

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO E DO TRABALHO**

MARCELO PELLEZ TOMASINI

**A CONCORRÊNCIA NO PENSAMENTO DO PROFESSOR WERTER
ROTUNNO FARIA**

**Porto Alegre
2011**

MARCELO PELLEZ TOMASINI

**A CONCORRÊNCIA NO PENSAMENTO DO PROFESSOR WERTER
ROTUNNO FARIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Ricardo Antônio Lucas Camargo

Porto Alegre

2011

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO E DO TRABALHO**

MARCELO PELLEZ TOMASINI

**A CONCORRÊNCIA NO PENSAMENTO DO PROFESSOR WERTER
ROTUNNO FARIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em Porto Alegre, em ____ de _____ 2011.

BANCA EXAMINADORA

Prof.: RICARDO ANTÔNIO LUCAS CAMARGO- Orientador
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Prof.: ADÃO SERGIO DO NASCIMENTO CASSIANO - Membro
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Prof.: ÍGOR DANILEVICZ - Membro
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Agradecimento:

Ao Professor Ricardo Antônio Lucas Camargo, meu orientador neste trabalho, sempre compreensivo e presente quando precisei, respeitosamente.

RESUMO

Este trabalho aborda o pensamento do Professor Werter Rotunno Faria acerca da concorrência - em especial, no que toca ao abuso do poder econômico, a apuração de ilicitude dos atos em virtude de seus efeitos, superando uma visão penalista existente - bem como da disciplina constitucional do mercado. Utiliza como fonte de pesquisa, na perquirição do tema, estudos doutrinários.

Palavras-chave: Werter Rotunno Faria – Direito da Concorrência – Abuso do Poder Econômico – Mercado.

ABSTRACT

This work brings up the thinking of Professor Werter Rotunno Faria in relation to competition - especially towards abuse of economic power, inquest of illegality of acts due to its effects, overcoming the existing penal view - as well as the constitutional discipline of the market. It uses his work as resource research, scrutinise the subject, doctrinaire studies.

Key-words: Werter Rotunno Faria – Competitors' Law – Abuse of Economic Power – Market.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 WERTER ROTUNNO FARIA.....	10
2 A VISÃO PENALISTA DA CONCORRÊNCIA.....	13
2.1 <i>DECRETO-LEI N. 869/38</i>	13
2.2 <i>DECRETO-LEI N. 7.666/45</i>	16
2.3 <i>LEI N. 4.137/62</i>	18
2.4 <i>LEIS N. 8.158/91 E N. 8.884/94</i>	23
2.5 <i>CONCLUSÕES</i>	27
3 A SUPERAÇÃO DA VISÃO PENALISTA.....	29
3.1 <i>BREVE HISTÓRICO DAS PRÁTICAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA</i>	29
3.2 <i>LEGISLAÇÃO NORTE-AMERICANA E TRATADO DE ROMA</i>	32
3.3 <i>A TUTELA DA CONCORRÊNCIA</i>	34
3.4 <i>ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA</i>	47
3.5 <i>CONCLUSÕES</i>	50
4 O MERCADO	52
4.1 <i>A VISÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988</i>	52
4.2 <i>APLICAÇÃO DAS NORMAS DE PROTEÇÃO DA CONCORRÊNCIA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA</i>	59
4.3 <i>CONCLUSÕES</i>	63
CONCLUSÃO.....	65
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	67

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o pensamento do Professor Werter Rotunno Faria acerca da concorrência.

Em princípio será exposta uma breve biografia do Professor Werter, na qual se mostrará sua contribuição para a aplicação das normas de defesa da concorrência no Brasil. Contribuição que consiste, quando levada ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no período em que presidiu o órgão, em superar a visão penalista que predominava no Brasil até meados dos anos 1980. Assim, se faz necessário expor a visão penalista acerca da concorrência, momento em que serão apresentados os pontos fundamentais dessa corrente, bem como a evolução legislativa das normas de defesa da concorrência no Brasil. Não se tratará de uma análise profunda mas, basicamente, de uma constatação da visão penalista existente.

Após, serão abordados a Lei Sherman, norte-americana, e o Tratado de Roma, criador da Comunidade Econômica Europeia, assim como o contexto histórico onde surgiam, cujo estudo foi basilar para Werter Faria. Em sequência, será exposta a tutela da concorrência no pensamento do saudoso professor. A exposição se dará no ponto fundamental de seu pensamento, qual seja, a apuração da ilicitude dos infratores das normas de defesa da concorrência em virtude de seus efeitos, de modo a ficar evidente a inadequação do enfoque penalista existente no período anterior a sua presidência do CADE. A análise da legislação brasileira de defesa da concorrência também será abordada.

Não há como se falar em concorrência sem ter em vista sua enquadração dentro de um mercado. Assim, a disciplina constitucional do mercado, baseado na livre iniciativa e na livre concorrência, bem como na defesa do consumidor, será analisada. A Constituição de 1988 limita a intervenção do Estado na economia, e a este, exceto na prestação de serviços públicos e nos monopólios de direito, se aplicam as normas de defesa da concorrência, como explica Werter Faria.

Este trabalho pretende realçar a contribuição de Werter Faria, que foi professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), para o Direito da Concorrência do país, por isso não se propõe a esgotar o assunto abordado, e sim, con-

tribuir para a melhor elucidação acerca do tema e para lembrar a obra do Professor Werter Faria.

1. Werter Rottuno Faria

Werter Rotunno Faria nasceu em 23 de outubro de 1927 em Santa Vitória do Palmar, Rio Grande do Sul¹.

Em 1943 concluiu o curso ginasial no Colégio Nossa Senhora Auxiliadora, dos padres Salesianos, em Bagé. Em Porto Alegre cursou o segundo grau no Colégio Júlio de Castilhos, concluindo o curso em 1946².

Em 1947 ingressou na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Nos anos iniciais do curso participou ativamente da política universitária e também partidária, uma vez que suas origens regionais e familiares o vinculavam ao Partido Libertador³. Ao final da faculdade afastou-se da política e passou a se dedicar aos trabalhos acadêmicos, à pesquisa e à formação profissional, rumo que seguiria até o final de sua vida. Bacharelou-se na turma de 1951⁴.

Iniciou sua carreira acadêmica no magistério de Direito Comercial na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica (PUC) do Rio Grande do Sul, no período entre 1955 e 1976⁵.

Werter Faria foi juiz do Tribunal Regional Eleitoral, por dois mandatos sucessivos, entre 04 de novembro de 1966 a 1º de julho de 1969. Em 1977 foi nomeado

¹ ACCIOLY, Elizabeth (Org.). *Direito no século XXI: em homenagem ao professor Werter Faria*. Curitiba: Juruá, 2008, p.05.

² Idem, p.05.

³ Nos princípios do partido, busca-se estabelecer uma terceira via entre o socialismo e capitalismo selvagem. Apresentam-se de um lado a primazia do indivíduo e, do outro, um processo distributivo da riqueza, baseado nas relações cooperativadas. Há uma antecipação do estado de bem-estar, chamado de democracia humanista, ou ainda de democracia econômica. In: BUENO, Antonio Avelange Padilha. *Raul Pilla: Aspectos de uma bibliografia política*. . 2006. 270f. Dissertação (Mestrado em História). Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2006, p.65-66. Disponível em: <http://tede.pucrs.br/tde_arquivos/15/TDE-2007-01-08T065529Z-286/Publico/381730.pdf> Acesso em: 27 jul. 2011.

⁴ ACCIOLY, Elizabeth (Org.). *Direito no século XXI: em homenagem ao professor Werter Faria*. Curitiba: Juruá, 2008, p.05.

⁵ Idem, p.06.

Juiz de Alçada, representando o quinto constitucional dos advogados. Em 1980 foi promovido a desembargador, exercendo o cargo até 1983, quando se aposentou⁶.

Lecionou na Faculdade de Ciências Econômicas Cristo Rei de 1961 a 1963, e também exerceu o magistério na UFRGS entre 1962 e 1986, quando foi nomeado Presidente do Conselho Administrativo da Defesa Econômica (CADE), pelo Presidente José Sarney, por indicação do Ministro da Justiça Paulo Brossard de Souza Pinto, antigo amigo e companheiro de políticas acadêmicas, em que permaneceu até 15 de março de 1990⁷.

Werter Faria foi um entusiasta da integração latino-americana⁸ e das grandes causas da humanidade, em especial, da promoção da Paz. Nesse sentido, sobre o Professor Werter, disse Elizabeth Accioly:

(...) buscou compreender se situar em meio às radicais transformações pelas quais passou o direito. Nomeadamente, no que tange às dinâmicas verificadas no Direito Internacional Público que aspirou, pelo comércio, transformar “fronteiras-muralhas” em ‘fronteiras-pontes’, a aproximar e a integrar Estados, com o advento da era dos blocos econômicos.⁹

Após o término da Presidência do CADE, criou, em parceria com diversos pesquisadores e estudantes interessados, a Associação Brasileira de Estudos de Integração (ABEI), que publicou, sob sua coordenação, 14 volumes intitulados “Estudos da Integração”, relacionados à constituição do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL)¹⁰.

Werter também foi o primeiro presidente da European Community Studies Association¹¹ (ECSA) -BRASIL, entidade mantida pela União Europeia destinada a divulgar seus ensinamentos no Brasil¹².

⁶ Idem, p.06.

⁷ Idem, p.06.

⁸ Idem, p.07.

⁹ Idem, p.09.

¹⁰ Idem, p.06.

¹¹ A ECSA World foi criada em 1987 por associações de estudos europeus de Estados Membros. O objetivo da ECSA consistia em promover um alto nível de ensino e investigação na área de integração europeia, promover cooperação entre Estados Membros e a cooperação entre diferentes universidades através a Europa e o resto do mundo, promover programas internacionais de investigação, providenciar assessoria técnica, organizar várias conferências, a fim de estimular a cooperação acadêmica no estudo da integração europeia, ajudar a difundir a informação universitária sobre a investigação e o ensino universitário relacionados com a integração europeia através de

O Professor Werter chegou ao direito internacional egresso do direito econômico – sendo a integração econômica a ferramenta de aproximação dos Estados –, no qual deixou grandes contribuições na área concernente à concorrência¹³.

Sua visão sobre a concorrência foi levada ao CADE, quando o presidiu. Sua grande contribuição foi a reformulação pela qual o fez passar¹⁴, a fim de fazê-lo ocupar uma posição mais de acordo com os novos reclamos da economia brasileira. A época em que se preparava a Constituição de 1988, na qual viria a constar a livre concorrência como um dos princípios que regem a atividade econômica, afastava-se do regime existente desde o final da década de 1960, período em que não havia qualquer sinal de cultura concorrencial no setor privado, tampouco no âmbito governamental¹⁵.

O Professor Werter buscou, em sua atuação na Presidência do CADE, “retirá-lo de vinte anos de existência ineficaz e (...) trazê-lo à profícua atuação em bases científicas de dignidade jurídica”¹⁶. Desse modo superou a visão penalista que existia no órgão.

Weter Faria faleceu em 22 de janeiro de 2005, após dez anos de luta contra a doença que o vitimou¹⁷.

publicações e redes de internet interativas. Disponível em: <<http://www.institutoeuropeu.eu/pt/cooperacoes-internacionais/ecsa-world.html>> Acesso em: 27 jul. 2011.

¹² ACCIOLY, Elizabeth (Org.). *Direito no século XXI: em homenagem ao professor Werter Faria*. Curitiba: Juruá, 2008, p.06.

¹³ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Concentração e Repartição*. In: ACCIOLY, Elizabeth (Org.). *Direito no século XXI: em homenagem ao professor Werter Faria*. Curitiba: Juruá, 2008, p.671.

¹⁴ OLIVEIRA, Gesner. *CADE 35 anos*. Revista de Direito Econômico. Brasília, n. 26, ago./dez. 1997, p.172. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?82a265ab70ae71c99fa3>> Acesso em: 22 de out. 2011.

¹⁵ NUSDEO, Fábio. *Auto Regulação em Direito Econômico*. In: ACCIOLY, Elizabeth (Org.). *Direito no século XXI: em homenagem ao professor Werter Faria*. Curitiba: Juruá, 2008, p.163.

¹⁶ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Werter R. Faria: apóstolo da livre concorrência*. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (org.). *Títulos de Crédito: concorrência e MERCOSUL: estudos em memória do Professor Werter R. Faria*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008, p.110.

¹⁷ ACCIOLY, Elizabeth (Org.). *Direito no século XXI: em homenagem ao professor Werter Faria*. Curitiba: Juruá, 2008, p.07.

2. A VISÃO PENALISTA DA CONCORRÊNCIA

Sobre o ponto de vista penal da tutela da concorrência, mostraremos neste trabalho a evolução legislativa e a doutrina correspondente acerca do tema.

Especial atenção será dada à Lei n. 4.137/62, visto que sobre esta se firmou o entendimento de que o direito da concorrência é ramo do direito penal.

2.1. Decreto-lei n. 869/38

O primeiro diploma legal a tratar do assunto no Brasil foi o Decreto-lei n. 869, de 18 de novembro de 1938, que regulamentava o artigo n. 141 da Constituição de 1937, na qual se colocava como princípio, a proteção à economia popular¹⁸. Dispõe o artigo n. 141:

A Lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrevendo-lhes processo e julgamento adequados a sua pronta e segura punição.

A finalidade antitruste do decreto-lei foi explicitada pelo então Ministro da Justiça, Francisco Campos, em uma entrevista de 28 de novembro de 1938:

O segundo fim da Lei é evitar o bloqueio da concorrência por meio de arranjos, combinações ou organizações destinadas a estabelecer o monopólio em certos ramos da economia pública ou a restringir a livre competição, indispensável ao desenvolvimento industrial e comercial do País.¹⁹

No Decreto-lei 869, de 1938, surgem, pela primeira vez em nosso sistema jurídico, algumas normas antitruste que perduram até hoje: coibição do açambarcamento de mercadorias (art.2.º, IV), manipulação da oferta e da procura (art.2º, I e II),

¹⁸ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.114.

¹⁹ SHIEBER, Benjamin M.. *Abusos do Poder Econômico: Direito e Experiência Antitruste no Brasil e nos E.U.A.*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p.04.

fixação de preços mediante acordos entre empresas (art.3º, I), venda abaixo do preço de custo (art. 2º, V), exclusividade (art.3º, I) e outras²⁰.

Roberto Lyra explica o tipo penal presente no Decreto-lei n. 869:

A simples constituição de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de que trata a lei, integra o crime. (...)

(...)

(...) A coexistência da materialidade da promoção de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capital, ou a participação em qualquer dessas organizações, e do fim de *impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio*, completa a tipicidade (art. 2º. III). Ao ajuste, de que trata o artigo 3º, I, aplica-se o mesmo conceito.

(...)

Não se exige o emprego de meios fraudulentos para caracterizar o crime de açambarcamento. Neste, a lei atende à finalidade da previsão.

Nas demais modalidades, mesmo não fraudulentas, são considerados ilícitos os meios discriminados na lei. De maneira geral, são ilícitos todos os meios não justificados pelas necessidades de provisão ou pelas legítimas previsões industriais ou comerciais, (...).²¹

Desse modo, segundo o autor, “os fins condenam os meios”, podendo haver ato ilícito mesmo sem qualquer conduta fraudulenta. Existindo prova da finalidade incriminada, existirá a infração, cabendo ao Juiz, no caso concreto, estabelecer o limite entre o lícito e o ilícito, levando-se em conta as necessidades legítimas e justificadas das práticas comerciais e industriais²².

Seguindo a Carta de 1937²³, o Decreto-lei n. 869 equiparava os crimes contra a economia popular aos crimes contra o Estado. Por isso, fazia-se necessário um

²⁰ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.115.

²¹ LYRA, Roberto. *Crimes contra a economia popular*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1940, p.104-105.

²² idem, p.105-106.

²³ Sobre a Constituição de 1937: "De fato, na Carta de 1937, conhecida como polaca, por acolher elementos autoritários que assolava a Europa da época, apenas dois artigos tiveram eficácia, os artigos 180: "Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União"; e 186: "É declarado em todo o país o estado de emergência". Com base nesses dois artigos, Getúlio Vargas geriu os destinos do país através de decretos-lei". ALMEIDA, Roberto Moreira de. *A Constituição econômica nas cartas políticas anteriores ao advento da Constituição Federal de 1988*. In: *Lei antitruste: 10 anos de combate ao abuso de poder econômico*. Coordenadores: João Carlos de Carvalho Rocha, Flávio

foro especial para o julgamento desses crimes, elevados a um conceito tão importante como o Estado²⁴. Assim, o julgamento das infrações foi atribuído ao Tribunal de Segurança Nacional²⁵.

Quanto a sua eficácia, o Decreto-lei n. 869 teve repercussão no campo de regulamentação dos preços e supressão dos artifícios e fraudes na venda de mercadorias, mas o mesmo não aconteceu nos abusos de natureza antitruste. Contribuiu para a ineficácia o fato de não se criar um órgão especializado com competência para executar os dispositivos antitruste do decreto-lei n. 869²⁶.

No final da segunda guerra mundial, a opinião pública passou a hostilizar o governo de Vargas. Se na Europa os regimes fascistas foram derrubados, no Brasil não poderia continuar a existir um regime semelhante. Assim, o Decreto-lei foi utilizado contra a imprensa, sem sucesso, haja vista a queda de Getúlio Vargas em 1945. A luta pelo poder teve como adversários de um lado, dispondo do poder institucionalizado, o Presidente, e de outro, como combatente ostensivo, o jornalista Assis Chateaubriand, com os seus Diários Associados²⁷. Sobre os acontecimentos da época, relata Washington Albino:

Paixão de Moura Júnior, Samantha Chantal Dobrowolski, Zani Tobias de Souza, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.254.

