito anteriormente).

Para correta compreensão da assertiva importante a análise tanto da tragédia dos comuns (no original, *tragedy of the commons*), quanto da teoria de Ronald Coase. A tragédia dos comuns foi elaborada por Garrett Hardin, em 1968, citando o matemático William Forster Lloyd. Para o referido autor, uma simples observação da forma como os homens utilizam as pastagens comuns (*commons*) na criação de seus animais conduz ao entendimento de que todos são inevitavelmente incentivados a acrescentar cada vez mais animais naquelas pastagens em função de que todos os benefícios são individuais (do proprietário dos animais), enquanto os prejuízos são divididos pela coletividade. E essa é a verdadeira tragédia, porque o aumento dos animais nas pastagens acarreta o esgotamento dos pastos e, conseqüentemente, a aniquilação da atividade e do sustento dos homens.⁵⁹⁵

A solução da questão passa, então, ou pela regulamentação estatal de direitos de propriedade (privatização da área comum) ou pela negociação entre particulares, a fim de que sejam definidos aqueles direitos. A privatização soluciona o problema porque os prejuízos da exploração serão suportados exclusivamente pelo proprietário da terra que a utiliza; por outro lado, a solução mercadológica depende da eliminação dos custos de transação (ou uma redução que torne possível a negociação entre as partes de forma ótima) para que os efeitos da degradação possam ser transacionados entre as partes interessadas.⁵⁹⁶ Nesse caso, a negociação seria realizada por uma barganha dentro do modelo de Ronald Coase,

⁵⁹⁵ Para o referido autor, a tragédia tem como cenário um pasto de livre acesso para todos e onde os homens criam seus animais. Ao longo das gerações, os homens tentam criar o maior número de animais possível e esse esquema funciona em função de guerras tribais, doenças e outros fatores de controle da população, tanto de homens como de animais. A partir do momento em que há um mínimo de estabilidade social a tragédia tem início. Os homens, como seres racionais, buscarão inserir cada vez mais animais no pasto coletivo porque, ao passo em que se beneficiam exclusivamente do proveito de ter um animal extra (aumento seu rendimento, por exemplo, em uma unidade), dividem os prejuízos com todos os demais (cada homem sofrerá apenas uma fração do prejuízo em função da diminuição da área total para os animais). Na conclusão do autor, cada homem está preso a um sistema que o compele a incrementar seus animais sem limite, desconsiderando que o mundo é limitado. A ruína é o destino que perseguem todos os homens, todos acreditando na busca de seu próprio interesse em uma sociedade que prega a liberdade dos comuns. Assim, a liberdade do bem comum é a ruína de todos. No original: "each man is locked into a system that compels him to increase his herd without limit - in a world that is limited. Ruin is the destination toward which all men rush, each pursuing his own best interest in a society that believes in the freedom of the commons. Freedom in a commons brings ruin to all." In: HARDIN, Garrett. *The Tragedy of the Commons*. **Science**, vol. 162, n. 3859, dez. 1968, p. 1243-1248.

⁵⁹⁶ SINDEN, Amy. *The Tragedy of the Commons and the Myth of a Private Property Solution*. **University of Colorado Law Review**, vol. 78, 2007, p. 533-612.

para quem, na ausência de custos de transação,⁵⁹⁷ o que desde logo é criticável por partir de um pressuposto inexistente (não encontrável no mundo real),⁵⁹⁸ os direitos (de propriedade, de usar um bem, de gerar degradação, e suas consequências) podem ser livremente negociados na busca de um bem-estar total (*total welfare*). E isso quer dizer que o Estado não deve fazer a opção por punir (ou não) o proprietário, nem autorizar (ou não) os danos a terceiros, mas sim criar meios para que a resolução do conflito conduza a um benefício maior para toda coletividade.⁵⁹⁹ Assim, a solução adequada é aquela que evita o maior dano social ou gera o maior benefício social, independente da parte envolvida,⁶⁰⁰ tendo em vista que, em geral, o campo econômico é desprovido de dilemas ético-normativos.

Para Eduardo Oliveira Agostinho, a tragédia dos comuns é uma metáfora sobre a necessidade de defesa da propriedade privada como um método eficiente de apropriação dos bens; diz o autor, também, que a imposição de direitos de propriedade pode acarretar a subutilização, porque impediria a apropriação dos bens por proprietários que mais os valorizam, o que poderia inclusive se constituir em um fato de refreamento do desenvolvimento.⁶⁰¹ Ao que parece, a grande questão a ser respondida é efetivamente como trabalhar os direitos de propriedade de uma forma ideal ou, de outra maneira, como resolver o desalinhamento existente entre os incentivos privados (os custos pela apropriação e uso dos bens, dos recursos naturais e a consequente responsabilização pelos efeitos gerados) e sociais (os

⁵⁹⁷ Os custos de transação, para Mackaay e Rousseau, são justamente aqueles custos que impedem uma negociação precisa, são, portanto, fatores impeditivos. In: MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015, p. 10.

⁵⁹⁸ Na visão de Williamson, os custos de transação estão para a economia assim como a fricção está para a física. Uma imensa gama de estudos físicos desconsideram a existência de fricção como ponto primordial para a sua metodologia de cálculo; contudo, a fricção existe e, portanto, o mundo real não pode ser propriamente traduzido assumindo-se um pressuposto irreal. Para o autor, os custos de transação devem ser considerados e podem ser conceituados em *ex ante* (elaborar, negociar e verificar salvaguardas um contrato) e *ex post* (desvios contratuais, alinhamentos, manutenção de estruturas de governança, os custos para fazer cumprir o contrato). In: WILLIAMSON, Oliver E. **The Economic Institutions of Capitalism: firms, markets, relational contracting**. New York: The Free Press, 1985, p. 18-22

⁵⁹⁹ COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. **The Journal of Law & Economics**, vol. 3, oct. 1960, p. 1-44.

⁶⁰⁰ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; SONAGLI, Joseliane. A Teoria de Coase e o Papel do Direito para a Eficiência das Relações Empresariais. **Economic Analysis of Law Review - EALR**, vol. 8, n. 1, jan./jun, 2017, p. 18-34.

⁶⁰¹ AUGUSTINHO, Eduardo Oliveira. A Tragédia dos Comuns e dos Anticomuns. In: KLEIN, Vinicius; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **O que é a Análise Econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 60-61.

efeitos para as demais pessoas que não compõe essa relação, mas, ao mesmo tempo, sofrem os efeitos dela) para o uso da propriedade.⁶⁰²

A grande questão acima, especialmente no que toca a busca por uma concorrência que visa à proteção do meio ambiente, depende da resposta de outra talvez ainda mais importante, que é como estabelecer um preço para os recursos naturais, por exemplo, a fim de tornar possível qualquer cálculo econômico, qualquer comparativo de aumento ou diminuição de bem-estar. Nesse ponto, as soluções pela atuação estatal, que serão as mais buscadas em função da possibilidade de imposição de um preço pela coerção, ou pela negociação, encerram-se, absoluta e invariavelmente, no mesmo dilema, saber quanto custa.⁶⁰³

O meio ambiente e os recursos naturais de uma forma geral são classificados na economia como bens comuns ou de acesso livre (*common* ou *open-access resources*); ou seja, são bens que são rivais no consumo, mas não excludentes. Por exemplo, os peixes no oceano são rivais porque quando alguém captura um peixe restarão menos peixes para o próximo interessado, mas não são excludentes, porque, em geral, a vastidão dos oceanos importa uma ignorância do pescador quanto a qualquer limite de uso ignora reservas quanto aos incentivos do pescador. Em um sistema de mercado, os navios pesqueiros são incentivados a pescar mais porque o preço do peixe é baixo (ausência de exclusão), gerando um congestionamento que, no extremo, quando os estoques de peixes efetivamente baixarem e, via de consequência, houver aumento de preço, incentivarão ainda mais o comportamento pesqueiro em função da escassez, com a entrada de novos competidores e a aniquilação total do sistema.⁶⁰⁴ E, ainda que o Estado pudesse intervir com impostos ou subsídios, incentivando ou não a pesca,⁶⁰⁵ ou que, a partir disso, dentro da premissa estabelecida pelo Teorema de Coase, o mercado possa funcionar para buscar uma melhor alocação dos recursos naturais envolvidos

⁶⁰² PARISI, Francesco, DEPOORTER, BEN; Schulz, Norbert. Duality in Property: Commons and Anticommons. **International Review of Law and Economics**, vol. 25, n. 4, 2005, p. 1-30.

⁶⁰³ Para Amy Siden, a questão é que o governo pode definir, por exemplo, quanto custa a água ou a energia, o que pode levar em consideração fatores idealizados e irrealis, mas a dinâmica da degradação ecológica é impossível de ser mensurada em um mundo real. No original, tem-se que "Thus, proposed privatization regimes involving land, oceans, and wildlife could conceivably meet the conditions for the private property or market solutions in a theoretical world, but the dynamics of ecological degradation are such that it is impossible for those idealized conditions to be met, or even reasonably approximated, in the real world." In: SINDEN, Amy. *The Tragedy of the...* Op. cit., p. 533-612.

⁶⁰⁴ MANKIWI, N. Gregory. **Principles of Microeconomics**. 6. ed. Manson: South-Western Cengage Learning, 2012, p. 218-219.

⁶⁰⁵ FRIEDMAN, David. D. **Price Theory: an intermediate...** Op. cit., p. 576.

(estoque de peixe, preservação do oceano), inúmeros outros fatores podem prejudicar qualquer análise econômica, como, por exemplo, o desconhecimento do funcionamento e inter-relação dos ecossistemas, a taxa de renovação natural, que forçaria uma constante readequação dos preços (e, portanto, aumentaria os custos envolvidos), a macroalocação (a relação entre os diversos bens) e a regionalidade dos impactos (internacional, regional, local).⁶⁰⁶

Na síntese, as avaliações mercadológicas falham ao dar resposta a alocação eficiente de recursos ambientais por causa da ausência de informações precisas sobre os custos (e, portanto, sobre os preços), pela existência de externalidades, pelo conceito de bens públicos (ou recursos comuns, no caso concreto) e pela estratégia comportamental das partes envolvidas (Estado, agentes econômicos e terceiros),⁶⁰⁷ o que o Teorema de Coase parece ignorar para que possa funcionar. Por isso, diz-se que qualquer tentativa de se calcular o preço de valores sociais, ambientais ou políticos, torna-se um grande equívoco e conduz à falácia da composição (*fallacy of composition*), que, como antes esclarecido, diz respeito aos problemas de uma avaliação parcial (no caso, do meio ambiente).⁶⁰⁸

A partir disso, Clive Spash entende que não deve ser feito um cálculo econômico para valoração do meio ambiente, mas, ao revés, com a aplicação da ciência econômica, aquele deve ser reconhecido como um bem comum ou de livre acesso, e, conseqüentemente, sem valor para o mercado e também para a concorrência. Para o autor, devem ser combinados os recursos da economia tendo como pressuposto inicial que a valoração do meio ambiente depende de participação popular, ainda que mediante representação, o que ficou conhecido como um método de valoração deliberativo monetária (*deliberative monetary valuation* ou DMV). Em resumo, a seleção de pessoas com capacidade de julgamento e como representantes da sociedade, na teoria, é a melhor forma de se chegar a um valor dos bens ambientais, especialmente porque as decisões serão tomadas em proveito social, não em função da análise de um singular egoísmo.⁶⁰⁹ A ideia, portanto, parte de um arbitramento do valor ambiental pela própria sociedade,

⁶⁰⁶ DALY, Herman E.; FARLEY, Joshua. **Ecological Economics: principles and...** Op. cit., p. 457-471.

⁶⁰⁷ SUNSTEIN, Cass R. **After the Rights Revolution...** Op. cit., p. 39-46.

⁶⁰⁸ DALY, Herman E.; FARLEY, Joshua. **Ecological Economics: principles and...** Op. cit., p. 463.

⁶⁰⁹ SPASH, Clive, L. Deliberative Monetary Valuation (DMV): issues in combining economic and political processes to value environmental change. **Ecological Economics**, vol. 63, n. 4, 2007, p. 690-699.

o que poderia ser feito por uma espécie de referendo (*referendum prices*), porque somente a própria população poderia saber, por exemplo, qual o exato valor espiritual ou cultural que vem imbuído na proteção de um bem ambiental.⁶¹⁰ Parece lógico dizer que o arbitramento de um valor, seja por qualquer parte envolvida ou mesmo pelo Estado, passa ao largo das premissas econômicas deduzidas em função da subjetividade inerente, o que torna o conceito de eficiência ambiental, sob essa perspectiva econômica, um verdadeiro conceito não econômico. Isso, porque um arbitramento subjetivo dificilmente poderá ser reproduzido, modulado ou comparado com as análises conduzidas pela autoridade concorrencial, inclusive em função da incerteza valorativa,⁶¹¹ ainda que se possa alegar, dentro do exemplo acima, que seja possível calcular um valor a partir da mediação dos hábitos de turismo, como já se sugeriu anteriormente.⁶¹²

A redução do campo de estudo da economia e seu foco naqueles bens que podem ser apropriados pelo homem, que podem ser valorados ou mesmo incluídos como um fator da produção, especialmente na economia neoclássica, acabou gerando um problema sério quando da extensão do paradigma econômico aos bens que tem um valor de uso, mas, em regra, não um valor de mercado, como os bens ambientais.⁶¹³ Nessa linha, inúmeros pesquisadores buscam soluções para os problemas encontrados e, das suas pesquisas, surgiram novas áreas, criadas a partir de uma intrínseca relação entre a economia e ecologia (ou meio ambiente). A primeira, chamada de economia ecológica (ou *ecological economics*), que reconhece a existência de cinco grandes dilemas da humanidade (a capacidade de produção de alimentos, as mudanças climáticas, os danos à camada de ozônio, a degradação do solo e a perda da biodiversidade) e a imprescindível necessidade de

⁶¹⁰ WHITTINGTON, Dale. Administering Contingent Valuation Surveys in Developing Countries. **World Development**, vol. 26, n. 1, 1998, p. 21-30.

⁶¹¹ Para Robert Nozick no cálculo de eventuais indenizações as pessoas tendem a uma supervalorização de seus próprios prejuízos, enquanto, ao mesmo tempo, desvalorizam em demasia os prejuízos alheios. In: NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Op. cit., p. 25-26.

⁶¹² A referida análise a partir do aumento ou diminuição do interesse ou valores gastos com uma determinada rota de turismo desconsidera inúmeros outros fatores que igualmente impactam o estabelecimento de um valor ambiental, tornando-a uma análise reduzida e parcial, o que, em linhas anteriores, ficou prontamente rejeitado. In: ALBERINI A.; LONGO, A. Combining the Travel Cost and Contingent Behaviour Methods to Value Cultural Heritage Sites: evidence from Armenia. **Journal of Cultural Economics**, vol. 30, n. 4, 2006, p. 287-304.

⁶¹³ Nas palavras de Frederico Aguilera e Vicent Alcántara, “la reducción del campo de lo económico, por parte de la economía neoclásica, al universo de los objetos apropiados y valorados que se consideran productibles, plantea un serio problema a la extensión de este paradigma a aquellos bienes que, frecuentemente, tienen un valor de uso pero no de mercado, como es el caso de los bienes ambientales.” AGUILERA, Federico; ALCÁNTARA, Vicent. **De la Economía Ambiental a la Economía Ecológica**. Barcelona: Icaria, 1994, p. 14.

aproximação entre as áreas da economia e das ciências naturais para resolução desses grandes dilemas.⁶¹⁴ A segunda, denominada economia sustentável (ou *sustainability economics*), que tem foco na relação entre o ser humano e a natureza em uma análise interdisciplinar, feita a longo prazo (e que, portanto, deve considerar nos seus modelos as consequências e incertezas para o futuro). Além disso, tem uma justificativa ética calcada na visão de futuro (satisfação das necessidades humanas e justiça, tanto em relação as gerações presente e futura, como com a natureza em si)e, assim, tem como objetivo principal fornecer caminhos para decisões mais justas e ambientalmente eficientes.⁶¹⁵

Por qualquer ponto de vista, ambas trabalham para buscar responder a questão primordial antes posta, que visa estabelecer um preço para o meio ambiente, ou a uma forma ou uma metodologia econômica para calculá-lo. Na síntese, a doutrina trouxe consigo técnicas classificadas como econômicas (mercadológicas - preço, custo, reparação do dano e outras -, por preferências - do consumidor, da sociedade ou do Estado -, participativas e de transferência de bem-estar) e não econômicas (consultivas, deliberativas e revisão de informações).⁶¹⁶ A doutrina nacional estabelece, ao revés, metodologias diretas (avaliação de contingente) e indiretas (diferencial de produtividade, preço hedônico ou valor da propriedade, custos de deslocação ou atividades recreativas). Além dessas, cita o método do custo-benefício, que, do mesmo modo que a avaliação de contingente, emprega técnicas de análise de preferências, só que, neste caso, restrita apenas aos afetados por determinada medida com afetação ao meio ambiente.⁶¹⁷

⁶¹⁴ COSTANZA, Robert; CUMBERLAND, John; DALY, Herman; GOODLAND, Robert; NORGAARD, Richard. **An Introduction to Ecological Economics**. Boca Raton: St. Lucie and CRC Press, 1997, p. 10-27.

⁶¹⁵ BAUMGÄRTNER, Stefan; QUAAS, Martin F. What is Sustainability Economics? **Ecological Economics**, vol. 69, n. 3, 2010, p. 445-450.

⁶¹⁶ Em um estudo para o *Department for Environment, Food & Rural Affairs - Defra*, do Reino Unido, coletaram-se todas as técnicas econômicas e não econômicas até então conhecidas na literatura econômica. No original, tem-se: Economic Techniques: Market price approaches, Market cost approaches, Replacement costs approaches, Damage cost avoided approaches, Production function approaches, Revealed preference methods, Travel cost method, Hedonic pricing method, Stated preference methods, Choice modelling, Contingent valuation, Participatory approaches to valuation, Deliberative valuation, Mediated modelling, Benefits transfer. Non-Economic Techniques: Consultative methods, Questionnaires, In-depth interviews, Deliberative and participatory approaches, Focus groups, in-depth groups Citizen juries, Health-based valuation approaches, Q-methodology, Delphi surveys, Rapid rural appraisal, Participatory rural appraisal, Participatory action research, Methods for reviewing, information, Systematic reviews. In: CHRISTIE, M.; FAZEY, I.; COOPER, R.; HYDE, T.; KENTER, J.O. An Evaluation of Monetary and Non-Monetary Techniques for Assessing the Importance of Biodiversity and Ecosystem Services to People in Countries with Developing Economies. **Ecological Economics**, vol. 83, nov. 2012, p. 67-78.

⁶¹⁷ SILVA, Danny Monteiro da. **Dano Ambiental e sua Reparação**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 222-224.

Postas essas premissas, uma segunda proposta de enquadramento da eficiência ambiental dentro de uma análise voltada à economia e ao meio ambiente parte da internalização dos valores do meio ambiente afetado; ou seja, busca-se um método de cálculo econômico que promova a internalização dos efeitos ambientais (não necessariamente os danos, mas as consequências inerentes à atividade desenvolvida, ao consumo dos recursos naturais ou a eventual poluição gerada por aquela, por exemplo),⁶¹⁸ que passarão a fazer parte integrante de qualquer cálculo econômico e, assim, a realização do critério estará intrinsecamente posta em qualquer avaliação de custo-benefício, ou qualquer avaliação de bem-estar a que se proponha fazer. Para isso, os agentes envolvidos devem considerar que uma solução ambiental ótima, dentro da premissa de Kaldor-Hicks, depende da possibilidade de incluírem na variável do preço os efeitos positivos e negativos para o meio ambiente, internalizando (englobando, em geral, um ônus que normalmente é arcado pela sociedade como um todo) essa externalidade (os efeitos sobre o meio ambiente), o que pode ser bem justificado a partir da negociação de direitos; ou seja, levar em consideração os custos ambientais na formulação do preço possibilitará um máximo benefício socioambiental (a maximização do bem-estar por um viés estritamente econômico será inevitavelmente seguida por idêntica maximização do que se pode entender por um bem-estar ambiental) e poderá auxiliar na aprovação de atos de concentração com efeitos anticompetitivos.

Todavia, a questão não é simples como parece. A solução pela internalização dependeria de uma medida direta, que é a eliminação do caráter público dos bens, deixando ao livre mercado a definição do valor, o que seria feito conforme o Teorema de Coase, ou isso poderia ser feito de forma indireta, pela valoração econômica da degradação ambiental, por exemplo, e posterior taxação pelo Estado, tal como previu Pigou.⁶¹⁹ A forma direta implicaria a privatização de recursos naturais que, em tese, são mesmo de impossível transferência ao particular ou, ainda que fosse juridicamente viável a privatização do ar ou das águas, a negociação implicaria em custos de transação decorrentes do processo de barbanha

⁶¹⁸ Para Paul A. Samuelson, a externalidade é o efeito positivo ou negativo de uma atividade sobre terceiros estranhos a ela, como, por exemplo, no caso de ser negativa, a poluição do ar na produção de gerada pela produção em uma metalúrgica. O custo da poluição é arcado por todos, enquanto os benefícios dela aproveitam somente o poluidor. In: SAMUELSON, Paul A. **Introdução à Análise Econômica**. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir Editora, 1975, p. 502-503.

⁶¹⁹ DALY, Herman E.; FARLEY, Joshua. **Ecological Economics: principles and...** Op. cit., p. 430-432.

entre milhares de pessoas, gerando custos quiçá insuperáveis; na forma indireta, por outro lado, o Estado forçaria a internalização pela criação de um custo inerente ao controle da poluição ou dos impactos ambientais (externalidades) aos agentes econômicos, acarretando essa internalização forçada (realizada de cima para baixo) um inevitável aumento dos preços ao consumidor,⁶²⁰ o que, para os fins desse trabalho, provocaria a criação de um ônus pela coerção estatal após a realização do ato de concentração, não uma alternativa para a análise ou mesmo autorização de atos de concentração com efeitos anticompetitivos.

Para constar, nesse caso o efeito negativo seria duplo: o aumento dos preços pela infração à concorrência e o aumento ainda maior pela internalização dos custos ambientais, o que aniquilaria qualquer base para uma análise econômica de aumento de bem-estar. Note-se, aliás, que como a tributação ambiental dependeria de legislação específica, tendo em vista que a existência de tributos somente pode ser deferida com base na lei e em observância ao princípio da legalidade tributária,⁶²¹ não há como impor mais ônus sem uma legislação correspondente e, portanto, não há como impor uma internalização pela via da coerção específica a um determinado ato de concentração, o que acarretaria, no mínimo, uma arbitrariedade ou um juízo de exceção que não encontra correspondência no Estado Democrático de Direito. E, se a legislação é anterior ao ato, os eventuais custos já estão internalizados pelos agentes econômicos envolvidos, inexistindo um plus que caracterizaria a eficiência ambiental, mas apenas uma adequação, por exemplo, vinculada ao princípio da poluidor pagador,⁶²² onde os custos pela utilização dos recursos naturais seriam equivalentes a soma das atividades dos agentes econômicos envolvidos no ato de concentração. Inexistindo benefício, resta apenas o prejuízo concorrencial, o que não justifica a autorização para realização do ato.

É preciso reconhecer, até esse momento, que os mercados, enquanto são incapazes de refletir adequadamente os valores ambientais (colocar um valor no meio ambiente), talvez porque esses próprios valores são impossíveis de se medir

⁶²⁰ ROMEIRO, Ademar Ribeiro. Desenvolvimento Sustentável: uma perspectiva econômico-ecológica. **Estudos Avançados**, vol. 26, n. 74, 2012, p. 65-92.

⁶²¹ CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de direito Constitucional Tributário**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 296.

⁶²² Para Maria Alexandre de Sousa Aragão, o princípio do poluidor pagador trabalha com a ideia de que os poluidores devem ser cobrados pelos custos inerentes aos recursos naturais utilizados, a fim evidenciar uma medida de contenção (ou boa gestão) ao uso. In: ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. **O Princípio do Poluidor-Pagador: pedra angular da Política Comunitária do Ambiente**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 42.

adequadamente, são totalmente capazes, por outro lado, de criar e gerir mecanismos para a medição precisadas escolhas do consumidor.⁶²³ A proposta, portanto, parte desse mecanismo para alcançar um critério de eficiência ambiental focado nas escolhas no consumidor, salientando que o mesmo deve ser adequado à realidade brasileira, tendo em vista que aquelas preferências podem ser alteradas a partir do grau de desenvolvimento econômicos das sociedades onde são analisadas; ou seja, na Curva de Kuznets Ambiental, há uma relação inversamente proporcional entre a proteção ambiental e o benefício econômico, onde os consumidores estão mais dispostos a aceitar a degradação e os prejuízos ao meio ambiente com efeitos colaterais negativos, porém inevitáveis, quanto menor for o seu bem-estar econômico. Na síntese, a preocupação ambiental, assim, é maior em sociedades mais desenvolvidas, o que não recomenda a comparação entre Estados.⁶²⁴

Sem desconsiderar esse fato, a ideia inicial é reconhecer que os recursos são alocados a partir das escolhas das pessoas, realizadas em um ambiente mercadológico. Por exemplo, o mercado de casas é formado pelo fornecimento e pela demanda por casas, mas as casas em si tem inúmeras características intrínsecas que são levadas em consideração para a escolha final, além do valor da construção, do terreno, da localização, ideia que é transplantada para a premissa ambiental. É uma forma de tornar palpável um valor através de mercado indireto elegendo escolhas a partir de premissas direcionadas aos escolhedores.⁶²⁵ Não se trata aqui de questionar o quanto os consumidores estariam dispostos a pagar pela preservação ou pela proteção do meio ambiente (*willingness to pay*), ou ainda o quanto vale determinado bem ambientalmente relevante, o que já foi amplamente criticado pela doutrina em razão da abstração nas respostas (e discrepâncias absurdas entre os valores prescritos pelos consumidores)⁶²⁶ ou da impossibilidade

⁶²³ BLUMM, Michael C. The Fallacies of Free Market Environmentalism. **Harvard Journal of Law and Public Policy**, vol. 15, n. 2, 1992, p. 371-389.

⁶²⁴ Para Ademar Ribeiro Romeiro, a Curva de Kuznets Ambiental representa uma relação entre economia e meio ambiente na disputa pelas preferências do consumidor, significando dizer “que nos estágios iniciais do processo de desenvolvimento econômico a crescente degradação do meio ambiente é aceita como um efeito colateral ruim, mas inevitável. Entretanto, a partir de certo nível de bem-estar econômico, a população torna-se mais sensível e disposta a pagar pela melhoria da qualidade do meio ambiente...”. In: ROMEIRO, Ademar Ribeiro. *Desenvolvimento Sustentável: uma perspectiva...* Op. cit., p. 74-75.

⁶²⁵ PEARCE, David; BARBIER, Edward B. **Blueprint for Sustainable Economy**. London: Earthscan, 2000, p. 8.

⁶²⁶ SAGOFF, Mark. Cows are Better than Condos, or How Economists Help Solve Environmental Problems. **Environmental Values**, vol. 12, n. 4, nov. 2003, p. 449-470.

de um juízo comparativo,⁶²⁷ mas, ao revés, partir de uma relação entre bens ou serviços reais que são distribuídos entre os agentes econômicos envolvidos nos atos de concentração, que inclusive já são comparados pela autoridade concorrencial para definição do próprio mercado relevante.

Assim, se a autoridade se utiliza da elasticidade cruzada⁶²⁸ ou do teste do monopolista hipotético⁶²⁹ para definir a fungibilidade entre determinados bens, a utilidade ambiental pode ser verificada dentro dessas mesmas condições, o que acarretará imediatamente a ampliação do mercado relevante analisado e, conseqüentemente, a diluição da participação mercadológica dos envolvidos, relativizando os riscos concorrenciais. Para exemplificar, imagine-se um ato de concentração entre duas grandes produtoras de pneus. A primeira utiliza em suas fábricas um método de produção mais sustentável a partir de suas próprias tecnologias ou de patentes próprias, o que poderia lhe render um selo ambiental; a segunda, por outro lado, utiliza-se de um método energético poluente e libera mais resíduos na atmosfera, tendo em vista que emprega suas próprias patentes. A união resultante da concentração empresarial, por certo, comunicará e influenciará os meios de produção, vinculando uma escolha empresarial entre a mais benéfica ao meio ambiente (e com produção mais cara) ou a mais prejudicial (com produção mais barata). Ao submeter o ato à autoridade, os agentes econômicos poderiam ampliar os seus respectivos mercados, unificando-os, caso a escolha do consumidor torne possível a identificação (fungibilidade) dos produtos ou, ainda, caso aquele concorde em pagar um acréscimo no preço decorrente do benefício ambiental (a escolha recairia entre produzir barato, com prejuízo ao meio ambiente, ou mais caro, com benefícios ambientais). Assim, a ampliação do mercado conduzirá inevitavelmente à redução ou aniquilação da ilicitude concorrencial e, em contraprestação, tornará possível a expansão do mercado de bens ambientalmente

⁶²⁷ Para a doutrina, o simples questionamento do valor de um recurso natural ou de um ecossistema, especialmente quando as pessoas não conhecem ou nunca o observaram, ou mesmo não tem recordações precisas em sua memória, induz a uma resposta conforme apresentada, o que tem grandes chances de mudar após algum exercício de reflexão. No original, tem-se que “esto es especialmente un problema cuando se requiere al sujeto que valore recursos naturales o un ecosistema que el encuestado no conoce y que generalmente nunca ha observado. Al no tener recuerdo sensu memoria, el mercado presentado se convierte en la base para su decisión (Feldman y Lynch 1988, p. 424). Lo que es posible que ocurra tras la entrevista es que el encuestado medite bien el ejercicio y cambie de opinión...”. In: AGUILERA, Federico; ALCÁNTARA, Vicent. **De la Economía Ambiental...** Op. cit. p. 131.

⁶²⁸ FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. Op. cit., p. 242-243.

⁶²⁹ MOTTA, Massimo. **Competition Policy: theory and...** Op. cit., p. 102.

amigáveis ou que considerem na cadeia de produção ou distribuição algum benefício ao meio ambiente e, portanto, à coletividade (o que cumpriria igualmente o critério de repasse dos benefícios aos consumidores finais).

E mais, o aumento da satisfação do consumidor em função da transferência de tecnologia e da unificação da produção em bens ecoeficientes aumentaria conseqüentemente a sua disposição a pagar pelos mesmos e corrigiria a distorção nos preços gerada por eventuais ineficiências concorrenciais, tornando aceitáveis os efeitos anticompetitivos lastreados exclusivamente no valor dos bens. Dito de outra maneira, haverá um encontro entre a eficiência produtiva e alocativa, porque a escolha do consumidor em valorar mais os bens ambientalmente mais benéficos tornaria possível uma majoração de preço sem prejuízo à concorrência, tendo em vista que aquele valor estaria igualmente adequado ao que o consumidor estaria disposto a pagar pelo bem.⁶³⁰ Há, igualmente, uma avaliação dinâmica vinculada a um equilíbrio total, porque a valoração do bem ambiental está intrinsecamente conectada à noção de sustentabilidade que se protraí no tempo em uma análise global que inclui em um mesmo conjunto todos os envolvidos. Por óbvio que para que o critério tenha sucesso deve ser estabelecido entre os então competidores um acordo para transferência, por exemplo, de todo o *know-how*, compartilhamento de informações ambientalmente sensíveis e unificação dos métodos de produção e distribuição naqueles mais benéficos ao meio ambiente, sob pena de tornar inócua a perseguição de um valor ambiental.

Na conclusão, a eficiência ambiental, nesse último caso, estabelece-se a partir de um método valorativo das escolhas dos consumidores, não se forma abstrata, mas sim de forma específica e vinculando diretamente os agentes econômicos envolvidos no ato de concentração. A partir disso, será possível, desde que compartilhados entre os agentes os valores ambientais sensíveis, tanto a ampliação do mercado relevante analisado, com a conseqüente diluição de eventual poder de mercado ou da capacidade de majorar os preços ao arrepio da escolha do consumidor, como, ao fim e ao cabo, ampliar o bem-estar geral ou agregado a partir da transferência de benefícios ambientais aos consumidores, que se traduzirão na valorização dos bens ambientalmente adequados e, portanto, na disposição em pagar pelos mesmos, conectando eficiência produtiva e alocativa em um espectro

⁶³⁰ BORK, Robert Heron. **The Antitrust Paradox: a...** Op. cit., p. 91.

maior que envolve todas as partes, inclusive com repasse dos benefícios aos consumidores na forma de retribuição ou compensação ambiental intrínseca à produção ou distribuição, o que é condizente com o critério de Kaldor-Hicks e com a legislação em vigor.

4.4. AMBIENTE INSTITUCIONAL, TEORIA DOS JOGOS E A APLICABILIDADE DA TEORIA DA COOPERAÇÃO EM ROBERT AXELROD PARA CONCRETIZAÇÃO DO CRITÉRIO DA EFICIÊNCIA AMBIENTAL

O último item do capítulo tem como objetivo verificar a possibilidade de aplicação de algum método para tornar possível ao aproveitamento do conceito de eficiência ambiental sugerido nos anteriores, assim como, a partir da análise do ambiente institucional brasileiro, verificar como incentivar a proteção ambiental ou a premissa do desenvolvimento nacional sustentável,⁶³¹ através da cooperação recíproca entre as autoridades concorrenciais, agentes econômicos e demais envolvidos ou que possam ser caracterizados como concorrenciais interessados, o que será feito sob as luzes da teoria da teoria dos jogos e, na sequência, pela teoria da cooperação, de Roberto Axelrod.⁶³²

No que toca o ambiente das instituições nacionais, a análise facilitará a compreensão do arranjo institucional brasileiro e de como respondem, e também como poderão responder, todos os agentes envolvidos na sugerida eficiência ambiental; ou seja, a avaliação não é restrita a como os mercados funcionam, mas também como se desenvolvem ao longo do tempo. Para tanto, diz Douglas North que o ambiente institucional está vinculado a uma estrutura de incentivos resultantes da organização de restrições formais e informais. As primeiras podem ser entendidas a partir de uma estrutura normativa, como uma Constituição, princípios ou regras; as segundas, por outro lado, advém de regras de comportamento, convenções, código de conduta, ou os usos e costumes.⁶³³

⁶³¹ Para Calixto Salomão Filho, existem três princípios que regem a busca pelo desenvolvimento: o princípio redistributivo (para eliminação das eficiências alocativas), o princípio da diluição do poder (econômico e político) e o princípio do estímulo à cooperação (que relaciona-se ao autocontrole da economia e eliminação do individualismo exagerado). In: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e desenvolvimento*. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 38-39.

⁶³² AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books Inc. Publisher, 1984.

⁶³³ NORTH, Douglas C. Economic Performance Through Time. **The American Economic Review**, vol. 84, n. 3, jun. 1994, p. 360.

Dito de outro modo, em um ambiente onde existem custos de transação, todos os envolvidos, agindo de forma racional, buscarão melhorar suas próprias condições a partir dos incentivos recebidos. Desta forma, se há incentivo ao crime (ou impunidade), organizações criminosas aparecerão; se há incentivo na área da educação, então organizações educacionais surgirão. E há uma verdadeira relação de simbiose entre as instituições (formais e informais) e as organizações (neste caso, todos os concorrentialmente interessados) que moldam todo o sistema econômico nacional. Assim, o papel das instituições seria o de guiar os agentes a um arranjo social mais benéfico, no sentido de ser economicamente mais eficiente para toda a coletividade, nada obstante possam aquelas instituições desvirtuar-se de seu propósito e servir a interesses escusos de pessoas ou organizações, ou ainda interesses políticos, que bloqueiam os benefícios que se esperam delas.⁶³⁴

Esse é o motivo que levou à alegação anterior de que as instituições nacionais incentivam o surgimento de ilícitos concorrenciais sem qualquer contraprestação em relação à eficiência econômica, tecnológica ou mesmo ambiental, fazendo surgir, nesse sentido, atos de concentração que discrepam dos objetivos constitucionalmente perseguidos pela Constituição Federal.⁶³⁵ Aliás, especificamente quanto à eficiência ambiental, a inexistência de menção expressa na legislação e, quiçá, a não compreensão da exigência constitucional conectada ao desenvolvimento e à dignidade, impõe um comportamento recíproco que ignora totalmente o viés ambiental; ou seja, se não há obrigação ou sanção, os agentes se sentem desestimulados a buscar a tutela do meio ambiente em função dos próprios custos envolvidos e na obtenção das vantagens inerentes ao ato anticompetitivo independente deles.⁶³⁶ Há, portanto, um ambiente que não orienta a um comportamento desejado (ou, como visto anteriormente, constitucionalmente obrigatório) e aceita de forma passiva outro comportamento em sentido contrário, o que acaba por refletir da atuação de todos os envolvidos, que seguem ignorando a questão ambiental porque tem a certeza de que, independente de qualquer objeção

⁶³⁴ NORTH, Douglas C. Economic Performance Through Time. Op. cit., p. 361-362.

⁶³⁵ PASTRE, Daniel Fernando. A Teoria da Cooperação... Op. cit., p. 122-140.

⁶³⁶ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Repercussão Geral (ausência). Prequestionamento (ausência). Ofensa Indireta à Constituição Federal. Má-fé e Ignorância. Danos Decorrentes da Demora do Processo. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). **Revista de Processo**, n. 157. São Paulo: RT, 2008, p. 366.

constitucional ou normativa, não haverá qualquer consequência.⁶³⁷ Por isso, importante buscar uma forma de alterar aquela simbiose entre as instituições e organizações, a fim de exigir ou, no mínimo, possibilitar a implantação de um critério de eficiência ambiental, como proposto ao longo do trabalho.

Para isso a teoria dos jogos concede importante subsídio. A base da teoria remonta aos ensinamentos de John von Neumann, em 1928, e, posteriormente, ganhou repercussão a partir da união com o economista Oskar Morgenstern, em 1944, oportunidade em que foi lançado o livro conjunto *Theory of The Games and Economic Behavior*. A tese central era de que muitas das decisões econômicas dependem do comportamento dos demais agentes envolvidos na relação e não puramente de um único indivíduo a ser avaliado de forma isolada ou desprovida de contexto; ou seja, considera-se que as estratégias ou escolhas consideradas racionais estão umbilicalmente ligadas às feitas por outras pessoas.⁶³⁸ Há uma conexão imediata com a proposta de Douglas North, considerando que os comportamentos oriundos das instituições moldam as organizações e vice-versa.

A teoria foi exemplificada com o lançamento do Dilema do Prisioneiro, feita por Albert William Tucker, em 1953. No resumo, o autor descreve uma situação onde duas pessoas são presas sob a acusação de ter cometido um crime grave, mas não há provas sobre o cometimento do referido crime grave, apenas de um crime menor, o que demanda uma confissão para uma condenação em maior grau. Dentro desse quadro, as duas pessoas são postas em cômodos separados e sem qualquer comunicação entre elas. As opções dos acusados são: não há confissão por ambas as partes e, portanto, as duas são condenadas pelo crime menor; há confissão e acusação simultânea e, daí, ambas são processadas pelo crime de maior gravidade, mas com redução da pena em função daquela confissão; ou há confissão e acusação unilateral, onde o acusador confesso sai livre e o acusado sofre a punição pela infração mais grave. Considerando as opções e o contexto em que colocadas as partes, confessar e acusar o comparsa é a estratégia dominante, já que há a

⁶³⁷ NEVES, Marcelo. **Ente Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 255.

⁶³⁸ NEUMANN, John von; MORGENSTERN, Oskar. **Theory of The Games and Economic Behavior**. London: Princeton University Press, 1944, p. 31-45.

possibilidade de livramento total se a outra parte igualmente não confessar e acusar ou, no mínimo, uma possibilidade de diminuição da pena (se o outro confessar).⁶³⁹

A teoria dos jogos e, principalmente, o Dilema do Prisioneiro, serviram de base para que Robert Axelrod, ao verificar que mesmo em um ambiente de natural competição e de luta pela vida ou pela morte há inúmeros exemplos de cooperação entre as mesmas espécies ou entre diferentes delas,⁶⁴⁰ buscasse verificar se há uma estratégia comportamental dominante, ou uma que pudesse ser aplicada a qualquer caso concreto (em qualquer jogo, na nomenclatura do texto), dentro de uma premissa de um jogo cooperativo prolongado (com mais de uma rodada de interação entre as partes, portanto). Para ele, a melhor estratégia é realmente a “olho por olho” (TIT FOR TAT), não por necessariamente vencer outras estratégias, mas por evitar grandes perdas (ou pela capacidade de estancá-las). A referida estratégia foi testada através da interação entre programas de computador e teve sucesso pela capacidade de ser boa e clara, além da sua capacidade inerente de retaliação ou de perdão. Enquanto a bondade evita a causação de problemas imediatamente impondo a cooperação na primeira oportunidade, a clareza gera boa compreensão da estratégia alheia e facilita a cooperação ao longo prazo; ainda, a retaliação desencoraja o comportamento oportunista (em seu sentido negativo), enquanto o perdão restaura as capacidades de cooperação após o surgimento de um problema entre os envolvidos.⁶⁴¹

Postas essas premissas, são traçadas advertências: não ser invejoso, não ser o primeiro a trair, devolver tanto cooperação como traição na mesma moeda, não ser esperto demais.⁶⁴² A primeira relaciona-se ao fato das pessoas pensarem sempre em jogos de soma zero, interações onde para uma pessoa ganhar a outra deve necessariamente perder; porém, as relações sociais não são jogos de soma zero porque os envolvidos podem ambos ganhar ou perder ao final da interação (do jogo), e a grande questão está em evitar a comparação com as condições alheias para que isso não gere a inveja que impele ao comportamento predatório. E um exemplo do autor esclarece bem a questão: se várias pessoas são convidadas a testar o Dilema do Prisioneiro, ganhando um ponto quando jogarem melhor para si

⁶³⁹ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 128-129.

⁶⁴⁰ AXELROD, Robert; HAMILTON, William D. The Evolution of Cooperation. **Science**, New Series, vol. 11, n. 4489, mar. 1981, p. 1390-1396.

⁶⁴¹ AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. Op. cit., p. 54.

⁶⁴² AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. Op. cit., p. 110.

mesmas, após algumas rodadas as comparações de resultados entre os jogadores (e a avaliação da média ou do benefício geral) acabará por incentivar outros a um comportamento desviante, visando conseguir mais pontos. Logo, todos estarão agindo assim para atingir a média de pontos das partes envolvidas; ou seja, invejar o resultado alheio, em geral, serve de incentivo a um comportamento que discrepa da desejada cooperação porque leva a um maior benefício inicial. Desta forma, a primeira advertência transmuta-se em não invejar o sucesso alheio e, para isso, é melhor evitar a comparação entre os sucessos e pensar em como a parte envolvida estaria se fosse o outro. Perguntar como o outro jogador está indo não é um bom padrão de comportamento, a não ser que o objetivo seja destruir esse mesmo jogador. Quando o objetivo não for este, a comparação causa uma inveja destrutiva ou predatória, o que deve ser de todo modo evitado. É melhor, então, questionar acerca do sucesso do jogador se estivesse na pele de outro (ele faria algo diferente ou o sucesso seria o mesmo dentro das mesmas condições).⁶⁴³

A segunda advertência estabelecida pelo autor diz que sempre se deve iniciar qualquer interação (ou qualquer jogo, portanto) de forma a cooperar com as outras partes; ou seja, não se deve ser o primeiro a desviar o padrão de comportamento, que logicamente deve ser o cooperativo. As avaliações teóricas e empíricas demonstram que somente vale a pena cooperar enquanto a outra parte igualmente cooperar. A cooperação, assim, envolve um elo recíproco que, se quebrado, impõe a alteração comportamental. Por isso, uma estratégia geral, como a “olho por olho”, somente não é aceitável se as partes contrárias nunca cooperarem. Existindo uma cooperação mínima (o que os testes realizados demonstram ser um percentual de cinco por cento ou mais), sempre renderá mais cooperar do que não cooperar; ou seja, se a probabilidade de existirem indivíduos que cooperem é grande, não cooperar é absolutamente ineficiente e cooperar sempre produzirá resultados melhores.⁶⁴⁴

E isso conduz à terceira advertência, que está relacionada à reciprocidade, ao tratamento igualitário entre as partes ou, ainda, em um mimetismo comportamental que envolve devolver tanto cooperação como traição na mesma moeda, da forma mesma e na mesma intensidade. Isso quer dizer que a parte

⁶⁴³ PASTRE, Daniel Fernando. A Teoria da Cooperação em Robert Axelrod e a Prática de Ilícitos Concorrenciais. **Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência**, Minas Gerais, vol. 1, n. 2, jul./dez. 2015, p. 234-252.

