

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**Victor Wojcicki Flôres**

**OS CARTÉIS E OS MEIOS CONSENSUAIS DE SUA INVESTIGAÇÃO E  
COMBATE: o bem-estar do consumidor como finalidade.**

Porto Alegre

2016

VICTOR WOJCICKI FLÔRES

**OS CARTÉIS E OS MEIOS CONSENSUAIS DE SUA INVESTIGAÇÃO E  
COMBATE: o bem-estar do consumidor como finalidade.**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, na linha de pesquisa “Fundamentos Dogmáticos da Experiência Jurídica”, ênfase II: “consumidor e concorrência”.

Orientador: Professor Dr. Augusto Jaeger Junior

Porto Alegre

2016

**FOLHA DE APROVAÇÃO****OS CARTÉIS E OS MEIOS CONSENSUAIS DE SUA INVESTIGAÇÃO E  
COMBATE: o bem-estar do consumidor como finalidade.**

VICTOR WOJCICKI FLÔRES

\_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2016.

---

Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior

Orientador

---

Prof. Dr. Rafael de Freitas Valle Dresch

---

Prof. Dr. Fabiano Koff Coulon

---

Prof. Dr. Cristiano Heineck Schmitt

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais, Jorge e Maria Emília, por quem o amor que nutro não pode ser traduzido em palavras. Por figurarem como maior exemplo de amor, companheirismo, dedicação e caráter e também por tornarem a missão de superá-los cada dia mais difícil, meu mais carinhoso agradecimento.

À minha esposa, Juliana, suporte de meus sonhos e razão das minhas conquistas. Por sempre despejar sua confiança e amor sobre mim e por representar o que tenho de mais valioso em meu coração, meu mais amoroso agradecimento.

À minha irmã Luíza, Avó Wilma e demais familiares que sempre torceram por mim, ainda que à distância, meu fraterno agradecimento.

Ao meu orientador, Professor Doutor Augusto Jaeger Junior, por me acolher no programa de mestrado da UFRGS e por sempre confiar em mim ao longo dos 2 anos de curso, ainda que as tarefas sempre tenham sido entregues nos limites dos prazos, meu mais sincero e profundo agradecimento. Obrigado pelo apoio, compreensão, excelência e profissionalismo que sempre me ofertou. Este trabalho não teria sido concretizado sem sua participação.

Aos Professores Doutores Rafael de Freitas Valle Dresch e Fabiano Koff Coulon, por terem abrilhantado a banca de qualificação com suas incontestáveis sugestões, meu especial agradecimento.

Aos queridos servidores da UFRGS, especialmente os amigos da Secretaria do PPGDir, meu agradecimento pela amizade e carinho.

## RESUMO

A presente dissertação abarcará cinco temas bastante específicos: a defesa da concorrência, a defesa do consumidor, a prática do cartel, as formas consensuais de seu combate e investigação e o bem-estar do consumidor. No Brasil, verifica-se que, tanto a defesa da concorrência como a do consumidor se unem por um objetivo comum: o bem-estar do consumidor. Por isso, práticas tidas como ofensivas à ordem econômica podem desencadear danos graves aos consumidores, sendo um relevante exemplo disto a formação de cartéis, especialmente os relacionados à alteração artificial de preços. Dentre as práticas abusivas previstas no CDC, foi lançada elevação de preços sem justa causa, o que torna possível que a prática do cartel ou, ao menos, os seus efeitos sobre o preço, possam vir a ser reprimidos por ambas as esferas. Nesse sentido, buscou-se analisar os institutos consensuais de combate aos cartéis previstos na lei de concorrência: o “compromisso de cessação de conduta” e o “programa de leniência”, assim como seus possíveis efeitos benéficos sobre os consumidores. Desta feita, a presente dissertação visou a responder aos seguintes problemas de pesquisa: (i) qual o arcabouço jurídico-institucional à disposição da defesa do consumidor e da concorrência? (ii) qual o liame entre estas duas esferas? (iii) o que é “cartel” e de que forma ele atinge os consumidores (iv) o que são o “compromisso de cessação de conduta” e o “programa de leniência” e qual a sua utilidade ao combate dos cartéis? A conclusão obtida é que a defesa da concorrência e a do consumidor possuem um objetivo comum, o bem-estar do consumidor, a primeira de forma mediata e a segunda, imediata. Ademais, verificou-se o “cartel” como uma conduta altamente agressiva à livre concorrência e aos interesses dos consumidores, sendo possível que seus efeitos, de forma indireta, sejam penalizados pelo CDC. Finalmente, verificou-se a grande utilidade das formas consensuais – “compromisso de cessação de conduta” e “programa de leniência” – não apenas ao combate aos cartéis quanto à imediata cessação de seus efeitos, mas também como grande ferramenta de prova de sua ocorrência e garantia do bem-estar dos consumidores.

**Palavras-chave:** Livre Concorrência, Consumidor, Cartel, Compromisso de Cessação de Conduta, Programa de Leniência.

## ABSTRACT

The present dissertation involves five very specific issues: antitrust, consumer protection, cartels, consensual forms of its combat and investigation and consumer welfare. In Brazil, it is found that both the defense of competition as the consumer defense are united by a common goal: consumer welfare. Therefore, practices seen as offensive to the economic order can trigger serious harm to consumers, being a relevant example the cartel formation, especially those related to artificial price change. Among the abusive practices set out in Brazilian Consumer Defense Code (CDC), it was registered the prices raise without just cause, which makes it possible that the cartel, or at least its effects on the price, may be suppressed by both spheres. Therefore, it sought to analyze the consensual institutes of cartel's combat and investigation under competition law: the "Conduct Consent Decree" and "Leniency Program", as well as their possible beneficial effects on consumers. Thereby, this dissertation aimed to answer the following research problems: (i) what is the legal and institutional framework available to the consumer's and competition's protection? (ii) what is the link between these two spheres? (iii) what is "cartel" and how it affects consumers? (iv) what are the "Conduct Consent Decree" and "Leniency Program" and what is its usefulness to cartel's combat? The reached conclusion is that the defense of competition and the defense of consumer have a common purpose, consumer welfare, the first in a mediate way and the second immediately. In addition, the "cartel" was established as a highly aggressive approach to free competition and to the interests of consumers, being possible that their effects, indirectly, be penalized by the CDC. Finally, the great utility of consensual forms was verified - "Conduct Consent Decree" and "Leniency Program" - not only to fight against cartels to the immediate cessation of its effects, but also as a great proof tool of its occurrence and assurance of the well-being of consumers.

**Keywords:** Free Competition, Consumer, Cartel, Conduct Consent Decree, Leniency Program

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2. A ANÁLISE DA ESTRUTURA JURÍDICO-INSTITUCIONAL, DA FINALIDADE COMUM E DO OBJETO DE REPRESSÃO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA E DO CONSUMIDOR .....</b>	<b>13</b>
2.1. O histórico do arcabouço normativo e institucional da defesa da concorrência e do consumidor no direito pátrio .....	13
2.2. O objetivo comum da defesa da concorrência e do consumidor e o combate às infrações à ordem econômica e às práticas abusivas .....	45
<b>3. O CARTEL ENQUANTO GRAVE LESÃO À CONCORRÊNCIA E AOS CONSUMIDORES E OS MEIOS CONSENSUAIS DE CESSAÇÃO DE SEUS EFEITOS .....</b>	<b>81</b>
3.1. O Cartel como causa de graves infrações à ordem econômica e práticas abusivas e os seus efeitos no bem-estar dos consumidores .....	82
3.2. O Termo de Compromisso de Cessação de Conduta e o Programa de Leniência no combate aos cartéis: efeitos sobre o bem-estar dos consumidores.....	113
<b>4. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>153</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>156</b>

## INTRODUÇÃO

Historicamente, é possível observar, com certa frequência, a quebra de modelos e parâmetros no que tange ao papel do Estado, especialmente quando o escopo de análise passa pela atividade econômica. De uma diretriz liberal calcada na regulação de mercado por uma “mão invisível”, com a criação das grandes corporações do aço, carvão, borracha, alumínio e da produção em série, passa-se a um Estado interventor calcado na regulação de mercado e, até mesmo, no papel de executor de atividades econômicas. Vê-se, pois, verdadeira mudança de postura estatal, o que impactou o mercado de forma direta.

Paulatinamente, por consequência da quebra do modelo intervencionista e do estabelecimento das constituições dirigentes de caráter social, o Estado deixa de ser protagonista na execução da atividade econômica e passa a assumir a função de agente normativo e regulador, cujo objetivo, precipuamente, é dar efetividade a preceitos e diretrizes constitucionais, como referido, de caráter eminentemente social.

A preservação da livre iniciativa e da livre concorrência, ao receber previsão constitucional, passa a integrar o rol do ativismo Estatal na medida em que o Ente Público avoca o dever de incentivo de aumento dos níveis de emprego, de renda da população e de crescimento econômico através da maximização da eficiência na alocação de recursos em jogo no mercado. A função estatal, em última análise, é garantir o acesso da integralidade da população ao mercado consumidor, o que demanda “capacidade econômica” (renda) dos agentes de consumo, motivo pelo qual passa o Estado também a agir impedindo a transferência indevida de recurso entre fornecedores e consumidores.

É importante entender o conceito de “riqueza social” não só no aspecto monetário, mas também no sentido de desenvolvimento de melhores e inovadores produtos e serviços, cujo valor agregado é, evidentemente, consequência direta de um ambiente amplamente competitivo protagonizado por agentes produtivos motivados e realmente concorrentes.

E, na medida em que, ao lado da livre concorrência e livre iniciativa, a Constituição Federal consigna como objetivo fundamental da ordem econômica a defesa do consumidor, passa-se a justificar a própria existência do Direito de Defesa da Concorrência pela busca da maximização do bem-estar dos consumidores, evidenciando-se uma afinidade de objetivos com outro microsistema jurídico: O Direito de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido, no que tange ao ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que o consumidor passa a ser protegido por dois microsistemas jurídicos: a Lei n.º 8.078/1990, também chamada de Código de Defesa do Consumidor, que realiza uma proteção imediata, e a Lei n.º 12.529/2011, viga mestra do direito de defesa da concorrência nacional, responsável por uma defesa mediata.

A atuação de ambos os sistemas, considerando-se uma Constituição Federal dirigente calcada em princípios sociais, deve se dar de forma teleológica, sistêmica e, por isso, apesar de adotarem lógicas distintas (o que justifica a própria existência de sistemas diversos), ambos devem visar à preservação do poder de escolha do consumidor, sua liberdade de decisão e de livre convicção, pautando o mercado por suas necessidades e resgatando a ideia do consumidor soberano, não escravo dos desejos de fornecedores organizados, o que se verifica, por exemplo, em mercados não competitivos.

A tutela do consumidor pelo direito consumeirista, evidentemente, ocorre de forma direta. Todavia, no que tange ao direito de defesa da concorrência, tal cenário constitui exceção, sendo verificado nas infrações da ordem econômica calcadas no aumento arbitrário de lucros ou no exercício abusivo de posição dominante de mercado. Nos demais casos, a defesa do consumidor é verificada de forma secundária, ganhando efetividade pela própria proteção da concorrência.

A recente vigência da Lei n.º 12.529/2011 manteve, como fazia a legislação revogada, o aumento arbitrário de lucros e o abuso de posição dominante de mercado como efeitos caracterizadores de condutas anticompetitivas, das quais cita-se como exemplo as manobras colusivas entre concorrentes no sentido de manipulação ou

acordo sobre preços de bens ou serviços ofertados individualmente, o chamado cartel<sup>1</sup>, ilícito considerado grave distorção de mercado, fato comprovado pela sua capitulação paralela como tipo penal pela Lei n. 8.137/1990.

O cartel afeta a possibilidade de escolha dos consumidores e maximiza sua fragilidade na relação de consumo, retirando-lhes parcela do excedente<sup>2</sup>, motivo pelo qual lhes causa prejuízos diretos. E, independentemente da conduta colusiva (eis que o aumento de lucros / preços de maneira injustificada pode ser praticado de forma isolada, sem combinação entre os concorrentes), o direito do consumidor também se preocupa em reprimir tal cenário, elencando como prática abusiva ao consumidor a elevação de preços de produtos ou serviços sem justa causa. De fato, o sistema consumerista, em relação à proteção contratual do consumidor, considera nulas de pleno direito as cláusulas que permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral.

Considerando o cenário de dupla capitulação dos efeitos do cartel relativos ao aumento arbitrário de lucros e do abuso de posição dominante através da majoração de preços de forma orquestrada e injustificada, surge o presente estudo, cuja finalidade é averiguar as interações entre ambos os microsistemas jurídicos enquanto maximizadores do bem-estar do consumidor.

Nesse sentido, utilizando o método dedutivo de abordagem de dados, a presente dissertação será dividida em duas grandes partes. O capítulo inaugural buscará analisar as estruturas comuns e as condutas sancionadas por cada sistema legal, partindo-se, em um segundo momento, para a análise em concreto da infração à ordem econômica denominada “cartel” e dos seus efeitos sobre os consumidores.

O capítulo 1 (um), denominado “A análise da estrutura jurídico-institucional, da finalidade comum e do objeto de repressão da defesa da concorrência e do consumidor se subdivide em 2 (dois) pontos.

---

<sup>1</sup> Para fins introdutórios, conceitua-se, neste momento, cartel como conduta colusiva no sentido de alterar o panorama real de mercado, tanto quanto ao preço como demanda ou oferta.

<sup>2</sup> Para aprofundamento do estudo sobre o excedente do consumidor, ver: VARIAN, Hal R. **Microeconomia: uma abordagem moderna**. 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 264.

O primeiro, intitulado “O histórico do arcabouço normativo e institucional da defesa da concorrência e do consumidor no direito pátrio”, analisará a evolução legislativa e constitucional tanto da defesa do consumidor como da defesa da concorrência para, em seguida, averiguar quais as instituições que compõem o SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – e o SNDC – Sistema Nacional de Defesa do Consumidor –, propiciando ao leitor uma efetiva visualização das mudanças no trato legal das matérias e a atual estrutura disponível no direito pátrio para sua efetivação.

Já o segundo ponto do capítulo inicial, intitulado “O objetivo comum da defesa da concorrência e do consumidor e o combate às infrações à ordem econômica e às práticas abusivas”, buscará complementar o ponto anterior, destacando a existência de uma finalidade específica comum, uma verdadeira identidade entre o direito de defesa da concorrência e o de defesa do consumidor no Brasil, qual seja, o bem-estar do consumidor. Em seguida, delineada essa finalidade comum entre os sistemas, passar-se-á ao estudo do meio de tipificação adotado na Lei de Defesa da Concorrência para definir as infrações à ordem econômica – art. 36 da Lei n. 12.529/2011 – e no Código de Defesa do Consumidor para definir as práticas abusivas à relação de consumo – art. 39 da Lei n. 8.078/1990.

Este primeiro capítulo contribuirá para a conclusão na medida em que comprovará a evolução simultânea dos sistemas de defesa da concorrência e de defesa do consumidor, bem como a sua finalidade comum de raiz constitucional, qual seja, o bem-estar do consumidor e os diversos conceitos e roupagens que lhe foram atribuídas pelas escolas econômicas. Ainda no primeiro capítulo, serão apresentadas as condutas e a forma de capitulação por cada sistema, permitindo que, no segundo capítulo, seja iniciado o debate específico envolvendo as condutas cartelistas, a prática abusiva da elevação de preço sem justa causa, os instrumentos consensuais para combate e investigação de cartéis e os efeitos destes no incremento do bem-estar dos consumidores.

O capítulo 2 (dois) da presente dissertação, intitulado “O cartel enquanto mais grave lesão à concorrência e aos consumidores e os meios consensuais de cessação de seus efeitos”, assim como o primeiro, será dividido em 2 (dois) tópicos.

O primeiro ponto, intitulado “O cartel como causa das mais graves infrações à ordem econômica e práticas abusivas e os seus efeitos no bem-estar dos consumidores”, estudará de forma específica a figura do cartel, seu conceito, condições de ocorrência, espécies e, especialmente, seus efeitos sobre o bem-estar dos consumidores e sobre as práticas abusivas das relações de consumo.

Na parte final do capítulo 2 (dois), intitulada “A adoção do Programa/acordo de Leniência e do Termo de Compromisso de Cessação de Conduta no combate aos cartéis”, serão estudadas duas ferramentas consensuais previstas na Lei de Defesa da Concorrência – Lei n. 12.529/2011 – e sua utilidade prática no combate aos cartéis, tanto no que interessa à imediata cessação de seus efeitos como a utilização de tais institutos como grandes ferramentas de prova da ocorrência cartelista.

Ao final da pesquisa, espera-se obter as respostas aos seguintes questionamentos: (i) qual o arcabouço jurídico-institucional à disposição da defesa do consumidor e da concorrência? (ii) qual o liame entre estas duas esferas? (iii) o que é “cartel” e de que forma ele atinge o bem-estar dos consumidores (iv) o que são o “compromisso de cessação de conduta” e o “programa de leniência” e qual a sua utilidade ao combate dos cartéis e incremento ao bem-estar dos consumidores?

Finalmente, destaca-se que a técnica de pesquisa empregada será essencialmente bibliográfica, com apoio, também, na coleta de jurisprudência, de decisões administrativas e de legislações do Brasil e de outras jurisdições pertinentes. Quanto à metodologia de interpretação, o material pesquisado será avaliado sob o viés sistemático e teleológico.

## **2. A ANÁLISE DA ESTRUTURA JURÍDICO-INSTITUCIONAL, DA FINALIDADE COMUM E DO OBJETO DE REPRESSÃO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA E DO CONSUMIDOR**

A presente dissertação, neste ponto inaugural, analisará a evolução legislativa da defesa da concorrência e da defesa do consumidor para delinear o estágio normativo atual e as instituições que sustentam o SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e o SNDC – Sistema Nacional de Defesa do Consumidor para, em um segundo momento, avaliar a existência de um objetivo comum entre as duas esferas jurídicas – o bem-estar do consumidor – e a forma de tipificação das infrações à ordem econômica – art. 36 da Lei n. 12.529/2011<sup>3</sup> – e das práticas abusivas à relação de consumo – art. 39 da Lei n. 8.078/1990.<sup>4</sup>

### **2.1. O histórico do arcabouço normativo e institucional da defesa da concorrência e do consumidor no direito pátrio**

Inicialmente, é fundamental destacar a evolução normativa da Defesa da Concorrência e do Consumidor no Direito Brasileiro, justamente para se averiguar quais as diretrizes que conduziram os legisladores e constituintes na construção dos sistemas legais vigentes.

O estudo da disciplina da concorrência no Brasil demanda um delineamento da evolução histórica das políticas públicas que divisam a atuação do Estado na economia, com a conseqüente análise da inequívoca relação entre Direito Econômico e Direito da Concorrência.<sup>5</sup>

Evidentemente, o Brasil colonial foi marcado pelo monopólio econômico da Coroa Portuguesa, com inequívoca intenção de mera exploração dos recursos coloniais. Conforme lição de FORGIONI:<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> BRASIL. Lei n. 12.529/11, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**: 2 de dezembro de 2011.

<sup>4</sup> BRASIL. Lei n. 8.078/90, de 11 de setembro de 1990. **Diário Oficial da União**: 12 de setembro de 1990.

<sup>5</sup> FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 82.

<sup>6</sup> FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 86.

A vedação do comércio com outros países que não Portugal acabava por determinar uniformização nos preços das matérias-primas exportadas, pois o monopólio do comércio internacional fazia com que houvesse, no Brasil, um monopólio bilateral, ou seja, um único comprador de produtos de exportação e um único vendedor dos bens provenientes da Europa.

Por óbvio, inexistia, nesta época, qualquer incentivo ou interesse de desenvolvimento ao progresso econômico, não havendo que se falar em defesa da concorrência ante a completa ausência desta. Novamente, destaca FORGIONI que a política de exploração monopolística foi substituída pela política liberal, marcada pela adoção de medidas de incentivo ao desenvolvimento industrial nacional e a abertura econômica ao comércio com nações amigas.<sup>7</sup>

A quebra do pacto colonial, ocorrida em 1808 com a chegada da Família Real ao Brasil, desencadeou a necessidade de desenvolvimento da economia nacional, com sua integração no cenário internacional.<sup>8</sup>

Com o ambiente de crise financeira e social vivenciada por Portugal em 1820, após o retorno da Família Real ao país de origem, a Coroa Portuguesa buscou reestabelecer as vantagens mercantis antes verificadas sobre o Brasil, elemento que ensejaria a tentativa de recolonização do país. Nesse sentido, vislumbrando a possibilidade de retrocesso econômico, foi desencadeada a Independência do Brasil, em 1822.<sup>9</sup>

A Constituição de 1824, também chamada de “Constituição do Império”, possuía forte inspiração iluminista. Fulcrada na ideia de autorregulação econômica, cabia ao Estado apenas garantir o funcionamento das leis naturais.<sup>10</sup> Destaca-se o inciso XXIV do art. 179, que fixava que “nenhum gênero de trabalho, de cultura,

---

<sup>7</sup> FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 81.

<sup>8</sup> CONSIDERA, Claudio Monteiro. Uma breve história da economia política da defesa da concorrência. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 9, Jan / 2002, p. 3-34.

<sup>9</sup> FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 92.

<sup>10</sup> LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. **Direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 106.

indústria ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança e à saúde dos cidadãos.”<sup>11</sup>

No que tange à Constituição de 1891, sua grande inovação restou limitada à instauração do Regime Republicano, não possuindo elementos suficientes para a sua caracterização como uma “constituição econômica”. Todavia, destaca-se a disposição do art. 72, §24º da Carta Constitucional que, ao garantir o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial, reconhecia a necessidade de preservação de uma espécie de livre iniciativa.<sup>12</sup>

Vê-se, assim, que o período denominado “Brasil Império” não apresentou evoluções no que tange à defesa da concorrência em nível constitucional, merecendo destaque, na esfera legal, o Esboço do Código Civil, datado de 1865 que, em seu art. 3046, proibia as sociedades “destinadas a embaraçar a liberdade do comércio, ou da indústria”, restando abarcadas em tal conceito as sociedades ou convênios entre comerciantes para venderem suas mercadorias ou entre fabricantes para venderem seus produtos, por um preço taxado” e as “sociedades ou conluios para impedir a concorrência de compradores nas vendas públicas”.<sup>13</sup>

De qualquer forma, após a proclamação da república, verificou-se um fator crucial para o desenvolvimento tanto das legislações de defesa da concorrência como de defesa do consumidor: a consolidação, em nível constitucional, de uma ordem econômica, o que ocorreu, no Brasil, na Constituição de 1934.<sup>14</sup> Referida carta constitucional, fortemente influenciada pela Constituição Mexicana de 1917<sup>15</sup> e pela Constituição Alemã de Weimar de 1919<sup>16</sup>, instrumentos denominados “constituições sociais”, ao conferir status constitucional à disciplina da ordem econômica, assegurou

---

<sup>11</sup> BRASIL. Constituição política do Imperio do Brasil. **Diário Oficial**: 25 de março de 1824.

<sup>12</sup> BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial**: 25 de março de 1824.

<sup>13</sup> FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 94.

<sup>14</sup> BRASIL. Constituição de 1934. **Diário Oficial**: 16 de julho de 1934.

<sup>15</sup> MÉXICO. Constituição da República do México de 1917. **Diario Oficial de la Federación**: 5 de fevereiro de 1917.

<sup>16</sup> ALEMANHA. Constituição do Império Alemão de 1919. **Amtsblatt**: 11 de agosto de 1919.

o exercício da liberdade econômica em conformidade com “os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional”, nos termos do art. 115.<sup>17</sup>

O final do século XIX e início do século XX foram marcados pela gradual ruptura do Estado Liberal que se ultimou em 1929 com a quebra da Bolsa de Nova Iorque. Desde o episódio, passou-se a admitir a incapacidade das forças do mercado em prover respostas e soluções coletivas para a crise econômica da época, razão pela qual foi necessária a existência de uma parceria entre Estado e sociedade, entre Estado e mercado.

Por via de consequência, o Estado passou a intervir na atuação dos agentes econômicos, tradicionalmente caracterizada pelo individualismo e pela competição, para representar os interesses coletivos, interesses estes que não se referiam somente às massas e às populações carentes, mas também aos interesses das classes produtivas, uma vez que nenhum agente conseguiria por si resolver a situação de crise, o que tornou necessária a intervenção do Estado no sentido de prover um resultado social mais efetivo.<sup>18</sup>

Neste contexto, as Constituições dos países capitalistas do século XX inauguraram uma projeção ampliada das funções do Estado sobre o domínio econômico para garantia de uma ordem comum.

Destaca-se que a Carta Constitucional de 1934<sup>19</sup> também refletiu em seu teor as alterações sociais ocorridas após a I Guerra Mundial, apresentando uma, ainda que rasa, busca de justiça social<sup>20</sup> ao instituir, por exemplo, a Justiça do Trabalho, denotando o reconhecimento dos direitos dos trabalhadores sem se afastar, por óbvio,

---

<sup>17</sup> CONSIDERA, Claudio Monteiro. Uma breve história da economia política da defesa da concorrência. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 9, Jan / 2002, p. 3-34.

<sup>18</sup> CAIXETA, Débora Batista. Novas diretrizes da política antitruste brasileira: o consumidor e a atuação do Ministério Público na defesa de seus interesses. **Revista de Defesa da Concorrência**, n°1, Maio 2013, pp. 71-104. p. 77.

<sup>19</sup> BRASIL. Constituição de 1934. **Diário Oficial**: 16 de julho de 1934.

<sup>20</sup> CARDOSO JÚNIOR, José Celso. **A constituição brasileira de 1988 revisitada: recuperação histórica e desafios atuais das políticas públicas nas áreas econômica e social**. Brasília: IPEA, 2009, p. 273.

da adoção da livre iniciativa como princípio<sup>21</sup>, remanescendo, assim, seu caráter liberal.<sup>22</sup>

Especificamente no campo da ordem econômica, foi inserido em seu texto o título “Da Ordem Econômica e Social” que, por meio dos arts. 115 a 143, buscava garantir a “liberdade econômica”, desde que assegurada a todos a existência digna.

Todavia, a legislação infraconstitucional responsável pela normatização do exercício de tais princípios jamais foi editada, o que retirou a aplicabilidade das disposições supracitadas. E é possível afirmar que tal Carta Constitucional teve seus ideais liberais enfraquecidos a partir do momento em que entendeu que, para o cidadão ser livre economicamente, bastava assegurar-lhe direitos sociais, a serem prestados pelo Estado, alçando este para o status de condutor da economia.

Posteriormente, a Carta Constitucional de 1937<sup>23</sup>, denominada “Constituição do Estado Novo”, atentou para a necessidade de resguardo e proteção da economia popular, ao consignar que “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”, conforme texto do art. 141.<sup>24</sup>

Referido texto constitucional tratou da ordem econômica nos seus arts. 135 a 155. Cumpre destacar que este foi o primeiro texto constitucional a consignar diretamente a intervenção do Estado no domínio econômico, desde que limitada a

---

<sup>21</sup> BERCOVICI refere: “A livre iniciativa, no texto constitucional de 1988 (artigos 1º, IV e 170, caput), não representa um triunfo do individualismo econômico, mas é protegida em conjunto com a valorização do trabalho humano, em uma ordem econômica com o objetivo de garantir a todos uma vida digna, com base na justiça social. Isso significa que a livre iniciativa é fundamento da ordem econômica constitucional no que expressa de socialmente valioso, o que não representa nenhuma novidade na tradição constitucional brasileira, pois a livre iniciativa está presente como fundamento da ordem econômica constitucional desde 1934”. (BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e o desenvolvimento regional do Brasil, **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, v. 8, 2008, p. 37-54.)

<sup>22</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 108.

<sup>23</sup> BRASIL. Constituição de 1937. **Diário Oficial**: 10 de novembro de 1937.

<sup>24</sup> BRASIL. Constituição de 1937. **Diário Oficial**: 10 de novembro de 1937.

suprir as deficiências da iniciativa privada e coordenar os fatores de produção, cenário que acaba por significar um maior papel do Estado na condução econômica.<sup>25</sup>

Diferentemente da Constituição predecessora, aqui houve a edição de normativa legal regulamentadora, qual seja, o Decreto-Lei n. 869/38 que, ao elencar os crimes contra a economia popular, realizou o esboço da primeira norma de defesa da concorrência no solo pátrio:<sup>26</sup>

Art. 2º: (...)

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;

Perceba-se que o inciso IV supracitado destaca expressamente como crime a prática de conduta atentatória ao “consumo do povo”, especialmente caso a prática enseje alta de preços ou domínio de mercado, denotando a clara vinculação, já nesta época, entre o direito antitruste e a preservação dos direitos dos consumidores.<sup>27</sup>

OLIVEIRA destaca que a mescla de duas vertentes que entende serem, até certa medida, contraditórias – a defesa da economia popular e a defesa da concorrência – configurou verdadeira característica dos países em desenvolvimento.<sup>28</sup>

<sup>25</sup> BRASIL. Constituição de 1937. **Diário Oficial**: 10 de novembro de 1937.

<sup>26</sup> BRASIL. Decreto-Lei n. 869/38. **Diário Oficial**: 18 de novembro de 1938.

<sup>27</sup> Segundo Oliveira, o caráter instrumental do direito da concorrência, no Brasil, presente desde as suas origens, sempre permitiu que a proteção do consumidor fosse compreendida como uma de suas finalidades. OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Defesa da concorrência e proteção do consumidor. **Revista do IBRAC**, São Paulo: IBRAC, v. 14, n. 01, 2007, p. 169-181. p. 172.

<sup>28</sup> OLIVEIRA, Gesner. **Concorrência - panorama no Brasil e no mundo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001. p. 11.

Em 1945, foi editado o Decreto-Lei n. 7.666/45, denominado “Lei Malaia”, que, ao repisar a defesa da concorrência sob o caráter de proteção à economia popular<sup>29</sup>, consignou no art. 1º:<sup>30</sup>

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; (redação original).

Referida norma também trouxe como consequência a criação da Comissão Administrativa de Defesa Econômica – CADE, cuja competência era a fiscalização, o processamento e o julgamento de práticas contrárias à ordem econômica. Todavia, DOMINGUES destaca que a ausência de normativas acessórias e o fraco poder político do órgão lhe tiraram qualquer efetividade.<sup>31</sup>

O panorama constitucional brasileiro foi novamente modificado quando da edição da Constituição de 1946<sup>32</sup>, que surgiu imediatamente após o término da ditadura brasileira e o fim da II Guerra Mundial, razão pela qual seu texto guarda íntima relação com os ideais democráticos. Seu texto prevê o Capítulo “Da ordem Econômica e Social”, arts. 145 a 162, sendo inaugurada a referência expressa ao termo “princípio da justiça social” no art. 145, atuando este como um ponto conciliador entre a liberdade de iniciativa e a valorização do trabalho humano.

Conforme destaca FONSECA, os ideais da Carta Constitucional de 1946 são neoliberais, socorrendo à defesa dos princípios básicos do liberalismo político e econômico, mas são moldados pelas novas conquistas sociais e guiados pela nova postura do Estado perante o fenômeno econômico.<sup>33</sup>

<sup>29</sup> RAMOS, José Nabantino. **Sistema brasileiro de direito econômico**. São Paulo: Resenha Tributária, 1977. p. 211

<sup>30</sup> BRASIL. Decreto-Lei n. 7.666/45. **Diário Oficial**: 22 de junho de 1945.

<sup>31</sup> DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Os meios de Combate aos Cartéis Internacionais Hard-Core**. UFSC: Florianópolis, 2005. p. 20.

<sup>32</sup> BRASIL. Constituição de 1946. **Diário Oficial**: 19 de setembro de 1946.

<sup>33</sup> LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. **Direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 116.

Cumprir destacar que o monopólio da União Federal sobre a indústria ou atividade econômica por razões de interesse público, consignado na Constituição Federal anterior, restou mantido pela Carta de 1946, restando vigente o intervencionismo estatal.

Da mesma forma, a Constituição de 1946<sup>34</sup> inovou ao consignar expressamente a “função social da propriedade”, condicionando o uso desta ao “bem-estar social” no art. 147.<sup>35</sup>

Todavia, o dispositivo que merece real destaque é o art. 148, no qual restou expressamente consignada a repressão ao abuso do poder econômico como objetivo nacional:

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.

Entretanto, somente após a vigência da Lei n. 4.137/62<sup>36</sup>, o artigo constitucional supracitado obteve eficácia material plena. A Lei n. 4.137/62, no art. 2º, entendeu como formas de abuso do poder econômico as seguintes condutas:<sup>37</sup>

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;

<sup>34</sup> BRASIL. Constituição de 1946. **Diário Oficial**: 19 de setembro de 1946.

<sup>35</sup> BRASIL. Constituição de 1946. **Diário Oficial**: 19 de setembro de 1946.

<sup>36</sup> BRASIL. Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962. **Diário Oficial**: 12 de novembro de 1962.

<sup>37</sup> BRASIL. Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962. **Diário Oficial**: 12 de novembro de 1962.

g) criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa.

**II- Elevar sem justa causa os preços, nas 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 preços 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 empresas concorrentes ou de vendedores de matérias-primas;**

**IV- Formar grupo econômico, por agregação de empresas, 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 à 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. (Grifo nosso)

É importante destacar, igualmente, que a Lei n. 4.137/62<sup>38</sup> ensejou a criação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, órgão judicante com função de apuração e repressão de condutas antitruste. Vinculado ao Ministério da Justiça, teve atuação demasiadamente discreta até a década de 1990<sup>39</sup>, sendo frequentes as anulações de suas decisões administrativas pelo Poder Judiciário no período.<sup>40</sup> Da mesma forma, FORGIONI entende que a aplicação da lei foi “abafada”, restando utilizada como instrumento de retaliação e ameaça pelo Estado.<sup>41</sup> Ainda assim, para JAEGER JUNIOR, a Lei n. 4.137/62<sup>42</sup> foi a primeira lei antitruste brasileira.<sup>43</sup>

<sup>38</sup> BRASIL. Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962. **Diário Oficial**: 12 de novembro de 1962.

<sup>39</sup> Nesse sentido, CARPENA E FORGIONI: CARPENA, Heloisa. O consumidor no direito da concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 110 e FORGIONI, Paula Andrea. Os fundamentos do antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 137.

<sup>40</sup> FORGIONI, Paula Andrea. Os fundamentos do antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 116.

<sup>41</sup> FORGIONI, Paula Andréa. Os Fundamentos do Antitruste. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 116.

<sup>42</sup> BRASIL. Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962. **Diário Oficial**: 12 de novembro de 1962.

<sup>43</sup> JAEGER JUNIOR, Augusto. **Direito Internacional da Concorrência**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

No que concerne à Constituição de 1967<sup>44</sup>, salienta-se que, em consonância com o regime político vivido à época, guardam forte vinculação à segurança e ao desenvolvimento nacional.<sup>45</sup> O seu texto estabelece como princípios regentes da ordem econômica a liberdade de iniciativa, a valorização do trabalho como condição de dignidade humana, a função social da propriedade, a harmonia e solidariedade entre os fatores de produção, o desenvolvimento econômico e a repressão ao abuso do poder econômico<sup>46</sup>, este último, conforme expressa previsão do texto constitucional, “caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros”.<sup>47</sup>

De qualquer forma, o marco seguinte, que representou legítimo paradigma à proteção da economia popular e defesa da concorrência, foi a promulgação da Constituição Federal de 1988.<sup>48</sup>

De fato, o que se verifica a partir do texto constitucional supracitado é uma nova orientação, que abandona o caráter intervencionista anterior, restringindo a atuação estatal apenas para a atuação com finalidade de garantia da livre iniciativa dos particulares.<sup>49</sup> Por óbvio, o Estado passa a ser um mero agente normativo / regulador, deixando de ser um agente econômico e liberando acesso aos particulares a setores econômicos até então resguardados a ele.<sup>50</sup> Limitando sua interferência, o Estado passa a focar na implementação de políticas públicas que permitam a manutenção da estabilidade e segurança dos mercados.<sup>51</sup>

---

<sup>44</sup> BRASIL. Constituição de 1967. **Diário Oficial**: 24 de janeiro de 1967.

<sup>45</sup> LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. **Direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 122.

<sup>46</sup> Importante citar a posição de CARVALHOSA ao ferir que a disciplina da economia naquela época visava à conservação da elasticidade do Sistema econômico, essencial ao seu progresso, ao estabelecimento de uma distribuição de renda mais justa, ao combate de monopólios, à substituição da atividade privada onde ela faltasse ou fosse insuficiente e à tutela do empreendedor face ao seu concorrente. CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. **Poder econômico: a fenomenologia – seu disciplinamento jurídico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 125.

<sup>47</sup> BRASIL. Constituição de 1967. **Diário Oficial**: 24 de janeiro de 1967.

<sup>48</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Diário Oficial da União**: 5 de outubro de 1988.

<sup>49</sup> PETER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado do art. 170 da Constituição Federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 162.

<sup>50</sup> JAEGER JUNIOR, Augusto. **Direito Internacional da Concorrência**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

<sup>51</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

Em seu título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, que abarca os arts. 170 a 192 do texto constitucional, são verificados 4 (quatro) capítulos: a) Capítulo I – Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica; b) Capítulo II – Da Política Urbana; c) Capítulo III – Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária; e d) Capítulo IV – Do Sistema Financeiro Nacional.

À parte da Constituição que traz os fundamentos jurídicos da ordem econômica, se chama de constituição econômica formal<sup>52</sup>, sendo a constituição econômica material composta por todos os fundamentos que disciplinem a vida econômica de uma determinada ordem jurídica, ainda que não contidos exclusivamente na Carta Política.<sup>53</sup>

A grande relevância do texto constitucional de 1988 para a presente pesquisa, todavia, reside nos arts. 170 e 173, §4º ao estabelecerem o seguinte:

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

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

**IV - livre concorrência;**

**V - defesa do consumidor;**

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (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. (Grifo nosso)

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.**

§ 4º - **A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.** (Grifo nosso)

<sup>52</sup> GOMES, Carlos Jacques Vieira. **Ordem econômica constitucional e direito antitruste**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004. p. 71.

<sup>53</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 71.

É interessante notar a expressa consignação dos princípios norteadores da atividade econômica, cuja atuação se dá através da relativização recíproca, pautando o agir do Estado nos novos moldes constitucionais, o que MARQUES denomina de “ordem pública econômica”.<sup>54</sup> Dentre os princípios elencados no art. 170 da Carta Federal, ganham especial destaque 3 (três) deles: a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor, que passam a ser individualmente analisados.<sup>55</sup>

No que tange à livre iniciativa, é imperioso destacar que, além de princípio norteador da ordem econômica, configura verdadeiro fundamento da República Federativa do Brasil e do próprio Estado Democrático de Direito nacional, conforme previsão expressa do art. 1º, IV da Carta Federal.<sup>56</sup>

Conforme lição de CARPENA, tanto a liberdade de iniciativa como a liberdade de concorrência configuram subprincípios do próprio princípio da liberdade.<sup>57</sup>

Explorando o significado de “livre iniciativa”, GRAU preceitua que o sujeito é “livre para a realização de qualquer negócio ou exercício de qualquer profissão, sendo, contudo, obrigado a se munir previamente de uma ‘patente’ (imposto direto), a pagar as taxas exigíveis e a se sujeitar aos regulamentos de polícia aplicáveis”.<sup>58</sup>

Para GRAU e SILVA, a livre iniciativa apresenta reflexos circunstanciais ao contexto econômico abrangente da liberdade de indústria e de comércio, ou liberdade

---

<sup>54</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo Regime das Relações Contratuais**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 597.

<sup>55</sup> Nesse sentido, expõe Cláudia Lima Marques: “a Constituição Federal de 1988, pela primeira vez na história dos textos constitucionais brasileiros, dispõe expressamente sobre a proteção dos consumidores, identificando-os como grupo a ser especialmente tutelado através da ação do Estado”. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo Regime das Relações Contratuais**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 595.

<sup>56</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Diário Oficial da União**: 5 de outubro de 1988.

<sup>57</sup> CARPENA, Heloisa. **O consumidor no direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 34-35.

<sup>58</sup> “O princípio da liberdade de iniciativa econômica – originariamente postulado no édito de Turgot, de 9 de fevereiro de 1776 – inscreve-se plenamente no decreto d’Allarde, de 2-17 de março de 1791, cujo art. 7.º determinava que, a partir de 1º de abril daquele ano, seria livre a qualquer pessoa a realização de qualquer negócio ou exercício de qualquer profissão, arte ou ofício que lhe aproovesse, sendo contudo ela obrigada a se munir previamente de uma ‘patente’ (imposto direto), a pagar as taxas exigíveis e a se sujeitar aos regulamentos de polícia aplicáveis.” Grau, 1997, p. 225.

de empresa, e a liberdade de contrato.<sup>59 60</sup> Para NUSDEO, o princípio da livre iniciativa preconiza a “manutenção das possibilidades reais de acesso e exercício de atividade econômica pelos indivíduos, como garantia de sua liberdade econômica”.<sup>61</sup>

É importante trazer o conceito de livre iniciativa para REALE:<sup>62</sup>

(...) não é senão a projeção da liberdade individual no pleno da produção, circulação e distribuição de riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados. Liberdade de fins e de meios informa o princípio da livre iniciativa, conferindo-lhe um valor primordial, como resulta da interpretação conjugada dos citados arts. 1º e 170.

Conforme já destacado por MARQUES e citado neste trabalho, um princípio não pode receber valia absoluta por parte do intérprete no contexto do sistema jurídico (discurso do direito positivo), sob pena de conduzir este último ao desequilíbrio (ou desordem), devendo, ao contrário, respeitar um mecanismo de troca de tensões imanente a sua relação com outros princípios no processo dinâmico de concretização dos comandos contidos no discurso jurídico-positivo.<sup>63</sup>

Destaca-se a posição de GABAN e DOMINGUES<sup>64</sup> sobre a relativização da livre iniciativa:

Assim, chega-se ao limite do exercício do princípio da livre iniciativa, o qual, preconizando uma liberdade de escolha e/ou ação econômica, pode resultar em óbices ou impedimentos ao bem-estar econômico e social e, diga-se de passagem, à própria livre iniciativa num escopo universalizado. Tal ocorre, a título de exemplo, com os fenômenos da concentração de poder de mercado e de seu exercício abusivo, ambos decorrentes a priori do exercício da liberdade decorrente, à sua vez, do princípio da livre iniciativa.

<sup>59</sup> “‘Livre iniciativa’ é termo de conceito extremamente amplo”. GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 225.

<sup>60</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26 Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 663.

<sup>61</sup> NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica – o controle da concentração de empresas**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 234.

<sup>62</sup> REALE, Miguel apud PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 161.

<sup>63</sup> GABAN, Eduardo Malan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 77.

<sup>64</sup> GABAN, Eduardo Malan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 77-78.

Por óbvio, a grande atenção do Estado se volta no sentido de equilibrar as liberdades econômicas concedidas, evitando que a liberdade de alguns restrinja a liberdade de outros.

Perceba-se, novamente, a lição de GRAU ao explicitar as liberdades decorrentes da proteção à “livre iniciativa”, destacando-se a estreita vinculação com a defesa da concorrência:<sup>65</sup>

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

É interessante notar que o caput do art. 170 da Carta de 1988 é claro ao atrelar a livre iniciativa a uma finalidade social, destacando GABAN e DOMINGUES que, sob tal viés, surge a elaboração de normas com o escopo de assegurar que o acesso ao mercado seja realizado por meio de investimento pecuniário ou oferecimento de força de trabalho.<sup>66</sup> E segue o autor afirmando que “sobre essa faceta social do mencionado princípio, fundamentam-se atividades de polícia do Estado, voltadas a concretizar outro princípio posto também como edificante da ordem econômica constitucional brasileira”<sup>67</sup>, qual seja, o princípio da livre concorrência.

Assim, a liberdade de concorrência atuaria não apenas de forma complementar e instrumental, mas também antagônica e limitadora do próprio princípio da livre iniciativa.

De fato, NUSDEO classifica o princípio da livre concorrência como um balizador da livre iniciativa, consistindo em “instrumento por meio do qual se deve

<sup>65</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 223-224.

<sup>66</sup> GABAN, Eduardo Malan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 79.

<sup>67</sup> GABAN, Eduardo Malan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 79.

orientar o exercício da livre iniciativa, mantendo condições propícias à atuação dos agentes econômicos, de um lado, e beneficiando os consumidores, de outro”.<sup>68</sup> ABREU destaca que a liberdade de desenvolvimento econômico de uma empresa encontra limitações postas pelo poder público, sendo ela legítima enquanto exercida no interesse da justiça social e, por outro lado, ilegítima quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário.<sup>69</sup>

Por outro lado, a livre concorrência como princípio constitucional deve ser vista como um poder-dever atribuído ao Estado para manter as condições que viabilizem uma concorrência sadia entre os agentes econômicos, tudo em prol do desenvolvimento nacional e do interesse público e, como se verificará posteriormente, do bem-estar dos consumidores.<sup>70</sup>

Trata-se de uma relação dualística, conforme destaca FORGIONI, ao afirmar que “a livre concorrência, como princípio que garante a equivalência dos concorrentes no mercado, sendo instrumento econômico para realização de políticas públicas, constitui uma limitação ao princípio da livre iniciativa, pois permite ao Estado interferir na atividade econômica, determinando os limites das relações existentes entre os agentes do mercado. Assim, a livre concorrência é compreendida na livre iniciativa, pois através desta se assegura a liberdade a todos de explorarem atividades empresariais, porém esse direito de iniciativa proclamado na Constituição Federal merece ser protegido contra o próprio Estado e contra os particulares, através do princípio da livre concorrência”.<sup>71</sup>

Assim, GABAN e DOMINGUES afirmam:<sup>72</sup>

Como visto, este princípio não constitui um desdobramento do princípio da livre iniciativa, mas sim seu complemento, sua limitação, a tensão valorativa

<sup>68</sup> NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica – o controle da concentração de empresas**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 237.

<sup>69</sup> ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. **Livre iniciativa, livre concorrência e intervenção do estado no domínio econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 234.

<sup>70</sup> ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. **Livre iniciativa, livre concorrência e intervenção do estado no domínio econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 82.

<sup>71</sup> FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 33.

<sup>72</sup> GABAN, Eduardo Malan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 79.

que o calibra no contexto do sistema do discurso jurídico-positivo, visto que, no escopo do diploma antitruste, incorpora e sintetiza o quanto de social deve estar contido no exercício da liberdade expressa pelo ditame da livre iniciativa.

(...)

Em outras palavras, o princípio da livre concorrência limita a expressão absoluta do princípio da livre iniciativa por parte de um agente econômico ou um grupo de agentes econômicos em busca da aplicação universal da livre iniciativa, i.e., a todos os agentes de mercado.

Cuida-se, destarte, de estritamente favorecer condutas competitivas entre os agentes econômicos, motivo pelo qual está sabiamente insculpido no rol de princípios fundamentais corolários da ordem econômica brasileira, cuja premissa sedimenta-se na livre iniciativa, revestida de cunho social.

HORTA<sup>73</sup> leciona que a livre concorrência constitui um princípio-valor, ao lado da soberania nacional e propriedade privada, pois entende esse autor que há no art. 170 da Carta Constitucional de 1988, três tipos de princípios: os princípios valores (soberania nacional, propriedade privada e livre concorrência); os que se confundem com intenções (redução das desigualdades regionais, busca do pleno emprego, tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e função social da propriedade); e há os princípios de ação política (defesa do consumidor, e defesa do meio ambiente).

A concorrência protegida constitucionalmente é atributo do mercado, que tenta manter a rivalidade dos agentes existentes no campo econômico visando à obtenção de maior eficiência do funcionamento do mercado.<sup>74</sup> É através deste princípio que resta assegurada a liberdade de concorrência dos particulares, na medida em que a competição pressupõe uma pluralidade de indivíduos, com igualdade de participação e com a possibilidade de ingressarem em um mercado, seja de bens ou de serviços, sem que sejam concedidos benefícios apenas a alguns dos concorrentes em detrimento dos demais. VAZ<sup>75</sup> refere que a livre concorrência apresenta-se como Janus, deus das duas faces, pois de um lado “procura assegurar ao agente econômico a livre iniciativa, e de outro, impõe aos mesmos agentes econômicos a proibição de abusos, que possam restringir a concorrência e prejudicar os consumidores”.

<sup>73</sup> HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 260.

<sup>74</sup> DEL MASSO, Fabiano. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 50.

<sup>75</sup> VAZ, Isabel. Os interesses do consumidor nas fusões e incorporações de empresas. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 35, jul./set. 2000. p. 220.

Da mesma forma, CARPENA<sup>76</sup> refere que a disciplina do direito de concorrência é marcada por um paradoxo ainda não superado:

A preservação da liberdade de iniciativa, ao contrário de deixar ao próprio mercado tal regulação, justifica a vigilância e intervenção do Estado em sua dinâmica. De fato, o capitalismo reclama a atuação reguladora do Estado, apta a preservar suas estruturas. Preservar a concorrência significa garantir a própria sobrevivência do sistema capitalista, ao assegurar a observância das regras do mercado em igualdade de condições. O direito da concorrência, como um dos instrumentos do dirigismo econômico, presta-se a defender o capitalismo dos capitalistas.