²⁴ PIMENTEL, Pedro Manoel. *Estudos e Pareceres do Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 149-150.

²⁵ Foi um tribunal de exceção instituído em setembro de 1936, subordinado à Justiça Militar. Era composto por juízes civis e militares escolhidos diretamente pelo presidente da República e deveria ser ativado sempre que o país estivesse sob o estado de guerra.

A criação do TSN está ligada à repressão aos envolvidos no fracassado levante comunista de novembro de 1935, quando militantes da Aliança Nacional Libertadora se insurgiram contra o governo de Getúlio Vargas nas cidades de Natal, Recife e Rio de Janeiro. A função do tribunal era processar e julgar, em primeira instância, as pessoas acusadas de promover atividades contra a segurança externa do país e contra as instituições militares, políticas e sociais. Entre setembro de 1936 e dezembro de 1937, 1.420 pessoas foram por ele sentenciadas.

Com a implantação da ditadura do Estado Novo, em novembro de 1937, o TSN deixou de se subordinar ao Superior Tribunal Militar e passou a desfrutar de uma jurisdição especial autônoma. Ao mesmo tempo, tornou-se um órgão permanente. Nesse período passou a julgar não só comunistas e militantes de esquerda, mas também integralistas e políticos liberais que se opunham ao governo.

O TSN foi extinto após a queda do Estado Novo, em outubro de 1945. Disponível em:

<<http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos30-37/RadicalizacaoPolitica/TribunalSegurancaNacional>> Acesso em: 27 de ago. 2011.

²⁶ SHIEBER, Benjamin M.. *Abusos do Poder Econômico: Direito e Experiência Antitruste no Brasil e nos E.U.A.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p.06.

²⁷ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Achegas à Lei N. 8.884/94*. In: *Lei antitruste: 10 anos de combate ao abuso de poder econômico*. Coordenadores: João Carlos de Carvalho Rocha, Flávio

Assim, desejando lutar com as armas que dispunha, o Governo, ou melhor, Getúlio Vargas conseguiu de Nelson Hungria, festejado mestre em Direito Criminal e ministro do Supremo Tribunal Federal, os termos do decreto-lei n. 869, editado em 1938, logo após o golpe de 1937. (...)

O tema assumia conotação criminal (...). O ponto fundamental alegado seria a defesa dos "interesses populares", porém o que se pretendia era impedir diretamente a ação de Chateaubriand na atuação de sua rede de jornais, que se expandia em todo o país.²⁸

2.1. Decreto-lei 7.666/45

No Brasil, a legislação para combater o abuso do poder econômico surge com uma aura de nacionalismo e de proteção dos interesses da nação contra os abusos do poder estrangeiro²⁹. Segundo Paula Forgioni:

Ao contrário do que ocorrera nos Estados Unidos, os “poderes econômicos”, combatidos inclusive pela opinião pública, em um primeiro momento não eram apenas internos ou derivados de disfunções do processo nacional de acumulação de capital. *Ao contrário, no Brasil, amalgama-se, desde o início, a repressão ao abuso do poder econômico com o nacionalismo e o protecionismo, assumindo nosso sistema, mais uma vez, particularidades não encontradas alhures.*³⁰

De autoria do Ministro de Getúlio Vargas, Agamenon Magalhães, o Decreto-lei 7.666, de 22 de junho de 1945, tinha caráter administrativo, de modo a se enquadrar na orientação político-econômica do país, protecionista e nacionalista. Assim, afastou-se do âmbito penal a tutela da concorrência, como havia no Decreto-lei n. 869, sendo substituída pela repressão administrativa³¹. Assim comenta Washington Albino:

Veja-se como são as coisas do Direito entre nós. Para Agamenon Magalhães, o assunto era administrativo, e não penal. E assim foi que se teve de lutar pelo fato de se tratar de lei sobre política econômica, não se dispensando, portanto, a sua feição de Direito Econômico, de que não se cogitava

Paixão de Moura Júnior, Samantha Chantal Dobrowolski, Zani Tobias de Souza, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.265.

²⁸ idem, p.266.

²⁹ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.117.

³⁰ idem, p.117.

³¹ SHIEBER, Benjamin M.. *Abusos do Poder Econômico: Direito e Experiência Antitruste no Brasil e nos E.U.A.*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p.08.

na cultura jurídica nacional.³²

O caráter administrativo e nacionalista fica evidente no título da disposição legal, “Dos atos contrários aos interesses da economia nacional”, no lugar de “crimes contra a economia popular”, como havia no Decreto-lei n. 869.

No Decreto-lei n. 7.666 a ilicitude da conduta era verificada por seus efeitos. Eram considerados os efeitos futuros e potenciais das práticas, e não apenas os imediatos, conforme se depreende do inciso II, do artigo 1º³³: “desde que de tais atos resulte ou possa resultar qualquer dos feitos previstos”³⁴.

Também dispunha o novo diploma que a administração pública averiguaria e determinaria sanções às práticas contrárias aos interesses da economia nacional, sendo criada para isso a Comissão Administrativa de Defesa Econômica, também chamada, como o órgão atual, de CADE. Desse modo, caberia ao Poder Executivo,

³² SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Achegas à Lei N. 8.884/94*. In: *Lei antitruste: 10 anos de combate ao abuso de poder econômico*. Coordenadores: João Carlos de Carvalho Rocha, Flávio Paixão de Moura Júnior, Samantha Chantal Dobrowski, Zani Tobias de Souza, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.268.

³³ 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;

II – os atos de compra e venda de acervos de empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou de cessão e transferência das respectivas cotas, ações, títulos ou direitos, ou de retenção de estoques de mercadorias, desde que de tais atos resulte ou possa resultar qualquer dos feitos previstos nas alíneas a, b e c do item I;

III – os atos de aquisição ou detenção, a qualquer título, de terras, por parte de empresas industriais ou agrícolas, em proporção superior às necessidades de sua produção, desde que daí resulte ou possa resultar a supressão ou redução das pequenas propriedades ou culturas circunvizinhas;

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

V – a incorporação, fusão, transformação, associação ou agrupamento de empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou a concentração das respectivas cota, ações ou administrações nas mãos de uma empresa ou grupo de empresas ou nas mãos de uma pessoa ou grupo de pessoas, desde que de tais atos resulte ou possa resultar qualquer dos efeitos previstos nas alíneas a, b e c do item I.

³⁴ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.120.

“segundo seu juízo de conveniência e oportunidade, autorizar determinada prática”, sendo “nulos e de nenhum efeito”³⁵, os atos não aprovados³⁶.

Houve violenta relação contra o Decreto-lei n. 7.666 e contra Agamenon Magalhães, sendo o diploma chamado de “Lei Malaia”, em vista da aparência oriental do Ministro³⁷. “Além disso, esse diploma foi criticado, principalmente, quanto à abrangência de sua atuação - da concentração fundiária, à desapropriação de empresas, até à própria composição do órgão”³⁸. A Comissão Administrativa de Defesa Econômica chegou a ser qualificada, por alguns setores, como um órgão “nazi-fascista” ameaçador à economia brasileira³⁹.

Menos de três meses após ser decretado, o Decreto-lei n. 7.666 foi revogado em 9 de novembro de 1945, pelo Presidente provisório José Linhares, após a queda de Getúlio Vargas⁴⁰.

2.3. Lei n. 4.137/62

³⁵ Art. 11. Não terão validade, senão depois de aprovados e registrados pela C.A.D.E. Os atos, ajustes, acordos ou convenções entre empresas comerciais, industriais ou agrícolas, de qualquer natureza ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios, que tenham efeito :

- a) equilibrar a produção com o consumo;
- b) regular o mercado;
- c) estabilizar preços;
- d) padronizar ou racionalizar a produção;

e) estabelecer uma exclusividade de distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero ou destinadas à satisfação de necessidades conexas.

§ 1º Os atos da categoria referida neste artigo, já vigente na data dada publicação deste decreto-lei, deverão ser submetidos à aprovação da C.A.D.E. dentro do prazo de trinta dias.

§ 2º Os atos a que se refere o parágrafo anterior que não forem aprovados pela C.A.D.E. ou não lhe forem apresentados no prazo regulamentar, tornar-se-ão nulos e de nenhum efeito.

³⁶ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.120.

³⁷ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Achegas à Lei N. 8.884/94*. In: *Lei antitruste: 10 anos de combate ao abuso de poder econômico*. Coordenadores: João Carlos de Carvalho Rocha, Flávio Paixão de Moura Júnior, Samantha Chantal Dobrowolski, Zani Tobias de Souza, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.267.

³⁸ STUBER, Walter Douglas; NOBRE, Lionel Pimentel. *A Atuação do CADE no Brasil*. Revista de Direito Econômico. Brasília, n. 26, set./dez. 1997, p.30. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?82a265ab70ae71c99fa3>> Acesso em: 22 de out. 2011

³⁹ BANDEIRA, Moniz. *Cartéis e Desnacionalização: A experiência brasileira: 1964-1974*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1975, p.3.

⁴⁰ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.122.

A Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962, foi a lei de repressão ao abuso econômico e de tutela da concorrência de maior tempo de vigência na história do Brasil, tendo sido revogada pela Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, após quase 32 anos de vigência.

A Constituição de 1946 foi a primeira que referiu expressamente a repressão contra o abuso do poder econômico, no seu artigo n. 148⁴¹. A Lei n. 4.137 regulamentaria essa disposição.

A tramitação parlamentar da lei que seria aprovada em 10 de setembro de 1962 começou com o Projeto 122-1948, em abril de 1948, apresentado à Câmara Federal pelo Deputado Agamenon Magalhães⁴². Sobre o projeto disse o Deputado:

O Projeto é a regulamentação do art. 148 da Constituição, que manda reprimir **toda e qualquer forma de abuso de poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas que tenham por fim** (grifos nossos) dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros. Assim, no título primeiro do projeto se definem as formas de abuso. No título segundo é criada a Comissão Administrativa de Defesa Econômica, com a competência para verificar os atos ou fatos que constituam as formas do abuso do poder econômico. No título terceiro é estabelecido o processo administrativo, isto é, como a comissão atua na investigação e inquérito nos casos concretos, que examinar. Depois regula o projeto o processo judicial. É o processo da intervenção do Estado. Se as empresas notificadas não se abstiverem do exercício abusivo do poder econômico, a Comissão, por intermédio do procurador, requererá intervenção judicial na empresa. Essa intervenção será decretada pelo juiz, por um prazo limitado a três meses, e dentro do qual deve ser restabelecida a normalidade econômica da empresa. A orientação do projeto é, como se vê, objetiva. Verificada a existência do ato ou fato abusivo, é notificada a empresa para cessar a prática de tais atos ou fatos. Se a empresa não obedecer à ordem administrativa, é que terá lugar a intervenção prevista no art. 146 da Constituição, que autoriza a União a intervir no domínio econômico, mediante leis especiais.⁴³

⁴¹ 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.

⁴² SHIEBER, Benjamin M.. *Abusos do Poder Econômico: Direito e Experiência Antitruste no Brasil e nos E.U.A.*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p.09.

⁴³ MAGALHÃES, Agamenon. *Abuso Poder Econômico*. Revista forense. Rio de Janeiro, v. 46, n. 124, jul./ago. 1949, p.604.

A Lei 4.137, quando aprovada, após vários anos e numerosos substitutivos introduzidos, distanciou-se do projeto apresentado por Agamenon Magalhães, que mantinha os moldes do Decreto-lei n. 7.666.

A Comissão proposta por Agamenon Magalhães foi mantida no texto aprovado, mas com o nome Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que se mantém até hoje.

No mais, o texto aprovado, contrariando o projeto do Deputado Agamenon, não caracteriza os abusos do poder econômico como atos que tenham *por fim* dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros. Ela considera formas de abuso do poder econômico determinados atos, se eles *concretamente* resultarem em domínio dos mercados nacionais, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros⁴⁴. Essas modificações se deram para afastar a “insegurança jurídica” apontada por muitos, inclusive congressistas que participaram do projeto aprovado⁴⁵.

Assim publicada a lei, a doutrina, em grande peso⁴⁶, considerou-a de caráter eminentemente penal, conforme explica José Frederico Marques, em parecer:

Para perfeita elucidação do assunto, (...), cumpre firmar, desde logo, que, no direito penal econômico, é postulado tranqüilo o de que as infrações ali previstas estão subordinadas, também, ao princípio do direito penal liberal, de que não há crime sem previa definição legal, ou seja, o princípio da tipicidade; não há infração penal sem previa descrição típica.⁴⁷

E nesse sentido também entende Franceschini:

(...) a Lei Antitruste nacional há de ser aplicada sob a égide do já mencionado princípio da reserva legal (que exige interpretação restritiva dos tipos, sob os prismas tanto da responsabilidade objetiva como subjetiva) e com repúdio à analogia, máxime tendo-se presente que a matéria antitruste che-

⁴⁴ SHIEBER, Benjamin M.. *Abusos do Poder Econômico: Direito e Experiência Antitruste no Brasil e nos E.U.A.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p.33-34.

⁴⁵ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.130; SHIEBER, Benjamin M.. *Abusos do Poder Econômico: Direito e Experiência Antitruste no Brasil e nos E.U.A.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p.20-38.

⁴⁶ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Lei de defesa da concorrência: origem histórica e base constitucional*. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília, v. 45, n. 180, jul./dez. 1992, p.178-180.

⁴⁷ MARQUES, José Frederico. *Abuso do Poder Econômico: Direito Penal Econômico: Princípios sobre a interpretação de suas normas: Do Conceito de Monopólio*. Revista Forense. Rio de Janeiro, v.62, n.215, jul./set. 1966, p.49.

ga a ingressar na esfera das garantias individuais.⁴⁸

Seguindo-se o princípio da reserva legal, os meios necessários para a consumação dos delitos, previstos no art. 2º da Lei n. 4.137, devem ser vistos como taxativos. Os tipos (delitos-fim) são, portanto, os especificados nas alíneas dos incisos I a V, sendo as demais figuras (delitos-meio), relacionadas nas demais alíneas, meramente instrumentais, não subsistindo isoladamente⁴⁹⁻⁵⁰.

Ressalte-se que, para a configuração do ilícito penal, faz-se necessário o elemento subjetivo do tipo. Sobre isto fala José Frederico Marques, em comentário a respeito do art. 5º⁵¹ da Lei n. 4.137, que explica o Inciso III do art. 2º:

⁴⁸ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p.03.

⁴⁹ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao Direito da Concorrência*. Revista de Direito Econômico. Brasília, n. 21, out./dez. 1995, p.115.

⁵⁰ 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 acordo entre empresas, ou entre pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de suas atividades;

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

c) coalizão, incorporação, fusão, integração ou qualquer outra forma de concentração de empresas;

d) concentração de ações, títulos, cotas ou direitos em poder de uma ou mais empresas ou de uma ou mais pessoas físicas;

e) acumulações de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa;

f) cessação parcial ou total das atividades de empresa promovida por ato próprio ou de terceiros;

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

II Elevar sem justa causa os preços, no caso 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 á compra de determinado bem.

V) Exercer concorrência desleal, por meio de:

a) exigência de exclusividade para propaganda publicitária;

b) combinação prévia de preços ou ajuste de vantagens na concorrência pública ou administrativa.

⁵¹ Art. 5º Entendem-se por condições monopolísticas aquelas em que uma empresa ou grupo de empresas controla em tal grau a produção, distribuição, prestação ou venda de determinado bem ou serviço, que passa a exercer influência preponderante sobre os respectivos preços.

“Praticará abuso de poder econômico a empresa que, operando em condições monopolísticas, interromper ou reduzir em grande escala sua produção sem justa causa comprovada, perante o C.A.D.E., para provocar a alta de preços ou a paralisação de indústrias que dela dependam”.

A figura típica de infração penal-econômica, que o texto prevê e descreve, é anômala, uma vez que contem, em si, elemento subjetivo do injusto e elemento normativo. Dai se segue que a operação consistente em reduzir a empresa, em grande escala, sua produção, não caracteriza, por si, o ilícito econômico: nessa redução reside a base material ou elemento objetivo do tipo, isto é, nela se consubstancia a conduta que pode ocasionar a infração econômico-penal. Todavia, **para que tal conduta seja tida como típica, de modo a formar ou constituir fato indiciariamente delituoso, faz-se imprescindível que seja integrada ou completada pelos elementos subjetivos e normativos do tipo** (grifos nossos). Assim sendo, torna-se necessário: a) no campo normativo, que a redução se opere sem justa causa; b) no campo subjetivo, que tenha como **dolo específico ou causa finalis, a provocação de alta dos preços, ou “a paralisação de indústrias” que dependam da empresa** (grifos nossos).⁵²

Então, o ato “provocar condições monopolísticas”, além de ser efetivamente realizado, deve conter, para configurar o ilícito, dolo específico em provar a alta dos preços ou paralisar indústrias dependentes.

Portanto, concluiu o eminente jurista em relação aos monopólios, cuja análise será importante no próximo capítulo deste trabalho: “Monopólio proibido, no direito pátrio, é aquele resultante 'de atos privados, que deliberadamente visam à criação monopolística' ”⁵³.

Ou seja, em hipótese alguma as práticas monopolísticas e as demais infrações à ordem econômica poderiam ser consideradas ilícitas a priori. Apenas configuraria a ilicitude, de caráter penal, havendo dolo.

Assim, haveria crime se os tipos, taxativamente especificados nas alíneas dos incisos I a V, fossem consumados, devendo haver também dolo específico. E também, muito importante ressaltar, o abuso ao poder econômico, como infração penal, não era considerado per si, não havia o delito “abuso do poder econômico”, pois se confundia com os próprios atos de dominação elencados no art. 2º da Lei n.