⁶⁴⁴ AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. Op. cit., p. 113-117.

sempre iniciará cooperando e, após, replicará a atuação da outra: existindo cooperação recíproca, o comportamento cooperativo é mantido; no caso de alteração ou desvio na atuação da outra parte, altera-se o comportamento, e assim por diante. A advertência torna possível uma cooperação inicial e evita perdas futuras com o excesso de expectativas (sobre a cooperação ou perdão por comportamentos que desviam o comportamento esperado).⁶⁴⁵

A última advertência feita por Robert Axelrod é evitar a complexidade e não tentar ser esperto demais. Isso quer dizer que em um relacionamento de longo prazo (ou um jogo com sucessivas ou indefinidas rodadas), as regras sofisticadas de comportamento não são melhores do que aquelas mais simples. Dito de outro modo, os preceitos que buscam exclusivamente maximizar o seu próprio ganho tratam os outros envolvidos como um objeto inerte e ignoram o aspecto da interação, assim como os resultados ou reflexos resultantes seu próprio comportamento. Desta forma, esquecem-se dos ecos ou reverberações do processo de interação, ou do simples fato de que a outra parte está continuamente se adaptando ao comportamento do avaliador a cada nova interação.⁶⁴⁶ Na síntese, diz Robert Axelrod que a cooperação não exige nada de muito complexo e depende, em geral, exclusivamente de apenas outro elemento: a própria cooperação. Como dito anteriormente, ao contrário de jogos de soma zero (das interações onde uma parte ganha e a outra perde), onde uma dúvida sobre cooperação ou não (ou sobre a estratégia que será adotada pelo parte envolvida) pode tornar a jogada do outro ineficiente, melhorando a situação da primeira parte, em jogos cooperativos o melhor é desde logo deixar claro que existe a possibilidade de uma interação cooperativa, evitando normas complexas ou evitando deixar a outra parte em dúvida sobre a própria existência ou a reciprocidade da cooperação.⁶⁴⁷

Postas essas premissas iniciais e feitas as advertências, a partir delas são sugeridas cinco modificações comportamentais para incrementar a cooperação em uma determinada interação: aumentar a importância do futuro (*enlarge the shadow*

⁶⁴⁵ AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. Op. cit., p. 118-120.

⁶⁴⁶ Nesse sentido, diz Gerald R. Salancik que é preciso avaliar como adicionar ou subtrair um determinado comportamento em um jogo (o que, para ele, é estudado a partir das redes organizacionais) poderá afetar a atuação, coordenação ou cooperação entre os envolvidos naquele ambiente; além disso, de maneira inversa, imprescindível também estudar como a estrutura de incentivos ativa ou desativa determinadas espécies de interações entre as partes. In: SALANCIK, Gerald R. WANTED: A Good Network Theory of Organization. **Administrative Science Quarterly**, vol. 40, n. 2, jun. 1995, p. 345-349.

⁶⁴⁷ AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. Op. cit., p. 120-123.

of the future), modificar a proporção das recompensas (*change the payoffs*), trabalhar a alteridade ou altruísmo (*teach altruism*), ensinar a reciprocidade (*teach reciprocity*) e melhorar as capacidades de reconhecimento (*improve recognition capabilities*).⁶⁴⁸ E, para os fins da tese, são essas modificações comportamentais que poderão induzir a aplicação do conceito de eficiência ambiental em uma relação entre a autoridade concorrencial (ou o Estado) e os agentes econômicos envolvidos em uma dada relação (que pode ser a relação mercadológica ou o próprio sistema antitruste desenvolvido e aplicado no âmbito nacional). Dito de outro modo, aquelas modificações poderão ter empregadas para induzir um sistema concorrencial efetivamente focado em cumprir as diretrizes constitucionais para além da métrica econômica, inclusive com benefícios qualitativos aos consumidores, por exemplo.

Quanto ao primeiro item (*enlarge the shadow of the future*), tem-se que a cooperação será maior quanto a situação futura tiver uma importância relativa maior do que a situação presente; ou seja, se as interações entre as pessoas são avaliadas em um curto período de tempo (na dicção do texto, em poucas rodadas em determinado jogo) ou ainda se há uma preferência nata a uma contraprestação imediata, a lógica comportamental será de não cooperar. Assim, para gerar incentivos é imprescindível tornar as interações mais duráveis e frequentes, ampliando os benefícios para uma maior estabilidade e durabilidade da relação, o que significa dizer que é necessário ampliar a importância do futuro para que as partes possam manter uma maior conexão.⁶⁴⁹

Nesse sentido, a própria autarquia concorrencial atua de forma a impedir a utilização de um critério qualitativo ou a utilização de um viés ambiental na análise dos atos de concentração a ela submetidos, considerando, por exemplo, que no Guia específico consta que as eficiências (e nesse caso considerando-se apenas as econômicas) que podem autorizar um ato de concentração anticompetitivo somente serão contabilizadas se não puderem ser alcançadas por outro meio que não o próprio ato (por alternativas outras que não envolvem o ato sob análise) e desde que passíveis de concretização em um período de até dois anos.⁶⁵⁰ A restrição material e

⁶⁴⁸ AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. Op. cit., p. 120-141.

⁶⁴⁹ AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. Op. cit., p. 126-132.

⁶⁵⁰ No item 3.3., do Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal, consta o critério temporal para contabilização de eficiências específicas de cada operação: “Eficiências específicas: consideram-se ‘eficiências passíveis de contabilização’ apenas aquelas que sejam específicas da operação, ou seja, somente aquelas que não poderiam ser alcançadas de outra forma senão por meio do AC. Entende-se que não serão consideradas eficiências específicas da concentração

temporal imposta pela autoridade impõe, como consequência, um interesse maior em questões pontuais e imediatas e, por outro lado, afastam as partes da busca por eficiências mais completas (que ultrapassam o próprio ato) e mais duradouras (que dependem de uma avaliação de longo prazo).⁶⁵¹ Há, portanto, uma crise de escolha intertemporal (*intertemporal choice*), onde os agentes econômicos são induzidos a não se preocupar, ou mesmo ignorar completamente, os benefícios futuros do ato de concentração anticompetitivo em um quadro geral que vai além da concorrência, focando em contraprestações restritas à economia e de curtíssimo prazo se comparadas, por exemplo, ao viés ambiental que se pretende dar.⁶⁵²

Quanto ao segundo item (*change the payoffs*), tem-se que a cooperação em uma dada interação pode ser modificada mediante a implementação de incentivos (benefícios) ou ônus (prejuízos) aos envolvidos; ou seja, a estabilidade de um sistema cooperativo depende do estabelecimento de um sistema de recompensas e a alteração dessas recompensas (benefícios e prejuízos) determinará os incentivos à cooperação, que ocorrerá quando uma parte ganhar mais cooperação do que não cooperando.⁶⁵³ Aliás, nesse sentido já foi estudado, a título de exemplo, que a forma como é feita a contabilização das multas administrativas pela prática de ilícitos concorrenciais, somada à redução do percentual máximo imposta pela nova legislação antitruste, transmutou a norma em verdadeiro incentivo à prática desleal, especialmente porque os benefícios colhidos com as ilicitudes são tão maiores quanto maior for a manutenção daquelas práticas.⁶⁵⁴

aquelas que podem ser alcançadas, em um período inferior a 2 (dois) anos, por meio de alternativas factíveis, que envolvem menores restrições para a concorrência.” In: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia: Análise de Atos de Concentração Horizontal. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais>> Acesso em: 14 set. 2017.

⁶⁵¹ Na lição de Paula Andréa Forgioni, não se pode ignorar que as empresas não existem por si só, mas somente em relação a outras empresas ou aos consumidores de seus produtos. Assim, qualquer análise não pode focar exclusivamente no ente; ao revés, deve privilegiar um espectro amplo das relações e consequentes transformações mercadológicas ao longo do tempo. FORGIONI, Paula Andréa. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado**. São Paulo: RT, 2009, p. 99.

⁶⁵² THALER, Richard H.; SHEFRIN, H. M. An Economic Theory of Self-Control. The University of Chicago, **Journal of Political Economy**, vol. 89, n. 2, 1981, p. 392-406.

⁶⁵³ AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. Op. cit., p. 133-134.

⁶⁵⁴ Nesse sentido, “se um acordo ilícito entre dois empresários, dentro de um universo de outros dez competidores, durar apenas uma rodada (o que pode ser traduzido por um ano, a título de exemplo), os seus lucros com o ilícito serão trezes vezes maior que daqueles que não participam do esquema, sendo seus prejuízos calculados em no máximo 20,0% ou R\$ 600.000,00 e, sendo o administrador, diretor ou gerente condenado, o máximo da condenação será o equivalente a outros R\$ 120.000,00. A partir daí, em rodada única, aquele que participa do ilícito e é autuado administrativamente tem um lucro líquido de R\$ 2.280.000,00 e quem não participa tem o lucro basilar de R\$ 1.000.000,00. E,

E, aplicando a premissa aos pressupostos do estudo e ao conceito de eficiência ambiental, tem-se que atualmente não há qualquer incentivo à busca pela defesa do meio ambiente no seio concorrencial, considerando que todas as avaliações e eficiências restringem-se à economia,⁶⁵⁵ levando-se em consideração que a autoridade, para a aprovação ou não de um ato de concentração, considera basicamente um critério relativo ao preço final para o consumidor.⁶⁵⁶ Para que os elos da livre iniciativa e da livre concorrência com a proteção do meio ambiente possam balizar a atuação de todos os envolvidos (Estado e particulares), é de suma importância que seja estabelecida uma diretriz específica nesse sentido e que passe a autoridade a ver o viés ambiental como essencial para concretização da vontade constitucional no que diz respeito à proteção da concorrência. E mais, talvez seja efetivamente o caso de estabelecer-se um incentivo específico, utilizando-se, por exemplo, do viés ambiental para resolução de casos complexos, onde exista conflito entre os vários cenários, técnicas ou os cálculos econométricos que envolvem o ato de concentração; assim, um dos espectros da eficiência ambiental poderia ser diretamente aplicado (e existiria incentivo para essa busca) sem a necessidade, ou a complexidade, de se avaliar e comparar os riscos concorrenciais e ambientais.

Na sequência, a terceira diretriz estabelecida na teoria da cooperação diz respeito ao privilégio para o ensino da alteridade ou do altruísmo (*teach altruism*). Para Robert Axelrod a cooperação pode ser incentivada quando se educa uma

quanto mais rodadas (quando maior o prazo da interação), menor é proporcionalmente a pena, já que ela é calculada com base apenas no último exercício da instauração do procedimento administrativo.” In: PASTRE, Daniel Fernando. A Teoria da Cooperação... Op. cit., p. 234-252.

⁶⁵⁵ A título de exemplo, posicionamento de Fábio Leandro Tokars, no sentido de que a “eficiência econômica é o instrumento por meio da qual é realizado o princípio da livre concorrência. E um mercado fundado na liberdade de concorrência é uma meta que atende aos interesses dos cidadãos; não só dos empresários. Em um mercado fundado na livre concorrência, todos os empresários são pressionados pelo risco de surgimento de um concorrente mais eficiente. Este concorrente mais eficiente seria aquele que viesse a oferecer ao mercado um produto equivalente por preço menor, ou um produto melhor pelo mesmo preço, ou ainda uma combinação das duas situações, com vantagem para o consumidor.” In: TOKARS, Fábio Leandro. Os Dois Lados da Eficiência Econômica. **Jornal O Estado do Paraná**: caderno Direito & Justiça, Curitiba, 10 maio 2009, p. 4.

⁶⁵⁶ No voto do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo ficou estabelecido o entendimento relativo ao repasse dos benefícios ao consumidor através da redução dos custos e, conseqüentemente, do preço final. Assim, disse aquele que :” não se admite que o consumidor tenha prejuízo em razão de um ato privado de concentração empresarial (...). Diante dos cálculos apresentados, tem-se, portanto, que o nível de eficiências necessário para que se aprove a presente operação é muito elevado, e não há segurança de que as eficiências prometidas reflitam-se neste nível de diminuição de custo marginal. Aliás, as Requerentes apenas alegaram uma série de eficiências, mas não demonstraram como tais eficiências se refletem em sua estrutura de custos por tonelada produzida, nem como seriam repassadas ao consumidor.” In: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.000436/2014-27, relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, julgado em 26 de novembro de 2014. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 19 out. 2017.

peessoa a se importar com o bem-estar da outra (o que deve ser feito desde as mais novas gerações); ou seja, a cooperação tem um valor intrínseco e o tratamento dispensado àquelas pessoas que nutrem esse mesmo sentimento deve ser diverso das demais,⁶⁵⁷ o que induzirá as outras, com o tempo, a repensar a sua própria estratégia de não cooperar.⁶⁵⁸ Dito de outro modo, a cooperação depende do favorecimento do altruísmo ou da alteridade, o que pode ser feito através do enaltecimento de um sentimento de pertencimento, de reconhecimento próprio e, além disso, de identificação com o próximo,⁶⁵⁹ considerando que as pessoas em geral se beneficiam quando inseridas em um ambiente cooperativo, evitando interações com desertores (aqueles que não cooperam ou se aproveitam para extrair o máximo proveito - econômico ou não - da cooperação alheia).⁶⁶⁰

E, antes de se verificar a correlação com o ambiente concorrencial brasileiro, parece certo dizer que altruísmo ou alteridade conectam-se diretamente com a quarta ideia de Robert Axelrod, que é incentivar a reciprocidade (*teach reciprocity*), no sentido de que a estratégia de “olho por olho” (ou TIT FOR TAT) talvez seja a melhor individualmente, mas não parecer ser também a melhor em uma interação de larga escala ou quando analisado o comportamento da sociedade como um todo. Para o autor, há um padrão ético ou moral a ser perseguido, uma regra de ouro que estabelece que as partes devem atuar como gostariam que as demais atuassem. Assim, enquanto individualmente aquela estratégia é adequada, no campo social é importante ensinar a reciprocidade em função da promoção da fiscalização feita pela coletividade que, a punir os comportamentos desviantes, reforça e fortalece o comportamento de cooperação.⁶⁶¹ Isso, porque já foi demonstrado que a criação de circunstâncias que aumentem a força e confiança de um determinado conjunto conduz a uma coordenação comportamental mais eficiente, capaz de incrementar a cooperação e a reciprocidade daquele grupo.⁶⁶²

⁶⁵⁷ OKASHA, Samir. Altruism, Group Selection and Correlated Interaction. **The British Journal for the Philosophy of Science**, vol. 56, n. 4, dec. 2005, p. 703–725.

⁶⁵⁸ AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. Op. cit., p. 134-136.

⁶⁵⁹ RORTY, Richard. **Contingência, Ironia e Solidariedade**. Trad. Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 316.

⁶⁶⁰ HARMS, W. The Evolution of Cooperation in Hostile Environments. **Journal of Consciousness Studies**, vol. 7, n. 1-2, jan. 2000, p. 308-313.

⁶⁶¹ AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. Op. cit., p. 136-139.

⁶⁶² JONES, Gregory Todd; BROSNAN, Sarah F. Social Contracts on Social Networks: Local Patterns of Interaction, Local Strategy Dynamics and the Emergence of Reciprocity. **Context and the Evolution of Mechanisms for Solving Collective Action Problems Paper**, 15 abr. 2009, p. 1-27.

A premissa é aplicável ao contexto da eficiência ambiental. O reconhecimento da importância do contexto socioeconômico em que posta a proteção do meio ambiente, assim como a própria condição humana de dependência dos mecanismos naturais, pode ser capaz de incentivar o uso de uma variável ambiental; e mais, os incentivos à reciprocidade e ao sentimento de pertencimento a determinado setor pode fortalecer as relações entre o Estado e a sociedade de forma a reforçar um comportamento mais benéfico para o meio ambiente. Isso quer dizer, igualmente, que o Conselho deve buscar uma ampliação da sua base de atuação e dar conformidade constitucional ao exercício do poder; por outro lado, os agentes econômicos envolvidos também devem adequar-se àquela conformação a partir da simples percepção de que a sua atuação (a atuação da sociedade empresária, por exemplo) afeta os seus próprios componentes (os sócios ou acionistas). A ampliação da alteridade e da reciprocidade em variados casos é causa direta da diminuição dos custos de transação,⁶⁶³ considerando, inclusive, que a própria evolução da sociedade comercial demandou uma atuação moralmente aceitável, dentro de regras consideradas justas ou boas, ou ainda a partir de uma premissa de comportamento decente esperado pelos outros.⁶⁶⁴ E isso se relaciona diretamente com a capacidade de reconhecimento da atuação do outro, que é o último ponto a ser tratado.

A última diretriz para aumentar a cooperação está conectada à melhoria na capacidade de reconhecimento (*improve recognition capabilities*), o que significa saber, com a máxima certeza possível, qual será o comportamento da outra parte ou se existirá ou não o comportamento cooperativo. Em ambientais complexos os indivíduos têm uma maior dificuldade de analisar corretamente a situação e de calcular qual seria o seu próprio comportamento ótimo, o que os leva a uma constante mutação e, assim, a uma maior dificuldade de que os comportamentos socialmente desejados proliferem em função daquela constante adaptação. E isso pode ser bem exemplificado com questões vinculadas a própria natureza.⁶⁶⁵ A partir

⁶⁶³ SHEARMUR, Jeremy; KLEIN, Daniel B. Good Conduct in a Great Society: Adam Smith and the role of reputation. **University of Michigan Press**, 1997, P. 29-45.

⁶⁶⁴ KLEIN, Daniel B. **Reputation: studies in the voluntary elicitation of good conduct**. 4. ed. Michigan: Michigan University Press, 2000, p. 29.

⁶⁶⁵ Para Robert Axelrod "...in complex environments, individuals are not fully able to analyze the situation and calculate their optimal strategy. Instead they can be expected to adapt their strategy over time based upon what has been effective and what has not. One useful analogy to the adaptation process is biological evolution. In evolution, strategies that have been relatively effective in a population become more widespread, and strategies that have been less effective become less

disso, tem-se que a compreensão sobre as expectativas e intenções dos envolvidos evita o abuso, impede o prolongamento de jogadas prejudiciais (aos indivíduos e aos grupos) e, conseqüentemente, fomenta a cooperação recíproca; ou seja, a previsibilidade comportamental é essencial à cooperação.⁶⁶⁶

A partir desse último ponto, parecer correto dizer que a eficiência ambiental somente poderá se proliferar no âmbito concorrencial se houver um mínimo de previsibilidade para os agentes econômicos em relação a essa possibilidade; ou seja, se houver modificação, por exemplo, nos Guias específicos ou se na sucessão de julgamentos pela autoridade concorrencial for verificado o uso regular do critério ambiental. A ausência de uma garantia mínima ou, ainda, da presença de sucessivas alterações no comportamento da autoridade concorrencial, torna inexistente qualquer incentivo aos agentes envolvidos na concretização do bem ambiental; ou seja, imprescindível que o Estado cumpra a promessa constitucional, mantendo a sua palavra, nos dizeres de Daniel B. Klein, a fim de que a previsibilidade da avaliação concorrencial direcione o comportamento das partes envolvidas em prol das diretrizes constitucionais, conectando-se o princípio da livre concorrência com a proteção do meio ambiente.⁶⁶⁷

Na mais apertada conclusão, parece correto dizer que a teoria da cooperação, de Robert Axelrod, pode auxiliar no estudo do comportamento dos indivíduos e instituições, assim como estabelecer diretrizes para que a cooperação, que no caso transmuta-se na ideia de utilização de algum dos espectros (ou todos) da eficiência ambiental, possa predominar no seio das análises concorrenciais. Como foi visto nos capítulos anteriores e, adiante-se, como será visto nos próximos, não há nada que relacione a concorrência com a proteção do meio ambiente nas decisões estatais, seja por meio da autoridade concorrencial ou pela eventual revisão das decisões pelo Poder Judiciário. É imprescindível que alguém dê o primeiro passo ou as interações (as análises concorrenciais) continuarão a replicar o modelo atual. Para Mark Granovetter, o comportamento depende de exemplos,⁶⁶⁸ ou

common in the population." In: AXELROD, Robert. *The Evolution of Strategies in the Iterated Prisoner's Dilemma*. In: DAVIS, Lawrence (ed.). **Genetic Algorithms and Simulated Annealing**. Los Altos: Morgan Kaufman, 1987, p. 32-41.

⁶⁶⁶ AXELROD, Robert. **The Complexity of Cooperation: agent-based models of competition and cooperation**. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 14-15.

⁶⁶⁷ KLEIN, Daniel B. Promise Keeping in the Great Society: a model of credit information sharing. **Economics and Politics**, vol. 4, n. 2, jul. 1992, p. 117-136.

⁶⁶⁸ GRANOVETTER, Mark. Threshold Models of Collective Behavior. **American Journal of Sociology**, n. 83, May 1978, p. 489-515.

seja, os indivíduos são mais propensos a um determinado comportamento se observarem outros agindo primeiro; portanto, agir primeiro é fundamental para propagação dos fundamentos expostos ao longo da presente tese. A réplica do comportamento depende, agora, da aceitação pelas autoridades competentes e da disposição social, que é o que se espera dos ensinamentos trazidos.

PARTE 3: ANÁLISE EMPÍRICA SOBRE A APLICABILIDADE DO CONCEITO DE EFICIÊNCIA AMBIENTAL NA SEARA CONCORRENCIAL BRASILEIRA

A última parte da tese diz respeito a verificação da aplicação prática dos conceitos trabalhados nos capítulos anteriores, especialmente a avaliação de quais os pressupostos que conduzem a autoridade concorrencial ou o Poder Judiciário a uma determinada decisão. Melhor esclarecendo, busca compreender se a tese central sobre a aplicação de uma gama de premissas ambientais nas decisões concorrenciais é encontrada na prática antitruste ou se, ao revés, inexistem quaisquer elos entre as decisões concorrenciais e ambientais. A questão, portanto, demanda a análise empírica para fins de contraste com o referencial teórico trabalhado anteriormente, a fim de chegar-se a conclusão pretendida sobre a existência de decisões na mesma linha do presente estudo.

CAPÍTULO 5: ANÁLISE EMPÍRICA DAS DECISÕES DA AUTORIDADE CONCORRENCIAL BRASILEIRA DE 2012 A 2016

O penúltimo capítulo, dentro da parte final da tese, busca descrever e compreender somente as decisões da autoridade concorrencial; contudo, a primeira parte esclarecerá acerca do método e da técnica de pesquisa empírica e sobre as questões iniciais que servirão também para o último capítulo (o método para o estudo dos casos administrativos e judiciais é basicamente o mesmo, portanto). E foi justamente por isso que a opção foi pela subdivisão entre apenas duas partes, uma com o método e a análise geral das decisões da autoridade concorrencial e outra com o estudo específico dos atos de concentração reprovados, a fim de verificar a existência de semelhanças com os conceitos trazidos nos itens anteriores.

5.1. MÉTODO E TÉCNICA GERAL PARA A PESQUISA: ANÁLISE DAS DECISÕES EXARADAS PELA AUTORIDADE CONCORRENCIAL DE 2012 A 2016

No que toca à metodologia e condições para a realização de uma pesquisa empírica com aspiração científica, o problema inicial está relacionado ao instrumental que poderá se utilizar o pesquisador para concretização da pretensão de produzir conhecimento imbuído de cientificidade. Isso quer dizer que há logo de

início uma dificuldade inerente à seleção dos parâmetros que abalzarão as opiniões que, ainda que tenham vínculo com a legislação em vigor, sofrem influências do ambiente em que são emanadas, sem desconsiderar à própria condição e falibilidade intrínseca ao ser humano.

Para Antônio Carlo Gil, pode ser estabelecida uma classificação das pesquisas com base nos seus objetivos ou nos procedimentos técnicos que serão empregados. Os objetivos podem ser exploratórios, descritivos ou explicativos; os procedimentos, por outro lado, podem ser vinculados a uma pesquisa bibliográfica, documental, *ex-post facto*, levantamento, estudo de caso e diversas outras.⁶⁶⁹ É preciso notar, ainda, que antes dos objetivos e procedimentos técnicos, devem ser estabelecidos os pressupostos ontológicos e da natureza humana que a pesquisa deverá considerar, especialmente para definir o ponto de vista que o próprio pesquisador tem do mundo. Nesse sentido, Roberto Jarry Richardson estabelece três posições que poderão ser seguidas: positivismo lógico, estruturalismo e materialismo dialético. A escolha natural para a pesquisa é a de um pressuposto com elos mais fortes atrelados ao positivismo lógico, porque a fonte do conhecimento, para este caso, é efetivamente o método científico, que o distingue de outros valores, como, por exemplo, a religião ou a metafísica.⁶⁷⁰

Mas, retornando ao objetivo da pesquisa, ainda que as duas partes anteriores da tese possam ser classificadas como exploratórias ou explicativas, tendo em vista que, lá, o objetivo era explicitar o tema, constituir hipóteses, aprimorar ideias ou instituições, ou ainda esclarecer os fatores que determinam ou contribuem para a ocorrência dos conceitos trazidos, a última parte tem eminentemente um viés descritivo. Isso, porque a pretensão está vinculada à descrição de fenômenos ou acontecimentos, análise de dados e variáveis,⁶⁷¹ como na situação concreta, onde se buscará identificar nas decisões administrativas e judiciais um eventual elo com a defesa do meio ambiente ou, mais precisamente, com o conceito de eficiência ambiental trazido em linhas anteriores.

Dentro das premissas anteriores, se a pesquisa a ser realizada é classificada como inserida dentro do positivismo lógico e por um caminho descritivo,

⁶⁶⁹ GIL, Antônio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 41-43.

⁶⁷⁰ RICHARDSON, Roberto Jarry. **Pesquisa Social: métodos e técnicas**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 32.

⁶⁷¹ GIL, Antônio Carlos. **Como Elaborar Projetos de...** Op. cit., p. 41-42.

a coerência impõe a utilização do método indutivo, tendo em vista que este busca a coleta de dados para, a partir de certas variáveis, chegar-se a uma proposição geral ou universal;⁶⁷² ou seja, a proposta é verificar se a autoridade concorrencial ou judiciária aplicou, aplica ou poderá aplicar o modelo de eficiência ambiental e, sucessivamente, verificar quais das exceções legais são mais ou menos empregadas quando da avaliação de atos de concentração anticompetitivos. Dito de outro modo, o método escolhido parte da necessidade de observar a realidade das decisões administrativas ou judiciais e deduzir uma proposição validade àquela realidade; e mais, o critério inserido no método indutivo pode ser quantitativo ou qualitativo. No primeiro, utilizam-se métodos estatísticos para fomentar uma generalização (a avaliação de decisões individuais conduzirá a um resultado genérico ou a uma proposição genérica, como a utilização ou não da eficiência ambiental nas decisões analisadas); no segundo, busca-se um estudo de suficiência ou adequação. E, ao que tudo indica, ambos os métodos caminham juntos e por vezes estão imbricados, podendo migrar o pesquisador de um para o outro.⁶⁷³

Para Emerson Gabardo e Felipe Tadeu Ribeiro Morettini, a escolha do método indutivo e quantitativo acarreta outro problema, que é a forma como se dará o processo de coleta e análise dos dados (a técnica a ser empregada). A princípio, podem ser utilizadas diversas ferramentas, como questionários, formulários, entrevistas e levantamentos, sendo esta última a mais adequada porque as decisões citadas são fontes secundárias, o que significa dizer que são aproximadamente mensuráveis porque refletem, em realidade, uma opinião (do conselheiro, do juiz ou, em geral, do julgador), inexistindo neutralidade, o que deve ser levado em consideração ao longo da pesquisa.⁶⁷⁴ Sem descuidar disso, para que seja possível concretizar a pesquisa e lançar mão de uma estatística geral de aplicação ou não dos conceitos trabalhados ao longo da tese, indispensável a definição de variáveis, a fim de possibilitar a criação de uma estatística com um mínimo de cientificidade. A escolha das variáveis, por conseguinte, é que tornará possível a verificação das hipóteses.⁶⁷⁵ Diz-se que as referidas variáveis têm como característica ser aspectos

⁶⁷² RICHARDSON, Roberto Jarry. **Pesquisa Social: métodos e...** Op. cit., p. 35-36.

⁶⁷³ RICHARDSON, Roberto Jarry. **Pesquisa Social: métodos e...** Op. cit., p. 71-80.

⁶⁷⁴ GABARDO, Emerson; MORETTINI, Felipe Tadeu Ribeiro. Institucionalismo e Pesquisa Quantitativa como Metodologia de Análise de Decisões Judiciais. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 63, jul./dez. 2013, p. 151-180.

⁶⁷⁵ DENCKER, Ada de Freitas Manetti; CHUCID DA VIÁ, Sarah. **Pesquisa Empírica em Ciências Humanas (com ênfase em comunicação)**. São Paulo: Futura, 2001, p. 127.

observáveis de um fenômeno e devem apresentar semelhanças ou diferenças dentro de um mesmo ou com outro fenômeno igualmente observável.⁶⁷⁶

Postos todos os esclarecimentos, o fenômeno observável consiste na emanção decisória da autoridade concorrencial, que se refere, portanto, na descrição dos atos administrativos exarados por aquela. Porém, não são todos os atos que demandam avaliação ou que, em última análise, foram objeto de estudo; isso, porque o artigo 48 da Lei Antitruste estabelece que os procedimentos administrativos são divididos em: procedimentos preparatórios, inquéritos administrativos, processo administrativo para imposição de sanções, processo administrativo para análise de atos de concentração econômica, procedimento administrativo para apuração de atos de concentração e processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais.⁶⁷⁷ E, nesse sentido, como a hipótese restringe-se à análise dos atos de concentração, seus efeitos anticompetitivos e como mitigá-los a partir de uma condição ambiental, a lógica impõe a restrição dos casos avaliados a somente os processos administrativos para apuração de atos de concentração econômica (inciso IV, portanto). Além disso, dentro da nova legislação concorrencial foi lançado o artigo 6.º, da Resolução 2, de 29 de maio de 2012,⁶⁷⁸ que estabeleceu o procedimento sumário aos casos que a simplicidade das operações impliquem menor potencial lesivo à concorrência, o que significa dizer que, em geral, a análise sumária restringe-se a casos que não revelem efeitos anticompetitivos.⁶⁷⁹ O objeto final do estudo, portanto, ficou restrito à comunicação dos atos de concentração que foram decididos pela autoridade mediante aplicação do rito ordinário, não sumário.

⁶⁷⁶ RICHARDSON, Roberto Jarry. **Pesquisa Social: métodos e...** Op. cit., p. 117-119.

⁶⁷⁷ 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.

⁶⁷⁸ Art. 6º O Procedimento Sumário será aplicado pelo Cade aos casos que, em virtude da simplicidade das operações, tenham menor potencial ofensivo à concorrência.

⁶⁷⁹ A título de exemplo, diz Igor Voronkoff que a distinção dos atos de concentração por sua complexidade reduziu o tempo de análise de 154 dias para 25 dias (ou 69 dias para o rito ordinário e 20 dias para o rito sumário), o que demonstra que a escolha pelo rito ordinário deve-se a maior profundidade com que são tomadas as decisões sob o referido rito processual. In: VORONKOFF, Igor. O Novo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: estrutura administrativa e análise prévia dos atos de concentração. **Revista de Defesa da Concorrência - RDC**, vol. 02, n. 2, nov. 2014, p. 144-179.

As variáveis, por oportuno, refletem questões de tempo, sigilo, resultado da operação, exceções ou eficiências empregadas e se, ao final, houve alguma consideração ao meio ambiente para decisão. No que toca o tempo, o artigo 128, da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011,⁶⁸⁰ estabeleceu o período de vigência para depois de cento e oitenta dias da sua publicação; ou seja, a nova legislação vigeria a partir do final de maio de 2012 e, porque inexistiram atos de concentração ordinários notificados no período, a análise restringiu-se àqueles comunicados para a autoridade a partir de 01 de junho de 2012 (inclusive).⁶⁸¹ Em relação ao sigilo, a questão é mais simples, sendo as variáveis decididas entre a correlação entre os casos sigilosos (e, portanto, não estudáveis) e os não sigilosos, lembrando-se que, em geral, todos os casos possuem alguma medida de sigilo (segredos industriais, por exemplo) que não macula o objetivo de investigar a decisão da autoridade.

E o mesmo vale para o resultado da operação, onde sinteticamente foram estabelecidas as variáveis de aprovação, que significa a aprovação do ato sem restrições, reprovação, que implica dizer a negação total do ato, e condições, onde a autorização para a manutenção da operação ocorreu mediante concessões impostas pela autoridade concorrencial, firmadas mediante acordo em ato de concentração (ou ACC). Além das três espécies de decisões de mérito basilares acima citadas, foi criada uma quarta categoria para os fins deste estudo, nominada de arquivados, onde foram reunidos os casos onde não houve decisão de mérito, como, por exemplo, naqueles onde ocorreu a desistência, perda de objeto ou onde os referidos atos sequer foram conhecidos. Aliás, importante dizer que como estão sendo avaliados os casos onde as próprias partes notificam a autoridade em função da própria liberdade de contratar, há um direito subjetivo à desistência, considerando que o interesse no julgamento permanece incólume apenas quando mantidas as oportunas condições da operação de concentração levada a julgamento.⁶⁸²

⁶⁸⁰ Art. 128. Esta Lei entra em vigor após decorridos 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação oficial.

⁶⁸¹ Há uma discussão sobre o período exato em que a legislação entrou em vigor, considerando que o texto legal foi publicado originalmente no Diário Oficial da União de 01 de dezembro de 2011 e, posteriormente, foi retificado no dia 02 de dezembro de 2011; contudo, considerando a inexistência de atos comunicados nos dias 29, 30 e 31 de maio de 2012, pensa-se que a discussão é efetivamente inócua. Assim, os casos analisados são aqueles comunicados logo após aquelas datas, sendo que o primeiro refere-se ao dia 01 de junho de 2012. Disponível em: <<http://legislacao.planalto.gov.br>> Acesso em: 19 nov. 2017.

⁶⁸² O Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo julgou que “a prerrogativa de pleitear desistência em atos de concentração notificados ao CADE é direito subjetivo das partes. Tal prerrogativa é inerente à liberdade contratual, uma vez que o mister do CADE na aprovação ou na

Por fim, a última variável diz respeito à exceção ou eficiência comunicada, considerada e decidida pela autoridade concorrencial; ou seja, leva em consideração a peça de entrada (e o formulário próprio preenchido pelas partes como condição obrigatória de conhecimento do ato de concentração) e a respectiva decisão (a discussão acerca do ato). O artigo 88, §6.º, I e II, da Lei Antitruste,⁶⁸³ estabeleceu que a aprovação de atos anticompetitivos pode ser feita quando, cumulada ou alternativamente, o ato analisado propiciar um comprovado aumento de produtividade ou competitividade, uma melhoria da qualidade dos produtos ou serviços, quando o ato propiciar eficiência ou desenvolvimento tecnológico ou econômico, e, ainda, quando forem partilhados os respectivos benefícios com os consumidores. Para representar essas condições para aprovação foram lançadas quatro variáveis: produtividade e competitividade (por exemplo, considerações sobre entrada ou expansão de mercados, aumento da capacidade produtiva, aumento de portfólio), qualidade (com ênfase na qualidade dos produtos ou serviços), eficiência e desenvolvimento (por exemplo, economias de escala, melhorias na cadeia de produção ou distribuição, desenvolvimento de novas tecnológicas), e consumidor (como as partes redistribuíram os benefícios pelo lado do consumidor); além disso, criou-se uma variável ambiental (significando dizer a incursão em questões ambientais ou na defesa do meio ambiente para aprovação do ato).

É preciso considerar, pela análise das notificações de atos de concentração, que inúmeros casos não mencionaram quaisquer das variáveis ou condições anteriores para a aprovação, restringindo-se a veicular questões societárias

rejeição de operações só faz sentido quando persiste a vontade das partes em firmar a concentração na forma e no prazo pactuados. Entretanto, também entendo ser perfeitamente natural que haja desistências de operações quando, por razões estratégicas ou operacionais, as decisões não puderem ser proferidas pelas jurisdições, concomitantemente. O CADE não tem o mecanismo de interrupção dos seus prazos para análise do ato de concentração. E é até mesmo importante que a autoridade não despenda seus recursos para proferir uma decisão inócua diante de uma possível alteração dos contornos da operação global. Posto isto, o pedido de desistência ora formulado deve ser atendido não só pelas razões do direito subjetivo existente como também pela lógica empresarial revestida no requerimento, em que as empresas com propriedade aguardarão a solução estrangeira para, posteriormente, submeter ato de concentração no Brasil. In: BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.000723/2016-07, Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, julgado em 22 de fevereiro de 2017. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 15 dez. 2017.

⁶⁸³ Art. 88. Serão submetidos ao Cade, pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: (...) § 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.

pontuais, como, por exemplo, boa oportunidade de negócios ou retorno de investimentos, salvaguarda financeira para uma das partes, formalização de uma estrutura pré-existente ou simples substituição societária (sem alterações comportamentais ou estruturais). Pelo lado da autarquia concorrencial, outra gama de casos sequer esmiuçou as condições postas na legislação porque inexistente a possibilidade de exercício unilateral de poder de mercado. Melhor dizendo, o Conselho descarta prejuízo à concorrência quando contrapostos remédios mercadológicos, como as importações (que podem suprir o mercado e funcionar como um efetivo concorrente), possibilidade provável, tempestiva e suficiente de entrada de novos competidores (o que diminuirá a possibilidade de exercício do poder de mercado), ou, ainda, a existência de rivalidade mercadológica (como em um mercado pulverizado ou com intensa capacidade ociosa).⁶⁸⁴ No caso de inexistência de impacto negativo ou superação do impacto pelos remédios citados, as exceções ou eficiências não são contrapostas, entendendo o Conselho que não é preciso prosseguir com uma análise mais aprofundada.⁶⁸⁵

Uma vez feitos todos esses esclarecimentos, os casos de relativa complexidade notificados à autoridade concorrencial somam 231, onde 2 são absolutamente sigilos e, portanto, foram imediatamente excluídos para os fins da análise em função da impossibilidade de qualquer verificação. Assim, no total de 229 casos estudados, 190 foram aprovados sem qualquer restrição (83%), 24 foram aprovados com condicionantes vinculadas a acordo em ato de concentração (10%), 9 foram arquivados sem análise de mérito (4%) e 6 foram totalmente reprovados (3%), com a consequente ordem de desconstituição da concentração. A síntese segue em gráfico elaborado para melhor compreensão:

⁶⁸⁴ Para o Relator Diogo Thomson de Andrade “na forma do Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal expedido pela SEAE e pela SDE, para descartar a probabilidade de exercício unilateral de poder de mercado, uma das seguintes condições deve estar presente no mercado em análise: (i) as importações serem um remédio efetivo contra eventual exercício de poder de mercado; (ii) a entrada de novas empresas ser ‘provável, tempestiva e suficiente’; ou (iii) a rivalidade entre as empresas existentes no mercado ser efetiva.” BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.001098/2014-40, Relator Diogo Thomson de Andrade, julgado em 21 de março de 2014. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 15 dez. 2017.

⁶⁸⁵ Ao julgar eventual prejuízo concorrencial no mercado odontológico do Rio de Janeiro, o Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo disse, por exemplo, que “inexistindo impacto negativo relevante com a operação no mercado de plano de saúde exclusivamente odontológico, no município do Rio de Janeiro, não há necessidade de prosseguir uma análise mais aprofundada desse mercado.” Ato de Concentração 08700.006494/2013-83, Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, julgado em 27 de agosto de 2013. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 15 dez. 2017.

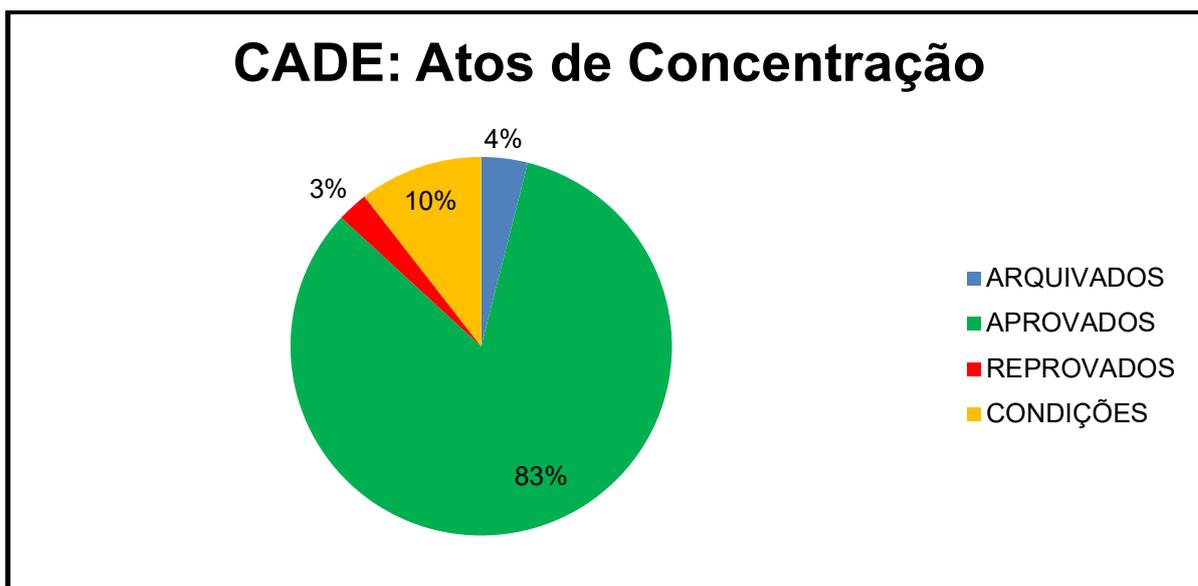


Gráfico 03: CADE: Atos de Concentração

Fonte: Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Elaboração: autor

No que concerne especificadamente a questão das eficiências alegadas pelas partes e consideradas pela autoridade concorrencial, sem desconsiderar que inúmeros casos não as apresentaram e outros que elaboraram estudos com diversas delas, o que, ao contrário das variáveis antes analisadas, torna as eficiências acumuláveis, tem-se um quadro mais complexo. Os 229 casos analisados apresentaram com maior frequência critérios relacionados à produtividade e competitividade, que somaram 110 menções (42%), seguidos de eficiências econômicas, tecnológicas e ao desenvolvimento econômico e social, com 63 casos (24%), depois relacionam benefícios aos consumidores, com 63 processos (20%) e, por fim, aumento da qualidade nos produtos ou serviços, com 30 casos (11%). Além disso, outros critérios não estabelecidos pela legislação de regência foram comunicados pelas partes ou deram lastro à decisão da autoridade concorrencial.