NUSDEO, já com enfoque em uma relação consumerista, exemplifica que o princípio da livre concorrência visa a garantir aos agentes econômicos a liberdade de atuar nos mercados, “buscando a conquista de clientela, vale dizer, visa a garantir a aplicação universal do princípio da livre iniciativa, isto com a expectativa de sua aplicação levar os preços de bens e serviços, fixados pelo jogo justo dos agentes em disputa pela clientela, a níveis razoavelmente baixos”.<sup>77</sup>

Derivam deste princípio todas as normas de política econômica voltadas ao restabelecimento de eventuais disfunções e imperfeições do mercado, por meio das normas de ajuste que restringem alguns direitos empresariais.<sup>78</sup> Por isso se diz que existe um princípio da “livre concorrência”, mas não existe uma liberdade de concorrência, pois o princípio da livre concorrência é regulamentado, impondo considerações sobre a proteção dos consumidores ou exigências de direitos sociais, uma vez que a concorrência, deixada à sua própria conta, tende a autodestruir-se.<sup>79</sup>

80

Finalmente, quanto ao princípio da defesa do consumidor, inicialmente se estabelece que a resguarda constitucional do consumidor, ora invocada, não deve ser confundida com as normas específicas de proteção ao consumidor no tocante à

<sup>76</sup> CARPENA, Heloisa. **O consumidor no direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 23-24.

<sup>77</sup> NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica – o controle da concentração de empresas**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 237

<sup>78</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 226-228.

<sup>79</sup> CHEVALLIER, Jacques. Estado e ordem concorrencial. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte: Fórum, a. 5, n. 20, out./dez. 2007. p. 138-139.

<sup>80</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 208.

relação de consumo, mas sim a uma das finalidades últimas da aplicação conjugada dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.

Trata-se de uma finalidade mais aferível sob a ótica econômica, tida como o bem-estar do consumidor, expresso, por exemplo, pelos ganhos em eficiências, como menores preços e maior qualidade dos produtos e serviços ofertados no mercado.

Perceba-se que a presença da defesa ao consumidor na Constituição de 1988 é marcante, dada a já relatada mudança no sistema econômico nacional, que iniciava o ordenamento voltado à assegurar o liberalismo, reduzindo a máquina estatal e abrindo espaço à iniciativa privada, o que requereu do legislador a necessidade de disciplinar a conduta dos empresários (proteção à concorrência) e garantir os direitos dos consumidores.<sup>81</sup>

De qualquer forma, a análise adequada da defesa do consumidor se dará na segunda parte deste primeiro capítulo, oportunidade em que serão analisados o objetivo comum dos regimes de defesa da concorrência e do consumidor (bem-estar do consumidor) e a repressão às práticas abusivas e às condutas anticompetitivas (infrações à ordem econômica).

Encerrando a análise do texto constitucional de 1988, cumpre lembrar que o art. 173, §4º estabeleceu o papel da lei em reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, o que teve enorme impacto na legislação editada na vigência do novo regime.<sup>82</sup> Por oportuno, cite-se a lição de BRUNA:<sup>83</sup>

Mas, indubitavelmente, é em sua faceta de liberdade de iniciativa empresarial que o princípio da livre iniciativa assume maior relevância jurídica, ao menos sob o ponto de vista prático.

Através deste princípio, garante-se não só: 1) a liberdade de acesso ao mercado, mas também; 2) a liberdade de permanência no mercado.

---

<sup>81</sup> MIRON, Rafael Brum. O direito da concorrência como instrumento de defesa do consumidor. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho et al. (org). **Lei antitruste: 10 anos de combate ao abuso de poder econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 203.

<sup>82</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 33.

<sup>83</sup> BRUNA, Sérgio Varela. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: RT, 1997. p. 134-137.

Sob o primeiro aspecto, a liberdade de iniciativa econômica é liberdade de indústria e comércio – ou seja, não ingerência do Estado no domínio econômico – e denota uma liberdade pública.

Por outro lado, como um corolário desse primeiro aspecto, a liberdade de iniciativa empresarial também expressa a liberdade de permanência no mercado, ou seja, a livre concorrência, ou ainda, em outras palavras, a liberdade de exercer a luta econômica sem a interferência do Estado, bem como sem outros obstáculos impostos pelos demais agentes econômicos privados. Vê-se, destarte, que a adoção entre nós do princípio da livre-iniciativa bastaria para ter-se também por constitucionalmente protegida a livre concorrência, que é o seu corolário (...).

Livre-iniciativa e livre concorrência são, pois, princípios intimamente ligados. Ambos representam liberdades, não de caráter absoluto, mas liberdades de existência digna e de valorização do trabalho humano. Assim, o que a Constituição privilegia é o valor social da livre-iniciativa, ou seja, o quanto ela pode expressar de socialmente valioso. Da mesma forma, a livre concorrência é erigida à condição de princípio da ordem econômica não como uma liberdade anárquica, mas sim em razão de seu valor social. A extensão de tais liberdades dependerá de sua análise conjugada com os demais objetivos e princípios, não só da ordem econômica, mas da Constituição como um todo. (...)

Importa registrar que a repressão aos abusos do poder econômico não se inclui entre as modalidades de intervenção estatal que representam restrições às mencionadas liberdades. Com efeito, a atividade antitruste do Estado visa justamente à preservação da livre concorrência e, conseqüentemente, da livre-iniciativa. Não se trata, pois, de restringir a liberdade daquele que abusa de seu poder econômico, já que ninguém tem liberdade para abusar. Em caso de abuso, a atividade do agente econômico terá ido além dos limites de suas liberdades. Vê-se que não há restrição de liberdade, mas sim restauração da liberdade dos demais agentes do mercado, violada pelos atos abusivos.

Retomando-se a linha temporal da legislação de defesa da concorrência, cumpre destacar que, após a edição do Decreto n. 869/38<sup>84</sup>, do Decreto-Lei n. 7.666/45<sup>85</sup> e das Leis n. 1.521/51<sup>86</sup> e n. 4.137/62<sup>87</sup>, instituídas em regimes constitucionais anteriores, foram editados os dispositivos infraconstitucionais de maior relevância ao direito antitruste brasileiro.

Imediatamente após a égide da Constituição de 1988 e da nova ordem jurídico-econômica vigente, foi promulgada a Lei n. 8.137/90<sup>88</sup>, que tipificou como condutas criminosas os atos praticados contra a ordem econômica. A norma referida, de caráter penal, trouxe em seu art. 4º, por exemplo, a criminalização, no direito brasileiro, da conduta denominada “cartel”, assim tipificada:

<sup>84</sup> BRASIL. Decreto-Lei n. 869/38. **Diário Oficial**: 18 de novembro de 1938.

<sup>85</sup> BRASIL. Decreto-Lei n. 7.666/45. **Diário Oficial**: 22 de junho de 1945.

<sup>86</sup> BRASIL. Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951. **Diário Oficial da União**: 27 de dezembro de 1951.

<sup>87</sup> BRASIL. Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962. **Diário Oficial**: 12 de novembro de 1962.

<sup>88</sup> BRASIL. Lei n. 8.137/90, de 27 de dezembro de 1990. **Diário Oficial da União**: 28 de dezembro de 1990.

Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

**I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante:**

**a) ajuste ou acordo de empresas;**

b) aquisição de acervos de empresas ou cotas, ações, títulos ou direitos;

c) coalizão, incorporação, fusão ou integração de empresas;

d) concentração de ações, títulos, cotas, ou direitos em poder de empresa, empresas coligadas ou controladas, ou pessoas físicas;

e) cessação parcial ou total das atividades da empresa;

f) impedimento à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente.

**II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:**

**a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;**

**b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;**

c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

**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.

VII - elevar sem justa causa o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa. (Grifo nosso)

Imperioso referir que o tipo penal supracitado foi substancialmente alterado pela Lei n. 12.529/2011<sup>89</sup>, passando a vigor com a seguinte redação:

Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas;

II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;

b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;

c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

<sup>89</sup> BRASIL. Lei n. 12.529/11, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**: 2 de dezembro de 2011.

A Lei n. 12.529/2011<sup>90</sup> e a conduta colusiva tipificada como “cartel” serão abordadas detalhadamente nas páginas vindouras desta dissertação. Todavia, mostra-se fundamental a referência à alteração do tipo penal analisado, cuja criminalização, como visto, foi realizada de forma ampla pela Lei n. 8.137/90, ora analisada.

Também se destaca o nome dado ao capítulo II da Lei n. 8.137/90<sup>91</sup>, em que insere o tipo de cartel: “dos crimes contra a economia e as relações de consumo”.<sup>92</sup> De fato, os arts. 5º, 6º e 7º penalizavam uma série de condutas ambíguas, ou seja, passíveis de lesão tanto à ordem econômica como às relações de consumo, denotando a complexidade da matéria e a interdisciplinariedade do debate.<sup>93</sup> Destaca-

---

<sup>90</sup> BRASIL. Lei n. 12.529/11, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**: 2 de dezembro de 2011.

<sup>91</sup> BRASIL. Lei n. 8.137/90, de 27 de dezembro de 1990. **Diário Oficial da União**: 28 de dezembro de 1990.

<sup>92</sup> OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 21.

<sup>93</sup> Art. 5º Constitui crime da mesma natureza: (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).

I - exigir exclusividade de propaganda, transmissão ou difusão de publicidade, em detrimento de concorrência; (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).

II - subordinar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de outro bem, ou ao uso de determinado serviço; (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).

III - sujeitar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de quantidade arbitrariamente determinada; (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).

IV - recusar-se, sem justa causa, o diretor, administrador, ou gerente de empresa a prestar à autoridade competente ou prestá-la de modo inexacto, informando sobre o custo de produção ou preço de venda. (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).

Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa. (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).

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. (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).

Art. 6º Constitui crime da mesma natureza: (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).

I - vender ou oferecer à venda mercadoria, ou contratar ou oferecer serviço, por preço superior ao oficialmente tabelado, ao regime legal de controle; (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).

II - aplicar fórmula de reajustamento de preços ou indexação de contrato proibida, ou diversa daquela que for legalmente estabelecida, ou fixada por autoridade competente; (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).

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. (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, ou multa. (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).

Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo:

I - favorecer ou preferir, sem justa causa, comprador ou freguês, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores;

II - vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial;

se, contudo, que apenas o art. 7º resta vigente, tendo em vista a revogação dos dois anteriores pela Lei n. 12.529/2011.<sup>94</sup>

Em 1991, foi editada a Lei n. 8.158/91<sup>95</sup>, que alterou a Lei n. 4.137/62<sup>96</sup> sem, contudo, trazer grandes inovações ao direito antitruste brasileiro. Além de modificar o funcionamento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, que passou a atuar juntamente à Secretaria Nacional de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SNDE, a Lei n. 8.158/91<sup>97</sup> inovou ao inaugurar no sistema jurídico brasileiro o uso da expressão “infração à ordem econômica”. De fato, o art. 3º da referida Lei definia como infração à ordem econômica qualquer acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo o efeito de: a) dominar mercado de bens ou serviços; b) prejudicar a livre concorrência; ou c) aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins visados não fossem alcançados, redação muito semelhante à adotada pela legislação que a sucedeu, a Lei n. 8.884/94.<sup>98</sup>

---

III - misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, para vendê-los ou expô-los à venda como puros; misturar gêneros e mercadorias de qualidades desiguais para vendê-los ou expô-los à venda por preço estabelecido para os demais mais alto custo;

IV - fraudar preços por meio de:

a) alteração, sem modificação essencial ou de qualidade, de elementos tais como denominação, sinal externo, marca, embalagem, especificação técnica, descrição, volume, peso, pintura ou acabamento de bem ou serviço;

b) divisão em partes de bem ou serviço, habitualmente oferecido à venda em conjunto;

c) junção de bens ou serviços, comumente oferecidos à venda em separado;

d) aviso de inclusão de insumo não empregado na produção do bem ou na prestação dos serviços;

V - elevar o valor cobrado nas vendas a prazo de bens ou serviços, mediante a exigência de comissão ou de taxa de juros ilegais;

VI - sonegar insumos ou bens, recusando-se a vendê-los a quem pretenda comprá-los nas condições publicamente ofertadas, ou retê-los para o fim de especulação;

VII - induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade do bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária;

VIII - destruir, inutilizar ou danificar matéria-prima ou mercadoria, com o fim de provocar alta de preço, em proveito próprio ou de terceiros;

IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo;

Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II, III e IX pune-se a modalidade culposa, reduzindo-se a pena e a detenção de 1/3 (um terço) ou a de multa à quinta parte.

<sup>94</sup> BRASIL. Lei n. 12.529/11, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**: 2 de dezembro de 2011.

<sup>95</sup> BRASIL. Lei n. 8.158/91, de 8 de janeiro de 1991. **Diário Oficial da União**: 9 de janeiro de 1991.

<sup>96</sup> BRASIL. Lei n. 4.137/62, de 10 de setembro de 1962. **Diário Oficial**: 12 de novembro de 1962.

<sup>97</sup> BRASIL. Lei n. 8.158/91, de 8 de janeiro de 1991. **Diário Oficial da União**: 9 de janeiro de 1991.

<sup>98</sup> BRASIL. Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. **Diário Oficial da União**: 13 de junho de 1994.

Outra inovação da Lei n. 8.158/91<sup>99</sup> foi a atuação preventiva do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, o que até então não possuía previsão legal.

Todavia, conforme destaca FORGIONI, com o novo governo instalado em 1992, embora a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE continuasse, “sua finalidade foi desvirtuada em benefício da conveniência política, passando a ser um instrumento de ameaça de retaliação por parte do governo federal contra determinados setores da economia”.<sup>100</sup>

Buscando-se uma efetiva sistematização do direito de defesa da concorrência brasileiro, foi editada a Lei n. 8.884/94<sup>101</sup>, tida como efetivo marco normativo por provocar efetiva aplicabilidade das regras antitruste e, igualmente, por criar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC. Em suma, tratou-se da mais relevante legislação brasileira de defesa da concorrência, que definiu instituições, procedimentos e tipificou a forma de atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC em duas vertentes: controle de estruturas (análise de atos de concentração de agentes econômicos) e controle de condutas (averiguação e punição de infrações à ordem econômica, dentro das quais insere-se a prática de cartel).

Mais recentemente, a Lei n. 12.529/11<sup>102</sup> revigorou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, trazendo importantes inovações ao direito da concorrência brasileiro. No que tange à definição e tipificação das condutas, não foram verificadas grandes novidades. FARINA e TITO, ao sintetizar as principais mudanças da referida lei, destaca cinco itens: a) introdução de um sistema de notificação prévia para análise de atos de concentração (fusões e aquisições); b) inserção de novos critérios e patamares de notificação obrigatória; c) a reestruturação institucional do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC; d) inserção de disposições sobre os procedimentos legais em matéria de análise de atos de concentração; e e)

---

<sup>99</sup> BRASIL. Lei n. 8.158/91, de 8 de janeiro de 1991. **Diário Oficial da União**: 9 de janeiro de 1991.

<sup>100</sup> FORGIONI, Paula Andréa. Os Fundamentos do Antitruste. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 143.

<sup>101</sup> BRASIL. Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. **Diário Oficial da União**: 13 de junho de 1994.

<sup>102</sup> BRASIL. Lei n. 12.529/11, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**: 2 de dezembro de 2011.

modificação dos patamares de sanções pecuniárias no caso de infrações à ordem econômica.<sup>103</sup>

No que tange à defesa dos consumidores, cumpre salientar que, previamente à Constituição Federal de 1988, havia uma efetiva lacuna no direito pátrio, onde as relações comerciais eram tratadas de forma obsoleta por um Código Comercial atrasado, que não trazia nenhuma proteção ao consumidor.

Demandava-se, assim a elaboração de normas que acompanhassem o dinamismo de uma sociedade de massas<sup>104</sup>, de acordo com o que dispunha a Constituição Federal de 1988 e o seu artigo 5º, inciso XXXII, que prevê a proteção do consumidor enquanto direito fundamental.<sup>105</sup> <sup>106</sup> Por sua vez, o artigo 48 do ADCT da nova Constituição determinava que, dentro de 120 (cento e vinte) dias da sua promulgação, deveria ser elaborado o Código de Defesa do Consumidor.<sup>107</sup> <sup>108</sup>

---

<sup>103</sup> FARINA, Elizabeth; TITO, Fabiana. Desafios e Consequências da Nova Lei de Defesa da Concorrência. **Boletim Latino-Americano de Concorrência**, n. 31, abril de 2012.p. 16-21.

<sup>104</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 78.

<sup>105</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Diário Oficial da União**: 5 de outubro de 1988.

<sup>106</sup> É necessário salientar que a Constituição Federal alçou a defesa dos direitos do consumidor ao patamar de direito fundamental. A Carta Constitucional fixou a tutela do consumidor em três momentos distintos. Inicialmente, no art. 5º, inciso XXXII, que o Estado deve promover a defesa do consumidor e que a faça na forma da lei. É, portanto, obrigatória a existência de uma lei que servisse de parâmetro para sua atuação tutelar. Igualmente, no ar. 170, inciso V, a defesa do consumidor é prevista como um dos princípios da ordem econômica. Finalmente, no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a Constituição Federal determina que em prazo específico deveria ser elaborado um código que tratasse da defesa do consumidor. Por meio desse dispositivo, o constituinte brasileiro deixou clara sua opção por uma proteção do consumidor legislativamente prevista. PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. **Direitos Fundamentais e Justiça**, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < [http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF\\_Livre/09\\_artigo\\_04.pdf](http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf) >. Acesso em: 20 dez. 2015. p. 6.

<sup>107</sup> A título de curiosidade, cita-se o episódio do discurso proferido pelo então candidato a presidente do Estados Unidos da América, John Fitzgerald Kennedy, que, em 15 de março de 1962, elegeu como carro chefe de sua campanha a promoção dos direitos dos consumidores. Após sagrar-se vencedor do certame eleitoral, enviou mensagem ao Congresso norte-americano e discursou à população em defesa da necessidade de se conferir direitos básicos aos consumidores. SODRÉ, Marcelo Gomes. **A Construção do Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 22.

<sup>108</sup> O discurso do candidato norte-americano é visto por muitos como marco inicial do Direito do Consumidor e sinaliza o advento das discussões consumeristas como atualmente conhecidas. A referida mensagem presidencial ao Congresso norte-americano também se destacou por ser a primeira manifestação estatal de reconhecimento desses direitos. No que se refere ao seu conteúdo, destaca-se que, além de elencar aqueles direitos que posteriormente seriam conhecidos como básicos, ele também ressalta a importância do consumidor para o mercado e para o crescimento do país. Já no início do comunicado, observa-se o destaque dado ao consumidor como parte de um grupo, sua força e seu caráter geral, especialmente ao conseguir envolver a todos no processo quando afirma que todos são consumidores e, evidentemente, se é para o proveito de todos, essa tutela incumbe ao Estado, tanto promovendo a defesa quanto a proteção do consumidor. PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. **Direitos Fundamentais e Justiça**, n. 9,

Ademais, o Brasil passava por um período de forte redemocratização com a promulgação do novo texto constitucional, sendo verificado um fortalecimento das entidades não-governamentais ante o clamor popular por uma regulamentação dos direitos sociais, o que se fez sentir também na criação da norma consumerista. MARQUES, nesse sentido, afirmou que, além de a Carta Federal estabelecer a defesa do consumidor como direito fundamental e da ordem econômica, foi expressa em determinar a elaboração de um estatuto próprio consumerista, “demonstrando a sua vontade (e necessidade) de renovar o sistema”.<sup>109 110</sup>

Assim, foi editada a Lei n. 8.078/90, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor<sup>111</sup>, regra esta composta por normas de caráter público e de evidente interesse social, visando também estabelecer condições mais favoráveis ao consumidor frente ao poderio econômico dos fornecedores no mercado de consumo.<sup>112</sup>

Cita-se a posição de BONATTO, acerca do espírito do Código de Defesa do Consumidor:<sup>113</sup>

Esta situação de desequilíbrio, todavia, é prejudicial para o convívio harmônico como um todo, pois fere o fundamento maior da dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual surgiu o Código de Defesa do Consumidor, como forma de igualar integrantes da relação de consumo, munindo o consumidor de arma eficaz para a obtenção de respeito e, conseqüentemente, de forma para impor sua vontade.

É importante também ilustrar o entendimento de MARQUES:<sup>114</sup>

---

out./dez. 2009. Disponível em: < [http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF\\_Livre/09\\_artigo\\_04.pdf](http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf) >. Acesso em: 20 dez. 2015. p. 21. No mesmo sentido: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 79.

<sup>109</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo Regime das Relações Contratuais**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 599.

<sup>110</sup> No mesmo sentido, PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 42.

<sup>111</sup> BRASIL. Lei n. 8.078/90, de 11 de setembro de 1990. **Diário Oficial da União**: 12 de setembro de 1990.

<sup>112</sup> HABIBE, Taís Cruz. Cartel e consequências para o consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 52, out./dez. 2004. p. 222-266.

<sup>113</sup> BONATTO, Claudio. **Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor. Principiologia, Conceitos, Contratos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 31.

<sup>114</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo Regime das Relações Contratuais**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 27.

Nas sociedades de consumo, com seu sistema de produção e de distribuição em massa, as relações contratuais se despersonalizaram, aparecendo os métodos de contratação estandardizados, como os contratos de adesão e as condições gerais dos contratos. Hoje estes métodos predominam em quase todas as relações entre empresas e consumidores, deixando claro o desnível entre os contratantes – um, autor efetivo das cláusulas, e outro, simples aderente (...). Ao Estado coube, portanto, intervir nas relações de consumo, reduzindo o espaço para a autonomia de vontade, impondo normas imperativas de maneira a restabelecer o equilíbrio e a igualdade de forças nas relações entre consumidores e fornecedores.<sup>115</sup>

HABIBE destaca as proteções esparsas no ordenamento jurídico passíveis de aplicação aos consumidores antes da Carta Constitucional de 1988:<sup>116</sup>

Antes do advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e até mesmo da Constituição da República (1988\3) de 1988, a Constituição Federal de 1934 (arts. 115 e 117), pela primeira vez, elevou a nível constitucional algumas normas de cunho protetivo da economia popular, tutelando, conseqüentemente o consumidor. Antes da Carta de 1934, já se punia, no entanto, a usura, reprimindo-a pelo Dec. 22.626/33. Observa-se que tais normas, apesar de indiretamente proteger a figura do consumidor, não tinham tal finalidade, pois o objetivo precípua das referidas leis era a proteção da economia popular.

Os crimes contra a economia popular tiveram, posteriormente, abrangidos o seu campo de punição, mormente pelo Dec.lei 869/38, que punia tanto a usura como o abuso econômico, que mais tarde foi previsto em norma própria a Lei 4.137/62, que também criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), cujo objetivo básico é a proteção à livre concorrência e ao consumidor. Nesta seara, surgiram outras leis, quais sejam, a Lei 1.521/51, a Lei 4.591/64, a Lei 6.435/77 (revogada pela LC 109/2001) e o Dec.lei 73/66. Tais normas previam, em pelo menos um de seus artigos, a punição contra os crimes relacionados à economia popular.

O Código Penal (1940\2) de 1940 também trazia uma preocupação com a proteção dos consumidores, punindo-se as práticas empresariais perigosas à saúde (arts. 274 a 280, CP (1940\2)). Outras normas esparsas voltadas à proteção do consumidor foram criadas, como, por exemplo, a Lei 4.591/64, prevendo normas referentes à compra e venda de imóveis.

Importante notar, mais uma vez, que a finalidade das normas ainda não era a de tutela específica do consumidor.

Verifica-se que as relações jurídicas civis e mercantis eram disciplinadas pelo Código Civil de 1916 (1916\1) e pelo Código Comercial de 1850, os quais não conferiam qualquer proteção à figura do consumidor, visivelmente mais fraco nas relações de consumo. Observa-se que o Código Civil de 1916 (1916\1), de caráter totalmente liberal e individualista, desconsiderava completamente

<sup>115</sup> Ainda, destacou MARQUES que “a lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor ou CDC, entrou em vigor em 11 de março de 1991, representando uma considerável inovação no ordenamento jurídico brasileiro, uma verdadeira mudança na ação protetora do direito. De uma visão liberal e individualista do Direito Civil, passamos a uma visão social, que valoriza a função do direito como ativo garante do equilíbrio, como protetor da confiança e das legítimas expectativas nas relações de consumo no Mercado”. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo Regime das Relações Contratuais**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 27.

<sup>116</sup> HABIBE, Taís Cruz. Cartel e consequências para o consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 52, out./dez. 2004. p. 222-266.

a condição de desigualdade entre os contratantes, prevalecendo a autonomia da vontade e o pacta sunt servanda na formação e execução dos contratos.<sup>117</sup>

É fundamental citar que, assim como no direito de defesa da concorrência, houve a criação, por parte da Lei n. 8.078/90<sup>118</sup>, de um arcabouço institucional que zelasse pelo cumprimento da legislação pertinente. O art. 105 da mencionada lei consumerista cria o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, composto por órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor.

Assim, verifica-se a existência de 2 (dois) sistemas distintos: o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC – e do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC –.

A Lei n. 12.529/11 criou a figura do SUPERCADÉ, unificando as tarefas de investigação e julgamento em uma única autarquia federal (o Conselho Administrativo de Defesa Econômica), com vistas a uma atuação mais célere e eficiente do SBDC.<sup>119</sup> Na vigência da lei anterior os processos tramitavam em três órgãos distintos, quais sejam, a Secretaria de Defesa Econômica - SDE, a Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE e o CADE, os chamados “três guichês”, o que acarretava uma “multiplicação de pareceres e excessiva burocracia.”<sup>120</sup>

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, previsto no art. 3º da Lei n. 12.529/2011, compõe-se pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica

---

<sup>117</sup> Para BENJAMIN, “é equivocado imaginar-se que a proteção do consumidor nasceu do 'nada'. Em realidade, o movimento consumerista encontra parte de sua origem na luta mais antiga contra os monopólios, oligopólios e as práticas de dominação de mercado. É aí, na fase que precede o consumo (o plano concorrencial), que vamos localizar uma primeira preocupação com a posição de vulnerabilidade do consumidor.” BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. *Proteção do Consumidor e Patentes: O Caso dos Medicamentos*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 10, abr./jun. 1994. p. 22.

<sup>118</sup> BRASIL. Lei n. 8.078/90, de 11 de setembro de 1990. **Diário Oficial da União**: 12 de setembro de 1990.

<sup>119</sup> VORONKOFF, Igor. O novo sistema brasileiro de defesa da concorrência: estrutura administrativa e análise prévia dos atos de concentração. **Revista de Defesa da Concorrência**, n. 4, nov. 2014. p. 147.

<sup>120</sup> CORDOVIL, Leonor *et al.* **Nova Lei de defesa da concorrência comentada: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 79.

– CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda.<sup>121</sup>

Ao CADE, autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, compete a função judicante do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC. É composto pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência-Geral e pelo Departamento de Estudos Econômicos.<sup>122</sup>

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.<sup>123</sup>

Já a Superintendência-Geral, com 1 (um) Superintendente-Geral e 2 (dois) Superintendentes-Adjuntos, realiza as atribuições da antiga Secretaria de Defesa Econômica – SDE, competindo-lhe as atribuições de investigação, instrução e decisão de processos administrativos.<sup>124</sup>

Ainda quanto ao CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, cumpre esclarecer a figura do Departamento de Estudos Econômicos – DEE, responsável pela elaboração de estudos e pareceres visando o lastreio das decisões emanadas do Tribunal Administrativo.<sup>125</sup>

---

<sup>121</sup> BRASIL. Lei n. 12.529/11, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**: 2 de dezembro de 2011.

<sup>122</sup> BRASIL. Lei n. 12.529/11, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**: 2 de dezembro de 2011.

<sup>123</sup> VORONKOFF, Igor. O novo sistema brasileiro de defesa da concorrência: estrutura administrativa e análise prévia dos atos de concentração. **Revista de Defesa da Concorrência**, n. 4, nov. 2014. p. 149.

<sup>124</sup> Na opinião de ANDERS: “Concentrando-se o CADE e a SDE em um único órgão, pode-se dar maior autonomia às investigações promovidas pelo CADE, uma vez que toda a estrutura investigatória é levada para dentro da autarquia – o que não ocorria no sistema anterior, em que os órgãos instrutórios permaneciam vinculados à Administração Pública direta, funcionando junto e de acordo com os interesses dos Ministérios da Justiça e da Fazenda e do Governo Federal em geral. A racionalização dessa estrutura de investigação e instrução dos processos administrativos previstos na Lei 12.529/2011 será benéfica ao SBDC, uma vez que tal estrutura estará separada da Administração Pública Direta, livre da pressão governamental e política, facilitando a implantação, pelo CADE, de uma política de Estado para a defesa da Concorrência”. ANDERS, Eduardo Caminati (org.) *et al.* **Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: Método, 2012. p. 18.

<sup>125</sup> BRASIL. Lei n. 12.529/11, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**: 2 de dezembro de 2011.

Destaca-se, finalmente, que também no âmbito do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica atuam o Ministério Público e a PROCADE – Procuradoria Federal Especializada na defesa da concorrência.<sup>126</sup>

Em paralelo ao CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, atua a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, cuja competência engloba a promoção da concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade, legítima função de advocacia da concorrência, o que faz através da emissão de pareceres e estudos sobre atos normativos, revisão de leis, regulamentos e outros atos da administração pública.<sup>127</sup>

No que tange ao Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, o art. 105 da Lei n. 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor, esclarece que sua composição se dará por órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor, todos atuantes sob a coordenação, atualmente, da Secretaria Nacional do Consumidor – SENACON, criada em 2012.<sup>128</sup>  
<sup>129</sup> Sua competência engloba planejamento, elaboração, coordenação e execução da Política Nacional das Relações de Consumo<sup>130</sup>, objetivando: garantir a proteção e

---

<sup>126</sup> BRASIL. Lei n. 12.529/11, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**: 2 de dezembro de 2011.

<sup>127</sup> Importante notar a lição de VORONKOFF: “Por derradeiro, a SG incorporou parte das atribuições da Secretaria de Acompanhamento Econômico, definidas pela antiga Lei no 8.884/94, restando a esta o tocante à “Advocacia da Concorrência”. Numa apertada síntese, é ela quem opina, tendo em vista sempre promover a concorrência, sobre propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos e de consumidores, bem como sobre proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional, revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da Administração Pública. Note-se que essa função não é somente exercida pela SEAE. O Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, também possui função semelhante à Advocacia da Concorrência, vez que o inciso XIV do art. 9º lhe atribui a competência para “instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica”. A promoção da concorrência diz respeito à função de educadores exercidos pelos órgãos antitruste, especialmente pela SEAE, na disseminação da cultura da concorrência, bem como à capacidade de influência desses órgãos quando da formulação de políticas públicas, visando o máximo de incentivo à concorrência”. VORONKOFF, Igor. O novo sistema brasileiro de defesa da concorrência: estrutura administrativa e análise prévia dos atos de concentração. **Revista de Defesa da Concorrência**, n. 4, nov. 2014. p. 153.

<sup>128</sup> BRASIL. Lei n. 8.078/90, de 11 de setembro de 1990. **Diário Oficial da União**: 12 de setembro de 1990.

<sup>129</sup> BRASIL. Decreto n. 7.738, de 28 de maio de 2012. **Diário Oficial da União**: 29 de maio de 2012.

<sup>130</sup> Para BESSA, a atuação da Senacon como coordenadora do sistema é fundamental para o seu bom funcionamento e para alcançar a efetividade esperada. Além de coordenar o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC e promover a implementação da PNRC – Política Nacional das Relações de Consumo, a Secretaria Nacional do Consumidor – SENACON também tem competência de aplicar sanções administrativas em caso de infrações às normas que tutelam os interesses do

exercício dos direitos dos consumidores, promover a harmonização nas relações de consumo e incentivar a integração e a atuação conjunta dos membros do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC.<sup>131 132</sup>

Dentre as ações estruturantes da Secretaria, destacam-se o Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor - SINDEC, as atividades da Escola Nacional de Defesa do Consumidor, as ações voltadas à proteção da Saúde e Segurança do Consumidor, a repressão às práticas infrativas e o aperfeiçoamento das políticas regulatórias.<sup>133</sup>

Além deste órgão coordenador, destaca-se a atuação dos Ministérios Públicos, através de promotorias especializadas, além da defensoria pública, que

---

consumidor, restando fundamental que esse tipo de atuação da Secretaria Nacional do Consumidor – SENACON seja feita em constante diálogo e interação com os demais membros do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC para racionalizar a atuação sistêmica. BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 383.

<sup>131</sup> Conforme destaca BESSA, o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, criado em 1985, representou o primeiro órgão estatal federal institucionalmente organizado com vistas à defesa do consumidor no Brasil. BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 384. Ademais, foi uma das poucas previsões normativas antecedentes à Constituição de 1988 que implicava em defesa do consumidor, ainda que indiretamente e sem considera-lo individualmente como consumidor, como sujeito individual de direitos. PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. **Direitos Fundamentais e Justiça**, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < [http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF\\_Livre/09\\_artigo\\_04.pdf](http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf) >. Acesso em: 20 dez. 2015. p. 13.

<sup>132</sup> Todavia, criado o Código de Defesa do Consumidor, foi extinto o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, deixando a percepção de que o órgão influenciou decisivamente para a criação do próprio Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, optando o Código de Defesa do Consumidor pela constituição de um sistema efetivo, a fim de que as partes da relação de consumo e os demais interessados pudessem participar conjuntamente, como se tentava praticar no extinto Conselho. SODRÉ, Marcelo Gomes. **Formação do Sistema Nacional de defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2007.

<sup>133</sup> Conforme afirma SODRÉ, o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC é um conjunto de instituições políticas e sociais, citando-se, como exemplo das primeiras os órgãos públicos, como os Procons, e as associações civis, como instituições sociais. O sistema é estruturado de forma organizada pelo Código de Defesa do Consumidor, que prevê no artigo 106 o órgão que coordenará os demais, e pelo Decreto n. 2.181, de 20 de março de 1997. As diversas partes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC se relacionam entre si, restando as reuniões trimestrais e o Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor - SINDEC como registros de tais atividades. A partilha de princípios e ideias comuns é possível por serem regidos e terem sido criados basicamente pelas mesmas normas e com o mesmo intuito. Tanto na teoria quanto na prática os membros do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC visam o mesmo resultado: a proteção do consumidor. A partir desse conceito, é possível trabalhar o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC como um efetivo sistema. SODRÉ, Marcelo Gomes. **Formação do Sistema Nacional de defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2007. p. 154.

realizam a propositura de ações judiciais coletivas e fiscalizações da aplicação da lei.<sup>134 135</sup>

Também merece destaque a atuação dos Procons, órgãos estaduais e municipais de proteção e defesa do consumidor, criados especificamente para este fim. Órgãos que atuam no âmbito local, atendendo diretamente os consumidores e monitorando o mercado de consumo local, tendo papel fundamental na execução da PNRC - Política Nacional das Relações de Consumo.<sup>136</sup>

As delegacias do consumidor, de forma paralela, existem para promover a investigação, prevenção e repressão aos crimes contra as relações de consumo. No mesmo sentido, as varas especializadas atuam na repressão e punição aos crimes contras as relações de consumo.

As entidades civis desenvolvem importante papel na proteção e defesa do consumidor.<sup>137</sup>Elas representam o conjunto organizado de cidadãos em torno de uma

---

<sup>134</sup> Tanto o Ministério Público como a Defensoria Pública, em seus respectivos campos, promovem a defesa dos direitos dos consumidores e a efetividade da PNRC - Política Nacional das Relações de Consumo. O primeiro busca garantir a soberania da lei, promove inquéritos, diligências e investigações, além de ajuizar ações coletivas, dentre outras competências. Já a Defensoria Pública ajuiza ações em defesa dos vulneráveis que também sejam hipossuficientes, atende aos consumidores em conflitos de consumo que não podem custear um advogado, além de defender os consumidores na esfera administrativa e de atuar na tutela coletiva. FINK, Daniel Roberto. Do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini, *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 803.

<sup>135</sup> Todavia, BESSA destaca que tanto o Ministério Público como a Defensoria Pública exercem atuação direta na defesa do consumidor mantendo, todavia, sua autonomia institucional, eis que se torna impossível sua submissão à Secretaria Nacional do Consumidor – SENACON. BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 371.

<sup>136</sup> Novamente, cita-se BESSA, que afirma que os Procons são órgãos precipuamente voltados para a proteção e defesa do consumidor e que atuam no âmbito federativo que lhe compete, focando na defesa direta e concreta dos direitos do consumidor, bem como promovendo a operacionalização da PNRC - Política Nacional das Relações de Consumo por meio do levantamento de dados e da alimentação dos cadastros federais e estaduais de demandas consumeristas. Ademais, também compete ao Procon a aplicação de sanções administrativas àqueles que violarem as normas do Código de Defesa do Consumidor ou qualquer outra que proteja os direitos dos consumidores. Ademais, também a informação ampla, verdadeira e transparente ao consumidor é preocupação diuturna do Procon. BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 372-375.

<sup>137</sup> Especificamente quanto às entidades privadas ou associações civis de defesa do consumidor, BESSA afirma que possuem papel de destaque na defesa de tais direitos. Tais associações são instrumentos dos quais se vale a sociedade civil para também participar ativamente na tutela de seus direitos de consumidores. O autor afirma também que no Brasil existem poucas entidades civis com

instituição devidamente registrada e com função estatutária de proteção e defesa dos consumidores.<sup>138</sup>

É fundamental destacar que as reuniões do SNDC – Sistema Nacional de Defesa do Consumidor ocorrem trimestralmente para análise conjunta dos desafios enfrentados pelos consumidores e para formulação de estratégias de ação (fiscalizações conjuntas, harmonização de entendimentos e elaboração de políticas públicas de proteção e defesa do consumidor).

Em conclusão ao presente ponto, constatou-se que, apesar das tentativas de criação de uma efetiva defesa da concorrência e de uma eficaz defesa do consumidor, somente com a Constituição Federal de 1988 se criou o desenho constitucional a permitir a edição de normas que, de fato, passassem a tutelar tais direitos.

Assim, alçadas ao patamar de princípios fundamentais à defesa da livre concorrência, da livre iniciativa e da defesa do consumidor, foram editadas duas normas de grande relevância à presente pesquisa: a Lei n. 8.884/94 e a Lei n. 8.078/90, denominadas Lei de Defesa da Concorrência e Código de Defesa do Consumidor, respectivamente.

Tais leis, de suma importância ao estudo, não apenas criaram e formataram ramos jurídicos, mas também dispuseram sobre quais direitos passariam a tutelar e quais as instituições que deveriam zelar pela defesa destes, restando criados dois microsistemas jurídicos: o SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – e o SNDC – Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

---

esse fim, destacando-se a importância dos estudos desenvolvidos pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON). BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 380-383.

<sup>138</sup> OLIVEIRA destaca que os primeiros órgãos de defesa do consumidor surgiram na década de 1970 nos estados do Rio Grande do Sul, Paraná e São Paulo. Foi criado em São Paulo o Procon, onde observou-se um crescente número de reclamações. Também nessa época foram criadas as primeiras associações civis de defesa do consumidor brasileiras. OLIVEIRA, Amanda Flávio de. O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – Histórico. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 44, out./dez. 2002, p. 97-105. p. 99.

Ambos os sistemas restaram abordados neste ponto inaugural, tendo detalhados sua forma de atuação e composição, restando atestada suas atuações concomitantes e paralelas.

Este ponto inaugural guarda extrema relevância à pesquisa pois traz ao trabalho a perspectiva da evolução do próprio tratamento constitucional e legal das defesas da concorrência e do consumidor, bem como as autoridades responsáveis pela efetividade de cada sistema, fornecendo uma visão institucional fundamental para a própria compreensão da existência de dois sistemas distintos, regulamentados por normas segregadas que, de forma peculiar, seguiram ritos de evolução próprios, encontrando, como se verificará no tópico a seguir, uma finalidade constitucional comum, apesar dos diferentes ângulos de abordagem desta. Tal entendimento mostra-se fundamental para, na segunda parte desta dissertação, possibilitar a correta compreensão e aproximação dos efeitos da conduta cartelista sobre o bem-estar dos consumidores e os meios consensuais de sua investigação e combate.

## **2.2. O objetivo comum da defesa da concorrência e do consumidor e o combate às infrações à ordem econômica e às práticas abusivas**

Apesar de existirem dois sistemas segregados, um dedicado à defesa da concorrência e outro dedicado à defesa do consumidor, cada um com suas nuances, instituições, normas e autoridades administrativas, o ponto anterior comprovou sobejamente a estreita vinculação entre as duas esferas, inclusive com previsão constitucional expressa no art. 170 da Carta Federal, deonde pode ser extraída a existência de uma identidade de objetivo: a defesa do bem-estar do consumidor.<sup>139</sup>

Evidentemente, a defesa do consumidor, de forma bastante clara, visando ao objetivo supracitado, atua no lado da demanda, objetivando a garantia de uma escolha livre, qualitativa e consciente do consumidor.<sup>140</sup> Assim, destaca CRAVO que a Constituição Federal e a Lei n. 8.078/90 fixam direitos essenciais do consumidor,

---

<sup>139</sup> SCHUARTZ, Luis Fernando. Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes in POSSAS, Mário L. (org). **Ensaio sobre economia e direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2002, p. 97-135.

<sup>140</sup> CRAVO, Daniela Copetti. **Concorrência e consumidor: dúplice capitulação da venda casada**. 173 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2013. p. 33.

destacando-se como exemplo, o acesso, sempre que possível a uma variedade de bens e serviços a preços competitivos e o de não ser coagido por práticas de abuso de poder de mercado.<sup>141</sup>

Por óbvio, quanto ao direito de defesa do consumidor, não resta dúvida acerca de seu objetivo. Todavia, no que tange ao direito da concorrência, o debate não se apresenta tão pacífico.

Como já visto, desde a Constituição Federal, resta fixado como princípio norteador da ordem econômica a defesa dos consumidores.<sup>142</sup>

Tal princípio foi encampado pelas normativas antitruste aplicáveis, conforme se verificou do art. 1º da Lei n. 8.884/94.<sup>143</sup>

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

A Lei n. 12.529/2011<sup>144</sup>, ao estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e promover profundas reformas no direito antitruste pátrio, manteve integralmente a redação do dispositivo supracitado em seu art. 1º, novamente destacando a defesa dos consumidores como norteador de sua aplicação.

SALOMÃO FILHO afirma que podem ser identificados (03) três interesses protegidos pelas normas de concorrência: o interesse institucional da ordem concorrencial, o dos consumidores e o dos participantes do mercado (concorrentes).<sup>145</sup>

---

<sup>141</sup> CRAVO, Daniela Copetti. **Concorrência e consumidor: dúplice capitulação da venda casada**. 173 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2013. p. 34.

<sup>142</sup> Art. 170, inciso V. BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Diário Oficial da União**: 5 de outubro de 1988.

<sup>143</sup> BRASIL. Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. **Diário Oficial da União**: 13 de junho de 1994.

<sup>144</sup> BRASIL. Lei n. 12.529/11, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**: 2 de dezembro de 2011.

<sup>145</sup> Como lembra SALOMÃO FILHO, os alemães têm a figura das normas de proteção (Schutzgesetze), que implicam em direito de indenização ao prejudicado pelo descumprimento de determinada lei

Quanto ao primeiro, decorre do próprio reconhecimento da ordem concorrencial como interesse institucional cuja proteção se faz necessária. Assim, a Lei n. 12.529<sup>146</sup> traz no art. 117 as infrações à ordem econômica entre os interesses tutelados por meio de ação civil pública, assim como previu que as associações destinadas à proteção da ordem econômica e da livre concorrência poderão proteger os referidos interesses.

Além disso, a concorrência possui características muito próximas àquelas aplicáveis aos interesses institucionais, os quais, sem dúvida, são marcados pelo seu duplo grau de proteção, porquanto suas garantias se prestam tanto à proteção de cada indivíduo quanto de sua coletividade.

São interesses jurídico e economicamente distintos dos individuais, pois possuem meios de proteção especiais e, quando envolvidos na hipótese, se consegue identificar benefício direto à coletividade, que não se confunde com aqueles destinados a cada indivíduo.

Destarte, pode-se sustentar que a concorrência traduz um interesse institucional, protegendo garantias individuais (concorrentes e consumidores) e coletivas (ordem concorrencial) simultaneamente, sendo necessárias as suas regras para a manutenção de todo um sistema.

Ao abordar esta variedade de interesses na proteção da concorrência, COELHO atesta que a legislação antitruste objetiva tutelar diretamente a própria estruturação do mercado; só que, ao fazê-lo, acaba por refletir não apenas a respeito

---

(quando esta assim o declarar). A definição de alguma norma como Schutzgesetze compreende-se por representar o descumprimento da norma algo lesivo ao interesse coletivo e, também, ao interesse individual. É aí que se pode verificar existirem interesses institucionais, como a ordem concorrencial, que, por si própria, merece a tutela estatal, assim como ocorre com os concorrentes e os consumidores. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as condutas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 81.

<sup>146</sup> BRASIL. Lei n. 12.529/11, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**: 2 de dezembro de 2011.

dos interesses dos empresários lesados pelas práticas anticoncorrenciais, mas sobre os interesses dos consumidores, trabalhadores e até da sociedade em geral.<sup>147</sup>

MUNHOZ observa:<sup>148</sup>

Ao analisar o modelo brasileiro, verifica-se que, tanto a Constituição de 1988, como a legislação em vigor, adotaram o critério de proteção da pluralidade de interesses envolvidos na concorrência, e não apenas o interesse do consumidor. O parágrafo único do artigo 1º da Lei no 8.884/94 é claro ao afirmar que a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por aquela lei. Na medida em que o direito concorrencial afeta os interesses de todos os participantes do mercado entre os titulares dos direitos subjetivos decorrentes da defesa da concorrência.

Entre os bens jurídicos mais importantes protegidos pela concorrência estão o direito de competir e a liberdade de escolher, além da garantia da possibilidade de efetiva competição. Ao proteger esta pluralidade de interesses, o legislador optou por estender a garantia da liberdade de escolha para todos os agentes de mercado, não apenas os consumidores, mas também os produtores. A liberdade de escolha representa um valor em si mesmo, e na perspectiva do desenvolvimento como processo de expansão de liberdade, é de suma importância proporcionar aos agentes – todos os agentes – a liberdade de escolher e a de competir. Esta importância deriva não apenas do aspecto econômico das mesmas, mas também em função de seus efeitos sobre as demais liberdades que compõem o processo de desenvolvimento.

Logo, a proteção da concorrência aparece como instrumento de tutela de valores e interesses mais amplos que os meramente individuais, destinando-se à preservação de mecanismos de mercado, e não apenas dos interesses de seus figurantes.

Quanto ao segundo objetivo do direito da concorrência, refere-se justamentne aos consumidores, destacando COELHO que, inicialmente, poderia parecer que os consumidores são os sujeitos exclusivos tutelados pela legislação antitruste, especialmente porque a própria teorização econômica do Direito da Concorrência baseia-se na proteção do consumidor<sup>149</sup>, o qual, precisa ter à sua disposição uma possibilidade grande de escolha entre os produtos e serviços oferecidos no mercado;

<sup>147</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito Antitruste Brasileiro – comentários à Lei n. 8.884/94**. 5. ed. Saraiva: São Paulo, 1995. p. 05.

<sup>148</sup> MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. **Direito, livre concorrência e desenvolvimento**. São Paulo: Lex Editora, 2006. p. 195-196.

<sup>149</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito Antitruste Brasileiro – comentários à Lei n. 8.884/94**. 5. ed. Saraiva: São Paulo, 1995. p. 05.

além do mais, ele tem de ter a garantia de boa qualidade dos mesmos e de preços justos, preocupações que merecem atenção da legislação concorrencial.

É importante destacar a lição de FORGIONI:<sup>150</sup>

Em sistemas nos quais tradicionalmente há a concentração de poder, com a presença de mercados cartelizados, costuma-se controlar a atividade dos agentes econômicos em posição dominante, impedindo que estes dela abusem em detrimento do consumidor. Não há um combate à posição dominante em si e muito menos à concentração de empresas, impedindo-se, apenas, o abuso do poder econômico, o que pode implicar a repressão a lucros excessivos.

Não por outro motivo, a Lei n. 8.884/94 faz menção expressa, em variados momentos, à tutela do consumidor (a título de exemplo, tem-se os artigos 1º, 27, 29, 54)<sup>151</sup>, o que também se verifica na Lei n. 12.529/11 (arts. 1º, 19, V e IV, 36, XVI, 38, III, 44, V, 88, §6º, II).

MARQUES, inclusive, afirma que “a proteção do consumidor (...) representa, politicamente, um comprometimento com a lealdade do mercado, assegurada em visão macro pelo direito da concorrência e em visão micro, (...), pelo direito do consumidor”.<sup>152 153</sup>

Mostra-se fundamental, neste momento, adentrar no estudo das escolas antitruste para se averiguar qual seria, efetivamente, o objetivo da defesa da concorrência.

<sup>150</sup> FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 237.

<sup>151</sup> MARTINEZ, Ana Paula. A proteção dos consumidores pelas normas concorrenciais. **Revista de direito do consumidor**, nº 52. São Paulo: RT, jul./set. 2004. p. 7-36. p. 18-19.

<sup>152</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **A Insuficiente Proteção do Consumidor nas Normas de Direito Internacional Privado – Da Necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre Lei Aplicável a Alguns Contratos e Relações de Consumo**. Disponível em: < [http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII\\_home\\_temas\\_cidipvii\\_proteccionalconsumidor\\_leyaplicable\\_apoyo\\_propuestabrasil\\_port.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_home_temas_cidipvii_proteccionalconsumidor_leyaplicable_apoyo_propuestabrasil_port.pdf) - Cláudia LIMA MARQUES2001 >. Acesso em: 03.09.2015.

<sup>153</sup> MIRAGEM, nesse sentido, refere que “a proteção da livre concorrência resulta, ainda que de modo indireto, na proteção dos direitos do consumidor”. MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed., Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012, p. 69.

As principais correntes podem ser agrupadas em 4: i) a Escola Estruturalista de Harvard; ii) a Escola de Chicago; iii) a Escola de Freiburg; e iv) Movimento Pós-Chicago.