Parágrafo único. Praticará, abuso de poder econômico a empresa que, operando em condições monopolísticas, interromper ou reduzir em grande escala sua produção sem justa causa comprovada, perante o CADE, para provocar a alta dos preços ou a paralisação de indústrias que dela dependam.

⁵² MARQUES, José Frederico. *Abuso do Poder Econômico: Direito Penal Econômico: Princípios sobre a interpretação de suas normas: Do Conceito de Monopólio*. Revista Forense. Rio de Janeiro, v.62, n.215, jul./set. 1966, p.50.

⁵³ Idem, p.51.

4.137/62. Os incisos caracterizavam os delitos⁵⁴.

Essa visão penalista da concorrência foi adotada inclusive pelo CADE, conforme se extrai das seguintes decisões:

- 1) “A legislação antitruste é de natureza penal”⁵⁵.
- 2) “Inexiste crime de abuso do poder econômico sem prévia definição legal”⁵⁶.
- 3) “Os princípios gerais do Direito Penal são aplicáveis ao Direito Penal Econômico. Assim, por força do princípio da reserva legal, não há delito de abuso do poder econômico sem lei anterior que o defina”⁵⁷.
- 4) “A Lei de repressão ao abuso do poder econômico é, desenganadamente, uma lei penal e parte do Direito Penal Econômico”⁵⁸.
- 5) “O dolo é elemento necessário à configuração de abuso do poder econômico”⁵⁹.

2.4. Leis n. 8.158/91 e n. 8.884/94

⁵⁴ BASTOS, Aurélio Wander. *Estudo sobre a evolução legislativa de conceitos de direito econômico no Brasil*. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília, v.48, n.186, jul./dez. 1995, p.100.

⁵⁵ Ementa n. 7 (Referência: Voto Conselheiro-Relator Guilherme A. Canedo de Magalhães no Processo Administrativo n. 21 {Incidente Processual}, de 7 de fevereiro de 1977, suscitante: Cooperativa Central dos Produtores de Açúcar e Álcool do Estado de São Paulo {Copersucar}. In DOU de 10 de março de 1977, Seção I, pp. 2.755 e ss.). Citada em FRANCESCINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCINI, José Luiz Vicente de Azevedo. *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p.23.

⁵⁶ Ementa n. 9 (Referência: Voto do Conselheiro-Relator Geraldo de Rezende Martins no Processo de Averiguações Preliminares n. 56, de 2 de outubro de 1975, representante: Comércio, Transporte e Entrepósito de Leite e seus derivados “Lutador”, representada: Cia. Brasileira de Leite e Café Solúvel Lei-Caf e Leitesol, in DOU de 19 de novembro de 1975, Seção I, Parte I, pp. 15.472 e ss.). Citada em: Idem, p.25.

⁵⁷ Ementa n. 15 (Votos no Processo Administrativo n.5, de 6 de maio de 1969, representantes: Federação nacional de Hotéis e Similares e Sindicato de Hotéis e Similares de Belo Horizonte, representados: Cia. Antártica Paulista- Indústria Brasileira de Bebidas e Conexos, Cia. Cervejaria Brahma e Distribuidora de Bebidas Mineira Ltda. Conselheiro-Relator: Gratuliano Brito. *Revista de Direito Econômico*, 5/122 e ss., in DOU de 12 de junho de 1969, Seção I, Parte I, pp. 5.012 e ss., republicado em 10 de setembro de 1969, pp. 7.659 e ss.). Citada em: Idem, p.28.

⁵⁸ Ementa n. 22 (Referência: Voto no processo SC-GB 675/64, de 25 de maio de 1965, representante: Procuradoria Geral do CADE, representada: Consultoria Geral da República. Conselheiro-Relator: Nestor Duarte. In *Revista de Direito Econômico*, 1/25 e ss.). Citada em: Idem, p.33.

⁵⁹ Ementa n. 40 (Referência: Decisão no Processo de Averiguações Preliminares n.5, de 16 de julho de 1965, representante: Pedreira São José Ltda., representado: Antonio Benjamim de Almeida. Conselheiro-Relator: Gratuliano Brito. In DOU de 21 de dezembro de 1965, Seção I, Parte I, p.13.194.). Citada em: Idem, p.42.

A lei n. 8.158, promulgada em 8 de janeiro de 1991, não revogou a Lei n. 4.137/62.

No novo dispositivo, o procedimento administrativo de apuração de irregularidades nas práticas violadoras da ordem econômica foi dinamizado com a criação da Secretaria Nacional de Direito Econômico – SNDE, vinculada ao Ministério da Justiça.

Sem a revogação da lei anterior, o CADE passou a funcionar junto com a SNDE que, nos termos da lei de 1991, lhe dava suporte pessoal e administrativo. Com a Lei n. 8.884, o CADE passaria à condição de autarquia.

A visão penalista não se alterou em virtude das novas leis. Franceschini observa que a sistemática presente na Lei n. 4.137, da descrição dos delitos-meio, passa a ser meramente exemplificativa, e que os delitos-fim da lei de 1962 passaram a ser reconhecidos como delito único, descrito na Lei n. 8.158 como “infração à ordem econômica”⁶⁰.

A Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que revogou as Leis n. 4.137/62 e 8.158/91, em vigor nos dias atuais, manteve a identificação do conceito de abuso do poder econômico com o conceito de infração à ordem econômica, seguindo o que havia na Lei n. 8.158. O tipo previsto no caput do art. 3º da lei de 1991⁶¹, delito-fim,

⁶⁰ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao Direito da Concorrência*. Revista de Direito Econômico. Brasília, n. 21, out./dez. 1995, p.116.

⁶¹ Art. 3º Constitui infração à ordem econômica qualquer acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins visados não sejam alcançados, tais como:

I - impor preços de aquisição ou revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas e margens de lucro, bem assim estabelecer preços mediante a utilização de meios artificiosos;

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

III - dividir os mercados de produtos acabados ou semi-acabados, ou de serviços, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários;

IV - fixar ou praticar, em conluio com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;

V - regular mercados mediante acordo visando a limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção e a distribuição de bens e serviços;

VI - dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços;

VII - recusar, injustificadamente, a venda de bens ou a prestação de serviço, dentro das condições de pagamento normais aos usos e praxes comerciais;

tem correlação com os previstos no art. 20 da lei vigente⁶². E os delitos-meio, descritos nos incisos do art. 3º da lei antiga, correlacionam-se com as disposições do art. 21⁶³ da Lei nº 8.884. Como os delitos-meio nessas leis são meramente exemplificati-

VIII - 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;
 IX - dificultar ou romper a continuidade de relações comerciais de prazo indeterminado, com o objetivo de dominar o mercado ou causar dificuldades ao funcionamento de outra empresa;
 X - impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;
 XI - abandonar, fazer abandonar ou destruir lavoura ou plantações, com o fim de dificultar ou impedir a concorrência ou obter lucro arbitrário;
 XII - destruir, inutilizar ou açambarcar sem justificada necessidade, matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir ou inutilizar equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los, transportá-los, ou dificultar a sua operação;
 XIII - vender mercadoria ou prestar serviços sem margem de lucro, visando à dominação do mercado;
 XIV - importar ou exportar mercadoria ou comercializá-la abaixo do preço praticado no país exportador em prejuízo de concorrente com estabelecimento no Brasil;
 XV - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;
 XVI - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresas;
 XVII - constituir ou participar de associação ou entidade de qualquer natureza cuja finalidade ou efeitos configurem quaisquer das práticas vedadas por esta lei;
 XVIII - agir ou omitir-se, em conluio com concorrentes, mediante condutas paralelas cuja finalidade ou efeitos tipifiquem quaisquer das práticas indicadas nesta lei.

⁶² Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- 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;
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

⁶³ Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

- 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;
- IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;
- V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;
- VI - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;
- VII - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;
- VIII - combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa;
- IX - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;
- X - 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;
- XI - 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;
- XII - 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;

vos, as únicas figuras típicas são as descritas nos quatro incisos do art. 20 da lei atual, e no art. 3º da anterior, em que havia tipo único⁶⁴.

Aurélio Wander Bastos entende que a lei de 1991 prejudicou a repressão ao abuso do poder econômico. Isto porque o artigo 3º da Lei n. 8.158, que não revogou a Lei n. 4.137, se sobrepôs ao art. 2º desta última. Segundo o autor:

Esta estrutura legal alterou a tradição brasileira anterior que entendia que o abuso do poder econômico (dominação de mercado, etc.) se praticava através de meios específicos, dispondo que os meios em si poderiam ser infração à ordem econômica, pois se confundia com os próprios atos de dominação. Esta variação da natureza jurídica do abuso do poder econômico prejudicou a apuração de ação dominante abusiva e privilegiou as condutas que, em si, poderiam ser praticadas por qualquer agente econômico e, não apenas, pelo poder econômico.⁶⁵

Sob a ótica penalista, grave problema foi encontrado no art. 20 da lei atual (como era no art. 22 da lei de 1991), na qual está prevista a responsabilidade objetiva dos infratores da ordem econômica, sendo inconstitucional para Franceschini, conforme explica:

Assim, pode-se afirmar horripilantemente inconstitucional a tentativa do art. 20 da atual lei, nº 8.884, de 11 junho de 1994 (como era o art. 22, *in fine*, da Lei nº 8.158, de 8 de janeiro de 1991), que procura consagrar a responsabi-

-
- XIII - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;
 - XIV - 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;
 - XV - 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;
 - XVI - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;
 - XVII - abandonar, fazer abandonar ou destruir lavouras ou plantações, sem justa causa comprovada;
 - XVIII - vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo;
 - XIX - importar quaisquer bens abaixo do custo no país exportador, que não seja signatário dos códigos Antidumping e de subsídios do Gatt;
 - XX - interromper ou reduzir em grande escala a produção, sem justa causa comprovada;
 - XXI - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;
 - XXII - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;
 - XXIII - 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;
 - XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço.

⁶⁴ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao Direito da Concorrência*. Revista de Direito Econômico. Brasília, n. 21, out./dez. 1995, p.116-117.

⁶⁵ BASTOS, Aurélio Wander. *Estudo sobre a evolução legislativa de conceitos de direito econômico no Brasil*. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília, v.48, n.186, jul./dez. 1995, p.101.

lidade objetiva em matéria repressiva, nos seguintes termos:

“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 (...)” (grifamos).

De qualquer modo, consumada a infração sob a égide de legislação anterior que não contempla tal heresia, seria obviamente indiscutível que, com maior razão, a indispensabilidade da presença do elemento subjetivo seria patente. É notório que, em tema punitivo, prevalece o princípio da irretroatividade da Lei mais gravosa. Diferindo as regras positivas imperantes ao tempo do eventual delito e da época de seu julgamento, aplica-se a mais benéfica.⁶⁶

Todo fato típico possui, como elemento, a conduta, uma ação ou omissão⁶⁷. Sendo o dolo, elemento intencional, necessário para a consumação dos delitos contra a concorrência, não cabe, sob a ótica penalista, responsabilidade objetiva em matéria repressiva.

2.5. Conclusões

A ser adotado o enfoque penalista, depreende-se o seguinte:

- 1) A repressão ao abuso do poder econômico surgiu, no Brasil, em norma penal, o Decreto-lei n. 869/39.
- 2) O Decreto-lei n. 7.666 sofreu críticas por seu caráter administrativo.
- 3) O projeto que deu origem à Lei n. 4.137 sofreu modificação para se afastar dos moldes do Decreto-lei n. 7.666, de modo a se afastar a “insegurança jurídica” deste último.
- 4) A doutrina, e mesmo o CADE, consideraram a Lei n. 4.137 como norma penal, sujeita aos mesmos princípios do direito penal, mormente, tipicidade, taxatividade dos delitos previstos, dolo como elemento subjetivo do tipo.

⁶⁶ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao Direito da Concorrência*. Revista de Direito Econômico. Brasília, n. 21, out./dez. 1995, p.109-110.

⁶⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1987, v.1, p.102.

- 5) As condutas típicas estão previstas no caput do art. 3º da Lei n. 8.158/91 e nos incisos do art. 20 da Lei n. 8.884.
- 6) A responsabilização objetiva em matéria repressiva é inconstitucional.

3. A SUPERAÇÃO DA VISÃO PENALISTA

3.1. Breve histórico das práticas restritivas da concorrência

A economia de mercado sustenta-se sobre dois pilares: a propriedade privada e a livre iniciativa. O Estado liberal, surgido após as revoluções burguesas, assume o papel de defender esse sistema⁶⁸.

Neste período, o crescimento dos negócios era uma forma de se maximizar a eficiência dos empreendimentos realizados, através da economia de escala, na qual se minimizavam os dispêndios e se aumentava a produção, aumentando, por conseguinte, o lucro obtido com a comercialização das mercadorias ou serviços produzidos pelas empresas⁶⁹. O aumento da empresa e de seu poder econômico, poder que resulta da posse dos meios de produção⁷⁰, acabou por gerar situações de dominação do mercado⁷¹.

O agigantamento dos negócios e a formação de monopólios levaram a situações em que as empresas puderam adotar práticas discriminatórias de preços em relação aos clientes, aumento dos preços e o estabelecimento de preços predatórios, *dumping*⁷², usados como ferramenta para desestabilizar economicamente as empresas menores que atuassem no mesmo ramo, expediente utilizado, nos Estados Unidos, pela Standard Oil Company, onde a baixa excessiva dos preços, abaixo inclusive do custo de produção, obrigou as empresas concorrentes a fecharem suas

⁶⁸ MALARD, Neide Teresinha. *O Cartel*. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília, v.47, n. 184, jul./dez. 1994, p.159.

⁶⁹ NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.278-279; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p.25-27.

⁷⁰ MAGALHÃES, Agamenon. *Abuso Poder Econômico*. Revista forense. Rio de Janeiro, v. 46, n. 124, jul./ago. 1949, p.601.

⁷¹ MALARD, Neide Teresinha. *O Cartel*. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília, v.47, n. 184, jul./dez. 1994, p.159-160.

⁷² MAGALHÃES, Agamenon. *Abuso Poder Econômico*. Revista forense. Rio de Janeiro, v. 46, n. 124, jul./ago. 1949, p.601-602.

portas. Uma vez conseguido o domínio do mercado, os preços foram elevados a um nível muito maior do que havia antes, quando havia concorrência⁷³.

Outro processo concentracionista é o Cartel, definido por Neide Teresinha Malard⁷⁴ como um grupo de empresas que atuam em um mesmo ramo de atividade econômica e que, a partir de um determinado momento, para obter um lucro maior sem os riscos econômicos inerentes a um mercado com livre concorrência, fixam um preço unitário para os seus produtos, dividem o mercado entre si, estabelecem estratégias conjuntas para o desenvolvimento de suas atividades, enfim, organizam suas condutas de forma a suprimir a concorrência, alcançando assim os mesmos efeitos de um monopólio. Os membros do cartel mantêm, formalmente, sua autonomia jurídica e financeira, mas, na prática, possuem uma unidade acordada de condutas⁷⁵.

A mesma Standard Oil conseguiu uma situação de quase monopólio da indústria petrolífera nos Estados Unidos ao adquirir o controle de quase setenta sociedades. Os acionistas dessas sociedades transferiram à Standard Oil os direitos relativos às suas ações, que passou a exercê-los como se fosse seu titular. Em troca, os acionistas receberiam remuneração proporcional às suas ações no *pool* formado pelas empresas. O objetivo, formalmente, era atuar em benefício dos acionistas, mas, na prática, deu à Standard Oil a unidade dos negócios das empresas envolvidas e o quase monopólio⁷⁶. Esse é o esquema concentracionista conhecido por *truste*⁷⁷.

⁷³ MALARD, Neide Teresinha. *O Cartel*. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília, v.47, n. 184, jul./dez. 1994, p.160-161.

⁷⁴ Idem, p.167-168.

⁷⁵ Idem, p.168-169.

⁷⁶ BATISTA, Luiz Olavo. *Concentração de Empresas*. Revista Forense. Rio de Janeiro, v.74, n.264, out./dez. 1978, p.62.

⁷⁷ A explicação de Fábio Nusdeo é relevante:

“Nos Estados Unidos e Inglaterra, países onde o *truste* se generalizou, existe toda uma legislação visando coibir seus abusos, sendo de se notar, porém, ser o instituto absolutamente normal e frequentemente utilizado naqueles países para finalidades lícitas e que nada tem a ver com o processo de concentração econômica. Ela decorre da possibilidade jurídica na *common law* de se sobrepor em um mesmo bem dois tipos de propriedade que são separados pelo contrato instituidor do *truste*. Pode assim um proprietário transferir a outrem a propriedade formal do bem – *legal ownership* - mas contratar com ela que os resultados da exploração ou administração daquela propriedade revertam em benefício do primeiro – *beneficial ownership*. (...)”

Houve reação pública contra os trustes, que foram vistos como práticas que não faziam parte do legítimo jogo econômico. A resposta do congresso norte-americano à reclamação popular contra os trustes e cartéis foi a Lei Sherman, de 1890. Esta, na história, foi segunda lei a reprimir o abuso do poder econômico, sendo posterior à lei canadense de 1889, mas, sem dúvidas, foi a mais célebre e exerceu influência sobre as demais legislações que seguiram, inclusive sobre a nossa Lei n. 4.137/62⁷⁸⁻⁷⁹.

Woodrow Wilson, 28º Presidente dos Estados Unidos (1913-1921)⁸⁰, não levando em conta a ameaça à liberdade econômica, e sim, temendo o poder político dos poderosos grupos econômicos que se formavam, capazes de rivalizar como próprio Estado, observou que, se o monopólio persistir, irá sentar-se ao lado do governo, e que este era o governo da corrupção econômica e política⁸¹⁻⁸².