A proteção do nível de empregos na região onde se desenvolve a atividade econômica ou do próprio trabalhador foi encontrada em ao menos quatro casos. A título de exemplo, a Superintendência-Geral do Conselho, ao decidir sobre o ato de concentração em n. 08700.005733/2016-21, relatou os outros competidores atestaram a necessidade de preservação dos empregos e que, em síntese, as requerentes alegaram que:

A operação trata da aquisição, pela Dana, de determinados ativos de forjamento usados pela Sifco para fabricar componentes automotivos. A Sifco constituirá uma sociedade limitada (SJT Forjaria Ltda.) e contribuirá determinados ativos nessa sociedade por meio de aumento de capital e a Dana Indústrias e uma coligada designada (Dana Brazil Commercial Vehicle LLC) adquirirão todas as quotas da SJT Forjaria Ltda. As Requerentes ressaltaram que atualmente a Sifco encontra-se em recuperação judicial, de modo que a operação se faz necessária para preservar a viabilidade dos ativos da Sifco, auxiliando-a na implementação de seu plano de recuperação judicial, melhorando seu fluxo de caixa, preservando empregos e satisfazendo suas obrigações perante credores. A Operação abrange atividades atualmente exercidas pela Sifco, mas não todos os seus ativos. Como parte de seu plano de recuperação judicial, a Sifco foi autorizada a reorganizar e vender alguns de seus negócios e ativos, que foram então divididos em seis unidades produtivas isoladas. A operação abrange duas dessas unidades, que correspondem aos ativos para produção de componentes de eixo de direção dianteiro para veículos pesados e outros componentes forjados.⁶⁸⁶

E, de forma única, foram apresentadas outras justificativas que estão desconectadas da previsão legislativa ordinária. No ato de concentração n. 08700.005702/2016-70, ficou estabelecido como um dos fatores para a aprovação do ato a possibilidade de resolução de um antigo conflito societário:

...segundo a MSD, a aquisição da Vallée representará uma oportunidade de ampliar as atividades do Grupo no Brasil, ensejando o fortalecimento de sua posição no mercado nacional, em um contexto de expansão dos concorrentes no mercado brasileiro de saúde animal. Por outro lado, a Operação Proposta possibilitaria ao Grupo CARFEPE (do qual a Vallée faz parte) solucionar um conflito societário que perdura há mais de seis anos. A operação também fortaleceria a atuação do Grupo no mercado nacional, pois a reestruturação do conglomerado possibilitaria a solução das dificuldades financeiras atualmente enfrentadas pela Vallée.⁶⁸⁷

Também por uma única vez foi justificada uma eficiência para o ato de concentração avaliado a partir da resolução de problemas relacionados à sucessão empresarial dentro da entidade familiar que funcionava como controladora na empresa; ou seja, a possibilidade de uma eficaz sucessão familiar:

O Grupo J&F, do qual a JBS faz parte, comercializa no Brasil carne bovina, miúdos de bovinos, couros, produtos enlatados e processados, vegetais, carne ovina, carne de pescado, carne suína, carne de frangos e biocombustíveis. Além disso, empresas do grupo

⁶⁸⁶ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.005733/2016-21, Superintendente-Geral Eduardo Frade Rodrigues, decidido em 28/09/2016. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 28 dez. 2017. Em outro caso, a Conselheira Relatora considerou que a promoção de uma maior geração de empregos “apesar de ser possível, tal argumento não é suficiente para que a operação gere eficiências”. In: BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.006723/2015-21, Relatora Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, julgado em 24 de fevereiro de 2016. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 28 dez. 2017.

⁶⁸⁷ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.005702/2016-70, Superintendente-Geral Eduardo Frade Rodrigues, decidido em 24/11/2016. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 28 dez. 2017.

estão envolvidas na industrialização e comercialização de produtos financeiros variados, produtos de higiene e limpeza, produtos de laticínios, produtos de couro e celulose. O Grupo Massa Leve, por sua vez, atua na produção e comercialização dos seguintes alimentos processados: massas frescas refrigeradas, pratos prontos congelados, sanduiches congelados, pão de queijo congelado, pizzas congeladas e pão de alho. Para a JBS, a Operação representa a possibilidade de acelerar a sua estratégia decrescimento e aumentar sua proximidade do consumidor final com produtos de valor agregado. A Operação também permitirá aumentar a capacidade de produção da JBS nas categorias de alimentos processados produzidos pela Massa Leve, gerando ainda mais valor à companhia. Do ponto de vista da Massa Leve, a Operação representa uma boa oportunidade de negócio, em especial diante de questões relacionadas à sucessão da família controladora da empresa antes da realização da Operação.⁶⁸⁸

Por último, no julgamento do ato de concentração n. 08700.007680/2012-59, as partes justificaram a concentração com efeitos negativos a partir de uma forma de recuperação de créditos. Na síntese, foi dito que o ato era a única forma de recuperação de empréstimos garantidos pela alienação fiduciária das plantas produtivas de uma das partes, onde a ausência de pagamento acarretou a consolidação da propriedade que antes era resolúvel e temporária e, conseqüentemente, gerou a incorporação dos meios produtivos (nesse caso o ato de concentração foi reprovado, o que será objeto de estudo na sequência dos itens):

...não se trata, portanto, de um ato de concentração strictu sensu, uma vez que a aquisição de ativos é apenas um meio - uma condição sine qua non, no entanto - para se alcançar o fim pretendido, qual seja, posterior alienação dos mesmos ativos. Nesse contexto, eventuais concentrações horizontais ou integrações verticais decorrentes da aquisição terão seus efeitos concorrenciais anulados com a alienação subsequente dos ativos. A operação é medida necessária para preservar o valor dos ativos de criação e abate de suínos da Doux, localizados em Ana Rech/RS. Tais ativos foram dados em garantia à BRF como contraprestação a empréstimo realizado pela empresa à Doux. Ocorre que, como informado ao CADE, a Doux não tem condições financeiras de mantê-los e também não conseguiu aliená-los a terceiros. A BRF, na condição de credora fiduciária dos ativos e na impossibilidade de se tornar proprietária final dos mesmos - em cumprimento a posicionamento preliminar do CADE nesse sentido-, se vê na contingência de realizar a presente operação.⁶⁸⁹

Para facilitar a avaliação das eficiências justificadoras de atos de concentração anticompetitivos, elaborou-se o gráfico abaixo, resultando das avaliações dos julgados do Conselho antes mencionados:

⁶⁸⁸ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.000811/2014-39, Superintendente-Geral Substituto Diogo Thomson de Andrade, decidido em 29 de maio de 2014. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 05 jan. 2018.

⁶⁸⁹ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.007680/2012-59, Relator Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça, julgado em 30 de janeiro de 2013. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 15 set. 2017.

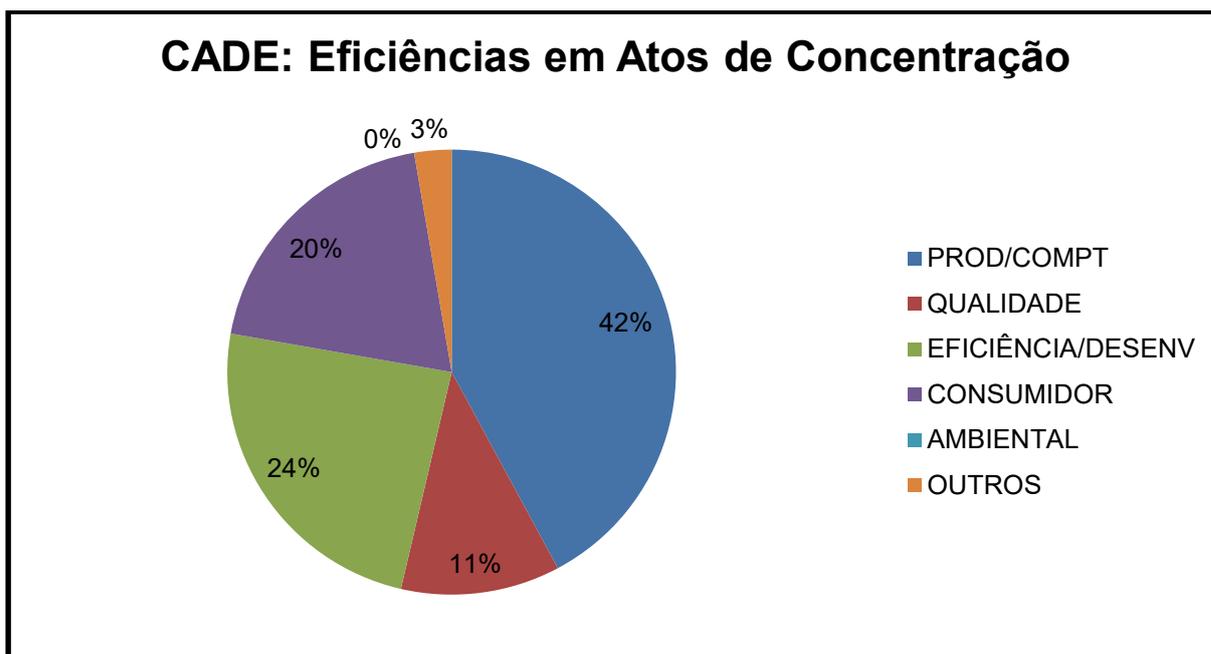


Gráfico 04: CADE: Eficiências em Atos de Concentração
 Fonte: Conselho Administrativo de Defesa Econômica
 Elaboração: autor

O gráfico mostra uma realidade de absoluta rejeição da proposta ambiental, seja pelas partes envolvidas ou pela autoridade concorrencial, que relegam a proteção do meio ambiente à peça dispensável em matéria de alívio dos efeitos anticompetitivos em atos de concentração empresarial. E mais, há um indicativo probatório no sentido de que as eficiências estabelecidas conectam-se diretamente a um benefício dos próprios envolvidos em quase metade dos casos, onde há uma busca direta por incrementos da produtividade ou competitividade, o que, em geral, traz aumento de receitas, mas não necessariamente benefícios sociais; ou seja, benefícios individuais em detrimento da coletividade. Ainda, há uma preocupação exígua em acrescer bem-estar diretamente aos consumidores, sendo o caso de apenas 20% dos atos analisados, o que leva a crer que os agentes envolvidos consideram eventuais benefícios como consequência do ato (benefícios indiretos), o que inclusive justificou inúmeras reprovações, como será estudado abaixo.

5.2. ANÁLISE DOS CASOS DE REPROVAÇÃO TOTAL DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO ANTICOMPETITIVOS

A análise geral das decisões emanadas pela autoridade concorrencial sob a égide da nova legislação antitruste, Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, revelou que, em geral, os agentes econômicos buscam justificar as concentrações anticompetitivas por incremento na produtividade ou competitividade, ou por uma eficiência na cadeia de produção ou distribuição. Porém, no período acima mencionado, seis casos foram totalmente reprovados porque consideradas inexistentes ou insuficientes as eficiências apresentadas à autoridade. A análise dos casos reprovados é importante para perquirir sobre a forma em que se dá a relação entre os agentes econômicos e o Estado na busca pela solução do impasse concorrencial e, assim, avaliar a aplicabilidade ou não da tese central, o que será feito de forma pormenorizado nos itens seguintes.

5.2.1. Ato de Concentração 08700.007680/2012-59

Na apresentação do ato de concentração em tela foi dito que as partes envolvidas não pretendiam concentrar-se para fins de centralização dos negócios ou para atuação de forma conjunta, tampouco reunir-se por meio de fusão ou outra modalidade de concentração societária, contratual ou não; ao revés, diz-se que na realidade tratava-se de um ato de desconcentração essencial para manutenção das atividades da sociedade menor e para garantia do recebimento de créditos:

A operação ora notificada se trata, em verdade, de um "Ato de Desconcentração". De fato, a BRF, num primeiro momento, adquirirá e operará os ativos de produção e abate de suínos da DOUX, localizados em Ana Rech/RSI. Em seguida, tais ativos serão alienados, pela BRF, a terceiro. A operação está estruturada em duas fases: "Fase 1 - Providências para aquisição e operação dos ativos" e "Fase II - Providências para alienação dos ativos a terceiro". Na "Fase 1", a BRF realizará uma série de atos com o fim de assumir a operação dos ativos de produção e abate de suínos da DOUX, localizados em Ana Rech/RS. Na "Fase II", a BRF tomará todas as medidas necessárias para alienar tais os ativos para um terceiro que assumirá sua operação. (...) Não se trata, portanto, de um ato de concentração *strictu sensu*, uma vez que a aquisição de ativos é apenas um meio - uma condição *sine qua non*, no entanto - para se alcançar o fim pretendido, qual seja, posterior alienação dos mesmos ativos. Nesse contexto, eventuais concentrações horizontais ou integrações verticais decorrentes da aquisição terão seus efeitos concorrenciais anulados com a alienação subsequente dos ativos. A operação é medida necessária para preservar o valor dos ativos de criação e abate de suínos da Doux, localizados em Ana Rech/RS. Tais ativos foram dados em garantia à BRF como contraprestação a empréstimo realizado pela empresa à Doux. Ocorre que, como informado ao CADE, a Doux não tem condições

financeiras de mantê-los e também não conseguiu aliená-los a terceiros. A BRF, na condição de credora fiduciária dos ativos e na impossibilidade de se tornar proprietária final dos mesmos - em cumprimento a posicionamento preliminar do CADE nesse sentido -, se vê na contingência de realizar a presente operação.⁶⁹⁰

No parecer emitido pela Superintendência-Geral a descrição da operação retratava uma relação de dependência econômica entre as partes em função de sucessivos empréstimos pecuniários feitos ao longo dos anos. Ao final, emitiu-se juízo pela aprovação do ato de concentração desde que firmado compromisso de alienação dos bens (uma Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação ou APRO) em prazo razoável (desde que a concentração fosse temporária, um meio de conseguir o objetivo principal, que era o resgate dos créditos, tal como apresentado na inicial). Nesse sentido:

A operação em tela já foi apresentada pelas requerentes com proposta de restrição: a venda de todos os ativos adquiridos. Diante disso, não há propriamente matéria de mérito a ser analisada, dado que a alienação dos ativos corresponde a um desfazimento da operação, voltando-se ao *status quo* pré-concentração, garantindo que não existirão efeitos anti competitivos futuros em razão do ato. Acrescente-se, apenas, que a venda deve se dar em prazo razoável, para que sejam evitados efeitos deletérios à concorrência durante a transição até a efetivação da revenda dos ativos⁴. 10. Assim sendo, considerando tal fato, entende-se que, neste momento, não há necessidade de analisar o mérito propriamente dito da operação e que esta é a medida de melhor racionalidade administrativa, com base nos princípios de eficiência, interesse público e proporcionalidade enunciados no art. 2º da Lei n.º 9.784/99, evitando com isso dispêndio desnecessário de recursos públicos, pois que não se vislumbram efeitos anti competitivos decorrentes do presente Ato de Concentração, caso adotada a restrição sugerida pelas próprias requerentes. voltando-se ao *status quo* pré-concentração, garantindo que não existirão efeitos. (...) Conclui-se pela aprovação do ato com a condicionante de que todos os ativos envolvidos sejam alienados, conforme proposto pela BRF, em prazo razoável.⁶⁹¹

O Conselho, portanto, reconheceu que se tratava de um caso diferenciado, onde estava absolutamente reconhecido o prejuízo à concorrência pela assunção dos ativos de outro competidor, concordando com a aprovação em função do caráter temporário, ainda que não tenha entrado no mérito das eficiências justificadoras da

⁶⁹⁰ Os detalhes pormenorizados da operação podem ser verificados na petição inicial de apresentação do ato de concentração, documento n. 0019387. In: BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.007680/2012-59, Relator Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça, julgado em 30 de janeiro de 2013. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 15 set. 2017.

⁶⁹¹ O parecer da Superintendência-Geral pode ser consultado na íntegra no endereço eletrônico no Conselho, sendo encontrado pelo documento n. 0019387, fls. 24-26. In: BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.007680/2012-59, Relator Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça, julgado em 30 de janeiro de 2013. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 15 set. 2017.

operação. Ao final, porém, passado o prazo razoável e percebendo que os efeitos da concentração se protraíam no tempo, o voto final foi pela reprovação do ato:

Tendo em vista que o APRO foi assinado há mais de 100 dias e não constam nos autos quaisquer informações sobre procedimentos tomados pela BRF para alienação dos ativos, entendo já ter decorrido o prazo razoável assinalado pela SG como condição para aprovação da operação. 28. Sendo assim, considerando que: (i) a primeira operação foi realizada em 04/08/2011; (ii) a notificação e consequente assinatura do APRO possibilitaram a execução das garantias fiduciárias; (iii) a notificação deste ato assim se realizou com vistas a alienação dos ativos por parte da BRF tão logo os ativos fossem de sua propriedade e que (iv) a SG manifestou-se pela aprovação condicionada à alienação dos ativos ato contínuo, entendo não ser pertinente que os ativos permaneçam sob a posse da BRF. (...) No mérito, voto pela sua reprovação e determino a venda dos ativos em até [acesso restrito] dias.⁶⁹²

Isso quer dizer que a análise deste primeiro ato de concentração não envolveu qualquer eficiência, econômica ou ambiental, como pretendeu se autorizar ao longo do estudo. Para o bem da verdade, as partes entenderam que o ato de concentração era apenas temporário e, por isso, a afetação da concorrência igualmente não deveria levantar qualquer preocupação da autoridade, considerando que aquela seria desfeita em pouco tempo. A reprovação, assim, deu-se não só pela total ausência de discussão sobre eventuais eficiências, o que certamente restringiu as análises feitas pela autoridade, como também pelo descumprimento do acordo firmado, no sentido de que a alienação dos ativos não se deu no prazo ajustado.

5.2.2. Ato de Concentração 08700.000436/2014-27

O segundo caso reprovado na vigência da legislação antitruste foi apresentado como uma operação que buscava a concentração (e o aumento da quota de mercado) como mecanismo de incremento de poder de competição nos mercados internacionais; ou seja, era parte de uma estratégia de fortalecimento e posterior crescimento das operações fora do ambiente nacional. Na síntese:

Para o Grupo Solvay a operação representará mais um marco na estratégia para reduzir sua exposição em segmentos voláteis de produtos comoditizados, com baixas barreiras à entrada. Além disso, muito embora a América Latina seja um mercado em expansão, para que Solvay pudesse se beneficiar deste crescimento

⁶⁹² A íntegra do voto do Conselheiro-Relator pode ser acessada no documento n. 0019387, fls. 44-52. In: BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.007680/2012-59, Relator Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça, julgado em 30 de janeiro de 2013. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 15 set. 2017.

seria necessário realizar investimentos consideráveis que não estão previstos na sua estratégia global. (...) Para a Braskem a aquisição representa uma oportunidade para aumentar sua escala de produção e conseqüentemente aumentar sua presença e competitividade no mercado global. Adicionalmente, a integração vertical decorrente da operação assegurará maior competitividade à operação da planta de PVC da Solvay Indupa no Brasil, para a qual a Braskem é atualmente fornecedora de eteno. Os únicos mercados em que se vislumbra a existência de concentração horizontal decorrente desta operação são os de produção e comercialização de resinas de PVC e de soda cáustica. Da análise dos dados apresentados, assim como do estudo econométrico sobre definição de mercado relevante geográfico elaborado pela Tendências Consultoria Integrada, observa-se que as variações de *market share* e HHI resultantes da implementação da operação serão extremamente baixas, não resultando em criação ou reforço de posição dominante nos mercados relevantes analisados.⁶⁹³

Na Superintendência-Geral houve impugnação do ato de concentração em função da excessiva concentração empresarial, que chegava até mesmo a criação de um monopólio em alguns dos mercados relevantes analisados, além de possibilidade de exercício ilegal de poder de mercado. Note-se, apenas para constar, que tal como nos atos anteriores, não foi apresentado qualquer estudo no que concerne às eficiências, ambientais ou não, existindo apenas uma breve menção a algumas possibilidades, que foram encaradas como especulativas:

Verifica-se que a presente operação implica sobreposição horizontal nos mercados de PVC-E, PVC-S e soda cáustica. Passa-se então à análise da possibilidade de exercício de poder de mercado caso a operação nos termos aqui descritos se concretize. (...) Apesar de, mundialmente, a presente operação não representar concentração significativa deste mercado, no cenário nacional ela representa a **transformação de um duopólio em um monopólio da produção interna**. O mercado nacional de PVC-S antes da presente operação apresentava um HHI já maior que 2.500 pontos, e a variação do índice decorrente da operação é superior a 3000 pontos, de forma que a concentração tem potencial significativo de ser danosa à concorrência. Há assim a necessidade de prosseguir com a análise para averiguar a possível ocorrência de probabilidade de exercício de poder de mercado em função da presente operação no mercado de PVC-S.(...) Apesar de, mundialmente, a presente operação não representar concentração significativa deste mercado, no cenário nacional ela concentra a única fabricante no país com a empresa fornecedora do PVC-E fabricado na Colômbia, que é a principal fonte de exportação do produto para o Brasil. O mercado nacional de PVC-E antes da presente operação apresentava um HHI já maior que 2.500 pontos, e a variação do índice decorrente da operação é superior a 3000 pontos, de forma que a concentração tem potencial significativo de ser danosa à concorrência. (...) Verifica-se, portanto, que a presente operação implica que as partes terão participação de mercado superior a 20% do consumo aparente de soda cáustica no Brasil. (...) O estudo econométrico realizado pelo DEE mostra que as Requerentes podem aumentar seus preços de forma não-transitória em mais de 10% e ainda assim auferir lucros, *ceteris paribus*; ou seja, **se as Requerentes aumentassem os preços acima de 10%, ainda assim os clientes adquirentes de PVC no Brasil não estariam dispostos a importar. Isso**, sem dúvida, confere amplo espaço para o exercício do poder de mercado por parte das Requerentes. Em conclusão: **o presente ato de**

⁶⁹³ O formulário com a apresentação completa do ato de concentração pode ser acessado na íntegra no endereço eletrônico no Conselho, sendo encontrado pelo documento n. 0095065, fls. 1-122. In: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.000436/2014-27, Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, julgado em 26 de novembro de 2014. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 19 out. 2017.

concentração gera grande probabilidade de aumentos nos preços de PVC no Brasil.

250. Portanto, a presente operação torna provável o exercício unilateral de poder de mercado pelas Requerentes, na medida em que as condições inibidoras do poder de mercado não estão presentes. (...) Cabe analisar a seguir se as eficiências decorrentes da operação compensam os efeitos anticompetitivos da operação nos mercados de PVC-S, PVC-E e soda cáustica.(...) Uma vez que as Requerentes não apresentaram um estudo quantificando as eficiências decorrentes da presente operação, bem como não comprovaram que as sinergias citadas atendem ao requisito de serem específicas da concentração, não é possível afirmar que o ato de concentração sob exame é condição necessária (imprescindível) para que ocorram os alegados ganhos de eficiências que a princípio poderiam ser implementados por meio de reorganização interna. (destaques no original).⁶⁹⁴

Ao votar pela reprovação do ato de concentração tal como apresentado, o Conselheiro Relator entendeu que a legislação antitruste não admite prejuízo ao consumidor em razão de um vínculo privado (um ato de concentração); e mais, priorizou a impossibilidade de redução dos custos e, conseqüentemente, dos preços aos consumidores finais, em função da ausência de qualquer estudo apresentado pelas partes na fase de instrução do processo administrativo. E concluiu:

No Brasil, a observação do *price-standard*, que não se admite que o consumidor tenha prejuízo em razão de um ato privado de concentração empresarial, deve estar associada ao repasse aos consumidores de parte relevante dos benefícios decorrentes da operação (art 88, §6º, II). 311. Diante dos cálculos apresentados, tem-se, portanto, que o nível de eficiências necessário para que se aprove a presente operação é muito elevado, e não há segurança de que as eficiências prometidas reflitam-se neste nível de diminuição de custo marginal. Aliás, as Requerentes apenas alegaram uma série de eficiências, mas não demonstraram como tais eficiências se refletem em sua estrutura de custos por tonelada produzida, nem como seriam repassadas ao consumidor.⁶⁹⁵

O voto da Conselheira Vogal foi ainda além, ao reconhecer que, em um mundo de incertezas, compete ao Conselho, de forma discricionária, autorizar ou não o ato de concentração a partir dos melhores esforços possíveis para embasar ou justificar aquela autorização (ou, também, a reprovação).

...as próprias requerentes reconhecem que esse elevado grau de segurança não se confunde com a certeza absoluta, já que a nossa única certeza absoluta dos nossos tempos é a incerteza. E tal afirmação é extremamente pertinente no momento "pós Chicago", em

⁶⁹⁴ O parecer completo da Superintendência-Geral pode ser acessado na íntegra no endereço eletrônico no Conselho, sendo encontrado pelo documento n. 0095126, vol. 13, fls. 2632-2693. In: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.000436/2014-27, Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, julgado em 26 de novembro de 2014. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 19 out. 2017.

⁶⁹⁵ O voto completo do Conselheiro Relator, Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, pode ser acessado no endereço eletrônico no Conselho, sendo encontrado pelo documento n. 0095138, vol. 18, fls. 4186-4316. In: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.000436/2014-27, Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, julgado em 26 de novembro de 2014. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 19 out. 2017.

que são bem claras e conhecidas as limitações e falibilidades das análises econômicas. Daí por que tudo o que pode fazer a autoridade concorrencial é envidar seus melhores esforços para chegar a conclusões que possam ser suficientemente embasadas e justificadas a partir das evidências dos autos e da experiência acumulada. E foi precisamente o que ocorreu no caso concreto. Diante de um suposto impasse entre o resultado de dois testes econométricos (...) foi determinada a realização de novo teste econométrico (...) que pudesse propiciar um parâmetro mais elevado de segurança em relação à fixação do mercado relevante. (...). As requerentes ainda questionam a natureza da competência do CADE, alegando que se trataria de competência vinculada, mais precisamente de uma licença. Entretanto, não estou de acordo com essa interpretação, até porque a Lei 12.529/2011 é clara ao prever que o CADE pode "autorizar" os atos de concentração e a autorização, no direito administrativo, é um ato discricionário e não vinculado. Entretanto, independentemente da menção à "autorização", entendo que os próprios conceitos indeterminados previstos pela Lei 12.529/2011 como parâmetros da análise concorrencial levam necessariamente à hipótese de discricionariedade. É certo que a atual lei buscou restringir a discricionariedade excessiva presente na lei anterior, que admitia a consideração de critérios preponderantes da economia nacional ou do bem comum na análise de atos de concentração. Entretanto, mesmo assim, subsiste margem de discricionariedade na análise e aplicação dos parâmetros legais. É preciso lembrar que a doutrina majoritária do direito administrativo considera que previsões legais lastreadas em conceitos indeterminados configuram efetivamente uma hipótese de discricionariedade. Ainda que entendêssemos que o problema é efetivamente de interpretação - e não de discricionariedade - seria forçosa a conclusão de que a análise de atos de concentração está muito distante da objetividade absoluta normalmente inerente aos atos vinculados. Dessa forma, não vejo como entender que a análise concorrencial esteja sujeita a um controle objetivo de resultado, tal como ocorre nos atos vinculados. O controle aqui exigível é o próprio dos atos discricionários, calcado nos critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade da decisão. Sobre esse aspecto, é inequívoco que tais requisitos estão amplamente atendidos na solução proposta pelo relator.⁶⁹⁶

O estudo do caso, apesar de desconsiderar qualquer eficiência ambiental na forma da presente tese (inclusive porque as eficiências, como em muitos casos, vieram desprovidas de mínimas comprovações), é de suma importância para avaliação do entendimento da autoridade quando da análise dos atos de concentração a ela submetidos. Aliás, deve ser destacado que é até mesmo preocupante entender-se, tal como no voto acima mencionado, que a incerteza quanto aos efeitos da concentração deve determinar a sua imediata reprovação ou que a decisão sobre a reprovação (ou não) do ato possa ser vista pela autoridade concorrencial como um ato vinculado a juízo de conveniência ou oportunidade (que são as características comumente aceitas para os atos discricionários). Como dito anteriormente, corolário lógico da possibilidade de intervenção estatal é a possibilidade de garantias aos indivíduos, lastreadas em princípios que nasceram no Direito Penal e foram, ao longo do tempo, incorporados pelo Direito Administrativo;

⁶⁹⁶ O voto completo da Conselheira Vogal, Ana Frazão, pode ser acessado no endereço eletrônico no Conselho, sendo encontrado pelo documento n. 0095138, vol. 18, fls. 4317-4326. In: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.000436/2014-27, Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, julgado em 26 de novembro de 2014. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 19 out. 2017.

assim, é crível dizer que a incerteza deveria beneficiar o ato, não impor sua reprovação (especialmente se fosse o caso da incursão em eficiências ambientais); ainda, estabelecer-se uma discricionariedade da autoridade na escolha da incerteza é enaltecer um arbítrio incompatível com as diretrizes constitucionais.

Por fim, sem desconsiderar as possibilidades no campo ambiental, especialmente pela utilização da tese em função das incertezas geradas (e nesse ponto as soluções apresentadas poderiam fomentar a discussão no âmbito do Conselho e tornar possível a autorização do ato anticompetitivo), pensa-se que é equivocada a decisão da autoridade que desconsidera por completo uma inclusão de mercados internacionais, mormente quando outros atos de concentração, talvez tão ou mais gravosos à concorrência, foram aprovados com lastro nas mesmas premissas de competição internacional que então neste sendo ignoradas.⁶⁹⁷ A insegurança na atuação estatal, assim, é ponto que merece ser corrigido para tornar minimamente possível uma previsão quando as análises.

5.2.3. Ato de Concentração 08700.009988/2014-09

O ato de concentração em epígrafe trata da aquisição da totalidade do capital social de um competidor por outro, com sobreposição de importantes mercados relevantes e concentração capaz de possibilitar o exercício de domínio em função do alto percentual (entre 70% e 80%). Ao contrário dos demais, o formulário do ato (ou a petição inicial) não está disponível em função de restrições de acesso (sigilo); assim, parte-se diretamente para a análise do parecer da Superintendência-Geral que, ao ofertar impugnação ao ato analisado, expôs as deficiências na instrução processual (não foram especificadas e comprovadas as eficiências que pudessem contrapor o prejuízo à concorrência), o que, como visto nos demais casos, parece ser uma praxe dos agentes econômicos:

Trata-se de operação que envolve a aquisição, pela Tigre, das ações representativas de 100% do capital social da Condor Pincéis Ltda., atualmente detidas pela Condor S.A. A Tigre S.A. – Tubos e Conexões pertence ao Grupo Tigre, também formado pela Pincéis Tigre – Ferramentas para Pintura; a Plena – Acessórios em PVC; a Claris – Portas e Janelas em PVC; e a Tigre ADS – Tubos Corrugados em PEAD. A Condor Pincéis Ltda.

⁶⁹⁷ Nesse sentido, o ato de concentração que autorizou a criação da Companhia de Bebidas das Américas (Ambev). In: BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08012.005846/99-12. Relator Conselheiro Hebe Romano, julgado em 29 de março de 2000. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 15 nov. 2017.

pertence ao Grupo Condor, que produz e comercializa produtos nos segmentos de higiene bucal, beleza, limpeza, pintura artística e escolar e pintura imobiliária. A Condor Pincéis é responsável pela fabricação e comercialização de ferramentas para pintura artística e escolar e para pintura imobiliária. Atualmente, seu portfólio de produtos inclui pincéis artísticos e escolares, trinchas, rolos, broxas, escovas e acessórios para pintura. A atual composição acionária das requerentes encontra-se nos quadros abaixo: (...) Conforme as Requerentes, o grupo Condor pretende sair do negócio de pintura e acessórios para focar nas suas outras áreas de atuação. A Tigre, por sua vez, busca tornar mais robusto o seu processo de produção, instalado exclusivamente em território nacional, ganhando assim em escala produtiva. (...) Percebe-se que da operação decorre uma concentração horizontal de 70-80% de participação no mercado. O HHI passou de [acesso restrito] pontos para [acesso restrito] pontos, uma variação de 2.658 pontos. Portanto, essa operação concederia à Tigre a posição dominante inquestionável no mercado. Portanto, essa aquisição reforça a já elevada posição dominante da Tigre no mercado, tornando-se necessária uma análise mais aprofundada sobre a probabilidade de a Requerente exercer poder de mercado após a operação. (...) Em mercados de produtos diferenciados, os consumidores demonstram preferência por uma ou algumas características ou marcas de um produto em relação a outras. Essa preferência faz com que o consumidor esteja disposto a pagar mais caro por produtos com aquelas característica ou marca de sua preferência, permitindo que tal empresa estabeleça preços acima do nível competitivo. Portanto, se uma empresa adquire outra que produz os principais substitutos aos produtos da primeira, maior será a probabilidade de que esse ato de concentração implique aumentos substanciais de preço no mercado. Dessa forma, será essencial para a presente análise avaliar os efeitos desta operação sob essa perspectiva, ou seja, em que medida os produtos da Tigre e da Condor se diferenciam de seus rivais (e também mutuamente), e em que grau os consumidores os observam como produtos substitutos. Quanto maior o nível de substituição entre os produtos das Requerentes e menor o nível de substituição entre os produtos delas e dos demais concorrentes, maior a capacidade da empresa resultante da operação de exercer unilateralmente o poder de mercado. (...) O exposto neste capítulo VI a respeito do mercado de **pincéis** (linha artística) pode ser sintetizado nos seguintes pontos: a Condor e a Tigre são os dois maiores agentes econômicos do mercado, de forma que a operação resultaria em uma concentração de 70-80%; Em linha com a conclusão apontada acima, as simulações realizadas pelo DEE confirmam que a Tigre e a Condor são as empresas mais próximas entre si e, ausente qualquer eficiência, que a operação levará a uma elevação de preços dos produtos que, na melhor das hipóteses, será de 25%. Eficiências: A Superintendência-Geral requereu a apresentação, a critério das partes, das eficiências econômicas geradas pela operação (documento SEI nº 0045799). Até o momento, entretanto, tais informações não foram protocoladas.⁶⁹⁸

Uma vez impugnado o ato de concentração, as partes envolvidas apresentaram uma relação de eficiências puramente econômicas (melhoria na logística interna e externa, aumento do capital de giro, economias de escala, facilidade na compra da matéria-prima e manutenção fabril, ignorando questões outras, como a premissa ambiental), esquecendo-se, porém, que conectá-las aos benefícios aos consumidores:

O Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal considera eficiências oriundas de operações como incrementos ao bem-estar econômico quando: (i) são

⁶⁹⁸ O parecer completo da Superintendência-Geral pode ser acessado no endereço eletrônico no Conselho, sendo encontrado pelo documento n. 0068629. In: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.009988/2014-09, Relator Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 02 de dezembro de 2015. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 19 nov. 2017.

específicas à operação; (ii) são tempestivas – sendo passíveis de serem alcançadas em período inferior a dois anos; (iii) verificáveis, propiciando economias reais de recursos; e (iv) repassadas em parte relevante aos consumidores. Em 29/07/2015 (SEI 0088922) e em 06/08/2015 (SEI 0092099), as Requerentes apresentaram as eficiências que entenderam ser específicas da presente operação, a saber: (i) logística interna, (ii) logística externa, (iii) capital de giro, (iv) economias de escala, (v) compra de matéria-prima e (vi) manutenção fabril. (...) A importância da comprovação do repasse de eficiências ao consumidor é crucial para mitigar os efeitos anticompetitivos de uma operação. Isso porque a racionalidade de concentrações empresariais é a obtenção de ganhos mútuos e reduções de custos com a junção de duas ou mais estruturas produtivas. Em um cenário de ausência de pressões competitivas externas e de provável dominação do mercado decorrentes da realização da operação, esses ganhos poderiam ser permitidos desde que também fossem comprovadamente compartilhados com o consumidor final. Nesse raciocínio, apesar de não originariamente pró-competitiva, o consumidor poderia ser beneficiado com os ganhos de uma operação e, com isso, haveria uma justificativa para a concessão da chancela antitruste. Essa exigência se afigura ainda mais necessária em contextos de provável aumento de preços pós-operação, tal como o caso concreto. O repasse dos ganhos pelo empresário poderia neutralizar o provável aumento de preços. Esse repasse não é *a priori* desejado pelas empresas, uma vez que reduziria a maximização do lucro originariamente pensada para aquele contexto de concentração. (...) Das Conclusões Acerca do Impacto Concorrencial da Operação. No que se refere ao requisito da verificação, as Requerentes apresentaram as eficiências de forma agregada e sem discriminar por produto envolvido na operação, o que prejudicou a análise das melhorias nas condições de produção, distribuição e consumo de bens e serviços gerados pela concentração. Por outro lado, não restou comprovada a melhoria do bem-estar da sociedade, porquanto não ficou evidenciado como os ganhos resultantes seriam repassados aos consumidores. Isso porque as Requerentes não comprovaram que o aumento da parcela de mercado não seria apenas uma transferência de receitas entre os agentes envolvidos na operação. Portanto, os efeitos líquidos da presente operação são negativos e não podem ser sopesados por eficiências quantificáveis, mensuráveis e repassáveis ao consumidor em cada um dos mercados relevantes considerados. Além disso, todos os cálculos feitos indicam que haverá aumento de preços após a concretização da operação, mesmo no cenário mais favorável às Requerentes.⁶⁹⁹

Desta forma, como pode ser observado, o Conselheiro Relator entendeu que o repasse de eficiências ao consumidor é essencial para a aprovação de um ato de concentração anticompetitivo, ainda que isso não signifique efetiva redução do preço final, por exemplo (o benefício pode ser qualitativo, não quantitativo, na mesma linha do defendido alhures). Do mesmo modo, não houve colisão ou dúvida entre cenários ou técnica econométricas; ao revés, mesmo nos melhores cenários a conclusão foi de que haverá significativo aumento de preços sem qualquer contraprestação (no caso, qualitativa), especialmente porque, como dito, a deficiência na instrução processual impossibilitou a completa análise das melhorias nas condições de produção, distribuição ou consumo de bens decorrentes da concentração.

⁶⁹⁹ O voto integral do Conselheiro Relator, Márcio de Oliveira Júnior, pode ser acessado no endereço eletrônico no Conselho, sendo encontrado pelo documento n. 0104076. In: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.009988/2014-09, Relator Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 02 de dezembro de 2015. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 19 nov. 2017.

5.2.4. Ato de Concentração 08700.006185/2016-56

A pretensão externada pelo ato de concentração foi de gerar uma complementação recíproca de produtos e serviços entre os agentes econômicos envolvidos, o que acabaria por possibilitar a expansão das atividades desenvolvidas, além de sinergias que auxiliariam na melhoria na qualidade do ensino no Brasil (fato que indiretamente transfere benefícios qualitativos aos consumidores, ponto primordial para aprovação de uma concentração com efeitos anticompetitivos):

A Kroton é uma companhia aberta de capital autorizado, com ações listadas no segmento do Novo Mercado, que tem atividades no setor de educação infantil, ensino fundamental, médio e superior, oferecendo cursos de graduação, pós-graduação (lato sensu, stricto sensu e cursos de extensão) presencial e a distância, cursos de idiomas e cursos livres, incluindo a oferta de cursos preparatórios para OAB e concursos públicos. A Estácio também é uma companhia aberta de capital autorizado, com ações listadas no segmento do Novo Mercado e controladora do grupo Estácio, com atividades no setor de ensino superior, oferecendo cursos de graduação, pós-graduação (lato sensu, stricto sensu e cursos de extensão) presencial e a distância e cursos livres. Tendo em vista a complementaridade, especialmente geográfica, dos negócios das Partes, a Operação resultará em limitadas sobreposições na oferta de cursos superiores de graduação e pós-graduação. A associação permitirá a expansão das atividades das Partes por conta da complementaridade dos produtos e serviços ofertados por cada uma das Companhias e, em particular, na oferta de ensino superior presencial, o que se revela pela baixa representatividade dos cursos e municípios em que ocorre sobreposição. A associação gerará, ainda importantes sinergias e permitirão incremento de investimentos na qualidade dos serviços educacionais das Companhias.⁷⁰⁰

No parecer da Superintendência-Geral, a conclusão foi de que existiam importantes sobreposições horizontais entre os agentes econômicos envolvidos, o que poderia significar concentração excessiva e até mesmo a monopolização total em alguns dos mercados relevantes avaliados. Para a autoridade, autorizar o ato poderia significar um decréscimo na qualidade dos cursos ofertados com nivelamento em padrões mínimos da educação em nível nacional; assim, opinou pela impugnação ao ato em função da impossibilidade de repasses dos benefícios aos consumidores (na verdade, haveria uma tendência na redução da qualidade):

Considerando as sobreposições acima, a SG concluiu que a operação gerava uma concentração excessiva no mercado de educação superior à distância no Brasil, tanto no cenário nacional quanto no cenário municipal, em diversos municípios, com concentrações

⁷⁰⁰ As características gerais do formulário de apresentação do ato de concentração pode ser acessado no endereço eletrônico do Conselho, sendo encontrado pelo documento n. 0237405. In: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.006185/2016-56, Relatora Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, julgado em 07 de julho de 2017. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 13 dez. 2017.

chegando a 100% de participação. Além disso, a operação colocaria a Kroton em posição de líder incontestado do mercado, com quase 50% de market share, muito distante de seus principais concorrentes. No cenário nacional, em 12 dos 16 mercados a operação gerava concentrações superiores a 45%. No cenário municipal, dos 527 mercados com sobreposição, em 474 a concentração ultrapassa os 50% de market share; em 322 desses mercados chega a 80%, e em 114 mercados a operação provocaria um monopólio das requerentes. Trata-se de operação que compensaria, inclusive, a alienação da Uniasselvi, ocorrida em 2015 em razão de determinação deste CADE como consequência da aquisição da Anhanguera pela Kroton, aprovada em 2014. (...) No mercado presencial, a operação também provocaria concentrações elevadas em diversos municípios, especialmente: Campo Grande, Macapá, Niterói, Santo André, São José e São Luís. Para além desses municípios, a SG concluiu que a operação também confere à Kroton maior poder de mercado para adotar estratégias que podem ter efeito exclusionário ou mesmo facilitar a colusão tácita no mercado, em razão de sua maior escala em nível nacional. Também se elimina, por meio da operação, a concorrência potencial entre a Estácio e Kroton, players com estratégias competitivas bastante semelhantes e que competem pelo mesmo nicho de mercado em todo território nacional. Com a operação, elimina-se a competição entre ambas não apenas nos mercados onde hoje atuam, mas também em diversos mercados em que potencialmente seriam concorrentes, seja no EAD, seja no presencial. Com a ausência da Estácio, a Kroton teria menores incentivos de repassar aos consumidores ganhos decorrentes de sua maior escala, absorvendo internamente tais benefícios em detrimento do mercado consumidor. As conclusões qualitativas a que a SG chegou foram corroboradas pelos estudos econômicos realizados pelo DEE, que revelaram a relevância da marca no mercado de educação superior e como Kroton e Estácio são competidores muito próximos no mercado. O Exame das eficiências da operação não demonstrou haver sinergias específicas da operação que pudessem compensar eventuais prejuízos concorrenciais encontrados. Além disso, há um risco de homogeneização da educação superior em patamares de qualidade mínimos que, não obstante estarem de acordo com a regulação atinente, pode provocar prejuízos à educação superior como um todo e à própria economia do país, dada a sensibilidade do mercado em análise para a formação de mão-de-obra. Por fim, a análise de remédios demonstrou como, na presença dos problemas aventados, há sérias dificuldades em construir uma solução remediada que possibilite a aprovação da operação sem, por outro lado, causar prejuízos à concorrência, mantendo o nível de competição em patamar similar ao existente atualmente.⁷⁰¹

No seu voto, a Conselheira Relatora, ao contrário dos demais Conselheiros, entendeu que a operação acarretava graves prejuízos à concorrência, mas que era possível resguardar aqueles por remédios estruturais, como a criação de uma nova sociedade que receberia parcela do mercado por desconcentração dos mercados onde o agrupamento poderia gerar excessivo poder de mercado (quase um monopólio); além disso, com a criação de um novo competidor, seria possível ampliar a concorrência em nível nacional e favorecer à sociedade com a expansão do ensino e de sua qualidade (a qualidade poderia receber metas e controles específicos). Porém, a dificuldade de implementação, fiscalização e controle dos remédios acabou levando à aprovação condicional em voto vencido pelos demais:

⁷⁰¹ O parecer da Superintendência-Geral sobre o ato de concentração apresentado pode ser acessado no endereço eletrônico do Conselho, sendo encontrado pelo documento n. 0298708. In: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.006185/2016-56, Relatora Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, julgado em 07 de julho de 2017. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 13 dez. 2017.