Todas as escolas, conforme afirmação de MARTINEZ, são unânimes em apontar o consumidor como destinatário econômico final das normas concorrenciais, indicando o bem-estar do consumidor como objetivo econômico último a ser alcançado pela legislação antitruste.<sup>154</sup>

Importante citar, todavia, a lição de GUDIN, ao afirmar a proliferação do uso do termo “bem-estar do consumidor”:<sup>155</sup>

Le bien-être du consommateur! Le mot magique est lâché. de quoi s'agit-il? D'une utopie ou au contraire d'une réalité qui se fonde sur les théories économiques les plus précises? Vraisemblablement les deux, puisque la précision des théories ne les empêche pas de se succéder, voire de se contredire rapidement, ce qui laisse solvante le juriste perplexe sinon même secrètement satisfait.<sup>156</sup>

A Escola Estruturalista de Harvard surgiu nos Estados Unidos da América nos idos da década de 1940 e tinha em AREEDA, SULLIVAN e TURNER seus grandes expoentes. Sua principal característica é a preocupação com o arranjo concorrencial dos mercados, ou seja, com as estruturas, rechaçando qualquer forma de concentração excessiva. Esses doutrinadores buscam a existência de mercados competitivos, assim definidos por AREEDA e TURNER:<sup>157</sup>

The competitive market is one in which power is not unduly concentrated in the hands of one or few firms. They are sufficiently numerous to offer real alternatives to their suppliers and customers, whose fate is thus determined by impersonal market forces rather than by the arbitrary fiat of another. And the several firms that share that market will necessarily have less individual

<sup>154</sup> MARTINEZ, Ana Paula. A defesa dos interesses dos consumidores pelo direito da concorrência. **Revista do IBRAC**, São Paulo: IBRAC, v. 11, n. 01, 2004, p. 67-99. p. 70.

<sup>155</sup> GUDIN, Charles-Etienne. Qu'est Devenu le Consommateur em Droit Communautaire e de la Concurrence? **Revue des Affaires Européennes**, Paris: v.8, n.3, 1998. p. 223.

<sup>156</sup> Em tradução livre: “de que se trata? De uma utopia ou, ao contrário, de uma realidade que se baseia nas teorias econômicas mais precisas? Provavelmente os dois, pois a precisão das teorias não as impedem de se suceder e, rapidamente, se contrariarem, deixando o jurista perplexo ou secretamente satisfeito”. GUDIN, Charles-Etienne. Qu'est Devenu le Consommateur em Droit Communautaire e de la Concurrence? **Revue des Affaires Européennes**, Paris: v.8, n.3, 1998. p. 223.

<sup>157</sup> SULLIVAN, Thomas; HOVENKAMP, Herbert; SHELANSKI, Howard. **Antitrust law, policy and procedure: cases, materials, problems**. Charlottesville: Lexis Law Publishing, 1999. p. 7-25.

economic or political significance than would be had by a single firm, or by substantially fewer firms, controlling the Market.<sup>158</sup>

Seus ensinamentos dão ênfase aos malefícios originados da concentração do mercado, geralmente relacionada com a alteração das condições naturais de concorrência, ao abuso de poder dominante<sup>159</sup> e com a possibilidade de colusão entre os agentes.<sup>160</sup> Assim, percebem relação de causa e efeito entre os seguintes fatores: as condições de base (tecnologia, curva de custos e preferências dos consumidores), a estrutura (barreiras de entrada, grau de concentração de oferta e de demanda, diferenciação do produto), a conduta (comportamento das empresas, estratégias de competição e de cooperação, regras de precificação e publicidade) e o desempenho do mercado (resultados no mercado analisado, preço, qualidade e quantidade de produto). Assim, cada etapa possui uma relação de causalidade com a seguinte, razão

---

<sup>158</sup> Em tradução livre: “O mercado competitivo é aquele em que o poder não está indevidamente concentrada nas mãos de uma ou poucas empresas. Elas são suficientemente numerosas para oferecer alternativas reais aos seus fornecedores e clientes, cujo destino é assim determinado por forças impessoais do mercado, em vez de pelo decreto arbitrário de outro. E as várias empresas que compartilham esse mercado vão necessariamente ter menos importância econômica ou política individual do que iria ser tido por uma única empresa, ou substancialmente menos empresas, controlando o mercado”. SULLIVAN, Thomas; HOVENKAMP, Herbert; SHELANSKI, **Howard**. **Antitrust law, policy and procedure: cases, materials, problems**. Charlottesville: Lexis Law Publishing, 1999. p. 7-25.

<sup>159</sup> NUSDEO assim diz sobre o poder de mercado: “[...] é definido a partir da capacidade de o agente de aumentar substancialmente os preços de seus produtos de modo a maximizar seus lucros, por um certo período de tempo. A existência dessa possibilidade não significa ser sempre uma conduta adotada, pois o agente pode optar pela redução predatória de preços para afastar a concorrência. Embora relacionado com a dimensão da participação de mercado do agente, o poder de mercado não se identifica plenamente com essas categorias, pois sua capacidade de aumentar preços pode estar sendo restringida pela possibilidade de os consumidores trocarem seus produtos por outros, substitutos, ou de novos agentes ingressarem no mercado, atraídos pela sua alta lucratividade, e, assim, aumentar a concorrência na venda do produto em questão”. NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica – o controle da concentração de empresas**. São Paulo: Malheiros, 2002.

<sup>160</sup> PROENÇA enuncia outros malefícios desse tipo de estrutura: “Atribui-se, ainda, às estruturas concentradas a responsabilidade pela ausência de concorrência em preço e a excessiva concorrência em diversificação do produto, calcada na publicidade exagerada, orientada a influir o consumidor quanto à superioridade dos produtos e obter fatias adicionais do mercado. Os altíssimos valores despendidos em publicidade pelas empresas dominantes seriam, de acordo com os estruturalistas, uma maneira de assegurar a concentração de mercado, desencorajando a concorrência potencial, sendo certo ainda que os montantes empregados em propaganda com o objetivo de canalizar as preferências do consumidor para a marca e não para o preço poderiam estar mais adequadamente empregados em pesquisa e desenvolvimento. Outra característica negativa que se aponta no mercado concentrado é a existência de barreiras à entrada de novos concorrentes, consubstanciadas nas vantagens que detêm as empresas que o integram, tais como a capacidade de diferenciação de produto, custos mais baixos decorrentes do controle sobre técnicas de produção, redes de distribuição e fatores de distribuição e vantagens que tornam mais altos os custos de entrada, desencorajando concorrentes potenciais”. PROENÇA, José Marcelo Martins. **Direito concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 385.

pela qual as estruturas assumem especial relevância pois definem o desempenho do mercado e, por consequência, os impactos sobre os fornecedores.<sup>161</sup>

Com efeito, as teorias econômicas que se desenvolveram ao longo do século passado passaram a demonstrar que a dinâmica de um mercado concentrado se dava de forma diferente daquela encontrada nos pulverizados. Isso porque o volume de mercadorias produzido pelas corporações detentoras de alto *market share* e mesmo o poder econômico do qual desfrutam permitem que elas tenham certas vantagens e economias que as empresas menores não logram obter. O resultado disso, muitas vezes, é a distorção nas condições de competição, levando a uma clara vantagem para as de maior porte. Para os teóricos de Harvard, essa diferenciação artificial entre os agentes econômicos é problemática: o mercado ideal seria aquele disputado por inúmeras empresas, em um ambiente pulverizado no qual elas não pudessem individualmente alterar as regras do jogo, ou agir independentemente.

A luta por um mercado pulverizado não tem como fim “proteger” os agentes de menor porte (mais fracos). Quer apenas criar condições para que o mercado funcione da maneira mais próxima possível a um mercado competitivo, com inúmeros players disputando a preferência dos consumidores. Aí se torna necessária a atuação do Estado – caso se permita que os agentes ajam livremente, sem qualquer tipo de disciplina, com o passar do tempo, iria-se observar a concorrência enfraquecida, dominada apenas pelas grandes corporações. Isso porque o fôlego financeiro dessas empresas permite que eliminem os competidores menores da arena concorrencial para construírem, ao final, uma posição bastante confortável para aquelas que logram permanecer no mercado.<sup>162</sup>

Uma última motivação encontrada pela Escola de Harvard para evitar a formação de estruturas concentradas é a maior probabilidade de formação de conluio entre as empresas, o que guarda direta vinculação com a formação de cartéis, como se verá na segunda etapa desta dissertação. A afirmação é feita com base nos

---

<sup>161</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 101.

<sup>162</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 101.

modelos de estrutura-conduta-desempenho desenvolvidos por MASON<sup>163</sup> e CLARCK<sup>164</sup>. Explica-se: uma das condições necessárias para que possa ocorrer um acordo bem-sucedido entre competidores é a existência de poucos agentes no mercado que, dentre desse contexto, são capazes de se organizar e monitorar uns aos outros. Esses arranjos são ainda mais profícuos caso existam altas barreiras à entrada de novas firmas no mercado. Com efeito, se não fossem necessários altos investimentos para a entrada no mercado, os altos preços praticados e as taxas de lucro exorbitantes advindos do conluio atrairiam para o mercado outros competidores interessados nesses atrativos, o que colocaria em risco a existência do acordo.<sup>165</sup>

Assim, a proteção do consumidor, na perspectiva da presente escola, seria um efeito reflexo da defesa da concorrência: na medida em que se preservasse uma estrutura com diversos concorrentes haveria a garantia de maiores opções aos consumidores.<sup>166</sup>

Com o passar dos anos a influência da Escola de Harvard foi arrefecida, especialmente pelo desenvolvimento de novos postulados econômicos que passaram a desafiar os seus fundamentos. Nesse momento, a Escola de Chicago passa a dominar as discussões sobre o direito concorrencial.<sup>167</sup>

---

<sup>163</sup> MASON, Edward S. Price and Production Policies of Large-scale Enterprise. **American Economic Review**, n. 29, mar. 1939. p. 61-79.

<sup>164</sup> CLARK, John Maurice. Toward a Concept of Workable Competition. **American Economic Review**, n. 30, jun. 1940. p. 241-56.

<sup>165</sup> Para ilustração, cita-se a lição de NUSDEO: “Os estudos sobre essas relações entre estrutura, conduta e desempenho no mercado são marcados pela influência da doutrina desenvolvida entre os anos 30 e 70 nos Estados Unidos, com forte ênfase na influência da estrutura no funcionamento dos mercados. Essa doutrina, conhecida como paradigma da estrutura-conduta-desempenho, tem como proposição principal a existência de uma relação inerente entre a estrutura nos mercados e seu funcionamento. Nesse sentido, agentes atuantes em mercados onde existam alto grau de concentração e altas barreiras à entrada forçosamente adotam condutas anticompetitivas, daí resultando um baixo desempenho dos mercados, sob a forma de redução da produção e aumento de preços. A forte ênfase nos efeitos da estrutura no desempenho dos mercados, pelos adeptos da teoria, implicou até mesmo a redução da análise do comportamento efetivo dos agentes atuantes no mercado, pois a existência de estrutura favorável ao comportamento anticoncorrencial certamente levaria os agentes a adotarem-no.” NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica – o controle da concentração de empresas**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 42. A esse respeito, consultar também: FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 167 e ss.

<sup>166</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 101.

<sup>167</sup> Conforme ensinamento de SALOMÃO FILHO: “A partir sobretudo do final dos anos 70 pode-se dizer que a ‘Escola de Harvard’ simplesmente desaparece, já que seus representantes aceitam grande parte dos pressupostos da Escola de Chicago, que hoje domina e tem enorme influência nas cortes [...]”.

A Escola de Chicago influenciou sobremaneira a aplicação do direito concorrencial, especialmente nos Estados Unidos da América, desde a década de 1970.<sup>168</sup>

Para que seja possível averiguar a lógica dos seus pressupostos, imperiosa uma breve incursão sobre a economia clássica e neoclássica, fontes nas quais muitos de seus expoentes, como ROBERT BORK e RICHARD POSNER, buscaram inspiração. NUNES<sup>169</sup> elenca as máximas trazidas por essas linhas de pensamento.<sup>170</sup>

A primeira é a Lei do interesse pessoal, segundo a qual o melhor arranjo de mercado ocorre quando os agentes agem livremente, unicamente na busca por seus próprios interesses. Aqui se aceitam pressupostos econômicos para a compreensão do comportamento humano, especialmente no sentido de que os agentes sempre adotam a escolha maximizadora de seus interesses (escolhas auto-interessadas e que levam ao grau máximo o seu bem-estar), e que não levam em consideração quaisquer outros fatores de ponderação para a tomada de suas decisões. Além disso, há a suposição de que os indivíduos dispõem de todas as informações necessárias para que possam livremente atuar no mercado (ou seja, não há que se falar em racionalidade limitada).<sup>171</sup> Trata-se, portanto, do chamado “princípio hedonístico”, que fixa a satisfação do interesse pessoal como melhor motor da sociedade, pelo qual os indivíduos buscariam afastar a miséria.<sup>172</sup> Os clássicos preconizavam a liberdade de cada indivíduo realizar os seus fins econômicos e obter os seus lucros, sempre

---

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial. As estruturas**. 3a ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 22-23.

<sup>168</sup> MARQUES DE CARVALHO, Vinicius; LIMA, Ticiano Nogueira da Cruz. A Nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira: comentários sob uma perspectiva histórico-institucional. **Publicações da Escola da AGU: A Nova Lei do CADE - Escola da Advocacia-Geral da União**, Ano IV, n. 19, Brasília: EAGU, jul. 2012. p. 7-34.

<sup>169</sup> NUNES, Antônio José Avelãs. **Uma introdução à economia política**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 378-379.

<sup>170</sup> Em suma, conforme PFEIFFER, a Escola de Chicago “é influenciada pela perspectiva neoclássica, que apreende a realidade econômica a partir do comportamento de indivíduos perfeitamente racionais, que buscam atingir seus objetivos de forma ótima e visando sempre os seus próprios interesses”. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 104.

<sup>171</sup> FAGUNDES, Jorge. Os objetivos das políticas de defesa da concorrência: a Escola de Harvard e a Escola de Chicago. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 10, Jan. / 2003, p. 133-151.

<sup>172</sup> NUNES, Antônio José Avelãs. **Uma introdução à economia política**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 380.

conduzidos por uma mão invisível – enriquecendo-se a si próprio, enriqueceria a sociedade.

A segunda é a Lei da livre concorrência, que decorre diretamente da lei do interesse pessoal e tem na sua base a ideia de que é a livre concorrência que harmoniza da melhor maneira os interesses individuais, razão pela qual qualquer intervenção do Estado na vida econômica seria criticada pelos teóricos clássicos, justificando o nome da escola liberal.<sup>173</sup> Assim, os agentes deveriam desfrutar do maior grau de liberdade possível, sem se defrontar com interferências artificiais não necessárias. O mercado seria o responsável por estabelecer o seu melhor arranjo, que atenderia, da melhor maneira, aos interesses individuais.<sup>174</sup>

A terceira é a Lei da População, que afirma que quando a população aumenta em progressão geométrica, o aumento dos meios de subsistência se processa em progressão aritmética. Em razão da desigualdade dos andamentos, mais cedo ou mais tarde a sociedade seria assolada pela fome e miséria, razão pela qual os clássicos entendiam essencial a restrição ao aumento populacional.<sup>175</sup>

A quarta é a Lei da oferta e da procura que, em suma, explicita o modo como são formados os preços quer dos produtos, quer da natureza, do capital ou do trabalho. A variação dos preços se dá em sentido inverso ao da variação das quantidades oferecidas e no mesmo sentido da variação das quantidades procuradas, razão pela qual a quantidade disponível fixa o preço do bem aos consumidores.<sup>176</sup>

Finalmente, explicita-se a Lei do comércio internacional, que afirma que todas as nações obtêm um ganho a partir do comércio externo, contrariando as concepções mercantilistas, de acordo com as quais um país somente poderia ganhar o que o outro perdesse. Contrapõe-se à ideia de que apenas os países desenvolvidos se beneficiam

---

<sup>173</sup> NUNES, António José Avelãs. **Uma introdução à economia política**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 380.

<sup>174</sup> CAMELIER DA SILVA, Alberto Luís. Concorrência desleal e antitruste: atuais perspectivas no direito brasileiro. **Revista de Direito Empresarial**, vol. 1, Jan - Fev / 2014. p. 157-167.

<sup>175</sup> NUNES, António José Avelãs. **Uma introdução à economia política**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 381.

<sup>176</sup> No mesmo sentido, as leis do salário e da renda. NUNES, António José Avelãs. **Uma introdução à economia política**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 381.

do comércio internacional, pois afirma que os benefícios são distribuídos entre todos os seus membros. Uma das consequências dessa Lei é a busca por um comércio entre países livre, sem interferências externas, nos mesmos moldes daquele buscado pela Lei da livre concorrência, em uma ideia de liberdade total do comércio externo.<sup>177</sup>

É importante atentar, ainda, aos ensinamentos da Escola Clássica/Neoclássica que vão trazer características marcantes para a Escola de Chicago, quais sejam:<sup>178</sup>

i) a ideia de que as leis econômicas seriam como leis naturais, aptas a explicarem qualquer fenômeno, independentes de características peculiares. Acreditava-se que uma fórmula econômica utilizada com sucesso em um país e contexto seria automaticamente aplicável a outro, sem necessidades de serem observadas as especificidades de cada país;<sup>179</sup>

ii) a ideia de que existem leis universais de equilíbrio (como as acima citadas) que deveriam ser estudadas e compreendidas pelo homem;

iii) a ideia de que as leis naturais não deveriam ser alteradas pela ação humana, visto que são justas. O que se deveria buscar, ao contrário, é que as leis seguissem a sua ordem natural, o que levaria ao progresso da sociedade;<sup>180</sup>

---

<sup>177</sup> FAGUNDES, Jorge. Os objetivos das políticas de defesa da concorrência: a Escola de Harvard e a Escola de Chicago. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 10, Jan / 2003. p. 133-151.

<sup>178</sup> HOLTZ, Ludmila Passos. Bem-estar do consumidor - uma análise concorrencial sob a perspectiva brasileira. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 13, Jan / 2006. p. 107-138.

<sup>179</sup> NUSDEO apresentabrinde com explicação sobre a busca por leis naturais: “Dentre os eventos que influenciaram a grande opção liberal do último quartel do século XVII é de se destacar aqueles ocorridos no campo das próprias descobertas científicas, pois estas produziram explicações para os fenômenos do mundo físico que, com base na analogia, acabaram sendo transpostas para o campo das relações sociais e econômicas. Com efeito, os empresários de meados do século XVIII estavam, evidentemente, interessados em divulgar uma base de argumentação científica para eliminar as últimas peias do feudalismo e do mercantilismo que tolhiam os seus movimentos. E as formulações, primeiro de Galileu, o pai da ciência experimental, e depois de Kepler e Newton, este morto não muito tempo antes, vinham a calhar ao demonstrarem haver uma ordem natural imposta e querida por Deus para reger o universo, a qual, naturalmente, mantinha em equilíbrio os corpos astrais. Assim, como a natureza respondia por tal equilíbrio, também na sociedade dever-se-ia adotar uma ordem natural, responsável pelos melhores resultados humanamente possíveis para todo o conjunto de cidadãos e pelo equilíbrio entre eles, ordem essa que não poderia ser contrária aos desígnios da divindade”. NUSDEO. Fábio. **Fundamentos para uma codificação do Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 10-11.

<sup>180</sup> BORK, Robert H. **The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself**. New York: Free Press, 1993.

iv) a não interferência nas leis naturais incluía também uma abstenção na atuação do Estado, que seria incompetente, em sua gênese, para lidar com qualquer matéria de cunho econômico. O lema é a não intervenção do Estado na economia.<sup>181</sup>

Além dos pressupostos ora elencados, é impossível não abordar outras importantes hipóteses da teoria neoclássica, que também colaboraram para a elaboração dos ideais da Escola de Chicago, quais sejam: a inexistência de barreiras à entrada e à saída das empresas no mercado, não havendo que se falar em qualquer custo adicional para que isso ocorresse; o marginalismo econômico e a sua inovadora fórmula para explicar a formação dos preços no mercado; a perfeita mobilidade entre os fatores produtivos dentro das empresas e entre as empresas (por exemplo: trabalhadores qualificados podem ser contratados imediatamente no mercado, sem que exista qualquer custo de aprendizado para eles) e a assunção de que todos os produtos competiriam de forma similar no mercado, ou seja, haveria uma homogeneidade do produto, que daria sentido a um único tipo de concorrência, baseada no preço do bem adquirido.<sup>182</sup>

---

<sup>181</sup> Nas palavras de NUNES: “A Escola Clássica assentou basicamente na defesa da existência de um mecanismo natural que asseguraria sempre o equilíbrio da vida econômica e que, automaticamente, restabeleceria a ordem econômica porventura alterada. É com base nessa concepção que os clássicos consideram que a tarefa da ciência econômica é a investigação e descoberta das leis naturais que regulam todo aquele mecanismo, leis válidas em qualquer tempo e lugar, leis universais que o homem, através da observação e do estudo, pode apreender, devendo, aliás, fazê-lo para poder assegurar-se o progresso da sociedade. [...] Deste ‘fetichismo naturalístico’ (Oskar Lange) derivam duas atitudes características do pensamento dos clássicos: a) Por um lado, uma atitude conformista perante as ocorrências da vida econômica: elas decorrem de leis da natureza e o que é natural é justo (a lei moral identifica-se com a lei natural). b) Por outro lado, uma atitude de condenação de toda e qualquer intervenção do estado na vida econômica. Em 1º lugar, porque a vida econômica e a ordem social são vistas como ordem natural, regulada por leis que exprimem princípios eternos e universais da natureza humana, leis tão rigorosas e inalteráveis como as leis da física (concepção mecanicista ou fisicista, de raiz newtoniana); em 2º lugar, porque defendem que o estado, como máquina essencialmente política, é pelas suas próprias funções, incompetente para a actuação econômica. De acordo ainda com as palavras de Smith, ‘não há dois caracteres que pareçam mais contrários do que os do comerciante e do governo’. Daí que os clássicos preconizem a total liberdade econômica”. NUNES, António José Avelãs. **Uma introdução à economia política**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 378-379.

<sup>182</sup> “O custo marginal é o custo adicional no qual uma empresa incorre ao produzir uma unidade a mais de produto. Por exemplo, uma das 30 produtoras de macarrão de uma determinada região produz 1.000 pacotes de 500g por semana, que são vendidos a R\$ 2,00 cada um. Ela tende a aumentar sua produção na medida em que possa fazê-lo por um custo inferior a R\$ 2,00 por pacote. Se, em razão de seus custos totais de produção (capacidade de equipamentos, falta de suprimento de matérias-primas na região, horas extras de funcionários etc.), a produção do milésimo primeiro pacote custar R\$ 2,05 a empresa terá prejuízo ao fabricá-lo”. (NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica – o controle da concentração de empresas**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 33). Sobre a Nova Economia Subjetivista- marginalista: “Os marginalistas vieram sustentar que, não podendo entender-se o preço como função da soma de utilidades, ele é função do aumento de utilidade, da utilidade adicional oferecida ao consumidor pela unidade marginal de uma oferta dada. Este

A forte interação entre os conceitos econômicos e os jurídicos passou a ser uma das características da Escola de Chicago. Ao longo do tempo, a influência foi fortalecida, especialmente com a incorporação de dois importantes conceitos: a busca pela eficiência econômica e a utilização da Análise Econômica do Direito para a tomada de decisões.<sup>183</sup>

A eficiência econômica, entendida como a possibilidade de o agente produzir os bens a custos menores, passou a ser o norte da Escola de Chicago para a formulação da política concorrencial e para a aplicação do direito. Para sua verificação, utiliza-se a fórmula desenvolvida por VILFREDO PARETO no início do século XX: ela seria alcançada quando não houvesse qualquer outra alternativa que fosse preferível a um consumidor sem trazer prejuízo a outro. Ou seja, as trocas no mercado deveriam ocorrer sucessivamente até que uma delas causasse prejuízo a um dos agentes. Nesse momento, elas seriam interrompidas e os recursos teriam encontrado a melhor alocação possível.<sup>184</sup> O “Ótimo de Pareto” é atingido quando todas as empresas, em determinado momento histórico, produzem exatamente a

---

aumento de utilidade (o grau final de utilidade, de que fala Yevons, ou a utilidade marginal, na designação de Marshall) é que determina o valor. Esta idéia é expressa com clareza por Yevons: ‘O valor depende unicamente do grau final de utilidade. Como poderemos variar este grau de utilidade? Tendo maior ou menor quantidade de mercadorias a consumir. E como obteremos maior ou menor quantidade de mercadorias? Despendendo mais ou menos trabalho para se obter a sua oferta. Segundo este modo de ver, há dois intermediários entre o trabalho e o valor. O trabalho determina a oferta e a oferta determina o grau de utilidade, que comanda o valor ou a relação de troca. [...] O trabalho determina o valor, mas só de modo indirecto, ao variar o grau de utilidade das mercadorias por meio de um aumento ou limitação da oferta’”. NUNES, António José Avelãs. **Uma introdução à economia política**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 541.

<sup>183</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 105.

<sup>184</sup> Para PFEIFFER, “Pareto identificou três condições necessárias e suficientes que levariam uma economia ao seu grau máximo de bem-estar: 1) eficiência das trocas, 2) eficiência produtiva e 3) eficiência do mix de produtos. A eficiência das trocas significa que um agente economic pode trocar bens ou fatores de produção com outro agente, se isso for reciprocamente vantajoso. (...) A eficiência produtiva refere-se ao melhor emprego possível dos meios mais eficientes na produção de bens, aptos a reduzir custos e promover o increment de qualidade, aumentando a produtividade das empresas. (...) Finalmente, a eficiência de mix de produtos (ou eficiência alocativa) significa que cada produtor ou consumidor escolheu um conjunto de produtos para consumer ou fabricar que lhe dá, respectivamente, a maior satisfação ou o maior lucro. (...) Obviamente, trata-se de decisão sujeita à distorção por eventual existência de preços de monopólio. (...) No ótimo de pareto, a economia está produzindo o máximo que é capaz e os consumidores estão consumindo o mix de produtos que lhes dá o máximo de satisfação. Em consequência, se alguém melhorar a sua posição algum outro terá que piorar. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 106.

quantidade de produtos que é demandada pelos consumidores (há um equilíbrio entre a produção e a demanda).<sup>185</sup>

A Análise Econômica do Direito (conhecida como Law and Economics) utiliza a eficiência econômica como técnica para a resolução dos conflitos, mas com uma especificidade: o parâmetro para a eficiência econômica não é a fórmula de PARETO, mas sim o critério KALDOR-HICKS (ou eficiência potencial de Pareto).<sup>186</sup> A opção se justifica porque raramente verificam-se no mercado situações nas quais os dois agentes são beneficiados pelas trocas entre eles (conforme supõe a fórmula de Pareto). Assim, para uma análise mais calcada na realidade, passou-se a admitir como eficientes as hipóteses nas quais os ganhos percebidos por um dos agentes compensassem as perdas sofridas por sua contraparte.

Essas visões da Escola de Chicago trouxeram profundas transformações ao direito concorrencial, especialmente pela contestação a antigos dogmas. Um bom exemplo disso está na alteração do entendimento sobre a concentração de mercado: se antes se acreditava que era prejudicial à concorrência (conforme os ensinamentos da Escola Estruturalista de Harvard), os estudos econômicos trazidos por Chicago passaram a afirmar que os grandes *players* traziam consigo uma melhor alocação dos recursos no mercado, representada pela possibilidade de economias de escala e escopo.<sup>187</sup> Ou seja, o que antes era tipo como potencial ilegalidade, passou a ser percebido como sinal de maior eficiência.<sup>188</sup>

---

<sup>185</sup> PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. Microeconomia. 8. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2013. p. 596.

<sup>186</sup> Trata-se, conforme PFEIFFER, de um equilíbrio parcial, evidenciado pela ausência de mercados de concorrência perfeita. Também chamado de “princípio da compensação”, onde a soma dos benefícios daqueles que ganham deve ser superior à soma dos prejuízos daqueles que perdem, existindo um ganho de bem-estar agregado. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 106.

<sup>187</sup> Nesse sentido, o valor essencial protegido pela legislação de defesa da concorrência é o bem-estar do consumidor e, normalmente, as concentrações econômicas o beneficiam ao gerarem eficiências, especialmente reduções de custos ocasionadas por economias de escala, razão pela qual a escola defende um controle mínimo sobre tais atos de concentração. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 107.

<sup>188</sup> Cita-se a doutrina: “Evidentemente, o paradigma da estrutura exclusivamente conduta-desempenho foi alvo de duras críticas, principalmente da chamada Escola de Chicago, que questionava a presunção de mau desempenho dos mercados a partir da verificação da sua estrutura. Mais exatamente, sua divergência relacionava-se à desconsideração da existência de economias de escala, da forma de cálculo da lucratividade, bem como da pressuposição de que altas taxas de retorno de investimentos fossem sinal inequívoco de falta de concorrência, e, finalmente, ao açoitamento das Cortes e das autoridades antitruste na repressão de práticas alegadamente anticoncorrenciais, sem atenção aos

Com a crescente influência alcançada, fusões, aquisições e condutas passaram a ser analisadas tendo como foco a eficiência produtiva que essas estruturas teriam no mercado: quanto mais tendessem à produção abaixo do custo, mais seriam benquistas pela teoria econômica e, por consequência, deveriam ser suportadas pela disciplina antitruste.

Nesse sentido, pertinente a lição de PFEIFFER sobre a Escola de Chicago, especialmente no que tange aos cartéis e concentrações horizontais, tema central desta pesquisa:<sup>189</sup>

A corrente entende que a intervenção estatal deve ser focada essencialmente nas concentrações horizontais que levem a uma efetiva diminuição da concorrência e em cartéis. Seus partidários defendem, por exemplo, que as restrições e concentrações verticais são sempre benéficas por reduzirem custos de transação.

Essa corrente entende que o valor essencial protegido pela legislação de defesa da concorrência é o bem-estar do consumidor(...)

Apesar de hoje observar-se o predomínio da aplicação dos ensinamentos da Escola de Chicago, especialmente nas cortes norte-americanas, é de se notar que ela é envolta em polêmicas. O problema não está na utilização de ferramentas matemáticas e econômicas na aplicação do direito, mas sim no seu emprego desarrazoado, sob a justificativa de que isso tornaria a aplicação do direito “isenta” (ou seja, sem qualquer juízo de valor) e mais objetiva. Quando se confronta esses ensinamentos com o texto da Constituição Federal de 1988, percebe-se que, em certos momentos, é notória a opção do legislador por um Estado atuante e que visa a outros objetivos, que não apenas ao livre mercado e à eficiência econômica.

---

possíveis efeitos pró-concorrenciais”. NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica – o controle da concentração de empresas**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 43. No mesmo sentido, FORGIONI: “Os pressupostos teóricos da Escola de Chicago acabam por modificar a aplicação da Lei Antitruste. Não há razão para impedir um comportamento (ainda que prejudicial ao consumidor ou outros concorrentes), se não for demonstrado que a prática produz, também, um efeito distorsivo sobre a alocação dos recursos e, conseqüentemente, sobre o bem-estar geral da economia. Muitas práticas que eram tradicionalmente consideradas ilícitas, porque prejudiciais à concorrência (ilícitas per se), passaram a ser consideradas apenas ilícitas in se, na medida em que asseguram economias de produção”. FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 p. 173.

<sup>189</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 107.

Como se observou linhas acima, a Escola de Chicago tem como finalidade para o direito a busca pela melhor alocação da riqueza no mercado, não trazendo uma definição clara de quem seriam os destinatários dessas vantagens.<sup>190</sup> Todavia, de uma leitura das ideias decorrentes dos representantes da referida escola, resta clara a nítida parcialidade ao lado da demanda, ou seja, dos consumidores.<sup>191</sup>

Para BORK<sup>192</sup>, a eficiência buscada pela tutela antitruste pode ser definida como uma condição para maximizar o bem-estar dos consumidores, através da redução dos custos e, conseqüentemente, dos preços, bem como do aumento da oferta de produtos e serviços desejados por esses. Como bem coloca PIRAINO<sup>193</sup>, Bork acreditava que o único objetivo legítimo do Direito Antitruste norte-americano seria a maximização do bem-estar do consumidor, sendo que quaisquer outros objetivos, incluída a proteção dos pequenos empresários em face das grandes empresas, seriam irrelevantes.

Os consumidores foram então galgados à condição de beneficiários<sup>194</sup>, sob o argumento de que a lógica de mercado e a racionalidade dos produtores fariam com que os excedentes por eles conquistados com a máxima eficiência fossem obrigatoriamente divididos com os consumidores<sup>195</sup>, o que se daria por meio da diminuição dos preços praticados no mercado.<sup>196</sup> A crítica a essa ligação “tão direta” entre eficiência e redução de preços é realizada por SALOMÃO FILHO:

---

<sup>190</sup> Conforme explica SALOMÃO FILHO, a busca da proteção do consumidor está na gênese do Direito antitruste brasileiro, nos dispositivos constitucionais de proteção à economia popular. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as condutas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 107.

<sup>191</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Controle de concentrações e proteção dos consumidores. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 100, Jul - Ago / 2015. p. 329-357.

<sup>192</sup> BORK, Robert H. **The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself**. New York: Free Press, 1993.

<sup>193</sup> PIRAINO, Thomas A. Reconciling the Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century. **Indiana Law Journal**. vol. 82, 2007. p. 346-409.

<sup>194</sup> Nas palavras de SALOMÃO FILHO: “A concepção de eficiência muda radicalmente ao longo do tempo. A concepção original neoclássica da eficiência centra-se na maximização da riqueza global da sociedade. Uma real definição dos consumidores como destinatários diretos das normas antitruste obviamente não pode restringir a tutela à proteção do interesse da maximização da riqueza total, independentemente de quem deva ser seu destinatário”. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as condutas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 144.

<sup>195</sup> Nesse sentido, PROENÇA: “Dentre as diversas correntes doutrinárias a respeito da tecnologia das leis de defesa da concorrência, uma delas defende o bem-estar máximo do consumidor, que deve ser equiparado à eficiência econômica. Esta só existe quando os recursos são alocados de tal forma que nenhuma outra alocação possível poderia melhorar a situação de um consumidor sem que, simultaneamente, piorasse a situação do outro”. PROENÇA, José Marcelo Martins. **Direito concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 391.

<sup>196</sup> GOLDBERG trata da defesa do consumidor: “Qualquer critério ao qual se atribua significação

[...] basta observar que, para os economistas neoclássicos, eficiência é a habilidade de produzir a custos menores e, conseqüentemente, reduzir os preços ao consumidor. Essa última constitui, sem dúvida, a passagem mais artificial dessa teoria. Da redução dos custos é derivada imediatamente a redução dos preços. A eficiência é associada diretamente ao bem-estar do consumidor. O único princípio norteador do direito antitruste passa, então, a ser a proteção do bem-estar do consumidor, no sentido específico definido pelos economistas neoclássicos. A distribuição equitativa dos benefícios ao consumidor é presumida, derivando, necessariamente, da 'racionalidade' monopolista.<sup>197</sup>

É fundamental recordar que a Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 170, dispõe que a defesa do consumidor é um dos princípios da ordem econômica. Todavia, qual seria essa proteção? A Escola de Chicago e as correntes clássicas apresentam um conceito de bem-estar do consumidor bastante estreito, ligado unicamente à redução de preços.<sup>198</sup> Essa proposta simplificadora se adequa ao modelo de concorrência perfeita utilizado por seus economistas, mas não permite qualquer investigação sobre os fatores que realmente lhe trazem esse bem-estar.

De maneira mais ampliada, seria possível supor que os consumidores poderiam obtê-lo de outras fontes, como da tecnologia, do design, da maior diversidade de produtos, da melhor localização das lojas, ou simplesmente da sua liberdade de escolha. Um outro problema enfrentado pelas teorias clássicas está na forma pela qual mensuram o bem-estar do consumidor e o comparam com o de outro. Certamente, esse procedimento é dotado de simplificação tal que pode mascarar seus reais resultados.<sup>199</sup>

---

normativa independentemente do bem-estar implicará sacrifícios de todos os envolvidos. Uma solução vista como 'justa' que piore a situação de todos (medida em termos de bem-estar) deve ser vista como eticamente inferior a arranjos alternativos incrementais. Este é o credo que subscrevem os welfaristas e também o autor deste trabalho". GOLDBERG, Daniel. **Poder de compra e política antitruste**. São Paulo: Singular, 2006. p. 57.

<sup>197</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial. As estruturas**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 23.

<sup>198</sup> MARTINEZ, Ana Paula. A defesa dos interesses dos consumidores pelo direito da concorrência. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, São Paulo: IBRAC, v. 11, n. 01, 2004, p. 67-99. p. 71.

<sup>199</sup> Para PFEIFFER, o conceito de bem-estar do consumidor possui sentido estrito, correspondente ao interesse do consumidor específico de um determinado bem ou serviço. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 109. E, para Joseph Brodley, o bem-estar do consumidor corresponde aos benefícios econômicos diretos e explícitos recebidos pelos consumidores de um produto particular mensurados pelo seu preço e qualidade. BRODLEY, Joseph F. The economic goals of antitrust: efficiency, consumer welfare and technological progress. **New York University Review**, v. 62, 1987. p. 1033.

O grande questionamento à Escola de Chicago foi realizado pela Escola de Freiburg (também chamada de Ordoliberal), surgida na Alemanha após os fracassos econômicos da República de Weimar e a ascensão do Nazismo.

A escola alemã contestou a aplicação indistinta dos pressupostos neoclássicos ao direito antitruste. As principais divergências estavam na definição dada ao conceito de bem-estar do consumidor (conforme discussão acima) e na própria forma como o conceito de concorrência era desenvolvido.

Ao contrário da Escola de Chicago, que pregava a busca incessante pela eficiência econômica, os militantes de Freiburg não acreditavam que pudesse ser atribuído qualquer objetivo *a priori* ao direito antitruste. Deveria ser garantida a possibilidade de escolha aos consumidores, ainda que ela fosse potencial - a concorrência teria como função assegurar aos agentes a descoberta das opções que se apresentam a eles.

SALOMÃO FILHO, ao dissertar sobre a garantia da competição, assim refere:<sup>200</sup>

“Para seus representantes a garantia da competição é fundamento essencial para a garantia do funcionamento econômico de uma economia de mercado. A organização ideal da ordem privada é aquela que permita a ‘autocoordenação’ e o ‘autocontrole’. O direito deve criar as condições para que ambas as garantias se efetivem: a ‘autocoordenação’ é garantida por meio das transações privadas, para as quais o direito de propriedade e o direito das obrigações são elementos organizativos fundamentais. Já a segunda ordem, ‘autocontrole’, ‘becomes effective as soon as the potential partners to a transaction have moved into a position which allows to assess the conditions of an exchange in view of the possibility of substituting partners to (and objects of) a transaction’ [...]. É esse tipo de preocupação – a possibilidade de efetiva competição – que deve ter guarida no direito concorrencial”.<sup>201</sup>

Frise-se, por importante, que a busca pelo livre mercado é bastante diversa da busca pela concorrência. A primeira pressupõe que as empresas atuem livremente,

<sup>200</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial. As estruturas**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 26.

<sup>201</sup> Em tradução livre: “Já a segunda ordem, ‘autocontrole’, torna-se efetiva assim que os potenciais parceiros para uma transação se deslocaram para uma posição que permite avaliar as condições de uma troca tendo em vista a possibilidade de substituir parceiros para (e objetos de) uma transação”. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial. As estruturas**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 26.

sem qualquer atuação do Estado, exceto a de evitar a ocorrência das falhas de mercado.<sup>202</sup> <sup>203</sup> Nesse cenário, o jogo das forças concorrenciais pode levar à existência de uma única empresa a oferecer determinado produto, ou seja, a presença de um monopolista, visto o agente ser mais eficiente ou deter qualquer condição que lhe permita expulsar os demais players do mercado. Em uma situação como essa, o consumidor pode ser afetado, ficando acorrentado a um único fornecedor.

A proteção à concorrência, por outro lado, pressupõe a existência de um mercado que beneficie o consumidor, na medida em que a saudável disputa entre as empresas tende a levar a menores preços, busca por inovação e melhorias nos produtos e serviços. Não há dúvidas de que a atuação dessas empresas no mercado será marcada pelos efeitos das regras do livre mercado – ocorre que, nesse caso, o Estado poderá operar no sentido de manter vivas as condições de competição, na medida em que elas revertam em benefícios diretos para os consumidores.

É importante atentar para o fato de que a Escola de Freiburg se preocupa com a existência de concorrência potencial no mercado, ou seja, para que ela seja contabilizada, não precisa ser efetiva. Nesse ponto, é necessário se estudar as barreiras de entrada que existem em determinado mercado. Se a entrada for simples, não demandar altos investimentos e puder ser realizada a qualquer momento, não deveria haver preocupação concorrencial, visto que as altas taxas de retorno obtidas pelas empresas certamente servirão de atrativo para a entrada de novos agentes na arena concorrencial. Em um tal mercado, concentrado mas com baixas barreiras à entrada, não seria justificável a atuação do Estado na economia, independentemente do seu nível de concentração.<sup>204</sup>

Finalmente, destaca-se o movimento Pós-Chicago, também denominado revisionismo, que, em sintonia com a escola ordoliberal<sup>205</sup>, defende o direito de

---

<sup>202</sup> PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. 8. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2013. p. 617.

<sup>203</sup> Para aprofundamento do estudo sobre falhas de Mercado, ver: VARIAN, Hal R. **Microeconomia: uma abordagem moderna**. 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 671 e 745.

<sup>204</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 127.

<sup>205</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 121.

escolha do consumidor como bem-estar<sup>206</sup>, caracterizando-se por uma política antitruste mais agressiva, sem se afastar dos princípios econômicos.<sup>207</sup>

Assim, lançando mão de uma análise econômica infiltrada de metodologias estruturalistas<sup>208</sup>, os adeptos da Escola Pós-Chicago buscam definir quando a eficiência supera as perdas ocasionadas pela concentração no mercado e pela diminuição de incentivos à entrada no mercado de novos concorrentes.<sup>209</sup>

FORGIONI, nesse sentido, refere que, apesar de se visar ao bem-estar dos consumidores, “nem sempre soluções centradas apenas no resultado alocativo vão ao encontro dos interesses dos consumidores”.<sup>210</sup>

De qualquer forma, segundo SALOMÃO FILHO<sup>211</sup>, para qualquer escola antitruste a busca e a preservação do bem-estar do consumidor é o fim último a ser tutelado, seja para os estruturalistas, para os neoclássicos, ou para os ordoliberalis. A grande divergência entre as teorias decorre da conceituação do termo “bem-estar” do consumidor.

---

<sup>206</sup> Sobre o direito de escolha, interessante a posição de PFEIFFER, ao verificar a correlação entre o direito de defesa da concorrência e a defesa dos consumidores: “Portanto, a legislação de defesa do consumidor trata a tutela do direito de escolha sob o prisma comportamental, impondo regras que disciplinam a conduta dos fornecedores, principalmente no que tange ao dever de informação, à vedação da publicidade enganosa e à livre escolha do fornecedor. Por seu turno, a política de defesa da concorrência trata o direito de escolha sob a perspectiva estrutural, em que a diversidade de opções é alcançada por intermédio da existência de uma estrutura concorrencial adequada”. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 98.

<sup>207</sup> CRAVO, Daniela Copetti. **Concorrência e consumidor: dúplice capitulação da venda casada**. 173 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2013. p. 41.

<sup>208</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 123.

<sup>209</sup> CRAVO, Daniela Copetti. **Concorrência e consumidor: dúplice capitulação da venda casada**. 173 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2013. p. 42.

<sup>210</sup> FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 171.

<sup>211</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as condutas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

Destaca-se a posição de PFEIFFER<sup>212</sup> acerca da vinculação entre a preservação da livre concorrência e os benefícios aos consumidores:<sup>213</sup>

A livre concorrência é condição necessária para o desenvolvimento econômico sustentável. Através dela, o consumidor dispõe de maior variedade de produtos por preços mais baixos que o monopólio. Por seu turno, as empresas possuem incentivos para aumentar a produtividade, introduzir novos e melhores produtos e estabelecer preços em patamares competitivos (e, asism, inferiores aos que fixariam se não tivessem concorrentes efetivos).

JAEGER JUNIOR destaca que “o benefício ao consumidor é o objetivo final do direito da concorrência, regulador dos processos aqui analisados. Não há maiores conflitos nessa relação e a questão da preferência pode resumir-se à observação pelas regras da concorrência do interesse do consumidor, por vezes apontado como o único realmente relevante”.<sup>214</sup> Da mesma forma, salienta GLÓRIA que “não há sentido na concorrência se não houver a ótica do consumidor”.<sup>215</sup>

SCHMITT<sup>216</sup> aduz que:

Existe, no mínimo, um benefício mútuo para fornecedores, bem como consumidores, na regulação do mercado, que vise à preservação da livre concorrência. Ora, em um mercado monopolizado, coordenado por poucos agentes econômicos, de forma abusiva, eleva-se o nível de desconfiança do consumidor para com determinado tipo de serviço ou produto, restringido as operações negociais nesse ambiente, uma vez que reduzidas as opções quanto à qualidade, bem como em relação a preços.

E, de forma bastante didática, elucida CARPENA:<sup>217</sup>

Consumidor não como objeto direto e imediato, mas como finalidade axiológica da concorrência, contra o domínio abusivo de mercado, em razão dos seguintes argumentos:

<sup>212</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Tutela coletiva da livre concorrência. **Revista de Direito do Consumidor**. 49/15. São Paulo: Ed. RT, 2004.

<sup>213</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 143.

<sup>214</sup> JAEGER JUNIOR, Augusto. **Liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul**. São Paulo: LTr, 2006. p. 248.

<sup>215</sup> GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. **A Livre Concorrência como Garantia do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey; FUMEC, 2003. p. 116.

<sup>216</sup> SCHMITT, Cristiano Heineck. A Proteção do Interesse do Consumidor por Meio da Garantia à Liberdade de Concorrência. **Revista dos Tribunais**, n. 98, fev. 2009, p. 10-31. p. 24.

<sup>217</sup> CARPENA, Heloisa. **O consumidor no direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 258-259.

- a atividade econômica somente merecerá proteção constitucional quando garantidora da dignidade da pessoa humana, princípio situado no vértice do ordenamento, no qual este se fundamenta;
- a disciplina da ordem econômica tem em vista a proteção em face do mais poderoso, não mais em relação ao Estado como outrora, porém diante do outro particular. Essa desigualdade se manifesta tanto nas relações entre concorrentes, como, mais gravemente, nas relações com consumidores;
- se o sistema se baseia numa ótica patrimonialista, como privilegiar o interesse do mercado ou dos concorrentes em detrimento dos consumidores? Como tornar realidade a dignidade da pessoa humana sem contemplar o consumidor em primeiro lugar como portador de interesse prioritário a ser tutelado?;
- a proteção da concorrência não é um fim em si mesma, mas constitui instrumento que, fundado no princípio da igualdade, visa preservar o equilíbrio de forças no mercado, a transparência das informações que nele circulam, em última análise, garantir opções para que o consumidor possa exercer seu direito básico de escolha;
- a implementação do direito de escolha interessa tanto ao direito do consumidor como ao direito da concorrência, pois através da transmissão da informação e da existência da liberdade de escolha, o sistema de mercado permite descobrir as melhores opções existentes e o comportamento mais racional a adotar;
- ao escolher, livre e conscientemente – dentre produtos e serviços oferecidos no mercado, o consumidor determina vencedores e vencidos na luta concorrencial.

Corroborando com tais afirmações, OLIVEIRA refere que o “caráter instrumental do direito da concorrência no Brasil, presente desde as suas origens, sempre permitiu que a proteção do consumidor fosse compreendida como uma de suas finalidades”, o que, segundo a autora, “não impediu um desenvolvimento autônomo das duas disciplinas, que passaram a contar com leis, instituições, métodos e princípios específicos”.<sup>218</sup>

JAEGER JUNIOR salienta, inclusive, que os danos aos consumidores podem servir como desencadeadores de apuração de lesões à concorrência:<sup>219</sup>

A tarefa se torna difícil, quando se almeja conciliar a efetividade da defesa do consumidor com a tendência mundial de formação e fortalecimento de megaempresas, pois, como no caso do Brasil, por exemplo, tanto a livre concorrência quanto a defesa do consumidor adquiriram status de princípios constitucionais a serem respeitados, já que são normas de igual valor hierárquico. Impõe-se o chamado balanceamento econômico, uma compatibilização para a solução dos conflitos entre princípios. Evidenciando, vê-se que uma das primeiras preocupações das autoridades ao analisarem uma concentração de empresas consiste na busca de mecanismos capazes de salvaguardar os direitos do consumidor. Também

<sup>218</sup> OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Defesa da concorrência e proteção do consumidor. **Revista do IBRAC**, São Paulo: IBRAC, v. 14, n. 01, 2007, p. 169-181.

<sup>219</sup> JAEGER JUNIOR, Augusto. **Direito Internacional da Concorrência**. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 273.

um ato pode ser aprovado pela evidência de que beneficie o consumidor ou lhe reserve uma parte razoável do lucro resultante, o que é, para alguns autores europeus, o objetivo final e o critério de aplicação do direito de concorrência, hipótese inclusive prevista no Tratado. Devido a isso, há quem veja as autoridades nacionais também como um órgão do consumidor, pois a lesão de um consumidor pode ser a evidência de uma prática abusiva, cujos efeitos gerais (ou universais) sobre o mercado denotam o abuso de posição dominante.

A lesão pode ser o ponto de partida de uma investigação que pretenda verificar se determinado mercado é ou não concorrencial. Assim que o consumidor vai obter a manutenção de um ambiente que se acredita possa vir a ser-lhe favorável, por garantir a eficiência alocativa e produtiva, preços mais baixos, produtos mais abundantes e alternativas.