No período imediatamente posterior ao final da II Guerra Mundial, em virtude do crescimento do número de cartéis, trustes e de outras formas de restrição à concorrência, muitos países promulgaram suas próprias leis para regular a matéria da concorrência e, por conseguinte, proteger a concorrência⁸³.

A legislação para reprimir o abuso do poder econômico surge ainda no período do Estado liberal, anterior às Constituições sociais do México (1917) e da Alemanha (1919), e antes, também do período marcado pela intervenção do Estado na

Note-se que genericamente e por extensão tem-se usado a expressão *truste* para designar qualquer forma de união de empresas e de concentração econômica, tanto assim que a legislação destinada a reprimi-la é precisamente chamada de legislação antitruste, o que não deixa de constituir uma evidente impropriedade terminológica, sobretudo em países como o Brasil, onde não existe o instituto do “trust” (NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.280).

⁷⁸ Segundo o próprio Agamenon Magalhães, autor do projeto de lei que, com modificações, foi aprovado como a Lei n. 4.137/62: “O projeto que apresentamos em 15 de abril de 1948 na Câmara dos Deputados, adota as diretrizes da legislação dos Estados Unidos (...)” (MAGALHÃES, Agamenon. *Abuso Poder Econômico*. Revista forense. Rio de Janeiro, v. 46, n. 124, jul./ago. 1949, p. 288).

⁷⁹ FARIA, Werter Rotunno. *Constituição Econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990, p.87.

⁸⁰ Disponível em: <<http://www.whitehouse.gov/about/presidents/woodrowwilson>> Acesso em 08/10/11

⁸¹ MALARD, Neide Teresinha. *O Cartel*. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília, v.47, n. 184, jul./dez. 1994, p.161.

⁸² MAGALHÃES, Agamenon. *Abuso Poder Econômico*. Revista forense. Rio de Janeiro, v. 46, n. 124, jul./ago. 1949, p.604.

⁸³ FARIA, Werter Rotunno. *Constituição Econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990, p.87.

economia, como agente fomentador da atividade econômica, período cujo marco inicial foi o *New Deal*, de Franklin Roosevelt, nos Estados Unidos, durante a década de 30. Essa legislação não desvirtua a economia de mercado e, tampouco, o Estado liberal. Conforme disse Agamenon Magalhães: "Que deve nessa emergência o Estado, que é liberal, que tem por fundamento econômico a livre concorrência? Intervir para evitar ou suprimir o abuso"⁸⁴. Essas normas têm por finalidade proteger o mercado de quem, por práticas abusivas, viole seus fundamentos, no caso, a livre concorrência.

E mesmo no Estado social contemporâneo, a liberdade de iniciativa e a economia de mercado se mantêm, havendo a necessidade, constante, de se proteger o mercado de práticas que atentem contra a livre concorrência.

3.2. Legislação norte-americana e Tratado de Roma

A Lei Sherman, no seu artigo 1º, declara ilegal todo contrato, combinação sob forma de truste ou qualquer outra forma, que restrinjam o comércio entre os Estados-membros ou com as nações estrangeiras. O artigo 2º declara ilegal a monopolização ou o intento de monopolizar qualquer parte do comércio entre os Estados-membros ou com as nações estrangeiras⁸⁵.

Essa lei, por conseguinte, proíbe dois tipos de conduta: os contratos e combinações que restrinjam o comércio e a monopolização.

⁸⁴ MAGALHÃES, Agamenon. *Abuso Poder Econômico*. Revista forense. Rio de Janeiro, v. 46, n. 124, jul./ago. 1949, p.601. Ver capítulo 4 deste trabalho sobre a diferença entre a economia de mercado no modelo liberal tradicional e o existente atualmente, adotado pela Constituição de 1988 como princípio fundamental da República.

⁸⁵ FARIA, Werter Rotunno. *Domínio de mercado, acordos restritivos da concorrência e concentração de empresas*. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília, v.48, n. 185, jan./jun. 1995, p.178.

A aplicação da Lei Sherman foi, em seus princípios, tímida. No entanto, sob sua vigência foi atingido o truste controlado pela Standard Oil, após decisão final da Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1911⁸⁶.

A Lei Clayton, de 1914, complementou a Lei Sherman, ampliando o campo das ilicitudes proibidas ao determinar que as práticas proibidas pela Lei Sherman fossem vetadas em qualquer momento de sua execução, e não mais apenas quando consumadas⁸⁷. Isto devido ao seu artigo 7º, conforme informa Agamenon Magalhães:

A Lei CLAYTON estabeleceu medidas decisivas contra a ação das 'Holding Companies', destacando-se as seguintes: a) nenhuma corporação dedicada ao comércio poderá adquirir direta ou indiretamente, no todo ou em parte o capital de qualquer outra corporação que se dedique igualmente ao comércio, quando tal compra importe restrição da concorrência ou vise à criação de monopólio em qualquer ramo do comércio; (...).⁸⁸

As *holdings* são empresas que possuem ações de outras sociedades empresariais como parte de seu ativo, que, em geral, não exercem atividades industriais ou comerciais próprias. São basicamente entidades financeiras que exercem controle sobre as empresas cujas quotas possuem⁸⁹.

Os trustes não se confundem com as *holdings*. A posse de quotas de outras empresas é lícita. Quando ocorre o controle de todas as empresas que atuam em determinada área do mercado, em certa região, há um monopólio chamado *holding-truste*, figura equiparada ao truste no que tange à supressão da concorrência. A diferença entre as figuras do truste e da *holding-truste* consiste no fato de que no primeiro há uma união das empresas sob uma única, enquanto que na segunda, um agente financeiro controla várias empresas. Ambas afetam, de modo significativo, a concorrência, podendo mesmo suprimi-la⁹⁰⁻⁹¹.

⁸⁶ MAGALHÃES, Agamenon. *Abuso Poder Econômico*. Revista forense. Rio de Janeiro, v. 46, n. 124, jul./ago. 1949, p.603.

⁸⁷ FARIA, Werter Rotunno. *Domínio de mercado, acordos restritivos da concorrência e concentração de empresas*. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília, v.48, n. 185, jan./jun. 1995, p.177.

⁸⁸ MAGALHÃES, Agamenon. *Abuso Poder Econômico*. Revista forense. Rio de Janeiro, v. 46, n. 124, jul./ago. 1949, p.603.

⁸⁹ GIL, Otto. *As sociedades "holdings", os "trusts" e os conglomerados, face à lei de repressão ao abuso do poder econômico*. Revista Forense. Rio de Janeiro, v.73, n.258, abr./jun. 1977, p.68.

⁹⁰ BATISTA, Luiz Olavo. *Concentração de Empresas*. Revista Forense. Rio de Janeiro, v.74, n.264, out./dez. 1978, p.62.

O Tratado de Roma, de 1958, que criou a Comunidade Econômica Europeia (CEE), possui especial importância, em seus artigos 85 e 86, para o pensamento do Professor Werter Faria acerca do direito da concorrência.

No artigo 85, o Tratado CEE proíbe todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum⁹².

O artigo 86 proíbe o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou em uma parte substancial deste⁹³.

As práticas proibidas constituem-se de dois grupos: acordos, associações, decisões e práticas concertadas que restrinjam a concorrência, e abuso de posição de domínio.

Essas referências à legislação norte-americana e à europeia se fazem necessárias porque foram utilizadas pelo Professor Werter na elaboração de seu pensamento sobre o direito da concorrência.

3.3. A tutela da concorrência

Os dois grandes modelos de legislação de defesa da concorrência são o norte-americano e o Tratado de Roma. Nos dois, há duas regras em matéria da concorrência: uma proíbe os acordos entre empresas, as decisões de associação entre

⁹¹ GIL, Otto. *As sociedades "holdings", os "trusts" e os conglomerados, face à lei de repressão ao abuso do poder econômico*. Revista Forense. Rio de Janeiro, v.73, n.258, abr./jun. 1977, p.69-70.

⁹² Disponível no site da Universidade de Coimbra: <<http://dupond.ci.uc.pt/CDEUC/TRVRINT.HTM>> acesso em 15/10/11.

⁹³ Idem.

empresas e todas as práticas concertadas que limitem a concorrência, e a outra proíbe a exploração abusiva da posição dominante no mercado⁹⁴⁻⁹⁵.

Werter Faria explica:

Em resumo, as restrições à concorrência, tanto no direito dos Estados Unidos, como da Comunidade Européia, compõem dois blocos: o das derivadas de acordo entre empresas e o das provenientes do domínio do mercado. De forma semelhante, o art. 1º da lei Sherman declara ilegal todo contrato, combinação sob forma de truste ou outra forma, que restrinjam o comércio entre os diversos Estados ou com nações estrangeiras. O art. 85 do Tratado CEE proíbe todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associação de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum. O art. 2º da lei Sherman declara ilegal a monopolização ou intento de monopolização de qualquer parte do comércio entre os diversos Estados ou com nações estrangeiras. Em termos análogos, o art. 86 do Tratado CEE proíbe o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial dele. Em linhas gerais, como se percebe, há correspondência entre as disposições das duas legislações. São ilegais nos Estados Unidos e na Comunidade Européia os acordos entre empresas que produzam ou sejam capazes de produzir restrições à concorrência. São igualmente ilegais as práticas monopolísticas ou exploração abusiva de uma posição dominante no mercado.⁹⁶

A diferença entre ambas reside na proibição de qualquer forma de monopolização pelas normas norte-americanas, enquanto que no Tratado de Roma o abuso da posição de domínio é reprimido.

Os acordos restritivos da concorrência, práticas concertadas, primeiro grupo de infrações, são chamados de “ententes” (aportuguesamento de “entente”, do francês), palavra que possui vantagens sobre “acordo”, ou mesmo ainda, “contrato”, por não oferecer rigor jurídico, demonstrando uma generalidade de situações. Em nossa língua se chama de colusão, termo que consegue sugerir certa ilicitude, mas não tanto como conluio⁹⁷.

As práticas colusórias são, como explica Werter Faria:

São ajustes realizados por empresas que se situam no mesmo nível do pro-

⁹⁴ FARIA, Werter Rotunno. *Constituição Econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990, p.111.

⁹⁵ FARIA, Werter Rotunno. *Domínio de mercado, acordos restritivos da concorrência e concentração de empresas*. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília, v.48, n. 185, jan./jun. 1995, p.177.

⁹⁶ idem, p.178-179.

⁹⁷ FARIA, Werter Rotunno. *Direito da Concorrência e Contratos de Distribuição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992, p.15.

cesso de produção ou de comercialização (colusão horizontal) ou se encontram em planos diferentes (colusão vertical). Podemos referir como exemplos de colusão horizontal: a divisão do mercado em áreas geográficas, a sua partilha entre fabricantes de um mesmo produto e a atribuição de uma zona de venda delimitada a cada um. Cabe mencionar como exemplo de colusão vertical: o entendimento entre o produtor e distribuidor para a instituição de preços mínimos de venda, ou entre atacadista e varejistas para a fixação de preços de venda.⁹⁸

A colusão manifesta-se pelos ajustes e acordos vedados por terem como efeito a restrição da concorrência no mercado. O Cartel, citado anteriormente, é o resultado das práticas colusórias⁹⁹.

E continua:

Conforme a finalidade, os ajustes ou acordos restritivos da concorrência subdividem-se em verticais, horizontais e de concentração. Com a celebração de acordo horizontal, empresas situadas no mesmo estágio do processo de produção ou de comercialização estipulam a regulação da concorrência entre elas ou com relação a terceiros. Acordam, por exemplo, a divisão do mercado, a fixação dos preços, quantidades de produtos, volume ou aplicação de investimentos. Com a realização de acordo vertical, empresas que se encontram em fases diferentes do processo de produção ou de comercialização limitam a concorrência entre as colocadas numa das etapas. Exemplo corrente dessa prática é a fixação de preços de revenda impostos pelo fabricante para obstar a concorrência entre varejistas. Com a estipulação de acordo de concentração, empresas quem possuíam autonomia jurídica e econômica são postas sob direção única. Diminui, assim, o número de concorrentes, cresce o poder das empresas concentradas e, por via de consequência, torna-se mais fácil obstruir o acesso ao mercado a novas empresas, bem como lançar mão de práticas restritivas.¹⁰⁰

Ressalte-se que a concentração de empresas é parte das práticas colusórias quando restringe a concorrência.

O abuso de posição de domínio é o segundo grupo de práticas restritivas. A figura faz parte do Tratado de Roma, mas não da legislação norte-americana:

Argumenta Cabanellas (h.) (1983, p.645 e s.) que a figura não faz parte da legislação antitruste dos Estados Unidos, pois "enquanto as normas sobre abuso de posição dominante estão dispostas para controlar a conduta das empresas que já adquiriram posição de predomínio em determinado mercado, as normas estadunidenses, em matéria de monopolização, buscam evitar a formação de posições que atribuam o poder de atuar com relativa independência às empresas que as desfrutam, com respeito aos seus possíveis concorrentes. Assim, mesmo, uma vez conquistada a posição monopó-

⁹⁸ Idem, p.15-16.

⁹⁹ FARIA, Werter Rotunno. *Constituição Econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990, p.157.

¹⁰⁰ FARIA, Werter Rotunno. *Direito da Concorrência e Contratos de Distribuição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992, p.17-18.

lica, aquela legislação não reserva suas proibições para as hipóteses em que seja utilizada de forma abusiva ou inconveniente para os consumidores ou o interesse econômico geral, mas intervém para dissolver as estruturas monopolísticas, ainda quando sejam benignas ou mesmo benéficas para a eficiência do setor considerado”.¹⁰¹

A legislação brasileira, desde a Lei n. 4.137, não proíbe o domínio do mercado em si mesmo. A proibição recai sobre o abuso do poder econômico. O abuso, neste caso, pressupõe o:

(...) abuso do poder de monopólio, do comportamento predatório ou inibitivo da empresa em relação às suas concorrentes, inclusive potenciais, e da obtenção de lucro excessivos, comparados ao que proporcionaria um mercado competitivo (grifamos).¹⁰²

Essa figura foi trazida, para o Direito brasileiro, da legislação alemã de repressão ao abuso do poder econômico de 2 de novembro de 1923, e também está presente nas legislações estrangeiras, entre outras, da Inglaterra, Portugal, Espanha, bem como o Tratado de Roma¹⁰³⁻¹⁰⁴.

O monopólio refere-se mais ao comportamento da empresa do que à posição que ela ocupa no mercado. Há monopólio quando uma empresa dispõe do poder de fixar os preços e as condições de venda ou de eliminar os competidores.¹⁰⁵

Contudo, no direito norte-americano, para abrandar a proibição de relativa aos atos que restrinjam a concorrência no mercado, os tribunais lançaram mão da teoria do abuso e conceberam a regra da razão. Assim:

A situação de monopólio não seria o fato constitutivo da ilegalidade, e sim o poder, no sentido econômico do termo, de estipular os preços ou suprimir a concorrência, associado ao propósito de usá-lo. Os juízes passaram a levar em consideração o mercado relevante, que se determina em função dos bens nele oferecidos, área geográfica abrangida e período de tempo objeto da avaliação da área da oferta e da procura diante da atividade da empresa. O reconhecimento da ilegalidade da situação de monopólio deriva da verificação de sua existência, conjugada com o uso desse poder pela empresa. Assim a teoria do abuso acabou por se mesclar com a da ilegalidade “per

¹⁰¹ Idem, p.18-19.

¹⁰² FARIA, Werter Rotunno. *Constituição Econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990, p.24-25.

¹⁰³ FARIA, Werter Rotunno. *Direito da Concorrência e Contratos de Distribuição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992, p.19.

¹⁰⁴ FARIA, Werter Rotunno. *Constituição Econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990, 1990, p.24.

¹⁰⁵ idem, p.25.

se”.¹⁰⁶

A figura do abuso da posição de domínio é construção jurisprudencial, por conseguinte, no direito estadunidense.

Washington Albino comenta acerca da regra da razão:

Em lugar da proibição de contratos e acordos per se, de modo peremptório e geral, ou da hipótese do próprio monopólio, limitava-se à proibição às restrições ‘desarrazoadas’, daí a força do vocábulo, inspirando o princípio que passou a integrar o entendimento do art. 1º daquela lei...¹⁰⁷

Portanto, a regra da razão pode ser considerada como uma interpretação contrária aos termos legais, tendo em vista que os efeitos concretos da prática reprimida produzam efeitos positivos para o mercado e para os consumidores, devendo as razões ser justificadas, em sentido econômico, para tanto¹⁰⁸.

Importante saber que a concentração de empresas também pode se enquadrar na figura do abuso da posição de domínio:

A concentração de empresas é outro meio de restringir a concorrência, que pressupõe a presença de diversas empresas operando no mercado com autonomia, de acordo com a estratégia de cada uma para a consecução de seus objetivos.

A concorrência deve ser vista sob dois aspectos: o estrutural e o de comportamento. Que se referem, respectivamente, à existência de um mercado de diversas empresas e ao modo autônomo e livre com que elas atuam. A concentração de empresas, assim como a posição de domínio, afetam o aspecto estrutural da concorrência, assim como o atinge a posição de domínio.¹⁰⁹

Tendo em vista que a ilegalidade per se foi combinada com a teoria do abuso no direito da concorrência norte-americano, de modo a serem proibidas apenas as situações “desarrazoadas”, continua:

(...) a proibição visa a concentração que tenha por efeito a redução substancial da concorrência, a criação ou o acréscimo do poder econômico, capaz de impedir a continuação de uma concorrência efetiva no mercado.