Este caso seria de reprovação, não fossem os remédios contundentes que foram impostos, quase todos (os mais importantes) aceitos pelas Requerentes. O fato é que as negociações com o Gabinete 2 foram interrompidas, porque o restante do Conselho deu sinalização para não ir adiante. Aprovo a operação com restrições unilaterais, pois o Gabinete 2 não teve tempo (e nem seria o caso, já que o Conselho entendeu que os remédios aqui apresentados eram insuficientes) para acordar como seria feita a implementação da venda do pacote equivalente a valores de mercado ao redor de R\$ 5 bilhões. Entendo que a operação teria sido uma oportunidade para os alunos no setor de educação superior no Brasil, pois, com os remédios, haveria: (1) desconcentração os mercados problemáticos; (2) criação de uma nova empresa, com marca e escala nacional, até mais atrativa do que a Estácio, dado que tem mais capilaridade EAD e elevar substancialmente a participação de um comprador rival (a Ser, por exemplo, dado que tinha tentado comprar a Estácio); (3) criação metas de qualidade para o maior grupo educacional por 5 anos, que de outra forma não haveria; e (4) repasse de eficiências tanto para os alunos da Kroton quanto para os alunos de escolas públicas do Estado do Rio de Janeiro. Remédios não foram feitos para salvar uma operação. Esta política de aprovar qualquer AC com ACCs é equivocada. Os remédios precisam endereçar os problemas concorrências, serem deveras efetivo e serem uma forma de diminuir as barreiras à entrada e repassarem às eficiências para a sociedade. Se os ganhadores não forem a sociedade brasileira, a operação deve ser reprovada. Foi o caso da Simba e da Cetip/BVMF. Não desta. É uma lástima, assim. Para os alunos e para a sociedade. É o voto.⁷⁰²

O Conselheiro Vogal, ao discordar da Relatora, entendeu que a redução drástica no nível de rivalidade acarretaria inevitavelmente um prejuízo aos consumidores, o que tornaria inviável a aprovação do ato de concentração:

Não parecem haver eficiências intrínsecas à operação, nem estáticas, nem dinâmicas. Como as próprias requerentes alegam, os principais componentes de custos são variáveis e os ganhos de escala são mínimos, restritos provavelmente apenas à possibilidade de juntar os mesmos alunos sob uma única marca. No entanto, como esta alegadamente sequer é a estratégia da Kroton, nem esse ganho pode ser considerado. Mesmo que pudéssemos considerar algum ganho de escala, visto que há dúvidas quanto a esse ponto, como bem apontado pelo DEE, o consumidor só será beneficiado com essa redução de custos médios se houver níveis razoáveis de rivalidade entre os concorrentes. Como vimos, a operação reduz brutalmente esse nível de rivalidade, retirando do mercado o segundo maior colocado, que pratica preços mais agressivos.⁷⁰³

No mesmo sentido, outro Conselheiro votante concordou com o prejuízo encontrados em relação aos consumidores e com a ausência de repasses em nível suficiente à mácula concorrencial, o que, no seu entendimento, aniquilaria qualquer possibilidade de aprovação do ato de concentração:

⁷⁰² A íntegra do voto vencido da Conselheira Relatora, Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, pode ser acessado no endereço eletrônico do Conselho, sendo encontrado pelo documento n. 0360382. In: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.006185/2016-56, Relatora Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, julgado em 07 de julho de 2017. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 13 dez. 2017.

⁷⁰³ A íntegra do voto dominante do Conselheiro Vogal, João Paulo de Resende, pode ser acessado no endereço eletrônico do Conselho, sendo encontrado pelo documento n. 0357767. In: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.006185/2016-56, Relatora Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, julgado em 07 de julho de 2017. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 13 dez. 2017.

Remédios Antitruste. Diante dos riscos concorrenciais, as partes devem apresentar eficiências plenamente repassáveis ao consumidor que compensem os prejuízos concorrenciais decorrentes da elevada concentração de mercado e/ou devem apresentar remédios que rechacem o risco de ofensa à livre concorrência que se está a implementar com a operação. Em relação a eficiências, concordo com a SG no sentido de que não foram apresentadas eficiências específicas e verificáveis na presente operação e que, ao mesmo tempo, possam ser repassadas em suficiente quantidade ao consumidor. Nesse contexto, o próximo passo é avaliar se há remédios plausíveis para garantir a preservação da concorrência no cenário pós-operação.⁷⁰⁴

Em um dos votos, um dos Conselheiros lembrou que o bem tutelado pelo Conselho é a concorrência (em sentido contrário ao que se discorreu ao longo do trabalho) e que as eficiências apresentadas pelas partes poderiam ser obtidas por variadas formas além do próprio ato avaliado. Assim, porque as eficiências não eram específicas do ato, julgou pela reprovação do mesmo:

No presente caso, em que pese o esforço das Requerentes, verifica-se que, em grande medida as eficiências apresentadas não devem ser consideradas na decisão, bem como que elas são pequenas frente aos riscos concorrenciais. Primeiro, com relação às eficiências com valores não estimados, relacionadas a qualidade, investimentos, evasão e empregabilidade, elas foram apresentadas de forma genérica, além do que não haveria qualquer óbice à aquisição, no mercado, do instrumental e do *know-how* para a implementação de técnicas ou atividades ou alcance dos resultados que estariam relacionados à atuação da Kroton. Em relação a redução de custos corporativos e locais, como unificação dos conselhos de administração, diretoria e universidades corporativas, eles poderiam ser alcançados de outra forma, por exemplo, com uma fusão que gerasse menor risco concorrencial. Nesse sentido, ressalto que o referido Guia estabelece que “*se as mesmas ou semelhantes eficiências puderem, de modo factível, ser geradas por meio de mero esforço ou alterações internas da própria empresa requerente, por meio de uma fusão com outra empresa (que gere menos danos à concorrência) ou por quaisquer outras alternativas menos danosas para o mercado, então as eficiências alegadas pelas firmas fusionadas não devem ser consideradas*”. No mesmo sentido, embora a Kroton tenha apresentado ganhos potenciais com abertura e otimização de novos cursos, que poderia gerar ganhos entre [acesso restrito a CADE e Kroton], não me parece que a única forma de isso acontecer seja por meio da operação. Na verdade, sequer é claro que a operação geraria esse resultado. Dessa forma, não acolho como eficiências para fins de avaliação antitruste. Como conclusão em relação às eficiências, não estou afirmando que elas não existam, mas as Requerentes trouxeram uma série de ganhos que poderiam ser alcançados de forma menos lesiva à concorrência, bem esse tutelado pelo CADE. Há um rigor na análise das eficiências pelo CADE, no sentido de exigir que as eficiências sejam concretas e específicas, porque o ‘custo de oportunidade’, do ponto de vista social, da reprovação de uma operação,⁷⁰⁵ não é a manutenção de duas entidades separadas, sem ganhos de eficiência.

⁷⁰⁴ A íntegra do voto dominante do Conselheiro Vogal, Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, pode ser acessado no endereço eletrônico do Conselho, sendo encontrado pelo documento n. 0357424. In: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.006185/2016-56, Relatora Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, julgado em 07 de julho de 2017. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 13 dez. 2017.

⁷⁰⁵ A íntegra do voto dominante do Conselheiro Vogal, Alexandre Cordeiro Macedo, pode ser acessado no endereço eletrônico do Conselho, sendo encontrado pelo documento n. 0356830. In: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.006185/2016-56, Relatora Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, julgado em 07 de julho de 2017. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 13 dez. 2017.

Por fim, o último voto ressaltou que os grupos envolvidos vinham apresentados baixo índice nas avaliações de desempenho, o que poderia demonstrar que a uniformização implicaria uma redução na qualidade que afetaria toda a sociedade, inclusive em questões de economia e desenvolvimento. É importante destacar que o voto ampliou as finalidades do Conselho, que normalmente ficam restritas à concorrência (e com um foco na dimensão do preço dos bens ou serviços), incluído na análise questões sociais vinculadas à pluralidade de princípios constantes na Constituição Federal, ainda que não reconhecida qualquer possibilidade de utilização de um valor ambiental:

No Brasil, a necessidade de se analisar as repercussões anticoncorrenciais para além da dimensão “preço” nos remete a um debate doutrinário mais amplo a respeito das finalidades que devem ser perseguidas pelo CADE na sua missão institucional. Sem aprofundar nas ricas e profundas discussões sobre o tema, parece oportuno pontuar que, em casos de extrema relevância social como o que ora se examina, a atuação do CADE deve observar, com especial atenção, a pluralidade de princípios e valores constitucionais que orientam a intervenção do Estado no domínio econômico. Sob esse viés, fica claro que, embora a busca pela eficiência alocativa seja sem dúvida diretriz de extrema relevância para o controle antitruste, não se trata do único e exclusivo conteúdo a informar a política de defesa da concorrência. Nesse sentido, afiguram-se preciosas as observações feitas pela Professora Ana Frazão, ex-Conselheira do CADE, apoiada nas lições do Professor Maurice Stucke, ao afirmar que “o direito antitruste em qualquer democracia com um pluralismo razoável não pode ser reduzido a um único e bem definido objetivo, tendo em vista que, ao alcançar o bem-estar das pessoas, precisa ponderar diversos objetivos políticos, sociais, morais e econômicos”. No caso em tela, fica claro que a operação submetida a escrutínio suscita importantes preocupações acerca das suas repercussões metaeconômicas. Tendo em vista a elevada participação de mercado das duas Requerentes, caso aceito, o Ato de Concentração teria grande potencial de homogeneização da educação superior no país, comprometendo significativamente a variedade da oferta. Além disso, sob uma perspectiva dinâmica, poder-se-ia cogitar sobre possíveis impactos negativos no desenvolvimento de novas tecnologias, o que representaria retrocessos principalmente em setor tão central para a economia e para o desenvolvimento. Por fim, também é necessário se refletir sobre os possíveis impactos da operação na qualidade da prestação dos serviços. Nesse ponto, deve-se analisar com cautela o risco de concentrações desse gênero comprometerem significativamente a boa formação de profissionais no país. Destaca-se aliás que – conforme indicado pela Superintendência Geral do CADE em sua Nota Técnica (Doc SEI n. 0298924) – ao longo dos anos, as Instituições de Ensino Superior integrantes do grupo Kroton têm apresentado performance abaixo da média do mercado em exames oficiais de avaliação do desempenho da educação superior, tendência que, para ser corrigida, necessitaria da imposição de remédios comportamentais adequados no âmbito presente Ato de Concentração. Registre-se ainda que referida Nota Técnica da SG, considerando o histórico da Kroton e de outros grupos no setor, chegou a concluir que “não há incentivos para o incremento da qualidade após a operação” (fl. 135 do Doc SEI n. 0298924), elemento importante no bojo da instrução empreendida pelo CADE. Assim, por todas as razões expostas, verifica-se a operação congrega efeitos não-relacionados a preços que reforçam a posição pela reprovação da operação.⁷⁰⁶

⁷⁰⁶ A íntegra do voto dominante do Conselheiro Vogal, Paulo Burnier da Silveira, pode ser acessado no endereço eletrônico do Conselho, sendo encontrado pelo documento n. 0356426. In: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.006185/2016-56, Relatora Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, julgado em 07 de julho de 2017. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 13 dez. 2017.

Na conclusão, o caso relatado demonstra que o entendimento do Conselho, na pessoa de seus respectivos Conselheiros, não é uniforme no que toca o objetivo da autoridade ou as conexões com os princípios que regem a ordem econômica, incluindo o viés ambiental aqui defendido. Há uma divisão de entendimentos entre aqueles que restringem a análise ao fato econômico (e a variação do preço antes e depois da concentração como fator preponderante para sua possível aprovação) e os outros, que admitem uma ampliação da gama de fatores (e que incluem todo um espectro de princípios constitucionais na avaliação). O caso, porém, não revelou qualquer preocupação ambiental, mesmo nas hipóteses mais abertas, o que, em última análise, impossibilita o uso do critério da eficiência ambiental.

5.2.5. Ato de Concentração 08700.006444/2016-49

O ato de concentração em tela foi distribuído à autoridade concorrencial sob uma perspectiva de reunião de competidores no mercado de derivados de petróleo para expansão ou entrada em novos mercados consumidores, e também como uma boa fonte de captação de recursos para investimento em uma política de ampliação dos negócios dos grupos representados. Assim constou no formulário inicial:

A Ipiranga é uma sociedade anônima fechada, integra o Grupo Ultrapar e atua na distribuição de diesel, gasolina, etanol, Gás Natural Veicular (“GNV”), óleo combustível querosene, arla e lubrificantes em todo o Brasil. O Grupo Ultra também é franqueador de lojas da marca “am/pm”, além de troca de lubrificantes (“Jet Oil”), e outros serviços complementares. A Alesat, por sua vez, é uma sociedade anônima fechada, controladora do Grupo Ale, com atuação nos seguintes segmentos: (i) compra, armazenagem, venda e distribuição de combustíveis líquidos, derivados de petróleo, álcool combustível, biodiesel, gás liquefeito de petróleo, gás natural veicular e querosene iluminante; (ii) distribuição de lubrificantes; e (iii) comercialização de produtos derivados de petróleo. Do ponto de vista de Ipiranga, a Operação ora submetida permitirá a expansão de sua atuação na região Nordeste, região em que Ipiranga é menos expressiva, e permitirá maior alcance na implementação de sua estratégia de diferenciação por meio de seu plano de marketing. Sob a perspectiva da Alesat, a Operação garantirá os investimentos necessários para que a Companhia siga sua trajetória de crescimento e permitirá que os seus atuais acionistas invistam em outras oportunidades de negócios.⁷⁰⁷

Para a Superintendência-Geral, as partes envolvidas não apresentaram nenhuma eficiência, nem mesmo depois de solicitada a complementação do pedido

⁷⁰⁷ O formulário obrigatório para apresentação do ato de concentração pode ser consultado na íntegra no endereço eletrônico no Conselho, sendo encontrado pelo documento n. 0243320. In: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.006444/2016-49, Relator Conselheiro João Paulo de Resende, julgado em 02 de agosto de 2017. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 24 nov. 2017.

inicial com estudos e pareceres sobre as mesmas, o que tornou a alegação de otimização da infraestrutura mera especulação. Na sequência do parecer, prescreveu que a condição para eventual aprovação seria o repasse dos benefícios aos consumidores, fato não comprovado pelas partes, e que, ao final, mesmo com a redução nos preços das refinarias, o valor provavelmente seria incorporado aos lucros e não repassado aos consumidores na forma de redução de preços:

...segundo a lei, presume-se posição dominante de um agente ou grupo de agentes quando estes forem capazes de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado, fixando-se como referência o patamar de participação de mercado (*market share*) igual a ou maior que 20% (art. 36, § 2º). Já o Guia H estabelece patamares para averiguar a existência de um nexo de causalidade razoável entre o ato de concentração e a assunção ou o agravamento de posição dominante. De acordo com o documento, as concentrações se dividem entre aquelas que não geram preocupações e, portanto, não necessitam de aprofundamento da análise, e aquelas que podem gerar preocupações e, portanto, necessitam prosseguir à análise de probabilidade de exercício de poder de mercado (v. seção 6.4.2). (...) 6.6.1. Análise de eficiências e justificativas para a operação. Ao declarar a complexidade do presente caso, esta SG facultou às Requerentes a apresentação de estudo de eficiências geradas pela operação. Entretanto, as Requerentes não exerceram essa prerrogativa, afirmando apenas que a operação iria otimizar o uso de infraestrutura. Visto que não há especificação da suposta eficiência, esta SG conclui que por ora ela é apenas especulativa. Além disso, se ela implicar no fechamento de bases da Alesat, é de se cogitar que acarrete prejuízo à concorrência ao impossibilitar ou enfraquecer certas alternativas de fornecimento de etanol, recrudescendo o poder de oligopsônio das distribuidoras nacionais, como colocam a Fecombustíveis [acesso restrito]. Além disso, esta SG considera improvável que eventuais eficiências sejam repassadas à clientela final. Primeiramente por causa da facilidade e racionalidade das distribuidoras de induzir a coordenação dos preços na venda, o que será efetivamente agravado com a presente operação (v. seção 6.5.2 acima). Em segundo lugar porque as distribuidoras nacionais são oligopsonistas na compra de combustível das fornecedoras e por isso conseguem, sozinhas, controlar a maior parte da oferta na distribuição, o que aumenta sua indisposição em concorrer pelo preço. Um indício nesse sentido é o fato público e notório de que a recente redução no preço da refinaria demorou a ser repassada pelas distribuidoras – e, quando finalmente chegou às bombas, constatou-se que o repasse não foi integral, sendo em parte apropriado pelas distribuidoras.⁷⁰⁸

Ultrapassada a etapa inicial de instrução do feito e depois do parecer exarado pela Superintendência-Geral, as partes apresentaram planos e consultorias econômicas sobre sinergias com ganhos de densidade, economias de escala e combinação de expertise entre elas; contudo, tais eficiências não foram consideradas no julgamento pelo Conselheiro Relator, que votou pela reprovação plena do ato de concentração nos seguintes termos:

⁷⁰⁸ O parecer da Superintendência-Geral pode ser consultado na íntegra no endereço eletrônico no Conselho, sendo encontrado pelo documento n. 0297660. In: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.006444/2016-49, Relator Conselheiro João Paulo de Resende, julgado em 02 de agosto de 2017. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 24 nov. 2017.

Na visão das Requerentes, há pelo menos três conjuntos de eficiências que atendem aos critérios antitruste: (i) sinergias decorrentes de ganhos de densidade nas operações; (ii) sinergias decorrentes de economias de escala na operação; e (iii) sinergias decorrentes da combinação de expertises entre as empresas. Com relação ao primeiro conjunto de eficiências, decorrente do ganho de densidade obtido com a operação, em especial nas regiões Norte e Nordeste, a racionalidade baseia-se na possibilidade de comercializar maior volume de gasolina a partir de uma determinada base, com aumento do volume entregue do combustível, dada a estrutura da rede de distribuição. (...) Na minha avaliação, esse primeiro conjunto de eficiências atende a todos os critérios necessários para serem aceitos sob a ótica antitruste, **exceto a condição de que os benefícios sejam repassáveis aos consumidores finais**. Para que haja probabilidade de repasse, as economias precisam estar associadas à reduções de custos variáveis, ou seja, daqueles custos que crescem na medida em que a produção se eleva. O segundo grupo de eficiências referem-se a economias de escala. (...) Tais valores representariam 1,6% da margem bruta total da empresa combinada. Economias de escala tratam-se de eficiência clássicas, comumente aceitas na jurisprudência antitruste nacional e internacional, pois se ajustam a todos os critérios anteriormente descritos de análise de eficiências. Contudo, (...) parte relevante das economias de escala referem-se ao *marketing*. Esse tipo de despesa está associado a custos fixos e não custos variáveis, ou seja, eficiências com *marketing* não tendem a ser repassadas aos consumidores finais, frustrando um dos principais requisitos da eficiência antitruste. Assim, opto por desconsiderar esse item de eficiência. Por fim, chegamos ao terceiro grupo de eficiências, decorrentes das economias de escopo oriundas da combinação de expertises das duas empresas. (...) No caso, o ganho de expertise estaria na forma de rentabilizar os postos, pois na Ipiranga a participação das lojas de conveniência na margem do posto seria significativamente maior que na Alesat. Contudo, entendo que os ganhos decorrentes da utilização de “*marcas e know how da Ipiranga*” não são eficiências específica da operação (...) Em resumo, meu entendimento quanto ao caso é que: 1. O mercado afetado é o de distribuição, mas a estrutura desse mercado tem fortes repercussões ou externalidades sobre o mercado de revenda; 2. É preciso garantir que o mercado de revenda, em especial a parcela que opera na margem, seja com marca regional seja como bandeira branca, tenha acesso a distribuidores fornecedores regionais sólidos; 3. A Alesat não é uma distribuidora de porte nacional, mas é a maior dentre as regionais, a que tem a maior capacidade de rivalizar com as grandes; 4. Em mercados onde a atuação da Alesat cumpre esse papel, o único remédio viável seria a sua completa e integral alienação para novo entrante ou para concorrente que pudesse assumir suas operações; 5. Isso implicaria desfazer aproximadamente 65% da operação, curso de ação que não gerou o interesse das Requerentes; 6. A proposta alternativa de remédios mira na revenda, quando o problema é na distribuição, e ao cindir a Alesat em pedaços dentro dos Estados, não evita que a Ipiranga reconcentre a maior parte da aquisição original, tornando o remédio ineficaz. Isso se considerarmos que o ACC proposto será efetivo no que se propõe, o que é bastante duvidoso considerando o grande risco de seleção adversa dos ativos. Assim, em face do elevado risco concorrencial identificado, da inexistência de eficiências que compensem tais riscos e do desinteresse das partes em adotar os remédios necessários à neutralização desse risco, voto pela reprovação da presente operação. (destaques no original).⁷⁰⁹

No mesmo sentido, os demais Conselheiros que atuaram no caso, que optaram em votar de forma unânime pela reprovação da operação. O voto seguinte destacou que a reprovação deu-se por ausência de demonstração de benefícios (eficiências), mesmo depois de facultadas às partes essa prerrogativa, ainda na

⁷⁰⁹ O voto do Conselheiro Relator, João Paulo Resende, pode ser consultado na íntegra no endereço eletrônico no Conselho, sendo encontrado pelo documento n. 0372036. In: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.006444/2016-49, Relator Conselheiro João Paulo de Resende, julgado em 02 de agosto de 2017. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 24 nov. 2017.

instrução perante a Superintendência-Geral; ainda, consignou que os pareceres posteriores não demonstraram o repasse aos consumidores:

Há de se ressaltar que o porte do presente ato de concentração demandava a apresentação de benefícios superiores aos problemas concorrenciais detectados pela SG e que, necessariamente, fossem repassados aos consumidores. Dessa forma, foi facultada às partes a apresentação de eficiências quando em sede de análise pela Superintendência (SEI 278027). Entretanto, as Requerentes não obtiveram êxito em demonstrar de forma inequívoca eficiências específicas da operação. Ante a ausência de eficiências próprias e de remédios que fossem capazes de superar os problemas concorrenciais detectados na presente operação, a SG opinou pela suma reprovação. Em manifestação posterior em sede de Tribunal (SEI 309125), as Requerentes intentaram ainda apresentar eficiências, porém estas não eram distribuíveis aos consumidores. Dessa forma, restou não atendida a condição basilar indicada no inciso II do § 6º do art. 88 da Lei 12.529/2011.⁷¹⁰

O voto seguinte corroborou a necessidade de apresentação de eficiências contundentes em função do grau de afetação da concorrência e, indo além, entendeu que o Conselho poderia sugerir remédios (contraprestações), mas que os mesmos não podem ser utilizados apenas para salvar uma operação, devendo ser empregados apenas para garantir o repasse das eficiências aos consumidores porque o próprio Conselho tem a função de garantir o direito difuso daqueles:

Pelo que consta nos autos e na Nota Técnica da SG, há alguma economia de escala na operação, uma vez que a Alesat tem bases primárias e secundárias, além de deter 1500 contratos ao redor do Brasil, aumentando a escala da Ipiranga. No entanto, estas economias de escala, dada a estrutura de mercado, com probabilidade reduzida serão repassadas para os consumidores, são absorvidas pela nova companhia. Por isso, estas eficiências devem ser desconsideradas. (...) Remédios não devem servir para “salvar qualquer operação”, [mas sim para] garantir o repasse das eficiências para os consumidores, uma vez que cabe ao Cade resguardar o “direito difuso dos consumidores”. (...) Além disso, os remédios, se for o caso, além de precisarem ser ótimos e de terem que ter contornos muito bem definidos, para eliminar todos os problemas concorrenciais, precisam ser eficazes em sua implementação e com monitoramento fácil. (...) Sem eficiências contundentes para à sociedade, a probabilidade do exercício do poder de mercado existe e não pode ser ignorada.⁷¹¹

Por fim, o último Conselheiro a votar lembrou que os eventuais remédios que são desenhados pelas partes envolvidas em negociação com o Conselho devem ser

⁷¹⁰ O voto do Conselheiro Vogal, Alexandre Barreto de Souza, pode ser consultado na íntegra no endereço eletrônico no Conselho, sendo encontrado pelo documento n. 0371064. In: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.006444/2016-49, Relator Conselheiro João Paulo de Resende, julgado em 02 de agosto de 2017. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 24 nov. 2017.

⁷¹¹ O voto da Conselheira Vogal, Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, pode ser consultado na íntegra no endereço eletrônico no Conselho, sendo encontrado pelo documento n. 0370926. In: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.006444/2016-49, Relator Conselheiro João Paulo de Resende, julgado em 02 de agosto de 2017. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 24 nov. 2017.

limpos, simples e exequíveis, preferencialmente estruturais (não comportamentais), tendo em vista que os custos, as incertezas ou o tempo necessário para o próprio acompanhamento dos acordos por vezes podem inviabilizá-los. Por isso, por não entender que existentes soluções factíveis, manteve a reprovação do ato:

...o sucesso das aprovações com restrições exige que os remédios desenhados sejam, ao máximo possível, **limpos, simples e exequíveis**. Como já tive a oportunidade de ponderar (...) acredito que a missão central das autoridades da concorrência nessa seara seja a de fazer uma intervenção pontual, preferencialmente estrutural, com remédios “*necessários, claros, exequíveis, efetivos, suficientes e capazes de implementação em um curto espaço de tempo*”. (...) Desse modo, entendo que devem ser evitados remédios provisórios e cujos efeitos possam se esvaír pouco tempo após a aprovação da operação. Em suma, por todas essas razões, entendo que o remédio proposto pelas Requerentes não se afigura efetivo e seguro, motivo pelo qual acompanho o Relator e a recomendação da Superintendência-Geral (SEI nº 0297765 e voto pela reprovação do Ato de Concentração. (destaques no original).⁷¹²

O estudo do caso retrata novamente uma despreocupação probatória por partes dos agentes econômicos envolvidos que, inadvertidamente, relegam às eficiências para momento posterior ao parecer da Superintendência-Geral, o que afeta a análise pela autoridade. E, no que toca à questão ambiental, efetivamente nada se falou, sendo que inúmeros argumentos poderiam ser utilizados em função do próprio mercado envolvido (derivado de petróleo).

Indo além, o entendimento da autoridade no caso concreto, no sentido de exigir um benefício aos consumidores (que, nos termos do voto, são o foco de toda a estrutura de proteção à concorrência) discrepa daquele dado ao longo do presente estudo, porque exige-se uma contraprestação na forma de redução de preços enquanto o consumidor pode ser beneficiado não somente de forma quantitativa, mas também de forma qualitativa. Há, portanto, um desencontro entre as possibilidades de proteger (ou repassar os benefícios) o consumidor e a utilização do argumento de proteção como um verdadeiro mecanismo de controle de preços, o que não poderia ser admitido, segundo as premissas lançadas nos tópicos anteriores.

⁷¹² O voto do Conselheiro Vogal, Paulo Burnier da Silveira, pode ser consultado na íntegra no endereço eletrônico no Conselho, sendo encontrado pelo documento n. 0370177. In: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.006444/2016-49, Relator Conselheiro João Paulo de Resende, julgado em 02 de agosto de 2017. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 24 nov. 2017

5.2.6. Ato de Concentração 08700.007553/2016-83

O referido ato de concentração foi apresentado como mera substituição de agentes econômicos em determinada operação, onde um grupo teria a oportunidade de entrar em um mercado que era ainda pouco desenvolvido por ele; assim, nenhuma eficiência foi imediatamente mencionada. Nesse sentido, o formulário pormenorizou as seguintes considerações:

Atualmente, as empresas do Grupo JBJ desenvolvem atividades de criação de gado para corte, cultivo de cereais, como silagem de milho e soja, abate de gado, comercialização de carne in natura e de subprodutos do abate, varejo de carnes diversas, bebidas nacionais e importadas e investimentos no setor imobiliário, incluindo incorporações imobiliárias. À época da operação, o Grupo JBJ não atuava no mercado de abate de gado, tampouco no de comercialização de caixas e carcaças de carne bovina in natura, tendo ingressado no ramo de frigoríficos quando da aquisição da MATABOI ALIMENTOS LTDA. (...) Importa esclarecer que a MATABOI ALIMENTOS LTDA. se encontra, desde 2011, em recuperação judicial, processo esse sob o n.0070980.44.2011.8.13.0035 que tramita na 1ª Vara Cível da Comarca de Araguari – MG. (...) Justifica-se a operação pelo ingresso do Grupo JBJ nos mercados de abate de gado bovino nos estados de Minas Gerais, Goiás e Mato Grosso e de comercialização de carne in natura em nível nacional.⁷¹³

O parecer da Superintendência-Geral foi pela impugnação do ato tal como apresentado em função de que não houve a apresentação de qualquer estudo sobre as eficiências do ato de concentração, porque, para as partes envolvidas, o principal argumento para a aprovação era a salvaguarda financeira de um competidor em grave crise financeira (em processo de recuperação judicial) e a possibilidade de aprovação pelo uso da teoria da *failing firm*:

...pode-se concluir que há duas situações distintas em relação a atuação da Mataboi tanto na oferta quanto na compra de carne: (i) até 2012 a empresa possuía uma atuação que indicava ser um rival relevante no mercado, com condições de rivalizar com os principais players, inclusive com a JBS; (ii) de 2013 a 2016, a Mataboi teve uma queda expressiva na sua atuação, passando por uma recuperação judicial, situação que se mantém atualmente. Assim, a empresa deixou de ser um competidor relevante frente aos grandes *players* do mercado, em comparação com sua situação pretérita. Não obstante, ela ainda possui uma participação mais expressiva que a grande maioria dos demais agentes do setor. Preocupa, em especial, a eventual coordenação entre JBS e Mataboi, por meio da JBJ, dado o posicionamento de liderança da JBS e seu intenso movimento pretérito de aquisições. Cabe lembrar, também, que uma planta da Mataboi foi fechada após a operação. Diante dessa conclusão, cabe analisar outras considerações que possam eventualmente remediar as preocupações concorrenciais aqui levantadas, entre elas o argumento de *failing firm* trazido

⁷¹³ O formulário que descreve as características e fundamentos do ato de concentração pode ser acessado na íntegra no endereço eletrônico do Conselho, sendo cadastrado como documento n. 0265529. In: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.007553/2016-83, Relator Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo, julgado em 18 de outubro de 2017. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 07 jan. 2018.

pelas empresas, em razão do estado falimentar da Mataboi. (...) Em virtude do cenário concorrencial resultante da operação, as partes foram intimadas a apresentar possíveis eficiências decorrentes da operação. Quanto a esse aspecto, as requerentes reiteraram que a operação consiste em mera substituição de agente econômico, considerando que da mesma não decorre concentração horizontal (o grupo adquirente não atuava no mercado de abate bovino, ramo de atuação da Mataboi), não se aplicando o disposto no § 5º do art. 88 da Lei nº 12.529/11 (que prevê proibição aos atos que resultem em eliminação da concorrência ou que criem ou reforcem uma posição dominante ou até mesmo a dominação de mercado), assim como não haveria eficiências clássicas decorrentes de concentrações horizontais, tais como economias de escala e de escopo, inovações, apropriação de externalidades positivas ou eliminação de externalidades negativas. Sob a ótica vertical, as partes consideraram que o pequeno porte do Grupo JBJ não suscita a necessidade de estudo e quantificação das possíveis eficiências, ressaltando novamente o entendimento de que a operação deveria ser aprovada, independentemente da indicação de eficiências. Todavia, as partes enfatizaram que a operação geraria substanciais benefícios, inclusive em relação ao aumento da competitividade no mercado e ao desenvolvimento econômico, que seriam compartilhados com os consumidores finais dos produtos da Mataboi. (...) Nota-se que as partes focaram sua argumentação apenas em fatores relacionados a condição quase falimentar da Mataboi e no recebimento de auxílio financeiro pelo grupo comprador, circunstâncias que não guardam relação com eficiências econômicas que representem impactos diretos ao consumidor, derivadas exclusivamente da operação em tela. Os benefícios indicados pelas partes são inerentes a existência da empresa e não representam eficiências de forma específica. Sendo assim, tratar-se-á, a seguir, do argumento de *failing firm*.⁷¹⁴

Parece oportuno dizer que a teoria da *failing firm* (que em tradução livre significaria da firma em queda ou declínio, ou que esteja em estágio terminal) foi utilizada pela Suprema Corte dos Estados Unidos no julgamento do caso *International Shoe Co. v. FTC*, onde a aprovação de um ato anticompetitivo foi possível porque um dos competidores estava em um estado tão enfraquecido e com uma possibilidade de reabilitação tão remota que a sua saída do mercado era iminente, merecendo ser sopesado o prejuízo social da sua saída do mercado. Dito de outro modo, entendeu a Corte que a inevitável perda de um competidor, com prejuízo à comunidade em função do desemprego, por exemplo, poderia ser remediada pela concentração empresarial (aquisição da planta por outro competidor), ainda que existente risco concorrencial, tendo em vista que a manutenção das atividades pode superar a mácula à concorrência.⁷¹⁵

⁷¹⁴ O parecer da Superintendência-Geral consta no documento n. 0346250. In: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.007553/2016-83, Relator Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo, julgado em 18 de outubro de 2017. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 07 jan. 2018.

⁷¹⁵ Nesse sentido, entendeu a Corte que “In the case of a corporation with resources so depleted, and the prospect of rehabilitation so remote, that it faces the grave probability of a business failure, with resulting loss to its stockholders and injury to the communities where its plants are operated, the purchase of its capital stock by a competitor (there being no other prospective purchaser), not with a purpose to lessen competition, but to facilitate the accumulated business of the purchaser and with the effect of mitigating seriously injurious consequences otherwise probable, is not in contemplation of law prejudicial to the public and does not substantially lessen competition or restrain commerce within the intent of the Clayton Act. P. 280 U. S. 301.” In: U.S. Supreme Court. *Certiorari to the Circuit Court of*

Ao votar o caso, porém, o Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo estabeleceu que a defesa do agente econômico em situação de risco somente poderia ocorrer se comprovada a impossibilidade de manutenção das atividades, ainda que por meio de recuperação judicial, e se igualmente atestado o fato de que haverá a saída do mercado, com danos à comunidade e aos consumidores de uma forma geral. Assim, entendeu pela reprovação do ato pelos seguintes argumentos:

...a teoria da *failing firm*, capaz de justificar a aprovação de um ato de concentração, só deve se aplicar naqueles casos raros e restritos nos quais ficar indubitavelmente comprovado que, ao final, a não ocorrência daquela fusão específica trará consequências piores aos consumidores do que a sua ocorrência. Nesse âmbito, deve-se comprovar a existência dos seguintes requisitos: (i) A firma insolvente deve ser efetivamente incapaz de cumprir com as suas obrigações financeiras; (ii) A firma deve ser incapaz de se reorganizar por meio de falência ou recuperação de empresa; (iii) A firma deve empreender esforços de boa-fé para encontrar compradores que representem menos riscos antitruste; e (iv) Deve-se comprovar que, no caso de não ocorrência da fusão notificada, os ativos da firma sairão do mercado, prejudicando os consumidores. Isto posto, o DEE demonstrou que a Mataboi, durante a recuperação judicial, antes de receber o aporte financeiro do grupo JBJ, conseguiu manter a produtividade, além de aumentar o lucro bruto. Com isso, coloca-se em cheque o argumento das requerentes sobre a saída do mercado da Mataboi. Portanto, este requisito, para que se aplique a referida doutrina, não foi alcançado, haja vista a possibilidade de ter havido meios menos danosos à concorrência, do que a presente operação. Já o quarto requisito, de saída dos ativos do mercado, não parecem críveis, tendo em vista o interesse de terceiros, como visto. Ademais, como ressaltado pela SG, a Mataboi assumiu o risco de não haver compradores quando não notificou a operação ao CADE, de maneira tempestiva. Sobre este argumento, o DEE explicou que uma simples solução seria a diminuição do preço dos ativos para que houvesse incentivo para que os compradores se interessassem. Assim, em relação aos requisitos para a aplicação da teoria da *failing firm defense*, resta demonstrado que as Requerentes não atenderam todos os requisitos. Nesse sentido, não foi comprovado que a operação era absolutamente necessária para a manutenção dos ativos da Mataboi no mercado, bem como restou provado que o grupo JBJ não era o único interessado na operação e, ainda, que após a operação o grupo JBJ fechou a planta de Rondonópolis, o que é contra a lógica da *failing firm defense*, que pretende manter os ativos da empresa no mercado. Ante o exposto, em concordância com a SG e o DEE, entendo que não se verificaram eficiências e que não se aplica a teoria da *failing firm defense* ao caso.⁷¹⁶

A análise do caso acima demonstrou uma estratégia comum aos agentes econômicos, no sentido de não apresentar de início as eficiências que podem subjugar os eventuais riscos à concorrência, ainda que menções genéricas possam ser encontradas, no caso concreto, no formulário de entrada. Tal fato impede que o parecer emitido pela Superintendência-Geral debruçe-se sobre as mesmas e, via de

Appeals for the First Circuit. *International Shoe Co. v. FTC*, 280 U.S. 291, julgado em 06 de janeiro de 1930. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/280/291/case.html>> Acesso em: 20 jan. 2018.

⁷¹⁶ A íntegra do voto do Conselheiro Relator consta no documento n. 0400343. In: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.007553/2016-83, Relator Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo, julgado em 18 de outubro de 2017. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 07 jan. 2018.

consequência, macula a análise pormenorizada em uma primeira fase de instrução, gerando efeitos negativos ao longo do julgamento do ato de concentração.

Além disso, sem desconsiderar que absolutamente nenhuma questão ambiental foi encontrada nos autos, tem-se que o Conselho admite a possibilidade de utilização de eficiências desconectadas da expressa previsão legal, como a salvaguarda de um competidor, desde que presentes riscos iminentes e irremediáveis (por outros meios mais benéficos) à sociedade; ainda, que existam conexões mínimas com os objetivos previstos na legislação antitruste, como, por exemplo, a distribuição de benefícios aos consumidores.

Desta forma, na conclusão da análise dos atos de concentração acima citados, aponta-se inicialmente um problema comum, no sentido de uma despreocupação probatória com as eficiências que contrastam as máculas concorrenciais (ou com eficiências que signifiquem efetiva contraprestação aos consumidores ou à sociedade como um todo). Além disso, também é possível dizer que os atos reprovados o foram porque, mesmo com eficiências produtivas (as mais comuns), houve uma falha significativa na relação custo-benefício ou na relação preço-qualidade, o que é comumente premissa fundamental na verificação pelas autoridades da concorrência. Por fim, a proteção do meio ambiente foi ignorada e somente se constatou alguma menção quando os impactos da regulação ambiental acabou por se constituir em barreira à entrada de novos competidores (e a ausência de barreiras é aceita para fins de mitigar o exercício de poder de mercado). Assim, ao menos na relação entre agentes e autoridade, não se verificou o uso de qualquer eficiência ambiental, ainda que as mesmas sejam possíveis, como se avaliou.

CAPÍTULO 6: ANÁLISE EMPÍRICA DAS DECISÕES JUDICIAIS BRASILEIRAS DE 1988 A 2016

O último capítulo da tese seguirá as mesmas premissas metodológicas do capítulo anterior, especialmente em relação à técnica de pesquisa empírica, forma de coleta de dados e relatório final dos mesmos. Contudo, existem particularidades inerentes aos sistemas e mecanismos judiciais, como nos termos utilizados para pesquisa, no período da pesquisa, a relação entre os processos e seus incidentes ou recursos, além da questão relacionadas as formas de decisões, com ou sem julgamento de mérito, por exemplo.

A primeira diz respeito ao termo de pesquisa e ao tempo: a pesquisa baseou-se no artigo 118, da Lei Antitruste,⁷¹⁷ que diz expressamente que o Conselho deverá ser intimado para intervir no feito quando em discussão as disposições da Lei especial; ou seja, foram buscados todos os processos que envolvem aquele (ou a presidência, como em mandados de segurança contra ato da autoridade concorrencial), incluindo uma coleta de dados realizada por nome e outra pelo cadastro nacional de pessoas jurídicas (no caso, o CNPJ/MF 00.418.993/0001-16). E, quanto ao período de tempo, em relação aos Tribunais Superiores não foi feita qualquer restrição, incluindo-se os processos independente do período de tempo (foram visualizados, assim todos os processos disponíveis nas referidas casas de justiça); contudo, em relação aos Tribunais Regionais Federais, as várias discrepâncias decorrentes da existência de processos físicos e da implementação de diferentes sistemas de processos eletrônicos ao longo do tempo (por exemplo, E-Proc, PJ-e ou sistemas próprios), com Tribunais mais e menos informatizados, além da restrição de acesso em alguns casos, conduziu, em geral, a uma restrição equivalente aos dos processos administrativos (2012 a 2016, portanto).

A segunda diz respeito ao fato de que por “processos” devem ser entendidos todos os processos, incidentes ou recursos existentes (que podem ou não gerar cadastro diverso); ou seja, um agravo de instrumento, ao longo da pesquisa, é listado como um novo processo, apesar de formalmente estar vinculado a um processo na origem, em primeira instância, por exemplo. Assim, os processos consideram um sentido menos técnico e, quiçá, mais amplo, englobando todos os

⁷¹⁷ Art. 118. Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta Lei, o Cade deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente.

mecanismos de atuação (ou defesa) das partes, do Conselho, do Ministério Público ou outros agentes envolvidos em determinada questão. E o mesmo vale para as “decisões”, que são retratadas igualmente de forma menos técnica, incluindo-se na categoria despachos, decisões, sentenças ou acórdãos.

Por fim, as decisões, em sentido amplo, podem ou não avaliar o mérito discutido; assim, as sem julgamento de mérito incluem verdadeira miríade de questões, que, especialmente nas instâncias superiores, podem implicar o não conhecimento pelos julgadores. A título de exemplo, as mais básicas, como defeito na representação, deserção, intempestividade ou simples desistência (ou prejuízo do julgado em função de fato superveniente), ou outras mais complexas, como a ausência de prequestionamento, não exaurimento da instância ordinária, impossibilidade de novo exame do acervo fático-probatório, fundamento constitucional (no Superior Tribunal de Justiça) ou, por fim, falta de repercussão geral (no Supremo Tribunal Federal). Todas as hipóteses que implicam ausência de conhecimento ou de decisão sobre o mérito das pretensões iniciais foram abarcadas na mesma categoria (de não conhecimento), a fim de facilitar a compreensão e evitar uma expansão desnecessária de variáveis. Assim, dentro dessas premissas é que se passa à análise pormenorizada, consoante termos abaixo.