Da mesma forma, LOPES afirma que o consumidor é o centro do direito da concorrência, eis que sua proteção permeia toda a discussão deste.<sup>220</sup> Para JAEGER JUNIOR, de forma ainda mais contundente, o que se verifica é uma inafastável “correlatividade, interdependência, indissociabilidade e indivisibilidade” da relação entre a defesa da concorrência e a defesa do consumidor.<sup>221</sup>

CARPENA, assim, cita que o cenário ideal pressupõe a figura do “consumidor soberano”<sup>222</sup>, ou seja, aquele que “paga o preço de mercado e tem ao seu dispor quantidades suficientes do produto ou do serviço oferecido, com isto permitindo que novos concorrentes participem do jogo econômico”.<sup>223</sup>

Todavia, JAEGER JUNIOR salienta que “o interesse do consumidor individualmente considerado não é o objetivo primordial, isto é, em todos os casos levados a uma autoridade o interesse do consumidor ou o progresso econômico deve dizer respeito ao conjunto da coletividade”.<sup>224</sup>

<sup>220</sup> LOPES, José Reinaldo Lima. Direito da Concorrência e Direito do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 34, p. 79-87, abr./jun. 2000. p. 80.

<sup>221</sup> JAEGER JUNIOR, Augusto. **A Liberdade de Concorrência como a Quinta Liberdade Fundamental: Contribuição para um Mercado Comum do Sul**. 2005. 620 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. p. 172.

<sup>222</sup> É importante não confundir a ideia de “soberania do consumidor”, desenvolvida por John Kenneth Galbraith, com a ideia de soberania de escolha do consumidor, tema que envolve a liberdade de escolha, direito básico do consumidor. Segundo AVERITT e LANDE, “ao escolher alguns bens ou algumas opções dentre outras, os consumidores satisfazem seus próprios desejos e enviam sinais para a economia. Portanto, é fundamental que o exercício da escolha do consumidor seja protegido”. AVERITT, Neil W.; LANDE, Robert H. A escolha do consumidor: uma razão prática para o direito antitruste e o direito de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 45, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2003, p. 27-49. p. 29.

<sup>223</sup> CARPENA, Heloisa. **O consumidor no direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 266.

<sup>224</sup> JAEGER JUNIOR, Augusto. **Direito Internacional da Concorrência**. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 274.

Encerrando sua exposição sobre o paralelismo entre os interesses dos consumidores e a defesa da concorrência, JAEGER JUNIOR faz importante lembrança das ferramentas consensuais de combate às infrações à ordem econômica / práticas abusivas e seus efeitos ao referir o compromisso de desempenho que, juntamente com o acordo de leniência e o compromisso de cessação de conduta, serão analisados na parte final da presente dissertação:<sup>225</sup>

Por derradeiro, já em encaminhamentos finais deste paralelismo entre o interesse dos consumidores e a reorganização de empresas, é devida menção à instrumentos como, no caso do ordenamento jurídico brasileiro, o do compromisso de desempenho, que tem se constituído numa das principais garantias de defesa do consumidor e da concorrência. Há, todavia, outros mecanismos postos à disposição da sociedade como meio de defesa das prerrogativas dos usuários e consumidores de bens e serviços. O mencionado exige que os benefícios decorrentes da transação sejam distribuídos equitativamente entre as empresas e os consumidores finais.

Assim, em síntese do que foi dito<sup>226</sup>, transcreve-se a conclusão do trabalho realizado pelo CUTS – International:<sup>227</sup>

Autrement dit, la promotion de la concurrence n'est qu'un moyen pour atteindre ces objectifs. Manifestement, la maximisation de l'intérêt des consommateurs devient une préoccupation principale. La politique de la concurrence fait fonctionner le marché et protège le consommateur d'une quelconque déception. Ce sont également les deux buts importants de la protection des consommateurs. Ainsi, les objectifs finals des deux politiques sont, à la base, identiques. Pourtant la politique de concurrence est une politique plus proactive qui inter alia tente de promouvoir l'intérêt du consommateur tandis que la politique de protection des consommateurs est plus réactive. Elle protège les intérêts des consommateurs et assure l'accès aux moyens de contester les abus. Bien sur, la politique de protection des consommateurs contient également certains éléments proactifs. A cet égard les deux politiques sont fortement complémentaires puisqu'elles ont l'intérêt du consommateur comme objectif commun.<sup>228</sup>

<sup>225</sup> JAEGER JUNIOR, Augusto. **Direito Internacional da Concorrência**. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 274.

<sup>226</sup>

<sup>227</sup> CUTS-INTERNATIONAL. **La Politique de la Concurrence et la Politique de la Protection des Consommateurs**. Jaipur: Centre for Competition, Investment & Economic Regulation, 2008, p.1.

<sup>228</sup> Em tradução livre: "Em outras palavras, a promoção da concorrência é um meio para atingir esses objetivos. Claramente, a maximização do interesse do consumidor se torna uma preocupação principal. A política de concorrência faz o mercado funcionar e protege o consumidor de qualquer decepção. Esses são também os dois objetivos importantes da defesa do consumidor. Assim, os objetivos finais das duas políticas são, na base, idênticos. No entanto, a política da concorrência é uma política mais pró-ativa, que entre outras coisas visa a promover os interesses dos consumidores, enquanto que a defesa do consumidor é mais reativa. Ela protege os interesses dos consumidores e assegura o acesso aos meios de defesa para contestar os abusos. É claro que a política de defesa do consumidor também contém igualmente elementos proativos. Neste contexto, as duas políticas são altamente complementares, já que possuem o interesse do consumidor como um objetivo comum". CUTS-

Não por outro motivo, o art. 1º da Lei n. 12.529/11<sup>229</sup> inclui a defesa dos consumidores como finalidade da defesa da concorrência:

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.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

Assim, cumpre analisar de que forma o SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – e o SNDC – Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – realizam a análise e sancionamento de atos que possam implicar lesões à concorrência e aos consumidores ou à relação de consumo.

A Lei n. 12.529/2011<sup>230</sup> traz como competência do SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência a realização de 2 (dois) controles: o controle de estruturas, realizado através da análise de atos de concentração entre agentes econômicos<sup>231</sup>, e o controle de condutas, perfectibilizado na condução de processos administrativos destinados à verificar a ocorrência das chamadas “infrações à ordem econômica”, previstas no art. 36 da lei supracitada, que assim refere:

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.

---

INTERNATIONAL. **La Politique de la Concurrence et la Politique de la Protection des Consommateurs**. Jaipur: Centre for Competition, Investment & Economic Regulation, 2008, p.1.

<sup>229</sup> BRASIL. Lei n. 12.529/11, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**: 2 de dezembro de 2011.

<sup>230</sup> BRASIL. Lei n. 12.529/11, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**: 2 de dezembro de 2011.

<sup>231</sup> Para uma leitura aprofundada acerca dos atos de concentração e efeitos sobre os consumidores, recomenda-se o trabalho de SCHNEIDER e sua posterior atualização à nova legislação. SCHNEIDER, Andressa Caroline. **A tutela do consumidor no controle de concentrações de empresas: uma análise jurídica a partir da Lei 8.884/1994**. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2011; SCHNEIDER, Andressa Caroline. Aspectos do controle de atos de concentração e da tutela do consumidor: cotejo entre as Leis 8.884/1994 e 12.529/2011. **Boletim Latino-Americano de Concorrência**, n. 31, abril de 2012. p. 69-77.

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

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

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

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

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;

XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

- XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;  
 XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e  
 XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

De plano, destaca-se que o art. 36 apresenta uma estrutura bastante peculiar, arrolando, em seus incisos I a IV, os efeitos das práticas passíveis de definição como ofensivas à ordem econômica, deixando, em um primeiro momento, de descrever a conduta propriamente dita, o que o faz apenas no §3º, de forma não taxativa. Tal cenário denota a completa abertura do tipo administrativo adotado pelo antitruste brasileiro, que se preocupou em determinar a fixação de efeitos em detrimento da exaustão de condutas.

Ademais, é fundamental apontar que o *caput* do art. 36 é claro ao trazer a expressão “que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não alcançados”. TAUFICK destaca que “ter por objeto” não significa relação de causa e efeito, mas de propósito, razão pela qual destaca o autor que tal situação não implica sequer a possibilidade de alcance da consequência almejada.<sup>232</sup> Assim, a redação da lei, ao afirmar que a infração ocorre desde que a conduta tenha por objeto ou possa produzir determinados efeitos, está claramente afirmando que também agentes sem poder de mercado poderão ser penalizados por mera conduta.

Contudo, tal interpretação não se mostra possível de manutenção, eis que as infrações à ordem econômica não constituem infrações de mera conduta, mas sim infrações formais, tendo em vista a exigência do potencial alcance do resultado visado ou esperado. TAUFICK, novamente, leciona:<sup>233</sup>

Primeiro, as infrações de mera conduta costumam associar-se a penalizações de caráter moral (omissão de socorro, violação de domicílio, racismo) – o que, efetivamente, não é o cerne do combate às infrações de natureza econômica. Segundo, porque a lei concorrencial dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações concorrenciais contra a ordem econômica em prol da coletividade, o que lhe confere efeito difuso – de tal modo que a represália a atores incapazes de ferir, concorrencialmente, a

<sup>232</sup> TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste. A Lei 12.529/2011 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. P. 150.

<sup>233</sup> TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste. A Lei 12.529/2011 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. P. 151.

ordem econômica vulnera o próprio objetivo da lei, agasalhado expressamente, no preâmbulo e no art. 1º da norma. Terceiro, porque o caráter econômico-criminal dos ilícitos remete a princípios de direito penal, como a inimizabilidade de crimes impossíveis.

Embora seja até certo ponto, questionável o quanto princípios direcionados à proteção dos direitos fundamentais das pessoas físicas possam ser estendidos à proteção de pessoas jurídicas – as quais não são passíveis de processo criminal ou privação de liberdade – há, conforme exposto, pelo menos dois outros bons motivos para creditar que a manutenção da expressão “tenham por objeto” já inclui a possibilidade de produzir os efeitos anticompetitivos.<sup>234</sup>

Ainda, no que tange à expressão “independentemente de culpa”, é fundamental salientar que se trata de exceção ao regime sancionador brasileiro que, sabidamente, veda a ocorrência da responsabilização objetiva, ou seja, a imputação de sanções independentemente da verificação do elemento subjetivo, da vontade do agente.<sup>235</sup>

De fato, ao afastar a análise da culpa na ocorrência de infrações à ordem econômica, o art. 36 da Lei n. 12.529/2011<sup>236</sup> permite a responsabilização objetiva, por exemplo, de pessoas físicas despidas de uma interposta pessoa jurídica, que poderia ser utilizada como centro de imputação.

De qualquer forma, a teoria econômica ensina que, em um mercado, todos os agentes atuam racionalmente, motivo pelo qual, independente da hipótese, sempre

---

<sup>234</sup> Em análise comparativa com o tipo penal de cartel, previsto no art. 4º da Lei n. 8.137/90, TAUFICK realiza diferenciação entre o crime de mera conduta e o crime formal: “O cartel tipificado na Lei n.º 8.137/90 é crime de mera conduta, sendo suficiente para sua caracterização a conjugação da intenção do agente (dolo) com a formação do acordo – independentemente do resultado ou, antes, independentemente da possibilidade de que se alcance o resultado (factibilidade).

No caso do ilícito previsto na Lei n.º 8.884/94, conforme já tivemos a oportunidade de manifestar <sup>[03]</sup>, trata-se de crime formal, exigindo-se, para sua consumação, poder de mercado e o nexo de causalidade entre o acordo e a potencial consequência. Em outras palavras, se em função de carecer de poder de mercado o objeto for completamente impróprio e o meio, absolutamente ineficaz, falaremos em crime concorrencial impossível. (...)

Podemos, desse modo, diferenciar o crime de cartel em função de sua natureza. Se econômico-penal, trata-se de crime formal. Se penal-criminal, falamos em crime de mera conduta. Portanto, como crime de mera conduta, não interessa ao Direito da Concorrência, mas ao Direito Comum.

Em ambos os casos, porém, a detecção do momento em que se dá o acordo, convênio, ajuste ou aliança entre concorrentes é essencial para a caracterização do crime de cartel, qualquer que seja a sua natureza. Isso porque, em não se tratando de crime material, a definição do acordo de vontades representa a definição do momento no qual o crime se consuma”. TAUFICK, Roberto Domingos. Do momento de configuração do cartel. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1508, 18 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10300>>. Acesso em: 12 set. 2015.

<sup>235</sup> EZRACHI, Ariel; KINDL, Jir I. Cartel seria crime? A longa jornada da aplicação unilateral da lei ao consenso internacional. **Revista de Defesa da Concorrência**, nº1, maio 2013. p. 149-169.

<sup>236</sup> BRASIL. Lei n. 12.529/11, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**: 2 de dezembro de 2011.

haveria um grau, ainda que mínimo, de culpabilidade a viabilizar a punição do agente, razão pela qual a própria previsão legal da responsabilidade e objetiva poderia ser suprimida sem maiores prejuízos à aplicabilidade da norma:<sup>237</sup>

Although excesses in the use of intent have been most apparent in the law of predatory pricing, our qualification of the usefulness of intent as a determinant of liability is not limited to that area. The competitively aggressive firm always intends to harm rivals if injury to rivals is a consequence of one's own increase in Market share. To be sure, sometime this intent seems directed to a specific firm rather than to competitors in general. But the same manifestations of intent show up both in competitive markets and in markets that are vulnerable to monopolization. Indeed, only in the perfectly competitive model do firms have no intent whatsoever respecting competitors. In any oligopolistic Market – that is, in virtually every Market where monopoly is plausible – firms necessarily observe the decisions of their rivals and respond accordingly.

More problematically, the same manifestations of intent can accompany competitive, socially beneficial acts (such as aggressive but remunerative price cutting) and anticompetitive, harmful acts (such as properly defined predatory pricing). As a result, bad intent is easily proven but seldom serves to distinguish situations where the defendant's conduct deserves condemnation from those in which it should be left alone.<sup>238</sup>

No que tange especificamente aos efeitos contidos nos incisos I a IV do art. 36 da Lei n. 12.529/11<sup>239</sup>, cumpre destacar que há uma sobreposição interna de redações, eis que a expressão “de qualquer forma prejudicar a livre concorrência” do inciso I abarca a totalidade de condutas possíveis de punição.

<sup>237</sup> AREEDA, Philip E.; HOVENKAMP, Herbert. **Antitrust Law – an analysis of antitrust principles and their application**. 2. ed. Aspen: New York, 2002. p. 5.

<sup>238</sup> Em tradução livre: “Embora excessos no uso do dolo estejam presentes em preços predatórios, a nossa qualificação da utilidade do dolo como determinante de responsabilidade não se limita a essa área. A sociedade concorrencialmente agressiva sempre deseja prejudicar os rivais se o dano ao rival for consequência do incremento da própria participação de mercado. Para termos certeza, esse dolo precisa estar direcionado a uma sociedade específica ao invés dos concorrentes em geral. Mas a manifestação de dolo aparece, seja em mercados competitivos, seja naqueles vulneráveis à monopolização. De fato, somente no modelo de concorrência perfeito as sociedades não têm qualquer intenção de respeitar os concorrentes. EM qualquer mercado oligopolizado – isto é, em quase todo mercado em que o monopólio é plausível – as sociedades necessariamente observam as decisões dos seus concorrentes e respondem em conformidade com elas. O mais complicado é que a mesma manifestação de dolo pode acompanhar atos competitivos e socialmente benéficos (como a redução de preços – ao mesmo tempo agressiva, mas lucrativa), assim como atos anticompetitivos e socialmente nocivos (como os preços predatórios). Como resultado, a má-fé é facilmente provada, mas dificilmente serve ao propósito de distinguir situações nas quais os representados merecem a condenação daquelas que em que não se deve intervir”. AREEDA, Philip E.; HOVENKAMP, Herbert. **Antitrust Law – an analysis of antitrust principles and their application**. 2. ed. Aspen: New York, 2002. p. 5.

<sup>239</sup> BRASIL. Lei n. 12.529/11, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**: 2 de dezembro de 2011.

Verifica-se a existência de um efeito genérico (I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa) e a apresentação de subtipos exemplificativos nos incisos seguintes. Inclusive, como bem observa TAUFICK, a própria redação dos incisos II e IV parece excludente, tendo em vista que a lei primeiro considera ilícita a conduta que cause o “domínio de mercado de bens ou serviços” (inciso II) para, logo, depois, limitar a infração ao exercício abusivo deste poder de mercado (inciso IV).<sup>240</sup> Logicamente, se o mero domínio de mercado for ilícito *per se*, o inciso IV será inútil, da mesma forma, se o inciso IV for a única forma de associação do poder de mercado com infrações, o inciso II se mostrará excessivo.<sup>241</sup>

Contudo, a interpretação dos dispositivos tem ensejado uma leitura diversa, diferenciando o exercício abusivo de um poder de mercado já existente (inciso IV) da consolidação de dominação de mercado em só, quando realizada por meios abusivos, o que não afasta a submissão do inciso II ao inciso IV.

Quanto ao inciso III (aumentar arbitrariamente os lucros), a maciça jurisprudência do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica o tem entendido como uma infração conexa (forma de consecução de um ilícito maior) ou resultado de uma prática anticoncorrencial – não como um ilícito em si mesmo.<sup>242</sup>

No que tange ao inciso II (dominação de mercado relevante de bens ou serviços), mostra-se essencial a definição do conceito de “mercado relevante”.

---

<sup>240</sup> Na lição de GICO JÚNIOR: “Esses são os quatro tipos de conduta anticompetitiva no Direito Brasileiro. Qualquer ilícito terá necessariamente de ser enquadrado em um deles. Aqui, como na questão da dicotomia intenção/efeito, há divergências doutrinárias, sendo inclusive questionada a constitucionalidade da adoção de tipos tão genéricos. De qualquer forma, em uma primeira abordagem interpretativa, poder-se-ia afirmar que o inciso II está logicamente inserido no I, enquanto o inciso III está logicamente inserido no IV, e em uma interpretação mais ampla, mesmo este poderia ser enquadrado no inciso I”. GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. **Cartel: teoria unificada da colusão**. São Paulo: Lex, 2007. p. 150.

<sup>241</sup> TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste. A Lei 12.529/2011 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 159.

<sup>242</sup> TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste. A Lei 12.529/2011 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 159.

Conforme explicita o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, “mercado relevante é a unidade de análise para avaliação do poder de mercado. Define a fronteira da concorrência entre as firmas”.<sup>243</sup>

Transcreve-se, novamente, a lição de BRUNA:<sup>244</sup>

O conceito de mercado relevante teve sua gênese no Direito norte-americano, no caso *United States v. E.I. Du Pont de Nemours & Co.* Eis a gênese do conceito de mercado relevante, termo que constitui um anglicismo, decorrente da tradução literal da palavra ‘relevant’, cujo sentido, ao contrário de relevante, não é o de importante (ou aquele que tem relevo), mas sim o de pertinente ou correspondente. Assim, mais do que o mercado importante, o conceito de mercado relevante denota algo como mercado relativo, ou mercado pertinente, no qual os produtos dele integrantes são, em conjunto, objeto da concentração de ofertas e procuras que caracterizam a própria noção econômica de mercado.

É relevante, também, a posição da *Federal Trade Commission*,<sup>245</sup> vinculada ao *Department of Justice* norte-americano, ao abordar o conceito de mercado relevante e o seu exame através do teste do “monopolista hipotético”:<sup>246</sup>

The Guidelines define a market as "a product or group of products and a geographic area in which it is produced or sold such that a hypothetical profit-maximizing firm, not subject to price regulation, that was the only present and future producer or seller of those products in that area likely would impose at least a 'small but significant and nontransitory' increase in price, assuming the terms of sale of all other products are held constant." Guidelines § 1.0.

This approach to market definition is referred to as the "hypothetical monopolist" test. To determine the effects of this "'small but significant and nontransitory' increase in price" (commonly referred to as a "SSNIP"), the Agencies generally use a price increase of five percent. This test identifies which product(s) in which geographic locations significantly constrain the price of the merging firms' products.

The Guidelines' method for implementing the hypothetical monopolist test starts by identifying each product produced or sold by each of the merging firms. Then, for each product, it iteratively broadens the candidate market by adding the next-best substitute. A relevant product market emerges as the smallest group of products that satisfies the hypothetical monopolist test. Product market definition depends critically upon demand-side substitution--i.e., consumers' willingness to switch from one product to another in reaction to price changes. The Guidelines' approach to market definition reflects the

<sup>243</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Guia Prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil**. 3. ed. revista, ampliada e bilíngue. São Paulo: CIEE, 2007. p. 23.

<sup>244</sup> BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: RT, 1997. p. 77.

<sup>245</sup> A *Federal Trade Commission* constitui uma agência federal norte-americana cuja missão é a proteção dos consumidores e a promoção da concorrência. Para maiores informações, ver: <<https://www.ftc.gov/>>

<sup>246</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission/U.S. Department of Justice. **Commentary on the Horizontal Merger Guidelines**, 2006.

separation of demand substitutability from supply substitutability-i.e., the ability and willingness, given existing capacity, of firms to substitute from making one product to producing another in reaction to a price change. Under this approach, demand substitutability is the concern of market delineation, while supply substitutability and entry are concerned with current and future market participants.

Definition of the relevant geographic market is undertaken in much the same way as product market definition--by identifying the narrowest possible market and then broadening it by iteratively adding the next-best substitutes. Thus, for geographic market definition, the Agencies begin with the area(s) in which the merging firms compete respecting each relevant product, and extend the boundaries of those areas until an area is determined within which a hypothetical monopolist would raise prices by at least a small but significant and non-transitory amount. (...)

The process of defining the relevant market is directly linked to competitive effects analysis. In analyzing mergers, the Agencies identify specific risks of potential anticompetitive harm, and delineate the appropriate markets within which to evaluate the likelihood of such potential harm. This process could lead to different conclusions about the relevant markets likely to experience competitive harm for two similar mergers within the same industry. (...) <sup>247</sup>

---

<sup>247</sup> Em tradução livre: “O Guia define um mercado como um produto ou conjunto de produtos e a área geográfica onde ele é produzido ou comercializado, de tal modo que um hipotético agente maximizador de lucros, não sujeito à regulação, o qual era o único produtor ou vendedor atual ou futuro daqueles produtos naquela área imitaria, *coeteris paribus* (tudo o mais constante) ao menos um ‘pequeno, mas significativo, e não transitório’ aumento de preço.

Esta perspectiva de definição do mercado é conhecida como teste do monopolista hipotético. A fim de determinar os efeitos deste ‘pequeno, mas significativo, e não transitório’ aumento de preço (comumente chamado por SSNIP), as agências geralmente usam um aumento de 5% sobre os preços. Este teste identifica quais produtos em quais localidades geográficas constroem significativamente o preço dos produtos dos requerentes do ato de concentração. O método do guia para implementar o teste do monopolista hipotético começa pela identificação de cada produto produzido ou comercializado por cada requerente do ato de concentração. Em seguida, para cada produto, o guia expande o mercado candidato adicionando o próximo melhor substituto e assim sucessivamente. Um mercado relevante sob a dimensão do produto corresponde ao menor grupo de produtos que satisfaça ao teste do monopolista hipotético. A definição do mercado relevante sob a dimensão do produto depende, essencialmente, da substituição pelo lado da demanda. – i.e., da vontade de o consumidor mudar de um produto para outro em reação ao aumento de preços. A perspectiva do guia para a definição de mercado reflete a distinção entre a substituíbilidade do lado da demanda e a substituíbilidade pelo lado da oferta – i.e. a habilidade e vontade, dada a capacidade existente, de uma sociedade deixar de produzir um produto para produzir outro em reação à mudança de preço. Sob esse prisma, a substituíbilidade pela demanda preocupa-se com a definição do mercado ao passo que a substituíbilidade pela oferta e a entrada de ofertantes preocupam-se com atuais e potenciais participantes no mercado. A definição de mercado relevante geográfico é feita basicamente do mesmo modo que aquela do mercado relevante do produto – por meio da identificação do menor mercado possível e, depois, expandindo-o pela adição dos próximos melhores substitutos e, assim sucessivamente. Desse modo, para a definição do mercado geográfico, as agências começam pelas áreas nas quais os requerentes do ato de concentração competem com relação a cada produto relevante, estendendo as fronteiras dessas áreas até que se defina a menor área na qual um monopolista hipotético conseguiria aumentar os seus preços por, pelo menos, uma quantia pequena, mas significativa, e não transitória.

O processo de definição do mercado relevante está diretamente relacionado à análise dos efeitos concorrenciais. Ao analisar atos de concentração, as agências identificam riscos específicos de potenciais danos à concorrência e delimitam os mercados apropriados nos quais a probabilidade de que esse dano ocorra será avaliada. Este processo poderia levar a diferentes conclusões sobre os mercados nos quais os danos poderiam ocorrer, mesmo em dois atos de concentração similares dentro do mesmo setor”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission/U.S. Department of Justice. **Commentary on the Horizontal Merger Guidelines**, 2006.

Finalmente, quanto ao inciso IV do art. 36, caput, da Lei n. 12.529/11 (exercer de forma abusiva posição dominante), fundamental adentrar aos conceitos de “poder de mercado”, “posição dominante” e o abuso desta última.

Conforme destaca BAGNOLI, “no estudo do Direito da Concorrência, muitas vezes os conceitos de poder econômico e posição dominante aparecem como sendo institutos que além de se relacionarem, são utilizados para definir situações comuns”.<sup>248</sup>

Para o mesmo autor, “posição dominante” nada mais é do que a participação de uma determinada em presa em um mercado relevante determinado.<sup>249</sup>

Já o poder de mercado, também para BAGNOLI, se refere “à condição econômica da empresa (compreendida em conjunto ao grupo econômico ao qual faz parte) e a possibilidade de esta empresa intervir no mercado, mesmo que detentora de pequena participação”.<sup>250</sup>

A ilicitude, que decorre justamente da conjugação dos dois conceitos, restou denominada “abuso de posição dominante”, restando conceituada no § 2º do art. 36 da Lei n. 12.529/2011:

§ 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.

Assim, a norma apresenta dois critérios para aferição do poder de mercado, um concreto (verificação empírica de que um agente é capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado) e outro abstrato (controle de 20% ou

---

<sup>248</sup> BAGNOLI, Vicente. **Introdução ao Direito da Concorrência**. São Paulo: Editora Singular, 2005. p.148.

<sup>249</sup> BAGNOLI, Vicente. **Introdução ao Direito da Concorrência**. São Paulo: Editora Singular, 2005. p.148.

<sup>250</sup> BAGNOLI, Vicente. **Introdução ao Direito da Concorrência**. São Paulo: Editora Singular, 2005. p.149.

mais do mercado relevante).<sup>251</sup> O trabalho do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica residirá, justamente, em aferir, caso a caso, se houve abuso da comprovada posição dominante.<sup>252</sup> Nesse sentido, destaca-se a posição de FAGUNDES ao entender que a jurisprudência do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica aponta como abuso de posição dominante o agir que ofenda o bem-estar do consumidor.<sup>253</sup>

Todavia, fundamental ressaltar que a conquista de mercado decorrente de processo natural lastreado em uma maior eficiência do agente não enseja qualquer ilícito, conforme art. 36, § 1º, da Lei n. 12.529/2011.

Mais concretamente quanto às condutas tipificadas pela Lei n. 12.529/2011, o art. 36, § 3º, traz um rol exemplificativo de atos que, na medida em que ensejarem a ocorrência dos efeitos do *caput*, serão qualificadas como infração à ordem econômica. Das condutas listadas, é importante destacar para o presente estudo as previstas nos incisos I, II e VIII, tidas como condutas “colusivas”, assim descritas:

Art. 36. § 3º. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no *caput* deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

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

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;  
b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

<sup>251</sup> FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 333.

<sup>252</sup> TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste. A Lei 12.529/2011 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 159.

<sup>253</sup> FAGUNDES, Jorge. **Abuso de Posição Dominante (APD): Abordagem e Questões Econômicas**. Campos de Jordão: IBRAC –XI Seminário Internacional de Defesa da Concorrência, 2005.

Tais condutas serão mais detalhadamente abordadas no próximo capítulo, quando do estudo da prática cartelista.

Em paralelo à Lei n. 12.529/2011, já restou consignada a existência da Lei n. 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor que, assim como a norma de defesa de concorrência, também tipifica algumas condutas cuja repressão busca garantir para fins de preservação dos direitos dos consumidores.

As condutas que violam a relação de consumo são denominadas “práticas abusivas”, e estão arroladas no art. 39 do Código de Defesa do Consumidor, que assim dispõe:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

- I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;
- II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;
- III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço;
- IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;
- V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;
- VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes;
- VII - repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos;
- VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro);
- IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais;
- X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços.
- XII - deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério.
- XIII - aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido.

Conforme a posição de BENJAMIN:<sup>254</sup>

---

<sup>254</sup> BENJAMIN, Antonio Herman de V. Das práticas comerciais. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 10. ed. revista, atualizada e reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2011p. 374.

O Código prevê uma série de comportamentos, contratuais ou não, que abusam ad boa-fé do consumidor, assim como de sua situação de inferioridade econômica ou técnica. É compreensível, portanto, que tais práticas sejam consideradas ilícitas *per se*, independentemente da ocorrência de dano para o consumidor. Para elas, vigora presunção absoluta de ilicitude. São práticas que aparecem tanto no âmbito da contratação como também alheias a esta, seja através do armazenamento de informações sobre o consumidor, seja mediante a utilização de procedimentos vexatórios de cobrança de suas dívidas.

Portanto, verificou-se neste tópico a existência de uma finalidade comum entre o sistema de defesa da concorrência e o de defesa do consumidor, qual seja, o bem-estar do consumidor. Ademais, foi possível realizar a definição de tal conceito e sua evolução através das escolas econômicas de maior expressão. Finalmente, foram explicitadas as formas de capitulação e as condutas submetidas à análise de cada sistema, assim como seus requisitos fundamentais para tipificação, permitindo que, na segunda metade da presente dissertação, inicie-se a análise específica do cartel, suas peculiaridades e efeitos sobre o bem-estar do consumidor, bem como sua relação de causa e efeito eventual com algumas práticas abusivas regulamentadas pelo Código de Defesa do Consumidor para, em um segundo momento, averiguar-se quais os instrumentos consensuais de combate e investigação de cartéis disponíveis no Ordenamento Pátrio e de que forma a utilização deles pode incrementar ou garantir o bem-estar do consumidor.

### **3. O CARTEL ENQUANTO GRAVE LESÃO À CONCORRÊNCIA E AOS CONSUMIDORES E OS MEIOS CONSENSUAIS DE CESSAÇÃO DE SEUS EFEITOS**

Superada a primeira etapa da dissertação, cumpre agora adentrar à análise da conduta colusiva denominada “cartel”. Trata-se, como sustenta o próprio CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica e a doutrina, da mais grave infração à ordem econômica, eis que seus efeitos ao bem-estar dos consumidores são extremamente sensíveis e negativos.<sup>255 256</sup>

---

<sup>255</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Combate a Cartéis e Programa de Leniência. 3. ed. Brasília: Publicação Oficial. 2009. p. 5.

<sup>256</sup> TEIXEIRA, Osvaldo de Freitas. Cartel como forma de abuso do poder econômico. **Jus Societas**, v. 3, p. 83, n. 1, 2009. Disponível em: < <http://revista.ulbrajp.edu.br/ojs/index.php/jussocietas/article/viewFile/15/453> >. Acesso em 10 dez. 2015.

Assim, em um primeiro momento, será realizada uma análise aprofundada da conduta acima descrita, verificando-se seu histórico normativo no direito nacional, bem como as características de mercado que propiciam seu surgimento, especialmente as condutas listadas nos incisos I, II e VIII do art. 36 da Lei n. 12.529/11. Ademais, serão analisados os efeitos da prática do cartel e sua relação com as práticas abusivas previstas na Lei n. 8.078/90, especialmente o aumento sem justa causa do preço de produtos e serviços (art. 39, X), tendo como consequência o evidente impacto sobre o bem-estar dos consumidores.

Na parte final do presente capítulo, serão estudados os meios consensuais de combate aos cartéis previstos na legislação antitruste e nas normas consumeristas, mais especificamente o compromisso de cessação de conduta e o acordo / programa de leniência (arts. 85 a 87 da Lei n. 12.529/11). Através da análise dos institutos e sua aplicabilidade a casos concretos, analisar-se-á sua equiparação aos instrumentos equivalentes existentes no direito antitruste norte-americano e a análise dos seus efeitos sobre o bem-estar do consumidor, para se averiguar a efetividade e utilidade de tais institutos na investigação e combate de condutas cartelistas e seus efeitos sobre o bem-estar do consumidor.

### **3.1. O Cartel como causa de graves infrações à ordem econômica e práticas abusivas e os seus efeitos no bem-estar dos consumidores**

Inicialmente, cumpre destacar que as atividades hoje conhecidas como práticas de cartel não são recentes, sendo possível a verificação de diversos precedentes históricos.<sup>257</sup> Como salienta ASCARELLI:<sup>258</sup>

Le convenzioni tra imprenditori autonomi ai fini della disciplina della reciproca concorrenza, non sono completamente nuove nella storia, specie nell'ambito dell'attività industriale, come non sono nuovi i problemi suscitati da queste

---

<sup>257</sup> Para LEWINSOHN, “se em sua forma atual eles são criações novíssimas, a um tempo motor e emanção de nossa era técnica, por outro lado encontramos na história formações econômicas análogas, não se tratando apenas de precursores, mas de organismos que bem merecem o nome de trustes e cartéis”. LEWINSOHN, Richard. **Trusts et cartels dans l'économie mondiale**, 1940, trad. port. de Silvio Rodrigues, Trustes e cartéis: suas origens e influências na economia mundial, Rio de Janeiro: Globo, 1945. p. 21.

<sup>258</sup> ASCARELLI, Tullio. **Consorti volontari tra imprenditori**. Milão: Giuffrè, 1937. p. 12.

convenzioni per la necessità di tutelare il pubblico dei consumatori di fronte a formazioni di monopólio.<sup>259</sup>

Inúmeras e variadas são as referências à existência de cartéis na Europa dos séculos XV e XVI, os quais atuavam de modo muito próximo ao funcionamento dos cartéis contemporâneos. Como exemplo, cita-se os cartéis na indústria mineradora já nos anos de 1470, 1534 e 1548<sup>260</sup>, bem como o cartel para venda de cobre em Veneza, liderado pela Casa Fugger de Augsburg, em 1498.<sup>261</sup> Com as enormes modificações nas relações econômicas desencadeadas pela Revolução Industrial, pelos avanços tecnológicos e pelas transformações do sistema produtivo, ocorreu um ambiente ainda mais propício para a prática dos cartéis, que foi especialmente ampliada no decorrer do século XIX.

Por óbvio, tais modificações ensejaram, em paralelo, a evolução da disciplina jurídica da matéria.<sup>262</sup> De fato, em um primeiro momento, verificava-se uma estrita proibição da realização de cartéis, salvo por raras hipóteses de cabimento, pensamento que decorria diretamente do conflito entre a prática do cartel e a mentalidade medieval do *justum pretium*, que considerava ilícito qualquer esforço praticado pelos comerciantes para vender suas mercadorias acima de seu “justo preço”. Apesar das proibições, a prática cartelista persistiu, avançando sobre os mais variados setores econômicos.

Em um segundo momento, após a superação da proibição canônica da usura, em uma completa alteração do paradigma anterior, passou a prevalecer a interpretação pela licitude dos cartéis perante o direito comum.<sup>263</sup>

---

<sup>259</sup> Em tradução livre: “as convenções entre empresários autônomos que têm por fim a disciplina da concorrência recíproca não são completamente novas na história, especialmente no âmbito da atividade industrial, assim como não são novos os problemas suscitados por estas convenções pela necessidade de resguardar os consumidores da formação de monopólio”. ASCARELLI, Tullio. **Consorti volontari tra imprenditori**. Milão: Giuffrè, 1937. p. 12.

<sup>260</sup> ASCARELLI, Tullio. **Consorti volontari tra imprenditori**. Milão: Giuffrè, 1937, p. 12.

<sup>261</sup> LEWINSOHN, Richard. *Trusts et cartels dans l'économie mondiale*, 1940, trad. port. de Silvio Rodrigues, *Trustes e cartéis: suas origens e influências na economia mundial*, Rio de Janeiro: Globo, 1945, pp. 24-25.

<sup>262</sup> ELZINGA, Kenneth G. New developments on the cartel front. **The antitrust bulletin**, n. 29, 1984. p. 3-26.

<sup>263</sup> ASCARELLI, Tullio. **Consorti volontari tra imprenditori**. Milão: Giuffrè, 1937, p. 13.

Todavia, tal interpretação foi novamente revertida quando, no século XIX, de forma progressiva, instaurou-se uma nova disciplina jurídica para acompanhar o movimento da análise econômica. Conforme FORGIONI, o advento do liberalismo é acompanhado pelo “consenso de que o preço ideal é aquele determinado por um mercado competitivo, sem a interferência de qualquer outro fator que não a oferta e a procura do produto”, o que permite afirmar que “assenta-se o princípio de que os preços devem ser determinados não por fatores e atuações artificiais dos agentes econômicos, mas sim pela lei da oferta e da procura”.<sup>264</sup>

Destaca-se o Canadá como a primeira jurisdição a criar normas contra a prática cartelista, com a edição do *Act for the Preservation and Suppression of Combinations formed on Restraint of Trade*<sup>265</sup>, de 1889, que, visando “atacar os problemas de combinados ou conluio para restringir o comércio, para fixar preços ou restringir a produção”, considerava a “fixação de preços e outros acordos entre competidores espécies de conduta abusiva”.<sup>266</sup>

Um ano depois, em 1890, houve a edição do *Sherman Act*<sup>267</sup> pelos Estados Unidos da América, declarando ilegais todos os contratos, combinações ou conspirações de qualquer forma que objetivassem restringir o comércio.<sup>268</sup> Anos mais tarde, em 1914, as normativas norte-americanas foram integradas pela edição do *Clayton Act*<sup>269</sup> e do *Federal Trade Commission Act*<sup>270</sup>, que ensejaram, respectivamente, a expansão e o detalhamento da esfera de proteção estabelecida pelo *Sherman Act* e a criação do órgão encarregado da defesa concorrencial no direito norte-americano.<sup>271</sup>

---

<sup>264</sup> FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 62.

<sup>265</sup> CANADÁ. *Act for the Preservation and Suppression of Combinations formed on Restraint of Trade*. **House of Commons Debates**: 2 de maio de 1889.

<sup>266</sup> OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 4.

<sup>267</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Sherman Anti-Trust Act*. **National Archives**: 2 de julho de 1890.

<sup>268</sup> Contudo, importante salientar que o *Sherman Act* apenas compilou o objetivo já exposto em teorias que buscavam reprimir práticas prejudiciais ao comércio, segundo BERNINI. BERNINI, Giorgio. **Um Século di Filosofia Antitrust**. Bologna: Editrice, 1991. p. 93.

<sup>269</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Clayton Act*. **National Archives**: 15 de outubro de 1914.

<sup>270</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Federal Trade Commission Act*. **National Archives**: 26 de setembro de 1914.

<sup>271</sup> BUCHAIN, Luiz Carlos. Os objetivos do direito da concorrência em face da ordem econômica nacional. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, v. 9. n. 1, 2014.

No que tange ao continente europeu, a Alemanha foi pioneira na disciplina jurídica dos cartéis. A primeira lei editada na matéria foi a *Kartell Verordnung*, de 2 de novembro de 1923.<sup>272</sup> Criada na vigência da República de Weimar, conforme a lição de GUGLIELMETTI, possuía o seguinte espírito:<sup>273</sup>

La prima legge contro i cartelli emanata in Germania è la Kartell Verordnung del 2-XI-1923 che, partendo dalla premessa generale della liceità dei cartelli e dal riconoscimento del regime di libera concorrenza come il migliore sistema economico, li reprimeva soltanto in quanto vi fosse abuso di una posizione dominante sul mercato.<sup>274</sup>

Todavia, apesar de ainda admitir o funcionamento de práticas cartelistas, a partir de 1934 o Governo Alemão passou a exigir uma espécie de “autorização administrativa” para o seu funcionamento, inclusive com registro junto ao Ministério competente.

Tal postura guarda total dissonância com o pensamento hoje vigente de difusão do combate aos cartéis, ideia calcada na premissa de que tais práticas sempre ensejam a ocorrência de práticas prejudiciais à ordem econômica. Entretanto, a cultura empresarial e a prática econômica da época, inclusive calcada em estudos, julgava os cartéis práticas justificáveis e, dependendo do caso em concreto, necessárias ao adequado funcionamento dos mercados. A opinião do economista alemão LIEFMANN, datada de 1927, traz a síntese da matéria naquele período:<sup>275</sup>

Si riconosce sempre più anche che i cartelli sono il risultato necessario dello sviluppo economico (...), e che la soppressione di essi, anche quando fosse possibile, sarebbe la rinuncia al progresso economico, che è da essi promosso. Adunque si tratta solo di eliminare per quanto è possibile gli effetti dannosi di essi, che derivano soprattutto dalla natura monopolistica di siffatte organizzazioni.<sup>276</sup>

<sup>272</sup> ALEMANHA. *Kartell Verordnung*: 2 de novembro de 1923.

<sup>273</sup> GUGLIELMETTI, Giannantonio. **Consorti industriali**. Novissimo digesto italiano IV, 1957. p. 281.

<sup>274</sup> Em tradução livre: “A primeira lei contra os caréis emanada na Alemanha é a *Kartellverordnung*, de 2 de novembro de 1923 que, partindo da premissa geral da licitude dos cartéis e do reconhecimento do regime da livre concorrência como o melhor sistema econômico, reprime-os somente enquanto houvesse abuso de uma posição dominante sobre o mercado”. GUGLIELMETTI, Giannantonio. **Consorti industriali**. Novissimo digesto italiano IV, 1957. p. 281.

<sup>275</sup> LIEFMANN, Robert. *Kartelle, Konzerne und Trusts*, 1927, trad. it. de Francesco Vito, *Cartelli, gruppi e trusts*, in BOTAI, Giuseppe; ARENA, Celestino (orgs.), **Nuova collana di economisti stranieri e italiani**, v. VII, 1934. p. 778.

<sup>276</sup> Em tradução livre: “Admite-se cada vez mais que os cartéis são o resultado necessário do desenvolvimento econômico (...), e que a supressão deles, ainda que fosse possível, significaria a

A Europa somente veio a se preocupar em efetivamente disciplinar o direito antitruste com enfoque na repressão aos cartéis, assim como o fez o Estados Unidos da América desde o fim do século XIX (*Sherman Act*) anos mais tarde<sup>277</sup>, após forte inspiração na vitória norte-americana na Segunda Guerra Mundial. Tal fato histórico representou uma guinada na posição europeia antitruste, restando representada pela promulgação do *Monopolies and Restrictive Practices Commission Act*, de 1953<sup>278</sup>, e do *Restrictive Trade Practices Act*, de 1956<sup>279</sup>, na Inglaterra, do Decreto n. 53/704, de 1953<sup>280</sup>, na França, e, finalmente, na vedação aos cartéis na disciplina comunitária, mais precisamente nos então arts. 81 e 82 do Tratado que institui a Comunidade Econômica Europeia (Tratado de Roma, de 1957)<sup>281</sup> e artigo 1º do Regulamento (CE) n. 1/2003 da Comissão Europeia.<sup>282</sup>

Por tais razões, FERRI<sup>283</sup> sustentou ter sido superada a postura europeia anteriormente vigente:

“La politica antitrust [atinentes aos cartéis] propria degli ordinamenti nord-americani, che negli Stati Uniti di America risale ad epoche ormai lontane (lo Sherman Act è del 1890; il Clayton Act è del 1914) ed ha trovato una sempre più rigorosa attuazione in conseguenza dei successivi provvedimenti legislativi, si è affermata anche in Europa in epoca recente (...) ed è stata posta alla base degli ordinamenti comunitari”.<sup>284</sup>

---

renúncia ao progresso econômico, que é por eles promovido. Deve-se, portanto, somente eliminar tanto quanto se possa os seus efeitos danosos, que derivam, sobretudo, da natureza monopolística de tais organizações”. LIEFMANN, Robert. *Kartelle, Konzerne und Trusts*, 1927, trad. it. de Francesco Vito, Cartelli, gruppi e trusts, in BOTAI, Giuseppe; ARENA, Celestino (orgs.), **Nuova collana di economisti stranieri e italiani**, v. VII, 1934. p. 778.

<sup>277</sup> Destaca-se a lição de GESNER e RODAS: “Somente no século XX a concorrência passou a integrar as preocupações dos países da Europa, constituindo-se em reação aos monopólios e concentrações muito mais visíveis em razão da rapidez que as comunicações e os transportes alcançaram. Mesmo assim, até recentemente, a maior parte dos países da Europa Ocidental eram destituídos de políticas concorrenciais, exceto a Alemanha e o Reino Unido”. OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 9-10.

<sup>278</sup> INGLATERRA. *Monopolies and Restrictive Practices Commission Act*. **Monopolies Commission**: 29 de outubro de 1953.

<sup>279</sup> INGLATERRA. *Restrictive Trade Practices Act*. **Restrictive Practices Court**: 27 de julho de 1956.

<sup>280</sup> FRANÇA. Decreto n. 53/704, de 9 de agosto de 1953. **JO**: 9 de agosto de 1953.

<sup>281</sup> UNIÃO EUROPEIA. Tratado de Constituição da Comunidade Econômica Europeia (Tratado de Roma). **Comunidade Econômica Europeia**: 1 de janeiro de 1958.

<sup>282</sup> UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho. **Jornal Oficial da União Europeia**: 16 de dezembro de 2002.

<sup>283</sup> FERRI, Giuseppe. *Consortio: teoria generale*, in **Enciclopedia del diritto IX**, 1980. p. 384.

<sup>284</sup> Em tradução livre: “A política antitruste [no que se refere aos cartéis] própria dos ordenamentos jurídicos norte-americanos, que, nos Estados Unidos da América, remontam a uma época já longínqua (o Sherman Act é de 1890; o Clayton Act é de 1914), encontrou sempre uma aplicação rigorosa, o mais das vezes, em consequência dos sucessivos provimentos legislativos, e firmou-se também na Europa,

A título de exemplo, cita-se o direito alemão, comprovando a mudança de paradigma evidenciada no próprio direito europeu: diferentemente da *Kartell Verordnung*, de 2 de novembro de 1923<sup>285</sup>, que permitia expressamente a existência de cartéis, apenas buscando proibir o seu abuso, a *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB), de 27 de julho de 1957<sup>286</sup>, enseja a proibição dos cartéis, em clara intersecção com os princípios norte-americanos fixados pela normativa já arrolada, conforme a lição de BUXBAUM:<sup>287</sup>

Following World War II, German competition law developed against the backdrop of U.S. influence, exerted in part directly, during the occupation years, and in part indirectly, through U.S. involvement in the subsequent shaping of both German and E.U. competition policy.<sup>288</sup>

Verifica-se, assim que o novo entendimento passou a ser de “proibir cartéis, seja na forma de acordos explícitos ou de ações informais concertadas, bem como práticas abusivas, discriminatórias e predatórias de empresas com poder de mercado”.<sup>289</sup>

No que tange ao direito brasileiro, a disciplina dos cartéis foi inaugurada pelo já referido Decreto-Lei n. 869/38<sup>290</sup> que, em seu art. 2º, III, tipificava como crime contra a economia popular a “promoção ou participação em acordos com o fim de impedir ou dificultar a concorrência para o aumento arbitrário dos lucros”.

---

em época recente (...), tendo servido de base aos ordenamentos comunitários. FERRI, Giuseppe. Consorzio: teoria generale, in **Enciclopedia del diritto IX**, 1980. p. 384.

<sup>285</sup> ALEMANHA. *Kartell Verordnung*: 2 de novembro de 1923.

<sup>286</sup> ALEMANHA. *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB): 27 de julho de 1957.

<sup>287</sup> BUXBAUM, Hannah L. German legal culture and the globalization of competition law: a historical perspective on the expansion of private antitrust enforcement. **Berkeley journal of international law**, 23, 2005. p. 476.

<sup>288</sup> Em tradução livre: “Após a Segunda Guerra Mundial, o direito da concorrência alemão se desenvolveu no contexto da influência dos Estados Unidos da América, exercida, em parte, diretamente, durante os anos de ocupação e, em parte, indiretamente, através do envolvimento dos Estados Unidos na formação da política de concorrência da Alemanha e da União Europeia”. BUXBAUM, Hannah L. German legal culture and the globalization of competition law: a historical perspective on the expansion of private antitrust enforcement. **Berkeley journal of international law**, 23, 2005. p. 476.

<sup>289</sup> OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 10.

<sup>290</sup> BRASIL. Decreto-Lei n. 869/38. **Diário Oficial**: 18 de novembro de 1938.

Na sequência, foi promulgado o também já referido Decreto-Lei n. 7.666/45<sup>291</sup>, que qualificava como um ato contrário ao interesse da economia nacional “os acordos que tivessem por efeito a elevação de preços, restrição, cerceamento ou supressão da liberdade econômica ou influenciar o mercado para o estabelecimento de um monopólio”. Importante destacar, neste ponto, que a prática de cartel deixou de ser um crime, passando a ser um simples ato contrário ao interesse coletivo.

Importante inovação trouxe a Lei n. 4.137/62<sup>292</sup> ao associar o cartel à figura do “abuso econômico” quando, em seu art. 2º, determinou que “era abuso do poder econômico a dominação ou eliminação total ou parcial da concorrência por meio de acordos entre empresas”.