O direito comunitário europeu, na trilha do norte-americano, estabelece duas regras básicas em matéria da concorrência: uma proíbe os acordos entre empresas, as decisões de associação entre empresas e todas as práticas

¹⁰⁶ Idem, 1990, p.25-26.

¹⁰⁷ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 138.

¹⁰⁸ Idem, p. 139-140.

¹⁰⁹ FARIA, Werter Rotunno. *Domínio de mercado, acordos restritivos da concorrência e concentração de empresas*. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília, v.48, n. 185, jan./jun. 1995, p.176-177.

concertadas, e a outra exploração abusiva da posição dominante no mercado. Qual dessas proibições se aplica à concentração de empresas? A Comissão da Comunidade Européia procurou conhecer as divergências de opinião sobre a aplicabilidade de uma só ou de ambas as proibições, objeto dos arts. 85 e 86 do Tratado de Roma, para expedir o memorando sobre a concentração de empresas, no qual revela prudência relativamente à primeira proibição (acordo entre empresas) mas não exclui que certas operações possam ser analisadas sob esse aspecto, a exemplo daquelas em que haja uma ou mais cláusulas restritivas da concorrência. A segunda proibição (exploração abusiva de uma posição de domínio) é a que mais se aplica às concentrações que ocasionam a monopolização de um mercado. Como se vê, há dupla base jurídica para o enquadramento das operações de concentração.¹¹⁰

Ressalte-se a que a legislação brasileira (Leis n. 4.137¹¹¹, 8.158¹¹² e 8.884¹¹³), como o Tratado de Roma, admite exceções à proibição dos acordos entre empresas, desde que gerem efeitos benéficos ao mercado, e que sejam previamen-

¹¹⁰ Idem, p.177.

¹¹¹ Lei 4.137, Art. 74: Não terão validade, senão depois de aprovados e registrados pelo CADE, os atos, ajustes, acordos ou convenções entre as empresas, de qualquer natureza, ou objeto de seus negócios que tenham por efeito;

- a) equilibrar a produção com o consumo;
- b) regular o mercado;
- c) padronizar a produção;
- d) estabilizar os preços;

e) especializar a produção ou distribuição;

f) estabelecer uma restrição de distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero ou destinada à satisfação de necessidades conexas.

¹¹² FÁRIA, Werter Rotunno. *Constituição Econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990, p.24-25.

¹¹³ Lei 8.158, art. 13: O art. 74 da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 74. Os ajustes, acordos ou convenções, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou reduzir a concorrência entre empresas, somente serão considerados válidos desde que, dentro do prazo de trinta dias após sua realização, sejam apresentados para exame e anuência da SNDE, que para sua aprovação deverá considerar o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos:

- a) tenham por objetivo aumentar a produção ou melhorar a distribuição de bens ou o fornecimento de serviços ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico ou incrementar as exportações;
- b) os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, do outro;
- c) não sejam ultrapassados os limites estritamente necessários para que se atinjam os objetivos visados;
- d) não implique a eliminação da concorrência de uma parte substancial do mercado de bens ou serviços pertinentes.

§ 1º Também poderão ser considerados válidos os atos de que trata este artigo, ainda que não atendidas todas as condições previstas no "caput", quando a restrição neles contida for necessário por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que a restrição tenha duração pré-fixada e, ao mesmo tempo, se comprove que, sem a sua prática, poderia ocorrer prejuízo ao consumidor ou usuário final.

§ 2º Incluem-se nos atos de que trata o "caput", aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer outra forma de agrupamento societário ou concentração

te aprovados e registrados no CADE, sob pena de nulidade ¹¹⁴. Já o abuso da posição de domínio não comporta exceção alguma ¹¹⁵⁻¹¹⁶.

Este mecanismo de isenções por via de decisões individuais do CADE "conduz a resultado análogo ao da regra da razão, de modo a justificar a celebração de acordos, no domínio da concorrência, conflitantes com normas proibitivas" ¹¹⁷.

O abuso de posição dominante também pode ser visto no caso dos oligopólios, quando um pequeno grupo de empresas se encontra em posição de controlar o mercado e restringir o acesso ao mercado às concorrentes, valendo-se de comportamento predatório ¹¹⁸.

econômica, cuja conseqüência implique a participação da empresa ou grupo de empresas resultante, em vinte por cento de um mercado relevante de bens ou serviços.

¹¹⁴ Lei 8.884, Art. 54: Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

§ 1º O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade;
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou
- c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

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

IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

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

§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). (Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

¹¹⁵ FARIA, Werter Rotunno. *Constituição Econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990, p.61.

¹¹⁶ FARIA, Werter Rotunno. *Domínio de mercado, acordos restritivos da concorrência e concentração de empresas*. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília, v.48, n. 185, jan./jun. 1995, p.187.

¹¹⁷ FARIA, Werter Rotunno. *Constituição Econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990, p.14-15; FARIA, Werter Rotunno. *Acordos Restritivos da Concorrência*. Direito Econômico: Revista do CADE. Brasília, v. 2, n. 2, maio/jul. 1987, p.27.

¹¹⁸ FARIA, Werter Rotunno. *Domínio de mercado, acordos restritivos da concorrência e concentração de empresas*. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília, v.48, n. 185, jan./jun. 1995, p.186.

O *dumping* encontra-se entre as práticas colusórias quando resulta de acordo entre empresas, mas também pode enquadrar-se no abuso de posição de domínio quando utilizado para eliminar do mercado as empresas concorrentes¹¹⁹.

No direito brasileiro de proteção da concorrência há uma terceira figura, o aumento arbitrário dos lucros. Essa é uma consequência do abuso da posição de domínio ou das práticas colusórias, não é algo que exista por si só. Em um ambiente onde haja concorrência efetiva, nenhuma empresa possuirá capacidade de aumentar seus lucros arbitrariamente visto que as empresas concorrentes poderão, perfeitamente, baixar suas margens de lucro de modo a adquirirem uma vantagem sobre as demais¹²⁰.

O abuso do poder econômico só é possível como resultado da concentração em uma ou poucas empresas capazes de exercer influência no mercado, é resultado, portanto, de práticas concentracionistas.

A repressão de atos que visem a restringir a concorrência através da dominação dos mercados e da eliminação da concorrência é possível em virtude do texto da Constituição de 1988¹²¹, que segue os moldes da Carta de 1946¹²². Na vigência da Constituição de 1967¹²³ e da emenda de 1969¹²⁴, a repressão ao abuso do poder

¹¹⁹ FARIA, Werter Rotunno. *Constituição Econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990, p.51-53; FARIA, Werter Rotunno. *Dumping e direito da concorrência*. Direito econômico: revista do CADE. Brasília, n. 4, jan./jul. 1988, p.16-18.

¹²⁰ FARIA, Werter Rotunno. *Direito da Concorrência e Contratos de Distribuição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992, p.21.

¹²¹ 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.

¹²² 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.

¹²³ Art. 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

(...)

VI - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

¹²⁴ Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

(...)

econômico era possível, mas, devido às disposições constitucionais, em que não havia referência aos intentos de dominar os mercados ou eliminar a concorrência, apenas os atos de efetivo domínio do mercado e eliminação da concorrência poderiam ser reprimidos¹²⁵.

Assim, a análise das práticas colusórias, do poder de uma empresa no mercado, necessitando-se delimitar o mercado relevante¹²⁶, e a autorização de atos de concentração pelo CADE, em razão dos efeitos positivos que tenha sobre o mercado, assim como a própria regra da razão, exigem uma análise da realidade econômica e um exame da ilicitude em virtude dos efeitos.

Por conseguinte, é proibido o abuso do poder econômico, entendido como ações que tenham por efeito ou visem à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência.

Sobre a apuração da ilicitude em virtude dos efeitos, explica Ricardo Camargo acerca do pensamento de Werter Faria:

(...) que a perquirição dos efeitos constitui questão de fato, com o que a atividade probatória, neste caso, cresce de relevo. E, por outro lado, é trazida ao debate uma questão acerca da qual o pensamento jurídico tradicional não se sente muito confortável, qual seja, a verificação da juridicidade ou anti-juridicidade da situação em função dos efeitos que pode produzir a interpretação ofertada ao ato jurídico, ao invés de se proceder, pura e simplesmente, à confrontação pura e simples de seu conteúdo com o texto abstrato da norma legal.¹²⁷

Isso demonstra a incapacidade de o Direito Penal lidar eficazmente com a tutela da concorrência, visto que não há como, levando-se em conta os princípios do Direito Penal, conceber uma lei que abranja todas as formas de abuso do poder e-

V - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros;

¹²⁵ FARIA, Werter Rotunno. *Constituição Econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990, p.60.

¹²⁶ Deve ser entendido como o mercado onde se travam as relações de concorrência onde atua o agente econômico que está sendo analisado. A Lei 8.884 foi a primeira a fazer referência ao mercado relevante. Porém, sempre foi necessário sua delimitação para aplicação das normas de defesa da concorrência (FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.230-261).

¹²⁷ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. Glosas sobre a Concorrência no Pensamento de Werter Faria. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (org.). *Títulos de Crédito: concorrência e MERCOSUL: estudos em memória do Professor Werter R. Faria*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008, p.105.

conômico. Essa ideia foi exposta no II Seminário Nacional sobre Abuso do Poder Econômico:

Nenhuma lei para proteger eficazmente o comércio contra as restrições ilegais e os monopólios pode conter uma definição que abranja a totalidade das ações lesivas à concorrência, ou enumeração cabal dos comportamentos reprimíveis.¹²⁸

A simplicidade da Lei Sherman e os dispositivos genéricos contidos no Tratado de Roma não são características de inferioridade, mas sim, características gerais das leis de defesa da concorrência, como explicou o Professor Werter no I Seminário Nacional sobre Abuso do Poder Econômico, realizado em 04/08/1987:

Sob o aspecto da tecnicidade, as formas de abuso do poder econômico, entre nós, ainda não foram analisadas e classificadas suficientemente, talvez porque, no terreno da concorrência, os ilícitos têm a particularidade de não se deixarem cingir por tipos escritos, nem se adequem ao preenchimento de enumerações taxativas. Prestam-se a descrições por meio de tipos amplos. A imprecisão não é inferioridade, mas característica geral das leis anti-truste. Em face de textos legais vagos e flexíveis tem-se de procurar a interpretação menos literalista, condizente em plenitude com o fundamento das incriminações, que é fazer respeitar o regime de competição.¹²⁹

O Professor Alfredo de Assis Gonçalves Neto, presente nesse Seminário, fez o seguinte comentário:

O problema que se coloca, portanto, é o que, diante dos tipos descritivos adotados por nossa lei e à vista do princípio da tipicidade, podem surgir novas práticas comerciais restritivas causadoras de resultados idênticos aos condenados pela lei, que pré-excluem a configuração do abuso do poder econômico. Citaria, como exemplo, a art. 5º, § único, da Lei nº 4.137, que estabelece: "Praticará abuso de poder econômico a empresa que, operando que, operando em condições monopolísticas, interromper ou reduzir em grande escala a sua produção, sem justa causa comprovada perante o CA-DE, para provocar a alta dos preços ou a paralisação de indústrias que dela dependam".

Pois bem. O tipo seria interromper ou reduzir em grande escala a sua produção. Suponha-se que uma das empresas, visando o mesmo resultado que a norma condena, não interrompa nem reduza sua produção, mas deixe de fornecer seus produtos àquela que dela depende, levando-se, com isso, à paralisação de suas atividades. (Estoca seus produtos ou os coloca com terceiros, mas não interrompe nem reduz a produção.) Seu comportamento, segundo o rigor tipológico, não ensejaria a caracterização de abuso do poder econômico.¹³⁰

¹²⁸ FARIA, Werter Rotunno. *Constituição Econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990, p.77.

¹²⁹ Idem, p.27.

¹³⁰ Idem, p.32.

Comparando-se essa observação do Professor Alfredo de Assis com a visão penalista, o resultado seria a continuidade das práticas lesivas à concorrência.

Isabel Vaz comenta a inadequação do direito penal para tutelar a concorrência:

Por outro lado, quando se examinam os termos das leis de proteção da concorrência, verifica-se que o discurso adotado pelo legislador não se coaduna com os princípios gerais informadores do Direito Penal, tais como a reserva legal e o hermetismo dos tipos penais, de modo a não admitir a aplicação analógica da lei. Como as atividades econômicas — campo de incidência das leis em apreço — são dinâmicas por natureza, o Estado jamais conseguiria coibir abusos correntemente verificados se não pudesse recorrer à analogia, na falta de tipificação expressa de um delito econômico.

Os princípios diretores da legislação penal são informados por valores distintos daqueles aplicáveis à legislação sobre a concorrência empresarial. Enquanto os primeiros dizem respeito à vida e à liberdade humanas, os segundos regem a conduta dos agentes econômicos. Enquanto a legislação penal deve obediência ao princípio da reserva legal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), as leis sobre a concorrência não podem prescindir de uma certa flexibilidade, necessária ao acompanhamento do dinamismo inerente às atividades econômicas. Este dinamismo e esta flexibilidade encontram-se no Direito econômico, muito mais do que no Direito penal.

Demais disso, o Estado precisa de instrumentos flexíveis, maleáveis e dinâmicos para realizar suas políticas econômicas e o Direito penal não dispõe dos meios necessários para tal empreendimento.¹³¹

Werter Faria explica a característica das normas de repressão ao abuso do poder econômico:

A repressão ao abuso do poder econômico deve ser compreendida como proibição de todas as práticas comerciais que anulam ou distorcem a livre concorrência.

Mas, a exemplo do que acontece no direito europeu, segundo a observação de Nuñez (1987, p.310), a lei de repressão ao abuso do poder econômico carece de natureza jurídico-penal, porque também o nosso legislador, a exemplo do espanhol, entendeu que “aplicar a técnica da tipicidade penal, definindo como delitos os atos proibidos pela lei nesta matéria concreta, atentaria contra o princípio da segurança jurídica, dadas as dificuldades dessa tipificação e, por outro lado, quebraria a regra áurea da adequação e proporcionalidade da sanção ao infrator, utilizando a sanção penal para algo que administrativamente é atingível”. Respeitou-se, desse modo, o chamado princípio da subsidiariedade da intervenção do direito penal, que, segundo as palavras de Costa (1987, p.17), “traduz a idéia, também hoje praticamente consensual, de que a norma penal só deve ser intervir para proteção de um

¹³¹ VAZ, Isabel. *As três Vertentes do Direito da Concorrência*. Revista de Direito Econômico. Brasília, n. 27, jan./jul. 1998, p.26. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?82a265ab70ae71c99fa3>> Acesso em: 22 de out. 2011.

determinado bem jurídico como última ratio. O que arrasta, por força de necessidade subjacente, a consequência de que um preciso bem jurídico, muito embora se possa pôr em causa a sua ilicitude material (nesta ocasião ainda não tipificada), só deve ser protegido pela norma penal, e como tal merecedora de pena a conduta que violou ou pôs em perigo, se as sanções dos outros ramos do direito não mostrarem suficientes”.¹³²

As infrações especificadas nas leis de defesa da concorrência não possuem características do conteúdo ou matéria das normas penais (descrição concreta e exaustiva da conduta proibida). Além disso, são aplicadas por um órgão judiciante vinculado ao Poder Executivo. Essas sanções não têm a natureza de penas criminais, e sim administrativas¹³³. O Professor Werter continua:

São proibidas as ações que se dirijam para o fim ou visem à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Por conseguinte. As infrações se caracterizam pelo comportamento no mercado de que resulte ou possa resultar uma ofensa ao bem jurídico (concorrência) que a lei protege. Como as infrações constam em normas jurídico-administrativas de disciplina do mercado e não possuem natureza de delito (ação punida pela lei penal), descabem quaisquer conjecturas sobre a estrutura e composição de tipos supostamente idênticos aos penais, bem como a distinção entre tipos de mera conduta, de resultado e de perigo abstrato

Vem a propósito, contudo, a distinção entre resultado da infração e ofensa ao bem jurídico protegido pela lei de defesa da concorrência. O primeiro pertence à teoria do tipo penal e a segunda é elemento comum aos delitos punidos pela lei penal e às infrações de outra natureza. Toda violação ao bem jurídico tutelado deve implicar na realização de um dano (lesão efetiva) ou risco (lesão potencial) à livre concorrência. Tratando-se de fase prévia à realização completa do tipo penal, figura inexistente no direito da concorrência, nada custa manter a tentativa (desenvolvimento da atividade criminosa) no âmbito do ramo do direito a que pertence.¹³⁴

São proibidas, portanto, as ações que tenham por fim ou que visem à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência. As infrações se caracterizam pelo comportamento que resulte ou que possa resultar em ofensa ao bem protegido, a concorrência¹³⁵.

¹³² FARIA, Werter Rotunno. *Constituição Econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990, p.151.

¹³³ Idem, p.152.

¹³⁴ Idem, p.152-153.