6.1. AS DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A pesquisa empírica realizada em função dos processos no Supremo Tribunal Federal encontrou ao todo 61 casos que envolvem a autarquia concorrential disponibilizados no endereço eletrônico do respectivo Tribunal, levando-se em consideração o limite temporal possível para a pesquisa (no caso, não houve restrição ao tempo). Na ordem, foram localizados 33 recursos extraordinários (54%), 17 agravos (28%), 4 suspensões de segurança (7%), 2 ações cautelares (3%); ainda, foram lançados os demais casos na variável “outros” (8%), por aparecerem uma única vez, sendo o caso de ação direta de inconstitucionalidade, recurso ordinário, mandado de segurança, reclamação e petição. A síntese segue em gráfico elaborado para melhor compreensão:

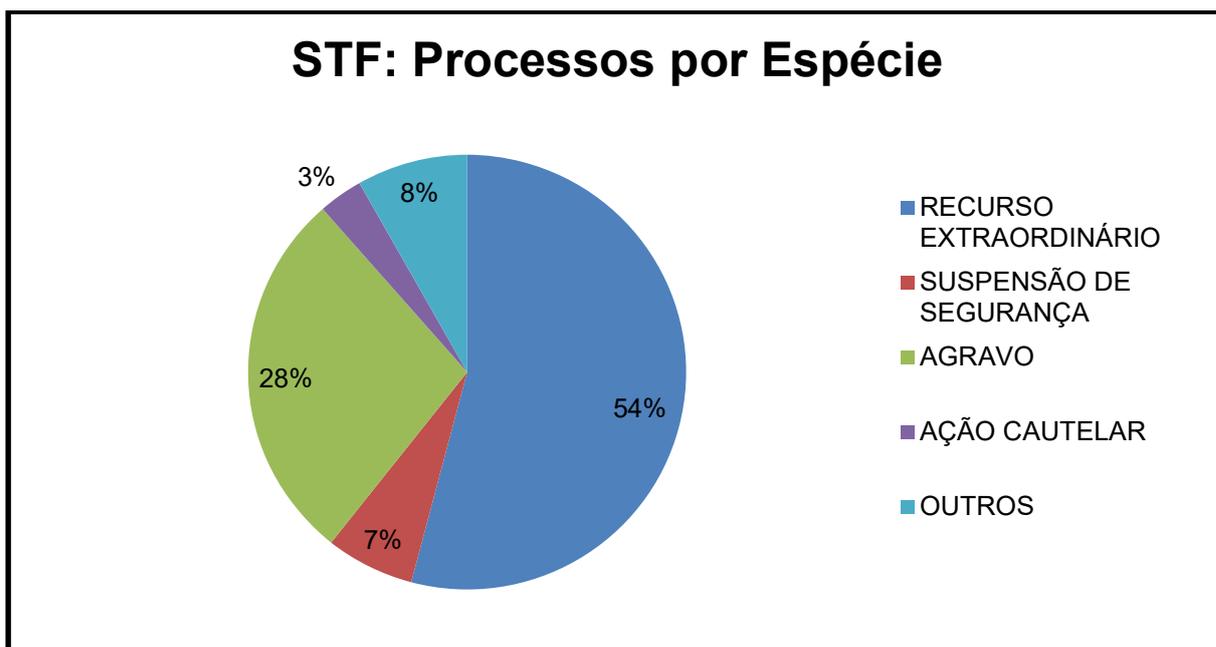


Gráfico 05: STF: Processos por Espécie
 Fonte: Supremo Tribunal Federal
 Elaboração: autor

E, além disso, de todos os casos selecionados para análise, a grande maioria não foi conhecido (não teve o mérito analisado pelo Tribunal) ou ainda está pendente de decisão (positiva ou negativa, ou mesmo pelo não conhecimento, tal como as demais), existindo nessas condições, respectivamente, 36 casos (59%) e 11 casos (18%). Nos demais temas que foram conhecidos, o total de 6 processos discutiram a competência territorial para julgamento de casos envolvidos a autoridade concorrencial (10%) e 4 a concessão de efeito suspensivo ao cumprimento de decisões das instâncias inferiores (6%); por fim, foram lançados os demais casos na variável “outros” (7%), por aparecerem uma única vez, sendo que, no mérito, esses processos retratavam uma análise sobre a possibilidade de busca e apreensão, questões de zoneamento (sem relação com a concorrência), regime de trabalho dos servidores do Conselho e, por último, a reversão do exame de admissibilidade negativo do recurso interposto na origem. A síntese segue em gráfico elaborado para melhor compreensão:

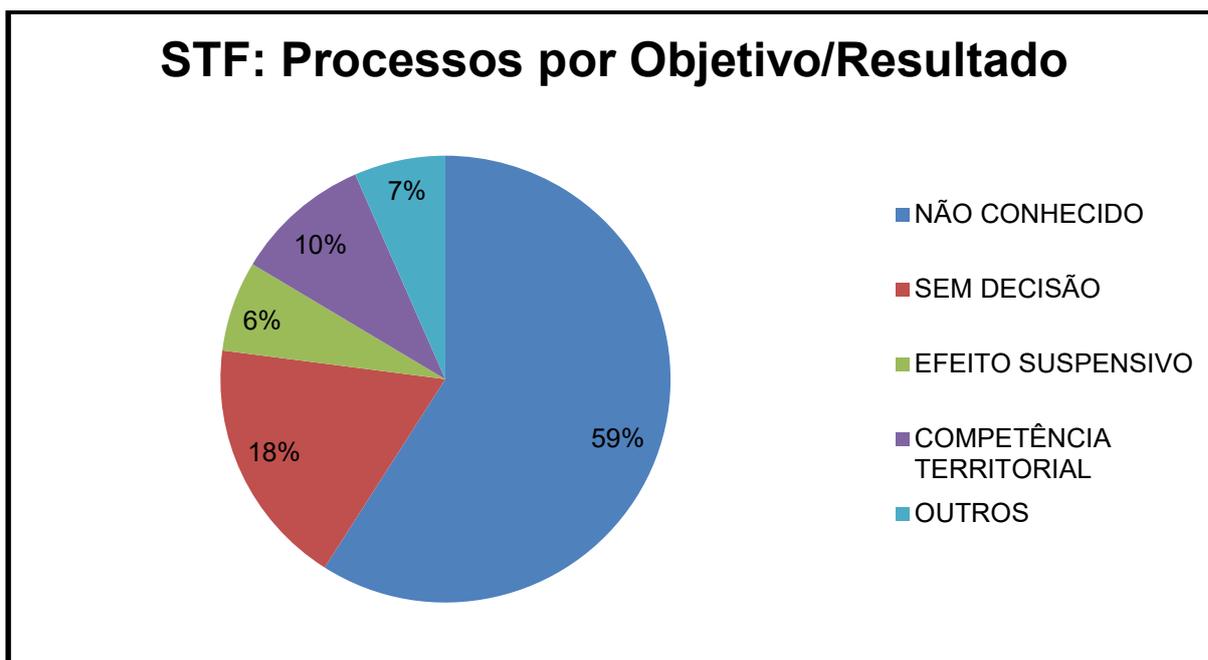


Gráfico 06: STF: Processos por Objetivo/Resultado
 Fonte: Supremo Tribunal Federal
 Elaboração: autor

Isso quer dizer que 82% dos casos que chegam ao Supremo Tribunal Federal advêm de recurso extraordinário ou de agravo de instrumento contra decisão que barra o recurso interposto no Tribunal de instância inferior; ainda, a grande maioria (59%) não conduz a qualquer análise no tocante ao mérito do processo. Há também que se ressaltar a morosidade na tramitação dos casos na instância máxima, considerando-se o elevado número de casos ainda sem decisão (18%). A título de exemplo, cita-se a ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Confederação Nacional da Indústria, ainda sobre a questão da culpa objetiva na antiga Lei Antitruste (o que foi alvo de anterior esclarecimento), interposta em 18 de julho de 1994 e que, depois a inclusão do Conselho como *amicus curiae*, em 30 de outubro de 2010, repousa no gabinete do Ministro Celso de Mello para decisão desde 15 de agosto de 2012;⁷¹⁸ ou seja, o processo permanece absolutamente sem qualquer movimentação há anos, o que causa evidente prejuízo e insegurança. Sem desconsiderar isso, é preciso reconhecer dentro dos casos avaliados que Supremo Tribunal Federal, ainda que não tenha adentrado no mérito concorrencial (ou de eficiência ambiental) de qualquer caso, julgou dois processos de suma importância,

⁷¹⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1094, Confederação Nacional da Indústria. Relator Ministro Celso de Mello (ainda sem decisão definitiva). Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 19 out. 2017.

um com repercussão geral e outro sem, aquele sobre a competência territorial para as ações que envolvem a autarquia concorrential, este sobre a possibilidade de busca e apreensão de documentos dos agentes econômicos envolvidos.

No primeiro caso, o recurso extraordinário n. 627709, do Distrito Federal, a discussão cinge-se à aplicabilidade do artigo 109, §1.º e 2.º, da Constituição Federal,⁷¹⁹ aos casos que envolvem as autarquias e, como consequência, àqueles que envolvem legítimos interesses da autarquia concorrential. O relatório do processo esclarece os seguintes fundamentos:

Neste RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituição Federal, alega-se ofensa ao art. 109, § 2º, da mesma Carta, sob o argumento de que o mencionado dispositivo constitucional aplica-se exclusivamente à União Federal. O recorrente aduz, ainda, que as autarquias são distintas da União, ressaltando que o próprio texto constitucional faz tal diferenciação, quando, em seu art. 109, *caput* e parágrafos, trata da União de forma separada e específica, caracterizando-a como pessoa jurídica de direito público da administração direta, e aquelas outras como entidades federais integrantes da administração indireta. Destaca, ademais, que essa diferenciação, especificamente em relação ao próprio recorrente, já foi feita quando do julgamento da ADI 1.094/DF, ressaltando que, nesse precedente, discutiu-se a aplicabilidade do disposto no § 1º do art. 109 da CF ao CADE, tendo-se decidido pela não aplicação desse preceito. (...) Sustenta, também, que o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que os critérios de fixação de competência previstos nos §§ 1º e 2º do art. 109 da Constituição Federal têm aplicação apenas à União, sendo que, em relação às autarquias federais, incide o disposto no art. 100, IV, a e b, do CPC. Afirma, por fim, que o referido critério de fixação de competência justifica-se por estar a União presente em todo o território nacional, mas as autarquias, ao contrário, “*não são onipresentes e não estão em todo território nacional, ainda que existam advogados públicos federais em todo o território*”. (destaques no original).⁷²⁰

Ao final, a tese fixada contrapôs os argumentos da especialização do juízo ou dos membros da autarquia envolvidos em determinado caso com o princípio do acesso à justiça, que acabou por prevalecer. Assim, o Supremo Tribunal Federal firmou (e consolidou por repercussão geral) o entendimento de que as ações que envolvam a autarquia concorrential devem ser ajuizadas no domicílio do agente econômico envolvido no caso. Na ementa, assim ficou consignado:

CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA. CAUSAS AJUIZADAS CONTRA A UNIÃO. ART. 109, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CRITÉRIO DE FIXAÇÃO DO FORO

⁷¹⁹ Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: (...) § 1º As causas em que a União for autora serão aforadas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte. § 2º As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.

⁷²⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 627709/DF, Relator Ministro Edson Fachin, publicado no DJ-e n. 213, de 30/10/2014. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 19 out. 2017.

COMPETENTE. APLICABILIDADE ÀS AUTARQUIAS FEDERAIS, INCLUSIVE AO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. I - A faculdade atribuída ao autor quanto à escolha do foro competente entre os indicados no art. 109, § 2º, da Constituição Federal para julgar as ações propostas contra a União tem por escopo facilitar o acesso ao Poder Judiciário àqueles que se encontram afastados das sedes das autarquias. II – Em situação semelhante à da União, as autarquias federais possuem representação em todo o território nacional. III - As autarquias federais gozam, de maneira geral, dos mesmos privilégios e vantagens processuais concedidos ao ente político a que pertencem. IV - A pretendida fixação do foro competente com base no art. 100, IV, a, do CPC nas ações propostas contra as autarquias federais resultaria na concessão de vantagem processual não estabelecida para a União, ente maior, que possui foro privilegiado limitado pelo referido dispositivo constitucional. V - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem decidido pela incidência do disposto no art. 109, § 2º, da Constituição Federal às autarquias federais. Precedentes. VI - Recurso extraordinário conhecido e improvido.⁷²¹

No segundo caso, o recurso extraordinário 1034218, do Rio Grande do Norte, discute-se a possibilidade do Conselho, por sua Superintendência-Geral, buscar a tutela judicial para busca e apreensão de documentos para instrução de processo administrativo, consoante autorização do artigo 13, “d”, da Lei Antitruste,⁷²² tendo em vista alegação de concentração de poder (instrução e julgamento) e violação aos preceitos constitucionais de privacidade, sigilo e inviolabilidade da sede do agente econômico envolvido. O resumo dos argumentos consta no relatório:

A recorrente se insurge contra inquérito administrativo promovido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) que apura suspeita de formação de cartel no mercado de sal no Estado do Rio Grande do Norte, no qual foi deferida ordem de busca e apreensão na sede de sua empresa. Afirma que o procedimento de busca e apreensão viola a proteção constitucional ao sigilo de correspondência, à privacidade e à inviolabilidade da sede da empresa, ante a ausência de justa causa para a sua determinação. Alega, ainda, que houve prescrição da pretensão punitiva. Ao final, requer a improcedência do pedido deduzido na ação cautelar de busca e apreensão, com a declaração de inconstitucionalidade do procedimento definido pela Lei nº 12.529/2011.⁷²³

No mérito, porém, o recurso foi rejeitado pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que a legislação especial outorgou a possibilidade de busca e

⁷²¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 627709/DF, Relator Ministro Edson Fachin, publicado no DJ-e n. 213, de 30/10/2014. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 19 out. 2017.

⁷²² Art. 13. Compete à Superintendência-Geral:(...)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 no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, sendo inexistente a propositura de ação principal;

⁷²³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1034218/RN, Relator Ministro Rosa Weber, publicado no DJ-e 175, de 08/08/2017. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 19 out. 2017.

apreensão de documentos mediante requisição ao Poder Judiciário, o que não importa uma unicidade entre o ente instrutor e julgador, tampouco qualquer restrição aos princípios constitucionais suscitados, especialmente porque, como de rigor, a medida passa pelo crivo e verificação dos requisitos legais diretamente junto ao Poder Judiciário, a quem compete autorizar (ou não) a medida os pedidos do Conselho e seus órgãos. Nesse sentido, assim resumiu-se a questão:

Verifico que a presente ação cautelar satisfativa de busca e apreensão foi proposta com suporte no art. 13, VI, alínea “d”, da Lei nº 12.529/2011 (...) Presentes os limites da lide, não cabe discutir a constitucionalidade de todo o arcabouço que disciplina as etapas do processo administrativo instaurado perante o CADE, nem isso foi, por evidente, objeto de análise pelo Tribunal de origem, que se limitou a assentar a validade, à luz dos direitos e garantias previstos na Carta de 1988, do preceito legal acima transcrito, voltado a viabilizar, por meio de intervenção judicial, busca e apreensão de elementos probatórios úteis à atuação daquela autarquia federal. Especificamente quanto ao art. 13, VI, “d”, da Lei nº 12.529/2011, destaco ausente traço de inconstitucionalidade, sob o enfoque proposto pela recorrente, na medida em que o mencionado preceito legal apenas evidencia o acesso de pessoa jurídica de direito público ao Judiciário, como, de resto, decorre do princípio da inafastabilidade da jurisdição, albergado no art. 5º, XXXV, da Magna Carta. De mais a mais, ao menos no que diz com a ação cautelar de busca e apreensão, a alegação de que o CADE concentra poderes de postulação e julgamento não corresponde à realidade, pois, no aspecto, a legislação reserva a órgão do Judiciário a decisão, cabendo à autarquia de defesa da concorrência, por sua procuradoria, exclusivamente a dedução do pedido de tutela jurisdicional. Dessa forma, não diviso inconstitucionalidade da ordem judicial de busca e apreensão determinada em desfavor do ora recorrente, que não importou em violação do art. 5º, X, XI, XII, LIV e LV, todos da Magna Carta. Ante o exposto, forte nos arts. 932, IV, “a”, e VIII, do CPC e 21, § 1º, do RISTF, nego seguimento ao recurso extraordinário.⁷²⁴

É de se notar, assim, que os casos que chegam ao Supremo Tribunal Federal não trazem questões fáticas ou que envolvam o revolvimento do conjunto probatório (ou quando trazem, as mesmas não são conhecidas), como a existência ou não de eficiências (ou de eficiência ambiental), justamente porque as travas impostas pela legislação impedem uma avaliação pormenorizada e restringem a atuação daquele Tribunal à análise de (in)constitucionalidade. Sem desconsiderar isso, ao menos dois pontos foram definitivamente julgados: a competência territorial para os processos envolvendo a autarquia concorrencial (que será do foro do domicílio do agente econômico envolvido) e a possibilidade de instrução do processo administrativo mediante solicitação de busca e apreensão de documento (que dependerá da interferência do Poder Judiciário). Assim, a questão da eficiência ambiental ou da possibilidade de utilização do critério acaba por ficar prejudicada.

⁷²⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1034218/RN, Relator Ministro Rosa Weber, publicado no DJ-e 175, de 08/08/2017. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 19 out. 2017.

Na sequência, o estudo volta-se as situações julgadas pelo Tribunal infraconstitucional. No caso do Superior Tribunal de Justiça, foram analisados 218 processos, seguindo as mesmas diretrizes antes citadas, e suas respectivas decisões (aqui entendidas como todas as modalidades de julgamento, monocrático ou colegiado), cadastrados entre os anos de 1988 e 2016, estabelecendo-se como premissa inicial a participação ou não da autarquia concorrencial naqueles casos como elemento identificador. Na ordem, foram localizados 125 recursos especiais (57%), 60 agravos (28%), 6 suspensões de segurança (3%), 6 medidas cautelares (3%), 6 mandados de segurança (3%), 4 reclamações (2%), 3 suspensões de liminar e sentença (1%), 3 embargos de divergência (1%), 3 conflitos de competência (1%); ainda, foram lançados os demais casos na variável “outros” (1%), por aparecerem uma única vez, sendo o caso de petição simples e mandado de injunção. A síntese segue em gráfico elaborado para melhor compreensão:

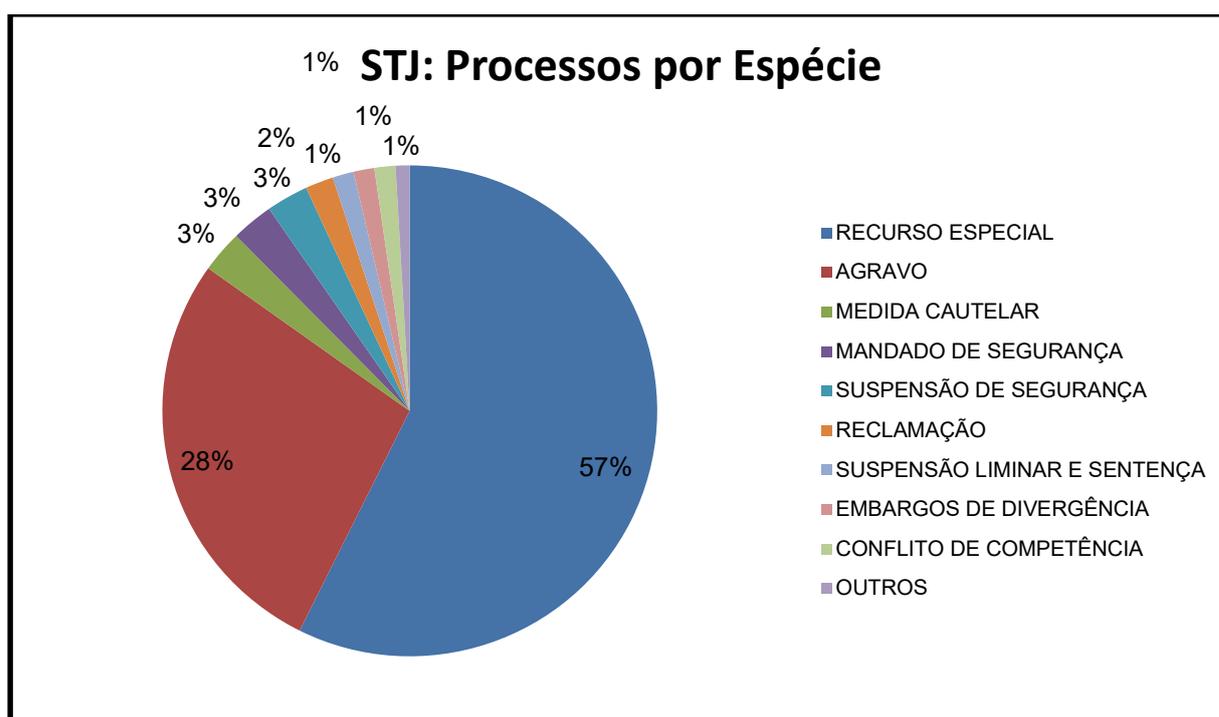


Gráfico 07: STJ: Processos por Espécie
 Fonte: Superior Tribunal de Justiça
 Elaboração: autor

Tal como ocorreu nos casos vinculados ao Supremo Tribunal Federal, de todos os casos selecionados para análise, a grande maioria não foi conhecido (não teve o mérito analisado pelo Tribunal) ou ainda está pendente de decisão (positiva

ou negativa), existindo, respectivamente, 98 casos (45%) e 32 casos (15%). Quanto aos demais temas que foram efetivamente alvo de avaliação pelo Superior Tribunal de Justiça, 27 casos versam sobre questões processuais diversas (13%), que discutem, dentre outros pontos, o exame de admissibilidade do recurso especial, a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo, a alteração do valor da causa, a conexão ou prevenção, o defeito de representação, a existência ou não de deserção ou, ainda, o devido processo legal (ou cerceamento de defesa).

Depois disso, a ordem segue para questões específicas sobre a concorrência, com 22 casos sobre as multas impostas pelo Conselho, a ordem de penhora de bens ou pedidos de anulação daquelas (10%), 13 processos onde se discute o foro competente para discussão de processos envolvendo a autarquia (6%), 6 casos específicos sobre a repercussão da cláusula de exclusividade (3%), 5 processos sobre temas vinculados à legitimidade e interesse do Conselho (2%), 3 ocorrências sobre a taxa processual cobrada pela autarquia (1%), 3 processos sobre telefonia, com elos com a concorrência de forma indireta (1%) e outros 2 casos sobre a relações de trabalho dos servidores do Conselho (1%).

Por fim, 7 processos foram submetidos à categoria de “outros” em função de constar apenas uma menção sobre o tema tratado (3%), que vinculam os temas da possibilidade de busca e apreensão, descumprimento de ordem judicial, processo criminal (injúria), quórum de votação com questões concorrenciais reflexas, conflito de competência entre o Conselho e o Banco Central, regulação de mercados e, por fim, sobre a possibilidade e alcance da revisão de atos administrativos (como os emanados pela autarquia). A síntese da análise segue em gráfico elaborado para melhor compreensão:

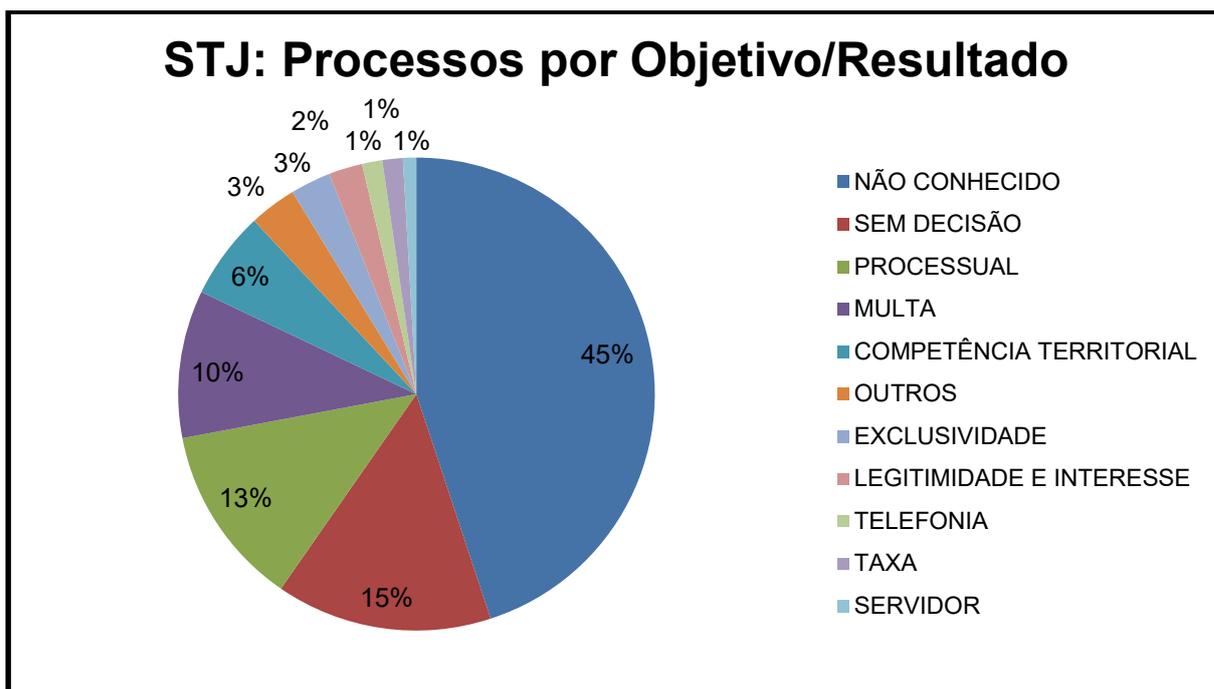


Gráfico 08: STJ: Processos por Objetivo/Resultado

Fonte: Superior Tribunal de Justiça

Elaboração: autor

Os números que descrevem a atuação do Superior Tribunal de Justiça guardam semelhanças com aqueles vistos para o Supremo Tribunal Federal, especialmente em relação ao número de processos não conhecidos ou ainda sem decisão definitiva, que são a imensa maioria deles (60%). Todavia, em 8 (ou 4%), dos casos analisados as eficiências foram bem avaliadas pelo Tribunal, exceto quanto à eficiência ambiental, que não apareceu nos resultados, ao contrário da situação anterior. Do mesmo modo, também foram discutidas questões importantes para a concorrência, como as cláusulas de exclusividade (com incursão ampla sobre seus efeitos para a concorrência), a possibilidade de suspensão da execução proposta pelo Conselho contra os particulares, a possibilidade da existência de práticas anticompetitivas em ambientes ou mercados específicos sujeitos à regulação (cartel), além da possibilidade de revisão do ato administrativo exarado pela autoridade (e sua extensão), o que acarretou, como se verá, possibilidades de modificação dos julgados para observância dos princípios constitucionais (incluído nesse caso a proteção do meio ambiente).

No que toca as cláusulas de exclusividade colocadas, por exemplo, em cooperativas médicas, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que as mesmas são incompatíveis com a legislação antitruste, especialmente quando contrapostas à

cooptação de quota significativa de profissionais disponíveis no mercado, o que inviabiliza a concorrência no mercado, violando não só aquela legislação, mas também as diretrizes da ordem econômica e os interesses primários do Estado, o que inclusive é compatível com as questões estudadas ao longo do trabalho (e tornaria igualmente verificável a aplicação da proteção do meio ambiente); assim, o resumo da decisão consta ementado desta forma:

DIREITO ECONÔMICO – LIVRE CONCORRÊNCIA – INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – UNIMED – COOPERATIVA DE SAÚDE – SUBMISSÃO IRRESTRITA ÀS NORMAS JURÍDICAS QUE REGULAM A ATIVIDADE ECONÔMICA – CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE PARA MÉDICOS COOPERADOS – IMPOSSIBILIDADE TANTO SOB O ASPECTO INDIVIDUAL QUANTO SOB O ASPECTO DIFUSO – INAPLICABILIDADE AO PROFISSIONAL LIBERAL DO § 4º DO ARTIGO 29 DA LEI N. 5.764/71, QUE EXIGE EXCLUSIVIDADE – CAUSA DE PEDIR REMOTA VINCULADA A LIMITAÇÕES À CONCORRÊNCIA – VIOLAÇÃO, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, DO ART. 20, INCISOS I, II E IV; DO ART. 21, INCISOS IV E V, AMBOS DA LEI N. 8.884/94, E DO ART. 18, INCISO III, DA LEI N. 9.656/98 – INFRAÇÕES AO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA PELO AGENTE ECONÔMICO CONFIGURADAS. (...) 2. A Constituição Federal de 1988, ao tratar do regime diferenciado das cooperativas não as excepcionou da observância do princípio da livre concorrência estabelecido pelo inciso IV do art. 170. 3. A causa de pedir remota nas lides relativas à cláusula de exclusividade travadas entre o cooperado e a cooperativa é diversa da causa de pedir remota nas lides relativas a direito de concorrência. No primeiro caso, percebe-se a proteção de suposto direito ou interesse individual; no segundo, a guarda de direito ou interesse difuso. Portanto, inaplicáveis os precedentes desta Corte pautados em suposto direito ou interesse individual. 4. Ao médico cooperado que exerce seu labor como profissional liberal, não se aplica a exigência de exclusividade do § 4º do art. 29 da Lei n. 5.764/71, salvo quando se tratar de agente de comércio ou empresário. 5. A cláusula de exclusividade em tela é vedada pelo inciso III do art. 18 da Lei n. 9.656/98, mas, ainda que fosse permitida individualmente a sua utilização para evitar a livre concorrência, através da cooptação de parte significativa da mão-de-obra, encontraria óbice nas normas jurídicas do art. 20, I, II e IV, e do art. 21, IV e V, ambos da Lei n. 8.884/94. Portanto, violados pelo acórdão de origem todos aqueles preceitos. 6. Ainda que a cláusula de exclusividade não fosse vedada, a solução minimalista de reputar lícita para todo o sistema de cláusula contratual, somente por seus efeitos individuais serem válidos, viola a evolução conquistada com a criação da Ação Civil Pública, com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, com o fortalecimento do Ministério Público, com a criação do Código de Defesa do Consumidor, com a revogação do Código Civil individualista de 1916, com a elaboração de um futuro Código de Processos Coletivos e com diversos outros estatutos que celebram o interesse público primário.⁷²⁵

No voto, o Ministro Relator destacou:

A exigência de exclusividade no fornecimento de insumo ou de mão-de-obra inviabiliza a instalação de concorrentes na mesma área de atuação da empresa que utiliza tal prática, denotando uma dominação artificial de mercado que impede o ingresso de outros agentes econômicos na área de atuação da dominante. Poder-se-ia presumir a boa-fé daqueles que dominam o mercado por meio de um processo natural de liderança, mas, em relação aqueles que o fazem artificialmente, deve ser presumida a má-fé, sendo certo que a

⁷²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1172603/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, julgado em 04 de março de 2010, publicado no DJ-e de 12 de março de 2010. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 21 nov. 2017.

exigência de exclusividade é, no presente caso, um mecanismo artificial de dominação de mercado. Trata-se, aqui, de **relevância geográfica do mercado**, uma vez que o impacto da lesão à livre concorrência abrange um ou alguns municípios com baixo índice populacional, e que trata-se de **prática restritiva vertical**, pois, apesar da equivalência econômica nacional entre a UNIMED e as outras empresas de planos de saúde, no município ou nos municípios em questão, a citada cooperativa tem posição exclusiva ou dominante e, com base nesta qualidade fática, impõe **acordos de exclusividade**. Assim, mesmo antes da análise das normas jurídicas concorrenciais gerais há vedação à imposição de exclusividade ou de restrição à atividade profissional, portanto esta primeira violação de lei já garante o provimento deste recurso especial. (destaques no original).⁷²⁶

No recurso especial n. 1125661, do Distrito Federal, o Superior Tribunal de Justiça ratificou a impossibilidade de contestação das multas sem a garantia do juízo, mediante depósito integral do valor posto para execução; contudo, relativizou a execução das obrigações de fazer ou não fazer em função da irreversibilidade das medidas impostas:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE NULIDADE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DO CADE. IMPOSIÇÃO DE MULTA, DA OBRIGAÇÃO DE ABSTENÇÃO DE INCLUSÃO DE CLÁUSULA DE RAIOS E DA PUBLICAÇÃO DA DECISÃO. CAUÇÃO DO VALOR DA MULTA. TUTELA PROVISÓRIA SUSPENSIVA DA EXECUÇÃO DO ACÓRDÃO DO CADE AFASTADA PELO TRIBUNAL. ARTS. 65 E 66 DA LEI 8.884/94. REQUISITOS DO PODER DE CAUTELA. PROVISORIEDADE. NÃO REPERCUSSÃO SOBRE O MÉRITO DA DEMANDA, A SER DECIDIDO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. EXECUÇÃO IMEDIATA DA DECISÃO ADMINISTRATIVA DE REVERSIBILIDADE CUSTOSA E PROBLEMÁTICA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (...) 2. O oferecimento de embargos ou o ajuizamento de qualquer iniciativa processual do acionado, para adversar a execução de sanção pecuniária imposta pelo CADE não veiculam, em regra, efeito paralitante da iniciativa da Autarquia (art. 60 da Lei 8.884/94); esse efeito, no entanto, pode ser alcançado, se a parte executada prestar adequada, oportuna, justa e ampla garantia idônea (art. 65 da Lei 8.884/94). 3. Entretanto, ainda que prestada a garantia, o efeito suspensivo da execução do título pode ser motivadamente afastado pelo Juiz, mas para isso se requer que a infração à ordem econômica (a) se revista de gravidade e, cumulativamente, (b) se vislumbre na causa o fundado receio de dano irreparável ou de reparação árdua (art. 66 da Lei 8.884/94); esses os requisitos prudenciais do exercício do poder geral de cautela, inerente às diversas modalidades da jurisdição moderna, consagrados na doutrina jurídica especializada e na Jurisprudência dos Tribunais do País, de acordo com os roteiros dos sistemas processuais civis contemporâneos. 4. É relevantíssimo e indispensável reconhecer o préstimo processual das medidas judiciais provisórias, mas estas não devem ser prodigalizadas à mão larga - nem em favor dos litigantes privados, nem em favor das partes públicas - senão adotadas parcimoniosamente e somente nos casos de caracterizada necessidade; sem essa moderação, corre-se o risco de banalizar ou vulgarizar a sua notável eficácia preventiva, com prejuízo evidente ao desempenho regular de atividades econômicas produtivas ou restrições patrimoniais injustificáveis; convém repontuar que as medidas administrativas estatais de controle e repressão a procedimentos empresariais privados, potencial ou efetivamente lesivos a valores prezáveis da ordem econômica, devem, obrigatoriamente, se ajustar aos limites do ordenamento jurídico processual. 5. No caso, se a empresa for compelida a abster-se, desde já, da inserção da cláusula de raio em seus contratos com os lojistas do seu centro de compras, a eventual procedência da impugnação deduzida perante o Judiciário

⁷²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1172603/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, julgado em 04 de março de 2010, publicado no DJ-e de 12 de março de 2010. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 21 nov. 2017.

encontraria uma situação consolidada, que não poderia ser desconstituída pela só eficácia da decisão judicial; de fato, se abolida a cláusula de raio, poderiam ser inauguradas, na cercania (ou no entorno) do centro de compras, lojas concorrentes daquelas já instaladas no seu espaço interno, sendo claro que a posterior interdição dessas mesmas lojas (na hipótese de improcedência da execução do CADE), esbarraria em resistências legítimas, calcadas inclusive no vulto dos investimentos então já realizados para a sua instalação. 6. Nesse contexto, a eliminação (futura) da cláusula de raio revela-se mais proporcional à equalização da controvérsia, inclusive atentando-se para o fato de que esta é uma disposição histórica e tradicional, nos contratos de centos de compras; na verdade, na eventualidade de procedência da execução do CADE, os efeitos da eliminação da cláusula de raio serão decorrentes diretamente da força da própria decisão judicial, não se requerendo nenhuma outra iniciativa judicial ulterior, o que não ocorreria, se essa dita cláusula fosse já agora eliminada, tendo a sua eventual reversão de se submeter a outro procedimento. 7. Recurso Especial a que se dá provimento, para assegurar a suspensão provisória (limitada no tempo) da execução integral do título executivo do CADE, até a decisão da lide nas instâncias competentes, mas sem a antecipação de qualquer juízo quanto ao mérito da causa, que convém ser urgenciado pelo Julgador singular, dada a relevância da questão em debate.⁷²⁷

Na sequência, a análise dos julgados conduziu a uma nova eficiência ou, na realidade, na criação de uma imunidade concorrencial, no sentido de gerar uma impossibilidade de aplicação de sanções pela autoridade em consequência de infrações à concorrência. No caso, a infração em mercados regulados é oriunda do próprio Estado e, por isso, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que os mercados regulados imunizam as partes contra a atuação concorrencial:

ADMINISTRATIVO E ECONÔMICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS DIFUSOS AOS CONSUMIDORES. INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA. GLP. DISTRIBUIDORAS. FORMAÇÃO DE CARTEL. NÃO OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA STATE ACTION DOCTRINE. ATUAÇÃO DAS DISTRIBUIDORAS IMUNES AO CONTROLE DO ÓRGÃO ANTITRUSTE. ATIVIDADE REGULADA E FISCALIZADA PELO ESTADO. ADVOCACIA DA CONCORRÊNCIA OU EDUCATIVA PARA PROMOÇÃO DE AMBIENTE LIVRE E COMPETITIVO. RECURSOS ESPECIAIS PROVIDOS. 1. O mercado de GLP - gás liquefeito de petróleo - tinha seu preço tabelado pelos órgãos reguladores competentes no período em que se alega a formação de cartel por parte das distribuidoras, o que afasta a possibilidade de punição delas. 2. Aplicação, ao caso, da *state action doctrine* foi formulada nos EUA para definir os casos em que a regulação estatal afastaria o controle concorrencial feito pelo órgão antitruste, quando presentes determinados requisitos: (i) a regulação estatal deve servir a um fim de política pública; e (ii) o Estado deve efetivamente obrigar determinada conduta e supervisioná-la(...) 3. No caso, não há dúvidas de que se está diante de um mercado regulado, o de distribuição de GLP, que seria imune, portanto, ao controle do órgão antitruste (...) 4. Nos casos em que é o próprio Estado que excepciona a livre concorrência - como ocorre no caso dos autos, no qual foi imposto um tabelamento de preços às empresas - exsurge a importância de a autoridade antitruste exercer a chamada advocacia da concorrência (*competition advocacy*) ou educativa. 5. A advocacia da concorrência refere-se às atividades desenvolvidas pela autoridade antitruste relacionadas com a promoção de um ambiente competitivo para atividades econômicas, por meio de mecanismos que não se enquadrem no controle preventivo ou na atuação repressiva, principalmente através de suas relações com outras entidades governamentais e pelo aumento da sensibilização do público para os benefícios da concorrência. 6. Recursos

⁷²⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1125661/DF, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 09 de junho de 2015, publicado no DJ-e de 19 de junho de 2015. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 19 nov. 2017.

Especiais providos para julgar improcedentes os pedidos formulados na Ação Civil Pública.⁷²⁸

E, importante conceito trazido no voto, foi a prática da advocacia da concorrência, que implica uma atuação da autoridade concorrencial de forma a fazer recomendações expressas ao Poder Pública para a prática de determinados atos, como a cessação da uniformização do preço. No voto assim constou:

Vale ressaltar ainda que, em casos como o dos autos, nos quais a violação à livre concorrência decorre de uma atuação do próprio Estado, punir as empresas, além de ser uma medida injusta, será uma medida totalmente ineficaz se a regulamentação estatal persistir. Com efeito, o direito antitruste não pode se limitar a combater condutas privadas que atentam contra a livre concorrência, devendo voltar-se, também, contra as condutas estatais que violam a liberdade de competição. Nesses casos, pois, em que é o próprio Estado que excepciona a livre concorrência, exsurge a importância de a autoridade antitruste exercer a chamada advocacia da concorrência, fazendo, por exemplo, uma recomendação de desregulamentação do setor e consequente liberdade de fixação de preços.⁷²⁹

O caso acima revela que o próprio Estado pode praticar condutas anticompetitivas; e mais, desvendou a possibilidade, ainda pouco praticada, de a autoridade concorrencial atuar de forma conjunta a outros setores da administração pública, o que implica dizer que é também um dever do Conselho, por exemplo, ressaltar os mecanismos de defesa da concorrência, vinculando-os à diretrizes constitucionais, o que pode reforçar a tese central do presente estudo.

A falha da atuação da autoridade pode ser corrigida pelo Poder Judiciário quando do questionamento do ato administrativo naquele Poder, considerando que o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que, para além da legalidade, podem ser revisados os atos da autoridade concorrencial por descumprimento de princípios e mandamentos constitucionais (especialmente, entende-se, daqueles que se relacionam à ordem econômica e, portanto, também no que toca a eficiência ambiental aqui defendida). Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. COMÉRCIO VAREJISTA DE COMBUSTÍVEIS. PRÁTICA LESIVA. ELIMINAÇÃO DE CONCORRÊNCIA COM POSTOS DE COMBUSTÍVEIS EM HIPERMERCADOS. DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA.

⁷²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1390875/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 09 de junho de 2015, publicado no DJ-e de 19 de junho de 2015. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em 20. Nov. 2017.

⁷²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1390875/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 09 de junho de 2015, publicado no DJ-e de 19 de junho de 2015. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em 20. Nov. 2017.

POSSIBILIDADE. APRECIÇÃO DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO, CASO HAJA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE LATU SENSU E ÀS NORMAS CONSTITUCIONAIS. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. (...) 4. O Cade autuou os recorrentes pela prática de infração à ordem econômica, porquanto ficou constatado que as empresas não permitiram a entrada de novos distribuidores no mercado varejista de combustíveis. Segundo a autarquia, a rede Gasol e as demais empresas, valendo-se do seu poder econômico, eliminaram a concorrência de postos de combustíveis em estacionamentos de hipermercados. Para tanto, chegaram a exercer pressão em autoridades do Poder Executivo. 5. Após exame acurado dos fatos, o Cade puniu os recorrentes com multa de 5% do faturamento bruto do ano anterior ao da instauração do procedimento administrativo. A Corte de origem reformou a sentença para restabelecer a punição dada pelo órgão fiscalizador, porquanto não vislumbrou nenhuma ilegalidade no ato administrativo. 6. Em face da constitucionalização do direito administrativo e da evolução do estado de direito, tem-se entendido que o Poder Judiciário pode se imiscuir na análise do mérito do ato administrativo, desde que seja analisado sob o seu aspecto jurídico, e para que sejam observados, além da legalidade em sentido amplo do ato, também os princípios e mandamentos constitucionais. 7. No caso sub judice, constata-se claramente que o magistrado adentrou o mérito do ato administrativo produzido pelo CADE, sem nenhuma justificação de infringência aos ditames da lei ou às normas constitucionais. A fundamentação produzida na sentença para anular a decisão administrativa foi de que a mera pressão e o lobby exercido perante as autoridades públicas não configuram infração à ordem econômica. 8. Depreende-se que a análise perpetrada pelo juiz sobre o mérito do ato administrativo não foi jurídica, mas, pelo contrário, casuística, uma verdadeira aventura jurídica, pois não compreendeu os relevantes fatos e provas produzidos pelo CADE, onde ficou evidenciada a formação de Cartel entre as empresas e o cometimento de infração à ordem econômica. 9. Ao contrário do disposto na sentença, o maior prejudicado com a formação do Cartel e o alijamento da livre concorrência no mercado de consumo é o consumidor. Este fica impedido de procurar o melhor preço, tendo que se sujeitar ao valor imposto por aqueles que dominam o mercado de combustíveis no Distrito Federal...⁷³⁰

Forte na avaliação dos julgados acima, transparece que a maioria dos casos submetidos aos Tribunais Superiores acaba por ser rechaçada sem qualquer avaliação de mérito, o que ocorre em função das restrições em relação à avaliação dos fatos e das provas, que ficam restritas às instâncias inferiores. Ainda assim, temas frequentes foram decididos de forma a dar maior segurança jurídica não só aos agentes econômicos envolvidos, mas também à autoridade e à sociedade. E mais, na atual conjuntura o Poder Judiciário exerce importante função por vincular em seus julgados não só critérios econômicos, mas também diretrizes e princípios estabelecidos na Constituição Federal. Assim, na ausência de fundamentação ambiental nas decisões da autoridade administrativa, o que, como visto, é a praxe da autoridade, restará, ainda, uma oportunidade de reavaliação junto ao Poder Judiciário, que aparentemente aceita mais facilmente o elo constitucional e a necessidade de fazer cumprir os princípios que regem a ordem econômica.

⁷³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial 1436903/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 01 de dezembro de 2015, publicado no DJ-e 04 de fevereiro de 2016. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em 16 dez. 2017.

6.2. AS DECISÕES DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS

A última parte do capítulo final buscou esmiuçar as decisões dos Tribunais Regionais Federal; contudo, ao contrário dos Tribunais Superiores, muitos dos regionais impossibilitaram uma análise completa dos julgados em função das já mencionadas discrepâncias decorrentes da existência conjunta de processos físicos e digitalizados que tramitam, por muitas vezes, por sistemas eletrônicos diversos (por exemplo, E-Proc, PJ-e ou sistemas próprios). A informatização dos casos dos respectivos Tribunais inclusive dificultou o acesso aos casos antigos, restringindo a avaliação que, por isso, tornou-se uma amostra de casos. É preciso dizer, ainda, que no caso do Tribunal Regional Federal da 1.^a Região a burocracia necessária impediu completamente a consulta às íntegras dos casos, gerando, por isso, a exclusão do referido na amostra dos dados. Quanto aos demais, focou-se nas decisões relativamente aos casos de 2012 a 2016 em função não só da nova legislação antitruste, mas também pela implementação do processo judicial eletrônico, que foi mais comum no respectivo intervalo de tempo.