Por sua vez, a Lei n. 8.884/94<sup>293</sup> passou a dar ao cartel uma tipificação legal extremamente aberta, qualificando-o como qualquer acordo entre empresas que vise à limitação ou restrição da concorrência, dominação de mercado, aumento arbitrário de lucros ou exercício abusivo da posição dominante, nos termos do seu art. 20, com previsão específica pelos art. 21, I, II, III e VIII.

Cumprir lembrar que, conforme visto no ponto inicial do capítulo inaugural desta dissertação, em paralelo à disciplina administrativa realizada pela Lei n. 8.884/94<sup>294</sup>, a figura do cartel também foi disciplinada na seara penal, conforme texto da Lei n. 8.137/90<sup>295</sup>, que define os “crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo”.

Finalmente, surge a já analisada Lei n. 12.529/11<sup>296</sup>, que, no que tange aos cartéis, traz sua definição, novamente de forma aberta, no art. 36, trazendo nos incisos I a IV do seu *caput* os efeitos do ato infracional e, no seu § 3º, exemplos de condutas

---

<sup>291</sup> BRASIL. Decreto-Lei n. 7.666/45. **Diário Oficial**: 22 de junho de 1945.

<sup>292</sup> BRASIL. Lei n. 4.137/62, de 10 de setembro de 1962. **Diário Oficial**: 12 de novembro de 1962.

<sup>293</sup> BRASIL. Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. **Diário Oficial da União**: 13 de junho de 1994.

<sup>294</sup> BRASIL. Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. **Diário Oficial da União**: 13 de junho de 1994.

<sup>295</sup> BRASIL. Lei n. 8.137/90 de 27 de dezembro de 1990. **Diário Oficial da União**: 28 de dezembro de 1990.

<sup>296</sup> BRASIL. Lei n. 12.529/11, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**: 2 de dezembro de 2011.

qualificáveis como ofensas à ordem econômica, destacando-se, no que interessa a prática do cartel, os incisos I, II e VIII.

No que tange à definição da expressão “cartel”, cumpre destacar que o ordenamento jurídico não a prevê especificamente. As normas apenas se referem aos acordos celebrados entre os agentes e, no caso dos cartéis, aos acordos relacionados às relações econômicas.

Todavia, lastreada nos balizadores da previsão legal, a doutrina especializada propõe a definição de cartel. Destaca-se a forte influência da doutrina norte-americana sobre os autores nacionais, tendo em vista a sua precedência na matéria para a definição de cartel por ser a mais antiga e a mais consolidada sobre o assunto – portanto, é grande a sua importância no contexto internacional.

De plano, elucida-se que o conceito de cartel é o mesmo nos dois países, assim como a aplicação da regra da razão (*rule of reason*) para a análise dos casos de cartel<sup>297</sup>, somente sendo aplicada a regra dos ilícitos *per se*, isto é, a mera verificação de sua existência como ensejadora de punição pela autoridade competente, de forma excepcional.<sup>298</sup>

---

<sup>297</sup> Nesse sentido, OLIVEIRA aponta que no direito concorrencial brasileiro “tanto as práticas horizontais quanto as verticais devem ser analisadas caso a caso, levando em consideração não apenas os custos decorrentes do impacto, mas também o conjunto de eventuais benefícios dele decorrentes, a fim de apurar seus efeitos líquidos sobre o mercado e o consumidor”. OLIVEIRA, Gesner. **Concorrência - panorama no Brasil e no mundo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001. p. 13. Em 1999, o CADE consignou expressamente na sua Resolução no 20 que as práticas restritivas horizontais “podem também gerar benefícios em termos de bem-estar ao mercado (‘eficiências econômicas’), recomendando a aplicação do ‘princípio da razoabilidade’. Desse modo, é preciso ponderar tais efeitos vis-à-vis os potenciais impactos anti-competitivos da conduta. Portanto, uma prática restritiva [horizontal] somente poderá gerar eficiências líquidas caso as eficiências econômicas dela derivadas compensem seus efeitos anti-competitivos”. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Resolução n. 20, de 09 de junho de 1999. **Diário Oficial da União**: 28 de junho de 1999. Mais adiante, na mesma resolução, a adoção da regra da razão fica novamente clara, afirmando-se que “a análise da conduta específica, baseada no princípio da razoabilidade, conclui-se com a ponderação entre os efeitos anti-competitivos e os possíveis benefícios ou eficiências identificados e avaliados nos passos anteriores, com o objetivo de verificar se estes últimos são suficientes para compensar aqueles, permitindo considerar lícita a conduta em questão”. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Resolução n. 20, de 09 de junho de 1999. **Diário Oficial da União**: 28 de junho de 1999.

<sup>298</sup> Em sentido análogo, os ilícitos *per se* não são considerados como hábeis à produção de efeitos benéficos à competição, como ocorre na aplicação da mencionada regra da razão. FORGIONI esclarece que “a ilicitude *per se*, quando aplicada, desobriga a autoridade antitruste de uma profunda análise sobre o ato praticado pelo agente e seu contexto econômico: a partir do momento em que um ato é tomado como ‘ilícito *per se*’, é considerado restritivo da concorrência de forma não razoável, e

NUSDEO define o cartel da seguinte forma:<sup>299</sup>

Trata-se de um acordo entre empresas que passam a adotar decisões ou políticas comuns quanto a todos ou a um determinado aspecto de suas atividades. Por se tratar de um acordo, as empresas nele envolvidas não perdem a sua autonomia ou a sua individualidade. Elas apenas se submetem aos termos do acordo no seu particular âmbito de aplicação.

A OCDE traz conceito diverso, assim fixado:<sup>300</sup>

“A cartel is a formal agreement among firms in an oligopolistic industry. Cartel members may agree on such matters as prices, total industry output, market shares, allocation of customers, allocation of territories, bid-rigging, establishment of common sales agencies, and the division of profits or combination of these. Cartel in this broad sense is synonymous with ‘explicit’ forms of collusion.”<sup>301</sup>

Vale lembrar que tanto os cartéis quanto os processos de concentração são relações horizontais de mercado. Nos casos de atos de concentração horizontal<sup>302</sup> os

---

deverá ser repudiado”. FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 209-210.

No mesmo sentido, explica BRUNA: “segundo a regra da ilegalidade *per se*, alguns tipos de conduta – tais como algumas espécies de acordos entre concorrentes – são consideradas ilícitas, independentemente do contexto em que forem praticadas, ou mesmo dos efeitos obtidos, sejam eles danosos ou benéficos à concorrência. Quando a regra da ilegalidade *per se* é aplicada, a prática é considerada ilegal sem que para isso seja necessário investigar-se a estrutura do mercado ou o poder econômico detido pelo agente”. BRUNA, Sérgio Varela. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: RT, 1997. p. 154.

<sup>299</sup> NUSDEO. Fábio. **Fundamentos para uma codificação do Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 279-280.

<sup>300</sup> ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), **Glossary of industrial organisation economics and competition law**. Disponível on-line em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em 10.09.2015. pp. 18-19.

<sup>301</sup>. Em tradução livre: “Um cartel é um acordo formal entre firmas em um setor econômico oligopolizado. Os membros do cartel podem acordar sobre vários assuntos, tais como preço, produção total do setor, participações de mercado, alocação de consumidores, divisão de territórios, fraude à licitação, fixação de agências de vendas comuns, e a divisão dos lucros ou combinação dos mesmos. Cartel nesse sentido amplo é sinônimo para formas de colusão ‘explícita’”. ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), **Glossary of industrial organisation economics and competition law**. Disponível on-line em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em 10.09.2015. pp. 18-19.

<sup>302</sup> Concentração horizontal é “aquela que se processa entre concorrentes”, ou, mais precisamente, entre empresas que “se incluem na mesma definição de mercado relevante”. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial. As estruturas**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 279. No mesmo sentido, NUSDEO: “A concentração horizontal envolve duas ou mais empresas atuantes no mesmo mercado ou em mercados de produtos sucedâneos, que possam competir entre si”. NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica – o controle da concentração de empresas**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 46.

agentes passam a atuar em conjunto, enquanto que nos casos de acordos horizontais<sup>303</sup>, tais como os cartéis, a independência entre as estruturas é mantida.<sup>304</sup>

As relações horizontais se opõem às relações verticais de mercado. Aquelas são as que ocorrem entre agentes pertencentes ao mesmo mercado relevante, podendo ser estruturais (atos de concentração de qualquer espécie) ou de conduta (acordos de qualquer tipo). As relações verticais são aquelas que envolvem agentes que atuem em mercados relevantes diferentes, mas relacionados na cadeia produtiva. Nesse caso, estão abrangidos os atos (estrutura) e acordos (conduta) que vinculem agentes à montante com os agentes à jusante do processo produtivo, como ocorre entre os fornecedores de matéria prima e os fornecedores do bem finalizado que será entregue ao consumidor final.<sup>305</sup>

De plano, esclarece-se que não existe proibição, a priori, de qualquer relação horizontal ou vertical entre os agentes de mercado, apenas no caso de limitarem ou prejudicarem a concorrência de algum modo. Portanto, todas as relações consideradas relevantes pelos critérios legais são analisadas pelas autoridades de defesa da concorrência, realizando-se o adequado juízo acerca da existência de algum dano ao ambiente concorrencial.

As autoridades dão maior atenção à análise das relações horizontais porque “ao contrário das práticas verticais, as práticas horizontais foram sempre consideradas

---

<sup>303</sup> Conforme definição de FORGIONI, acordos horizontais são contratos “celebrados entre agentes econômicos que atuam em um mesmo mercado relevante (geográfico e material) e estão, portanto, em direta relação de concorrência”. FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 p. 395. Os acordos horizontais podem ser, entre outros, acordos de exclusividade, acordos para pesquisa e desenvolvimento e acordos sobre condições de venda ou revenda.

<sup>304</sup> Valendo-se de terminologia adotada pelo direito antitruste, o cartel classifica-se como “ato de cooperação empresarial”, em oposição aos “atos de concentração”. Sobre a dicotomia, considerando os atos de cooperação lícitos, esclarece NUSDEO que “enquanto as operações de concentração caracterizam-se pela formação de um centro único de decisões, em caráter permanente, e, assim, pelo desaparecimento de um ou mais agentes de mercado, unificados sob um comando único, a cooperação entre empresas não tem esse caráter. Neste último caso existe uniformização de políticas e condutas apenas no tocante a certos comportamentos de mercado, mas não à totalidade das atividades das empresas envolvidas. Assim, elas permanecem como agentes de mercado independentes, apesar da colaboração. Os acordos de cooperação normalmente são estabelecidos por via contratual, ao passo que as concentrações implicam uma mudança de caráter societário”. NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica – o controle da concentração de empresas**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 54.

<sup>305</sup> FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 396.

de maior potencial de dano ao mercado. Isso porque são ações entre concorrentes que, como o nome sugere, devem concorrer no mercado e não cooperar entre si”.<sup>306</sup> Apesar de alguns autores afirmarem que “acordos horizontais neutralizam a concorrência principalmente entre os agentes econômicos que atuam no mesmo mercado relevante”<sup>307</sup>, o que se pode garantir é que o potencial de dano está sempre presente, visto que em algumas raras situações pode haver benefício permanente ao mercado.

O cartel é uma espécie de acordo horizontal e, portanto, a priori estaria sujeito à análise quanto aos benefícios ou prejuízos gerados ao mercado. Contudo, a sua natureza faz com que sempre resulte em prejuízo ao mercado, pois o que se busca é o aumento dos preços, direta ou indiretamente.<sup>308</sup> Portanto, pode-se dizer que “há um consenso de que seus efeitos sobre o mercado e o bem-estar são negativos”.<sup>309</sup>

FORGIONI, ao conceituar os cartéis, foca nos objetivos almejados pelo acordo, elemento essencial à sua configuração no direito pátrio, e afirma que “podemos dizer que os cartéis são acordos entre agentes econômicos, que atuam no mesmo mercado relevante, destinados a regular ou neutralizar a concorrência entre eles e que tem seu objeto ou efeito tipificado no art. 20 da Lei 8.884, de 1994”.<sup>310</sup>

SANTACRUZ afirma que o objetivo final do cartel seria a transformação das condições do mercado em que atua para as verificadas em uma situação de monopólio:<sup>311</sup>

---

<sup>306</sup> OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. São Paulo: Renovar, 2004. p. 40.

<sup>307</sup> FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 396.

<sup>308</sup> Para fins de ilustração, cita-se o entendimento expressado em documento público oficial acerca dos cartéis: “Cartéis são considerados a mais grave lesão à concorrência porque prejudicam seriamente os consumidores ao aumentar preços e restringir a oferta, tornando os bens e serviços mais caros ou indisponíveis”. BRASIL. DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA ECONÔMICA DA SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Combate a cartéis em licitações: guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação, Brasília**. Publicação Oficial, 2008. p. 8.

<sup>309</sup> OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. São Paulo: Renovar, 2004. p. 40.

<sup>310</sup> FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 400.

<sup>311</sup> SANTACRUZ, Ruy, Cartel na lei antitruste: o caso da indústria brasileira de aços planos. In: MATOS, César (Coord.). **A revolução do antitruste no Brasil – A teoria econômica aplicada a casos concretos**. São Paulo: Singular, 2003. p. 415.

Cartel é um acordo entre empresas com o objetivo de elevar os preços ao comprador, através da redução da concorrência, aproximando o resultado do mercado em termos de lucratividade ao que seria alcançado numa situação de monopólio.

(...)

O cartel visa a obtenção de lucros superiores aos que seriam alcançados na ausência de acordo. Nesse caso, o mercado passa a se comportar como num monopólio, e a condição de maximização consideraria a soma dos lucros de todas as empresas. O resultado conjunto obtido seria, portanto, a redução da quantidade total demandada e o aumento dos preços (e dos lucros totais), implicando a apropriação pelas empresas em colusão do excedente do consumidor, que teria seu bem-estar reduzido.

A Lei n. 12.529/11<sup>312</sup> não pune as práticas normais de mercado, mas sim as práticas que restringem ou limitam a concorrência e, nos casos de cartel, que tendem a buscar a situação de monopólio.

A mera existência dos acordos não é punível pela legislação brasileira, mas sim os acordos que (i) visam à produção de efeitos deletérios ao mercado ou, mesmo que tenham outro objeto, (ii) possam produzir tais efeitos, conforme preceitua o caput do artigo 36 desta lei.<sup>313</sup>

Desde a gênese da legislação cartelista nacional já era vedada e punida pela legislação brasileira a celebração de acordo que, “dificultando a concorrência visa aumentar, arbitrariamente, o lucro ‘normal’”.<sup>314</sup> A normativa atualmente vigente, de forma ainda mais ampla, sanciona todos os atos que, independentemente de culpa, atinjam a finalidade ou tenham o potencial de alcançar os efeitos previstos pelos incisos do seu artigo 36.<sup>315</sup>

Tal punição se dá no âmbito administrativo e toma como base os efeitos produzidos ou potencialmente produzidos no mercado pelo ato praticado. SALOMÃO FILHO esclarece como deve ser interpretada a potencialidade desses atos: “ainda que

<sup>312</sup> BRASIL. Lei n. 12.529/11, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**: 2 de dezembro de 2011.

<sup>313</sup> BRASIL. Lei n. 12.529/11, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**: 2 de dezembro de 2011.

<sup>314</sup> ASCARELLI, Tullio. Os Contratos de Cartel e os Limites de sua Legitimidade no Direito Brasileiro, *In*: ASCARELLI, Tullio. **Ensaios e Pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1952, p. 335.

<sup>315</sup> BRASIL. Lei n. 12.529/11, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**: 2 de dezembro de 2011.

seja possível demonstrar a existência de acordo, este só será ilícito se tiver a capacidade de eliminar a concorrência”.<sup>316</sup>

Certamente, não se pode considerar essa assertiva como um mecanismo de defesa aos agentes de mercado que pratiquem a infração e tenham seu objetivo frustrado. O que deve ser lembrado é que o acordo celebrado deve conter os elementos mínimos que assegurem a sua efetividade. Independentemente da forma de sua operação e de seu resultado, deve ser possível alterar as condições de mercado – um acordo que reúna agentes econômicos que, por exemplo, detenham juntos apenas 5% da participação de mercado não será capaz de alterar os preços ou influenciar os demais agentes a se comportarem de maneira diversa, pois o acordo não terá poder de mercado. Da mesma forma que não é punido o crime impossível, não é punida a tentativa de cartel que não possa alterar as condições de mercado.

Nesse sentido, elucida SCHUARTZ:

O uso da expressão tentativa no âmbito do Direito da Concorrência é guiado por regras de sentido peculiares a esse ramo do Direito, sendo justificado em razão da igualdade de efeitos associados aos casos ‘tentados’ (agora entre aspas) e ‘consumados’. Stricto sensu, não há infrações tentadas no Direito Antitruste; os atos que, por qualquer motivo, não lograrem alcançar os efeitos previstos nos incisos do art. 20 são ou infrações consumadas (quando puderem alcançar os efeitos) ou não são infrações (quando não puderem alcançar os mencionados efeitos).<sup>317</sup>

Portanto, a interpretação da Lei n. 12.529/11<sup>318</sup> deve obedecer às regras específicas desse ramo jurídico, de modo que as infrações poderão ser punidas se aperfeiçoadas ou simplesmente tentadas, desde que a conduta tenha potencial lesivo, que seu objetivo seja atingível.

É fundamental destacar, ademais, o conceito firmado pelas próprias autoridades administrativas, que assim definem o cartel:

<sup>316</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e Concorrência (estudos e pareceres)**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 161.

<sup>317</sup> SCHUARTZ, Luis Fernando. “Monopolization”, “attempt to monopolize” e a interpretação do inciso II do art. 20 da Lei 8.884, de 1994. **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**, ano XXXIX, n. 119, São Paulo, jul. / set. 2000. p. 136.

<sup>318</sup> BRASIL. Lei n. 12.529/11, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**: 2 de dezembro de 2011.

**CADE:**

Acordo entre agentes econômicos que ofertam produtos substitutos, visando elevação de preços e lucros por meio da divisão de mercado, da combinação de preços, da divisão de cotas de produção, do controle das quantidades produzidas/distribuídas ou da divisão territorial.<sup>319</sup>

**SDE:**

Cartel é um acordo explícito ou implícito entre concorrentes para, principalmente, fixação de preços ou quotas de produção, divisão de clientes e de mercados de atuação.<sup>320</sup>

**SEAE:**

São acordos ou práticas concertadas entre concorrentes para a fixação de preços, a divisão de mercados, o estabelecimento de quotas ou a restrição da produção e a adoção de posturas pré-combinadas em licitação pública.<sup>321</sup>

Entretanto, não parece ser útil tentar determinar as práticas que serão desempenhadas pelos agentes cartelizados para atingir sua finalidade, pois muitos são os métodos utilizados para aumentar o lucro. Basta saber que a ação do cartel primeiramente precisa alterar as condições de mercado para tornar manipuláveis as variáveis produtivas, para depois alterá-las conforme sua conveniência. A condição ideal para isso é a de monopólio, criada artificialmente pelo cartel.

Portanto, pode-se concluir que cartel é qualquer forma de acordo celebrado entre os agentes de mercado que vise e seja capaz de reproduzir no mercado relevante de um determinado produto ou serviço as condições de monopólio.

Criminalmente, a definição de cartel segue os preceitos da Lei n. 8.137/90<sup>322</sup>. O artigo 4º prevê duas situações diferentes nas quais se configura o cartel. O inciso I determina os crimes que são cometidos usando o abuso de poder econômico para restringir ou eliminar a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas, coincidindo, justamente, com os conceitos trazidos anteriormente, exigindo-se, aqui também, o resultado da conduta (domínio de mercado ou eliminação

<sup>319</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Guia Prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil**. 3. ed. revista, ampliada e bilíngue. São Paulo: CIEE, 2007. p. 34.

<sup>320</sup> BRASIL. DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA ECONÔMICA DA SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Combate a Cartéis em Licitações: Guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação**. Brasília: Publicação Oficial, 2008. p. 8.

<sup>321</sup> BRASIL. SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO – SEAE. Glossário. Disponível em: < [www.seae.fazenda.gov.br/central\\_documentos/glossarios](http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/glossarios) >. Acesso em: 15.10.2015.

<sup>322</sup> BRASIL. Lei n. 8.137/90 de 27 de dezembro de 1990. **Diário Oficial da União**: 28 de dezembro de 1990.

total ou parcial da concorrência). Trata-se de cartel formado para praticar o abuso do poder econômico.

Já o inciso II do mesmo dispositivo legal traz a figura do acordo formado entre ofertantes que visem à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas / produzidas, a divisão de mercado ou o controle da rede de distribuição ou de fornecedores. Verifica-se, aqui, a definição de cartéis com objetivos específicos, restando os acordos de adoção de preços predatórios e uniformização de práticas comerciais tipificados pelo inciso anterior. Cabe também destacar que no inciso II não é demandada a potencialidade de causa do resultado, restando tipificada conduta meramente formal, ou seja, a prática do acordo, independentemente da ocorrência ou chance de verificação do resultado.

Quanto aos elementos que compõem os cartéis, destaca-se a forma, as partes, o objeto, o tempo, o lugar e as circunstâncias negociais, variando os três últimos conforme o caso concreto, única oportunidade em que podem ser analisados.

As partes constituem pessoas físicas ou jurídicas, sempre em quantidade superior a 2 (dois). Todavia, os cartéis não costumam ser compostos de uma grande quantidade de membros, tendo em vista a dificuldade de sua operação e incremento da possibilidade de detecção pelas autoridades competentes.

Quanto à forma, os cartéis podem ser fixados oralmente ou por escrito.

Quanto à sua modalidade, um cartel pode ser definido como de Tipo I ou de Tipo II. O cartel de Tipo I, também denominado “cartel clássico” ou “hard core cartel”, é aquele que possui como único objetivo o aumento direto de preços. Já o cartel de Tipo II atua de forma indireta, praticando condutas que causam desvantagens aos concorrentes, ensejando sua eliminação do mercado e, por consequência, um aumento dos preços.<sup>323</sup>

---

<sup>323</sup> LANDE, Robert H.; MARVEL, Howard P. The three types of collusion: fixing prices, rivals, and rules. **Wisconsin law review**, vol. 2000, no 941, 2000. p. 941.

Necessário destacar que também os cartéis clássicos podem apresentar variações (aumento direto de preço, divisão de mercado, fraude à licitação e determinação de clientes ou territórios exclusivos). Como se verá em seguida, os cartéis clássicos (Tipo I) constituem a mais agressiva ofensa à ordem econômica, eis que acarretam aumento de preços e redução de oferta sem oferecerem qualquer contrapartida compensatória. O resultado é óbvio: bens e serviços se tornam inacessíveis a alguns consumidores e desnecessariamente caros para outros, causando redução imediata do seu bem-estar.

A título de complementação, destaca-se que LANDE e MARVEL entendem pela existência de uma terceira espécie de cartel, denominado Tipo III, que englobaria os conluíus criadores de regras específicas aos seus integrantes visando a obtenção de vantagem sobre os concorrentes. Como exemplo, cita-se a limitação à propaganda e demais formas de dificultar a diferenciação dos produtos, discriminação de preços e políticas de descontos. Diferentemente do cartel de Tipo II, que causa prejuízo aos concorrentes, o Tipo III apenas beneficia os membros do cartel, criando um distanciamento de custos entre os agentes.<sup>324</sup> Na prática, em todos se verifica o aumento de preço e prejuízo aos consumidores e demais agentes econômicos.

Há também a divisão de cartéis quanto ao tipo de indústria: se de bens ou de serviços, conforme o produto final que será entregue ao consumidor.

Quanto ao objeto, os cartéis podem ser divididos nas modalidades mais comuns, quais sejam: cartéis de fixação de preço, cartéis de divisão de mercado e cartéis de fraude à licitação.<sup>325</sup> Inequivocamente, o objeto do cartel constituirá um ilícito, conforme informações já consignadas na presente dissertação.

Em qualquer das modalidades, apesar de buscarmos objetivos imediatos diferentes, o resultado final pretendido é sempre o mesmo. Os agentes econômicos sempre buscam a maximização dos lucros e, portanto, a situação de monopólio, visto

---

<sup>324</sup> LANDE, Robert H.; MARVEL, Howard P. The three types of collusion: fixing prices, rivals, and rules. *Wisconsin law review*, vol. 2000, no 941, 2000. p. 941.

<sup>325</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à lei antitruste (Lei n. 8.884 de 11.06.1994)*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 76-77 e 81.

que é o cenário no qual podem ser atingidos os maiores lucros possíveis: os lucros monopolísticos. Assim, os agentes buscam estratégias que visam sempre à eliminação dos demais agentes do mesmo mercado relevante ou, quando não for possível, estratégias de acordos com os demais agentes para criarem artificialmente a condição de monopólio.<sup>326</sup>

Não há como identificar todos os tipos de cartéis formados pelos agentes de mercado e a forma de sua operação. Eles podem adotar as mais variadas formas, tal como ocorre com qualquer outro contrato, lícito ou não. Com relação aos cartéis de fixação de preço, apesar de inicialmente parecer que o modo de atuação seria único e óbvio, através da fixação direta de preços, o seu funcionamento também pode ocorrer de inúmeras maneiras diferentes. Além da fixação do preço de venda do produto, dentre outras possibilidades, pode ser determinado um percentual de aumento do preço, uma fórmula para formação do preço, uma diferença fixa de valor entre os valores dos produtos de cada um dos membros, a eliminação de descontos, uma política única de descontos, condições de venda uniformes, uma ordem para retirada de alguns produtos do mercado, diminuindo a oferta e o poder de escolha dos compradores.<sup>327</sup>

Da mesma forma, os acordos de divisão de mercado também são diversificados. Podem ser feitos pela alocação de clientes, divisão de território, fixação de clientes exclusivos, delimitação de área de entregas, dentre outras opções. Conforme entendimento do BANCO MUNDIAL, “os acordos de divisão de mercados podem ter um impacto maior sobre a concorrência do que os de fixação de preços”<sup>328</sup>, pois ao contrário destes, os cartéis de divisão de mercados além de aumentarem os preços pagos pelos compradores, geram muitas outras ineficiências em função da má alocação dos recursos. Um cliente que antes era atendido por um fornecedor próximo, se deslocando pouco para efetuar a compra, pode ser alocado para outro membro do cartel que esteja estabelecido em local mais distante. Assim, o fornecedor que lhe é

---

<sup>326</sup> FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 397-398.

<sup>327</sup> BANCO MUNDIAL/OCDE. **Diretrizes para elaboração e implementação de política de defesa da concorrência**. Trad. Fabíola Moura, Priscila Akemi Beltrame. São Paulo: Singular, 2003. p. 67.

<sup>328</sup> BANCO MUNDIAL/OCDE. **Diretrizes para elaboração e implementação de política de defesa da concorrência**. Trad. Fabíola Moura, Priscila Akemi Beltrame. São Paulo: Singular, 2003. p. 71.

próximo passa a cobrar muito mais caro ou simplesmente deixa de vender e faz com que o comprador se desloque muito mais para que possa comprar o produto a preço razoável.

No caso dos cartéis de licitação, o objeto das decisões é fraudar o preço das compras públicas, de modo que o membro do cartel escolhido para vencer a concorrência já oferece preço acima do mercado e os demais membros apresentam valor ainda mais alto. Nesses casos, um fenômeno bastante comum é que a variação da diferença entre os preços seja muito maior que a variação do preço médio. Em outras palavras, ocorre a uniformização do custo e do preço dos agentes. Tal movimento é uma decorrência lógica da unificação de decisões e diminuição de investimentos em diferenciação do produto decorrentes do conluio.

Destaca-se, a título de curiosidade, que uma característica marcante dos cartéis é a permanente desconfiança entre os seus membros, tendo em vista as rotineiras tentativas de descumprimento de determinações do grupo.<sup>329</sup>

De qualquer forma, todos os cartéis visam ao aumento dos preços e à maximização dos lucros do agente econômico cartelista. Por isso, a atuação de um cartel no mercado sempre ensejará o incremento do custo dos compradores e resultará na perda de bem-estar social dos consumidores.<sup>330</sup>

---

<sup>329</sup> Na lição de MALARD, “os membros do cartel convivem sob a égide de dois ordenamentos distintos: o regulamento do cartel e o ordenamento estatal que o proíbe. Ao cumprir as normas internas do cartel, os membros transgridem o ordenamento jurídico estatal, enquanto que a atuação conforme os preceitos daquele constitui infração às normas internas do cartel. Tanto a transgressão da ordem estatal quanto a infração ao regulamento do cartel são motivadas pelo mesmo fator, qual seja, a obtenção de lucros cada vez maiores. Se, num dado momento, o cartel é o meio hábil de maximização de vantagens, quando deixa de sê-lo, não há preocupação quanto ao seu desfazimento. O membro que vislumbra maiores vantagens em outro tipo de conduta não hesita em adotá-la: aumenta sua produção, reduz o preço de seu produto, vende fora de sua área, enfim adota a estratégia que lhe propicia maiores vantagens do que aquelas auferidas através do acordo”. MALARD, Neide Teresinha. O cartel. **Revista de direito econômico**. v. 21. Brasília, out./dez. 1995. p. 41.

<sup>330</sup> Conforme o BANCO MUNDIAL, “a colusão compromete seriamente este processo [de concorrência], suprimindo a rivalidade natural entre as empresas e fazendo com que elas atuem mais como um monopólio. Essa conduta tem um efeito negativo imediato sobre os consumidores. Eles passam a consumir menos produtos e a pagar mais por estes. A colusão pode afetar negativamente todas as etapas do ciclo produtivo, pois pode provocar altas de preços ou restrições na disponibilidade de bens intermediários ou outros insumos necessários. Essa situação tem um impacto direto sobre a lucratividade das empresas e sobre sua capacidade de concorrer. O custo maior de matérias-primas, devido à colusão entre os fornecedores de insumos, pode resultar em sérias desvantagens para os produtores de bens intermediários, bem como maiores custos para os consumidores finais”. Banco

Assim, independentemente da modalidade do cartel, mesmo que inicialmente as ações pareçam mais brandas ou menos danosas, o resultado final é sempre o aumento de preço e a imposição de grandes perdas ao mercado.<sup>331</sup>

Como modelos de condutas cartelistas, destacam-se as previstas nos incisos I, II e VIII do art. 36 da Lei n. 12.529/2011, mais especificamente:

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

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

- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
- d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

Perceba-se que as práticas cartelistas sempre vão objetivar a alteração das condições normais de mercado para uma situação aproximada ao monopólio, comumente atingindo o preço ou o poder de escolha do consumidor. Nesse sentido, PFEIFFER:<sup>332</sup>

Há consenso na afirmação de que os consumidores são beneficiados pela concorrência, pois ela acarreta menores preços, maior qualidade e diversidade de produtos e serviços colocados à disposição da sociedade. O direito de acesso ao consumo depende de um ambiente em que o consumidor possa exercer o seu direito de escolha, o que também depende da efetiva concorrência. Nesse contexto, a concorrência desempenha papel primordial em dois aspectos de suma importância para o bem-estar do consumidor: preço e Liberdade de escolha. As indevidas restrições à concorrência trazem

---

Mundial/OCDE. **Diretrizes para elaboração e implementação de política de defesa da concorrência.** Trad. Fabíola Moura, Priscila Akemi Beltrame. São Paulo: Singular, 2003. p. 66.

<sup>331</sup> HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy – The law of competition and its practice.** 2. ed. Saint Paul: West Group, 1999. p. 163-164.

<sup>332</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 98-99.

nítidos prejuízos aos consumidores, seja através da elevação do preço acima do equilíbrio competitivo, seja pela restrição na abrangência de escolha.

É fundamental, neste ponto, aprofundar os efeitos das condutas cartelistas sob a ótica do fornecedor mas, especialmente, sob a perspectiva dos consumidores e seu bem-estar.

Quanto aos primeiros, destaca-se a cobrança de preços acima do valor normal de mercado, a redução de investimentos na atividade empresarial (redução de custos de produção) e o aumento do lucro do cartelista. Em relação aos segundos, relevante é anotar o pagamento de sobrepreço (adimplemento de valor acima do normal de mercado), a restrição ao desenvolvimento natural do mercado e a diminuição geral do bem-estar social, incluído neste o bem-estar do consumidor.<sup>333</sup>

Analisando-se individualmente os efeitos dos cartéis sobre os fornecedores, tem-se a cobrança de preço acima do valor de mercado como o primeiro deles. Evidentemente, os componentes do cartel conhecem exatamente o percentual de aumento que lhes trará a maior margem de lucro e que siga sendo suportado pelo mercado, razão pela qual é possível afirmar que tais decisões são tomadas levando-se em conta a racionalidade econômica.<sup>334</sup> Por óbvio, o cartel analisará, por exemplo, a possibilidade de seu produto ser substituído por outro comercializado por agente não participante do cartel ou integrante de outro mercado, mediante estudos de elasticidade de oferta.<sup>335336</sup>

Podem existir muitos outros agentes econômicos do mercado que produzam o mesmo produto. Nesse caso, eles aumentariam a produção para suprir a demanda

---

<sup>333</sup> Para SANTACRUZ, “além do efeito direto sobre o bem-estar econômico na forma de elevação compulsória de preços ao comprador, o que caracteriza uma transferência de renda deste para o fornecedor, o cartel, ao reduzir a concorrência entre as empresas, reduz também a pressão para a melhoria da qualidade dos produtos, para a redução dos custos de produção e para a busca e introdução de inovações de um modo geral”. SANTACRUZ, Ruy, Cartel na lei antitruste: o caso da indústria brasileira de aços planos. In: MATOS, César (Coord.). **A revolução do antitruste no Brasil – A teoria econômica aplicada a casos concretos**. São Paulo: Singular, 2003. p. 415-416.

<sup>334</sup> GABAN, Eduardo Malan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>335</sup> MALARD, Neide Teresinha. O cartel. **Revista de direito econômico**. v. 21. Brasília, out./dez. 1995. p. 41.

<sup>336</sup> PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. 8. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2013. p. 143.

e ganhar mais participação de mercado, forçando a baixa do preço e repondo as quantidades faltantes em razão da diminuição promovida pelo cartel.<sup>337</sup> Ainda, a mesma situação pode ocorrer com agentes que não atuassem no mercado prejudicado pelo cartel, mas que passassem a atuar em função do aumento dos preços. Essa situação é mais comum para os cartéis sobre bens do que para os que atuam sobre a prestação de serviços.

Como exemplo, também se cita o caso de agentes que produzam outros bens e tenham a possibilidade de converter suas linhas de produção para, rapidamente, passarem a produzir o produto prejudicado pelo cartel, podendo ocorrer o mesmo no caso de agentes atuantes em outros mercados que se sintam atraídos a ingressar no mercado cartelizado.

Quando se trata de agentes econômicos não pertencentes ao mercado, devem ser avaliadas as barreiras à entrada no mercado objeto do cartel, pois elas devem ser altas o suficiente para impedir o ingresso de agentes atuantes em outro mercado ou de novos concorrentes. Assim, o cartel deve cuidar para não gerar estímulo ao desenvolvimento de novos competidores.<sup>338</sup>

A possibilidade de substituição do produto também não pode ser descartada. Pode existir um sucedâneo<sup>339</sup> para o produto objeto do cartel e, dependendo de variáveis que permitam sua substituição, ele pode passar a ser consumido em lugar do produto afetado pelo acordo ilícito.

O cartel também avaliará o impacto sobre a demanda do produto, examinando a elasticidade da demanda<sup>340</sup>. Pode ser que os compradores não estejam dispostos a pagar mais por aquele produto ou que não tenham nenhuma necessidade em

---

<sup>337</sup> GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. **Cartel: teoria unificada da colusão**. São Paulo: Lex, 2007.

<sup>338</sup> GABAN, Eduardo Malan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>339</sup> “Os bens sucedâneos, como indica a denominação, são os passíveis de se substituírem no atendimento – direto ou indireto – de uma mesma necessidade. A gasolina e o álcool, como combustíveis; os alimentos, dentro de cada categoria – carnes, cereais, legumes, frutas etc.; os vários tipos de ferramentas ou de tecnologias. Claramente, os sucedâneos podem ser mais ou menos perfeitos e isto também é uma questão cultural ou tecnológica”. NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma codificação do Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 40.

<sup>340</sup> PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. 8. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2013. p. 143.

consumi-lo. Nesses casos, o aumento dos preços afastaria os clientes e poderia surtir o efeito contrário ao pretendido pelos agentes em conluio, pois o saldo final das vendas seria negativo.

Com base em todas essas avaliações, os cartelistas podem estimar a parcela de mercado que restará mesmo após o aumento dos preços, para recalcular os custos de produção em função da nova escala de vendas e os lucros a serem auferidos.

Obviamente, definir o *quantum* do aumento de preço a ser promovido pelo cartel não é tarefa fácil.<sup>341</sup> Partindo do pressuposto de sempre desejarem atingir o lucro máximo, os agentes participantes do acordo devem adotar um preço que não seja alto o suficiente para estimular a entrada de agentes estranhos ao mercado ou desestimular o consumo a ponto de diminuir a escala de produção a níveis que aumentem o custo para além do ganho adicional a ser obtido com as vendas, mesmo que estejam sendo cobrados valores acima dos padrões concorrenciais. Existem situações mais simples, onde os agentes comercializam produtos de extrema necessidade para as pessoas e conseguem integrar todos os fornecedores no acordo.<sup>342</sup>

Caberá, aos não participantes do cartel, a decisão de manter os preços abaixo do nível do cartel e aumentar as vendas, ou elevar os preços e estabilizar o mercado. Tal elevação poderá ocorrer de forma consciente, caso saibam da existência do cartel e concluam que o aumento gerará maior lucro, ou inconscientemente, se o agente presume estar apenas acompanhando a evolução natural do mercado.<sup>343</sup>

Ademais, a prática do cartel, invariavelmente, acarretará o abandono, por parte dos cartelistas, de quaisquer investimentos na atividade empresarial, tendo em vista que, em razão da artificialidade de suas ações mercadológicas, o seu lucro seguirá sendo verificado independentemente de qualquer melhoria.

---

<sup>341</sup> GABAN, Eduardo Malan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 163.

<sup>342</sup> GABAN, Eduardo Malan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 163.

<sup>343</sup> GABAN, Eduardo Malan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Finalmente, no que tange aos efeitos do cartel sobre os fornecedores, surge o denominado “saldo do cartel”, resultante do custo operacional do conluio, especialmente verificados no constante monitoramento havido entre os próprios membros (como se verificará no próximo tópico, os instrumentos consensuais, como o TCC – Termo de Cessação de Conduta e o Programa de Leniência ensejam a criação de uma desconfiança contínua e recíproca entre os cartelistas, acarretando em um maior custo de manutenção da operação.

No que tange aos consumidores, a redução de seu bem-estar na situação de cartel é garantida.

O primeiro prejuízo do consumidor a ser verificado no caso de cartel é o pagamento de preço acima do valor real de mercado, ou seja, a transferência do excedente do consumidor ao fornecedor (tal conceito já foi elucidado nesta pesquisa, todavia, mostra-se prudente lembrar que o excedente do consumidor é a diferença entre o que ele está disposto a pagar e o que ele efetivamente paga<sup>344</sup>).

Como um segundo efeito imposto aos consumidores surge a restrição ao desenvolvimento natural do mercado. Tendo em vista que os cartelistas não terão qualquer estímulo para investimento em melhorias e desenvolvimento de novas técnicas, tanto visando o incremento da qualidade do produto como a redução dos custos de fabricação, verifica-se uma redução de eficiência do mercado, impossibilitando aos consumidores uma possível redução de preços ou outras melhorias, o que, sem qualquer dúvida, afeta o bem-estar dos consumidores.

Finalmente, como um terceiro dano aos consumidores, constata-se a diminuição geral do bem-estar, resultante justamente da má alocação dos meios de produção, implicando em redução dos valores gerados e menor oferta, além da exclusão de potenciais consumidores que estariam dispostos a adquirir o produto por valor inferior e que, pela artificialidade do preço, se vêem obrigados a ficar sem o bem

---

<sup>344</sup> OLIVEIRA, Roberto Guena de. A teoria do consumidor. *In*: PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval (org.). **Manual de economia**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 88.

ou comprar um substituto inferior. O cenário é óbvio e cíclico: as perdas decorrem da redução da concorrência entre os players, o que resulta em queda da produção, dos esforços de venda e captação de clientes e, por fim, redução do nível de atendimento e da qualidade dos produtos.

Todavia, apesar dos efeitos acessórios, como já mencionado, o objetivo primeiro do cartel é maximizar seus lucros, razão pela qual conluíus podem ser formados com o simples objetivo ou efeito de aumento arbitrário de lucros, sendo viável para tanto o acordo sobre preços, produção de bens, divisões de mercado, limitação ou controle de pesquisa ou desenvolvimento de mercado. Em todas estas situações, estará sendo alterado o equilíbrio demanda x oferta, ensejando uma alteração artificial do preço das mercadorias, uma alteração sem justa causa.<sup>345</sup>

O que é interessante notar é que a Lei n. 12.529/2011 eliminou algumas condutas antes tidas expressamente como infrações à ordem econômica, mais precisamente os “preços excessivos” e o “aumento injustificado de preços” (art. 32, inciso XXIV, da Lei n. 8.884/1994).<sup>346</sup>

Entretanto, a leitura a ser feita é a de que existe uma identidade entre aumento arbitrário de lucros e preços excessivos / aumento injustificado de preços, conforme já se manifestou o próprio CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica:<sup>347</sup>

Já o preço excessivo, na forma autônoma em que é normalmente considerado, recai nos incisos III e IV do art. 20. Primeiramente, preços excessivos são usualmente tomados como abuso de posição dominante, considerado como um fim em si próprio, ou seja, objetivando extrair rendas do consumidor. Este parece ser o propósito do conselheiro Vinicius quando indaga que ‘trata-se de avliar se a política de preços pode ou não explorar, de forma indevida, os consumidores’.

Isto é equivalente a definir um preço tão próximo quanto possível do monopólio. Daí que este enquadramento no inciso IV também pode equivaler a um enquadramento dos preços excessivos na conduta de aumento arbitrário de lucros do inciso III. Na medida em que os preços próximos de monopólio geram lucros próximos ao monopólio e, portanto, máximos, podemos concluir que fixar preços excessivos deve ser equivalente a gerar

---

<sup>345</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 150.

<sup>346</sup> TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste. A Lei 12.529/2011 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 170.

<sup>347</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Averiguação Preliminar n. 08012.003648/1998-05 e 08012.000295/1998-92**. Partes: White Martins S.A. e Agra S.A. Relator: Conselheiro César Mattos.

lucros excessivos ou arbitrários. Em ambos os enquadramentos de preços excessivos do art. 20, incisos III e IV, preços excessivos não constituem um meio, mas um fim em si próprio, o que representa a antítese do objetivo da autoridade de concorrência que se deseja evitar.

O ponto relevante é que tanto na linha Prado, como na linha Furquim, os preços excessivos que fazem sentido do ponto de vista antitruste são meramente instrumentais e sempre associados com outra conduta, seja como efeito (cartel), seja como causa (price squeeze). Tais enquadramentos de 'preços excessivos' não se constituem em condutas autônomas por não descreverem satisfatoriamente, de forma isolada, o problema antitruste com o qual se depara a autoridade. Assim, mesmo como 'causa', o preço excessivo não vem sozinho.

As críticas ao controle de preços excessivos não significam que a autoridade de concorrência deva simplesmente negar a existência de preços acima do valor socialmente desejável. Reforçando o ponto principal do voto do Conselheiro Ragazzo, a questão é que o controle direto do preço excessivo, sem a avaliação concomitante da conduta principal que melhor caracteriza a conduta dentro da doutrina antitruste, simplesmente não é eficaz, podendo inclusive ser prejudicial ao objetivo primário da política de concorrência.<sup>348</sup>

Nesse sentido, verifica-se que o aumento excessivo ou injustificado de preços segue travestido na nova legislação sob a figura do aumento arbitrário dos lucros, art. 36, inciso III, da Lei n. 12.529/2011, exercendo o papel, no que tange ao cartel, de efeito da prática cartelista, dela dependendo, inclusive.

Tal leitura guarda suma importância pois, como já mencionado, a Lei n. 8.078/90, ao arrolar as práticas abusivas, consigna no inciso X a “elevação sem justa causa de preços”, o que corresponderia à antiga capitulação de “preços excessivo” ou “aumento injustificado de preços” da lei concorrencial revogada, agora capitulado sob a expressão “aumento arbitrário de lucros”.

É fundamental citar que a “elevação de preços sem justa causa” foi inserida no Código de Defesa do Consumidor pela própria Lei n. 8.884/94 (e a própria Lei n. 4.371/1962 já vedava, sob a roupagem de abuso do poder econômico, a elevação sem justa causa de preços, associando tal prática à posição monopolista.<sup>349</sup>

---

<sup>348</sup> No mesmo sentido, o voto do Conselheiro Paulo Furquim no PA n. 08012.008340/2002-21, oportunidade em destacou que “preços excessivos são aqueles que resultam de infrações à ordem econômica, como a cartelização, ou da obtenção de monopólio por meios espúrios, como a influência junto ao legislador, ou ao ente regulador em setores regulados. No primeiro caso, a infração caracterizada no artigo 21, XXIV sempre viria acompanhada de condutas que dessem condições materiais para a imposição de preços excessivos. O segundo caso está fora do escopo da defesa da concorrência”.

<sup>349</sup> MIRAGEM, Bruno. Direito protege consumidor e livre concorrência de aumentos abusivos. **Revista Consultor Jurídico**. Publicado em 06.01.2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-06/garantias-consumo-direito-protege-consumidor-livre-concorrenca-aumentos-abusivos>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

É sabido que os conceitos de direito da concorrência e do direito do consumidor se associam até certo ponto, podendo, inclusive, ocorrer a incidência em comum em cada caso concreto. Importante citar a própria posição dúbia apresentada pelo STJ:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SEGREDO DE JUSTIÇA. POSTO DE COMBUSTÍVEL. PREÇO ABUSIVO. INFORMAÇÕES FISCAIS.

1. Trata-se, na origem, de Agravo de Instrumento contra decisão interlocutória proferida nos autos que indeferiu o trâmite em segredo de justiça de Ação Civil Pública que debate eventual preço abusivo de combustível por parte da recorrente.

2. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

3. Em inquérito civil sob sigilo, o Ministério Público solicitou dados de natureza fiscal destinados à apuração da margem bruta de lucro da recorrente. A qualificação desses dados pode contribuir para que se revele o modelo ou estratégias de negócio ou diferenciais de atuação. É evidente que, num mercado regulado, a assimetria informacional é reduzida, mas não se pode afastar de plano e prematuramente sua existência.

4. Não deve a parte ser prejudicada com a transposição desse material para processo jurisdicional de natureza pública, frustrando sua legítima expectativa de sigilo.

5. Na apuração de "preço excessivo", "aumento arbitrário dos lucros", "elevação sem justa causa de preços" ou "vantagem excessiva", pela perspectiva de infração à ordem econômica ou violação de direitos do consumidor, talvez seja necessário que se ordene a juntada de outros documentos bancários, fiscais ou de qualquer natureza que possam corroborar o sigilo daqueles já acostados. A providência serve como garantia ao particular e à correta administração da Justiça.

6. A medida deferida tem por escopo vedar o acesso aos autos de terceiros, eventuais competidores, da parte recorrente, sem impedir em qualquer medida a investigação de ilícitos, v.g., de ordem econômica, consumerista ou penal por órgãos competentes para tal mister.

7. Recurso Especial provido para determinar que o feito tramite em segredo de Justiça.<sup>350</sup>

Entretanto, MIRAGEM fixa importante diferença entre as incidências dos institutos afetos à concorrência e os decorrentes da defesa do consumidor:<sup>351</sup>

Há importantes distinções que devem ser consideradas. No artigo 39, inciso X, do CDC, veda-se a elevação de preços sem justa causa. Sua aplicação corrente permite a proteção do consumidor da prática de preços elevados mesmo na ausência de contrato prévio entre as partes. Distingue-se claramente do aumento arbitrário de lucros, cujas razões podem ser outras, que sequer signifiquem necessariamente lucro excessivo, lembrando-se que

<sup>350</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1296281/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/05/2013, DJe 22/05/2013.

<sup>351</sup> MIRAGEM, Bruno. Direito protege consumidor e livre concorrência de aumentos abusivos. **Revista Consultor Jurídico**. Publicado em 06.01.2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-06/garantias-consumo-direito-protege-consumidor-livre-concorrenca-aumentos-abusivos>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

a empresa poderá, mesmo assim, ser ineficiente ou eliminar lucros por intermédio de outros recursos, como o planejamento fiscal. Embora não se perca de vista uma possível ou provável relação de causa e consequência, não se pode afirmar peremptoriamente que em razão do aumento de preços sem justa causa haja o aumento arbitrário dos lucros.

E relembra MIRAGEM que a própria Lei n. 8.884/94 estabelecia os critérios para averiguação do excesso de preços:

A elevação de preços sem justa causa não é conceito desconhecido no direito da concorrência. Ao contrário. A antiga Lei 8.884/94 dispunha, inclusive, de critérios bastante úteis para determinar a ocorrência da hipótese. O parágrafo único do seu artigo 21 definia entre os critérios para caracterizar a imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes: o comportamento do custo dos insumos ou a introdução de melhorias de qualidade; o preço anterior do produto, quando se tratasse de sucedâneo sem alterações substanciais; o preço de produtos e serviços similares ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis; e a existência de ajuste ou acordo que implicasse na majoração de preços ou de custos (cartel).

Trazia a lei nada mais do que lições elementares de economia. E da mesma forma, estabelecia uma distinção essencial, entre imposição de preços excessivos e aumento injustificado de preços. A imposição de preços excessivos era necessariamente espécie de concretização do exercício abusivo de posição dominante. Havia o poder de impor, em razão da posição dominante, e justamente o seu exercício caracterizava o abuso. Já o aumento injustificado de preços também pode ser associado à posição dominante de mercado, mas não apenas.