¹³⁵ A Lei n. 8.884 fala em responsabilidade objetiva, mas isto é tido por descabido nas infrações anti-concorrenciais, de caráter administrativo: “A legislação estipuladora de responsabilidade administrativa em geral desconsidera o elemento subjetivo concernente às intenções do infrator ao descrever os comportamentos infracionais. Cogitem-se, para ilustração da afirmativa, as multas por descumprimento das posturas edilícias, por infração às normas de trânsito, por descumprimento de obrigação tributária instrumental, ou as penas próprias do regime dos servidores públicos. Em todos esses casos, o fundamento da responsabilização não é a culpa do responsabilizado, mas sim o efeito prejudicial da conduta típica (para o trânsito, para a administração tributária, para o serviço público etc.). Portanto,

Ressalte-se que a apuração da ilicitude dos atos que prejudicam a concorrência deve ser realizada com base nos efeitos que, por sua natureza econômica, devem ser analisados sob esta ótica, como explica João Bosco Leopoldino da Fonseca:

As questões envolvidas nas relações de mercado, e mais particularmente as questões relativas à concentração, ao poder econômico e ao abuso deste poder, não podem ser resolvidas somente com base na legislação, através de critérios meramente jurídicos.¹³⁶

Essa questão da análise econômica foi exposta pelo Professor Werter no I Seminário Nacional sobre Abuso do Poder Econômico, em 04/08/87:

O maior problema é que não estávamos analisando, no Brasil, processos administrativos para a apuração de abuso do poder econômico como eles devem ser analisados em e o são em outros países, ou seja, para se apreciar um caso de abuso do poder econômico é preciso o conhecimento do setor da economia onde estaria se processando o abuso.¹³⁷

E também dá ideia da situação em que se encontrava o CADE antes de sua presidência, sem considerações econômicas adequadas, e ainda sob um enfoque penalista de interpretação do direito da concorrência.

Com o que foi exposto, mostramos que, para a efetiva defesa da concorrência, as normas de repressão ao abuso do poder econômico não podem ser aplicadas sob um enfoque penalista, cuja rigidez não permite uma apuração adequada das

chamar de objetiva a responsabilidade por infração da ordem econômica se justifica apenas por uma semelhança com a categoria do direito civil, consistente na irrelevância da culpa. Mas, rigorosamente falando, não há objetivação da responsabilidade do agente ativo porque, embora haja a possibilidade de socialização das repercussões econômicas do dano, nas situações relacionadas à infração da ordem econômica, a responsabilização decorre da prática ilícita. A responsabilização administrativa do empresário em virtude de infração à ordem econômica independe de culpa. No entanto, não é técnico chamar a hipótese de “objetiva”, à semelhança do que se verifica com a responsabilidade civil independente de culpa. Isto porque a infração da ordem econômica é sempre um ilícito” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1998, v.1, p.204-205).

¹³⁶ FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Admissibilidade de atos que limitam a concorrência*. Revista de Direito Econômico. Brasília, n. 26, set./dez. 1997, p.25. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?82a265ab70ae71c99fa3>> Acesso em: 22 de out. 2011. O autor é defensor da análise econômica do direito, onde uma norma deve ser aplicada se os ganhos desta aplicação superam o de sua não aplicação. O que se leva em conta é o custo, econômico mesmo, social das decisões. Werter Faria não adota este entendimento, mas a análise econômica é indispensável para a verificação da situação de fato marcada pela ilicitude, já que não há nas leis de defesa da concorrência não há, como foi exposto, possibilidade de indicar, taxativamente, todas as situações ilícitas e, tampouco, as situações benéficas ao mercado, que afastam a ilicitude.

¹³⁷ FÁRIA, Werter Rotunno. *Constituição Econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990, p.36.

infrações, sob pena de se concretizar os mandamentos constitucionais relativos ao mercado, no que toca à concorrência.

A apuração da ilicitude em virtude dos efeitos foi o objetivo de Agamenon Magalhães ao elaborar o Decreto-lei n. 7.666/45 e o projeto, aprovado com substanciais modificações, da Lei n. 4.137/62. A contribuição de Werter Faria foi de levar esse entendimento para o CADE, quando Presidente.

Por fim, ressalte-se que essa análise da ilicitude em virtude dos efeitos, levando-se em conta a análise econômica, ao se aplicar a legislação de defesa da concorrência, não constitui uma abertura de poderes legislativos ao CADE¹³⁸, visto que seus atos estão submetidos ao controle jurisdicional por força do inciso XXXV do art. 5º da Constituição de 1988¹³⁹.

3.4. Análise da legislação brasileira

A Lei n. 4.137, embora adotasse as diretrizes da Lei Sherman, com modificações para se adequar ao ordenamento jurídico brasileiro, não separou os grupos de infrações em dois, como esta. Porém a proibição das práticas colusórias e do abuso da posição dominante estão presentes, mas não de uma forma clara:

A técnica legislativa recomendava dividir o artigo em dois, que proibissem, respectivamente, os acordos entre empresas e o abuso de posição dominante, cada um subdividido em parágrafos ou incisos, compostos de um reduzido número de exemplos de práticas restritivas. Sem embargo, o art. 2º foi dividido em cinco incisos que, por sua vez, subdividiram-se em sete letras, de uma forma caótica, agravada pela descrição às vezes obscura das infrações. Por isso, a letra *g* do inc. I do art. 2º (criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa) tornou-se uma cláusula geral a respeito do abuso de posição dominante. A colusão, sob a forma de ajuste ou acordo entre empresas para eliminar total ou parcialmente a concorrência, prevista na letra *a* do inc. I do art. 2º, também

¹³⁸ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. Glosas sobre a Concorrência no Pensamento de Werter Faria. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (org.). *Títulos de Crédito: concorrência e MERCOSUL: estudos em memória do Professor Werter R. Faria*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008, p.106.

¹³⁹ XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito

se converteu numa cláusula geral.¹⁴⁰

Um dos motivos apontados por Werter Faria para o modesto êxito da repressão ao abuso do poder econômico, durante o período de vigência da Lei n. 4.137, foi a difícil interpretação dessa norma.

A Lei n. 8.158, que modificou a Lei n. 4.137, ampliou a lista de exemplos de práticas que constituem abuso da posição de domínio em seu art. 2º e definiu como *infração da ordem econômica*, e não como da liberdade de concorrência, ações que são práticas colusórias ou abuso de posição dominante. Comenta Werter Faria:

Com a promulgação desta lei, implantou-se a confusão entre a defesa da concorrência e a criminalização e punição de atividades delituosas contra a ordem econômica, que não se encontra na Constituição Federal. Com efeito, o § 4º do art. 173 dispõe sobre repressão ao abuso do poder econômico ou proteção da livre concorrência, enquanto o § 5º estabelece a responsabilidade das pessoas jurídicas pelos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.¹⁴¹⁻¹⁴²

E adverte:

As normas relativas à concorrência devem formar um conjunto isolado de quaisquer outras normas, especialmente das que regulam infrações contra a economia popular. O objeto das leis de repressão das práticas comerciais restritivas é proteger a concorrência contra acordos entre empresas e o abuso de posição dominante.¹⁴³

As Leis n. 4.137 e n. 8.158 foram revogadas pela Lei n. 8.884, que continuou com a menção às infrações contra a ordem econômica, e fez referência ao fundamento da ordem econômica, à livre iniciativa, e também aos princípios da atividade econômica: livre concorrência, função social da propriedade e defesa do consumidor.

A regulamentação do § 4º do art. 173 da Carta de 1988 deveria se dar na forma de uma lei que reprimisse o abuso do poder econômico, uma lei de defesa da

¹⁴⁰ FARIA, Werter Rotunno. *Domínio de mercado, acordos restritivos da concorrência e concentração de empresas*. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília, v.48, n. 185, jan./jun. 1995, p.179.

¹⁴¹ Idem, p.179-180.

¹⁴² § 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

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

¹⁴³ FARIA, Werter Rotunno. *Domínio de mercado, acordos restritivos da concorrência e concentração de empresas*. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília, v.48, n. 185, jan./jun. 1995, p.180.

concorrência. A indicação de um objeto superior à defesa da concorrência, no art. 1º da Lei n. 8.884, sendo que os dispositivos desse diploma tutelam a concorrência, enseja problemas:

Esta equiparação ou a atribuição ao preâmbulo de um valor normativo superior ao do texto articulado, garante uma aplicação do Direito dentro do quadro das orientações estatais e assegura a sujeição das normas às diretrizes políticas que a inspiram. Assim, o preâmbulo exerce a função de dissolução da normatividade. Parece ser o caso da ementa e do art. 1º, que indicam como objetivo da Lei n. 8.884 a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, quando, na realidade, dispõe apenas sobre a tutela da concorrência.¹⁴⁴

O legislador também não tomou o cuidado de dividir as práticas abusivas em dois blocos, como na Lei Sherman, modelo de legislação, em sua forma de definir as práticas ilícitas, a ser seguida:

A Lei Sherman serve de exemplo, ainda não sobrepujado, de cláusulas gerais definidoras das ações ilícitas em matéria de concorrência. Seus preceitos alcançam toda e qualquer espécie de restrição originada de colusão (contratos, ajustes e conjurações passíveis de limitar o intercâmbio ou o comércio entre os Estados federados e com o estrangeiro).¹⁴⁵

Assim explica Werter Faria a estrutura da Lei n. 8.884:

As condutas enumeradas nos vinte e quatro incisos do art. 21 somente constituem infração na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos. Nenhum dos incisos, portanto, basta por si mesmo. Aquela disposição é uma norma de remissão, posto que faz referência à anterior. Desse modo, o seu conteúdo deve ser acrescido do conteúdo da disposição objeto da remissão. O intérprete ou o aplicador da lei devem combinar o art. 21 (unidade básica) e os vários incisos em que se divide com o art. 20 e seus incisos. A primeira disposição enumera condutas que são exemplos de práticas restritivas da concorrência quando configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, quais sejam: 1) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; 2) dominar mercado relevante de bens ou serviços; 3) aumentar arbitrariamente os lucros; e 4) exercer de forma abusiva posição dominante. Apesar da denominação. Os incs. II e IV constituem unidades básicas. O domínio de mercado e o exercício abusivo da posição dominante correspondem ao aproveitamento da ausência de competição efetiva, que dá ao empresário a oportunidade de impor a lei do mais forte.¹⁴⁶

As práticas colusórias correspondem ao inciso I, e o abuso da posição de domínio, aos incisos II e IV. O inciso III, aumentar arbitrariamente os lucros, é conse-

¹⁴⁴ Idem, p.181.

¹⁴⁵ FARIA, Werter Rotunno. *Constituição Econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990, p.184.

¹⁴⁶ FARIA, Werter Rotunno. *Domínio de mercado, acordos restritivos da concorrência e concentração de empresas*. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília, v.48, n. 185, jan./jun. 1995, p.181-182.

quência do abuso da posição de domínio ou das práticas colusórias. Não há, portanto, motivo para que as infrações descritas no art. 21 se completem com as descritas no art. 20¹⁴⁷.

Em exposição feita no II Seminário nacional sobre Abuso do Poder Econômico, em 30/06/90, Werter Faria falou sobre a necessidade de se atualizar a Lei n. 4.137:

Para isso, será necessário, por exemplo, compor dois grupos de infrações: o das práticas comerciais restritivas, baseadas na colusão entre empresas (acordos, decisões e práticas concertadas) e o das ações que constituem abuso da posição dominante do mercado.¹⁴⁸

Tais modificações não foram seguidas pela Lei n. 8.158, que modificou a de n. 4.137, tampouco pela Lei n. 8.884. Nesta, a técnica legislativa empregada é impropriamente similar à empregada nas leis de caráter penal¹⁴⁹. O país perdeu uma oportunidade de adequar suas normas de defesa da concorrência no nível das legislações dos países desenvolvidos estrangeiros, materialmente simples e formalmente bem configurada¹⁵⁰, contrariando uma tendência em nível mundial para a unificação¹⁵¹⁻¹⁵².

3.5. Conclusões

¹⁴⁷ Idem, p.185.

¹⁴⁸ FARIA, Werter Rotunno. *Constituição Econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990, p.184.

¹⁴⁹ Normas de remissão, no Direito Penal, são *normas penais em branco em sentido amplo*, onde o conteúdo de uma norma, incompleto, exige complemento, para que possa ser aplicado no fato concreto, encontrado na mesma lei (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1987, v.1, p.54-55).

¹⁵⁰ FARIA, Werter Rotunno. *Domínio de mercado, acordos restritivos da concorrência e concentração de empresas*. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília, v.48, n. 185, jan./jun. 1995, p.188.

¹⁵¹ FARIA, Werter Rotunno. *Constituição Econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990, p.79.

¹⁵² Ressalte-se que o avanço da globalização tem feito as fronteiras econômicas dos países fiquem menos claras, de modo que infrações as normas de concorrência atinjam vários países. Assim, a convergência das legislações deve ser levada em consideração, trabalho promovido por entidades internacionais econômicas, como a OMC e OECD (GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste: O Combate aos Cartéis*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.217-218).

A visão da tutela da concorrência sob o ponto de vista extrapenal permite evidenciar os seguintes aspectos:

- 1) Abuso do poder econômico são ações que tenham por efeito ou visem à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência. Dividem-se em dois grupos: colusão e abuso do poder de domínio.
- 2) Colusão são os ajustes e acordos vedados por terem como efeito ou objeto a restrição da concorrência no mercado.
- 3) O monopólio, em um primeiro momento, não é proibido no direito brasileiro. Há monopólio quando uma empresa dispõe do poder de fixar os preços e condições de venda ou de eliminar os competidores. Não é necessário para isso que haja uma só empresa atuando em determinado ramo do mercado.
- 4) O abuso da posição de domínio consiste em abuso do poder de monopólio, comportamento predatório ou inibitório da empresa em relação às suas concorrentes, inclusive potenciais, e da obtenção de lucros excessivos, comparados ao que proporcionaria um mercado competitivo.
- 5) O aumento arbitrário dos lucros é consequência do abuso de posição dominante ou das práticas colusórias.
- 6) As infrações caracterizam-se pelo comportamento que resulte (lesão efetiva) ou que possa resultar (lesão potencial) em ofensa ao bem jurídico protegido, a concorrência. Não possuem natureza penal, e sim, administrativa.
- 7) Nenhuma lei para proteger eficazmente o mercado contra o abuso do poder econômico pode conter uma definição que abranja a totalidade das ações lesivas à concorrência.
- 8) As normas relativas à concorrência devem formar um conjunto isolado de quaisquer outras normas. O objetivo das leis de repressão das práticas comerciais restritivas é proteger a concorrência.

4. O MERCADO

4.1. A Visão da Constituição de 1988

A Constituição de 1988 não autoriza a monopolização de atividades econômicas pelo Estado, senão aquelas nela previstas (art. 177¹⁵³). A exploração direta da atividade econômica pela administração pública deve ter por causa os imperativos de segurança nacional ou relevante interesse público, definidos em lei¹⁵⁴.

O princípio da livre iniciativa foi adotado como princípio fundamental do Estado democrático de direito. Consta no Título VII, que dispõe sobre a ordem econômica e financeira, entre os princípios gerais, a livre concorrência.

A constituição adota o modelo de economia de mercado e o caracteriza como um dos fundamentos do próprio Estado¹⁵⁵.

Para Werter Faria o mercado:

(...) não é o lugar onde se efetuam transações de bens e serviços. Sob o ponto de vista econômico, significa o conjunto da oferta e da procura de determinado bem, mediante as quais os preços se formam. Nele se processam as negociações de todas as mercadorias e serviços e coexiste o arcaísmo das tendas e o arrojo das lojas comerciais; nele deparamos com ven-

¹⁵³ Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas *b* e *c* do inciso XXIII do **caput** do art. 21 desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 49, de 2006)

¹⁵⁴ 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.

¹⁵⁵ FARIA, Werter Rotunno. *Constituição Econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990, p.57.

dedores de melancias, máquinas complexas e ações ao portador.¹⁵⁶

A participação do Estado na economia também não descaracteriza a economia de mercado, como explica a partir de Von Mises:

(...) se, numa sociedade baseada na propriedade privada dos meios de produção, alguns desses meios são possuídos e operados por um ente público - ou seja, pelo governo ou uma de suas agências - isto não significa um sistema misto que combine socialismo com capitalismo. O fato de o Estado ou municipalidades possuírem e operarem algum tipo de instalação industrial não altera as características essenciais da economia de mercado. Essas empresas públicas estão sujeitas à soberania do mercado. Têm de se ajustar - como compradoras de matérias-primas, equipamentos e mão-de-obra à mecânica da economia de mercado. Estão sujeitas às leis de mercado e, portanto, dependem dos consumidores que lhes podem dar ou negar preferência. Precisam empenhar-se para obter lucros ou, pelo menos, evitar prejuízos. O governo pode cobrir o déficit de suas empresas recorrendo a fundos públicos. Mas isto também não elimina, nem diminui a supremacia do mercado; apenas desloca o déficit para um outro setor: os meios para cobrir as perdas serão arrecadados através da cobrança de impostos mas as conseqüências que esta taxaço produzirá no mercado e na estrutura econômica sempre serão as previstas pelas leis de mercado. É o funcionamento do mercado, e não a arrecadação de impostos pelo governo, que decide sobre quem incidirão os impostos e como eles afetarão a produção e o consumo. Portanto, é o mercado e não uma repartição do governo que determina o funcionamento dessas empresas públicas.¹⁵⁷

O mercado, no pensamento liberal clássico, para funcionar bem, precisa ser composto de um número grande de consumidores e fornecedores de produtos e serviços. O tamanho de uma empresa, se é grande ou pequena, não tem relação com o tamanho da unidade, o volume de produção, e sim, de seu poder em influir sobre os preços e as condições do mercado em que opera. Após essas observações¹⁵⁸, Fábio Nusdeo conclui:

Todo o raciocínio dos economistas clássicos quando desenvolveram a estrutura operacional de um sistema descentralizado baseou-se na premissa de um mercado atomizado, formado por grande número de unidades relativamente pequenas, e, portanto, sem qualquer poder econômico, o que, por si só, inibiria qualquer posição de predominância entre elas. Em outras palavras, os agentes econômicos foram vistos na ótica liberal mais como Davís do que como Golias, ignorando-se, assim, a possibilidade de um poder econômico, (...).¹⁵⁹

¹⁵⁶ Idem, p.57.