6.2.1. Tribunal Regional Federal da 2.^a Região

No Tribunal Regional Federal da 2.^a Região, dentro das premissas estipuladas para os Tribunais Superiores e com as restrições antes mencionadas, foram localizados apenas 8 casos entre 2012 e 2016, sendo 3 apelações e 5 agravos de instrumentos. Além disso, excetuando-se um caso, todos tratam de multas impostas pelo Conselho, buscando a anulação das mesmas ou que o processo suspenda a execução dos valores impostos por aquele. A título de exemplo, o agravo de Instrumento n. 0004969-07.2016.4.02.0000, onde ficou decidido que a exigibilidade do débito somente pode ser suspensa pelo depósito integral do valor devido ou por fiança bancária, como inclusive constou em outros julgados do Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. CADE. LEI ANTITRUSTE. MULTA ARBITRADA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO DÉBITO. DEPÓSITO DO VALOR INTEGRAL. GARANTIA EM PECÚNIA. LEI 12.529/2011. AGRAVO PROVIDO. 1. Cuida-se na origem de ação ordinária proposta em face do CADE, objetivando a declaração de nulidade do processo administrativo que culminou com a imposição de multa por infração à ordem econômica. O juízo a quo, mesmo sem vislumbrar as verossimilhanças das alegações,

deferiu liminar para impedir o ajuizamento da execução fiscal, a negativação do nome dos réus e deferiu parcialmente os efeitos da tutela com o fim de obstar o CADE ao implemento das referidas medidas, aceitando bens imóveis em garantia. 2. O CADE devolveu a matéria à reapreciação, postulando, com base no artigo 98 e seus parágrafos, da Lei nº 12.529/2011, a reforma do julgado para que a suspensão requerida 'seja efetivada mediante oferta de caução dotada de liquidez suficiente para garantir a plena efetividade da decisão administrativa'. Subsidiariamente, o agravante diz ser viável a substituição por fiança bancária dentro dos requisitos da Portaria nº 437/2011, da PFN. 3. Em análise perfunctória, conforme ressaltou a decisão agravada, não se vislumbra elementos que assegurem a verossimilhança das alegações. A multa foi arbitrada dentro dos parâmetros da Lei 12.529/2011 e o ato administrativo tem presunção de legalidade. O que significa dizer que para ser afastado, necessário faz-se trazer aos autos prova irrefutável de que não respeitou as formalidades ou foi manifestamente ilegal. 4. A hipótese em comento não apresenta questões de fatos e nem de direito ensejadores do instituto da antecipação dos efeitos da tutela. Ao revés, a agravante quer furtar-se de arcar com as responsabilidades dos atos contrários à boa fé negocial, e demais prejuízos causados à coletividade, utilizando-se de instrumentos criados para resguardar direitos senão líquidos, verossímeis e amparados principalmente por risco de lesão. 5. Numa primeira cognição, pode-se afirmar que submeter a parte agravada à decisão do CADE é medida adequada à espécie, pois se encontra de acordo com Lei 12.529/2011 e com os princípios norteadores da economia de mercado. A uma porque os atos administrativos revestem-se dos atributos da presunção de veracidade e legitimidade. A dois porque são fortes os indícios de que os agravados tiveram envolvimento em práticas que visavam formação de cartel. Neste sentido, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* devem ser revertidos à autarquia fiscalizadora, a fim de resguardar o resultado prático das futuras decisões. 6. Merece reforma a decisão recorrida, a fim de acolher o pedido para determinar que a suspensão da multa administrativa seja condicionada ao depósito integral do débito, em pecúnia, na dicção do art. 151, II, do CTN, ou mediante fiança bancária, nos moldes da Portaria PFN nº 437/2011 e que os imóveis inicialmente oferecidos em garantia, sejam caucionados pelo juízo para garantir obrigação remanescente de fazer ou não fazer, desde que sobre eles não incidam cláusulas restritivas do direito de propriedade. 7. Agravamento de Instrumento provido.⁷³¹

Em outro caso, ficou decidido que o Conselho possui legitimidade e interesse processual para atuar em casos que envolvem a sua função institucional, que, no julgado abaixo, ficou vinculada ao dever de zelar pela observância dos princípios que regem a ordem econômica, nos seguintes termos:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CADE. INTERVENÇÃO COMO AMICUS CURIAE. HIPÓTESE DE VERDADEIRA ASSISTÊNCIA. INTERESSE JURÍDICO. ART. 118 DA LEI 12.259/11. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. RECURSO PROVIDO. 1. Segundo as normas de direito econômico, o CADE possui a função institucional de zelar pela fiel observância dos princípios da ordem econômica, evitando a prática de atos lesivos ao mercado, notadamente na repressão ao abuso do poder econômico, à dominação de mercados, ao aumento arbitrário do lucros e à práticas que vulnerarem a livre concorrência (art. 173, §4º, da CRFB c/c art. 36 da Lei 12.259/2011). 2. Dispõe o art. 118 da Lei 12.259/2011 que "Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta Lei, o Cade deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente.". Assim, é inegável a existência de interesse jurídico da autarquia em demanda na qual se postula, além do pagamento de indenização do Estado do Espírito Santo pela adoção de condutas anticoncorrenciais, a condenação da ré a se abster de realizar novos conluíus ou acordos para a fixação de sobrepreços ou de qualquer

⁷³¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2.^a Região. Agravamento de Instrumento 0004969-07.2016.4.02.0000, Relator Guilherme Couto de Casto, julgado em 31 de agosto de 2016. Disponível em: <www.trf1.jus.br> Acesso em: 08 nov. 2017.

outra prática anticompetitiva no mercado estadual de gases industriais e medicinais. 3. O STJ decidiu que "a intervenção do CADE em causas em que se discute a prevenção e a repressão à ordem econômica é de assistência." (STJ. Primeira Turma. REsp 737073/RS. Ministro LUIZ FUX. Publ. DJ 13/02/2006). 4. "O enquadramento da intervenção nos institutos processuais que a contemplam, não depende da vontade do interveniente, mas da existência de interesse jurídico ou de interesse meramente econômico. Cabe à parte, querendo, intervir, e assim fez e faz o CADE, sendo, porém, atribuição do juiz, definir, segundo a espécie de interesse que determina o ingresso do ente, em qual dos institutos conforma-se a intervenção. E não há dúvida que o CADE detém interesse jurídico, dadas as suas funções institucionais e a própria existência de processo na via administrativa, acerca dos fatos narrados à inicial. Em havendo interesse jurídico, evidentemente que a intervenção se amolda ao instituto da assistência." (TRF 4, AG 200404010063670, Desembargador Federal EDGARD LIPPMANN JR, Turma Especial, DJ 12/08/2004). 5. O fato de a autarquia de defesa da concorrência ter se manifestado requerendo seu ingresso no feito como *amicus curiae* não desnatura a natureza da modalidade interventiva prevista no art. 118 da Lei 12.259/2011. Reconhecida a qualidade de assistente do CADE, a competência é da Justiça Federal, por força do disposto no art. 109, I, da CRFB/88. 6. Agravo de instrumento conhecido e provido.⁷³²

A questão é de suma importância, não só porque amplia os deveres da autarquia concorrencial para além da simples prescrição legal, vinculando-os aos próprios fundamentos constitutivos da ordem econômica nacional (o que inclui a proteção do meio ambiente), como também porque diferenciou a posição de *amicus curiae* (ou amigo da Corte) da modalidade interventiva, aquela agora com previsão expressa do artigo 138 do Código de Processo Civil.⁷³³ A decisão consigna que a autarquia não funciona como amiga da Corte porque tem interesse direto em um dos polos da relação, considerando a defesa de suas funções orgânicas.⁷³⁴ Por isso, fixou a competência da Justiça Federal para tratar do tema e a possibilidade de ampliação dos direitos processuais do Conselho, matéria importante para os fins de garantia de aplicação da tese exposta.

⁷³² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2.^a Região. Agravo de Instrumento 0006767-37.2015.4.02.0000, Relator Guilherme Couto de Castro, julgado em 02 de dezembro de 2015. Disponível em: <www.trf1.jus.br> Acesso em: 08 nov. 2017.

⁷³³ Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. § 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

⁷³⁴ TALAMINI, Eduardo. *Amicus Curiae*: comentários ao art. 138 do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (orgs.). **Breves Comentários ao Novo CPC**. São Paulo: RT, 2015, p. 438-445.

6.2.2. Tribunal Regional Federal da 3.^a Região

No Tribunal Regional Federal da 3.^a Região, dentro das condições do antecedente, foram encontrados 24 casos, sendo que 5 estão sob sigilo, o que implica a impossibilidade de qualquer avaliação concreta. Os demais casos tratam, em geral, de temas comuns, como a competência territorial para discussões envolvendo matéria concorrencial e a possibilidade de busca e apreensão para fins de instrução probatória dos atos de concentração, o que não traz novidade em relação a casos passados em Tribunais diversos.

Há, contudo, um caso emblemático que revela a forma de atuação do Conselho e a possibilidade de interferência externa de outras autoridades, ou do Ministério Público ou do próprio Poder Judiciário. Na situação concreta, tem-se que no ato de concentração n. 08012.005889/2010-74, o Conselho entendeu que a aprovação estaria condicionada a contraprestações comportamentais em função de que as eficiências analisadas são de longo prazo, de 2 a 6 anos, que não houve significativa redução dos custos e que a repartição dos benefícios ocorreria com consumidores de outros países, mediante exportação (prejudicados os consumidores nacionais, portanto). Para tanto, as partes comprometeram-se a fornecer informações para reduzir as incertezas nas negociações com os seus fornecedores, o que implicaria em redução do preço final ao consumidor.⁷³⁵

O fato é que ocorreram sucessivas denúncias de descumprimento do termo de ajuste de conduta, o que acarretou investigação do Ministério Público do Trabalho, a fim de que fosse possível a defesa dos trabalhadores e dos fornecedores mediante ação civil pública. E mais, ao fornecer versão pública dos atos de concentração e omitir informações sobre atos fora do escopo original da investigação, que era a demissão de funcionários, a autarquia foi acusada de obstrução ou de impedir a atuação do Ministério Público do Trabalho, o que implicaria o crime do artigo 10, da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985,⁷³⁶ conforme

⁷³⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08012.005889/2010-74, Relator Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, julgado em 12 de dezembro de 2011. Disponível em: www.cade.gov.br> Acesso em: 17 nov. 2017.

⁷³⁶ Art. 10. Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público.

amplamente noticiado.⁷³⁷ A situação foi resolvida em um julgado ímpar, mediante *habeas corpus* interposto em prol do Conselho:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. INQUÉRITO POLICIAL. REQUISIÇÃO MINISTERIAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. ATIPICIDADE. (...) 2. A autoridade impetrada requisitou do paciente extensa documentação, compreendendo um período de 10 (dez) anos concernente a aquisições de empresas, com destaque para o procedimento de fusão das empresas Citrosuco e Citrovita, das empresas Gol e Webjet, bem como das empresas TAM e Varig, Brahma e Antarctica e AMBEV, Sadia e Perdigão e BRF (fls. 71/72), para apurar a observância da preservação dos níveis de emprego. É intuitivo que o atendimento à requisição ministerial demanda não poucos esforços por parte do paciente. Por outro lado, o delito do art. 10 da Lei n. 7.347/85 é doloso, de sorte que sua configuração exige vontade deliberada do agente em não atender a requisição. Eventuais falhas pontuais, sem a indicação de ânimo deliberado quanto ao desatendimento, não chegam a configurar o tipo, visto que não há modalidade culposa. 3. Além disso, impende observar que a configuração do tipo penal exige que a documentação seja relevante e imprescindível para a propositura da ação civil pública. Na hipótese dos autos, não está claro o objeto da ação civil pública que seria eventualmente intentada pelo Ministério Público Federal, para que assim se configure a relação de imprescindibilidade da documentação. Pois a "denúncia" levada ao conhecimento do Parquet (fl. 123) concerne à demissão de 200 (duzentos) empregados em Matão (SP), enquanto que a requisição abrange empresas que sequer atuam na região. Não se sabe, desse modo, o escopo efetivamente visado pelo órgão ministerial para se afirmar que o paciente, eventualmente, teria interesse em impedir que a autoridade impetrada alcançasse. 4. Tanto é assim que o MM. Juízo da Vara do Trabalho de Matão (SP) deferiu parcialmente o pedido liminar (fls. 293/294) e, posteriormente, julgou parcialmente procedente o pedido contido na Ação Cautelar Exibitória n. 0011506-28.2013.5.15.0081, consoante pesquisa no sistema informatizado daquela Corte, para determinar ao paciente a exibição somente dos documentos referentes à fusão entre as empresas Citrosuco e Citrovita, apontando, inclusive, o cumprimento da determinação. 5. Ordem concedida.⁷³⁸

Desta forma, apesar de existirem poucos casos para análise, um deles é importante vislumbrar-se a atuação (e interferência) de outras autoridades sobre as decisões do Conselho, assim como a importância de outros temas para a avaliação das decisões concorrenciais e seus reflexos (no caso, a defesa dos trabalhadores); assim, a partir desse julgado vê-se que a defesa do meio ambiente poderá ser feita, talvez, de forma indireta, mediante atuação específica do Ministério Público, o que poderia induzir a um comportamento desejado, como no caso acima relatado.

6.2.3. Tribunal Regional Federal da 4.^a Região

No Tribunal Regional Federal da 4.^a Região, talvez pelo pioneirismo nas soluções processuais eletrônicas, foi possível avaliar uma extensa gama de

⁷³⁷ Nesse sentido, notícia constante no endereço eletrônico do Conselho. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/nota-oficial-do-cade-3>> Acesso em: 28 dez. 2017.

⁷³⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2.^a Região. Habeas Corpus 0026629-35.2013.4.03.0000, Relator Desembargador Federal André Nekatschalow, julgado em 17 de novembro de 2014. Disponível em: <www.trf3.jus.br> Acesso em: 09 nov. 2017.

processos, totalizando 56 casos. A partir deles, tem-se que constam ao todo 19 apelações (34%), 33 agravos (59%) e, na variável outros, com 4 casos (7%), foram colocados conflitos de competência e requisições de pagamento. A síntese pode ser observada a partir do gráfico abaixo:

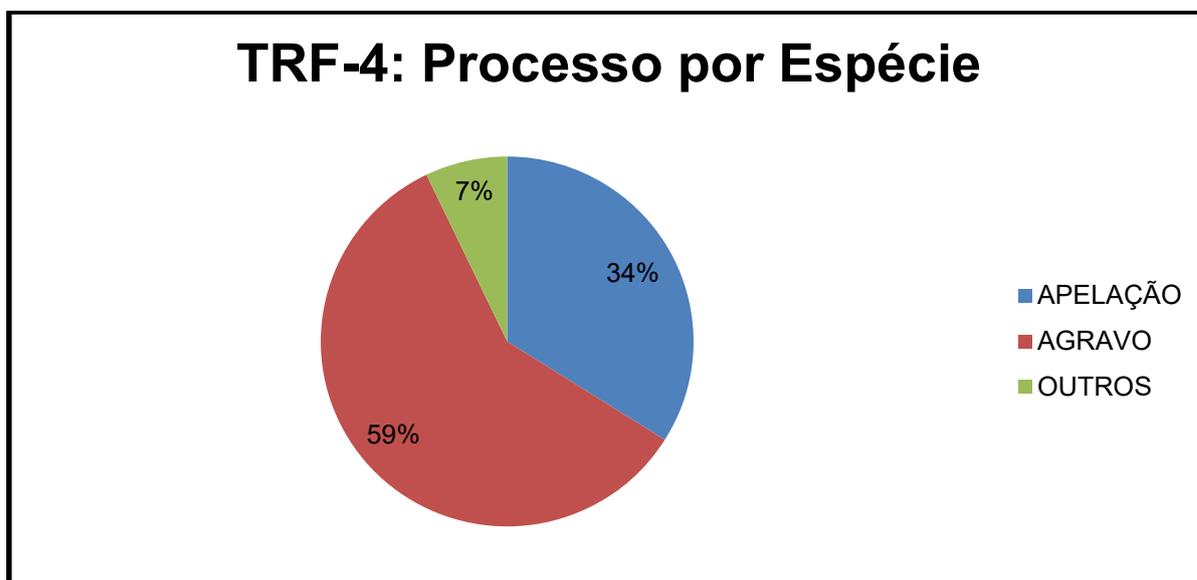


Gráfico 09: TRF-4: Processos por Espécie
Fonte: Tribunal Regional Federal da 4.^a Região
Elaboração: autor

E mais, dos processos avaliados, a imensa maioria busca suspender sanções impostas pela autarquia concorrência que foram indeferidas na primeira instância (o que se denota a partir da classificação processual ser majoritariamente composta de agravo de instrumento); além disso, o tema frequente, dentro das sanções, foi a execução de multas, com 33 casos (59%), questões processuais, em 10 casos (18%) e proibições de licitar com a administração pública, com 6 casos (11%). Há, portanto, uma maior incidência de litigiosidade em relação ao cumprimento das decisões da autarquia concorrencial, considerando-se que são 39 casos (70%) que buscam impedir a execução das multas, obrigações de fazer ou não fazer, além de proibições de licitar com o Estado. A síntese dos temas abordados pelo Tribunal constam no gráfico abaixo:

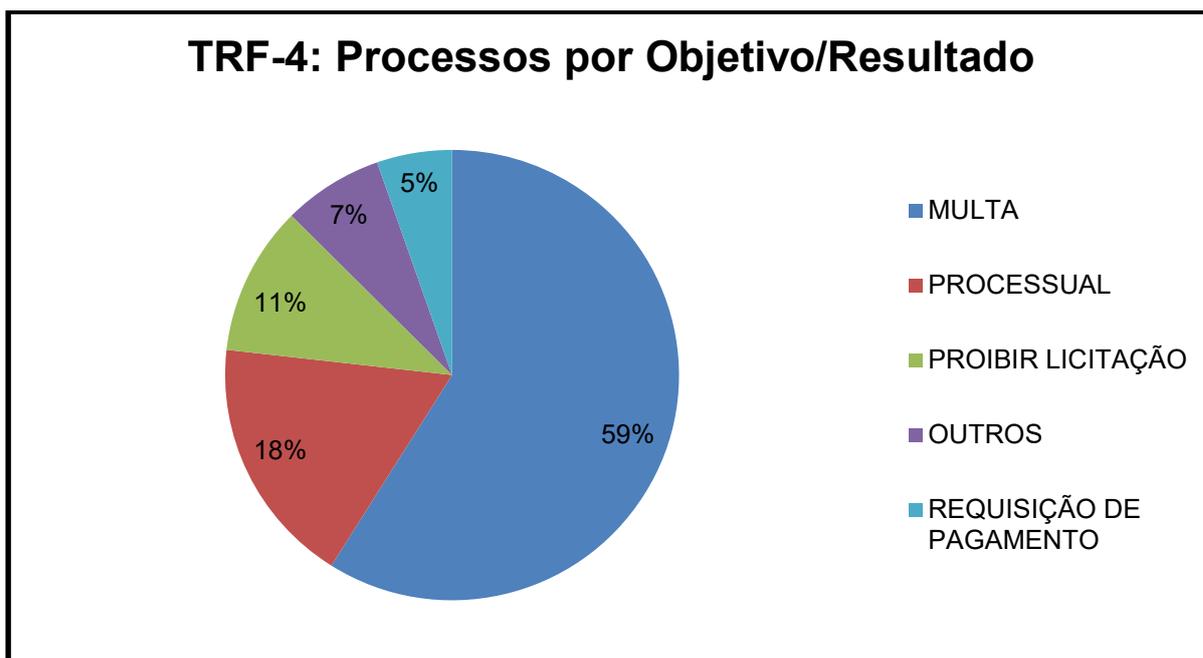


Gráfico 10: TRF-4: Processos por Objetivo/Resultado

Fonte: Tribunal Regional Federal da 4.^a Região

Elaboração: autor

Para o estudo, importante destacar um dos casos menos comuns, a apelação cível 5001202-17.2011.404.7202, que, além de tratar dos contratos de exclusividade em ambiente bancário (especialmente no desconto em folha de funcionários públicos), fez um amplo retrospecto das características da defesa da concorrência no Brasil, suas funções e elos com os princípios constitucionais:

...conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (RE 632644, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 10/04/2012), com base na melhor doutrina, 'As atividades econômicas surgem e se desenvolvem por força de suas próprias leis, da livre concorrência e do livre jogo dos mercados. Essa ordem, no entanto, pode ser quebrada ou distorcida em razão de monopólios, oligopólios, cartéis, trustes e outras deformações que caracterizam a concentração do poder econômico nas mãos de um ou de poucos. Essas deformações da ordem econômica acabam, de um lado, por aniquilar qualquer iniciativa, sufocar toda a concorrência e por dominar, em consequência, os mercados e, de outro, por desestimular a produção, a pesquisa e o aperfeiçoamento. Em suma, desafiam o próprio Estado, que se vê obrigado a intervir para proteger aqueles valores, consubstanciados nos regimes da livre empresa, da livre concorrência e do livre embate dos mercados'. Com efeito, entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito estão a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. É sob esse prisma que será analisada a questão *sub judice*. (...) Ocorre que o Município, tal como supramencionado, tem obrigação moral de dar cumprimento às regras nacionais vigentes, tendo ele poder-dever de verificar e eleger as partes com quem contrata/convenia. Assim, não sendo a autora apta a tais operações, o Município deverá de forma justificada deixar de firmar contrato ou convênio com a parte, relegado ao Judiciário qualquer insurgência que possa surgir. Em síntese, a cláusula é nula, por conter a previsão de exclusividade em si, mas o contrato, afastando-se essa cláusula, é válido, podendo o município possuir convênio com a Caixa para prestação de serviço de crédito consignado, sem excluir a faculdade de o Município realizar também convênios com outras instituições que se mostrem idôneas e

tenham capacidade econômica para a oferta do crédito. (...) Ainda, não se trata de fazer retroagir a Circular do BACEN 3522, que dispôs que 'fica vedada às instituições financeiras, na prestação de serviços e na contratação de operações, a celebração de convênios, contratos ou acordos que impeçam ou restrinjam o acesso de clientes a operações de crédito ofertadas por outras instituições, inclusive aquelas com consignação em folha de pagamento'. Trata-se, na realidade, de observar as normas de concorrência e o direito do consumidor, bem como as diretrizes constitucionais. Considerando que a Constituição e as leis concorrenciais e consumeristas são antecedentes, o contrato cuja cláusula se discute nestes autos lhes deve amplo respeito, motivo pelo qual a sentença é corroborada. (...) Ante o exposto, voto por negar provimento às apelações e ao reexame necessário.⁷³⁹

Na situação concreta, entendeu-se que a proteção da concorrência implica a defesa do livre jogo de mercado, que é distorcido através da concentração econômica que possibilita o exercício irregular de poder de mercado. Do mesmo modo, a tutela concorrencial vai em defesa do próprio Estado, assim como de seus fundamentos, como a dignidade da pessoa humana, defesa do trabalho e da livre iniciativa; há, nesse sentido, no entender exarado pelo julgador, uma obrigação moral de dar cumprimento aos preceitos constitucionais e legais.

Pelo exposto, sem desconsiderar que a maioria dos julgados denota um inconformismo inerente a derrota e imposição de sanções no âmbito de procedimentos administrativos, pode-se dizer que o Tribunal em questão avalia os casos em benefício de uma visão mais ampla do que aquela que diminui o estudo ao âmbito da economia, autorizando a incursão em normas constitucionais que condicionam a atuação do Conselho e também do próprio Poder Judiciário, como se defendeu ao longo do estudo. Por isso, a proteção do meio ambiente, em tese, por ser incluída no âmbito da defesa da concorrência, o que traz a possibilidade de aplicação de um conceito de eficiência ambiental.

6.2.4. Tribunal Regional Federal da 5.^a Região

No último Tribunal analisado, foram analisados 15 casos, onde a grande maioria trata do direito da autarquia em promover ações de busca e apreensão de documentos para instrução em processos administrativos, o que, em teoria, dispensa a análise pormenorizada em função de que o tema é comum aos julgados dos Tribunais Superiores. Contudo, um caso importante reverberou ao estabelecer-

⁷³⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal Da 4.^a Região. Apelação Cível 5001202-17.2011.404.7202/SC, Relator Des. Federal Marga Inge Barth Tessler, julgado em 16 de dezembro de 2015. Disponível em: <www.trf4.jus.br> Acesso em: 09 nov. 2017.

se as diretrizes da política concorrencial e suas relações com a Constituição Federal, nos seguintes termos:

DIREITO ADMINISTRATIVO E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. LIVRE CONCORRÊNCIA. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. FORMAÇÃO DE CARTEL. LEI 12.529/2011. INFRAÇÃO CONTRA À ORDEM ECONÔMICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DESNECESSIDADE DE CULPA. MEDIDA CAUTELAR. CARACTERÍSTICAS E DISCIPLINA ESPECÍFICAS PREVISTAS NA LEI DE REGÊNCIA. 1. A defesa da livre concorrência, princípio constitucional expresso (art. 170), tem por escopo primordial impedir a formação de monopólio no mercado, na medida em que a Constituição Federal abomina as diversas formas de dominação do mercado, como cartéis, trustes e oligopólios em geral, pois monopólio e livre concorrência são conceitos antitéticos. 2. A Lei 12.529/2001 estruturou o SBDC - Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispôs sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, dentre outras providências. 3. A concentração do poder econômico, por si só, não atenta contra a ordem constitucional e consiste na detenção, em alta escala, dos meios de produção, concentrado nas mãos de um grupo de pessoas ou de empresas ou, ainda, de uma pessoa. No entanto, esse poder deve ser exercido no interesse maior da sociedade. 4. A Constituição Federal considera ilegal e reprime o abuso do poder econômico que visa dominar os mercados ou eliminar a concorrência e aumentar, arbitrariamente, os lucros (...) 5. Nos termos do art. 36, da Lei 12.529/2011, a responsabilidade por infração à ordem econômica é objetiva, ou seja, não depende da verificação de culpa, além disso, o dispositivo legal considera como infrações os atos que tenham por objetivo atingir algum dos seguintes efeitos, ainda que não alcançados. 6. A orientação do STJ (MC12748/SP, Rel^a. Min^a. Eliana Calmon, 2^a Turma, DJ 17/05/2007), é no sentido de que a busca e apreensão de documentos para instruir processo administrativo do CADE, em combate a cartel, possui disciplina específica na Lei de regência, não se aplicando as regras do CPC.⁷⁴⁰

No caso acima, o Tribunal entendeu que a concentração de poder econômico não é ilícita *per se*, nem atenta conta a ordem constitucional; ainda, entendeu que a cartelização advém de conduta antiética e contraria as diretrizes constitucionais, o que não depende da comprovação de culpa para ser sancionada pelo Estado. Assim, o próprio Tribunal expande o conceito e objetivos da legislação concorrencial, o que, em geral, é negligenciado pela autoridade.

Sendo assim, a avaliação do caso, e também de todos os anteriores, demonstra que, em geral, o Poder Judiciário conecta a legislação antitruste e a atuação da autarquia da concorrência com os fundamentos, princípios ou mesmo os valores plasmados no texto constitucional, ampliando os próprios objetivos daquela legislação. Por outro lado, o Conselho, quando da análise dos atos de concentração postos para julgamento, tem uma visão restrita de seu próprio escopo (em uma avaliação da concorrência pela concorrência, ou conectada à defesa do mercado), tendo em vista que vincula-o estritamente à questão econômica.

⁷⁴⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5.^a Região. Apelação Cível 001497-70.2012.4.05.8401, Relator Rogério Fialho Moreira, julgado em 17 de setembro de 2013. Disponível em: <www.trf5.jus.br> Acesso em: 18 nov. 2017.

CONCLUSÃO

A finalização de todo o estudo implicou uma conclusão final positiva em relação ao pressuposto inicial da investigação (a possibilidade de aplicação da normatividade ambiental para aprovação de atos de concentração com efeitos negativos para a concorrência); e, para ser crível a afirmação, importante pormenorizar uma síntese de todos os pontos tratados ao longo da tese, a fim de, minimamente, ser possível ter uma visão geral do tema.

Quanto à primeira parte, tem-se que com o capítulo inicial foi verificada a evolução histórico-normativa do Direito Antitruste, concluindo-se que houve, ao longo do tempo e concomitantemente ao processo de redemocratização, uma verdadeira constitucionalização das normas concorrenciais. Por isso, acredita-se que é justificável trazer para qualquer avaliação de ato de concentração as premissas constitucionais que embasam todo o fenômeno, não só as garantias individuais dos cidadãos contra a atuação estatal, mas também a principiologia que vincula a livre iniciativa com princípios outros, como, no caso em questão, a defesa do meio ambiente. Aliás, nesse mesmo sentido, ao final da primeira parte constou uma importante forma de defesa contra a ingerência estatal (a proibição de um ato, por exemplo) com a aplicação de eficiências específicas capazes de suplantar os efeitos negativos das concentrações, gerando uma exceção legal calcada em justificativas, excludentes ou compensações, o que, em linhas gerais, foram albergadas sob o mesmo termo: eficiências.

As eficiências, em geral, são avaliadas a partir de uma regra comum, originada no direito estadunidense, que é a regra da razão. No âmbito nacional, concluiu-se que a aquela tem significado mais vantajado do que uma simples avaliação de razoabilidade ou de proporcionalidade. A regra impõe, em seu aspecto formal ou processual, uma necessária investigação ampla e irrestrita vinculada às próprias garantias processuais dos envolvidos e, no aspecto material, importa em um juízo de adequação, onde a intervenção estatal negativa pode ser superada pela análise entre os meios e os fins, com menor onerosidade ou atuação estritamente necessária da autoridade, sem desconsiderar critérios de razoabilidade e proporcionalidade (o que amplia o conceito em sua origem).

Note-se, ainda, que os aspectos da investigação pela regra da razão conduzem igualmente a possibilidade de verificação de efeitos outros, além dos

puramente econômicos. Para isso, lançou-se mão de um viés ambiental através de um novo conceito de eficiência ambiental, subdividindo-o em três espectros, cada qual cada vez mais próximo aos conceitos econômicos que são normalmente aceitos pela autoridade: o primeiro, fora de critérios econômicos, visto enquanto pressuposto processual, relaciona-se aos princípios do *in dubio pro natura* ou *in dubio pro ambiente*; o segundo, intermediário e já imbuído de valores econômicos, é visto por meio de uma interdisciplinaridade com o gerenciamento de projetos; o terceiro, aí por uma viés estritamente econômico, está atrelado à escolha do consumidor. Por qualquer desses espectros é possível defender-se a autorização de atos anticompetitivos quando presente benefício ambiental subjacente, que é o objeto central do presente estudo.

De qualquer modo, visando justificar o conceito e a aplicação do conceito de eficiência ambiental em todos os seus espectros, viu-se que a normatividade constitucional impõe à autoridade concorrencial a análise consoante, no mínimo, os princípios que regem a ordem econômica nacional, entre eles a proteção do meio ambiente; além disso, observou-se que a premissa do desenvolvimento dá suporte (inclusive anterior à própria Constituição), legitimidade e igualmente conduz à possibilidade de emprego daquela eficiência por seu viés ambiental, ainda que, atualmente, a autoridade não estabeleça essa relação quando da análise dos atos de concentração postos para julgamento. É necessário, portanto, alterar o quadro institucional atual para que aquele conceito possa ser aplicado.

A mutação institucional depende de uma alteração comportamental que inclui tanto as autoridades como os próprios agentes econômicos envolvidos, o que foi feito pela aplicação da teoria da cooperação, de Robert Axelrod. O referido autor relaciona advertências e mecanismos comportamentais que incentivam as partes a cooperar em determinado relacionamento. A partir disso, o favorecimento do conceito ambiental depende principalmente da atuação da autoridade da concorrência e da previsibilidade de suas decisões, o que pode ser feito com simples alterações nos Guias, por exemplo. Esses e outros incentivos propiciarão a disseminação do viés ambiental, o que conduzirá a maiores benefícios sociais quando da análise de atos de concentração com efeitos anticompetitivos.

Por fim, buscou-se, com a última parte, verificar se, quando e como, tanto a autoridade antitruste como o Poder Judiciário poderiam dispor dos conceitos trazidos, ou se já o fazem em seus julgamentos. Contudo, enquanto no seio

administrativo nenhuma decisão com elos ambientais foi localizando, importando dizer que a autoridade concorrencial desconsidera os elementos de origem constitucional em suas avaliações (que são estritamente econômicas), no âmbito do Poder Judiciário foram reconhecidas em inúmeros casos a conexão entre a defesa da concorrência e os princípios constitucionais, como a defesa do ambiental laboral, ainda que inexistam decisões específicas sobre o tema ambiental.

Por tudo o que foi exposto ao longo da tese, revela-se defensável uma postura de proteção do meio ambiente mediante o emprego da eficiência ambiental conceituada no âmbito do trabalho; além disso, recomenda-se, para concretização dessa premissa ambiental, uma participação específica da autoridade da concorrência, considerando que a alteração do atual paradigma concorrencial depende de uma modificação estrutural precedente nas próprias instituições, o que demanda, para além do interesse e da atuação dos agentes econômicos, uma postura ativa e diretrizes que foquem na previsibilidade das decisões estatais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGHION, Philippe; BOLTON, Patrick. Contracts as a Barriers to Entry. **The American Economic Review**, vol. 77, n. 3, 1987.

AGUILERA, Federico; ALCÁNTARA, Vicent. **De la Economía Ambiental a la Economía Ecológica**. Barcelona: Icaria, 1994.

AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos Martinez de. **El Derecho Civil a Finales del Siglo XX**. Madrid: Tecnos, 1991.

AKERLOF, George A. The Market For "Lemons": quality uncertainty and market mechanism. **The Quarterly Journal of Economics**, vol. 84, n. 3, ago. 1970.

ALBERINI A.; LONGO, A. Combining the Travel Cost and Contingent Behaviour Methods to Value Cultural Heritage Sites: evidence from Armenia. **Journal of Cultural Economics**, vol. 30, n. 4, 2006.

ALESSI, Renato. **Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano**. 2. ed. Milão: Giuffrè Editore, 1958.

ALBUQUERQUE, Ana Cláudia de Paula. A Responsabilidade Objetiva Administrativa da Empresa na Lei nº 12.846/2013. **Revista Brasileira de Estudos da Função Pública**, Belo Horizonte, Revista dos Tribunais, ano 3, n. 9, set./dez. 2014.

ALFONSO, Luciano Parejo. **Leciones de Derecho Administrativo**. 5. ed. rev. e atual. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012.

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVAREZ, José M. The in Dubio Pro Development Principle: A Right to Development in Trade and Investment Regimes. **Denver Journal of International Law and Policy**, vol. 43, n. 4, jun. 2015.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 12. ed. Rio de Janeiro Lumen Juris, 2010.

ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. **O Princípio do Poluidor-Pagador: pedra angular da Política Comunitária do Ambiente**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

ARAÚJO, Fernando. **Adam Smith: o conceito mecanicista de liberdade**. Coimbra: Almedina, 2001.

AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis; EDLIN, Aaron. **Antitrust Analysis: problems, text and cases**. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2004.

ARMENTANO, Dominick T. **Antitrust: the case for repeal**. 2. ed. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2007.

AUGUSTINHO, Eduardo Oliveira. A Tragédia dos Comuns e dos Anticomuns. In: KLEIN, Vinicius; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **O que é a Análise Econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

AVERITT, Neil W.; LANDE, Robert H. Using the “Consumer Choice Approach” to Antitrust Law. **Antitrust Law Journal**, v. 74, 2007.

AXELROD, Robert. **The Complexity of Cooperation: agent-based models of competition and cooperation**. Princeton: Princeton University Press, 1997.

AXELROD, Robert. The Evolution of Strategies in the Iterated Prisoner's Dilemma. In: DAVIS, Lawrence (ed.). **Genetic Algorithms and Simulated Annealing**. Los Altos: Morgan Kaufman, 1987.

AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books Inc. Publisher, 1984.

AXELROD, Robert; HAMILTON, William D. The Evolution of Cooperation. **Science**, New Series, vol. 11, n. 4489, mar. 1981.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A Estabilidade do Ato Administrativo Criador de Direitos à Luz dos Princípios da Moralidade, da Segurança Jurídica e da Boa-Fé. **A&C: Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, Minas Gerais, v. 10, n. 40, abr. 2010.

BAGNOLI, Vicente. **Introdução ao Direito da Concorrência: Brasil, Globalização, União Européia, Mercosul, ALCA**. São Paulo: Editora Singular, 2005.

BAKER, Jonathan B. Market Definition: An Analytical Overview. **Antitrust Law Journal**, vol. 74, abr. 2007.

BAKER, Jonathan B. *Per se* Rules in the Antitrust Analysis of Horizontal Restraints. **The Antitrust Bulletin**, vol. 36, n. 4, 1991.

BARADWAJ, Babu G.; DUBOFSKY, David A.; FRASER, Donald R. Defensive Acquisitions in the Banking Industry: the takeover premium hypothesis. **Jornal of Economics and Finance**, vol. 20, n. 2. Summer, 1996.

BARROS, Alberto Moniz da Rocha. **O Poder Econômico do Estado Contemporâneo e seus Reflexos no Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1953.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Devido Processo Legal e Direito Administrativo Sancionador: algumas notas sobre os limites à atuação da SDE e do CADE. In:

GRADINO, João (coord). **Direito Econômico e Social: atualidades e reflexões sobre direito concorrencial, do consumidor, do trabalho e tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos para uma dogmática constitucional transformadora**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. Prefácio: o Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos Versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BAUMGÄRTNER, Stefan; QUAAS, Martin F. What is Sustainability Economics? **Ecological Economics**, vol. 69, n. 3, 2010.

BECK, Ulrich. **La Sociedad del Riesgo Global**. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002.

BENJAMIN, Antônio Herman. Hermenêutica do Novo Código Florestal. In: BENJAMIN, Antônio Herman. **Superior Tribunal de Justiça: doutrina**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014.

BERCOVICI, Gilberto. Instabilidade Constitucional e Direitos Sociais na Era Vargas (1930-1964). In: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca (org.). **História do Direito Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2008.

BERNHEIM, B. Douglas; WHINSTON, Michael D. **Microeconomics**. New York: McGraw-Hill/Irwin, 2008.

BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional: fundamentos teóricos**. v. I. São Paulo: Manole, 2005.

BHAGAT, Sanjai; KLASA, Sandy; LITOV, Lubomir P. The Use of Escrow Contracts in Acquisition Agreements. **Social Science Research Network, SSRN**, New York, 2014, p. 1-48.

BHARDWAJ, Ravikant. Working Paper: Business Implications of Gun Jumping in Combination Regulations. **School of Competition Law and Market Regulation, IICA**, jun. 2015, p. 1-11. Disponível em: < <http://iica.in> > Acesso em: 02 out. 2017.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Breves Memórias do Golpe de 64: depoimentos, notícias e dados. In: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca (org.). **História do Direito Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2008.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Curso de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BLAIR, Roger D.; SOKOL, D. Daniel. The Rule of Reason and the Goals of Antitrust: an economic approach. **Antitrust Law Journal**, vol. 78, n. 2, 2012.

BLUMM, Michael C. The Fallacies of Free Market Environmentalism. **Harvard Journal of Law and Public Policy**, vol. 15, n. 2, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: para uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BOCK, Betty. Mergers and Markets: an economic analysis of case law. New York, **National Industrial Conference Board**, 1960, p. 27-35. Versão eletrônica disponível em: <<https://www.hathitrust.org/>> Acesso em: 28 set. 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **Histórica Constitucional do Brasil**. 9. ed. Brasília: OAB Editora, 2008.

BORK, Robert H. Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act. **The Journal of Law & Economics**, Chicago, vol. 9, out. 1966.

BORK, Robert H. Vertical Restraints: Schwinn Overruled. **The Supreme Court Review**, 1977.

BORK, Robert Heron. **The Antitrust Paradox**: a policy at war with itself. New York: The Free Press, 1978.

BOSHOFF, Willem H. Why define markets in competition cases? **Stellenbosch Economic Working Papers**, Department of Economics, Stellenbosch University. Stellenbosch, África do Sul, may, 2013.

BOSELNANN, Klaus. Direitos Humanos, Meio Ambiente e Sustentabilidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n. 06/1994. Conselheira Relatora Neide Teresinha Malard, julgado em 25 de novembro de 1994. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 22 set. 2017.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08012.005846/99-12. Relator Conselheiro Hebe Romano, julgado em 29 de março de 2000. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 15 nov. 2017.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 0175/1997, Relatora Conselheira Lucia Helena Salgado e Silva, julgado em 18 de fevereiro de 1998. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 17 out. 2017.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08012.005598/2005-19. Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 13 de outubro de 2015. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 19 out. 2017.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.000723/2016-07, Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, julgado em 22 de fevereiro de 2017. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 15 dez. 2017

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.001098/2014-40, Relator Diogo Thomson de Andrade, julgado em 21 de março de 2014. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 15 dez. 2017.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.005733/2016-21, Superintendente-Geral Eduardo Frade Rodrigues, decidido em 28/09/2016. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 28 dez. 2017.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.006723/2015-21, Relatora Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, julgado em 24 de fevereiro de 2016. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 28 dez. 2017.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.005702/2016-70, Superintendente-Geral Eduardo Frade Rodrigues, decidido em 24/11/2016. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 28 dez. 2017.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.000811/2014-39, Superintendente-Geral Substituto Diogo Thomson de Andrade, decidido em 29 de maio de 2014. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 05 jan. 2018.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.007680/2012-59, Relator Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça, julgado em 30 de janeiro de 2013. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 15 set. 2017.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08012.005846/99-12. Relator Conselheiro Hebe Romano, julgado em 29 de março de 2000. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 15 nov. 2017.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 08012.010744/2008-71, Relatora Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, julgado em 23 de janeiro de 2017.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução 20, de 09 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/94, publicada no Diário Oficial da União de 28 jun. 1999. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao>> Acesso em: 18 set. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma. Recurso Especial 1367923/RJ, Relator Ministro Humberto Martins, julgado em julgado em 27/08/2013, publicado no DJe de 06/09/2013. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 20 nov. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1125661/DF, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 09 de junho de 2015, publicado no DJ-e de 19 de junho de 2015. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 19 nov. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1094, Confederação Nacional da Indústria. Relator Ministro Celso de Mello (ainda sem decisão definitiva). Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 19 out. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1034218/RN, Relator Ministro Rosa Weber, publicado no DJ-e 175, de 08/08/2017. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 19 out. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 627709/DF, Relator Ministro Edson Fachin, publicado no DJ-e n. 213, de 30/10/2014. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 19 out. 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência - CADE. Ato de Concentração 08012.06062/2000-09, Relator Conselheiro Celso Fernandes Campilongo, julgado em 28 de novembro de 2001. Disponível em <www.cade.gov.br> Acesso em 17 set. 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Apuração de Ato de Concentração 08700.011836/2015-49. Interessados Technicolor S.A. e Cisco Systems, Inc. ("Cisco"). Relator Paulo Burnier da Silveira, registrado em 01/12/2015. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 02 out. 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08012.001697/2002-89, Rel. Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 27 de abril de 2005. Disponível em <www.cade.gov.br> Acesso em 15 abr. 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08012.001697/2002-89 (atualmente 08700.003861/2016-30). Interessados Nestlé Brasil S.A. e Chocolates Garoto S.A. Relator (atual) Conselheiro Alexandre Cordeiro de Macedo, julgado originalmente em 04 de fevereiro de 2004. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 17. out. 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n. 08012.002315/1999-50, Relator Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca,

julgado em 26 de dezembro de 2000. Disponível em <www.cade.gov.br> Acesso em 14 set. 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.000436/2014-27, Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, julgado em 26 de novembro de 2014. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 19 out. 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.006494/2013-83, Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, julgado em 27 de agosto de 2013. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 15 dez. 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.000436/2014-27, relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, julgado em 26 de novembro de 2014. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 19 out. 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.009988/2014-09, Relator Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 02 de dezembro de 2015. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 19 nov. 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.006185/2016-56, Relatora Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, julgado em 07 de julho de 2017. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 13 dez. 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.006444/2016-49, Relator Conselheiro João Paulo de Resende, julgado em 02 de agosto de 2017. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 24 nov. 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.007553/2016-83, Relator Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo, julgado

em 18 de outubro de 2017. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 07 jan. 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08012.005889/2010-74, Relator Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, julgado em 12 de dezembro de 2011. Disponível em: www.cade.gov.br> Acesso em: 17 nov. 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia para Análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica, maio 2015. Disponível em: www.cade.gov.br> Acesso em: 01 out. 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia: Análise de Atos de Concentração Horizontal. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais>> Acesso em: 14 set. 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Nota Técnica 95/2017, vinculada ao Processo Administrativo 08012.010505/2007-30. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 24 set. 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo 08012.007011/2006-97, Relatora Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, julgado em 10 de abril de 2017. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em: 08 ago. 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução 17, de 18 de outubro de 2016. Disciplina as hipóteses de notificação de contratos associativos de que trata o inciso IV do artigo 90 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 e revoga a Resolução Cade nº 10, de 29 de outubro de 2014. Disponível em: <www.cade.gov.br> Acesso em 08 nov. 2016.