É a ausência desta distinção que faz com que muitos juristas só admitam, até hoje, o caráter infracional do aumento de preços sem justa causa, se praticado por titular de posição dominante, de modo a caracterizar seu exercício abusivo. Ou seja, não reconhecem a autonomia do tipo infracional da elevação sem justa causa de preços não só na legislação concorrencial, mas no próprio Código de Defesa do Consumidor. O exame do artigo 39, X, do CDC, contudo, permite uma distinção. Não se pode identificar como sinônimos as hipóteses de aumento excessivo e aquele sem justa causa. Há mercados regulados em que o aumento de preços se dá apenas nos limites em que as normas regulatórias permitem, mediante tabelamento ou fixação de preços máximos. Por outro lado, a evolução natural dos preços, em decorrência da conjuntura econômica, não será considerada elevação sem justa causa. A hipótese mais comum será a situação em que se verifique a elevação dos custos que compõem o preço. É natural que diante deste fato não se possa exigir do fornecedor que mantenha estável ou reduza seu lucro, o que só pode ser adotado, em limites racionais, de modo voluntário, como estratégia para atração de clientela.

E, entendendo pela diferença entre os conceitos de aumento arbitrário de lucros do direito da concorrência e elevação do preço sem justa causa do direito do consumidor, MIRAGEM afirma que há uma série de variáveis que devem ser consideradas pelo fornecedor ao fixar seu preço, muitas delas estranhas ao próprio direito de concorrência, razão pela qual a noção de justa causa ganha um contorno

essencial ao debate.<sup>352</sup> E conclui o autor afirmando que os conceitos mencionados não devem ser confundidos pois sua leitura se dá em espaços hermenêuticos distintos, não podendo qualquer aumento de preços, ainda que para maximizar os lucros, ser considerado abusivo *per se*.<sup>353</sup>

Deste modo, o aumento de preços sem justa causa revela uma anormalidade. A noção de justa causa, neste caso, é decisiva. Pode a causa da elevação de preços ser o aumento da demanda? Em termos normais, é certo que sim. A pergunta, contudo, é se há um limite para essa elevação de preço em vista das razões que dão causa ao aumento da demanda. Retornando ao exemplo do vendedor de material de construção que se aproveita da ocorrência de um temporal de granizo para aumentar em 1.000% o preço das telhas, em vista da demanda dos que tiveram seu telhado avariado. O juízo ético-social tenderá a condenar espécie de “aproveitamento indevido” da situação. Um juízo estritamente econômico, considerará a oportunidade de maximização dos lucros com a atividade.

Será dito em oposição: mas o mercado se autorregula. Se um fornecedor aumentar os preços de modo excessivo, perderá consumidores. Em um mercado de concorrência perfeita é possível. A hipótese do artigo 39, X, do CDC não parece se aplicar a estas situações, mas àquelas em que o fornecedor eleva preços de modo excessivo, mantendo clientela, sobretudo em vista de sua catividade ou extrema necessidade. No caso da prestação de serviços, hipoteticamente considere-se contratos de longa duração, nos quais o consumidor enfrente certos obstáculos para migrar de um concorrente a outro, tais como prazo de carência para fruição dos serviços, cláusulas de fidelização, ou simplesmente entraves burocráticos comuns, como ligações intermináveis, ou série de providências sucessivas que devem ser adotadas para encerrar a contratação. É esta dependência ou catividade que fará com que parcela de consumidores, mesmo percebendo o aumento excessivo, mantenha-se vinculado ao contrato original.

Nos limites deste espaço confira-se o seguinte: o conceito de elevação sem justa causa de preços, prática abusiva prevista no artigo 39, X, do CDC, não se confunde com a de aumento arbitrário de lucros previsto na legislação concorrencial, nem pressupõe a existência de abuso de posição dominante como sustenta certa linha de interpretação no direito concorrencial. A elevação sem justa causa de preços é espécie de abuso no exercício da liberdade negocial do fornecedor, segundo a dogmática própria das práticas abusivas na legislação de defesa do consumidor. Isso não faz com que qualquer aumento de preços — mesmo se for para maximização dos lucros — seja *per se* abusivo. Afinal, se está em uma economia de mercado. Porém, há limites que deverão ser considerados, associados à boa-fé e à própria vulnerabilidade do consumidor em dada situação específica.

MIRAGEM, em nova oportunidade, deu continuidade à sua argumentação, novamente defendendo a autonomia da prática abusiva de elevação de preços sem

---

<sup>352</sup> MIRAGEM, Bruno. Direito protege consumidor e livre concorrência de aumentos abusivos. **Revista Consultor Jurídico**. Publicado em 06.01.2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-06/garantias-consumo-direito-protege-consumidor-livre-concorrencia-aumentos-abusivos>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

<sup>353</sup> MIRAGEM, Bruno. Direito protege consumidor e livre concorrência de aumentos abusivos. **Revista Consultor Jurídico**. Publicado em 06.01.2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-06/garantias-consumo-direito-protege-consumidor-livre-concorrencia-aumentos-abusivos>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

justa causa, devendo ser lida estritamente sob a ótica dos interesses dos consumidores, o que afastaria qualquer necessidade de verificação de posição dominante ou aumento de lucros do fornecedor.<sup>354</sup>

E, sequencialmente, afirma o Autor que 2 (dois) critérios permitiriam identificar as situações de elevação de preços além dos limites da autonomia privada, tornando-se, portanto, abusiva pela ausência de justa causa: as ideias de justa causa e justo preço. MIRAGEM afirma que tais conceitos se relacionam, em matéria de elevação de preços, associando-se à formação do princípio da equivalência material, ou seja, com a ideia de que é necessário guardar uma relação de equivalência entre o valor do produto e o valor do que se pode adquirir com o dinheiro pelo qual foi vendido, chegando-se em uma estimativa comum entre as partes.<sup>355</sup>

Nos tempos modernos, a ideia de violação ao princípio da equivalência material se fundamenta nos cenários de desvantagem exagerada ou desequilíbrio significativo, cujo prisma de análise pode ser moral (abuso de posição por parte daquele que tem o poder de impor o preço, ensejando um comportamento desleal e contrário à boa-fé) ou econômico (identificação do desequilíbrio com foco nos custos e riscos da operação).<sup>356</sup>

Sob tal ótica, MIRAGEM afirma que, no direito do consumidor, faltaria justa causa a caracterizar a prática abusiva na hipótese de elevação de preços em patamar superior ao do aumento dos custos da atividade (como exemplo, cite-se o aumento de preço superior à inflação).<sup>357</sup> Entretanto, tratando-se de um cenário econômico

---

<sup>354</sup> MIRAGEM, Bruno. Direito protege consumidor e livre concorrência de aumentos abusivos (parte 2). **Revista Consultor Jurídico**. Publicado em 20.01.2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-20/garantias-consumo-direito-protege-consumidor-aumentos-abusivos-parte>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

<sup>355</sup> MIRAGEM, Bruno. Direito protege consumidor e livre concorrência de aumentos abusivos (parte 2). **Revista Consultor Jurídico**. Publicado em 20.01.2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-20/garantias-consumo-direito-protege-consumidor-aumentos-abusivos-parte>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

<sup>356</sup> MIRAGEM, Bruno. Direito protege consumidor e livre concorrência de aumentos abusivos (parte 2). **Revista Consultor Jurídico**. Publicado em 20.01.2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-20/garantias-consumo-direito-protege-consumidor-aumentos-abusivos-parte>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

<sup>357</sup> MIRAGEM, Bruno. Direito protege consumidor e livre concorrência de aumentos abusivos (parte 2). **Revista Consultor Jurídico**. Publicado em 20.01.2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-20/garantias-consumo-direito-protege-consumidor-aumentos-abusivos-parte>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

calçado na livre iniciativa, resta vedado, inicialmente, retirar do fornecedor a possibilidade de reajustar seus preços, inclusive, se for o caso, para aumentar seu lucro, apenas podendo cogitar-se de abuso na hipótese se tal operação ocorrer de forma dissimulada ou em claro aproveitamento da posição dominante de fornecedor.

358

Nesse sentido, em uma tentativa de sistematizar os critérios para interpretação da hipótese de elevação de preços sem justa causa, MIRAGEM sustenta ser fundamental atentar à anormalidade da conduta do fornecedor que enseja a quebra do princípio da equivalência material:<sup>359</sup>

Essa anormalidade revela-se: a) pelo excesso quantitativo do aumento, o que se apura por sua extensão e dissociação do aumento de custos para a produção do produto ou execução dos serviços; b) pelo excesso qualitativo, revelando prática desleal de dissimulação do aumento de preços sob falsas justificativas, ou ainda se aproveitando de uma dependência ou catividade do consumidor em relação a um determinado produto ou serviço. Dissimula aquele que se utiliza da repercussão do aumento de certos custos e tributos em percentual significativamente maior do que efetivamente impactam na formação do preço final. Aproveita-se de uma situação de dependência ou catividade do consumidor que, tendo ciência ou mesmo dando causa a obstáculos para que obtenha a resolução do contrato de duração, ou para que possa conseguir outro produto ou serviço que atenda seus interesses, disso se serve para aumentar seus preços. Em ambos os casos, há um ato que modifica o sistema de preços até então praticados, majorando-os. Não se deve examinar, contudo, a motivação desses atos, senão a objetividade da conduta do fornecedor.

(...)

Não se perde de vista que outra função do preço também é tornar atrativa a atividade para quem a desempenha, visando o lucro legítimo. O controle apriorístico de preços apenas se admite em vista de interesses sociais bem delimitados e no interesse do equilíbrio e do acesso dos interessados a determinados produtos ou serviços — com os riscos conhecidos de causar disfunções no mercado em face de equívocos de regulação. Já no caso do controle a posteriori, como ocorre pela incidência artigo 39, X, do CDC, há de se estabelecer as necessárias precauções para que o intérprete, ao concretizar o preceito, não exceda em sua discricionariedade. Não se trata, naturalmente, de achar-se demasiado ou não o aumento, senão se ele se apoia ou não em motivações sustentadas na racionalidade econômica de modo a serem reconhecidas pelo Direito.

As situações nas quais há prática de elevação sem justa causa de preços se dão pela alteração de certo curso normal da atividade do fornecedor.

<sup>358</sup> MIRAGEM, Bruno. Direito protege consumidor e livre concorrência de aumentos abusivos (parte 2). **Revista Consultor Jurídico**. Publicado em 20.01.2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-20/garantias-consumo-direito-protege-consumidor-aumentos-abusivos-parte>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

<sup>359</sup> MIRAGEM, Bruno. Direito protege consumidor e livre concorrência de aumentos abusivos (parte 2). **Revista Consultor Jurídico**. Publicado em 20.01.2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-20/garantias-consumo-direito-protege-consumidor-aumentos-abusivos-parte>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

Entretanto, não encerram todas as situações em que há proteção da equivalência material. Além das hipóteses do controle de cláusulas abusivas que imponham vantagem exagerada ao consumidor (artigo 51, IV c/c parágrafo 1º, do CDC), no próprio rol de práticas abusivas há outras que se orientam no mesmo sentido. É o caso do inciso V, do artigo 39, que proíbe a conduta de “exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva”. Embora observe certas distinções quanto à hipótese do aumento sem justa causa de preços (inciso X), em ambas as práticas está presente a ideia do excesso, de modo que possuem elementos comuns de interpretação e aplicação. E, sobretudo, compartilham esse critério para delimitar o que se considere vantagem excessiva, também em razão da ausência de justa causa.

Assim, mostra-se importante atentar para o fato de que, apesar de as figuras do “aumento injustificado do preço”, “preço excessivo” (estes agora sob a roupagem do “aumento arbitrário de lucros”), “desvantagem exagerada” e “elevação de preços sem justa causa” guardarem roupagens semelhantes, sua configuração em cada caso concreto dependerá do prisma a que submetido, basicamente, do sistema em que analisado (se de defesa da concorrência ou do consumidor) e o meio em que evidenciado (se em uma relação de consumo ou de concorrência). E, após a escolha do adequado método para avaliação, mostra-se possível afirmar que se afigura impossível afirmar, *per se*, pela ocorrência de qualquer prática abusiva ou infração à ordem econômica.

Entretanto, também cumpre destacar que a prática do cartel, na medida em que transfere o excedente do consumidor para o fornecedor, restringe-lhe o direito de escolha e interrompe os investimentos e inovações do mercado, acaba por lhe onerar financeiramente, o que comumente ocorre através da alteração artificial de preço.

Nesse sentido, partindo-se da conduta cartelista, mostra-se possível afirmar que, enquanto o aumento arbitrário de lucros é efeito e consequência do conluio atentatório à concorrência, pode também a elevação sem justa causa de preços também ser consequência do cartel, incidindo, todavia, com caráter abusivo apenas entre o fornecedor e o consumidor enquanto integrantes de uma relação de consumo.

Em ambas as hipóteses, caso se verifique a conexão do cartel com o efeito de aumento arbitrário de lucro e com a prática abusiva de elevação sem justa causa de preço, pode-se afirmar que haverá uma redução do bem-estar do consumidor, denotando a gravosidade da prática do cartel enquanto conduta atentatória à

concorrência passível de gerar efeitos nas relações de consumo individualmente consideradas.

Por tais motivos, mostra-se fundamental o incentivo e desenvolvimento de meios alternativos de combate e investigação das condutas cartelistas, com vistas a recompor com urgência o bem-estar do consumidor. Para tanto, passa-se ao último ponto da dissertação em tela, que estudará o TCC – Termo de Ajustamento de Conduta e o Programa de Leniência com foco nos efeitos que tais instrumentos podem surtir sobre o reestabelecimento do bem-estar dos consumidores.

### **3.2. O Termo de Compromisso de Cessação de Conduta e o Programa de Leniência no combate aos cartéis: efeitos sobre o bem-estar dos consumidores**

Da leitura das páginas anteriores, é possível constatar que a pesquisa em tela realizou a análise do histórico jurídico-institucional do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC.

Imediatamente após, foi constatado o objetivo comum de ambos os sistemas (bem-estar do consumidor) e as condutas passíveis de qualificação como infrações à ordem econômica e como práticas abusivas à relação de consumo.

Inaugurando o segundo capítulo, estudou-se a prática cartelista, tida como a mais grave lesão à concorrência e aos consumidores, oportunidade em que se delineou tal conduta, as circunstâncias que permitem sua ocorrência e a sua atuação enquanto desencadeadora e abusos contra o pólo frágil da relação de consumo, especialmente no que tange às alterações artificiais de preços.

Passa-se, neste momento, à consideração acerca das ferramentas consensuais de cessação dos efeitos dos cartéis, previstas tanto nas normas de defesa da concorrência como de defesa do consumidor.

É importante destacar que as medidas incidentais (cautelar, aplicável ao controle de atos de concentração; e preventiva, prevista no art. 84 da Lei n. 12.529/11, aplicável à apuração de infrações à ordem econômica) não serão analisadas no

presente instrumento, eis que adotadas de forma unilateral e impositiva pelas autoridades competentes. Da mesma forma, não serão analisados os institutos do Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação – APRO (este, inclusive, extinto pela novel Lei n. 12.529/11, eis que a notificação de atos de concentração passou a ser prévia) e o Acordo em Controle de Concentrações (arts. 92 da Lei n. 12.529/11, vetado), tendo em vista que estes se aplicariam ao controle de atos de concentração (estruturas). De fato, o foco a ser buscado no presente estudo se limita à apuração de infrações à ordem econômica (condutas) e à efetivação de práticas abusivas na relação de consumo.

Nesse sentido, verifica-se especial destaque de 2 (duas) medidas: o compromisso de cessação de condutas e o o programa/acordo de leniência, previstos na Lei n. 12.529/11<sup>360</sup> (arts. 85 e 86, respectivamente).

No que tange ao Termo de Compromisso de Cessação de Conduta – TCC, trata-se de acordo firmado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e os agentes econômicos infratores, sendo de fundamental importância ao estudo do cartel a sua adequada apreciação.

A inserção do instituto do Termo de Compromisso de Cessação de Conduta – TCC no ordenamento jurídico brasileiro se deu pelo Decreto n. 92.323/86<sup>361</sup>, que regulamentou a Lei n. 4.137/62<sup>362</sup> que, em seu art. 15, assim referia:

Art. 15. Se, durante qualquer fase da sindicância ou dos procedimentos, a parte a eles submetida assumir o compromisso de cessar a prática sob investigação, o Cade suspenderá a sindicância ou o processo, sem que tal compromisso implique na confissão de ocorrência de abuso do poder econômico, inexistindo conseqüentemente penalidade a ser aplicada

Apesar de representar uma evolução no sistema legal brasileiro, especialmente no que tange às soluções administrativas de processos

---

<sup>360</sup> BRASIL. Lei n. 12.529/11, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**: 2 de dezembro de 2011.

<sup>361</sup> BRASIL. Decreto n. 92.323/86, de 23 de janeiro de 1986. **Diário Oficial da União**: 23 de janeiro de 1986.

<sup>362</sup> BRASIL. Lei n. 4.137/62, de 10 de setembro de 1962. **Diário Oficial**: 12 de novembro de 1962.

administrativos, não foi eficaz, não restando firmado qualquer acordo durante a sua vigência.<sup>363</sup>

Posteriormente, foi editado o Decreto n. 36/91<sup>364</sup>, que regulamentou a Lei n. 8.158/91<sup>365</sup>, que previa, em seu art. 5º, que “se o agente, reconhecendo a procedência da representação ou do procedimento de ofício, comprometer-se a fazer cessar a prática da infração, a SNDE suspenderá o processo pelo prazo que julgar conveniente, findo o qual determinará o prosseguimento ou o arquivamento, conforme a conduta do agente.” Quanto à referida legislação, MALARD sustenta que, assim como o dispositivo anterior, não trouxe detalhamento algum sobre o procedimento a ser adotado para a materialização do acordo, nem sequer trouxe informação suficiente que incentivasse o administrado a celebrá-lo, razão pela qual não oferecia ao representado ou à autoridade antitruste a segurança necessária, sendo esta a razão para a ausência de acordos no período.<sup>366</sup> Tornando o quadro ainda mais complexo, em vez de trazer criações positivas para o instituto, o Dec. 36/1991<sup>367</sup> inovou apenas quanto ao reconhecimento de culpa e passou a exigir que o administrado interessado em celebrar o Termo de Compromisso de Cessação de Condutas - TCC reconhecesse a procedência da representação.<sup>368</sup>

---

<sup>363</sup> SAITO afirma que “por ser o início do instituto em nosso ordenamento, a estrutura legal do TCC era bastante precária, sem previsão das obrigações que deveriam ser estabelecidas no compromisso. Havia determinação explícita de ausência de reconhecimento de culpa por parte do investigado, como forma de incentivo à celebração do acordo. A legislação não previa o procedimento a ser seguido pelo administrado que se interessasse em firmar o compromisso e a única informação acerca dos trâmites do acordo no âmbito administrativo determinava a suspensão da sindicância do processo que estivesse em andamento. A elaboração do TCC de 1986 foi baseada no *Consent Decree*, instituto norte-americano que, dentre outras características, não prevê a necessidade de reconhecimento de culpa pelo agente, mas apenas a cessação da prática ilícita pelo administrado. Tal característica foi importada para o instituto brasileiro, e, assim, a única atitude que se exigia do administrado que celebrasse o TCC nessa época era a cessação da conduta, para evitar a continuidade da investigação ou processo administrativo que estivesse correndo em relação a ele”. SAITO, Carolina. O Termo de Compromisso de Cessação de Prática e o Reconhecimento de Culpa. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 20, Jul. – Dez. / 2011. p. 13-49.

<sup>364</sup> BRASIL. Decreto n. 36/91, de 14 de fevereiro de 1991. **Diário Oficial da União**: 15 de fevereiro de 1991.

<sup>365</sup> BRASIL. Lei n. 8.158/91, de 8 de janeiro de 1991. **Diário Oficial da União**: 9 de janeiro de 1991.

<sup>366</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo 08000.012720/1994-74**. Partes: Associtrus - Associação Brasileira de Citricultores e Aciesp - Associação de Citricultores do Estado de São Paulo. Relatora: Conselheira Neide Teresinha Malard. Julgado em 17 de outubro de 1995.

<sup>367</sup> BRASIL. Decreto n. 36/91, de 14 de fevereiro de 1991. **Diário Oficial da União**: 15 de fevereiro de 1991.

<sup>368</sup> SAITO, Carolina. O Termo de Compromisso de Cessação de Prática e o Reconhecimento de Culpa. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 20, Jul - Dez / 2011. p. 13-49.

A Lei n. 8.884/94, já sob a égide da Constituição Federal de 1988, elencando expressamente os princípios da livre iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor como condutores da ordem econômica brasileira, trouxe efetividade ao instituto, prevendo-o no art. 53 do referido diploma, que assim referia:

#### CAPÍTULO V

##### Do Compromisso de Cessação

Art. 53. Em qualquer fase do processo administrativo poderá ser celebrado, pelo CADE ou pela SDE *ad referendum* do CADE, compromisso de cessação de prática sob investigação, que não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada.

§ 1º O termo de compromisso conterá, necessariamente, as seguintes cláusulas:

- a) obrigações do representado, no sentido de fazer cessar a prática investigada no prazo estabelecido;
- b) valor da multa diária a ser imposta no caso de descumprimento, nos termos do art. 25;
- c) obrigação de apresentar relatórios periódicos sobre a sua atuação no mercado, mantendo as autoridades informadas sobre eventuais mudanças em sua estrutura societária, controle, atividades e localização.

§ 2º O processo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso de cessação e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo respectivo.

§ 3º As condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo CADE, se comprovada sua excessiva onerosidade para o representado e desde que não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade, e a nova situação não configure infração da ordem econômica.

§ 4º O compromisso de cessação constitui título executivo extrajudicial, ajuizando-se imediatamente sua execução em caso de descumprimento ou colocação de obstáculos à sua fiscalização, na forma prescrita no art. 60 e seguintes.

§ 5º O disposto neste artigo não se aplica às infrações à ordem econômica relacionadas ou decorrentes das condutas previstas nos incisos I, II, III e VIII do art. 21 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

É fundamental destacar que o texto original não previa qualquer exceção ou seleção de aplicabilidade do instituto à determinadas infrações contra a ordem econômica. Todavia, a Lei n. 10.149/00 inseriu no texto legal do art. 53 o §5º, que excluiu expressamente a possibilidade de adoção do Termo de Compromisso de Cessação de Conduta – TCC às condutas passíveis de denominação como “cartel”, mais precisamente os incisos I, II, III e VIII do art. 21 da mesma Lei n. 8.884/94 (I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços; II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; III - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento

de matérias-primas ou produtos intermediários; VIII - combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa).

Entretanto, a Lei n. 11.482/07 trouxe nova redação ao dispositivo, ampliando seu cabimento a todas as espécies de processos administrativos, bem como implementando disposições administrativo-procedimentais relevantes.<sup>369</sup> Em paralelo, no âmbito administrativo, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE editou a Resolução CADE n. 46, de 03 de setembro de 2007, que passou a regulamentar o instituto através da alteração de disposições do seu Regimento Interno.<sup>370</sup>

---

<sup>369</sup> Art. 53. Em qualquer das espécies de processo administrativo, 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, entender que atende aos interesses protegidos por lei. (Redação dada pela Lei nº 11.482, de 2007)

§ 1º Do termo de compromisso deverão constar os seguintes elementos: (Redação dada pela Lei nº 11.482, de 2007)

I - a especificação das obrigações do representado para fazer cessar a prática investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis; (Incluído pela Lei nº 11.482, de 2007)

II - a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas; (Incluído pela Lei nº 11.482, de 2007)

III - a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível. (Incluído pela Lei nº 11.482, de 2007)

§ 2º Tratando-se da investigação da prática de infração relacionada ou decorrente das condutas previstas nos incisos I, II, III ou VIII do caput do art. 21 desta Lei, entre as obrigações a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo figurará, necessariamente, a obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 23 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.482, de 2007)

§ 3º A celebração do termo de compromisso poderá ser proposta até o início da sessão de julgamento do processo administrativo relativo à prática investigada. (Redação dada pela Lei nº 11.482, de 2007)

§ 4º O termo de compromisso constitui título exclusivo extrajudicial. (Redação dada pela Lei nº 11.482, de 2007)

§ 5º O processo administrativo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso e será arquivado ao término do prazo fixado se atendidas todas as condições estabelecidas no termo. (Redação dada pela Lei nº 11.482, de 2007)

§ 6º A suspensão do processo administrativo a que se refere o § 5º deste artigo dar-se-á somente em relação ao representado que firmou o compromisso, seguindo o processo seu curso regular para os demais representados. (Incluído pela Lei nº 11.482, de 2007)

§ 7º Declarado o descumprimento do compromisso, o CADE aplicará as sanções nele previstas e determinará o prosseguimento do processo administrativo e as demais medidas administrativas e judiciais cabíveis para sua execução. (Incluído pela Lei nº 11.482, de 2007)

§ 8º As condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo CADE se comprovar sua excessiva onerosidade para o representado, desde que a alteração não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade. (Incluído pela Lei nº 11.482, de 2007)

§ 9º O CADE definirá, em resolução, normas complementares sobre cabimento, tempo e modo da celebração do termo de compromisso de cessação. (Incluído pela Lei nº 11.482, de 2007)

<sup>370</sup> Apenas a título de informação, destaca-se, igualmente, Resolução CADE n. 51, de 4 de fevereiro de 2009 (que criou a Comissão de Negociação e incluiu a necessidade de manifestação da SDE frente à aprovação de minuta de Termo de Compromisso de Cessação de Conduta - TCC) e a Resolução CADE n. 52, de 13 de maio de 2009 (que regulamentou a competência da Procuradoria do CADE - ProCADE para acompanhar o cumprimento dos compromissos).

Com o advento da Lei n. 12.529/11, o instrumento passou a receber novo tratamento, cumprindo transcrever o art. 85 em sua integralidade:

CAPÍTULO VI  
DO COMPROMISSO DE CESSAÇÃO

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.

§ 1º Do termo de compromisso deverão constar os seguintes elementos:

I - a especificação das obrigações do representado no sentido de não praticar a conduta investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis;

II - a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas;

III - a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível.

§ 2º Tratando-se da investigação da prática de infração relacionada ou decorrente das condutas previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 36 desta Lei, entre as obrigações a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo figurará, necessariamente, a obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 37 desta Lei.

§ 3º (VETADO).

§ 4º A proposta de termo de compromisso de cessação de prática somente poderá ser apresentada uma única vez.

§ 5º A proposta de termo de compromisso de cessação de prática poderá ter caráter confidencial.

§ 6º A apresentação de proposta de termo de compromisso de cessação de prática não suspende o andamento do processo administrativo.

§ 7º O termo de compromisso de cessação de prática terá caráter público, devendo o acordo ser publicado no sítio do Cade em 5 (cinco) dias após a sua celebração.

§ 8º O termo de compromisso de cessação de prática constitui título executivo extrajudicial.

§ 9º O processo administrativo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo.

§ 10. A suspensão do processo administrativo a que se refere o § 9º deste artigo dar-se-á somente em relação ao representado que firmou o compromisso, seguindo o processo seu curso regular para os demais representados.

§ 11. Declarado o descumprimento do compromisso, o Cade aplicará as sanções nele previstas e determinará o prosseguimento do processo administrativo e as demais medidas administrativas e judiciais cabíveis para sua execução.

§ 12. As condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo Cade se se comprovar sua excessiva onerosidade para o representado, desde que a alteração não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade.

§ 13. A proposta de celebração do compromisso de cessação de prática será indeferida quando a autoridade não chegar a um acordo com os representados quanto aos seus termos.

§ 14. O Cade definirá, em resolução, normas complementares sobre o termo de compromisso de cessação.

§ 15. Aplica-se o disposto no art. 50 desta Lei ao Compromisso de Cessação da Prática.

Administrativamente, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE editou a Resolução CADE n. 5, de 06 de março de 2013<sup>371</sup>, regulamentando o Termo de Compromisso de Cessação de Conduta – TCC nos arts. 179 a 196 do Regimento Interno daquele órgão.<sup>372</sup>

Conforme a analogia que pode ser realizada com o Código Civil Brasileiro<sup>373</sup>, o Termo de Compromisso de Cessação de Conduta - TCC tem natureza jurídica de transação, porquanto ele se dá no âmbito de um litígio concorrencial, iniciado com a procedimento preparatório ou inquérito administrativo. É interessante destacar que, em razão das alterações legislativas referidas anteriormente acerca do alcance do instituto, criaram-se dúvidas acerca de sua aplicabilidade durante o período, dúvidas estas que foram afastadas com a edição das normativas existentes a partir de 2007<sup>374</sup>. De qualquer forma, tal cenário justificou a baixa utilidade do instrumento no período.

<sup>371</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Resolução n. 5, de 06 de março de 2013. **Diário Oficial da União**: 11 de março de 2013.

<sup>372</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Regimento Interno**. Atualizado até 07 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?4cff0e1bea20f43ec876c99db099>>. Acesso em 10.10.2015.

<sup>373</sup> O artigo 840 do Código Civil Brasileiro dispõe que é lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas. O artigo 840 do CC tem conteúdo de direito material, sendo processual apenas o efeito de pôr termo ao processo, de acordo com o inciso III do artigo 269 do Código de Processo Civil. Ainda, de acordo com referida disposição legal, extingue-se o processo com julgamento de mérito, quando as partes transigirem. Ademais, importante destacar os arts. 1.025 a 1.036 do Código Processual Civil, que também esclarecem a natureza de transação do instituto analisado.

<sup>374</sup> Conforme lição de TURRA: “Essa inovação legislativa, como era de se esperar, alcançou vários processos em andamento na SDE e no próprio CADE, suscitando o pronunciamento daqueles órgãos acerca da aplicabilidade do novo diploma legal às situações pretéritas.

Examinando alguns pedidos concretos, a Procuradoria do CADE entendeu pela aplicação das novas restrições aos processos em curso, justificando a decisão pelos seguintes argumentos:

- a) que a restrição estabelecida pela lei 10.149/2000 seria imediatamente aplicável aos processos em curso, eis que não haveria direito adquirido ao julgamento pela lei existente à data do fato;
- b) que a inovação legal seria de natureza jurídica processual, e, portanto, teria aplicabilidade imediata aos processos em curso;

Também afirmou a procuradoria do CADE:

1) que o compromisso de cessação é uma faculdade do CADE, já que a lei usa a expressão ‘poderá ser celebrado’, cabendo ao administrador a avaliação da “conveniência e oportunidade” de se celebrar o compromisso;

2) que não faz sentido celebrar o compromisso de cessação quando a administração já dispõe de elementos de convicção para uma decisão condenatória.

Tanto a SDE quanto o CADE consideraram acertado o entendimento da Procuradoria era acertado, e não deferiram a celebração do Compromisso de Cessação em inúmeros casos, o que sugere um exame dos motivos invocados e a sua conformidade com o ordenamento jurídico vigente”, TURRA, Leonardo Canabrava. Do compromisso de cessação de prática no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: considerações sobre a sua natureza jurídica, compulsoriedade de celebração pela

Evidentemente, tratando-se de transação<sup>375</sup>, o Termo de Compromisso de Cessação de Conduta – TCC mostra-se ato jurídico bilateral pelo qual as partes, fazendo-se concessões recíprocas, extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas.<sup>376</sup> Por óbvio, são essenciais à transação a reciprocidade do ônus e das vantagens, bem como a existência de litígio, dúvida ou controvérsia entre as partes. Neste sentido, em determinadas situações, o acordo imediato é mais eficaz para a proteção do bem do que a continuidade da demanda.

Definida a natureza jurídica do instituto, cumpre agora analisar se o Termo de Compromisso de Cessação de Conduta – TCC constitui direito subjetivo do administrado ou prerrogativa da autoridade administrativa sujeita ao juízo de conveniência e oportunidade. De plano, destaca-se que tal dúvida foi sanada com a redação atribuída pela Lei n. 12.529/11 ao art. 85, que fixou que “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”.

Nesse sentido, destaca BADIN, ao arrolar uma série de decisões judiciais com mesmo entendimento:<sup>377</sup>

Inicialmente, cumpre esclarecer que tanto a celebração do Termo de Compromisso de Cessação de Conduta – TCC, previsto no art. 53, §5º, da Lei n. 8.884/94, como a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, previsto no art. 5º, §6º, da Lei n. 7.347/85, são faculdades da SDE e do CADE, não direitos das empresas investigadas, cabendo a estes o exame da conveniência e da oportunidade da celebração em cada caso concreto

---

Administração Pública e Questões de Direito Intertemporal. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 13, Jan. 2006. p. 183 – 198.

<sup>375</sup> Destaca-se a lição de FONSECA: “A criação legal do “compromisso de cessação” deixa no âmbito da incerteza a infringência contra a ordem econômica. Esse compromisso se insere no instituto jurídico da transação, previsto nos artigos 1.025 a 1.036 do Código Civil (2002\400). Com esse acordo se extingue ou paralisa a investigação, havendo reciprocidade de concessões: a autoridade não investiga mais e o representado paralisa a prática de atos que geraram suspeitas de infração. O objetivo primordial da existência e concretização do compromisso de cessação, do ponto de vista da Administração, é o de fazer cessar a prática de atos que ela entende estarem em conflito com a ordem econômica”. FONSECA, Leopoldo da. **Lei de Proteção da Concorrência—Comentários à Lei Antitruste**. São Paulo: Forense, 1998. p. 135-137.

<sup>376</sup> GRAU, Eros. **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 232.

<sup>377</sup> BADIN, Arthur. Transação judicial na Lei n. 8.884/94. **Revista Jurídica Consulex**, ano XI, n. 263, dez. 2007. São Paulo: Consulex, 2007. p. 32.

(Processo n. 2006.34.00.020380-5, Cristiane Pederzolli Rentzsc, Juíza Federal Substituta da 17ª Vara)

(...)

Não vislumbro a presença dos pressupostos autorizadores da medida. O art. 53 da lei n. 8.884/94 prevê que o compromisso de cessação poderá ser celebrado, não configurando direito líquido e certo dos requerentes. EM princípio, compete ao CADE decidir pela viabilidade e oportunidade do compromisso de cessação, tendo em vista que a lei permite ao próprio CADE ordem de cessação da prática, como medida preventiva (art. 52 da mencionada lei). (Juíza Federal Anamaria Reys Resende, nos autos do Processo n. 2002.34.00.016863-1)

(...)

O TCCP não [e direito dos requerentes, que não negam a prática dos atos reprováveis, mas faculdade do CADE, de acordo com o art. 53 da Lei n. 8.884/94. (AI n. 2002.01.00.041196-0, Relator Desembargador Tolentino Amaral)

Elucidativa também é a posição do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE quando do julgamento do processo administrativo n. 08012.007238/2006-32<sup>378</sup>, oportunidade em que foram representados a Associação de Autoescolas e Centro de Formação de Condutores de Campinas e Região e o Sr. Oswaldo Redaelli Filho. O julgado, de relatoria do Conselheiro César Mattos, assim referiu:<sup>379</sup>

<sup>378</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo n.º 08012.007238/2006-32**. Partes: Prefeitura Municipal de Campinas e Associação das Auto-Escolas e CFCS de Campinas e Região. Relator: Conselheiro César Costa Alves de Mattos. Julgado em 7 de outubro de 2009.

<sup>379</sup> No mesmo sentido, a decisão proferida nos autos do processo administrativo n. 08700005281/2007-96, em que foram requerentes Alcan Embalagens do Brasil Ltda. e Marco Antonio Ferraroli, conforme excerto do voto vogal que ilustrou a diferença entre os propósitos da leniência e do Termo de Compromisso de Cessação de Condutas – TCC: “A celebração do TCC é ato discricionário, a depender dos juízos de conveniência e oportunidade do julgador. A possibilidade de celebrar TCC em cartel não é nova, advindo do nascedouro da própria Lei n. 8.884/94. Da redação original do seu art. 53, não constava a exceção feita às infrações à ordem econômica relacionadas ou decorrentes das condutas previstas nos incisos I, II, III e VIII do art. 21 daquela norma. Foi, apenas, por ocasião da Lei n. 10.149/00, que introduziu o acordo de leniência no art. 35-B da lei concorrencial, que foi inserido o §5º no âmbito do aludido art. 53, excetuando as investigações de cartel dos benefícios do compromisso de cessação. Houve, portanto, nítida preocupação do legislador em dedicar à colusão um instituto próprio, a leniência, com a exclusão de qualquer outra forma de negociação. A Lei n. 11.482/07, seguindo a dinâmica da experiência jurídica de outros países, como se verá adiante, veio restabelecer a possibilidade de celebração de TCC tendo como objeto investigações de prática de cartel. A alteração trazida no bojo da Lei n. 11.82/07 resulta, certamente, em revisão do conceito trazido na redação ordinária da Lei n. 8.884/94 – e não de simples reprimenda. Isso porque o atual art. 53, §1º, I, da Lei n. 8.884/94 inova não só ao introduzir a possibilidade de estabelecer programas de compliance, como também ao impor como condition sine qua non à celebração do TCC, em matéria de cartel, o recolhimento de valor pecuniário que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 23 da lei. A afirmação de uma pluralidade de remédios (TCC, leniência ou o próprio desfecho processual), aplicado de acordo com a particularidade de cada acordo entre concorrentes, confere à Administração a prerrogativa de optar a partir de critério subjetivos traçados dentro da sua discricionariedade. A diferenciação entre os institutos, dessarte, ao aumentar o poder de individualização do julgador e criar alternativas, deve ser incentivada, e não suprimida por meio da transposição de regras da leniência ao TCC – o que feriria, ademais, a vontade do legislador, que estabeleceu, no mesmo diploma legal, dois institutos sujeitos a dispositivos legais distintos. Diferentemente do acordo de leniência, a celebração de TCC, nos termos do caput do art. 53 da Lei n. 8.884/94, pertence ao rol de atribuições

O CADE tem, ao longo dos TCCs negociados, buscado interpretar: (i) a amplitude, in abstracto, do art. 53 da Lei n. 8.884/94 e (ii) a conveniência e a oportunidade, in concreto, de celebrá-los. O primeiro objetivo visa identificar se a motivação do Conselho está ancorada nos princípios que norteiam a lei concorrencial e se, de algum modo, aquele acordo pode servir de escape para fraudá-la. O segundo administra a coesão entre os planos formal e material, elegendo critérios como confissão de culpa, cessação de prática, restituição ao statu quo ante, acesso a informações privilegiadas, arcabouço probatório, custos de transação e barganha intertemporal para projetar os efeitos líquidos daquele acordo sobre o mercado.

Por ocasião do PA n. 08012.003303/98-25 (TCC Souza Cruz), o ex-Conselheiro Mércio Felsky observou que o legislador de nenhuma forma limitou o momento da adoção do remédio, de tal sorte que, até que o Plenário do CADE decida sobre o processo, a conduta pode ser objeto de compromisso de cessação. Segundo Felsky, a lei, ao estabelecer que o compromisso pode ser celebrado pela autoridade, teria imposto a ela o dever de celebrá-lo toda vez em que se faça presente a oportunidade para a sua

---

exclusivas do CADE. Segundo esse mesmo dispositivo legal, no TCC não resta caracterizada a ilicitude da conduta que, nos termos do caput do art. 53 da Lei n. 8.884/94, encontra-se, ainda, sob investigação. O TCC não pressupõe, contrariamente à leniência, o fornecimento de provas acerca da prática que o próprio leinente delata como ilícita. Antes, tem natureza manifestamente diversa, visando, justamente, ao arquivamento da investigação de prática cuja ilicitude o compromissário não reconhece, a priori. Excepcionalmente, o art. 129/G do RICADE prevê o necessário reconhecimento de culpa por parte do compromissário nos casos em que houver sido celebrado, previamente, acordo de leniência pela SDE. Esse dispositivo visa adequar o instituto à regra presente no art. 35-B, §4º, II, da Lei n. 8.884/94 que, ao tatar da leniência e dos incentivos para a delação premiada, extingue a ação punitiva da Administração apenas em face do primeiro delator. O art. 129-G evita o esvaziamento do próprio acordo de leniência, ao impedir que se premie com menor vigor o primeiro delator. Nos demais casos, a exigência do reconhecimento de culpa, como regra, fere a essência do instituto, dado que o trade off envolverá, a favor do administrado, apenas a célere resolução do caso – que lhe incriminará, ressalte-se. O trade off chegaria a ser tão desarrazoado que o reconhecimento de culpa repercutiria na inquestionável condenação do representado nos juízos criminal e cível em ações movidas pela própria Administração ou por particulares. Isso é especialmente verdadeiro em função de a lei não ter previsto a extinção da ação punitiva da Administração como decorrência do TCC, o que fez para a leniência. Por subseqüente, sob esse entendimento, o TCC seria, na maioria dos casos, mais lesivo ao administrado que a própria condenação pelo CADE após o habitual trâmite processual, dado que a condenação nas esferas administrativa, cível e criminal dependeria, sempre, do efetivo contraditório em cada uma dessas instâncias – elemento de que se ressentia o administrado após contundente e voluntária admissão de culpa. O TCC geraria, ainda incentivo a que os particulares entrassem com ações em face do compromissário – algo a que o administrado e, habitualmente, desincentivado em função das incertezas que movem uma ação judicial – objeto, inclusive, de estudos específicos na área de Análise Econômica do Direito. O legislador, portanto, ao limitar a eficácia do compromisso ao âmbito administrativo do CADE e demais órgãos de defesa da concorrência, deixou-nos entre as opções de (i) entender o instituto como de aplicação muito restrita, porque, mesmo quando de interesse da autoridade, seria quase sempre contrário ao interesse do administrado que o deveria propor, (ii) ou perceber que não há, automaticamente, a necessidade de tomar declaração de culpa do administrado – comprometimento que, em momento algum, foi sequer sugerido pela Lei n. 8.884/94. Nesse sentido está o precedente TCC celebrado com a Lafarge Brasil S/A (Requerimento n. 08700.004221/2007-56). Em se tratando de institutos com propósitos diametralmente opostos sob o viés do administrado – (i) arquivar as poucas evidências juntadas em face do administrado (TCC) / (ii) prover a Administração de provas robustas (leniência) – e da própria Administração – (i) encerrar a análise processual em troca da assunção de programas de compliance e pagamento de multa pelo administrado / (ii) dar continuidade ao andamento processual, assegurando a condenação de vários e mais relevantes infratores (leniência) –, não vejo razão para aproximá-los. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo n.º 08700.005281/2007-96**. Partes: marco Antonio Ferraroli dos Santos e Alcan Emalagens do Brasil Ltda. Relator: Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 28 de julho de 2008.

adoção. A oportunidade, ao seu ver, estaria intrinsecamente ligada a duas questões: a primeira diria respeito à natureza da conduta – a conduta haveria que estar em curso, sob pena de não ter o que cessar e, conseqüentemente, não ter o que remediar com o instrumento. Naturalmente, é possível, ainda, que condutas que não estejam em curso tenham grande potencialidade de voltar a ocorrer, o que sugeriria, no meu entender, flexibilização deste requerimento.

A segunda estaria ligada ao consentimento da representada, que teria direito de não transigir com o órgão e optar pela continuidade do processo. Destarte, ao Conselheiro-Relator caberia, apenas, definir o alcance, as condições e a abrangência do compromisso, tendo em vista o reestabelecimento das condições originais de concorrência no mercado. Ou seja, o TCC tendia a ser interpretado, em seu nascedouro, como ato vinculado da Administração.

Recorda, ainda, que o TCC foi inspirado no consente decree norte-americano, empregado em 92% dos casos então levados aos órgãos concorrenciais daquele país, com a particular distinção de que aquele se reveste de natureza judicial, devendo ser celebrado no judiciário.<sup>380</sup> Nesse sentidim evoca o voto condutor no PA n. 08000.016384/94-11 (TCC Fertibrás), que ressalta ter sido a natureza político-econômica da lei da concorrência (e não a natureza penal) a permitir conciliar, pelo TCC, as vantagens almejadas pelo agente econômico e o bem-estar-social. A nova lei teria elegido privilegiar, a par da função repressora, uma atuação preventiva, visando adequar o comportamento dos agentes econômicos aos padrões concorrenciais do novo modelo que se pretendia para o país.

O TCC teria, então, por objetivo, a imediata restauração da concorrência, sem as delongas do processo administrativo, poupadas as démarches das ações judiciais. Discrepa das formas habituais de dar cabo ao processo administrativo – arquivamento ou condenação – em função de a realidade econômica exigir uma solução imediata, da qual se beneficia toda a coletividade. E, citando Isabel Vaz, conclui que se trata 'de uma missão de cunho positivo e eminentemente ativo, onde mais do que reprimir, o Estado se propõe a orientar, persuadir e convocar os agentes econômicos para contribuir com a efetivação da democracia econômica'.<sup>381</sup>

Esse último entendimento foi revigorado anos mais tarde, por ocasião do TCC Lafarge (PA n. 08012.011142/2006-79). Naquela oportunidade, o então Conselheiro Luis Fernando Schuartz aprimorou o concentio de interesse da Administração, calcado nos requisitos de conveniência e oportunidade, para dar-lhe um viés 'consequencialista'. Nesses termos, o TCC só deveria ser recusado pela autoridade caso a sua celebração, nos termos constantes da minuta final, fosse opção inferior à decisão de litigar administrativa e judicialmente até a decisão definitiva sobre o caso.

A variável fundamental nesta estrutura de decisão para efeito de desincentivar (deterrence) a conduta ex ante, segundo Schuartz, é o valor presente da sanção esperada (VPSE). A sanção esperada associada a uma conduta seria definida como sendo igual ao somatório das sanções em princípio mais prováveis para o tipo da conduta, multiplicadas pela probabilidade da sua aplicação à representada proponente do acordo, dado o conjunto probatório disponível com relação a ela.

O ex-Conselheiro Luiz Carlos Prado, por ocasião do seu voto-vogal no Requerimento n. 08700.005281/2007-96 (TCC Alcan), retomou a relação entre o TCC e o instituto consente decree, com o objetivo de afastar possível incongruência entre a aplicação do TCC e a leniência a casos de cartel ou indução à conduta concertada. Naquela oportunidade, fez observar que, do ponto de vista do administrado, o TCC representa um trade off entre a probabilidade de condenação e o interesse em afastar as despesas,

<sup>380</sup> MCDAVID, Janet L.; SANKBEIL, William A.; Schmidt, E. C.; BRETT, J. Barry. Antitrust Consent Decrees: ten years of experience under the Tunney Act. **Antitrust Law Journal**, 52, n. 4, outono, 1983. p. 883-916.

<sup>381</sup> VAZ, Isabel. **Direito Econômico da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 273.

inconvenientes e riscos presentes em um julgamento por siposto ilícito contra a ordem econômica. Por parte da Administração, representaria uma escolha entre a condenação incerta e a também contingente e demorada confirmação pelo Judiciário em oposição ao pronto estabelecimento de programas de educação e obediência pelo administrado e, em casos de cartel, ao recolhimento adicional de ônus pecuniário não trivial. O TCC também pouparia à administração os recursos públicos adicionais que seriam dispendidos no caso, caso ele se prolongue até o julgamento.

Segundo Prado, a possibilidade de celebrar TCC em carte; não é nova, advindo do nascedouro da própria Lei n. 8.884/94. Da redação original do seu art. 53 não constava a exceção feita às infrações de ordem econômica relacionadas ou decorrentes das condutas previstas nos incisos I, II, III e VIII do art. 21 daquela norma – o que veio a ser alterado pela Lei n. 10.149/00, que introduziu o acordo de leniência no art. 35-B da lei concorrencial. Nessa alteração foi inserido o §5º no âmbito do aludido art. 53, excetuando as investigações de cartel dos benefícios do compromisso de cessação. A Lei n. 11.482/07, seguindo a dinâmica da experiência jurídica de outros países, veio restabelecer a possibilidade de celebração de TCC tendo como objeto investigações de práticas de cartel.

O atual art. 53 da Lei n. 8.884/94, portanto, ao permitir uma saída negociada em caso de cartel, introduziu, conseqüentemente, a possibilidade de estabelecer programas de compliance e educativos para a concorrência como contrapartida do infrator. Ademais, impõe, como *conditio sine qua non* à celebração do TCC, em matéria de cartel, o recolhimento de valor pecuniário que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 23 da lei. O ex-Conselheiro observou, porém, que a sua celebração era ato discricionário, contrariamente ao pugnado por Felsky no TCC Souza Cruz, como já vinha reconhecendo o Judiciário.

Quanto aos demais requisitos legais para a assinatura do Termo de Compromisso de Cessação de Conduta – TCC, o art. 85 da Lei n. 12.529/11<sup>382</sup> estabelece que o acordo deverá expressamente destacar os seguintes elementos: a) a especificação das obrigações do representado no sentido de não praticar a conduta investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis; b) a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas; c) a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível. Quanto a este último, o §2º do mesmo artigo refere que na hipótese de termo de compromisso vinculado de infração relacionada ou decorrente das condutas dos incisos I e II do §3º do art. 36 da mesma lei, será obrigatório o recolhimento ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos valor pecuniário não inferior ao mínimo previsto no art. 37 da Lei n. 12.529/11.<sup>383</sup>

---

<sup>382</sup> BRASIL. Lei n. 12.529/11, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**: 2 de dezembro de 2011.

<sup>383</sup> BRASIL. Lei n. 12.529/11, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**: 2 de dezembro de 2011.

Trata-se de hipótese de extrema relevância ao estudo, eis que os incisos I e II do §3º do art. 36 da lei de concorrência traz claramente hipóteses de condutas cartelistas (I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes).