¹⁵⁷ Idem, p.57-58.

¹⁵⁸ NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.149.

¹⁵⁹ Idem, p.149-150.

“Esse pressuposto não era tão irrealista à época em foi formulado quanto possa parecer hoje em dia”, continua Nusdeo¹⁶⁰. Ocorre que a realidade não se a-tém aos pressupostos teóricos dos economistas.

A concentração econômica é sempre uma possibilidade e dela podem resultar situações desfavoráveis aos consumidores, mormente, a elevação dos preços devido à falta de concorrência efetiva.

O mercado pode ser apropriado por particulares, sem que se desconfigure a economia de mercado¹⁶¹. Agamenon Magalhães, em comentários ao projeto de lei de sua autoria, mais tarde aprovado, com modificações, na forma da Lei n. 4.137, faz referência à Alemanha, cujo mercado, até o período imediatamente posterior ao final da Primeira Guerra Mundial, era dominado por cartéis e trustes¹⁶².

Werter Faria define o abuso do poder econômico, que a constituição manda reprimir, como:

(...) a conduta de mercado que prejudica o nível eficiente de competição; são as práticas restritivas, decorrentes de acordos entre empresas (colu-sões) que impedem, falseiam ou limitam a concorrência, e as práticas mo-nopolísticas, consistentes na exploração abusiva de uma posição dominante sobre o mercado ou parte substancial dele.¹⁶³

Esta concorrência que deve ser protegida não é a mesma que se verificava no século XIX:

Efetivamente, da obra dos economistas clássicos resulta uma concepção de concorrência pura e perfeita, que seria caracterizada por dois atributos essenciais: a atomicidade e a fluidez do mercado. Em palavras mais simples, haveria concorrência no mercado sempre que houvessem vários vendedores e compradores - isto é, a atomicidade - de maneira que nenhum deles, isoladamente, pudesse influenciar o comportamento dos demais. E aqui reside a fluidez. Eis aí a concorrência nos primeiros clássicos caracterizada, portanto, pela estrutura do mercado. Era um mercado concorrencial, era um mercado de estrutura atomística e fluida. A verdade é que um certo adensamento e uma maior complexidade do processo econômico no mundo contemporâneo conduziram a que a análise moderna encarasse a concorrência

¹⁶⁰ Idem, p.150.

¹⁶¹ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. Glosas sobre a Concorrência no Pensamento de Werter Faria. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (org.). *Títulos de Crédito: concorrência e MERCOSUL: estudos em memória do Professor Werter R. Faria*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008, p.98.

¹⁶² MAGALHÃES, Agamenon. *Abuso Poder Econômico*. Revista forense. Rio de Janeiro, v. 46, n. 124, jul./ago. 1949, p.601.

¹⁶³ FÁRIA, Werter Rotunno. *Constituição Econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990, p.58.

não tanto com uma estrutura, mas como um comportamento. O essencial para a existência de concorrência não era tanto um grande número de compradores e vendedores, mas um comportamento competitivo, ainda que em número restrito. (...). Já não se trata agora da concorrência perfeita dos clássicos, mas da chamada concorrência efetiva.¹⁶⁴

A concorrência efetiva, também chamada de concorrência imperfeita, leva em consideração o comportamento dos agentes econômicos, por isso a Constituição manda reprimir os atos e as condutas contrários à competição¹⁶⁵.

Não há na Constituição artigos que não possuam aplicação direta:

Como alerta Eduardo Garcia Enterría (p.68), embora nem todos os dispositivos possuam o mesmo alcance e significação normativos, categoricamente a totalidade contém normas jurídicas efetivas. O fato de que a efetividade de alguns requeira o "desenvolvimento técnico das leis" não lhes retira o caráter de normas jurídicas, que não se pode desconhecer ou violar. É inconcebível que se admita a eficácia de qualquer lei, anterior ou posterior à Constituição que não se compadeça com ela. A supremacia normativa da Constituição impõe a observância escrupulosa de todas as suas normas, para efeito de evitar-se a aplicação de leis e regulamentos inconciliáveis com os preceitos superiores. A lei que não for conforme a Constituição deve ter sua aplicação contestada, a fim de que a justiça faça prevalecer a norma de maior categoria.¹⁶⁶

E prossegue:

Tanto os princípios fundamentais, como os gerais, têm o caráter de normas diretamente aplicáveis, ou seja, de prescrição cuja eficácia independe de regulamentação. Não há necessidade de lei que defina o conteúdo do princípio fundamental da livre iniciativa como valor social (art. 1, IV) e do princípio geral da atividade econômica baseada na livre concorrência (art. 170, IV). Os dois princípios são normas diretamente aplicáveis, ou, por outras palavras, não reclamam desenvolvimento ou complementação mediante lei. Qualquer litígio em que colidam a liberdade de iniciativa econômica privada e o intervencionismo, ou em que se antagonizem a livre concorrência e a oclusão de algum mercado pela ação do poder público, resolve-se pelo que estabelece o princípio fundamental da Constituição e pelo princípio geral da atividade econômica.¹⁶⁷

A livre iniciativa é princípio da atividade econômica que, em relação ao Estado, impede que este negue acesso ao mercado para as empresas. Não se trata de um impedimento de exploração de atividade econômica pela administração pública.

¹⁶⁴ Idem, p.58-59.

¹⁶⁵ Idem, p.60.

¹⁶⁶ Idem, p.102.

¹⁶⁷ Idem, p.103.

Além dos monopólios previstos na Constituição, a exploração é permitida nos casos de relevante interesse público ou de segurança nacional¹⁶⁸.

Ocorre que, ainda que sem a participação do estado na economia, como empresário, sua presença sempre se faz necessária.

Toda atividade econômica possui um componente jurídico, já que esta, "soamente pode se materializar através do ato jurídico" ¹⁶⁹. Mesmo em uma perspectiva liberal clássica, na qual o Estado se afasta o máximo possível da atividade econômica, a circulação de mercadorias se dá através de negócios jurídicos. Também a proteção da propriedade, através da criminalização dos ataques realizados contra ela, necessita do Estado para tanto, através do direito¹⁷⁰.

A constituição adota a economia de mercado, mas não da forma do liberalismo clássico do século XIX:

O conjunto dos princípios e normas que configuram e regem a ordem econômica permite-nos afirmar que se operou a constitucionalização de um sistema econômico definido. Há constituições neutras ou ambíguas a propósito do modelo econômico, com a finalidade de tornar mais fácil a conversão da economia de mercado para a planificada. Sob estes aspectos, a Constituição está longe de ser neutra ou ambígua, pois consagra a economia de mercado, em cuja organização e funcionamento, todavia, é necessário ter em vista o objetivo de 'assegurar a todos existência digna, conforme ditames da justiça social' (art. 170) e o princípio da ordem econômica que afirma a função social da propriedade (inciso III). Identifica-se a economia de mercado pela primazia da propriedade privada dos bens de produção e pela iniciativa da ação econômica no interesse próprio, tido por Adam Smith como regulador das ações humanas. Porém, para desgosto dos adeptos do liberalismo econômico do século dezanove, a Constituição qualifica a livre iniciativa econômica de valor social (art. 1º, IV).¹⁷¹

Se fosse seguido o modelo clássico, não haveria o porquê de se ter como princípio a livre concorrência, devendo ser, portanto, aceito que alguém, no uso de sua liberdade de iniciativa, dominasse o mercado, em prejuízo dos demais concorrentes e consumidores.

¹⁶⁸ Idem, p.106.

¹⁶⁹ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Breve Introdução ao Direito Econômico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993, p.57.

¹⁷⁰ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Direito Econômico: aplicação e eficácia*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001, p.93.

¹⁷¹ FARIA, Werter Rotunno. *Constituição Econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990, p.134.

A liberdade de iniciativa indica a preferência por um modelo econômico descentralizado, mas que deve ser visto em conjunto com a livre concorrência, que possui um caráter instrumental à livre iniciativa, de modo a balizar o seu exercício¹⁷².

Portanto, a livre concorrência deve ser vista como um instrumento de controle da liberdade de iniciativa para se alcançar um objetivo maior, nos termos do art. 170, assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social¹⁷³. A Constituição distancia-se do tipo liberal clássico ao admitir a intervenção do Estado para proteger a livre concorrência de quaisquer obstáculos, quer seja do próprio Estado, como do próprio embate econômico, no qual podem surgir as situações de abuso do poder econômico¹⁷⁴.

Isso porque, conforme explicação de Eros Roberto Grau, tendo em vista os fundamentos da República e o art. 170 da Constituição:

(...) a Constituição consagra, note-se aí, a valorização do trabalho humano e livre iniciativa, simplesmente. A livre iniciativa, ademais, é tomada no quanto expressa de socialmente valioso; por isso não pode ser reduzida, meramente, à feição que assume como liberdade econômica, empresarial (isto é, da empresa, expressão do dinamismo dos bens de produção); pela mesma razão não se pode nela, livre iniciativa, visualizar tão-somente, apenas, uma afirmação do Capitalismo. Assim, livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pelo capital, mas também pelo trabalho.¹⁷⁵

O Estado, sempre necessário para o funcionamento da economia de mercado, nesse modelo adotado pela Constituição, cujo princípio da livre concorrência, princípio constitucional impositivo, garantirá a proteção do mercado, e, por conseguinte, dos agentes econômicos que nele atuam, contra o próprio comportamento surgido nele, no caso em tela, as situações de abuso do poder econômico, que ponham óbice aos demais concorrentes, para que assim a livre iniciativa sirva ao seu valor social.

¹⁷² NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p.237.

¹⁷³ GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. *O Estado, a Empresa e o Contrato*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.191.

¹⁷⁴ GRAU, Eros Roberto, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p.190-191.

¹⁷⁵ Idem, p.249.

As normas constitucionais relativas ao mercado, sendo o conjunto da oferta e da procura, também protegem os consumidores, aqueles que determinam a procura, e não apenas os agentes econômicos, responsáveis pela oferta.

"Tanto a liberdade de empresa, como de concorrência, não podem exercitar-se em prejuízo dos legítimos interesses da população"¹⁷⁶. O art. 170, V, determina que o Estado promova a defesa dos consumidores.

Washington Albino comenta a relação entre defesa do consumidor e abuso do poder econômico:

Os temas 'Proteção e Defesa do Consumidor' e 'Repressão ao Abuso do Poder Econômico' estão intrínseca e estruturalmente ligados pela referência fundamental ao sistema jurídico-político-econômico do mercado, com o "Regime de Concorrência" no qual identificamos a "Relação de Consumo".

(...)

Algumas peculiaridades deverão ser aqui anotadas, o consumidor é toda pessoa física ou jurídica e a "ele se equipara a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo". "Fornecedor é a pessoa física, ou jurídica, pública ou privada nacional ou estrangeira bem como entes despersonalizados" que desenvolvam atividades econômicas relativas a produtos e serviços de acordo com o Código.

A partir desta informação, podemos ver que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor veio tratar específica e diretamente do sujeito passivo da 'relação de consumo', que sempre existiu no mercado, embora o direito dela não se ocupasse como agora o faz. **Por outro lado, no tratamento da concorrência, as legislações preocuparam-se sempre com o sujeito ativo, identificando seu poder de dominação do mercado, o que vale dizer, impondo este poder ao sujeito passivo, o consumidor** (grifos nossos). Nesta linha, a legislação vai tutelá-lo tal fez anteriormente como trabalhador na "relação de trabalho", e reconhece a sua "vulnerabilidade" no "mercado de consumo".¹⁷⁷

A Constituição, então, tutela as duas partes de uma economia de mercado, os consumidores e os produtores.

De um lado, o consumidor é garantido por legislação que o protege contra a inadequada atividade patrimonial e de, outro lado, no pólo oposto, o Estado vigia a atuação das empresas, para que não haja dominação de mercado,

¹⁷⁶ FARIA, Werter Rotunno. *Constituição Econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990, p.108.

¹⁷⁷ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Lições de Direito Econômico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p.285-286.

eliminação da concorrência e abuso do poder econômico.¹⁷⁸

O Código de Defesa do Consumidor protege o consumidor, sujeito passivo em relação de consumo no mercado, atendendo ao mandamento Constitucional. A proteção ao consumidor também se encontra nas leis de defesa da concorrência. Com efeito, o art. 54 da Lei 8.884, ao possibilitar que o CADE permita operações que limitem a concorrência no mercado, condiciona, para tanto, que os benefícios sejam distribuídos equitativamente entre os participantes da transação e os consumidores. Também, ao se proteger a livre concorrência, se garante aos consumidores liberdade para usufruírem alternativas¹⁷⁹, bem como se evita que arquem com o aumento dos preços existente em um mercado onde há abuso do poder econômico.

Em conclusão, a Constituição adota a economia de mercado como modelo, restringindo a exploração econômica pelo Estado aos monopólios nela previstos e nos casos de relevante interesse público e defesa nacional. O modelo adotado, no entanto, não é o liberal clássico, tendo em vista a valorização da livre iniciativa como valor social, enquanto que observado o princípio da livre concorrência. E deve também o Estado proteger o consumidor, sujeito passivo nas relações de consumo existentes no mercado.

4.2. Aplicação das normas de proteção da concorrência à Administração Pública

As Constituições de 1946, 1967 e 1969 conferiam à União o poder de intervir no domínio econômico e para monopolizar determinadas atividades econômicas,

¹⁷⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *O Direito Econômico na Constituição*. Revista de Direito Econômico. Brasília, n. 27, jan./jul. 1998, p.60. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?82a265ab70ae71c99fa3>> Acesso em: 22 de out. 2011.

¹⁷⁹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p.250.

desde que autorizado por lei. Também a política econômica incentivava a concentração econômica¹⁸⁰.

Esta ampla possibilidade de interferência gerou um "amesquinamento" do órgão de defesa da concorrência, porque as Cartas de 1967 e 1969 continham dispositivos para proteger a concorrência, enquanto que "o Poder Executivo levava a efeito políticas econômicas que não tinham em vista assegurar o melhor funcionamento dos mecanismos do mercado ou tolher as práticas comerciais restritivas"¹⁸¹.

Com efeito, tanto o I PND, 1972/1974 (Lei n. 5.727, de 04 de novembro de 1971), como o II PND, 1975/1979 (Lei n. 6.161, de 04 de dezembro de 1974), fomentaram a concentração empresarial através da remoção de óbices, principalmente fiscais, notadamente os referentes à avaliação do patrimônio das empresas. Uma nova Lei (n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976) dispoñdo sobre as sociedades por ações foi promulgada, dando novo tratamento às sociedades coligadas e aos grupos de empresas¹⁸²⁻¹⁸³.

Diversas leis incentivadoras foram promulgadas. Os estímulos concedidos consistiam em isenção do imposto de renda sobre o acréscimo de valor resultante da reavaliação dos bens do ativo imobilizado, e a não incidência de imposto de renda sobre o aumento de capital resultante da reavaliação do ativo imobilizado, estendia, também, aos sócios, acionistas ou titular, pessoas físicas ou jurídicas¹⁸⁴.

Segundo Paula Forgioni¹⁸⁵, não havia contradição entre a política concentracionista e a Lei n. 4.137, vigente no período. Isto porque a compra, por si só, de empresa não configura abuso do poder econômico. As práticas vedadas consistiam em

¹⁸⁰ WALD, Arnoldo. *Algumas considerações sobre as sociedades coligadas e os grupos de sociedades na nova Lei das Sociedades Anônimas*. Revista Forense. Rio de Janeiro, v.73, n.260, out./dez. 1977, p.50-55.

¹⁸¹ FARIA, Werter Rotunno. *Constituição Econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990, p.76.

¹⁸² WALD, Arnoldo. *Algumas considerações sobre as sociedades coligadas e os grupos de sociedades na nova Lei das Sociedades Anônimas*. Revista Forense. Rio de Janeiro, v.73, n.260, out./dez. 1977, p.59.

¹⁸³ BATISTA, Luiz Olavo. *Concentração de Empresas*. Revista Forense. Rio de Janeiro, v.74, n.264, out./dez. 1978, p.63-64.

¹⁸⁴ BUGARELLI, Waldirio. *Fusões, incorporações e cisões de sociedades*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1998, p.204-205.

abuso da posição de domínio ou práticas colusórias que restringissem a concorrência. Ressalte-se que as Cartas de 1967 e 1969, bem como o caput do art. 1º da Lei n. 4.137, não vedam os atos que visem a dominar o mercado ou restringir a concorrência. Ademais, o próprio CADE entendia que as concentrações aprovadas pelo COFIE eram lícitas porque em conformidade com as normas legais e porque, de acordo com a Procuradoria atuante no CADE, "quem usa de direito não comete ilegalidade"¹⁸⁶.

De qualquer modo, a atuação do CADE foi diminuída, mesmo com a licitude das práticas concentracionistas incentivadas pela política econômica do governo¹⁸⁷.

A situação mudou com a Constituição de 1988. As normas de maior hierarquia estão presentes no Título I. Entre eles, no inciso IV, consta a livre iniciativa. Assim, o Título VII, ordem econômica, rege-se pelo princípio mais elevado, no caso do domínio econômico, a liberdade de iniciativa, correlacionada, como visto, com a livre concorrência¹⁸⁸.

"Pelo grau de princípio básico do Estado brasileiro, a liberdade de iniciativa econômica privada prevalece sobre o sistema de intervenção no domínio econômico, notadamente através de empresas públicas" afirma Werter Faria¹⁸⁹.