BRASIL. Exposição de Motivos da Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br>> Acesso em: 14 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma. Recurso Especial 851.090/SP, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 18/12/2007, DJe 31/03/2008. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Segunda Seção. Recurso Especial n. 261.155/SP, Relator Ruy Rosado Aguiar, Rel. p/ Acórdão Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 10/3/2004, DJ 303/05/2004, p. 91. Disponível em <www.stj.gov.br> Acesso em 15 de set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial 1436903/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 01 de dezembro de 2015, publicado no DJ-e 04 de fevereiro de 2016. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em 16 dez. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1172603/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, julgado em 04 de março de 2010, publicado no DJ-e de 12 de março de 2010. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 21 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1390875/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 09 de junho de 2015, publicado no DJ-e de 19 de junho de 2015. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em 20. Nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. Ação Direita de Inconstitucionalidade 1094, Relator Ministro Carlos Velloso (quando da avaliação da

liminar), atualmente encontra-se com o Relator Ministro Celso de Mello, julgamento (da liminar) em 21 de setembro de 1995 (sem data para julgamento de mérito). Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5468, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 30 de junho de 2016, publicado em 02 de agosto de 2017. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 22 set. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2.ª Região, Sexta Turma. Apelação Cível 2004.45.00.1011423-4, Relator Desembargador Federal Rogério Carvalho, em 03/10/2007, p. 10-12. Disponível em <www.trf2.gov.br> Acesso em 18 set. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2.ª Região. Agravo de Instrumento 0004969-07.2016.4.02.0000, Relator Guilherme Couto de Casto, julgado em 31 de agosto de 2016. Disponível em: <www.trf1.jus.br> Acesso em: 08 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2.ª Região. Agravo de Instrumento 0006767-37.2015.4.02.0000, Relator Guilherme Couto de Castro, julgado em 02 de dezembro de 2015. Disponível em: <www.trf1.jus.br> Acesso em: 08 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2.ª Região. Habeas Corpus 0026629-35.2013.4.03.0000, Relator Desembargador Federal André Nekatschalow, julgado em 17 de novembro de 2014. Disponível em: <www.trf3.jus.br> Acesso em: 09 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal Da 4.ª Região. Apelação Cível 5001202-17.2011.404.7202/SC, Relator Des. Federal Marga Inge Barth Tessler, julgado em 16 de dezembro de 2015. Disponível em: <www.trf4.jus.br> Acesso em: 09 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5.ª Região. Apelação Cível 001497-70.2012.4.05.8401, Relator Rogério Fialho Moreira, julgado em 17 de setembro de 2013. Disponível em: <www.trf5.jus.br> Acesso em: 18 nov. 2017.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Desenvolvimento e Crise no Brasil: história, economia e política de Getúlio Vargas a Lula**. São Paulo: Editora 34, 2003.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Public bureaucracy and Ruling Classes in Brazil. **Revista de Sociologia e Política**. Curitiba, vol. 3, n. 28, p. 9-30, jun. 2007.

BRODLEY, Joseph F. The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress. **New York University Law Review**, New York, n. 62.

BULGARELLI, Waldírio. **Concentração de Empresas e Direito Antitruste**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

BURG, Amanha Karolini. O *Carve-out Agreement* como instrumento (in)capaz de elidir a configuração do *Gun Jumping*. **Revista de Defesa da Concorrência**. Brasília, vol. 4, n. 2, nov. 2016.

CADENA, Grenfieth de Jesús Sierra. La Justicia Constitucional en la Era de la gobernanza: un análisis de perspectiva comparada desde la periferia del derecho. **Revista de Filosofía, Derecho y Política**, n. 13, jan. 2011.

CAMPILONGO, Celso Fernandes (org.). **Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro: teoria e prática dos atos de concentração**. São Paulo, Singular, 2011.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. O Princípio da Sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. **Polytechnical Studies Review**, vol. VIII, n. 13, 2010.

CAPELLA, Vicente Bellver. **Ecología: de las razones a los derechos**. Granada: Ecorama, 1994.

CARAVACA, Afonso Luis Calvo. **Derecho Antitrust Europeo**. Madrid: Colex, 2009.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CARVALHO, Ana Carolina de. O Controle Judicial das Decisões do Cade. *In*: GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira; BORGES, Antônio de Moura (coord.). **Intervenção do Estado no Domínio Econômico: temas atuais**. São Paulo: Lex Editora, 2006.

CARVALHO, Carlos Eduardo. As origens e a gênese do Plano Collor. **Nova Economia**, Belo Horizonte, v. 16, n. 1, abr. 2006.

CARVALHO, Elbruz Moreira de. **Abuso de Poder Econômico**. Rio de Janeiro: Barrister's Editora, 1986.

CARVALHO, José Murilo de. Mandonismo, Coronelismo, Clientelismo: uma discussão conceitual. **DADOS - Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v. 40, n. 02, 1997.

CARVALHO, Marly Monteiro de.; RABECHINI JR., Roque. **Fundamentos em Gestão de Projetos**. 3. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Atlas, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barro. **Curso de Direito Tributário**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. Salvador: Jus Podivm, 2008.

CARVALHO, Vinícius Marques de; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert (coord). **Defesa da Concorrência no Brasil: 50 anos**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, 2013.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e do Brasil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CATANIO, Afrânio Mendes. Expansão Cafeeira e Origens da Indústria no Brasil. **Revista de Administração de Empresas**. São Paulo, São Paulo, 1978, vol. 18, n. 2, 1978.

CAVANAGH, Edward D. The Rule of Reason Re-Examined. St. John's School of Law Legal, Studies Research Paper series. **Business Lawyer**, vol. 67, fev. 2012.

CHÂNTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNET, Evelyne. **História das Idéias Políticas**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985

CHEVALLIER, Jacques. Estado e Ordem Concorrencial. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**. Belo Horizonte, ano 5, n. 20, out./dez. 2007.

CHRISTIE, M.; FAZEY, I.; COOPER, R.; HYDE, T.; KENTER, J.O. An Evaluation of Monetary and Non-Monetary Techniques for Assessing the Importance of Biodiversity and Ecosystem Services to People in Countries with Developing Economies. **Ecological Economics**, vol. 83, nov. 2012.

CHURCH, Jeffrey. Vertical Mergers: issues in competition law and policy. **ABA Section of Antitrust Law**, vol. 2, 2008.

CIANCIARDO, Juan. **El Principio de Razonabilidad: del debido proceso substantivo al moderno juicio de proporcionalidad**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004.

CLARK, John Maurice. Toward Concept of Workable Competition. **The American Economic Review**. vol. 30, n. 2, part 1, jun. 1940.

COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. **The Journal of Law & Economics**, vol. 3, oct. 1960.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COHEN, Neil B.; SULLIVAN, Charles A. The Herfindahl-Hirschman Index As a Market Structure Variable: An Exposition for Antitrust Practitioners. **Texas Law Review**, Austin, Texas, vol. 62, n. 3, jan. 1983.

COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COSTANZA, Robert; CUMBERLAND, John; DALY, Herman; GOODLAND, Robert; NORGAARD, Richard. **An Introduction to Ecological Economics**. Boca Raton: St. Lucie and CRC Press, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Lei Antitruste: (Lei n.º 8.884 de 11.06.1994)**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DALY, Herman E.; FARLEY, Joshua. **Ecological Economics: principles and applications**. 2. ed. Washington: Island Press, 2011.

DE MEYER, Arnoud; LOCH, Christoph; PICH, Michael. Managing Project Uncertainty: from variation to chaos. **Massachusetts Institute of Technology Sloan Management Review**, vol. 43, n. 2, 2002.

DELP, Amanda B.; MAYO, John W. The Evolution of “Competition”: Lessons for 21st Century Telecommunications Policy. **Review of Industrial Organization**, vol. 50, n. 4, jun. 2017.

DENCKER, Ada de Freitas Manetti; CHUCID DA VIÁ, Sarah. **Pesquisa Empírica em Ciências Humanas (com ênfase em comunicação)**. São Paulo: Futura, 2001.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DRAIBE, Sônia. **Rumos e Metamorfoses: um estudo sobre a Constituição do Estado e as alternativas da industrialização do Brasil 1930-1960**. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004.

DUVERGER, Maurice. **Ciência Política: teoria e método**. Trad. Heloísa de Castro Lima. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976.

EASTERBROOK, Frank H. The Limits of Antitrust. Texas, **Texas Law Review**, vol. 63, n. 1, 1984.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**. 3. ed. Madrid: Civitas, 2001.

ENTERRÍA, Eduardo García de. La Lucha Contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (Poderes Discrecionales, Poderes de Gobierno, Poderes Normativos). **Revista de Administración Pública**. Madrid, Espanha, n. 38, 1962.

ESTEVES, Daniel Santa Bárbara. Consórcio de Empresas. In: FERNANDES, Wanderley (coord). **Contratos Empresariais: contratos de organização da atividade econômica**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FAGUNDES, Jorge. Excedente do Consumidor, Excedente Agregado e o Uso Simulação com Modelo PCAIDS no Caso Nestlé-Garoto. **Revista do IBRAC**. São

Paulo, Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 14, n. 1, 2006.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

FARIAS, Paulo José Leite. **Competência Federativa e Proteção Ambiental**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

FARINA, Elizabeth. Prefácio. In: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; SALOMÃO FILHO, Calixto; NUSDEO, Fábio (orgs.). **Poder Econômico: direito, pobreza, violência e corrupção**. Barueri: Manole, 2009.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 8. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Fundação do Desenvolvimento da Educação, 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A Concentração Econômica e Fiscalização Administrativa: entendimento do art. 74 da Lei n. 4137/62 segundo a redação do Art. 73 da Lei 8158/91. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, vol. 193, jul./set., 1993.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Discricionariedade nas Decisões do CADE sobre Atos de Concentração. **Revista do IBRAC**. São Paulo, v. 4, n. 6, 1997.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estado do Direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1990.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A Concentração Econômica e Fiscalização Administrativa: entendimento do art. 74 da Lei n. 4137/62 segundo a redação do Art. 73 da Lei 8158/91. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, vol. 193, jul./set., 1993.

FERREIRA, Daniel. **A Licitação Pública no Brasil e sua Nova Finalidade Legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FERREIRA, Daniel. Alternativas Legais à Sanção Administrativo-Ambiental: uma eventual questão de dignidade da pessoa humana e de sustentabilidade da atividade empresarial. **Revista Jurídica**, Curitiba, n. 22, temática n. 6, 2009.

FERREIRA, Daniel. Função Social da Licitação Pública: o desenvolvimento nacional sustentável (no e do Brasil, antes e depois da MP nº 495/2010). **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte, ano 9, n. 107, nov. 2010.

FERREIRA, Daniel. Sanções Administrativas: entre direitos fundamentais e democratização da ação estatal. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 12, n. 12, jul./dez. 2012.

FERREIRA, Daniel. **Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição Federal De 1988**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

FERREIRA, Daniel; GODOY, Maria Ivone. O Meio Ambiente Laboral Frente à Maximização da Responsabilidade Socioambiental das Empresas. In: **Direitos Especiais e Tutela das Minorias na Atividade Empresarial**. Curitiba: CONPEDI, 2014, v. 22.

FERREIRA, Daniel; KASPER, Júlio Henrique Santos. O Desenvolvimento Nacional Sustentável como Finalidade Legal da Licitação. **Revista Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 39, n. 1, jan./jun. 2013.

FERREIRA, Daniel; PELLEGRINELLO, Ana Paula. Grandes Obras, Grandes Impactos e a Promoção (Controlada e Controlável) do Desenvolvimento Nacional Sustentável. **Revista Jurídica - Unicuritiba**, Curitiba, v. 1, n. 34, 2014.

FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato. A Expressão dos Objetivos do Estado de Direito Ambiental na Constituição Federal de 1988. In: LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Helini Sivini; CAETANO, Matheus Almeida (orgs.). **Repensando o Estado de Direito Ambiental**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

FISHER, A.; LANDE, R. Efficiency Considerations in Merger Enforcement. **California Law Review**, vol. 71, 1983.

FLYNN, John J.; FIRST, Harry; BUSH, Darren. **Antitrust: statues, treaties, regulations, guidelines and policies**. New York: Foundation Press, 2001.

FOLLONI, André. A Complexidade Ideológica, Jurídica e Política do Desenvolvimento Sustentável e a Necessidade de Compreensão Interdisciplinar do Problema. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, n. 1, jan./jun. 2014.

FONSECA, João Bosco Leopoldinoda. **Lei de Proteção da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FONSECA, José Júlio Borges da. **Direito Antitruste e Regime das Concentrações empresariais**. São Paulo: Atlas, 1997.

FORGIONI, Paula Andréa. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado**. São Paulo: RT, 2009.

FORGIONI, Paula Andréa. **Direito Concorrencial e Restrições Verticais**. 2 .ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 9. ed. São Paulo: RT, 2016.

FOX, Eleanor M. The Efficiency Paradox. In: PITOFISKY, Robert (coord). **How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust**. Oxford: Oxford Scholarship Online, 2009.

FRAGA, Gabino. **Derecho Administrativo**. 40. ed. Cidade do México: Porrúa, 2000.

FRAGA, Jesús Jordano. El Derecho Ambiental del Siglo XXI. **Medio Ambiente & Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental**, Sevilla, n. 9, 2003.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Poder Econômico: exercício e abuso**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

FRAZÃO, Ana de Oliveira. A Análise de Eficiências em Atos de Concentração sob o Enfoque do Princípio Retributivo. In: CARVALHO, Vinícios Marques de (org.). **A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2015.

FRAZÃO, Ana. Pressupostos e Funções da Responsabilidade Civil Subjetiva na Atualidade: um exame a partir do direito comparado. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, ano 77, n 4, out./dez. 2011.

FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. **Eficiência Económica e Restrições Verticais: os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência**. Lisboa: AAFDL, 2008.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Esboço do Código Civil**. vol. III. Ministério da Indústria e Negócios Exteriores, Serviço de Documentação, 1952. Disponível em: <<http://direitocivildigital.com>> Acesso em: 11 mar. 2017.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FRIEDMAN, David. D. **Price Theory: an intermediate text**. 2. ed. Ohio: South-Western Publishing ,1990.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo & Liberdade**. Rio de Janeiro: Editora Artenova, 1977.

FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil**. 32. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005.

FURTADO, Celso. **Teoria e Política do Desenvolvimento Econômico**. São Paulo: Victor Civita, 1983.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e Subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GABARDO, Emerson. O Princípio da Eficiência. In: NUNES JR., Vidal S.; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Z.; FREIRE, André L. **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. São Paulo: PUCSP, 2017.

GABARDO, Emerson. Os Direitos Humanos Fundamentais em Face das Reformas Constitucionais Neoliberais. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, n. 3, Curitiba, Juruá, 1999.

GABARDO, Emerson. Os Perigos do Moralismo Político e a Necessidade de Defesa do Direito Posto na Constituição da República de 1988. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, out./dez. 2017.

GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. A Nova Lei Anticorrupção e a Importância do *Compliance* para as Empresas que se Relacionam com a Administração Pública. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, abr./jun., 2015.

GABARDO, Emerson; MORETTINI, Felipe Tadeu Ribeiro. Institucionalismo e Pesquisa Quantitativa como Metodologia de Análise de Decisões Judiciais. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 63, jul./dez. 2013.

GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. O Conceito de Interesse Público no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 115, jul./dez., 2017.

GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. O Princípio com Fundamento no Desenvolvimento do Constitucionalismo Contemporâneo. In: MARQUES NETO,

Floriado de A.; ALMEIDA, Fernando D. M. de; NOHARA, Irene; MARRARA, Thiago. **Direito e Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 2013.

GALBRAITH, John Kenneth. **1929: a grande crise**. São Paulo: Larousse do Brasil, 2010.

GARCÍA, Alejandro Neto. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

GAROFALO FILHO, Emílio. **Câmbios no Brasil: as peripécias da moeda nacional e a política cambial, 500 anos depois**. São Paulo: Bolsa de Mercadorias e Futuros (BM&F), 2000.

GASPARI, Elio. **A Ditadura Escancarada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GIL, Antônio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GINSBURG, Douglas H. Bork's "Legislative Intent" And He Courts. George Mason University School of Law. **Antitrust Law Journal**, vol. 79, n.3, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GORDILLO, Agustín Alberto. **Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas: teoría general del derecho administrativo**. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013.

GRANOVETTER, Mark. Threshold Models of Collective Behavior. **American Journal of Sociology**, n. 83, May 1978.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica da Constituição de 1988**. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **Planejamento Econômico e Regra Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

GRAU, Eros Roberto. Eqüidade, Razoabilidade, Proporcionalidade e Princípio da Moralidade. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ**, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, jan./dez. 2005.

GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula Andréa. **O Estado, a Empresa e o Contrato**. São Paulo: Melheiros, 2005.

GRISARD FILHO, Waldyr. **A Função Social da Propriedade (do direito de propriedade ao direito à propriedade)**. In: RAMOS, Carmen Lúcia Silveira (coord.). **Direito Civil Constitucional: situações patrimoniais**. Curitiba: Juruá, 2002.

GUICCIARDI, Enrico. **La Giustizia Amministrativa**. Pádua: Cedam, 1943.

GUIMARÃES, Carlos Gabriel. O Banco Commercial e Agrícola no Império do Brasil: o estudo de caso de um Banco Comercial e Emissor (1858-1862). **SÆculum - Revista de História**. João Pessoa, Paraíba, n. 29, jul./dez. 2013.

GUIMARAES, Roberto; FONTOURA, Yuna. Desenvolvimento Sustentável na Rio+20: discursos, avanços, retrocessos e novas perspectivas. **Cadernos EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, set. 2012.

HACHEM, Daniel Wunder. A Dupla Noção Jurídica de Interesse Público em Direito Administrativo. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, abr./jun. 2011.

HACHEM, Daniel Wunder. A Noção Constitucional de Desenvolvimento para Além do Viés Econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, jul./set. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder; QUETES, Regeane Bransin. O Regime Jurídico-Constitucional das Sanções Administrativas Aplicáveis aos Licitantes e Contratados. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 10, n. 120, dez. 2011.

HALLADAY, Casey W. The Origins of Canada's Cartel Law. **Canadian Competition Law Review**. Canadá, Toronto, 2012, n. 1, vol. 25.

HAMMOND, J. L.; HAMMOND, Barbara. **The Skilled Labourer: 1760-1832**. Londres: Longmans, Green and Co, 1919.

HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. **Science**, vol. 162, n. 3859, dez. 1968.

HARMS, W. The Evolution of Cooperation in Hostile Environments. **Journal of Consciousness Studies**, vol. 7, n. 1-2, jan. 2000.

HAURIOU, Maurice. **Principios de Derecho Público y Constitucional**. 2. ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1927.

HAYEK, Friedrich August von. **Individualism & Economic Order**. Chicago: The University of Chicago Press, 1948.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HILL, R. Carter; GRIFFITHS, William E.; JUDGE, George G. **Econometria**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HOVENKAMP, Herbert J., Merger Policy and the 2010 Merger Guidelines. (October 16, 2010). **University of Iowa Legal Studies Research Paper**, n. 10-34, dez. 2010.

HOVENKAMP, Herbert. **The Antitrust Enterprise: principle and execution**. Cambridge: Harvard University Press, 2005.

HUNGRIA, Nelson. **Dos Crimes Contra a Economia Popular**. Rio de Janeiro: Jacintho, 1939.

HUNGRIA, Nelson. Ilícito Administrativo e Ilícito Penal. **Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, jan. 1945.

IANONI, Marcus. Políticas Públicas e Estado: o Plano Real. **Lua Nova**, São Paulo, n.78, 2009.

IGLÉSIAS, Francisco. **Trajectoria Política do Brasil: 1500-1964**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

JACOBSON, Jonathan M. **ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments**.6. ed. Chicago: American Bar Association, 2007.

JONES, Gregory Todd; BROSANAN, Sarah F. Social Contracts on Social Networks: Local Patterns of Interaction, Local Strategy Dynamics and the Emergence of Reciprocity. **Context and the Evolution of Mechanisms for Solving Collective Action Problems Paper**, 15 abr. 2009.

JORGENSON, Dale W.; LAU, Lawrence J.; STOKER, Thomas M. Welfare Comparisons Under Exact Aggregation. **The American Economic Review**, vol. 70, n. 2, maio 1980.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KARSTEN, Franl; BECKMAN, Karel. **Além da Democracia**. Trad. Fernando M. Ferreira. São Paulo: Instituto Ludwig Von Misses, 2013.

KERZNER, Harold. **Gestão de Projetos: as melhores práticas**. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2006.

KLEIN, Benjamin. Competitive Resale Price Maintenance in the Absence of Free-Riding. **Antitrust Law Journal**, vol. 76, n. 2, 2009.

KLEIN, Daniel B. Promise Keeping in the Great Society: a model of credit information sharing. **Economics and Politics**, vol. 4, n. 2, jul. 1992.

KLEIN, Daniel B. **Reputation: studies in the voluntary elicitation of good conduct**. 4. ed. Michigan: Michigan University Press, 2000.

KNIGHT, Charles. **The Results of Machinery: Namely, Cheap Production and Increased Employment, Exhibited: Being an Address to the Working-men of the United Kingdom**. 2. ed. Londres: Charles Knight, 1831.

KNIGHT, Frank H. **Risk, Uncertainty and Profit**. New York: Bookseller, 1964.

KNOERR, Viviane Sellos; KNOERR, Fernando Gustavo. A Formação do Estado na Contemporaneidade a Partir da Revolução Russa: um século determinante dos novos rumos da sociedade e do Direito. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 18, n. 7, set./dez. 2017.

KRATTENMAKER, Thomas G.; LANDE, Robert H.; SALOP, Steven C. Monopoly Power and Market Power in Antitrust Law. **Georgetown Law Journal**, Washington, vol. 76, 1987.

LAINE, Charles R. The Herfindahl-Hirschman Index: a concentration measure taking the consumer's point of view. **The Antitrust Bulletin**, Thousand Oaks, California, vol. 40, n. 1, 1995.

LANDE, Robert H. Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged. **Hastings Law Journal**, vol. 34, n. 1, sep. 1982.

LATHAM, Marl. A Terceira Via: um esboço. In: GIDDENS, Anthony (org.). **Debate Global sobre a Terceira Via**. São Paulo: UNESP, 2007.

LIMA E SILVA, Valéria Guimarães de. **Direito Antitruste: aspectos internacionais**. Curitiba: Juruá, 2007.

LIMA, Heitor Ferreira. **História do Pensamento Econômico no Brasil**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1976.

LIMA, José Antônio Farah de. **Direito Concorrencial Europeu**. São Paulo: J. H. Mizuno, 2008.

LIMA, Maria Isabel Leite Silva de; REI, Fernando. Da Gênese do Desenvolvimento Sustentável à Agenda 2030: desafios ao modelo econômico. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 14, n. 54, abr./jun. 2016.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Repercussão Geral (ausência). Prequestionamento (ausência). Ofensa Indireta à Constituição Federal. Má-fé e Ignorância. Danos Decorrentes da Demora do Processo. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). **Revista de Processo**, n. 157. São Paulo: RT, 2008.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Altas, 2015.

MADUREIRA, Claudio Penedo. Supremacia do Interesse Público sobre o Privado: uma necessária desconstrução da crítica. **Fórum Administrativo - FA**, Belo Horizonte, ano 14, n. 161, jul. 2014.

MAGALHÃES, Guilherme A. Canedo de. **Abuso de Poder Econômico: apuração e repressão, legislação e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Editora Art Nova, 1975.

MAKOWSKI, Louis; OSTROY, Joseph M. Perfect Competition and the Creativity of the Market. **Journal of Economic Literature**. vol. XXXIX, jun. 2001.

MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. São Paulo: Atlas, 2005.

MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. São Paulo: Atlas, 2013.

MANKIW, N. Gregory. **Principles of Microeconomics**. 6. ed. Manson: South-Western Cengage Learning, 2012.

MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966.

MARIOTTO, Fábio L. O Conceito de Competitividade da Empresa: uma análise crítica. **Revista de Administração de Empresas**. São Paulo, vol. 31, n. 2, jun. 1991.

MARQUES, Maria Sílvia Bastos. O Plano Cruzado: teoria e prática. **Revista de Economia Política**, vol. 8, n. 3, p. 101-130, jul./set. 1988.

MARRARA, Thiago. O Conteúdo do Princípio da Moralidade: Proibição, Razoabilidade e Cooperação. **Revista Digital de Direito Administrativo**. São Paulo, vol. 3, n. 1, 2016.

MARRARA, Thiago. As Fontes do Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coords.). **Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

MARRARA, Thiago. **Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes (org.). **Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro: teoria e prática dos atos de concentração**. São Paulo, Singular, 2011.

MARTINS, Amanda Athayde Linhares. Gun Jumping, Controle Prévio de Estruturas e o Cade. **Revista do IBRAC - Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 22, jul./dez. 2012.

MARX, Karl. Sociologia. In: IANNI, Octávio (org.). **Coleção Grandes Cientistas Sociais**. 2. ed. São Paulo: Ática, 1980.

MASON, Edward S. Price and Production Policies of Large-scale Enterprise. **The American Economic Review**. Tennessee, vol. 29, n. 1, mar. 1939.

MASS-COLELL, Andreu; WHISTON, Michael D.; GREEN, Jerry R. **Microeconomic Theory**. New York: Oxford University Press, 1995.

MATHIJSSEN, P. S. F. R. **Introdução ao Direito Comunitário**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 9. ed. São Paulo: RT, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: RT, 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção Administrativa e Princípio da Culpabilidade. **A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, Fórum, ano 5, n. 22, dez. 2005.

MELO, Amílcar de. **Portugal Económico, Político e Social**. Lisboa: Vieira da Silva, 2016.

MISES, Ludwingvon. **A Ação Humana**. 3. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16 .ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo, Princípios Constitucionais e a Lei n.º 9.784/1999**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MOREIRA, Vital. **A Ordem Jurídica do Capitalismo**. 3. ed. Coimbra: Centelha, 1978.

MOTTA, Massimo. **Competition Policy: theory and practice**. New York: Cambridge Press, 2004.

MUNHOZ, Carolina PancottoBohrer. **Direito, Livre Concorrência e Desenvolvimento**. São Paulo: Lex Editora, 2006.

MUSKAT, Matthias; BLACKMAN, Deborah Ann; MUSKAT, Birgit. Mixed Methods: Combining Expert Interviews, Cross-Impact Analysis and Scenario Development. **The Electronic Journal of Business Research Methods**, vol. 10, n. 1, 2012.

NATAL, Myriam Rodríguez; CARLES, Bárbara Aranda; RUIZ, Federico Pastor. Abuso de Posición de Dominio. In: LERENA, Diego Loma-Osorio (coord.). **Tratado de Derecho de La Competencia**. Pamplona: Thomson Reuters, 2013.

NEUMANN, John von; MORGENSTERN, Oskar. **Theory of The Games and Economic Behavior**. London: Princeton University Press, 1944.

NEVES, Marcelo. **Ente Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NORTH, Douglas C. Economic Performance Through Time. **The American Economic Review**, vol. 84, n. 3, jun. 1994.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Trad. Rui Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar, 1991.

NRIAGU, Jerome O. Clair Patterson and Robert Kehoe's Paradigm of "Show Me The Data" on Environmental Lead Poisoning. **Environmental Research**, v. 78, n.3, 1998.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica**. São Paulo: Malheiros, 2002.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

OKASHA, Samir. Altruism, Group Selection and Correlated Interaction. **The British Journal for the Philosophy of Science**, vol. 56, n. 4, dec. 2005.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ONTO, Gustavo. O Mercado como um Contexto: delimitando o problema concorrencial de uma aquisição empresarial. **Revista Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, ano 22, n. 45, jan./jun. 2016.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PARDO, Michael S. The Nature and Purpose of Evidence Theory. **Vanderbilt Law Review**, University of Alabama Public Law Research Paper, vol. 66, n. 2, abr. 2013.

PARISI, Francesco, DEPOORTER, BEN; Schulz, Norbert. Duality in Property: Commons and Anticommons. **International Review of Law and Economics**, vol. 25, n. 4, 2005.

PASTRE, Daniel Fernando. A Teoria da Cooperação em Robert Axelrod e a Prática de Ilícitos Concorrenciais. In: **Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência**. Belo Horizonte: CONPEDI, 2015.

PASTRE, Daniel Fernando. A Teoria da Cooperação em Robert Axelrod e a Prática de Ilícitos Concorrenciais. **Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência**, Minas Gerais, vol. 1, n. 2, jul./dez. 2015.

PASTRE, Daniel Fernando. O controle judicial das decisões do CADE: limites e efetividade institucional. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; SANTOS, Wilians Franklin dos (orgs.). **Jurisdição: Crise, Efetividade e Plenitude Institucional**. Curitiba: Juruá, 2009.

PEARCE, David; BARBIER, Edward B. **Blueprint for Sustainable Economy**. London: Earthscan, 2000.

PEREZ, Marcelo Monteiro; FAMA, Rubens. Ativos Intangíveis e o Desempenho Empresarial. **Revista de Contabilidade e Finanças**, v. 17, n. 40, 2006.

PINHEIRO FILHO, Francisco Renato Codevila. Teoria da Agência: problema agente-principal. In KLEIN, Vinicius; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **O que é a Análise Econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

PINTO JÚNIOR, Mário Engler. O Antitruste e as Empresas Estatais. **Revista de Direito Mercantil**, n. 138, 2005.

PIOZZI, Patrícia. Vargas e Prestes: uma comparação entre o trabalhismo e o comunismo no Brasil. **Revista Trans/Form/Ação**, Marília, São Paulo, vol. 6, 1983.

PMI - Project Management Institute. **Um Guia do Conhecimento em Gerenciamento de Projetos (Guia PMBOK®)**. 5. ed. Newtown Square: Project Management Institute, 2013.

POPP, Carlyle; Edson Vieira, ABDALA. **Comentários à Nova Lei Antitruste**. 2. ed. Curitiba, Juruá, 2007.

POSNER, Richard A. **El Análisis Económico Del Derecho**. 2. ed. México: FCE, 2007.

POSNER, Richard A.; LANDES, William M. Market Power in Antitrust Cases. **Harvard Law Review**. Massachusetts, vol. 94, n. 5, 1981.

POSNER, RICHARD. **Economic Analysis of Law**. 6. ed. New York: Aspen, 2002.

POSNER, Richard. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. **California Law Review**. Califórnia, vol. 100, n. 3, jun. 2012.

PRESTES, Anita Leocádia. **Luiz Carlos Prestes: patriota, revolucionário, comunista**. São Paulo: Expressão Popular, 2006.

PRESTES, Luís Carlos. **Problemas Atuais da Democracia**. Rio de Janeiro, Vitória, 1947.

PRUDENTE, Wilson. **A Verdadeira História do Direito Constitucional no Brasil**. Niterói: Impetus, 2009.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Os Fundamentos Contra o Antitruste**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

REALE, Miguel. **Da Revolução à Democracia**. 2. ed. São Paulo: Editora Convívio, 1977.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

RESENDE, Augusto César Leite de; GABARDO, Emerson. A Atividade Administrativa de Fomento na Gestão Integrada de Resíduos Sólidos em Perspectiva com o Desenvolvimento Sustentável. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, jul./set. 2013.

RESENDE, Augusto César Leite de; GABARDO, Emerson. A Atividade Administrativa de Fomento na Gestão Integrada de Resíduos Sólidos em Perspectiva com o Desenvolvimento Sustentável. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, jul./set. 2013.

RIBEIRO, Fernando. A Política Econômica e o Convênio de Taubaté na Economia Cafeeira (1889-1906). **Pesquisa & Debate**. São Paulo, São Paulo, vol. 22, n. 1.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed. São Paulo: RT, 2015.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; SONAGLI, Joseliane. A Teoria de Coase e o Papel do Direito para a Eficiência das Relações Empresariais. **Economic Analysis of Law Review - EALR**, vol. 8, n. 1, jan./jun, 2017.

RICHARDSON, Roberto Jarry. **Pesquisa Social: métodos e técnicas**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

ROMEIRO, Ademar Ribeiro. Desenvolvimento Sustentável: uma perspectiva econômico-ecológica. **Estudos Avançados**, vol. 26, n. 74, 2012.

RORTY, Richard. **Contingência, Ironia e Solidariedade**. Trad. Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ROTHBARD, Murray N. **Man, Economy, and State with Power and Market**. 2. ed. Auburn, Alabama: Institute for Humane Studies, 1977.

ROVAI, Armando. As Sociedades Anônimas e as *Joint Ventures*. In: Finkelstein, Maria Eugênia Reis; Proença, José Marcelo Martins (coords.). **Direito Societário: sociedades anônimas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RUSSO, J.; RUSSO, R. O. In Dubio Pro Natura: un principio de precaución y prevención a favor de los recursos naturales. **Tierra Tropical: Sostenibilidad, Ambiente y Sociedad**, Guácimo, vol. 5, n. 1, 2009.

SABBATINI, Pierluigi. **The Cellophane and Merger Guidelines Fallacies Again**. Government of the Italian Republic (Italy), Italian Competition Authority, 2001.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento: includente, sustentável, sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SAGOFF, Mark. Cows are Better than Condos, or How Economists Help Solve Environmental Problems. **Environmental Values**, vol. 12, n. 4, nov. 2003.

SALANCIK, Gerald R. WANTED: A Good Network Theory of Organization. **Administrative Science Quarterly**, vol. 40, n. 2, jun. 1995.

SALGADO, Eneida Desirre. **Constituição e Democracia: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SALLUM JR, Brasílio. Governo Collor: o reformismo liberal e a nova orientação da política externa brasileira. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 54, n. 2, 2011.

SALLUM JR., Brasílio. O Brasil sob Cardoso: neoliberalismo e desenvolvimentismo. **Tempo Social, Revista de Sociologia**. USP, São Paulo, vol. 11, n. 2, out. 1999.

SALLUM JR., Brasílio; GOULART, Jefferson O. O Estado Brasileiro Contemporâneo: liberalização econômica, política e sociedade nos governos FHC e Lula. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, v. 24, n. 60, dec. 2016.

SALLUM JR., Brasílio; PAIXÃO E CASARÕES, Guilherme Stolle. O Impeachment do Presidente Collor: a literatura e o processo. **Lua Nova**, São Paulo, n. 82.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as condutas**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as estruturas**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002

SALOMAO NETO, Eduardo. **O Trust e o Direito Brasileiro**. São Paulo: LTr, 1996.

SALOP, Steven C.; CULLEY, Daniel P. Potential Competitive Effects of Vertical Mergers: A How-To Guide for Practitioners. **Georgetown Law Review**, Georgetown University Law Center, dez. 2014.

SAMUELSON, Paul A. **Introdução à Análise Econômica**. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir Editora, 1975.

SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Económico**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

SANTOS, Eduardo Sens dos. Tipicidade, Antijuridicidade e Culpabilidade nas Infrações Administrativas. **Fórum Administrativo: Direito Público**, Belo Horizonte, v. 4, n. 42, ago. 2004.

SARDENBERG, Carlos Alberto. **Neoliberal, não. Liberal:** para entender o Brasil de hoje e amanhã. São Paulo: Globo, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente.** 2. ed. rev. e amp. São Paulo: RT, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SAVIANI FILHO, Hermógenes. A Era Vargas: desenvolvimentismo, economia e sociedade. **Revista Economia e Sociedade.** São Paulo, Campinas, n. 3, vol. 22, 2013.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La Teoría General Del Derecho Administrativo como Sistema: objeto e fundamentos de lá construcción sistemática.** Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2003.

SCHUMPETER, Joseph. **The Theory of Economic Development.** Oxford: Editora Oxford University Press, 1978.

SCHUMPTER, Joseph Alois. **Capitalism, Socialism and Democracy.** Modern Edition. New York: Harper Collins Publishers, 2008.

SCHWARCZ, Lília Moritz. **As Barbas do Imperador: D. Pedro II, um monarca nos trópicos.** 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloísa Murgel. **Brasil: uma biografia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SCOTTO, Gabriela; CARVALHO, Cristina de Moura; GUIMARÃES, Leandro Belinasso. **Desenvolvimento Sustentável**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como Liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SHEARMUR, Jeremy; KLEIN, Daniel B. Good Conduct in a Great Society: Adam Smith and the role of reputation. **University of Michigan Press**, 1997.

SHIEBER, Benjamim M. **Abusos do Poder Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

SIDERI, Sandro. **Comércio e Poder: colonialismo informal nas relações anglo-portuguesas**. Santos: Martins Fontes, 1978.

SILVA, Américo Luiz Martins da. **A Ordem Constitucional Econômica**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1996.

SILVA, Danny Monteiro da. **Dano Ambiental e sua Reparação**. Curitiba: Juruá, 2008 .

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, Marco Aurélio Souza da. A Estratificação da Infração Administrativa: uma teoria geral ainda em construção na doutrina e na jurisprudência. **Revista Fórum Administrativo - FA**, Belo Horizonte, ano 14, n. 160, jun. 2014.

SINDEN, Amy. The Tragedy of the Commons and the Myth of a Private Property Solution. **University of Colorado Law Review**, vol. 78, 2007.

SODRÉ, Nelson Weneck. **Formação Histórica do Brasil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1990.

SOUZA, Washinton Peluso Albino de. **Direito Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1980.

SOUZA. Nali Jesus de. **Desenvolvimento Econômico**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

SPASH, Clive, L. Deliberative Monetary Valuation (DMV): Issues in Combining Economic and Political Processes to Value Environmental Change. **Ecological Economics**, vol. 63, n. 4, 2007.

STARKE, Felipe, RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Eficiência e Concentração Empresarial: o caso do setor de bebidas frias In: **Direito e Economia**. 1 ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

STIGLER, George J. Perfect Competition, Historically Contemplated. **The Journal of Political Economy**. vol. LXV, n. I, feb. 1957.

STIGLER, George J. **The Theory of Price**. New York: The Macmillan Company, 1952.

STIGLER, George J.; SHERWIN, Robert A. The Extent of the Market. **The Journal of Law & Economics**. Chicago, vol. 28, n. 3, out. 1985.

SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S.; SAGERS, Christopher. **The Law of Antitrust: an integrated handbook**. 3. ed. Saint Paul: West Academic Publishing, 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. A Função Administrativa no Controle dos Atos de Concentração. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, Minas Gerais, v. 1, n. 2, abr. 2003.

SUNSTEIN, Cass R. **After de Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State**. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

SZMID, Rafael. Interfaces entre o Direito Concorrencial e Propriedade Intelectual. **Revista do IBRAC: Direito, Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, ano 18, vol 19, jan./jun., 2011.

SZTAJN, Rachel. Law & Economics. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSTAJN, Décio (orgs.). **Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TALAMINI, Eduardo. *Amicus Curiae*: comentários ao art. 138 do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (orgs.). **Breves Comentários ao Novo CPC**. São Paulo: RT, 2015.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

TESO, Ángeles Palma del. **El Principio de Culpabilidad em el Derecho Administrativo Sancionador**. Madrid: Tecnos, 1996.

THALER, Richard H.; SHEFRIN, H. M. An Economic Theory of Self-Control. The University of Chicago, **Jornal of Political Economy**, vol. 89, n. 2, 1981.

TOKARS, Fábio Leandro. Os Dois Lados da Eficiência Econômica. **Jornal O Estado do Paraná: caderno Direito & Justiça**, Curitiba, 10 maio 2009.

U. S. Department of Justice, Antitrust Division. **Horizontal Merger Guidelines**. Washington, DC, 1968. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/merger-enforcement>> Acesso em: 12 set. 2017.

U. S. Department of Justice, Antitrust Division. **Horizontal Merger Guidelines**. Washington, DC, 1982. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/merger-enforcement>> Acesso em: 13 set. 2017.

U. S. Department of Justice, Antitrust Division. **Horizontal Merger Guidelines**. Washington, DC, 2010. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/merger-enforcement>> Acesso em: 12 set. 2017.

U.S. Supreme Court. Appeal From the United States District Court for the Eastern District of Louisiana. Times-Picayune Pub. Co. v. United States, 345 U.S. 594, julgado em 25 de maio de 1953. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/345/594/case.html> > Acesso em: 11 set. 2017.

U.S. Supreme Court. Certiorari to the Circuit Court of Appeals for the First Circuit. International Shoe Co. v. FTC, 280 U.S. 291, julgado em 06 de janeiro de 1930. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/280/291/case.html>> Acesso em: 20 jan. 2018.

U.S. Supreme Court. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Eighth Circuit, Reiter v. Sonotone Corp., 442 U.S. 330, julgado em 11 de junho de 1979. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/442/330/case.html>> Acesso em: 18 set. 2017.

U.S. Supreme Court. Chicago Board of Trade v. United States, 246 U.S. 231. Appeal from the District Court of the United States for the Northern District of Illinois, julgamento em 04 de março de 1918. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/246/231/case.html>> Acesso em: 12 set. 2017.

U.S. Supreme Court. National Collegiate Athletic Association v. Board of Regents, Certiorari to the United States Court of Appeals for the Tenth Circuit, julgado em 02 de junho de 1984. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/85/case.html>> Acesso em: 14 set. 2017.

U.S. Supreme Court. Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1, Appeal from the Circuit Court of the United States, julgado em 15 de maio de 1911. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/1/case.html>> Acesso em: 11 set. 2017.

U.S. Supreme Court. State Oil Co. v. Khan 522 U.S. 3, Certiorari to the United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, julgamento em 03 de novembro de 1997. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/522/3/case.html>> Acesso em: 14 set. 2017.

U.S. Supreme Court. United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n, 166 U.S. 290, Appeal from the Circuit Court of Appeals for the Eighth Circuit, julgado em 22 de março de 1897. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/166/290/case.html>> Acesso em: 11 set. 2017.

U.S. Supreme Court. Appeal from the District Court of the United States for the Northern District of Illinois. United States v. Yellow Cab Co. 332 U.S. 218, julgado em 23 de junho de 1947. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/332/218/case.html>> Acesso em: 11 set. 2017.

U.S. Supreme Court. Appeal from the District Court of the United States for the District Of Delaware. United States v. Columbia Steel Co., 334 U.S. 495, julgada em 07 de junho de 1948. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/334/495/case.html>> Acesso em: 11 set. 2017.

U.S. Supreme Court. Appeal from the United States District Court for the District of Delaware. United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co. 351 U.S. 377, julgada em 11 de junho de 1956. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/351/377/case.html>> Acesso em: 11 set. 2017.

U.S. Supreme Court. *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231. Appeal from the District Court of the United States for the Northern District of Illinois, julgamento em 04 de março de 1918. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/246/231/case.html>> Acesso em: 12 set. 2017.