Nesse sentido, quanto ao Termo de Compromisso de Cessação de Conduta – TCC, o registro de uma obrigação acessória, de caráter pecuniário, para a prática de cartéis que envolviam manipulação de preços, por exemplo, representa não apenas a gravidade que o legislador verifica especialmente nas práticas cartelistas, mas também a necessidade de reversão de um benefício à coletividade<sup>384</sup>, integrada, obviamente, pelos consumidores, titulares de direitos difusos.<sup>385</sup>

---

<sup>384</sup> É importante citar a posição de BARRIONUEVO: “Note-se que, se a possibilidade de transação gerar uma sanção menor do que a probabilidade de punição ao final do processo, querendo ou não, tal regra reduzirá o incentivo dos agentes a comportar-se de forma não infrativa. De modo que uma regra ótima, em termos de eficiência econômica (mas, provavelmente, também em termos de equidade), deveria ser aquela que igualasse os custos gerados para o agente que – supõe-se – praticou determinada infração, por exemplo, participar de um cartel, quer decida fazer a transação com as autoridades, quer prefira correr o risco de levar o processo até o seu final. Note-se que há um ganho claro para as partes envolvidas, seja a autoridade pública ou as empresas acusadas, por encerrar-se o processo. Este ganho é o de evitar os custos envolvidos na continuidade do processo administrativo e no seu eventual prosseguimento no Poder Judiciário. Custos estes financeiros e reputacionais. Todavia, a condenação da empresa não é certa. Existe uma probabilidade (subjéctiva) que pode ser atribuída a tal evento. Desse modo, o custo final deve ser estimado, considerando-se a magnitude da multa prospectiva (ignoramos aqui eventual sanção penal, como as provenientes de cartel) e a probabilidade de concretizar-se em função da condenação. A primeira questão na definição do valor da multa das infrações antitrustes diz respeito ao princípio a ser utilizado na repressão da prática, se o da detenção ou o da internalização. A internalização preocupa-se apenas com o fato de que o infrator não deve beneficiar-se do seu ato e, portanto, a multa deve retirar do mesmo o valor que ganhou com a infração (p.e., os lucros adicionais gerados por um cartel). De outro lado, o princípio da detenção busca, além de suprimir, evitar a repetição da infração praticada”. BARRIONUEVO, Arthur. Transação em matéria concorrencial. *Revista Jurídica Consulex*, ano XI, n. 263, dez. 2007. p. 36-37.

<sup>385</sup> Destaca-se, novamente BADIN: “Não obstante as inovações legislativas citadas, a efetividade da tutela dos direitos difusos e coletivos, em razão da demora de démarches inerentes ao processo judicial, ainda está longe de ser uma realidade no Brasil. Mais de vinte anos passados desde a edição da Lei n. 7.347/85, são raríssimos os casos em que sentenças proferidas em ações judiciais coletivas transitaram em julgado, revertendo-se à sociedade os benefícios da tutela reparadora dos danos causados aos direitos e interesses difusos lesados”. BADIN, Arthur. Transação judicial na Lei n. 8.884/94. *Revista Jurídica Consulex*, ano XI, n. 263, dez. 2007. São Paulo: Consulex, 2007. p. 29.

Quanto à publicidade conferida ao compromisso de cessação de conduta, destaca-se que a sua proposta poderá ter caráter confidencial, todavia a regra é de que tanto a proposta como o próprio Termo de Compromisso de Cessação de Conduta – TCC sejam públicos, nos termos dos §§ 5º e 7º do art. 85 da Lei n. 12.529/11.<sup>386</sup>

Processualmente, o pedido de Termo de Compromisso de Cessação de Conduta – TCC poderá ser apresentado a partir da instauração do expediente administrativo até o efetivo momento do julgamento, ou seja, da aplicação da punição. Trata-se de alteração em relação à legislação anterior, que era expressa em autorizar a assinatura do acordo em comento até o início da sessão de julgamento do processo. A Lei n. 12.529/11, em seu art. 85, §3º, trazia a possibilidade de assinatura do acordo de cessação até o encerramento da instrução, ou seja, até a conclusão da prova administrativa. Todavia, houve veto presidencial ao referido dispositivo, deixando o termo final do prazo em tela indefinido, ao que TAUFICK apresenta duras críticas, pois entende que a ausência de um limite temporal para a propositura do acordo implicaria em elevar os custos de transação para o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, assim como permitiria que o voto do Conselheiro–Relator fosse utilizado para chamar os particulares para a negociação, estratégia que poderia obrigar o administrado a recorrer a um acordo administrativo ou ao Poder Judiciário para que recebesse tratamento isento ante uma eventual sinalização de desproporcionalidade na decisão administrativo.<sup>387</sup>

Pensando nos custos de transação para a autoridade antitruste, o §4º do art. 85 da Lei n. 12.529/11 é claro ao oportunizar ao interessado apenas uma oportunidade de apresentação de proposta de Termo de Compromisso de Cessação de Conduta – TCC, o que cria enormes incentivos para que a proposta encaminhada seja a melhor possível, evitando, ademais, que o andamento do processo seja congestionado com sucessivas propostas reduzidas, com caráter protelatório.<sup>388</sup>

---

<sup>386</sup> BRASIL. Lei n. 12.529/11, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**: 2 de dezembro de 2011.

<sup>387</sup> TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste. A Lei 12.529/2011 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 379.

<sup>388</sup> TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste. A Lei 12.529/2011 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 380.

De qualquer forma, cumpre salientar que o §6º do mesmo dispositivo veda a suspensão do processo administrativo (aqui entendido de forma ampla, ou seja, tanto o processo administrativo propriamente dito como os expedientes preparatórios e de inquérito) em razão da apresentação de termo de compromisso de cessação. De fato, apenas o Termo de Compromisso de Cessação de Conduta – TCC formalmente firmado acarreta a suspensão do feito administrativo durante o seu cumprimento e apenas em relação ao firmatário do compromisso, ensejando o arquivamento daquele na hipótese de integral cumprimento das obrigações acordadas, conforme expressamente anotado nos §§ 9º e 10º da mesma lei.

Destaca-se, igualmente, que o Termo de Compromisso de Cessação de Conduta – TCC poderá ter suas condições alteradas na hipótese de excessiva onerosidade ao administrado, desde que a modificação não acarrete prejuízos para terceiros ou para a coletividade, aqui englobados os consumidores.<sup>389</sup>

Finalmente, descumprido o Termo de Compromisso de Cessação de Conduta – TCC, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE retomará o prosseguimento do feito administrativo, adotando quaisquer ferramentas para a execução das sanções previstas no instrumento que, inclusive, possui natureza de título executivo extrajudicial, permitindo sua judicialização para cobrança, por exemplo, nos termos dos §§ 8º e 11º do art. 85 da Lei n. 12.529/11.<sup>390</sup>

Um ponto relevante sobre o Termo de Compromisso de Cessação de Conduta – TCC decorre justamente dos efeitos de sua celebração sobre as demais instâncias (civil e criminal). Nesta altura, mostra-se preciosa a lição de DIAS ao afirmar que os efeitos do instrumento somente reverberam na jurisdição administrativa, o que retira, inclusive, a própria atratividade, em certa medida, de sua assinatura:<sup>391</sup>

---

<sup>389</sup> Art. 85, §9º da Lei n. 12.529/11. BRASIL. Lei n. 12.529/11, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**: 2 de dezembro de 2011.

<sup>390</sup> BRASIL. Lei n. 12.529/11, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**: 2 de dezembro de 2011.

<sup>391</sup> DIAS, Gabriel Nogueira. Transação em matéria concorrencial. **Revista Jurídica Consulex**, ano XI, n. 263, dez. 2007. p. 34.

Inexiste previsão na Lei e no Projeto, de extinção da punibilidade penal ao administrado que, quando de processo sobre conduta concertada (cartel), firma e cumpre integralmente o TC.

Trata-se de fato que implica grau de insegurança jurídica àqueles que, não obstante severas acusações no processo administrativo, pretendem de boa-fé dar encaminhamento a este de maneira célere e sem maiores desgastes, submetendo-se às exigências da administração em eventual TC.

Como firmar um acordo com o CADE, cumpri-lo e, ao final, ter de enfrentar processo criminal que, nos termos da lei, também poderia ser resolvido por meio de transação? Como explicar que, no caso de adesão a programa de leniência pelo administrado, o legislador tenha previsto expressamente a extinção da punibilidade penal, sem considerar tal benefício àquele que se dispõe a firmar e cumprir TC, que passa pelo pagamento de vultuosas quantias financeiras em caso de cartel?

Um segundo elemento de insegurança jurídica se atrela ao fato de que eventual acordo com o CADE em TC não inibe a possibilidade de propositura de ACP/ Mesmo que o administrado acusado de prática lesiva à concorrência (v.g. cartel) se disponha a uma série de obrigações de fazer e não fazer, além do pagamento de substancial contribuição pecuniária ao Fundo dos Direitos Difusos, este compromissário não estará livre de ter de se defender em ACP. Trata-se de situação indesejável, já que, nos termos do art. 3º da Lei da ACP, é impossível a cumulatividade da condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer/não fazer, sendo que, se firmado TC com o CADE, restam previstos tanto o pagamento quanto às obrigações comportamentais.

Assim, diferentemente do programa/acordo de leniência, como se verificará na sequência, “nos casos de TCC em que não há acordo de leniência, os signatários do acordo ficarão expostos ao processo penal, tendo em vista que, conforme explicado acima, o TCC não confere a seus participantes nenhuma consequência penal que abrande a pena ou o processo, ou que extinga a punibilidade, como fez a lei no caso de leniência”.<sup>392</sup>

A Resolução CADE n. 5, de 06 de março de 2013, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE<sup>393</sup>, normatizou o Termo de Compromisso de Cessação de Conduta nos arts. 179 a 196 do Regimento Interno do órgão<sup>394</sup>, sendo prudente uma rápida análise dos seus termos.

Em suma, o pedido será endereçado pelo administrado ao Conselheiro-Relator, na hipótese de processo administrativo já instaurado, ou ao Superintendente-

<sup>392</sup> MENDRONI, Marcelo Batlouni. Alterações penais da nova lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. **Revista dos Tribunais**, vol. 927, Jan / 2013. p. 159-172.

<sup>393</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Resolução n. 5, de 06 de março de 2013. **Diário Oficial da União**: 11 de março de 2013.

<sup>394</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Regimento Interno**. Atualizado até 07 de outubro de 2014. Disponível em: < <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?4cff0e1bea20f43ec876c99db099> >. Acesso em 10.10.2015.

Geral, na hipótese de procedimento preparatório, inquérito administrativo ou processo administrativo ainda sob a competência deste último, sendo autuados de forma apartada (art. 179, 2º, do RICADE). Destaca-se, do mesmo artigo, o §5º, que afasta qualquer confissão quanto à matéria de fato ou reconhecimento acerca da ilicitude da conduta investigada em decorrência do protocolo de requerimento de compromisso pelo administrado.

Caso o expediente administrativo esteja sob a condução da Superintendência-Geral, será aberto período de negociação entre o administrado/requerente e a Administração Pública, representada por uma comissão técnica composta por 3 (três) servidores do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, denominada Comissão de Negociação (art. 181, caput, do RICADE). O prazo de negociação será definido pelo próprio Superintendente-Geral (§1º) e, após terminado, este concederá prazo de 10 (dez) dias para que o administrado apresente proposta final de termo de compromisso (§3º), que será encaminhada, juntamente com parecer do Superintendente-Geral, ao Presidente do Tribunal, para apreciação (§4º).

A possibilidade de negociação direta com a Superintendência-Geral configura inovação da Lei n. 12.529/11<sup>395</sup>, sendo amplamente saudada pela doutrina, na medida em que tal permissão tende a facilitar e acelerar o processo, eliminando o período que o relator consumiria para se inteirar da investigação (a negociação direta com o órgão investigador confere agilidade e segurança ao acordo).<sup>396</sup>

Caso o feito administrativo já esteja no Tribunal quando do protocolo do requerimento de Termo de Compromisso de Cessação de Conduta – TCC, o art. 182 do RICADE estabelece a competência do próprio Conselheiro-Relator para designação da Comissão de Negociação, fixando um prazo mínimo de negociações de 30 (trinta) dias (§1º) e tornando facultativa a oitiva da Superintendência-Geral (§3º). Após a apresentação da proposta final do termo de compromisso, ocorrerá sua

---

<sup>395</sup> BRASIL. Lei n. 12.529/11, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**: 2 de dezembro de 2011.

<sup>396</sup> MONTEIRO, Alberto. Compromisso de Cessação em casos de cartel: avanços recentes e propostas de aperfeiçoamento. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 24, jul-dez. 2013. p. 189-207.

colocação em pauta em caráter de urgência, para apreciação pelo Plenário do Tribunal (§5º).

No que tange ao julgamento da proposta de Termo de Compromisso de Cessação de Conduta – TCC, o Plenário do Tribunal apenas poderá aprová-la ou rejeitá-la, sendo vedada a apresentação de contraproposta (art. 183, §1º). Caso o administrado desista do pedido da proposta ou a apresente intempestivamente, restará precluso o direito de requerimento, sendo vedado apresentar novo pedido no mesmo sentido (§§ 5º e 6º).

Especificamente quanto aos cartéis / condutas colusivas, o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – RICADE traz, em seus arts. 184 a 189, disposições específicas quanto ao Termo de Compromisso de Cessação de Conduta – TCC.

Inicialmente, repisando o disposto no art. 85, §1º, III, da Lei n. 12.529/11<sup>397</sup>, o art. 184 do RICADE estabelece que, tratando-se de investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, o compromisso de cessação deverá, necessariamente, conter obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário em patamar superior ao mínimo previsto no art. 37 da Lei n. 12.529/11.<sup>398</sup>

Ademais os arts. 185 e 186 referem que, no caso de investigação de cartéis, o compromisso de cessação deverá conter o reconhecimento de participação na conduta investigada por parte do compromissário, bem como deverá fixar a obrigatoriedade de previsão da colaboração deste com a instrução processual em relação aos demais acusados, em clara confusão do instituto em estudo com o programa/acordo de leniência (lembre-se que, caso aceita a proposta, o processo será suspenso em relação ao proponente).

---

<sup>397</sup> BRASIL. Lei n. 12.529/11, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**: 2 de dezembro de 2011.

<sup>398</sup> BRASIL. Lei n. 12.529/11, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**: 2 de dezembro de 2011.

E mais: para balizar a referida contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, o RICADE apresentou os arts. 187 e 188 que, em suma, destacam a utilidade da colaboração do compromissado para fixação dos parâmetros de redução da sanção, desconsiderando-a na hipótese de os autos já terem sido remetidos ao Tribunal Administrativo (estágio avançado de tramitação), nos seguintes termos:

Art. 187. A análise da contribuição pecuniária nas propostas de TCC realizadas nos termos do art. 186 deste Regimento Interno levará em consideração a amplitude e utilidade da colaboração do compromissário com a instrução processual e o momento de apresentação da proposta, observados, quando possíveis de estimação e caso seja celebrado o TCC, os seguintes parâmetros:

I - redução percentual entre 30% e 50% da multa esperada para o primeiro Representado que propuser TCC no âmbito da investigação de uma conduta;  
II - redução percentual entre 25% e 40% da multa esperada para o segundo Representado que propuser TCC no âmbito da investigação de uma conduta;  
III - redução percentual de até 25% da multa esperada para os demais Representados que propuserem TCC no âmbito da investigação de uma conduta.

Art. 188. A análise da contribuição pecuniária nas propostas de TCC realizadas nos termos do art. 182 em investigações de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, levará em consideração o estado do processo administrativo, observado, quando possível de estimação, a redução percentual máxima de 15% da multa esperada ao Representado.

Tal disposição também foi inovadora, sendo pioneiramente fixada pela Resolução CADE n. 5/2013, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. Anteriormente, como salienta MONTEIRO, “havia apenas a previsão de valores mínimos e máximos para o montante da contribuição. Diante disso, o CADE comumente fixava o valor de forma casuística, de onde se extraía pouca consistência e padronização”.<sup>399</sup>

Todavia, a obrigatoriedade de colaboração com a instrução processual no caso de condutas passíveis de qualificação como cartel é criticada pela doutrina, pois poderia desencorajar os administrados a firmarem Termos de Compromisso de Cessação de Conduta – TCC (a colaboração, além de representar um custo financeiro

---

<sup>399</sup> MONTEIRO, Alberto. Compromisso de Cessação em casos de cartel: avanços recentes e propostas de aperfeiçoamento. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 24, jul-dez. 2013. p. 189-207.

ao administrado, também o mantém vinculado ao processo do qual buscou se afastar).<sup>400</sup> MONTEIRO afirma:<sup>401</sup>

A usual exigência de colaboração nesses TCCs é perfeitamente compreensível, tendo em vista que, como dito acima, a cooperação é um dos objetivos primordiais da política de acordos em casos de cartel. O ponto é que a estipulação dessa obrigação de forma não excepcional, como faz a Res. 5/2013, não parece ser a melhor solução. Em determinadas circunstâncias, a autoridade pode abrir mão da cooperação sem que isso represente uma deturpação do instituto do TCC em casos de cartel.

Um exemplo seria o caso em que, em razão de leniência previamente celebrada ou buscas e apreensões, a autoridade já dispõe de evidências suficientes da existência do ilícito, não sendo essencial a colaboração do postulante ao TCC. Em um caso como tal, não haveria necessariamente que se falar em inutilidade do TCC, sob o argumento de que, já possuindo a autoridade evidências suficientes do ilícito, caberia a ela buscar a condenação final e não acordo. Nesses casos, o TCC poderia ser ainda conveniente ao privilegiar o segundo grande objetivo da política de acordos em casos de cartel: a resolução rápida e eficiente da investigação evitando-se gastos de recursos escassos. Por exemplo, mesmo dispondo de fortes elementos da existência do conluio, o Cade pode ver-se diante de dificuldades para levar a investigação até a condenação final, em razão de não raros percalços de ordem processual.

Cabe lembrar que foi exatamente assim que procedeu o Cade no TCC firmado com a Whirlpool/Embraco no cartel dos compressores herméticos. Naquela oportunidade, o Cade abriu mão da exigência de colaboração, fundamentando essa escolha no fato de que, além de não haver exigência legal na altura, a leniência e as buscas e apreensões realizadas já haviam fornecido conjunto substancial de evidências. Assim, ausente a colaboração, o Cade deixou de aplicar o correspondente desconto sobre o valor da contribuição.

(...)

A corroborar o entendimento acima, vale pontuar que a regulamentação europeia sobre acordos em casos de cartel, a despeito de exigir cooperação, deixa claro que essa cooperação não envolve colaboração substancial com a instrução do caso (nos moldes da regulamentação nacional). Lá, esse tipo de cooperação é exigido no contexto do programa de leniência. Em acordos, a colaboração que lá se busca é justamente aquela que resulte em eficiência procedimental, com vistas a acelerar o desfecho final do caso. Na prática, a cooperação exigida se resume a uma renúncia pelas partes quanto a certas prerrogativas processuais, como ter acesso aos autos e exigir audiências orais.

Diante do exposto, nossa proposta é que seja suprimida a obrigação de colaboração como elemento necessário de todo e qualquer TCC firmado em casos de cartel ou, ao menos, que haja previsão de que essa obrigação pode ser fundamentadamente afastada pelo Cade diante de certas circunstâncias, como, por exemplo, a situação em que o Cade já dispõe de conjunto robusto de evidências do ilícito.

---

<sup>400</sup> MONTEIRO, Alberto. Compromisso de Cessação em casos de cartel: avanços recentes e propostas de aperfeiçoamento. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 24, jul-dez. 2013. p. 189-207.

<sup>401</sup> MONTEIRO, Alberto. Compromisso de Cessação em casos de cartel: avanços recentes e propostas de aperfeiçoamento. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 24, jul-dez. 2013. p. 189-207.

Outro ponto salientado pela doutrina no que interessa aos Termos de Compromisso de Cessação de Conduta – TCC na hipótese de cartéis decorre da necessidade de reconhecimento de participação, pelo compromissado, de participação nas condutas investigadas. Anteriormente à Resolução CADE n. 5/2013, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, tal condição somente era imposta nos casos em que o processo administrativo já contasse com acordo de leniência firmado.<sup>402</sup>

Aqui, novamente, o que se verifica é a redução da atratividade do acordo para o administrado, tendo em vista as evidentes repercussões que o reconhecimento de participação na seara administrativa poderá ensejar nas esferas civil e penal.<sup>403</sup>

É fundamental que seja permitido ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE relativizar tal exigência, como fez quando do Termo de Compromisso de Cessação de Conduta – TCC firmado no caso do Cartel do GNV<sup>404</sup>, em que restou excluída a necessidade de confissão de participação no ilícito ou reconhecimento de culpa.<sup>405</sup>

De qualquer forma, a título de exemplo, cita-se o voto-vogal do Conselheiro Luiz Carlos Prado no requerimento n. 08700.005281/2007-96, em que foram requerentes Alcan Embalagens do Brasil Ltda. e Marco Antonio Ferraroli dos Santos, expediente de relatoria do ex-Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva:

Ou seja, a exigência de confissão de culpa vai de encontro ao propósito do acordo, que privilegia o viés conciliatório em detrimento do litigioso. E, caso se trate de prática em face da qual não se reúnam provas suficientes, não há interesse da Administração em postergar um acordo que lhe mune de título

---

<sup>402</sup> ESTEVES, Cristina Campos. Negociações Produtivas: análise no âmbito dos processos de compromisso de cessação da legislação antitruste sob o prisma da Lei 12.529, de 2011. **Publicações da Escola da AGU: A Nova Lei do CADE - Escola da Advocacia-Geral da União**, Ano IV, n. 19, Brasília: EAGU, jul. /2012. p. 35-50.

<sup>403</sup> TURRA, Leonardo Canabrava. Do compromisso de cessação de prática no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: considerações sobre a sua natureza jurídica, compulsoriedade de celebração pela Administração Pública e Questões de Direito Intertemporal. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 13, Jan. 2006. p. 183 – 198.

<sup>404</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Requerimento n. 08700.002028/2013-29 no Processo Administrativo 08012.002568/2005-51**. Partes: Marco Antonio Ferraroli dos Santos e Alcan Embalagens do Brasil Ltda. Relator: Conselheiro Ricardo Machado Ruiz. Julgado em 28 de agosto de 2013.

<sup>405</sup> ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; CORDOVIL, Leonor; DE CARVALHO, Vinícius Marques. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

executivo extrajudicial e lhe oferece garantias de que a prática investigada será cessada em benefício da persecução de um ilícito cuja comprovação é altamente improvável.

Não se pode equiparar o TCC, seguindo o raciocínio acima, à tendência geral dos *cartel settlements* estudados no âmbito da Conferência Anual da International Competition Network (ICN) realizada em Kyoto, em abril de 2008, dado que esses são habitualmente utilizados como opções para aqueles que não podem usufruir da primeira leniência.

Nos Estados Unidos, o exemplo do plea bargaining, trazido no seio da aludida conferência, afasta-se bastante do TCC, visto tratar-se, assim como a leniência, de acordo que premia o agente que coopera com o fornecimento de informações sobre outros agentes autores de práticas anticoncorrenciais. O TCC, conforme pontuei acima, tem propósito distinto do acordo de leniência e utilidade mais limitada, dado que não serve de instrumento à persecução de agentes investigados ou suspeitos de práticas anticoncorrenciais. Excepcionalmente, dentre os documentos apresentados pela delegação canadense, o instrumento utilizado pelo Competition Bureau no caso *Sotheby's and Sotheby's (Canada) Inc.* (2006) assemelha-se ao TCC. O acordo, tendo por objeto precípuo afastar a participação da Sotheby's em esquema de fixação de preços em serviços de leilão, e não angariar informações a respeito da atuação de terceiros, acarretou em um programa de compliance e não envolveu admissão de culpa por parte da representada. No direito norte-americano, são os consent decrees que cumprem função equiparável à do TCC brasileiro. Segundo o *Antitrust Law Developments*, Volume 1, da American Bar Association:

'Consent decrees são a forma mais comum de resolver problemas antitruste. Eles permitem à Antitrust Division gastar menos do que seria gasto em caso de julgamento e concedem ao representado a oportunidade de evitar os custos, inconvenientes e riscos do julgamento.

Enquanto acordos individuais são modelados de acordo com as particularidades de cada caso, a Divisão Concorrencial do DOJ procura incluir em seus acordos dispositivos encerrando a conduta investigada, prevendo mecanismos de compliance, apresentação de relatórios periódicos e um acordo autorizando inspeção nos arquivos da empresa'.

Os consent decrees podem ser proferidos pelo Federal Trade Commission (FTC) ou pelo Department of Justice (DOJ), embora os acordos relacionados a cartel sejam de competência prioritária do DOJ. No primeiro caso, os acordos devem ser analisados pelo Administrative Law Judge (ALJ), que exerce espécie de controle externo naquela entidade. No caso do DOJ, a validade do acordo depende de aprovação judicial dos termos pactuados pelo órgão.

A FTC costuma trabalhar com consent decrees preparados pelo seu Bureau of Consumer Protection (BCP), nos quais a admissão de culpa não é exigida e há uma contraprestação pecuniária. Estipulação afastando a admissão de culpa também tem sido comum nos acordos celebrados pelo DOJ, visando coibir práticas anticoncorrenciais, embora a contraprestação pecuniária não seja praxe. A publicação *Antitrust Law Developments*, da American Bar Association (ABA), lista acordos envolvendo desde acusações de fraudes a licitação até alocação de mercado e acordo de preços entre concorrentes.

Exemplo de acordo em matéria de cartel pode ser ilustrado com o caso *United States of America v. Federation of Certified Surgeons and Specialists, Inc. (FCSSI), and Pershing Yoakley & Associates, P.C. (PYA)*. No caso em questão, FCSSI e PYA foram acusadas de negociar em conjunto com planos de saúde para obterem honorários mais elevados por seus serviços. As negociações com os planos de saúde contemplavam o uso da estratégia *contract-or-no-contract*, por meio da qual os planos tinham apenas duas opções: contratar com FCSSI por meio da PYA e ter acesso a todos os cirurgiões ou não contratar a federação e não ter acesso a qualquer cirurgião. O DOJ entrou em acordo com as representadas por meio do qual foram

acertados a cessação da prática e um programa de compliance, sem a equivalente admissão de culpa.

As negociações para a assinatura dos consent decrees podem relacionar-se a qualquer representação e serem iniciadas a qualquer tempo, a depender do interesse das partes. A assinatura de um consent decree passa pelo juízo prévio de conveniência e oportunidade, avaliado segundo o impacto (i) do acordo sobre a concorrência e sobre as pessoas físicas e jurídicas lesadas, (ii) da suspensão da prática tida como anticoncorrencial, (iii) dos recursos para fiscalizar o cumprimento do acordo, bem como (iv) dos remédios alternativos que possam ser mais efetivos.

O ordenamento brasileiro conferiu tratamento semelhante ao TCC no que diz respeito à abrangência da matéria e ao momento de proposição, que se estende até a sessão de julgamento do processo administrativo relativo à prática investigada. Nesse mesmo sentido, o legislador não estendeu ao TCC as condições impostas pelo art. 35-B da Lei n. 8.884/94 – entre elas, a necessidade de que o CADE não dispusesse de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo. Desse entendimento, decorreu a assinatura do TCC com a Lafarge Brasil S/A (Requerimento n. 08700.004221/2007-56). O já citado voto de Schuartz é bastante emblemático, nesse sentido:

‘É importante explicitar que a comparação adequada para fins do juízo de conveniência e oportunidade pelo CADE no presente caso é aquela entre as consequências associadas e somente duas alternativas de decisão ora colocadas diante do plenário, a saber, a decisão de celebrar o TCC nos termos constantes da minuta final e a decisão de não celebrar o TCC, ou seja, de litigar administrativa e judicialmente contra a proponente até a decisão definitiva sobre o caso. Com efeito, dado que a propositura de um TCC por parte de uma representada em um processo administrativo só pode ser realizada uma única vez e que o conjunto de alternativas posto diante do plenário compõe-se de somente dois elementos (aceitar a proposta nos seus termos, não aceitar a proposta nos seus termos), seria não somente irracional, mas também contrário aos interesses da Administração, rejeitar-se a proposta sob o argumento de que haveria outra proposta factível para a Administração. É verdade que restaria ainda a alternativa abstrata de uma futura transação judicial supondo a prévia condenação administrativa. Contudo, como mostrarei adiante, o critério sugerido para a construção de uma ordem de preferências sobre o conjunto das consequências associadas às decisões de celebrar ou não um TCC está sendo definido de forma a tomar, para a Administração, os benefícios associados a uma hipotética escolha por litigar administrativamente, para então transigir judicialmente, suficientemente próximos aos benefícios associados à escolha por celebrar o TCC’.

O fator que distingue o TCC da maioria dos acordos de persecução de cartéis e outras práticas anticoncorrenciais está em seu caráter conciliatório e em seu pragmatismo, que atendem, por via heterodoxa, ao teor educativo e punitivo da sanção. Embora não haja explícita constatação de que o administrado praticou determinada atividade ilícita, não há, tampouco, seu inverso, que seria a absolvição da prática denunciada como ilícita. O recolhimento de valor presente em lugar da simples pretensão de acolhimento da penalidade em juízo (caráter punitivo) e o severo comprometimento a programas de adequação (compliance) (teor educativo), sujeitando o administrado à execução do termo enquanto título executivo extrajudicial (art. 53, §4º, da Lei n. 8.884/94), tornaram o TCC mais efetivo que a condenação em via administrativa. E, como bem lembrou o conselheiro Schuartz, ‘a preocupação e a insistência estão fora do lugar, mesmo porque a confissão não virá em momento algum, inclusive no momento de eventual condenação. Negada a possibilidade de confissão pelo proponente do TCC, a racionalidade da decisão do plenário requer que o assunto seja posto de lado e se fixe o olnar, conforme exposto, nas consequências das decisões ed autorizá-lo ou não.

A necessária admissão de culpa só pode ser exigida em condições muito particulares, uma vez que não pode o órgão concorrencial estabelecer restrições às consequências jurídicas da confissão do representado. Nessa situação, sob o risco de condenação do órgão, o não reconhecimento de culpa visa apenas diferenciar a situação da empresa que foi a julgamento daquela que negociou com a Administração quando a sua condenação era, ainda, incerta. Essa diferenciação, apoiada sobre o princípio da economicidade, cria, outrossim, incentivo a que o interessado proponha o acordo o quanto antes possível.

O ordenamento brasileiro inviabiliza a possibilidade de limitar as consequências da confissão, como já expus acima, dado que as ações privadas e mesmo as ações penais movidas pela Administração não são obstadas pelo TCC, que não extingue a ação punitiva da Administração em face do representado. A solução dos demais ordenamentos está em abarcar a extinção da ação punitiva da Administração, e, até mesmo, impor mecanismos que restrinjam a utilização da admissão de culpa pelos particulares. Nesse sentido, a solicitação de nolo contendere no plea bargaining norte-americano restringe a admissão de culpa à lide concorrencial movida pela Administração na qual houve a aludida solicitação.

Ademais, cumpre destacar que a norma aplicável não estabelece o nível de detalhamento da confissão de culpa a ser feita, razão pela qual o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE tem aceito confissões de culpa sem maiores detalhamentos, em termos genéricos, justamente para manter a atratividade do instrumento do Termo de Compromisso de Cessação de Conduta – TCC.<sup>406</sup> Como exemplo, cita-se o compromisso firmado com a Air France e KLM no Cartel do Transporte Aéreo de Carga<sup>407</sup>, no qual a confissão dos administrados se limitou a “sua participação na conduta sob investigação no processo administrativo, no que diz respeito aos fatos envolvendo os Compromissários ocorridos no território nacional com relação ao mercado de serviços de transporte internacional de cargas com origem no Brasil”. De fato, a descrição foi extremamente genérica, certamente por ter considerado, de um lado, a exigência legal de reconhecimento de participação e, de outro, as graves e potenciais repercussões civis e criminais da cláusula de confissão.

BOTTINI, INGLEZ DE SOUZA e DELLOSSO bem sintetiza a alteração da posição da Administração Pública:<sup>408</sup>

<sup>406</sup> VICENTINI, Pedro C. E. A confissão de culpa nos termos de compromisso de cessação: requisito essencial ou prescindível, face ao programa de leniência? **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 17, Jan - Jun / 2010, p. 252 – 274.

<sup>407</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Requerimento 08700.010220/2012-16 no Processo Administrativo 08012.011027/2006-02**. Partes: Companhias Aéreas. Relator: Conselheiro Ricardo Machado Ruiz. Julgado em 20 de fevereiro de 2013.

<sup>408</sup> BOTTINI, Pierpaolo; INGLEZ DE SOUZA, Ricardo; DELLOSSO, Ana Fernanda Ayers. A nova dinâmica dos acordos de cessação de práticas anticoncorrenciais no Brasil. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 23, Jan.- Jun. / 2013. p. 117-139.

Antes da Lei 12.529/2011 e da mudança na estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, a Res. Cade 4, datada de 04.09.2007, incluiu dispositivo no Regimento Interno daquele órgão que exigia, para a celebração do TCC, o “reconhecimento de culpa por parte do compromissário”. Já nessa época, a exigência da confissão era objeto de severas críticas da doutrina objeto. Havia, ainda, política sedimentada pela Secretaria de Direito Econômico (órgão hoje inexistente) para emissão de pareceres sobre o Termo de Compromisso de Cessação em práticas de cartel, que pode ser esquematizada da seguinte forma:

- Nos casos de cartéis clássicos (considerados mais graves) que *tenham* sido objeto de *acordo de leniência*, *exigese a confissão* na participação da prática, na linha do determinado no Regimento do Cade (aplicação para pessoas físicas ou jurídicas). Além das obrigações de: reconhecer a legalidade da diligência de busca e apreensão; cooperar nas investigações; e não criar obstáculos à persecução criminal e ações privadas de indenização.
- Nos casos de cartéis clássicos com prova direta e *sem acordo de leniência*, para as *propostas de pessoas jurídicas*, *exigese o reconhecimento* de participação na prática. Além das obrigações de: reconhecer a legalidade da diligência de busca e apreensão; cooperar nas investigações; e não criar obstáculos à persecução criminal e ações privadas de indenização.
- Nos casos de cartéis clássicos com prova direta e *sem acordo de leniência*, para as *propostas de pessoas físicas*, *não se exige o reconhecimento* de participação na prática. Contudo, são requisitos da proposta as obrigações de: reconhecer a legalidade da diligência de busca e apreensão; cooperar nas investigações; e não criar obstáculos à persecução criminal e ações privadas de indenização.
- Por fim, nos casos de *cartéis difusos e sem acordo de leniência*, *não se exige o reconhecimento* de participação na prática, tampouco a *cooperação nas investigações* (aplicação para pessoas físicas ou jurídicas). Contudo, são requisitos da proposta as obrigações de: reconhecer a legalidade da diligência de busca e apreensão; e não criar obstáculos à persecução criminal e ações privadas de indenização.

Com a entrada em vigor da Lei 12.529/2011, prevaleceu o entendimento de que, quando existente acordo de leniência anterior, a celebração do TCC deveria exigir a confissão de participação na conduta, ao passo em que nas outras situações a exigência ficaria a critério da autoridade concorrencial (Regimento do Cade, antiga redação do art. 186). Por trás da previsão, intentava-se preservar o instituto da leniência e não desestimular propostas desse acordo a fim de não prejudicar o leniente, o primeiro a assumir a conduta objeto e identificar coautores e provas aos órgãos públicos.

Vale, ainda, uma observação sobre a antiga regulamentação: não se exigia confissão das pessoas físicas, o que procurava reduzir o grave efeito penal da alta probabilidade de condenação por crime de cartel, mas se exigia condição igualmente grave o reconhecimento da legalidade da diligência de busca e apreensão, o que limitaria os questionamentos sobre uma prova que também poderia acarretar a condenação penal.

Entretanto, a partir da indigitada Res. Cade 5/2013, para os casos de “acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes”, o Cade passou a entender que o compromisso de cessação deverá necessariamente conter “reconhecimento de participação na conduta investigada por parte do compromissário” e “previsão de colaboração do compromissário com a instrução processual”.

Com isso, não há conduta anticoncorrencial tipificada penalmente, que não esteja enquadrada nesta exigência de confissão e colaboração com a instrução processual, para celebração de TCC. Como se sabe, com a Lei 12.529/2011, restou tipificado como crime apenas o delito de cartel, objeto desta nova regulamentação do Cade. No entanto, não há previsão de que o cumprimento do compromisso de cessação possa extinguir a punibilidade penal ou reduzir a punição, tal como ocorre com o acordo de leniência. Não

houve, ainda, qualquer regulamentação que tratasse de forma especial as pessoas físicas.

Se o caminho for pela antiga prática do Cade, deverá haver certa cautela e se buscará uma forma de reduzir a exposição às graves implicações penais. De qualquer forma, a insegurança jurídica ainda subsiste, notadamente para os sócios e administradores responsáveis pelas decisões internas da pessoa jurídica. A par disso, importa atentar que a previsão normativa atual confere margem de discricionariedade que permite à Administração exigir a confissão, tanto para pessoas físicas como jurídicas.

Nessa ótica, se acusado de praticar um delito de cartel, o particular tem a chance de celebrar um termo de cessação que, se por um lado trará o encerramento do processo administrativo, por outro, implicará o reconhecimento de participação na conduta investigada, a obrigação de colaborar com a instrução processual, o pagamento de valor pecuniário e a grande probabilidade de uma condenação a pena privativa de liberdade. Quem assumiria o compromisso de cessação nessas condições?

Como se vê, o entendimento sobre as exigências de reconhecimento das práticas e de cooperação nas investigações, para a celebração de TCC, em muito se assemelha à disciplina aplicada aos acordos de leniência. Há uma transposição de regras entre os institutos. Pior, parece haver efetivamente um acordo de leniência travestido de TCC e sem efeitos de extinção da punibilidade dos crimes contra a ordem econômica. Como outrora já apontado pelo próprio Cade. Como conclusão, a flexibilidade do instituto do TCC permite a negociação de dois tipos de acordo que atendem ao objetivo da dissuasão de condutas anticompetitivas: (a) um acordo em que há transação pela confissão de culpa, tomando a forma de um segundo acordo de leniência; e (b) um acordo em que não há tal transação, mas que exija contribuição pecuniária suficientemente alta, tendo a característica de um acordo préjudicial.

Como bem destacou VICENTINI, desde a publicação da Lei n. 8.884/94 até setembro de 2009, o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica havia celebrado 45 (quarenta e cinco) Termos de Compromisso de Cessação de Conduta – TCC. Destes feitos, 28 (vinte e oito) foram celebrados relativamente a casos envolvendo a prática de cartéis, referindo-se, contudo, somente a 8 (oito) processos administrativos. Ademais, constatou-se que após a celebração dos primeiros TCC na investigação de cartel no mercado de laranjas (1995) e fertilizantes (1996), os requisitos exigidos pelo Cade têm sido cada vez mais rigorosos para a celebração do acordo. Se no início eram suficientes as obrigações de fazer e não fazer das compromissárias para fazer cessar as práticas investigadas, nos Termos de Compromisso de Cessação de Conduta – TCC tem-se exigido, necessariamente, o pagamento de contribuição pecuniária, contribuição com as investigações ou criação/incremento de programa de compliance e reconhecimento de culpa, em determinados casos, especialmente se firmado acordo de leniência previamente.<sup>409</sup>

---

<sup>409</sup> VICENTINI, Pedro C. E. A confissão de culpa nos termos de compromisso de cessação: requisito essencial ou prescindível, face ao programa de leniência? **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 17, Jan - Jun / 2010. p. 252 – 274.

Fundamental destacar que os arts. 190 a 191 prevêm a hipótese de apresentação de Termo de Compromisso de Cessação de Conduta – TCC pela própria Administração Pública, na pessoa do Superintendente-Geral, que determinará ao administrado para que manifeste seu interesse em conciliar dentro do prazo de 15 (quinze) dias (art. 190, §1º). Caso a resposta seja positiva, as tratativas de negociação submeter-se-ão aos trâmites já especificados.<sup>410</sup>

A aceitação ou rejeição pelo Administrado da negociação do termo de compromisso proposto pelo Superintendente-Geral não prejudica a apresentação de requerimento de termo de compromisso pelo primeiro (§4º) e que, assim como a manifestação de interesse do administrado em celebrar o compromisso de cessação não configura confissão fática ou reconhecimento da ilicitude da conduta, a apresentação de proposta pelo Superintendente-Geral não configura antecipação de juízo de mérito sobre a mesma matéria (§§ 6º e 7º do art. 190).

Transcorrido o prazo para cumprimento do Termo de Compromisso de Cessação de Conduta – TCC, a Procuradoria Federal Especializada junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE encaminhará nota técnica ao Superintendente-Geral, cabendo a esta manifestação acerca do integral cumprimento do acordo (art. 193, caput, do RICADE). Sequencialmente, o Presidente do Tribunal Administrativo submeterá o feito para julgamento pelo Plenário, a quem caberá a certificação da regularidade do cumprimento integral das obrigações, destacando-se que, no caso de cartéis, a declaração do cumprimento das obrigações previstas no compromisso de cessação e o consequente arquivamento do processo administrativo somente serão realizadas quando do julgamento do expediente (§§ 1º e 2º).

Finalmente, nos expedientes de Termo de Compromisso de Cessação de Conduta – TCC será admitida a intervenção de terceiros, nos termos do art. 44 do RICADE (desde que oportunos à defesa dos interesses da coletividade), estritamente em caráter consultivo e admissível apenas se realizada por terceiros titulares de

---

<sup>410</sup> BOTTINI, Pierpaolo; INGLEZ DE SOUZA, Ricardo; DELLOSSO, Ana Fernanda Ayers. A nova dinâmica dos acordos de cessação de práticas anticoncorrenciais no Brasil. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 23, Jan.- Jun. / 2013. p. 117-139.

direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada ou por legitimados nos incisos III e IV do art. 82 da Lei n. 8.078/90 à propositura de ação civil pública objetivando a defesa dos interesses e direitos dos consumidores, cumprindo a transcrição dos arts. 81 e 82 da mencionada lei, também denominada Código de Defesa do Consumidor:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

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

I - o Ministério Público,

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

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

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

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Percebe-se, assim, a nítida vinculação do Termo de Compromisso de Cessação de Conduta – TCC com a defesa dos consumidores e seus direitos, representados pelo termo bem-estar, sendo permitida, inclusive, sua intervenção, de forma coletiva, nos expedientes destinados à assinatura dos referidos acordos.

No que tange ao direito comparado, mostra-se extremamente profícua a análise dos institutos norte-americanos para fins de comparação com o Termo de Compromisso de Cessação de Conduta – TCC pátrio.

A experiência dos Estados Unidos da América decorre de longa tradição na resolução concertada de litígios, característica central do sistema concorrenciais norte-

americano. Guardam identidade com o Termo de Compromisso de Cessação de Conduta – TCC os institutos do *plea bargain* e do *consent decree*.

O *plea bargain* é o instrumento facultado aos participantes do cartel que não tenham se qualificado para a leniência, porém se caracterizam como um “*second-in the door*”, ou seja, firmado o acordo de leniência pelo primeiro interessado, busca-se resguardar o interesse dos agentes que, após este evento, buscaram contato algum movimento consensual com a autoridade antitruste.<sup>411</sup>

Como explicita ARANOVICH:<sup>412</sup>

O principal objetivo do *plea bargain* é constituir ferramenta útil à investigação (Departamento, 2008, p. 3), do mesmo modo como a leniência. É um modo extremo de cooperação, eis que os direitos de apelação são renunciados (*waived*), de forma que, naquele sistema jurídico, uma vez havendo tal renúncia, o acesso ao Judiciário a princípio ficaria obstaculizado. (Stephan, 2007, p. 2) Sua eficiência é alta, eis que a estimativa é de que 90% das empresas acusadas por infrações à concorrência tenham aderido aos *plea agreements* com o DoJ. (Departamento, 2008, p. 2)

Em contraposição ao programa de leniência, em que ganhos são totais, na hipótese do *second-in*, as recompensas não são uniformes: os prêmios podem variar conforme a contribuição oferecida pelo requerente. Grosso modo, os descontos são definidos em jogo de barganha, com montantes que podem ser relativamente altos. Há critérios na definição das recompensas, como o número de participantes no cartel que ainda não se qualificaram ao *plea bargain* e a qualidade da colaboração que o requerente pode trazer. Como na leniência, o *plea bargain* altera o resultado da condenação criminal.

Em paralelo ao *plea bargain*, o sistema norte-americano apresenta o *consent decree*, marcado pela ausência de implicação de efeitos na esfera criminal. De fato, enquanto o primeiro é celebrado no âmbito criminal, o segundo é encerrado em um processo de investigação cível. Mais afinado com o Termo de Compromisso de Cessação de Conduta – TCC brasileiro, o *consent decree* busca puramente o compromisso de cessação da conduta investigada, podendo abarcar, em

<sup>411</sup> Fundamental elucidar que o *plea bargain* pode ser firmado não apenas pelo segundo participante do cartel a aparecer após a eleição do qualificado à leniência, sendo um instrumento aberto a todos os interessados, sem uma quantidade ou ordem definida. Os benefícios de tais candidatos tenderiam a ser tanto maior quanto maior fosse sua contribuição para as investigações e quanto mais cedo se apresentasse ao programa. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Antitrust Division. Department of Justice. **Measuring the Value of Second-In Cooperation in Corporate Plea Negotiations**, Washington: DOJ. 2006.

<sup>412</sup> ARANOVICH, Tatiana de Campos. Cartéis e Incentivos para o TCC. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 2, nº 1, Jan.-Jun. 2011. p.115-140.

contrapartida, obrigações acessórias (implementação de compliance, apresentação de relatórios, etc.).<sup>413</sup>

E, diferentemente do *plea bargain* (cujo objetivo muito mais se assemelha com o programa de leniência brasileiro que será estudado a seguir), o *consent decree* não se limita aos casos de cartéis, podendo ser aplicado, inclusive, nas esferas alheias ao direito antitruste (casos cíveis, ambientais). Todavia, quando inserido dentro de casos concorrenciais, o *Department of Justice* passa a atuar como um membro do Ministério Público, obtendo, com a chancela Judicial, a não aplicação de uma medida cautelar interventiva. Ademais, o *consent decree* não requer admissão de culpa e não pode ser usado como prova em ações cíveis, bem como não demanda a imposição de uma sanção *per se*, ou seja, somente o inadimplemento das obrigações assumidas que pode ensejar ao compromissário uma multa por descumprimento.<sup>414</sup>

Passando à análise do Programa de Leniência brasileiro, destaca-se sua diferenciação em relação ao já estudado instituto do Termo de Cessação de Conduta – TCC. Sua criação se deu pela Lei n. 8.884/94, no art. 35-B, que foi substituído pelos arts. 86 e 87 da Lei n. 12.529/2011<sup>415</sup>, cuja transcrição se impõe no presente momento:

#### CAPÍTULO VII

##### DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA

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

I - a **identificação dos demais envolvidos na infração**; e

II - a **obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação**.

§ 1º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a **empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação**;

<sup>413</sup> Jacobson, J. M. **American Bar Association - ABA. Antitrust Law Developments**. 6. ed. Washington: American Bar Association, Section of Antitrust Law, 2007.

<sup>414</sup> STEPHAN, A. **The Direct Settlement of EC Cartel Cases**. East Anglia: Centre for Competition Policy. 2007. p. 17-18.

<sup>415</sup> BRASIL. Lei n. 12.529/11, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**: 2 de dezembro de 2011.

**II - a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;**  
**III - a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e**

**IV - a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.**

§ 2º Com relação às pessoas físicas, elas poderão celebrar acordos de leniência desde que cumpridos os requisitos II, III e IV do § 1º deste artigo.

§ 3º O acordo de leniência firmado com o Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 4º Compete ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo:

**I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou**

**II - nas demais hipóteses, reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 45 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.**

§ 5º Na hipótese do inciso II do § 4º deste artigo, a pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior à menor das penas aplicadas aos demais coautores da infração, relativamente aos percentuais fixados para a aplicação das multas de que trata o inciso I do art. 37 desta Lei.

§ 6º Serão estendidos às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração os efeitos do acordo de leniência, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas.

**§ 7º A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de inquérito ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a Superintendência-Geral, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual o Cade não tenha qualquer conhecimento prévio.**

§ 8º Na hipótese do § 7º deste artigo, o infrator se beneficiará da redução de 1/3 (um terço) da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4º deste artigo em relação à nova infração denunciada.

**§ 9º Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.**

**§ 10. Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada, da qual não se fará qualquer divulgação.**

§ 11. A aplicação do disposto neste artigo observará as normas a serem editadas pelo Tribunal.

**§ 12. Em caso de descumprimento do acordo de leniência, o beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo de leniência pelo prazo de 3 (três) anos, contado da data de seu julgamento.**

**Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.**

**Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.** (Grifo nosso)

De plano, destaca-se que, embora a norma não restrinja o programa de leniência aos casos de cartel, o fato de o acordo ser baseado na delação premiada enseja, evidentemente, uma multiplicidade de agentes envolvidos na conduta anticompetitiva.

Nesse sentido, estabelece a lei que o acordo de leniência poderá ser celebrado em qualquer fase investigativa (tanto no procedimento preparatório, caso existente, como no inquérito ou no processo administrativo).

Uma importante alteração efetivada em relação à lei anterior foi a possibilidade de formalização de acordo de leniência por qualquer integrante do cartel, inclusive seu líder, o que era vedado pela norma revogada. Tal prática, apesar de divergir da adotada pelos Estados Unidos da América, amplia em muito o cabimento do instituto, permitindo, inclusive, que o acordante seja aquele que mais possui informações sobre a colusão. Ademais, a dificuldade de identificação do líder do cartel, por diversas vezes, impedia a firmatura do acordo de leniência e, por reflexo, inviabilizava a própria investigação.<sup>416</sup>

Ademais, os incisos do art. 86 da Lei n. 12.529/2011 demandam uma série de requisitos e benefícios às investigações para que o acordo de leniência seja firmado, anotando expressamente a necessidade de identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção de documentos e informações que comprovem a sua ocorrência. Ademais, o §1º do mesmo dispositivo apresenta requisitos adicionais, demandando que a empresa proponente seja a primeira a se qualificar para o acordo com respeito à infração. Ainda, que a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração a partir da data da propositura do acordo, o que configura a cessação do comprometimento com o cartel.<sup>417</sup>

Concomitantemente, mostra-se fundamental para a assinatura do acordo que a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a

---

<sup>416</sup> TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste. A Lei 12.529/2011 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 396.