U.S. Supreme Court. *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433, U.S. 36, julgado em 23 de junho de 1977. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/433/36/case.html>> Acesso em: 12 set. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão das Comunidades Europeias. Acórdão do Tribunal (Quinta Secção). *Compagnie maritime belge transports SA (C-395/96 P), Compagnie maritime belge SA (C-395/96 P) e Dafra-Lines A/S (C-396/96 P) contra Comissão das Comunidades Europeias*, julgado em 16 de Março de 2000. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris>> Acesso em: 14 out. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers Under the Council Regulation on the Control of Concentrations Between Undertakings. **Official Journal**, C 031, publicado em 05/02/2004. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>> Acesso em: 11 set. 2017.

UPTON JR, Wayne S. *Business and Financial Reporting: challenges from the new economy*. **Financial Accounting Series**, Norwalk, Connecticut, Financial Accounting Standards Board, n.219-A, abr. 2001.

VARGAS, Getúlio. **A Nova Política do Brasil**. vol. III. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1938.

VAZ, Isabel. O Poder Judiciário e a aplicação da Lei Antitruste. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). **Estudos em Homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel**. São Paulo: Saraiva, 2001.

VEIGA, José Eli da. **A Emergência Socioambiental**. São Paulo: Senac, 2007.

VIGDOR, William R. (coord). **Premerger Coordination: the emerging law of gun jumping and information exchange**. Chicago: ABA Publishing, 2006.

VITTA, Heraldo Garcia. Invalidação de Atos Administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 221, jul. 2000.

VORONKOFF, Igor. O Novo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: estrutura administrativa e análise prévia dos atos de concentração. **Revista de Defesa da Concorrência - RDC**, vol. 02, n. 2, nov. 2014.

WALD, Arnaldo. A Obra de Teixeira Freitas e o Direito Latino-Americano. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, Distrito Federal, ano 41, n. 163, jul./set. 2004.

WALLER, Spender Weber. Reviews of Recent Antitrust Books (2006-2008). Loyola University of Chicago, **School of Law - Institute for Consumer Antitrust Studies**, ago. 2008.

WBATUBA, Berenice Beatriz Rossner; DEPONT, Cidônea Machado; SEIBERT, Rosane Maria. A Questão Ambiental e o Desenvolvimento Sustentável: um estudo exploratório com base nos fundamentos das teorias institucional e legitimidade. **Revista do Desenvolvimento Regional**, Taquara, v. 12, n. 2, jul./dez. 2015.

WEIGEL, Wolfgang. **Economics of the Law**. New York: Routledge, 2008.

WERDEN, Gregory J. The History of Antitrust Market Delineation. **Marquette Law Review**. Wisconsin, vol. 76, n. 1, 1992.

WHISH, Richard. **Competition Law**. 6. ed. New York: Oxford University Press, 2009.

WHITTINGTON, Dale. Administering Contingent Valuation Surveys in Developing Countries. **World Development**, vol. 26, n. 1, 1998.

WILLIAMSON, Oliver E. Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Trade-offs. **The American Economic Review**, vol, 58, n. 1, mar. 1968.

WILLIAMSON, Oliver E. **The Economic Institutions of Capitalism: firms, markets, relational contracting.** New York: The Free Press, 1985.

WILMARTH JR, Arthur E. The Dark Side of Universal Banking: Financial Conglomerates and the Origins of the Subprime Financial Crisis. **Connecticut Law Review**, vol. 41, n. 4, maio 2009.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: volume 01: parte geral.** 9. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado.** Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

ANEXO I
RELAÇÃO DE PROCESSOS NO CADE

NÚMERO	SIGILO	RESULTADO
08700.008501/2016-24	NÃO	APROVAÇÃO
08700.008483/2016-81	NÃO	ARQUIVADOS
08700.008382/2016-18	NÃO	ARQUIVADOS
08700.008313/2016-04	NÃO	APROVAÇÃO
08700.008061/2016-13	NÃO	APROVAÇÃO
08700.007964/2016-79	NÃO	APROVAÇÃO
08700.007913/2016-47	NÃO	APROVAÇÃO
08700.007790/2016-44	NÃO	APROVAÇÃO
08700.007707/2016-37	NÃO	APROVAÇÃO
08700.007628/2016-26	NÃO	APROVAÇÃO
08700.007629/2016-71	NÃO	APROVAÇÃO
08700.007555/2016-72	NÃO	APROVAÇÃO
08700.007556/2016-17	NÃO	APROVAÇÃO
08700.007553/2016-83	NÃO	REPROVAÇÃO
08700.007088/2016-81	NÃO	APROVAÇÃO
08700.006678/2016-96	NÃO	APROVAÇÃO
08700.006622/2016-31	NÃO	APROVAÇÃO
08700.006590/2016-74	NÃO	APROVAÇÃO
08700.006574/2016-81	NÃO	APROVAÇÃO
08700.006573/2016-37	NÃO	APROVAÇÃO
08700.006556/2016-08	NÃO	APROVAÇÃO
08700.006491/2016-92	NÃO	APROVAÇÃO
08700.006443/2016-02	NÃO	APROVAÇÃO
08700.006444/2016-49	NÃO	REPROVAÇÃO
08700.006413/2016-98	NÃO	APROVAÇÃO
08700.006315/2016-51	NÃO	APROVAÇÃO
08700.006291/2016-30	NÃO	APROVAÇÃO
08700.006269/2016-90	NÃO	APROVAÇÃO
08700.006266/2016-56	NÃO	APROVAÇÃO
08700.006229/2016-48	NÃO	APROVAÇÃO
08700.006185/2016-56	NÃO	REPROVAÇÃO
08700.006159/2016-28	NÃO	APROVAÇÃO
08700.006142/2016-71	NÃO	APROVAÇÃO
08700.006139/2016-57	NÃO	APROVAÇÃO
08700.006102/2016-29	NÃO	APROVAÇÃO
08700.006015/2016-71	NÃO	APROVAÇÃO
08700.005959/2016-21	NÃO	APROVAÇÃO
08700.005937/2016-61	NÃO	CONDIÇÕES

08700.005733/2016-21	NÃO	APROVAÇÃO
08700.005702/2016-70	NÃO	APROVAÇÃO
08700.005689/2016-59	NÃO	APROVAÇÃO
08700.005683/2016-81	NÃO	APROVAÇÃO
08700.005524/2016-87	NÃO	APROVAÇÃO
08700.005398/2016-61	NÃO	APROVAÇÃO
08700.005259/2016-37	NÃO	APROVAÇÃO
08700.005093/2016-59	NÃO	APROVAÇÃO
08700.004860/2016-11	NÃO	CONDIÇÕES
08700.004557/2016-18	NÃO	APROVAÇÃO
08700.004360/2016-71	NÃO	APROVAÇÃO
08700.004211/2016-10	NÃO	CONDIÇÕES
08700.004167/2016-30	NÃO	APROVAÇÃO
08700.004168/2016-84	NÃO	APROVAÇÃO
08700.003952/2016-75	NÃO	APROVAÇÃO
08700.003951/2016-21	NÃO	APROVAÇÃO
08700.003636/2016-01	NÃO	APROVAÇÃO
08700.003618/2016-11	NÃO	APROVAÇÃO
08700.003502/2016-82	NÃO	APROVAÇÃO
08700.003462/2016-79	NÃO	CONDIÇÕES
08700.003459/2016-55	NÃO	APROVAÇÃO
08700.003421/2016-82	NÃO	APROVAÇÃO
08700.003307/2016-52	NÃO	APROVAÇÃO
08700.003252/2016-81	NÃO	APROVAÇÃO
08700.003045/2016-26	NÃO	APROVAÇÃO
08700.003054/2016-17	NÃO	APROVAÇÃO
08700.003024/2016-19	NÃO	APROVAÇÃO
08700.002864/2016-56	NÃO	APROVAÇÃO
08700.002792/2016-47	NÃO	CONDIÇÕES
08700.002432/2016-45	NÃO	APROVAÇÃO
08700.002179/2016-20	NÃO	APROVAÇÃO
08700.002142/2016-00	NÃO	APROVAÇÃO
08700.002084/2016-14	NÃO	APROVAÇÃO
08700.001946/2016-83	SIM	SIGILO
08700.001872/2016-85	NÃO	APROVAÇÃO
08700.001829/2016-10	NÃO	APROVAÇÃO
08700.001604/2016-63	NÃO	APROVAÇÃO
08700.001221/2016-95	NÃO	APROVAÇÃO
08700.001192/2016-61	NÃO	APROVAÇÃO
08700.001180/2016-37	NÃO	APROVAÇÃO
08700.001012/2016-41	NÃO	APROVAÇÃO
08700.000958/2016-91	NÃO	APROVAÇÃO
08700.000756/2016-49	NÃO	APROVAÇÃO

08700.000722/2016-54	NÃO	APROVAÇÃO
08700.000723/2016-07	NÃO	ARQUIVADOS
08700.000625/2016-61	NÃO	APROVAÇÃO
08700.000374/2016-15	NÃO	APROVAÇÃO
08700.000266/2016-42	NÃO	APROVAÇÃO
08700.012652/2015-04	NÃO	APROVAÇÃO
08700.012599/2015-33	NÃO	APROVAÇÃO
08012.011178/2005-71	NÃO	CONDIÇÕES
08700.012341/2015-37	NÃO	APROVAÇÃO
08700.012130/2015-02	NÃO	APROVAÇÃO
08700.012105/2015-11	NÃO	APROVAÇÃO
08700.012062/2015-73	NÃO	APROVAÇÃO
08700.011762/2015-41	NÃO	APROVAÇÃO
08700.011517/2015-33	NÃO	APROVAÇÃO
08700.010965/2015-10	NÃO	APROVAÇÃO
08700.010947/2015-38	NÃO	APROVAÇÃO
08700.010790/2015-41	NÃO	CONDIÇÕES
08700.010266/2015-70	NÃO	CONDIÇÕES
08700.010033/2015-77	NÃO	APROVAÇÃO
08700.009559/2015-12	NÃO	APROVAÇÃO
08700.009426/2015-38	NÃO	APROVAÇÃO
08700.009363/2015-10	NÃO	CONDIÇÕES
08700.009227/2015-20	NÃO	APROVAÇÃO
08700.009173/2015-01	NÃO	APROVAÇÃO
08700.009104/2015-99	NÃO	APROVAÇÃO
08700.009018/2015-86	SIM	SIGILO
08700.009013/2015-53	NÃO	APROVAÇÃO
08700.008372/2015-93	NÃO	APROVAÇÃO
08700.007191/2015-40	NÃO	ARQUIVADOS
08700.006735/2015-56	NÃO	APROVAÇÃO
08700.006723/2015-21	NÃO	CONDIÇÕES
08700.006567/2015-07	NÃO	CONDIÇÕES
08700.006571/2015-67	NÃO	APROVAÇÃO
08700.006539/2015-81	NÃO	APROVAÇÃO
08700.006503/2015-06	NÃO	APROVAÇÃO
08700.006390/2015-31	NÃO	APROVAÇÃO
08700.005637/2015-00	NÃO	APROVAÇÃO
08700.004360/2015-90	NÃO	APROVAÇÃO
08700.004260/2015-63	NÃO	APROVAÇÃO
08700.003717/2015-12	NÃO	APROVAÇÃO
08700.003713/2015-34	NÃO	APROVAÇÃO
08700.003699/2015-79	NÃO	ARQUIVADOS
08700.003676/2015-64	NÃO	APROVAÇÃO

08700.002721/2015-63	NÃO	APROVAÇÃO
08700.002066/2015-43	NÃO	APROVAÇÃO
08700.001863/2015-11	NÃO	APROVAÇÃO
08700.001437/2015-70	NÃO	CONDIÇÕES
08700.000813/2015-17	NÃO	APROVAÇÃO
08700.000625/2015-81	NÃO	APROVAÇÃO
08700.000517/2015-16	NÃO	APROVAÇÃO
08700.000292/2015-90	NÃO	APROVAÇÃO
08700.000219/2015-18	NÃO	APROVAÇÃO
08700.000206/2015-49	NÃO	APROVAÇÃO
08700.000207/2015-93	NÃO	APROVAÇÃO
08700.000137/2015-73	NÃO	APROVAÇÃO
08700.011935/2014-40	NÃO	APROVAÇÃO
08700.011814/2014-06	NÃO	APROVAÇÃO
08700.010394/2014-32	NÃO	APROVAÇÃO
08700.010224/2014-58	NÃO	APROVAÇÃO
08700.010134/2014-67	NÃO	APROVAÇÃO
08700.010055/2014-56	NÃO	APROVAÇÃO
08700.009988/2014-09	NÃO	REPROVAÇÃO
08700.009834/2014-09	NÃO	APROVAÇÃO
08700.009731/2014-49	NÃO	CONDIÇÕES
08700.009732/2014-93	NÃO	CONDIÇÕES
08700.009711/2014-78	NÃO	ARQUIVADOS
08700.009423/2014-13	NÃO	APROVAÇÃO
08700.009465/2014-54	NÃO	ARQUIVADOS
08700.008857/2014-04	NÃO	APROVAÇÃO
08700.008764/2014-71	NÃO	APROVAÇÃO
08700.008687/2014-50	NÃO	APROVAÇÃO
08700.008642/2014-85	NÃO	APROVAÇÃO
08700.008607/2014-66	NÃO	CONDIÇÕES
08700.009334/2014-77	NÃO	APROVAÇÃO
08700.008009/2014-97	NÃO	APROVAÇÃO
08700.007621/2014-42	NÃO	CONDIÇÕES
08700.007205/2014-44	NÃO	APROVAÇÃO
08700.007114/2014-09	NÃO	APROVAÇÃO
08700.006876/2014-98	NÃO	APROVAÇÃO
08700.006664/2014-00	NÃO	APROVAÇÃO
08700.006612/2014-34	NÃO	APROVAÇÃO
08700.006457/2014-56	NÃO	APROVAÇÃO
08700.005847/2014-09	NÃO	APROVAÇÃO
08700.005719/2014-65	NÃO	CONDIÇÕES
08700.005722/2014-89	NÃO	APROVAÇÃO
08700.005597/2014-07	NÃO	APROVAÇÃO

08700.005595/2014-18	NÃO	APROVAÇÃO
08700.005446/2014-59	NÃO	APROVAÇÃO
08700.005305/2014-36	NÃO	APROVAÇÃO
08700.004961/2014-11	NÃO	APROVAÇÃO
08700.004910/2014-90	NÃO	APROVAÇÃO
08700.004594/2014-56	NÃO	APROVAÇÃO
08700.003522/2014-91	NÃO	APROVAÇÃO
08700.003530/2014-38	NÃO	APROVAÇÃO
08700.003468/2014-84	NÃO	APROVAÇÃO
08700.002559/2014-00	NÃO	APROVAÇÃO
08700.002372/2014-07	NÃO	CONDIÇÕES
08700.002097/2014-13	NÃO	APROVAÇÃO
08700.001850/2014-53	NÃO	APROVAÇÃO
08700.001483/2014-98	NÃO	APROVAÇÃO
08700.001098/2014-40	NÃO	APROVAÇÃO
08700.000811/2014-39	NÃO	APROVAÇÃO
08700.000436/2014-27	NÃO	REPROVAÇÃO
08700.010717/2013-07	NÃO	APROVAÇÃO
08700.010688/2013-83	NÃO	ARQUIVADOS
08700.009924/2013-19	NÃO	CONDIÇÕES
08700.009711/2013-97	NÃO	APROVAÇÃO
08700.009606/2013-58	NÃO	APROVAÇÃO
08700.008540/2013-89	NÃO	APROVAÇÃO
08700.008123/2013-36	NÃO	APROVAÇÃO
08700.007640/2013-98	NÃO	APROVAÇÃO
08700.006494/2013-83	NÃO	APROVAÇÃO
08700.006418/2013-78	NÃO	APROVAÇÃO
08700.006328/2013-87	NÃO	APROVAÇÃO
08700.006153/2013-08	NÃO	APROVAÇÃO
08700.005729/2013-10	NÃO	APROVAÇÃO
08700.005633/2013-51	NÃO	APROVAÇÃO
08700.005190/2013-07	NÃO	APROVAÇÃO
08700.002270/2013-01	NÃO	APROVAÇÃO
08700.002221/2013-60	NÃO	APROVAÇÃO
08700.002148/2013-26	NÃO	APROVAÇÃO
08700.001311/2013-33	NÃO	APROVAÇÃO
08700.001104/2013-89	NÃO	APROVAÇÃO
08700.000479/2013-21	NÃO	APROVAÇÃO
08700.010858/2012-49	NÃO	APROVAÇÃO
08700.010729/2012-51	NÃO	APROVAÇÃO
08700.010314/2012-87	NÃO	ARQUIVADOS
08700.010125/2012-12	NÃO	APROVAÇÃO
08700.009882/2012-35	NÃO	CONDIÇÕES

08700.007680/2012-59	NÃO	REPROVAÇÃO
08700.009652/2012-76	NÃO	APROVAÇÃO
08012.012431/2011-52	NÃO	APROVAÇÃO
08700.008474/2012-66	NÃO	APROVAÇÃO
08700.008083/2012-41	NÃO	APROVAÇÃO
08700.006962/2012-39	NÃO	APROVAÇÃO
08012.002728/2012-91	NÃO	APROVAÇÃO
08700.006437/2012-13	NÃO	CONDIÇÕES
08700.005310/2012-87	NÃO	APROVAÇÃO
08700.005043/2012-48	NÃO	APROVAÇÃO
08700.004224/2012-57	NÃO	APROVAÇÃO
08700.004223/2012-11	NÃO	APROVAÇÃO
08700.004204/2012-86	NÃO	APROVAÇÃO
08700.004226/2012-46	NÃO	CONDIÇÕES
08700.004075/2012-26	NÃO	APROVAÇÃO
08700.004069/2012-79	NÃO	APROVAÇÃO
08700.004112/2012-04	NÃO	APROVAÇÃO
08700.004123/2012-86	NÃO	APROVAÇÃO
08700.004155/2012-81	NÃO	CONDIÇÕES
08700.003842/2012-80	NÃO	APROVAÇÃO
08700.003695/2012-48	NÃO	CONDIÇÕES

ANEXO II
RELAÇÃO DE PROCESSOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

NÚMERO	SIGILO	PEÇA
AI 780231	NÃO	AGRAVO
SS 2065	NÃO	SUSPENSÃO DE SEGURANÇA
SS 1898	NÃO	SUSPENSÃO DE SEGURANÇA
AC 2233	NÃO	AÇÃO CAUTELAR
Pet 4143	NÃO	PETIÇÃO
Rcl 5780	NÃO	RECLAMAÇÃO
RE 459422	NÃO	RECURSO EXTRAORDINÁRIO
AI 520063	NÃO	AGRAVO
AI 531218	NÃO	AGRAVO
AI 525669	NÃO	AGRAVO
AI 528924	NÃO	AGRAVO
RE 565719	NÃO	RECURSO EXTRAORDINÁRIO
RE 602164	NÃO	RECURSO EXTRAORDINÁRIO
AI 682486	NÃO	AGRAVO
AI 754108	NÃO	AGRAVO
AI 745451	NÃO	AGRAVO
RE 613746	NÃO	RECURSO EXTRAORDINÁRIO
RE 608590	NÃO	RECURSO EXTRAORDINÁRIO
AI 844895	NÃO	AGRAVO
RE 607071	NÃO	RECURSO EXTRAORDINÁRIO
RE 630256	NÃO	RECURSO EXTRAORDINÁRIO
RE 630277	NÃO	RECURSO EXTRAORDINÁRIO
SS 1899	NÃO	SUSPENSÃO DE SEGURANÇA
RMS 25874	NÃO	RECURSO ORDINÁRIO
RE 597165	NÃO	RECURSO EXTRAORDINÁRIO
ADI 1094	NÃO	ADIN
ARE 826532	NÃO	RECURSO EXTRAORDINÁRIO
ARE 826711	NÃO	RECURSO EXTRAORDINÁRIO
SS 2065	NÃO	SUSPENSÃO DE SEGURANÇA
AC 2075	NÃO	AÇÃO CAUTELAR
AI 745336	NÃO	AGRAVO
AI 779827	NÃO	AGRAVO
AI 780231	NÃO	AGRAVO
RE 627709	NÃO	RECURSO EXTRAORDINÁRIO
RE 731163	NÃO	RECURSO EXTRAORDINÁRIO
RE 737741	NÃO	RECURSO EXTRAORDINÁRIO
AI 838480	NÃO	AGRAVO
RE 635025	NÃO	RECURSO EXTRAORDINÁRIO

RE 636478	NÃO	RECURSO EXTRAORDINÁRIO
AI 840879	NÃO	AGRAVO
RE 627718	NÃO	RECURSO EXTRAORDINÁRIO
RE 631575	NÃO	RECURSO EXTRAORDINÁRIO
RE 638021	NÃO	RECURSO EXTRAORDINÁRIO
RE 650739	NÃO	RECURSO EXTRAORDINÁRIO
RE 664189	NÃO	RECURSO EXTRAORDINÁRIO
RE 777940	NÃO	RECURSO EXTRAORDINÁRIO
RE 779482	NÃO	RECURSO EXTRAORDINÁRIO
RE 951008	NÃO	RECURSO EXTRAORDINÁRIO
RE 964306	NÃO	RECURSO EXTRAORDINÁRIO
RE 1039188	NÃO	RECURSO EXTRAORDINÁRIO
RE 1083955	NÃO	RECURSO EXTRAORDINÁRIO
ARE 1096653	NÃO	AGRAVO
ARE 1090651	NÃO	AGRAVO
RE 706194	NÃO	RECURSO EXTRAORDINÁRIO
RE 727817	NÃO	RECURSO EXTRAORDINÁRIO
ARE 721398	NÃO	AGRAVO
RE 751423	NÃO	RECURSO EXTRAORDINÁRIO
RE 1034218	NÃO	RECURSO EXTRAORDINÁRIO
ARE 1089283	NÃO	RECURSO EXTRAORDINÁRIO
MS 34979	NÃO	MANDADO DE SEGURANÇA
ARE 1069840	NÃO	RECURSO EXTRAORDINÁRIO

ANEXO III
RELAÇÃO DE PROCESSOS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NÚMERO	PEÇA
MS nº 3306 / DF (1994/0001945-9)	MANDADO DE SEGURANÇA
CC nº 8206 / RJ (1994/0009437-0)	CONFLITO DE COMPETÊNCIA
MS nº 3682 / DF (1994/0029993-1)	MANDADO DE SEGURANÇA
Rcl nº 387 / DF (1996/0014258-0)	RECLAMAÇÃO
REsp nº 205223 / DF (1999/0017176-4)	RECURSO ESPECIAL
CC nº 29077 / MG (2000/0022520-7)	CONFLITO DE COMPETÊNCIA
SS nº 870 / DF (2000/0123728-4)	SUSPENSÃO DE SEGURANÇA
SS nº 871 / DF (2000/0124007-2)	SUSPENSÃO DE SEGURANÇA
SS nº 901 / DF (2001/0018109-0)	SUSPENSÃO DE SEGURANÇA
SS nº 940 / DF (2001/0090561-1)	SUSPENSÃO DE SEGURANÇA
REsp nº 467222 / DF (2002/0113900-7)	RECURSO ESPECIAL
Pet nº 2164 / DF (2002/0171279-6)	PETIÇÃO
REsp nº 585146 / DF (2003/0130829-1)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 590960 / DF (2003/0169770-6)	RECURSO ESPECIAL
MC nº 7339 / DF (2003/0204508-9)	MEDIDA CAUTELAR
REsp nº 615628 / DF (2003/0215979-3)	RECURSO ESPECIAL
Ag nº 572423 / DF (2004/0005277-9)	AGRAVO
Ag nº 573453 / DF (2004/0005342-5)	AGRAVO
Ag nº 573033 / DF (2004/0005723-8)	AGRAVO
REsp nº 650892 / PR (2004/0045833-2)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 663179 / DF (2004/0070106-0)	RECURSO ESPECIAL
Ag nº 602058 / DF (2004/0086210-9)	AGRAVO
MI nº 185 / DF (2004/0120398-2)	MANDADO DE INJUNÇÃO
MS nº 10138 / DF (2004/0168453-1)	MANDADO DE SEGURANÇA
REsp nº 737073 / RS (2005/0049471-2)	RECURSO ESPECIAL
MC nº 10535 / DF (2005/0138847-5)	MEDIDA CAUTELAR
SS nº 1539 / DF (2005/0149418-5)	SUSPENSÃO DE SEGURANÇA
Ag nº 714980 / RS (2005/0164781-0)	AGRAVO
REsp nº 801106 / RS (2005/0194159-1)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 817598 / SC (2006/0022981-4)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 833564 / PR (2006/0069888-5)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 838897 / SC (2006/0085539-1)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 845019 / DF (2006/0089786-6)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 866506 / DF (2006/0100353-4)	RECURSO ESPECIAL
MC nº 11782 / DF (2006/0152267-0)	MANDADO DE SEGURANÇA
REsp nº 887044 / PR (2006/0167254-7)	RECURSO ESPECIAL
Ag nº 859307 / DF (2007/0011310-7)	AGRAVO
REsp nº 952983 / DF (2007/0091297-0)	RECURSO ESPECIAL

REsp nº 947694 / PB (2007/0098739-0)	RECURSO ESPECIAL
MC nº 12927 / DF (2007/0138722-3)	MEDIDA CAUTELAR
MC nº 12950 / DF (2007/0143804-3)	MEDIDA CAUTELAR
REsp nº 966930 / DF (2007/0156633-6)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 984249 / DF (2007/0210919-6)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 988918 / RS (2007/0229702-8)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 997867 / RS (2007/0243372-0)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1009570 / DF (2007/0279728-2)	RECURSO ESPECIAL
SS nº 1793 / DF (2007/0281238-0)	SUSPENSÃO DE SEGURANÇA
Ag nº 997763 / DF (2007/0302153-7)	AGRAVO
MC nº 13690 / DF (2007/0307436-1)	MANDADO DE SEGURANÇA
Ag nº 1005170 / PR (2008/0009938-8)	AGRAVO
REsp nº 1046433 / DF (2008/0075097-3)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1066549 / RS (2008/0129720-4)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1066695 / DF (2008/0131016-5)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1068888 / SP (2008/0136219-3)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1069166 / RS (2008/0136624-8)	RECURSO ESPECIAL
MC nº 14396 / DF (2008/0141228-2)	MANDADO DE SEGURANÇA
REsp nº 1075673 / DF (2008/0162858-4)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1094218 / DF (2008/0173677-1)	RECURSO ESPECIAL
Ag nº 1100431 / DF (2008/0205525-0)	AGRAVO
CC nº 98768 / DF (2008/0212113-8)	CONFLITO DE COMPETÊNCIA
Ag nº 1133557 / DF (2008/0270352-0)	AGRAVO
MC nº 15047 / RS (2008/0275384-2)	MEDIDA CAUTELAR
REsp nº 1123795 / DF (2009/0028498-1)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1208887 / SP (2009/0037368-0)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1276313 / SP (2009/0037484-2)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1125981 / RS (2009/0041096-7)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1127305 / RS (2009/0043366-3)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1130713 / DF (2009/0057142-3)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1130988 / DF (2009/0058018-0)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1136331 / RS (2009/0075816-3)	RECURSO ESPECIAL
Ag nº 1192142 / RS (2009/0096096-5)	AGRAVO
REsp nº 1141800 / RS (2009/0098953-4)	RECURSO ESPECIAL
EResp nº 191080 / SP (2009/0098986-2)	EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA
REsp nº 1141818 / RS (2009/0099104-3)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1125661 / DF (2009/0100784-2)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1143572 / RS (2009/0106916-0)	RECURSO ESPECIAL
Ag nº 1202515 / PR (2009/0113035-0)	AGRAVO
Ag/RE nº 31133 / PR (2009/0121561-9)	AGRAVO
Ag nº 1215284 / SC (2009/0131921-4)	AGRAVO
REsp nº 1148695 / RS (2009/0133254-0)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1149428 / DF (2009/0136068-3)	RECURSO ESPECIAL

REsp nº 1153295 / RS (2009/0162022-9)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1156176 / RS (2009/0173352-0)	RECURSO ESPECIAL
Ag nº 1241242 / DF (2009/0198946-4)	AGRAVO
REsp nº 1163560 / RJ (2009/0212949-0)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1167908 / RS (2009/0225667-2)	RECURSO ESPECIAL
Ag nº 1261633 / CE (2009/0239856-1)	AGRAVO
REsp nº 1171154 / RS (2009/0241257-2)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1172603 / RS (2009/0241425-2)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1171688 / DF (2009/0242534-7)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1174995 / SC (2010/0002627-3)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1177344 / RS (2010/0014066-7)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1178164 / RS (2010/0016201-3)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1180716 / SC (2010/0022984-0)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1182686 / RS (2010/0034079-6)	RECURSO ESPECIAL
Ag nº 1284932 / RS (2010/0039881-4)	AGRAVO
Ag nº 1293055 / DF (2010/0050163-6)	AGRAVO
EResp nº 650892 / PR (2010/0056629-8)	EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA
REsp nº 1187787 / DF (2010/0060803-4)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1189177 / DF (2010/0067204-8)	RECURSO ESPECIAL
Ag nº 1301410 / DF (2010/0071155-9)	AGRAVO
Ag nº 1339356 / RS (2010/0151295-3)	AGRAVO
REsp nº 1214182 / DF (2010/0168429-8)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1214337 / DF (2010/0172044-0)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1216595 / RS (2010/0190536-2)	RECURSO ESPECIAL
Ag nº 1380865 / RS (2010/0207863-3)	AGRAVO
REsp nº 1222115 / RS (2010/0214064-4)	RECURSO ESPECIAL
Ag/RE nº 33761 / RS (2010/0217619-0)	AGRAVO
REsp nº 1226157 / PR (2010/0229920-0)	RECURSO ESPECIAL
Ag/RE nº 33776 / SP (2011/0019044-1)	AGRAVO
REsp nº 1237981 / RS (2011/0035168-2)	RECURSO ESPECIAL
Ag nº 1412498 / DF (2011/0059799-8)	AGRAVO
REsp nº 1244987 / DF (2011/0065599-9)	RECURSO ESPECIAL
AREsp nº 87540 / DF (2011/0104606-3)	AGRAVO
REsp nº 1255934 / PB (2011/0118826-7)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1256658 / RS (2011/0123387-3)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1259827 / SC (2011/0135792-9)	RECURSO ESPECIAL
Ag nº 1423700 / DF (2011/0159188-1)	AGRAVO
REsp nº 1264590 / RS (2011/0159923-2)	RECURSO ESPECIAL
AREsp nº 29660 / RS (2011/0182797-8)	AGRAVO
REsp nº 1272864 / DF (2011/0196584-0)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1275859 / DF (2011/0211492-8)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1278419 / DF (2011/0218021-8)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1325647 / MG (2011/0226312-5)	RECURSO ESPECIAL

REsp nº 1286258 / SP (2011/0239461-4)	RECURSO ESPECIAL
AREsp nº 66519 / DF (2011/0244587-5)	AGRAVO
REsp nº 1287092 / DF (2011/0244756-7)	RECURSO ESPECIAL
AREsp nº 67344 / DF (2011/0245131-4)	AGRAVO
AREsp nº 68416 / DF (2011/0246369-5)	AGRAVO
REsp nº 1293892 / DF (2011/0277926-1)	RECURSO ESPECIAL
AREsp nº 97044 / DF (2011/0295257-7)	AGRAVO
AREsp nº 97052 / DF (2011/0295300-8)	AGRAVO
AREsp nº 107471 / DF (2011/0307685-1)	AGRAVO
AREsp nº 107483 / DF (2011/0307703-9)	AGRAVO
REsp nº 1302461 / DF (2012/0002020-9)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1308387 / PR (2012/0024330-1)	RECURSO ESPECIAL
AREsp nº 141632 / DF (2012/0026429-0)	AGRAVO
REsp nº 1314114 / RS (2012/0049720-2)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1352512 / DF (2012/0071133-0)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1321642 / RS (2012/0090405-1)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1353267 / DF (2012/0132862-6)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1353274 / DF (2012/0132889-0)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1334843 / DF (2012/0149364-6)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1335848 / DF (2012/0155358-0)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1336031 / RS (2012/0156755-4)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1336373 / SC (2012/0158037-3)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1342229 / CE (2012/0184815-3)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1358075 / SC (2012/0262131-9)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1370617 / SP (2012/0274273-5)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1386222 / DF (2013/0172597-2)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1390648 / SP (2013/0191901-1)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1390875 / RS (2013/0193352-3)	RECURSO ESPECIAL
AREsp nº 361948 / RS (2013/0202216-0)	AGRAVO
REsp nº 1392441 / DF (2013/0217699-8)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1404489 / DF (2013/0312417-0)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1408965 / CE (2013/0337631-6)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1425583 / DF (2013/0410496-6)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1433797 / DF (2014/0023935-0)	RECURSO ESPECIAL
Rcl nº 16429 / RS (2014/0028579-4)	RECLAMAÇÃO
EResp nº 1436903 / DF (2014/0035705-1)	EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA
REsp nº 1455184 / DF (2014/0051701-8)	RECURSO ESPECIAL
AREsp nº 489057 / DF (2014/0058225-7)	AGRAVO
AREsp nº 489359 / DF (2014/0059479-2)	AGRAVO
AREsp nº 489381 / DF (2014/0059497-0)	AGRAVO
AREsp nº 489396 / DF (2014/0059523-5)	AGRAVO
Rcl nº 17958 / RS (2014/0096379-8)	RECLAMAÇÃO
REsp nº 1473368 / DF (2014/0128683-8)	RECURSO ESPECIAL

AREsp nº 532483 / DF (2014/0142892-2)	AGRAVO
AREsp nº 548776 / DF (2014/0173726-1)	AGRAVO
REsp nº 1469822 / DF (2014/0178918-7)	RECURSO ESPECIAL
AREsp nº 554534 / RS (2014/0184656-0)	AGRAVO
REsp nº 1478508 / RN (2014/0220214-8)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1484929 / RN (2014/0251717-0)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1674320 / SP (2014/0261837-7)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1500072 / RS (2014/0310917-0)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1501045 / MG (2014/0314088-3)	RECURSO ESPECIAL
AREsp nº 635762 / DF (2014/0325324-9)	AGRAVO
AREsp nº 640764 / RS (2015/0001083-3)	AGRAVO
AREsp nº 655513 / DF (2015/0019333-8)	AGRAVO
REsp nº 1526765 / DF (2015/0081457-1)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1549844 / RS (2015/0191483-9)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1554491 / DF (2015/0216885-6)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1552671 / DF (2015/0216933-6)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1552362 / DF (2015/0217057-9)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1564432 / RS (2015/0268058-0)	RECURSO ESPECIAL
SLS nº 2079 / DF (2015/0281795-7)	SUSPENSÃO LIMINAR E SENTENÇA
SLS nº 2080 / DF (2015/0282367-2)	SUSPENSÃO LIMINAR E SENTENÇA
REsp nº 1565662 / RS (2015/0282620-0)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1565639 / RS (2015/0282622-4)	RECURSO ESPECIAL
SLS nº 2085 / DF (2015/0290468-4)	SUSPENSÃO LIMINAR E SENTENÇA
AREsp nº 843947 / SP (2016/0008855-4)	AGRAVO
REsp nº 1583451 / RS (2016/0038265-5)	RECURSO ESPECIAL
MC nº 25563 / RS (2016/0041968-3)	MEDIDA CAUTELAR
AREsp nº 873924 / DF (2016/0052641-8)	AGRAVO
AREsp nº 882350 / SP (2016/0064265-5)	AGRAVO
REsp nº 1593692 / PR (2016/0096623-4)	RECURSO ESPECIAL
AREsp nº 906898 / DF (2016/0103989-1)	AGRAVO
AREsp nº 925556 / SC (2016/0123597-9)	AGRAVO
AREsp nº 926458 / RS (2016/0124889-3)	AGRAVO
AREsp nº 920030 / DF (2016/0130948-3)	AGRAVO
REsp nº 1603357 / PE (2016/0132701-5)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1607483 / DF (2016/0156102-0)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1610142 / DF (2016/0168884-9)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1610319 / RS (2016/0169644-6)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1616584 / DF (2016/0196489-0)	RECURSO ESPECIAL
Rcl nº 32288 / DF (2016/0209811-1)	RECLAMAÇÃO
AREsp nº 968734 / SP (2016/0216553-9)	AGRAVO
REsp nº 1622435 / DF (2016/0226203-6)	RECURSO ESPECIAL
AREsp nº 974952 / SP (2016/0228501-1)	AGRAVO
AREsp nº 976022 / DF (2016/0230333-0)	AGRAVO

AREsp nº 978920 / SP (2016/0231181-1)	AGRAVO
REsp nº 1624781 / DF (2016/0236449-3)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1624790 / DF (2016/0236474-7)	RECURSO ESPECIAL
AREsp nº 985845 / SP (2016/0247181-1)	AGRAVO
AREsp nº 989474 / DF (2016/0253437-0)	AGRAVO
REsp nº 1630644 / DF (2016/0262693-3)	RECURSO ESPECIAL
REsp nº 1631108 / SP (2016/0264881-0)	RECURSO ESPECIAL
AREsp nº 1023788 / SP (2016/0304004-0)	AGRAVO

ANEXO IV
RELAÇÃO DE PROCESSOS NO TRF-2

NÚMERO	PEÇA
0007532-71.2016.4.02.0000	AGRAVO DE INSTRUMENTO
0001198-18.2005.4.02.5105	APELAÇÃO
0006767-37.2015.4.02.0000	AGRAVO DE INSTRUMENTO
0115389-39.2015.4.02.5101	APELAÇÃO
0150419-50.2016.4.02.5118	APELAÇÃO
0005102-49.2016.4.02.0000	AGRAVO DE INSTRUMENTO
0007532-71.2016.4.02.0000	AGRAVO DE INSTRUMENTO
0004969-07.2016.4.02.0000	AGRAVO DE INSTRUMENTO

ANEXO V
RELAÇÃO DE PROCESSOS NO TRF-3

NÚMERO	PEÇA
5003074-93.2016.4.03.0000	AGRAVO
0025781-82.2012.4.03.0000	AGRAVO
0028083-84.2012.4.03.0000	CAUTELAR
0033774-79.2012.4.03.0000	AGRAVO
0019277-93.2012.4.03.6100	APELAÇÃO
0017820-56.2013.4.03.0000	AGRAVO
0023235-20.2013.4.03.0000	AGRAVO
0025423-83.2013.4.03.0000	AGRAVO
0026629-35.2013.4.03.0000	HC
0027376-82.2013.4.03.0000	AGRAVO
0017985-39.2013.4.03.6100	APELAÇÃO
0018300-67.2013.4.03.6100	APELAÇÃO
0006595-57.2013.4.03.6105	APELAÇÃO
0004196-28.2013.4.03.6114	APELAÇÃO
0002359-10.2014.4.03.0000	AGRAVO
0013412-85.2014.4.03.0000	AGRAVO
0014489-32.2014.4.03.0000	AGRAVO
0027340-06.2014.4.03.0000	CAUTELAR
0015981-92.2014.4.03.6100	APELAÇÃO
0021819-16.2014.4.03.6100	APELAÇÃO
0000946-25.2015.4.03.0000	IMPUGNAÇÃO
0015361-13.2015.4.03.0000	CAUTELAR
0019758-18.2015.4.03.0000	AGRAVO
0019755-29.2016.4.03.0000	AGRAVO

ANEXO VI
RELAÇÃO DE PROCESSOS NO TRF-4

NÚMERO	PEÇA
5033292-32.2017.4.04.9445	REQUISIÇÃO
5057241-56.2015.4.04.9445	REQUISIÇÃO
5033291-47.2017.4.04.9445	REQUISIÇÃO
5006127-03.2013.4.04.7100	APELAÇÃO
5037643-59.2017.4.04.0000	AGRAVO
5022620-97.2014.4.04.7107	APELAÇÃO
5025863-30.2014.4.04.0000	AGRAVO
5020296-13.2017.4.04.0000	CONFLITO DE COMPETÊNCIA
5027097-47.2014.4.04.0000	AGRAVO
5027147-73.2014.4.04.0000	AGRAVO
5004068-77.2015.4.04.7001	APELAÇÃO
5021129-07.2012.4.04.0000	AGRAVO
5003758-59.2014.4.04.0000	AGRAVO
5030548-46.2015.4.04.0000	AGRAVO
5022686-77.2014.4.04.7107	APELAÇÃO
5001202-17.2011.4.04.7202	APELAÇÃO
5009682-51.2014.4.04.0000	AGRAVO
5017205-19.2012.4.04.7200	APELAÇÃO
5012515-13.2012.4.04.0000	AGRAVO
5030573-93.2014.4.04.0000	AGRAVO
5035868-49.2017.4.04.7100	APELAÇÃO
5013082-39.2015.4.04.0000	AGRAVO
5021003-20.2013.4.04.0000	AGRAVO
5050320-92.2015.4.04.0000	AGRAVO
5024067-23.2014.4.04.7107	APELAÇÃO
5027096-62.2014.4.04.0000	AGRAVO
5032579-73.2014.4.04.0000	AGRAVO
5003101-03.2014.4.04.7119	APELAÇÃO
5027591-09.2014.4.04.0000	AGRAVO
5022614-90.2014.4.04.7107	APELAÇÃO
5036985-06.2015.4.04.0000	AGRAVO
5022597-54.2014.4.04.7107	APELAÇÃO
5027095-77.2014.4.04.0000	AGRAVO
5014827-54.2015.4.04.0000	AGRAVO
5030849-22.2017.4.04.0000	AGRAVO
5000721-53.2016.4.04.0000	AGRAVO
5001303-26.2012.4.04.7200	APELAÇÃO
5040471-28.2017.4.04.0000	AGRAVO

5012653-57.2016.4.04.7107	APELAÇÃO
5051008-20.2016.4.04.0000	AGRAVO
5032650-41.2015.4.04.0000	AGRAVO
5013136-84.2011.4.04.7100	APELAÇÃO
5036058-80.2015.4.04.7100	AGRAVO
5017131-55.2017.4.04.0000	AGRAVO
5045087-46.2017.4.04.0000	AGRAVO
5024737-14.2016.4.04.7100	AGRAVO
5030405-23.2016.4.04.0000	AGRAVO
5011585-58.2013.4.04.0000	AGRAVO
5020892-36.2013.4.04.0000	AGRAVO
5016320-15.2015.4.04.7001	APELAÇÃO
5006908-93.2011.4.04.7100	APELAÇÃO
5046988-83.2016.4.04.0000	AGRAVO
5005235-18.2014.4.04.7114	APELAÇÃO
5023243-40.2017.4.04.0000	AGRAVO
5021730-87.2011.4.04.7100	APELAÇÃO
5002871-73.2014.4.04.7211	APELAÇÃO

ANEXO VII
RELAÇÃO DE PROCESSOS NO TRF-5

NÚMERO	PEÇA
0004710-80.2013.4.05.8100	APELAÇÃO
0007298-13.2013.4.05.0000	AGRAVO DE INSTRUMENTO
0003325-79.2013.4.05.8300	APELAÇÃO
0006710-60.2012.4.05.8400	APELAÇÃO
0001497-70.2012.4.05.8401	APELAÇÃO
0015379-81.2002.4.05.8100	APELAÇÃO
0012752-08.2012.4.05.0000	AGRAVO DE INSTRUMENTO
0012796-27.2012.4.05.0000	AGRAVO DE INSTRUMENTO
0009675-25.2009.4.05.8300	APELAÇÃO
0010699-25.2010.4.05.0000	AGRAVO DE INSTRUMENTO
0006569-89.2010.4.05.0000	AGRAVO DE INSTRUMENTO
0001271-29.2009.4.05.9999	AGRAVO DE INSTRUMENTO
0012493-32.2004.4.05.8200	APELAÇÃO
0002129-31.2007.4.05.9999	AGRAVO DE INSTRUMENTO