<sup>417</sup> Contudo, não raro o leniente segue atuando de forma infiltrada no cartel, evitando suspeitas quanto aos demais membros do conluio e coletando informações e provas para as autoridades durante a investigação, constituindo verdadeiro “*trade-off*” entre a cessação imediata da conduta pelo leniente sem a punição do cartel e a prorrogação dos danos causados pelo leniente em prol da future reparação e punição decorrentes deles”. TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste. A Lei 12.529/2011 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 398.

condenação da empresa ou pessoa física na data da propositura do acordo. Ou seja, a legislação demanda uma efetiva colaboração do leniente, sob pena de ausência de interesse da Administração Pública em firmar qualquer acordo.<sup>418</sup>

Ainda, demanda-se que o leniente confesse sua participação na prática ilícita e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, inclusive comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitado, a todos os atos processuais. Evidentemente, aquele que apenas fornece informações ou provas sobre um cartel e dele não faz parte constitui mero informante. A figura do leniente pressupõe participação e culpa.

Na hipótese de assinatura do acordo de leniência, competirá ao Tribunal Administrativo do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, por ocasião do julgamento do processo administrativo, averiguar o cumprimento do acordo e, caso positivo, decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, caso a proposta de acordo tenha sido apresentada à Superintendência-Geral sem que esta tivesse conhecimento prévio da infração ou, caso a Superintendência-Geral já tivesse conhecimento da infração, a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis, sendo considerados na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.

Neste ponto, importante destacar que a extinção da ação punitiva, diferentemente da exclusão de ilicitude, apenas determina a não punição da prática de conduta admitidamente ilícita, sendo a exclusão da ilicitude mais profunda na medida em que afasta a própria ilegalidade da conduta. Por óbvio, o reconhecimento de culpa com extinção da punibilidade não afasta a possibilidade de condenação do leniente à reparação na esfera cível por danos emergentes e lucros cessantes, tornando-se mais um instrumento para coibir o cartel, devendo também o próprio leniente sopesar as vantagens e desvantagens da assinatura do acordo de leniência.<sup>419</sup>

Por sua vez, o §6º do art. 86 da Lei n. 12.529/2011 amplia às empresas do mesmo grupo e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração os efeitos do acordo de leniência firmado pela pessoa jurídica, desde que o

---

<sup>418</sup> BOTTINI, Pierpaolo; INGLEZ DE SOUZA, Ricardo; DELLOSSO, Ana Fernanda Ayers. A nova dinâmica dos acordos de cessação de práticas anticoncorrenciais no Brasil. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 23, Jan.- Jun. / 2013. p. 117-139.

<sup>419</sup> TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste. A Lei 12.529/2011 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 402.

firmem em conjunto, ou seja, a ampliação do benefício, assim como na norma revogada, segue não sendo automática (diferentemente do instituto equivalente norte-americano, no qual o benefício somente não é estendido aos envolvidos caso estes se recusem a colaborar quando chamados).<sup>420</sup> E, neste tópico, pertinente uma observação: ainda que a empresa leniente tenha sua proposta de acordo rejeitada, poderão as demais empresas do grupo, seus dirigentes, administradores e funcionários envolvidos na infração apresentar proposta individual, sem prejuízo ou vinculação ao indeferimento havido anteriormente.<sup>421</sup>

Já os §§ 7º e 8º do art. 86 da Lei n. 12.529/2011 estabelecem a figura da “leniência plus”, permitindo que aquele interessado na leniência que não tenha habilitação para firmar o acordo no curso do inquérito ou do processo administrativo quanto a uma determinada infração à ordem econômica, firme acordo de leniência com a Superintendência-Geral relativamente a infração diversa, da qual o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica não tenha qualquer conhecimento prévio, desde que proposto o acordo antes da remessa do feito administrativo para julgamento. Neste caso, a pena do infrator leniente será reduzida em 1/3 (um terço), sem prejuízo da possibilidade de extinção da punibilidade quanto à nova infração noticiada, desde que preenchidos os requisitos do § 4º, inciso I, do mesmo artigo.<sup>422</sup>

A “leniência plus”, que também encontra correspondente no direito norte-americano, busca maximizar o incentivo à delação premiada em cartéis, permitindo que um número ainda maior de infrações, ainda que sem qualquer conexão, seja informado à Administração Pública, devidamente investigado e punido.<sup>423</sup>

O § 9º do mesmo art. 86 da Lei n. 12.529/2011, por sua vez, estabelece a confidencialidade da proposta de acordo de leniência e as razões para tanto são

---

<sup>420</sup> Destaca-se que a ausência de estensão automática aos administradores, dirigentes e funcionários deixa o Brasil isolado no que tange à cooperação e investigações internacionais, eis que a grande maioria dos países adota a postura norte-americana, o que inviabiliza a assinatura de acordos de leniência internacionais pelo Brasil. Todavia, TAUFICK pondera que, apesar de o caráter automático de ampliação da leniência facilitar a assinatura de novos acordos e permitir o aproveitamento de acordos firmados por outras nações, tal prática não gera incentivos para que estes agentes, que já estariam beneficiados com a leniência automática, auxiliem nas investigações. TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste. A Lei 12.529/2011 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 408.

<sup>421</sup> TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste. A Lei 12.529/2011 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 407.

<sup>422</sup> NETO, Amadeu de Souza Ferreira. Programa de Leniência e a Lei 12.529/11: Avanços e desafios. **Revista do IBRAC**, São Paulo, ano.19, vol. 22, p. 145-162.

<sup>423</sup> SOBRAL, Ibrahim Acácio Espírito. O acordo de leniência: avanço ou precipitação? **Revista do IBRAC**, São Paulo, vol. 8, n. 2, 2001, p.131-146.

óbvias, tendo em vista que o conhecimento da prática pelos demais integrantes do cartel, no curso da investigação, inviabilizaria a própria obtenção de novas provas ou de realização de flagrantes quanto à prática cartelista.<sup>424</sup>

Caso a proposta de acordo de leniência seja rejeitada, não será efetivada qualquer confissão quanto à matéria de fato ou reconhecimento da ilicitude da conduta, sendo devolvidos ao proponente todos os documentos apresentados à Administração Pública (art. 86 da Lei n. 12.529/2011, § 10).

Descumprindo, contudo, o leniente os termos do acordo firmado, ficará aquele impedido de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos, contado da data do julgamento. Referida medida, prevista no § 12 do mesmo dispositivo legal supracitado, visa aumentar as desvantagens decorrentes da não cooperação após a assinatura do acordo.<sup>425</sup>

Finalmente, o art. 87 da Lei n. 12.529/2011 determina que, na hipótese de crimes contra a ordem econômica (tipificados pela Lei n. 8.137/90) e nos demais crimes relacionados à prática de cartel, incluídos os cartéis à licitações (Lei n. 8.666/93) e a formação de bando ou quadrilha (art. 288 do Decreto-Lei n. 2.848/40), restará suspenso o transcurso do prazo prescricional para tais delitos, ficando impedido o oferecimento de denúncia contra o agente leniente.<sup>426</sup> Tal medida configura mais uma tentativa de fortalecer os incentivos decorrentes da assinatura de um acordo de leniência, eis que não poderá o leniente ser processado criminalmente pelos crimes conexos à prática do cartel, tornando efetiva a maior vantagem decorrente do programa de leniência: a extinção da punibilidade criminal de forma ampla, que restará confirmada em definitivo caso cumpridos integralmente os termos do acordo.<sup>427</sup>

O instituto do acordo de leniência restou igualmente regulamentado pelo RICADE – Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, mais precisamente nos arts. 186 e 190 a 203. Tais dispositivos se limitam a repisar os

---

<sup>424</sup> BADIN, Arthur. Transação judicial na Lei n. 8.884/94. **Revista Jurídica Consulex**, ano XI, n. 263, dez. 2007. São Paulo: Consulex, 2007. p. 26-27.

<sup>425</sup> Todavia, a doutrina entende extremamente exíguo o prazo legal de 3 (três) anos, considerando a complexidade das investigações e dos julgamentos realizados no âmbito do SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste. A Lei 12.529/2011 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 413.

<sup>426</sup> DIAS, Gabriel Nogueira. Transação em matéria concorrencial. **Revista Jurídica Consulex**, ano XI, n. 263, dez. 2007. p. 34.

<sup>427</sup> TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste. A Lei 12.529/2011 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 414.

termos legais e procedimentalizá-los, não demandando maior aprofundamento na presente pesquisa.

É essencial destacar que o acordo de leniência constitui instrumento de fundamental importância para a resolução de processos relativos a infrações à ordem econômica, especialmente no que tange aos cartéis, cuja prova do conluio se mostra extremamente complicada e controversa. De fato, os benefícios desencadeados pelo acordo de leniência são diversos: a) imediata cessação da prática cartelista pelo leniente; b) colaboração na fase investigativa / probatória, permitindo que as autoridades tenham acesso a documentos e evidências que dificilmente obteriam;<sup>428</sup> c) desnecessidade de se aguardar a integral tramitação da fase investigativa e do processo administrativo para obtenção dos efeitos positivos do desmantelamento do cartel.

Inquestionável é que a leniência viabiliza a investigação de cartéis que manter-se-iam desconhecidos. Também permite que a detecção dessa prática torne-se menos onerosa e mais veloz, na medida em que as autoridades terão acesso a informações difíceis em um curto espaço de tempo, além de obter o auxílio de pessoas que possuem o conhecimento de cada detalhe do funcionamento do cartel.<sup>429</sup>

Ademais, a possibilidade de ser celebrado um acordo leniência a qualquer tempo, introduz um elemento subjetivo, isso é, um elemento desestabilizador entre os seus integrantes, pois o risco de delação gera desconfiança entre os próprios membros do cartel, em outras palavras, a percepção do risco desestabiliza essa prática. Por fim, segundo a doutrina, o acordo ainda incentiva que os membros do

---

<sup>428</sup> Como esclarecem RIBEIRO e NOVIS, as autoridades concorrenciais apenas dispõem de 3 (três) possíveis fontes de prova para obtenção de informações sobre cartéis: “A primeira é o monitoramento constante dos mercados, especialmente daqueles cujas condições estruturais, como elevada concentração, produtos e custos homogêneos e elevadas barreiras à entrada, facilitam a colusão. A segunda, terceiros que venham a ter conhecimento da conduta, como clientes e concorrentes que sofram seus efeitos, ou ainda, empregados ou familiares de executivos das empresas do cartel. A terceira e sem dúvida melhor das fontes é a própria empresa envolvida na conduta. RIBEIRO, Amadeu; NOVIS, Maria Eugênia. Programa Brasileiro de Leniência: Evolução, Efetividade e Possíveis Aperfeiçoamentos. **Revista do IBRAC**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 17., p. 157 jan./jun 2010. p. 13.

<sup>429</sup> NETO, Amadeu de Souza Ferreira. Programa de Leniência e a Lei 12.529/11: Avanços e desafios. **Revista do IBRAC**, São Paulo, ano.19, vol. 22, p. 145-162.

cartel preservem materiais incriminadores que de outra forma seriam rapidamente destruídos facilitando a condenação dos envolvidos no ilícito.<sup>430</sup>

Como exemplo, cita-se dois julgados relevantes no que tange ao acordo de leniência, tanto pelo seu pioneirismo como por sua relevância:<sup>431</sup>

O Cade já conta com positivos exemplos de acordo de leniência. O caso do “Cartel de Vigilantes do Rio Grande do Sul” e dos “Peróxidos” trouxeram o debate sobre o alcance da leniência. O Processo Administrativo n.o 08012.001826/2003-10, referente ao primeiro caso, foi instaurado para apuração de conluio entre empresas prestadoras de serviços de vigilância no Estado do Rio Grande do Sul, para atuação em licitações públicas e privadas. Assim, sociedades empresárias ofertavam seus serviços de modo concentrado combinando entre si quem ganharia cada licitação, derrubando os preços sempre que nova empresa tentasse desestabilizar o cartel e oferecendo seus serviços a preços inferiores ao valor concentrado. De fato, tal caso foi paradigmático ao Direito concorrencial brasileiro, pois nele se deu o primeiro acordo de Leniência do SBDC, celebrado entre a sociedade empresária Antares e os Srs. Rubem Orelí e Alexandre Luzardo com a União, em 2003. Portanto, apesar de o Plenário do CADE ter considerado esses Representados como incursos no art. 20, inciso I, c.c. o art. 21, incisos I e VII, da Lei no 8.884/94, os Conselheiros deixaram de aplicar a pena, julgando extinta a punibilidade, em razão do cumprimento do Acordo de Leniência. O Judiciário, analisando o tema, reconheceu a legalidade do acordo de leniência, firmado mediante suficiente conjunto probatório colhido no devido processo legal. O caso dos Peróxidos foi analisado pelo Processo Administrativo n.o 08012.004702/2004.77, que tinha por objetivo apurar denúncia de cartel no mercado brasileiro de peróxido de hidrogênio, entre os anos de 1995 e 2004. Os representados vinculados ao Grupo Degussa celebraram Acordo de Leniência com a União, por intermédio do Secretário de Direito Econômico, constando como interveniente-anuentes o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado de São Paulo. Para tal, os beneficiários do acordo de leniência confessaram a prática das infrações administrativas e penais tipificadas nas Leis n.o 8.884/94 e 8.137/90, bem como forneceram à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça uma série de documentos e detalhes que desvendam como tinha sido criado e como se deva o funcionamento do cartel estabelecido entre a Degussa Brasil Ltda. e a Peróxidos do Brasil. Pela colaboração da sociedade empresária ter atingido os resultados específicos de identificação dos demais coautores da infração e de obtenção de informações e documentos que comprovem a infração sob investigação, a Degussa, bem como diversos de seus funcionários, fizeram jus aos benefícios previstos nos artigos 35-B da Lei 8.884/94.

---

<sup>430</sup> RIBEIRO, Amadeu; NOVIS, Maria Eugênia. Programa Brasileiro de Leniência: Evolução, Efetividade e Possíveis Aperfeiçoamentos. **Revista do IBRAC**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 17., p. 157 jan. /jun 2010. p. 13.

<sup>431</sup> ARAÚJO, Gilvandro Vasconcelos Coelho de. As Composições no CADE como Instrumento de Efetividade na Defesa da Concorrência. **Publicações da Escola da AGU: A Nova Lei do CADE - Escola da Advocacia-Geral da União**, Ano IV, n. 19, Brasília: EAGU, jul. 2012. p. 209-231. p. 217-219.

Desde o ano de 2003, no âmbito do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica –, foram firmados 50 (cinquenta) acordos de leniência e 14 (catorze) termos aditivos, sendo que destes, 28 (vinte e oito) acordos e 11 (onze) aditivos o foram na vigência da Lei n. 12.529/2011, demonstrando a efetividade e promoção do mecanismo consensual da leniência como efetiva alternativa às resoluções de processos administrativos envolvendo cartéis.<sup>432</sup>

Não por outro motivo, nos Estados Unidos da América, cerca de 90% (noventa por cento) dos casos de cartel, que lá também possuem natureza criminal, são finalizados mediante alguma forma de acordo processual – seja *plea agréments*, seja *plea bargain*.<sup>433</sup>

No que tange ao direito comparado, cumpre destacar a explanação de ARAÚJO:<sup>434</sup>

Como bem exposto pelo voto do Conselheiro Relator Sr. Olavo Zago Chinaglia, no Requerimento no 08700.002709/2010-44, ao contrário da opção feita pelo legislador brasileiro, que restringiu a utilização do instituto de leniência à primeira empresa ou pessoa que denunciar o cartel, outras jurisdições aceitam que mais de um agente envolvido em uma infração colusiva seja beneficiado pelo programa de leniência. Para tanto, devem os investigados oferecer contribuições efetivas para o desenvolvimento da investigação, trazendo informações e evidências que ainda não haviam sido apresentadas pelo primeiro leniente.

Continuando sua análise, o Conselheiro esclarece que a Comissão Europeia, por exemplo, condiciona a concessão de tais reduções à apresentação pelas proponentes de um “valor acrescentado significativo” em relação aos elementos de prova trazidos pelo leniente ou encontrados pela própria Comissão. À primeira empresa que fornecer um valor acrescentado à investigação pode ser concedida uma redução entre 30% e 50% da multa; à segunda, uma redução entre 20% e 30%, à terceira e às demais, reduções de até 20%. Sistemática semelhante é utilizada pelo Bundeskartellamt, autoridade antitruste alemã.

Também na Europa, apesar de a coação sobre outros agentes para participar do cartel se tratar de fator impeditivo para outorga do benefício de imunidade total, mas não parcial, não há vedação expressa ao benefício da leniência por parte do líder do cartel. Além de trazerem novos subsídios ao conjunto probatório da comissão, as empresas que desejam obter a redução de suas multas também devem atender a todas as obrigações cumpridas pelo primeiro leniente, como cooperar plenamente com a investigação, reduzir a termo sua participação no conluio e abster-se de destruir elementos de

<sup>432</sup> Dados retirados do próprio site do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: < <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?9292929e6dab6c6e65e67c> > Acesso em: 20 de jan. de 2016.

<sup>433</sup> BADIN, Arthur. Transação judicial na Lei n. 8.884/94. **Revista Jurídica Consulex**, ano XI, n. 263, dez. 2007. São Paulo: Consulex, 2007. p. 26-27.

<sup>434</sup> ARAÚJO, Gilvandro Vasconcelos Coelho de. As Composições no CADE como Instrumento de Efetividade na Defesa da Concorrência. **Publicações da Escola da AGU: A Nova Lei do CADE - Escola da Advocacia-Geral da União**, Ano IV, n. 19, Brasília: EAGU, jul. 2012. p. 209-231. p. 216.

prova. Assim, fica garantida a corrida pelo primeiro lugar no programa de leniência, que se mostra claramente mais vantajoso do que acordos deixados posteriormente<sup>8</sup>.

Assim como no Brasil, nos Estados Unidos, o instituto da leniência é reservado apenas para o primeiro agente que denunciar a infração. Aos demais investigados, é possível somente a celebração de “plea agreements”. Nesse tipo de acordo, além de confessar a sua participação no ilícito, a empresa deve cooperar ativamente com a investigação a fim de obter reduções que normalmente variam entre 30% e 35% da multa esperada, conforme o valor da colaboração da empresa para o desenvolvimento da investigação. Há situações, porém, em que a redução concedida à primeira empresa que celebrou um plea agreement chegou a quase 60%, dada a relevância de sua cooperação exemplar para a resolução do caso concreto.

Por óbvio, os benefícios decorrentes da resolução consensual de processos administrativos envolvendo a prática de infração à ordem econômica classificável como cartel são latentes, especialmente no que tange ao bem-estar do consumidor.

Como visto, quanto ao TCC – Termo de Compromisso de Cessação de Conduta, seus benefícios ao bem-estar do consumidor decorrem da imediata cessação dos efeitos nocivos da infração à ordem econômica e, quando aplicado em ato cartelista, do pagamento de indenização ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, revertendo em benefício ao bem-estar dos consumidores tanto pelo afastamento dos efeitos danosos do ato que se busca punir como pelo efeito educativo de suas condições.

Assim, os danos a que submetidos os consumidores são imediatamente encerrados e, por consequência, normalizado o seu poder de escolha e de livre consumo, ensejando, em paralelo, o pagamento de prestação pecuniária pelo infrator que, ao final, reverterá para a própria defesa dos interesses da coletividade consumidora.

No que tange ao Programa de Leniência, seus benefícios aos consumidores não são sentidos apenas com a quebra da unidade cartelista, mas também pela obrigatoriedade de participação do agente leniente nas etapas investigativas e processuais, inclusive com fornecimento de provas e informações privilegiadas, permitindo que diversas situações cartelistas que jamais ou dificilmente seria provadas, sejam constatadas de forma flagrante, ensejando o desmantelamento dos cartéis vigentes e o desincentivo da formação de novos conluíus em razão da

insegurança inserida entre os participantes cartelistas em decorrência de disponibilização do instrumento de delação.

Percebe-se, assim que tais instrumentos consensuais devem merecer todo o estímulo das Autoridades Administrativas em razão dos benefícios imediatos que propiciam aos consumidores e à preservação de seu bem-estar.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente dissertação teve como objetivo geral verificar quais as relações existentes entre a defesa da concorrência e a defesa do consumidor e, como objetivo específico, analisar de que forma entrariam em confluência a proibição da infração à ordem econômica denominada “cartel”, prevista no art. 36 da Lei n. 12.529/11, e a prática abusiva às relações de consumo denominada “elevação de preços sem justa causa”, prevista no art. 39, X, da Lei n. 8.078/90. Da mesma forma, buscou-se analisar quais os efeitos da prática do cartel sobre o bem-estar do consumidor, bem como a aplicabilidade e utilidade dos instrumentos consensuais de combate e investigação dos cartéis.

De plano, é possível afirmar que a Constituição Brasileira fixou como princípios constitucionais de mesma preponderância a livre concorrência e a defesa do consumidor ao prevê-los, de forma conjunta, no art. 170 da Carta Federal.

Todavia, de forma paradoxal, é bastante comum que haja conflito entre os dois princípios referidos, demandando um sistema de proporcionalidade que propicie o equilíbrio e a estabilização entre eles. Até mesmo por tal motivo, é possível asseverar o caráter benéfico da existência de dois sistemas legais e institucionais distintos – o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC.

Entretanto, apesar dessa aparente segregação, verificou-se que ambos os conjuntos protetivos possuem uma finalidade última idêntica, algo que lhes guarda uma identidade comum, consubstanciado na preservação do “bem-estar do consumidor”, conceito este de preenchimento bastante discutido por escolas doutrinárias relevantes.

Em razão dessa identidade comum, existem condutas penalizadas pela lei de concorrência que serão igualmente penalizadas ou, ao menos, terão seus efeitos

rechaçados pela lei de defesa do consumidor.<sup>435</sup> A prática do cartel, apesar de não configurar ou permitir uma dúplice capitulação pelo direito de defesa do consumidor e pelo direito de defesa da concorrência, pode ensejar a dupla incidência dos dois sistemas quanto aos seus efeitos, desde que a elevação de preço sem justa causa, prática abusiva prevista no Código de Defesa do Consumidor, também decorra da prática cartelista que, muito provavelmente, terá como efeito o aumento arbitrário dos lucros do cartelista.

E, em ambas as hipóteses, será verificada a redução do bem-estar do consumidor, ante o deslocamento do excedente do consumidor para o fornecedor, da ausência de investimentos e desenvolvimento nos mercados, da redução do poder de escolha do consumidor e por uma redução da eficiência do funcionamento do ambiente negocial.<sup>436</sup>

Ademais, constatou-se, tanto na seara jurisprudencial como doutrinária, a classificação da prática de cartéis como a mais nociva conduta à concorrência, ao livre mercado e à defesa do bem-estar dos consumidores.

Portanto, verifica-se que o Código de Defesa do Consumidor, diversamente da lei da concorrência, não pune a prática do cartel, mas sim o eventual efeito que dele pode decorrer: a elevação artificial / sem justa causa de preços de bens e serviços. Punição esta, claro, a incidir sobre a relação de consumo.

O bem-estar do consumidor, por seu turno, vincula a atuação das autoridades responsáveis pela execução da política de defesa da concorrência, pois, ocorrendo os pressupostos de aplicação das normas antitruste (principalmente a presença de efeitos que limitem a concorrência ou ampliem uma posição dominante), a decisão da autoridade que aprecie um ato de concentração ou uma conduta não pode desconsiderar o bem-estar do consumidor.

---

<sup>435</sup> Ver: CRAVO, Daniela Copetti. **Concorrência e consumidor: dúplice capitulação da venda casada**. 173 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2013.

<sup>436</sup> PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. Microeconomia. 8. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2013. p. 127.

Por óbvio, mostra-se de grande importância a colaboração entre as diversas autoridades de defesa da concorrência e de proteção do consumidor. A começar pela troca de dados e informações. Por exemplo, cite-se a situação em que as autoridades de proteção do consumidor façam acompanhamento de preços de determinados produtos, permitindo que os consumidores possam escolher os produtos com melhores preços. Tal material guarda extrema utilidade para auxílio nas investigações de cartéis, questão relevantíssima em razão da difícil realização de provas de tais condutas.

E, inclusive em razão dessa dificuldade de investigação de cartéis e de preços abusivos, mostra-se de suma importância a adoção de mecanismos consensuais de incentivo aos agentes econômicos à participação informativa em expedientes investigativos / punitivos. Ganha destaque, neste ponto, a figura do Termo de Compromisso de Cessação de Conduta – TCC e o Programa de Leniência.

Ambas as ferramentas têm apresentado grande utilidade ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC. O Termo de Compromisso de Cessação de Conduta – TCC, bastante utilizado após a vigência da Lei n. 12.529/11, guarda papel fundamental para a imediata cessação dos efeitos nocivos da infração à ordem econômica e, quando aplicado em ato cartelista, enseja o pagamento de indenização ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, revertendo em benefício ao bem-estar dos consumidores tanto pelo afastamento dos efeitos danosos do ato que busca punir como pelo efeito educativo de suas condições.

Já no que tange ao Programa de Leniência, seus benefícios aos consumidores não são sentidos apenas com a quebra da unidade cartelista, mas também pela obrigatoriedade de participação do agente beneficiado com informações e provas relevantes ao desmantelamento do cartel, o que contribui decisivamente com o grande ponto de dificuldade nas investigações de condutas colusivas: a prova do acordo.

Percebe-se, assim que tais instrumentos consensuais devem merecer todo o estímulo das Autoridades Administrativas em razão dos benefícios imediatos que propiciam aos consumidores e à preservação de seu bem-estar.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. **Livre iniciativa, livre concorrência e intervenção do estado no domínio econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. São Paulo: Atlas, 2006.

ALEMANHA. Constituição do Império Alemão de 1919. **Amtsblatt**: 11 de agosto de 1919.

ANDERS, Eduardo Caminati (org.) *et al.* **Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: Método, 2012.

\_\_\_\_\_; BAGNOLI, Vicente; CORDOVIL, Leonor; DE CARVALHO, Vinícius Marques. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ARANOVICH, Tatiana de Campos. Cartéis e Incentivos para o TCC. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 2, nº 1, Jan.-Jun. 2011. p.115-140.

ARAÚJO, Gilvandro Vasconcelos Coelho de. As Composições no CADE como Instrumento de Efetividade na Defesa da Concorrência. **Publicações da Escola da AGU: A Nova Lei do CADE - Escola da Advocacia-Geral da União**, Ano IV, n. 19, Brasília: EAGU, jul. 2012. p. 209-231.

AREEDA, Philip E.; HOVENKAMP, Herbert. **Antitrust Law – an analysis of antitrust principles and their application**. 2 ed. Aspen: New York, 2002.

ASCARELLI, Tullio. **Consorti volontari tra imprenditori**. Milão: Giuffrè, 1937.

\_\_\_\_\_. Os Contratos de Cartel e os Limites de sua Legitimidade no Direito

Brasileiro, In: ASCARELLI, Tullio. **Ensaios e Pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1952.

AVERITT, Neil W.; LANDE, Robert H. A escolha do consumidor: uma razão prática para o direito antitruste e o direito de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 45, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2003. p. 27-49.

BADIN, Arthur. Transação judicial na Lei n. 8.884/94. **Revista Jurídica Consulex**, ano XI, n. 263, dez. 2007. São Paulo: Consulex, 2007.

BAGNOLI, Vicente. **Introdução ao Direito da Concorrência**. São Paulo: Editora Singular, 2005.

BAKER, Donald I. The use of Criminal Law Remedies to Deter and Punish Cartels and Bid-Rigging. **George Washington Law Review**, n. 6 v. 69, 2001.

BANCO MUNDIAL/OCDE. **Diretrizes para elaboração e implementação de política de defesa da concorrência**. Trad. Fabíola Moura, Priscila Akemi Beltrame. São Paulo: Singular, 2003.

BARRIONUEVO, Arthur. Transação em matéria concorrencial. **Revista Jurídica Consulex**, ano XI, n. 263, dez. 2007.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. Das práticas comerciais. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 10. ed. revista, atualizada e reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2011.p. 374.

\_\_\_\_\_. Proteção do Consumidor e Patentes: O Caso dos Medicamentos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 10, abr.-jun. / 1994.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e o desenvolvimento regional do Brasil, **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, v. 8, 2008. p. 37-54.

BERNINI, Giorgio. **Um Secolo di Filosofia Antitrust**. Bologna: Editrice, 1991.

BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

BONATTO, Claudio. **Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor. Principiologia, Conceitos, Contratos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

BORK, Robert H. **The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself**. New York: Free Press, 1993.

BOTTINI, Pierpaolo; INGLEZ DE SOUZA, Ricardo; DELLOSSO, Ana Fernanda Ayers. A nova dinâmica dos acordos de cessação de práticas anticoncorrenciais no Brasil. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 23, Jan.- Jun. / 2013. p. 117-139.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Averiguação Preliminar n. 08012.003648/1998-05 e 08012.000295/1998-92**. Partes: White Martins S.A. e Agra S.A. Relator: Conselheiro César Mattos.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Guia Prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil**. 3. ed. revista, ampliada e bilíngue. São Paulo: CIEE, 2007.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Processo Administrativo 08000.012720/1994-74**. Partes: Associtrus - Associação Brasileira de Citricultores e Aciesp - Associação de Citricultores do Estado de São Paulo. Relatora: Conselheira Neide Teresinha Malard. Julgado em 17 de outubro de 1995.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Processo Administrativo n.º 08012.007238/2006-32**. Partes: Prefeitura Municipal de Campinas e Associação das Auto-Escolas e CFCS de Campinas e Região. Relator: Conselheiro

César Costa Alves de Mattos. Julgado em 7 de outubro de 2009.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Processo Administrativo n.º 08700.005281/2007-96**. Partes: Marco Antonio Ferraroli dos Santos e Alcan Embalagens do Brasil Ltda. Relator: Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 28 de julho de 2008.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Requerimento n. 08700.002028/2013-29 no Processo Administrativo 08012.002568/2005-51**. Partes: Marco Antonio Ferraroli dos Santos e Alcan Embalagens do Brasil Ltda. Relator: Conselheiro Ricardo Machado Ruiz. Julgado em 28 de agosto de 2013.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Requerimento 08700.010220/2012-16 no Processo Administrativo 08012.011027/2006-02**. Partes: Companhias Aéreas. Relator: Conselheiro Ricardo Machado Ruiz. Julgado em 20 de fevereiro de 2013.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Regimento Interno**. Atualizado até 07 de outubro de 2014. Disponível em: < <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?4cff0e1bea20f43ec876c99db099> >. Acesso em 10.10.2015.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Resolução n. 5, de 06 de março de 2013. **Diário Oficial da União**: 11 de março de 2013.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Resolução n. 20, de 09 de junho de 1999. **Diário Oficial da União**: 28 de junho de 1999.

\_\_\_\_\_. Constituição de 1934. **Diário Oficial**: 16 de julho de 1934.

\_\_\_\_\_. Constituição de 1937. **Diário Oficial**: 10 de novembro de 1937.

\_\_\_\_\_. Constituição de 1946. **Diário Oficial**: 19 de setembro de 1946.

\_\_\_\_\_. Constituição de 1967. **Diário Oficial:** 24 de janeiro de 1967.

\_\_\_\_\_. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial:** 25 de março de 1824.

\_\_\_\_\_. Constituição Federal de 1988. **Diário Oficial da União:** 5 de outubro de 1988.

\_\_\_\_\_. Constituição política do Imperio do Brasil. **Tipographia Nacional:** 25 de março de 1824.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 36/91, de 14 de fevereiro de 1991. **Diário Oficial da União:** 15 de fevereiro de 1991.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 7.738/2012, de 28 de maio de 2012. **Diário Oficial da União:** 29 de maio de 2012.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 92.323/86, de 23 de janeiro de 1986. **Diário Oficial da União:** 23 de janeiro de 1986.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 7.666/45. **Diário Oficial:** 22 de junho de 1945.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 869/38. **Diário Oficial:** 18 de novembro de 1938.

\_\_\_\_\_. Lei n. 1.521/51, de 26 de dezembro de 1951. **Diário Oficial da União:** 27 de dezembro de 1951.

\_\_\_\_\_. Lei n. 4.137/62, de 10 de setembro de 1962. **Diário Oficial:** 12 de novembro de 1962.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.078/90, de 11 de setembro de 1990. **Diário Oficial da União:** 12 de setembro de 1990.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.137/90 de 27 de dezembro de 1990. **Diário Oficial da União:**

28 de dezembro de 1990.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.158/91, de 8 de janeiro de 1991. **Diário Oficial da União**: 9 de janeiro de 1991.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. **Diário Oficial da União**: 13 de junho de 1994.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.529/11, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**: 2 de dezembro de 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1296281/RS**, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/05/2013, DJe 22/05/2013.

BRODLEY, Joseph F. The economic goals of antitrust: efficiency, consumer welfare and technological progress. **New York University Review**, v. 62, 1987.

BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: RT, 1997.

BUCHAIN, Luiz Carlos. Os objetivos do direito da concorrência em face da ordem econômica nacional. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, v. 9. n. 1, 2014.

BUXBAUM, Hannah L. German legal culture and the globalization of competition law: a historical perspective on the expansion of private antitrust enforcement. **Berkeley journal of international law**, 23, 2005.

CAIXETA, Débora Batista. Novas diretrizes da política antitruste brasileira: o consumidor e a atuação do Ministério Público na defesa de seus interesses. **Revista de Defesa da Concorrência**, nº1, Maio 2013. p. 71-104.

CAMELIER DA SILVA, Alberto Luís. Concorrência desleal e antitruste: atuais perspectivas no direito brasileiro. **Revista de Direito Empresarial**, vol. 1, Jan - Fev /

2014. p. 157-167.

CANADÁ. Act for the Preservation and Suppression of Combinations formed on Restraint of Trade. **House of Commons Debates**: 2 de maio de 1889.

CARDOSO JÚNIOR, José Celso. **A constituição brasileira de 1988 revisitada: recuperação histórica e desafios atuais das políticas públicas nas áreas econômica e social**. Brasília: IPEA, 2009.

CARPENA, Heloisa. **O consumidor no direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. **Poder econômico: a fenomenologia – seu disciplinamento jurídico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

CHEVALLIER, Jacques. Estado e ordem concorrencial. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, a. 5, n. 20, out./dez. 2007. p. 138-139.

CLARK, John Maurice. Toward a Concept of Workable Competition. **American Economic Review**, n. 30, jun. 1940. p. 241-56.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito Antitruste Brasileiro – comentários à Lei n. 8.884/94**. 5. ed. Saraiva: São Paulo, 1995.

CONSIDERA, Claudio Monteiro. Uma breve história da economia política da defesa da concorrência. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 9, Jan / 2002. p. 3-34.

CRAVO, Daniela Copetti. **Concorrência e consumidor: dúplice capitulação da venda casada**. 173 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2013.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à lei antitruste (Lei n. 8.884 de 11.06.1994)**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DEL MASSO, Fabiano. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

DIAS, Gabriel Nogueira. Transação em matéria concorrencial. **Revista Jurídica Consulex**, ano XI, n. 263, dez. 2007.

EZRACHI, Ariel; KINDL, Jir I. Cartel seria crime? A longa jornada da aplicação unilateral da lei ao consenso internacional. **Revista de Defesa da Concorrência**, nº1, Maio 2013. pp. 149-169.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission Act. **National Archives**: 26 de setembro de 1914.

\_\_\_\_\_. Antitrust Division. Department of Justice. **Measuring the Value of Second-In Cooperation in Corporate Plea Negotiations**, Washington: DOJ. 2006.

\_\_\_\_\_. Federal Trade Commission/U.S. Department of Justice. **Commentary on the Horizontal Merger Guidelines**, 2006.

\_\_\_\_\_. Sherman Anti-Trust Act. **National Archives**: 2 de julho de 1890.

ESTEVES, Cristina Campos. Negociações Produtivas: análise no âmbito dos processos de compromisso de cessação da legislação antitruste sob o prisma da Lei 12.529, de 2011. **Publicações da Escola da AGU: A Nova Lei do CADE - Escola da Advocacia-Geral da União**, Ano IV, n. 19, Brasília: EAGU, jul. / 2012. p. 35-50.

ELZINGA, Kenneth G. New developments on the cartel front. **The antitrust bulletin**, n. 29, 1984. pp. 3-26.

FAGUNDES, Jorge. **Abuso de Posição Dominante (APD): Abordagem e Questões Econômicas**. Campos de Jordão: IBRAC –XI Seminário Internacional de Defesa da Concorrência, 2005.

\_\_\_\_\_. Os objetivos das políticas de defesa da concorrência: a Escola de

Harvard e a Escola de Chicago. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 10, Jan. / 2003. p. 133-151.

FARINA, Elizabeth; TITO, Fabiana. Desafios e Consequências da Nova Lei de Defesa da Concorrência. **Boletim Latino-Americano de Concorrência**, n. 31, abril de 2012. p. 16-21.

FERRI, Giuseppe. Consorzio: teoria generale, in **Enciclopedia del diritto IX**, 1980.

FINK, Daniel Roberto. Do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini, *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FONSECA, Leopoldo da. **Lei de Proteção da Concorrência—Comentários à Lei Antitruste**. São Paulo: Forense, 1998.

FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FRANÇA. Decreto n. 53/704, de 9 de agosto de 1953. **JO**: 9 de agosto de 1953.

GABAN, Eduardo Malan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Cartel: teoria unificada da colusão**. São Paulo: Lex, 2007.

GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. **A Livre Concorrência como Garantia do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey; FUMEC, 2003.

GOLDBERG, Daniel. **Poder de compra e política antitruste**. São Paulo: Singular, 2006.

GOMES, Carlos Jacques Vieira. **Ordem econômica constitucional e direito**

**antitruste**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

\_\_\_\_\_. **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUDIN, Charles-Etienne. Qu'est Devenu le Consommateur em Droit Communautaire e de la Concurrence? **Revue des Affaires Européennes**, Paris: v.8, n.3, 1998.

GUGLIELMETTI, Giannantonio. **Consorti industriali**. Novissimo digesto italiano IV, 1957.

HABIBE, Taís Cruz. Cartel e consequências para o consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 52, out. / dez. 2004. p. 222-266.

HOLTZ, Ludmila Passos. Bem-estar do consumidor - uma análise concorrencial sob a perspectiva brasileira. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 13, Jan / 2006. p. 107-138.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy – The law of competition and its practice**. 2 ed. Saint Paul: West Group, 1999.

INGLATERRA. Monopolies and Restrictive Practices Commission Act. **Monopolies Commission**: 29 de outubro de 1953.

\_\_\_\_\_. Restrictive Trade Practices Act. **Restrictive Practices Court**: 27 de julho de 1956.

JACOBSON, J. M. **American Bar Association - ABA. Antitrust Law Developments**. 6. ed. Washington: American Bar Association, Section of Antitrust Law, 2007.

JAEGER JUNIOR, Augusto. **A Liberdade de Concorrência como a Quinta Liberdade Fundamental: Contribuição para um Mercado Comum do Sul**. 2005. 620 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito Internacional da Concorrência**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

\_\_\_\_\_. **Liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul**. São Paulo: LTr, 2006.

LANDE, Robert H.; MARVEL, Howard P. The three types of collusion: fixing prices, rivals, and rules. **Wisconsin law review**, vol. 2000, n. 941, 2000.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. **Direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LEWINSOHN, Richard. **Trusts et cartels dans l'économie mondiale**, 1940, trad. port. de Silvio Rodrigues, Trustes e cartéis: suas origens e influências na economia mundial, Rio de Janeiro: Globo, 1945.

LIEFMANN, Robert. Kartelle, Konzerne und Trusts, 1927, trad. it. de Francesco Vito, Cartelli, gruppi e trusts, in BOTAI, Giuseppe; ARENA, Celestino (orgs.), **Nuova collana di economisti stranieri e italiani**, v. VII, 1934.

MALARD, Neide Teresinha. O cartel. **Revista de direito econômico**. v. 21. Brasília, out./dez. 1995.

MARQUES, Cláudia Lima. **A Insuficiente Proteção do Consumidor nas Normas de Direito Internacional Privado – Da Necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre Lei Aplicável a Alguns Contratos e Relações de Consumo**. Disponível em: <

[http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII\\_home\\_temas\\_cidipvii\\_proteccionalconsumidor\\_leyaplicable\\_apoyo\\_propuestabrasil\\_port.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_home_temas_cidipvii_proteccionalconsumidor_leyaplicable_apoyo_propuestabrasil_port.pdf) - Cláudia LIMA MARQUES2001 >. Acesso em: 03.09.2015.

\_\_\_\_\_. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo Regime das Relações Contratuais**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, Fernando de Oliveira. apud COSTA, Marcos; MENEZES, Paulo Lucena; MARTINS, Rogério Grandra da Silva (org.). **Direito concorrencial – Aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2003.

MARTINEZ, Ana Paula. A defesa dos interesses dos consumidores pelo direito da concorrência. **Revista do IBRAC**, São Paulo: IBRAC, v. 11, n. 01, 2004, p. 67-99.

\_\_\_\_\_. A proteção dos consumidores pelas normas concorrenciais. **Revista de direito do consumidor**, nº 52. São Paulo: RT, jul./set. 2004. p. 7-36.

MASON, Edward S. Price and Production Policies of Large-scale Enterprise. **American Economic Review**, n. 29, mar. 1939. p. 61-79.

MCDAVID, Janet L.; SANKBEIL, William A.; Schmidt, E. C.; BRETT, J. Barry. Antitrust Consent Decrees: ten years of experience under the Tunney Act. **Antitrust Law Journal**, 52, n. 4, out 1983. p. 883-916.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Alterações penais da nova lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. **Revista dos Tribunais**, vol. 927, jan. / 2013. p. 159-172.

MÉXICO. Constituição da República do México de 1917. **Diario Oficial de la Federación**: 5 de fevereiro de 1917.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012.

\_\_\_\_\_. Direito protege consumidor e livre concorrência de aumentos abusivos. **Revista Consultor Jurídico**. Publicado em 06.01.2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-06/garantias-consumo-direito-protege-consumidor-livre-concorrencia-aumentos-abusivos>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Direito protege consumidor e livre concorrência de aumentos abusivos (parte 2). **Revista Consultor Jurídico**. Publicado em 20.01.2016. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-jan-20/garantias-consumo-direito-protege-consumidor-aumentos-abusivos-parte>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

MIRON, Rafael Brum. O direito da concorrência como instrumento de defesa do consumidor. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho et al. (org). **Lei antitruste: 10 anos de combate ao abuso de poder econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MONTEIRO, Alberto. Compromisso de Cessação em casos de cartel: avanços recentes e propostas de aperfeiçoamento. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 24, jul.-dez. 2013. p. 189-207.

MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. **Direito, livre concorrência e desenvolvimento**. São Paulo: Lex Editora, 2006.

NETO, Amadeu de Souza Ferreira. Programa de Leniência e a Lei 12.529/11: Avanços e desafios. **Revista do IBRAC**, São Paulo, ano.19, vol. 22, p. 145-162.

NUNES, António José Avelãs. **Uma introdução à economia política**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica – o controle da concentração de empresas**. São Paulo: Malheiros, 2002.

NUSDEO. Fábio. **Fundamentos para uma codificação do Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Defesa da concorrência e proteção do consumidor. **Revista do IBRAC**, São Paulo: IBRAC, v. 14, n. 01, 2007. p. 169-181.

\_\_\_\_\_. O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – Histórico. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 44, out./ dez. 2002. p. 97-105.

OLIVEIRA, Gesner. **Concorrência - panorama no Brasil e no mundo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

OLIVEIRA, Roberto Guena de. A teoria do consumidor. *In*: PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval (org.). **Manual de economia**. São Paulo: Saraiva, 1998.

ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), **Glossary of industrial organisation economics and competition law**. Disponível on-line em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em 10.09.2015. p. 18-19.

PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. **Direitos Fundamentais e Justiça**, n. 9, out./dez. 2009. Disponível em: < [http://www.dfj.inf.br /Arquivos/PDF\\_Livre/09\\_artigo\\_04.pdf](http://www.dfj.inf.br /Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_04.pdf) >. Acesso em: 20 dez. 2015.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado do art. 170 da Constituição Federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Controle de concentrações e proteção dos consumidores. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 100, Jul - Ago / 2015. p. 329-357.

\_\_\_\_\_. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) - Universidade de São Paulo. São Paulo. 2010.

\_\_\_\_\_. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. Tutela coletiva da livre concorrência. **Revista de Direito do Consumidor.** 49/15. São Paulo: Ed. RT, 2004.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia.** 8. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2013.

PIRAINO, Thomas A. Reconciling the Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century. **Indiana Law Journal.** v. 82, 2007. p. 346-409.

PROENÇA, José Marcelo Martins. **Direito concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

RAMOS, José Nabantino. **Sistema brasileiro de direito econômico.** São Paulo: Resenha Tributária, 1977.

RIBEIRO, Amadeu; NOVIS, Maria Eugênia. Programa Brasileiro de Leniência: Evolução, Efetividade e Possíveis Aperfeiçoamentos. **Revista do IBRAC,** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 17., p. 157 jan. /jun 2010. p. 13.

SAITO, Carolina. O Termo de Compromisso de Cessaçao de Prática e o Reconhecimento de Culpa. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional,** vol. 20, Jul. – Dez. / 2011. p. 13-49.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as condutas.** São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito concorrencial. As estruturas.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **Regulação e Concorrência (estudos e pareceres)**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANTACRUZ, Ruy. Cartel na lei antitruste: o caso da indústria brasileira de aços planos. In: MATOS, César (Coord.). **A revolução do antitruste no Brasil – A teoria econômica aplicada a casos concretos**. São Paulo: Singular, 2003.

SCHMITT, Cristiano Heineck. A Proteção do Interesse do Consumidor por Meio da Garantia à Liberdade de Concorrência. **Revista dos Tribunais**, n. 98, fev. 2009. p. 10-31.

SCHNEIDER, Andressa Caroline. **A tutela do consumidor no controle de concentrações de empresas: uma análise jurídica a partir da Lei 8.884/1994**. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2011.

\_\_\_\_\_. Aspectos do controle de atos de concentração e da tutela do consumidor: cotejo entre as Leis 8.884/1994 e 12.529/2011. **Boletim Latino-Americano de Concorrência**, n. 31, abril de 2012. p. 69-77.

SCHUARTZ, Luis Fernando. A desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência. **Revista do IBRAC**, São Paulo, v. 16, n. 1, 2009.

\_\_\_\_\_. Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes in POSSAS, Mário L. (org). **Ensaio sobre economia e direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2002, p. 97-135.

\_\_\_\_\_. “Monopolization”, “attempt to monopolize” e a interpretação do inciso II do art. 20 da Lei 8884, de 1994. **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**, ano XXXIX, n. 119, São Paulo, jul / set 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26 Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

STEPHAN, A. **The Direct Settlement of EC Cartel Cases**. East Anglia: Centre for Competition Policy. 2007.

SOBRAL, Ibrahim Acácio Espírito. O acordo de leniência: avanço ou precipitação? **Revista do IBRAC**, São Paulo, vol. 8, n. 2, 2001, p.131-146.

SODRÉ, Marcelo Gomes. **A Construção do Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2009.

\_\_\_\_\_. **Formação do Sistema Nacional de defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2007.

SULLIVAN, Thomas; HOVENKAMP, Herbert; SHELANSKI, Howard. **Antitrust law, policy and procedure: cases, materials, problems**. Charlottesville: Lexis Law Publishing, 1999. p. 7-25.

TAUFICK, Roberto Domingos. Do momento de configuração do cartel. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1508, 18 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10300>>. Acesso em: 12 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Nova Lei Antitruste. A Lei 12.529/2011 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEIXEIRA, Osvaldo de Freitas. Cartel como forma de abuso do poder econômico. **Jus Societas**, v. 3, p. 83, n. 1, 2009. Disponível em: <<http://revista.ulbrajp.edu.br/ojs/index.php/jussocietas/article/viewFile/15/453>>. Acesso em 16 fev. 2013.

TURRA, Leonardo Canabrava. Do compromisso de cessação de prática no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: considerações sobre a sua natureza jurídica, compulsoriedade de celebração pela Administração Pública e Questões de Direito Intertemporal. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio**

**Internacional**, vol. 13, Jan. 2006. p. 183 – 198.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho. **Jornal Oficial da União Europeia**: 16 de dezembro de 2002.

\_\_\_\_\_. Tratado de Constituição da Comunidade Económica Europeia (Tratado de Roma). **Comunidade Económica Europeia**: 1 de janeiro de 1958.

VARIAN, Hal R. **Microeconomia: uma abordagem moderna**. 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

VAZ, Isabel. **Direito Económico da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

\_\_\_\_\_. Os interesses do consumidor nas fusões e incorporações de empresas. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 35, jul./set. 2000.

VICENTINI, Pedro C. E. A confissão de culpa nos termos de compromisso de cessação: requisito essencial ou prescindível, face ao programa de leniência? **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 17, Jan - Jun / 2010. p. 252 – 274.

VORONKOFF, Igor. O novo sistema brasileiro de defesa da concorrência: estrutura administrativa e análise prévia dos atos de concentração. **Revista de Defesa da Concorrência**, n. 4, nov. 2014.