Desse modo, as empresas públicas e sociedades de economia mista submetem-se às normas de defesa da concorrência em determinadas situações:

A atividade econômica do Estado se processa através das empresas públicas, que formam dois grupos: empresas industriais e comerciais e empresas de serviço público. Para que a empresa pública se submeta às regras de concorrência aplicáveis às empresas privadas, seu objeto deve ter caráter industrial ou comercial. Em que pesa a participação do poder público no capital de determinadas sociedades - exclusiva, majoritária ou de controle - su-

¹⁸⁵ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.138-141.

¹⁸⁶ Idem, p.140, apud FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p.60.

¹⁸⁷ A política econômica do governo militar teve conseqüências positivas, crescimento econômico acelerado, e negativas, inflação e concentração de renda, no desenvolvimento econômico do país (SOUZA, Nali de Jesus. *Desenvolvimento Econômico*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p.198-235).

¹⁸⁸ FARIA, Werter Rotunno. *Constituição Econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990, p.133.

¹⁸⁹ Idem, p.135.

jeitam-se ao regime geral do direito privado. Mas, em relação às últimas, são usuais as derrogações do regime societário comum. As primeiras são as sociedades industriais e comerciais competitivas ou de mercado. As segundas, as de serviço público, estrito senso. Distinguem-se pelo objeto social e o modo de atuação que, nestas, está vinculado à execução de um serviço público ou exploração de um monopólio. Num caso, o objeto é puramente industrial ou comercial, e a atividade se exercita em regime de concorrência; no outro, pode haver uma disciplina especial ou serem introduzidas importantes exceções à regulamentação geral.¹⁹⁰

Assim, excetuados os monopólios de direito e a execução de serviço público¹⁹¹, em sentido estrito¹⁹², todas as demais formas de intervenção da economia, autorizadas por lei, com fundamento em relevante interesse social ou segurança nacional, submetem-se ao direito da concorrência¹⁹³.

¹⁹⁰ Idem, p.147.

¹⁹¹ Todo serviço público é uma atividade econômica, mas com distinções: "Inexiste, em um primeiro momento, oposição entre *atividade econômica* e *serviço público*; pelo contrário, na segunda expressão está subsumida a primeira. A prestação de *serviço público* está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos; daí podemos afirmar que *serviço público* é um tipo de *atividade econômica*. (...). Assim teremos que o *serviço público* está para o setor público assim como a *atividade econômica* está para o setor privado. (...). Resumindo: a Constituição aparta (i) as *atividades econômicas em sentido estrito*, cujo desenvolvimento é próprio ao setor privado, (ii) e os *serviços públicos*, cuja prestação é atribuída, direta ou indiretamente, sob sua responsabilidade, ao Estado" (GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. *O Estado, a Empresa e o Contrato*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.127-128).

¹⁹² Não há conceito estático de serviço público, pois varia com o tempo e com o país. Também há conceitos mais extensos e outros mais restritos. De uma forma restrita, que se diferencia das atividades legislativas, judiciárias, do exercício do poder de polícia, e do fomento e intervenção no domínio econômico, pode ser entendido como "toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, como o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.89-90). Em um sentido amplo, serviço público pode ser entendido como todo serviço considerado normativamente essencial para a realização dos objetivos fundamentais do Estado Democrático, devendo, por isso, ser prestado sob regime publicista (no campo dos princípios, não necessariamente no plano das regras), prestado pela Administração Pública, inclusive sendo possível por intermédio de terceiros, ou mesmo sem o caráter privativo por particulares, como nas exceções permitidas na Constituição, como, por exemplo, saúde e educação. "Tudo que desbordar da 'essencialidade' não deve ser reputado, a rigor, como serviço público, por força normativa constitucional". Para isto, não se faz necessário o Estado máximo, tampouco o mínimo. O Estado deve ser proporcional, de modo que seu tamanho possibilite o cumprimento de suas funções precípua, especialmente as previstas no art. 3º da Constituição (FREITAS, Juares. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.288-291).

¹⁹³ Submetem-se ao direito da concorrência porque a elas se aplicam, basicamente, os mesmos direitos que às empresas privadas. As observações de Celso Antônio Bandeira de Mello são pertinentes: "Quando o Estado interfere, suplementarmente, na *exploração de atividade econômica*, ao desenvolver atividades desta natureza, estar-se-á diante de *serviços governamentais*, e não *serviços públicos*. Neste caso, empresas públicas e sociedades de economia mista, que para tal fim sejam criadas, submeter-se-ão, *basicamente*, ao mesmo regime aplicável às empresas privadas. É o que estabelece o § 1º do art. 173, que estatui: 'A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...) II – a sujeição ao regime

4.3. Conclusões

- 1) A Constituição de 1988 adota o modelo de economia de mercado.
- 2) O mercado é o conjunto da oferta e da procura de determinado bem ou serviço, mediante as quais os preços se formam.
- 3) A intervenção estatal na economia não descaracteriza o mercado.
- 4) O modelo adotado pela carta de 1988 não é o liberal clássico, visto que a livre iniciativa deve ser balizada pela liberdade de concorrência.
- 5) A proteção da concorrência protege as empresas que atuam no mercado do abuso do poder econômico, bem como os consumidores, que não sofrerão os efeitos prejudiciais da falta de concorrência
- 6) A intervenção estatal na economia, excetuando-se os monopólios de direito, fica restrita aos casos de segurança nacional ou de relevante interesse público. Nesses casos, as empresas públicas ou sociedades de economia

próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários'.

Note-se, além disto, que às empresas do Governo que explorem atividade econômica é vedado atribuir tratamento tributário que as desiguale da generalidade das empresas privadas, porquanto o § 2º do artigo em foco estabelece: 'As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado'.

29. Cumpre apenas observar que há exagero na dicção do § 1º do art. 173, pois, se é fato que as entidades em causa se submetem *basicamente* ao Direito Privado, não menos verdade é que *sofrem o influxo de princípios e normas publicísticos*, a começar por uma série deles radicados na própria Constituição, conforme dantes se ressaltou no capítulo sobre figuras da Administração indireta. Aliás, o próprio parágrafo em questão refere, no inc. III, sua sujeição a 'licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública' – exigências, estas, que, obviamente, não se propõem para a generalidade das empresas privadas. Por força disto, então, é visível que estas não estão submetidas ao 'regime jurídico próprio das empresas privadas', ao contrário do que consta da literalidade do preceito.

Percebe-se, pois, que o propósito do versículo em questão – em sintonia, aliás, com as diretrizes da ordem econômica na Constituição – foi o de impedir que o Poder público, ao atuar nesta esfera, que é própria dos particulares, pudesse fazê-lo em condições privilegiadas, gerando, por assim dizer, uma 'concorrência desleal' a estes últimos" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p.810-811).

mista criadas se submetem ao direito da concorrência, como as empresas privadas.

- 7) As empresas públicas ou sociedades de economia mista criadas para a prestação de serviço público, estrito senso, não se submetem às normas do Direito da Concorrência.

Conclusão

A proteção da livre concorrência, princípio adotado pela Constituição de 1988 para balizar o princípio da livre iniciativa, não pode ser tutelada de forma eficiente por legislação penal. Não há como especificar taxativamente todas as possibilidades de abuso do poder econômico, sejam os atos, ajustes e acordos restritivos da concorrência, bem como o abuso da posição de domínio.

Também, a averiguação da ilicitude dos atos com base em seus efeitos exige uma apuração da realidade econômica na qual ocorreu a infração à concorrência e da projeção dos efeitos, verificação que causa desconforto sob uma ótica penalista, visto que a ilicitude não decorre apenas da confrontação dos atos no texto legal. Ressalte-se que a Constituição, em seu art. 173, § 4º, manda reprimir os atos que visem ao domínio dos mercados e à eliminação da concorrência, que tenham estes como seu objeto, portanto.

Saliente-se que não cabe analisar se há dolo ou não nas condutas, como querem os penalistas, visto que se trata de ilícitos administrativos. As ações proibidas são as que tenham por fim ou que visem à dominação dos mercados ou à eliminação a concorrência de modo geral, e não apenas aquelas descritas exemplificativamente nas leis de defesa da concorrência. As infrações caracterizam-se pelo comportamento que resulte, lesão efetiva, ou que possa resultar, lesão potencial, em ofensa ao bem protegido, a concorrência.

A grande contribuição de Werter Faria foi de levar ao CADE, tribunal administrativo responsável pela apuração das infrações as normas de concorrência, esta visão concorrencial, baseada na apuração da ilicitude em virtude de seus efeitos econômicos.

Essa visão veio do Direito norte-americano e do Direito da União Europeia. Agamenon Magalhães a trouxe para o Brasil quando Ministro de Getúlio Vargas, e, com modificações, aplicou-a no Decreto-lei n. 7.666/45, de curta duração e nenhuma eficácia prática. Novamente tentou, sem êxito, no seu projeto, depois aprovado como Lei n. 4.137/62, menos em virtude das modificações ocorridas e mais na doutrina,

que a considerou de caráter penal, mesmo sem haver menção a delitos ou penas privativas de liberdade.

A tutela da concorrência, contudo, não é de interesse restrito aos particulares. Os monopólios do Estado, em relação às atividades econômicas estão previstos no art. 177, da Carta de 1988. A intervenção estatal é possível, em caso de relevante interesse coletivo ou segurança nacional. Nesses casos, as empresas criadas pelo Estado submeter-se-ão às mesmas normas de defesa da concorrência às quais se submetem as empresas privadas. A Constituição adota a economia de mercado e a livre iniciativa, não pode, portanto, o Estado possuir uma vantagem sobre as demais empresas privadas. Excetuam-se, é claro, as empresas criadas para o exercício de serviço público.

O mercado, sendo um conjunto de oferta e procura de bens e serviços, não pode ser visto sem os consumidores, por isso, faz mister sua proteção, tanto através do Código de Defesa do Consumidor, como através da defesa de concorrência, visto que, além das empresas escamoteadas do mercado, os consumidores também são afetados pelo ambiente sem competição, mormente, através do aumento dos preços e da ausência de possibilidade de escolha de produtos ou serviços.

Procuramos neste trabalho ressaltar a obra do Professor Werter Faria, que entendemos ser fundamental para a compreensão e aplicação do Direito da Concorrência no país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm> Acesso em: 15 de ago. 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15 ago. 2011.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm> Acesso em: 15 de ago. 2011.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 15 de ago. 2011.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 7.666, de 22 de junho de 1945**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7666.htm> Acesso em: 15 de ago. 2011.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 869, de 18 de novembro de 1938**. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-869-18-novembro-1938-350746-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em: 15 de ago. 2011.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm> Acesso em: 15 de ago. 2011.

BRASIL. **Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4137impressao.htm> Acesso em: 15 de ago. 2011.

BRASIL. **Lei n. 8.158, de 8 de janeiro de 1991.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8158impressao.htm> Acesso em: 15 de ago. 2011.

BRASIL. **Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm> Acesso em: 15 de ago. 2011.

BRASIL. **Fundação Getúlio Vargas - Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil.** Disponível em: <<http://cpdoc.fgv.br/>> Acesso em: 27 de ago. 2011.

ESTADOS UNIDOS. **White House.** Disponível em: <<http://www.whitehouse.gov/>>. Acesso em: 8 de out. 2011.

EUROPA. **Instituto Europeu.** Disponível em: <<http://www.institutoeuropeu.eu>>. Acesso em: 27 jul. 2011

PORTUGAL. **Centro de Documentação Européia da Universidade de Coimbra.** Disponível em: <<http://dupond.ci.uc.pt/CDEUC/Cdeuc.htm>> Acesso em: 15 de out. de 2011.

ALMEIDA, Roberto Moreira de. **A Constituição econômica nas cartas políticas anteriores ao advento da Constituição Federal de 1988.** In: **Lei antitruste: 10 anos de combate ao abuso de poder econômico.** Coordenadores: João Carlos de Carvalho Rocha, Flávio Paixão de Moura Júnior, Samantha Chantal Dobrowolski, Zani Tobias de Souza, Belo Horizonte: Del Rey, p.239-264, 2005.

ACCIOLY, Elizabeth (Org.). **Direito no século XXI: em homenagem ao professor Werter Faria.** Curitiba: Juruá, 2008.

BANDEIRA, **Moniz. Cartéis e Desnacionalização: A experiência brasileira: 1964-1974.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1975.

BASTOS, Aurélio Wander. Estudo sobre a evolução legislativa de conceitos de direito econômico no Brasil. **Arquivos do Ministério da Justiça.** Brasília, v.48, n.186, jul./dez., p.91-103, 1995.

BATISTA, Luiz Olavo. Concentração de Empresas. **Revista Forense.** Rio de Janeiro, v.74, n.264, out./dez., p.55-66, 1978.

BUENO, Antonio Avelange Padilha. **Raul Pilla: Aspectos de uma bibliografia política**. 2006. 270f. Dissertação (Mestrado em História). Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2006. Disponível em: <http://tede.pucrs.br/tde_arquivos/15/TDE-2007-01-08T065529Z-286/Publico/381730.pdf> Acesso em: 27 jul. 2011.

BUGARELLI, Waldirio. **Fusões, incorporações e cisões de sociedades**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Breve Introdução ao Direito Econômico**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

_____. **Concentração e Repartição**. In: ACCIOLY, Elizabeth (Org.). **Direito no século XXI: em homenagem ao professor Werter Faria**. Curitiba: Juruá, p.671-688, 2008.

_____. **Direito Econômico: aplicação e eficácia**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001.

_____. **Glosas sobre a Concorrência no Pensamento de Werter Faria**. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (org.). **Títulos de Crédito: concorrência e MERCOSUL: estudos em memória do Professor Werter R. Faria**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, p.97-108, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1998, v.1.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FARIA, Werter Rotunno. Acordos Restritivos da Concorrência. **Direito Econômico: Revista do CADE**. Brasília, v. 2, n. 2, maio/jul., p.26-28, 1987.

_____. **Constituição Econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990.

_____. **Direito da Concorrência e Contratos de Distribuição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992.

_____. Domínio de mercado, acordos restritivos da concorrência e concentração

de empresas. **Arquivos do Ministério da Justiça**. Brasília, v.48, n. 185, jan./jun., p.175-188, 1995.

_____. Dumping e direito da concorrência. **Direito econômico: Revista do CADE**. Brasília, n. 4, jan./jul., p.15-18, 1988.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. Lei de defesa da concorrência: origem histórica e base constitucional. **Arquivos do Ministério da Justiça**. Brasília, v. 45, n. 180, jul./dez., p.175-185, 1992.

FONSECA, João Bosco Leopoldino. Admissibilidade de atos que limitam a concorrência. **Revista de Direito Econômico**. Brasília, n. 26, set./dez., p.06-27, 1997. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?82a265ab70ae71c99fa3>> Acesso em: 22 de out. 2011.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Introdução ao Direito da Concorrência. **Revista de Direito Econômico**. Brasília, n. 21, out./dez., p.75-120, 1995.

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

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste: O Combate aos Cartéis**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GIL, Otto. As sociedades “holdings”, os “trusts” e os conglomerados, face à lei de repressão ao abuso do poder econômico. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v.73, n.258, abr./jun., p.67-71, 1977.

GRAU, Eros Roberto, **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. **O Estado, a Empresa e o Contrato**. São

Paulo: Malheiros Editores, 2005.

LYRA, Roberto. **Crimes contra a economia popular**. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1940.

MAGALHÃES, Agamenon. Abuso Poder Econômico. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 46, n. 124, jul./ago., p.601-605, 1949.

MALARD, Neide Teresinha. O Cartel. **Arquivos do Ministério da Justiça**. Brasília, v.47, n. 184, jul./dez., p.159-177, 1994.

MARQUES, José Frederico. Abuso do Poder Econômico: Direito Penal Econômico: Princípios sobre a interpretação de suas normas: Do Conceito de Monopólio. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v.62, n.215, jul./set., p.48-52, 1966.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Direito Econômico na Constituição. **Revista de Direito Econômico**. Brasília, n. 27, jan./jul., p.53-61, 1998. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?82a265ab70ae71c99fa3>> Acesso em: 22 de out. 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1987, v.1.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica: o controle da concentração de empresas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

NUSDEO, Fábio. **Auto Regulação em Direito Econômico**. In: ACCIOLY, Elizabeth (Org.). **Direito no século XXI : em homenagem ao professor Werter Faria**. Curitiba: Juruá, p.163-175, 2008.

_____. **Curso de Economia**: Introdução ao Direito Econômico. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Gesner. CADE 35 anos. **Revista de Direito Econômico**. Brasília, n. 26, ago./dez., p.170-174, 1997. Disponível em:

<<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?82a265ab70ae71c99fa3>> Acesso em: 22 de out. 2011.

PIMENTEL, Pedro Manoel. **Estudos e Pareceres do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

SHIEBER, Benjamin M.. **Abusos do Poder Econômico: Direito e Experiência Antitruste no Brasil e nos E.U.A.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

SOUZA, Nali de Jesus. **Desenvolvimento Econômico**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Werter R. Faria: apóstolo da livre concorrência**. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (org.). **Títulos de Crédito: concorrência e MERCOSUL: estudos em memória do Professor Werter R. Faria**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, p.109-126, 2008.

_____. **Achegas à Lei N. 8.884/94**. In: **Lei antitruste: 10 anos de combate ao abuso de poder econômico**. Coordenadores: João Carlos de Carvalho Rocha, Flávio Paixão de Moura Júnior, Samantha Chantal Dobrowolski, Zani Tobias de Souza, Belo Horizonte: Del Rey, p.265-306, 2005.

_____. **Lições de Direito Econômico**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

_____. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 1999.

STUBER, Walter Douglas; NOBRE, Lionel Pimentel. A Atuação do CADE no Brasil. **Revista de Direito Econômico**. Brasília, n. 26, set./dez., p.28-38, 1997. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?82a265ab70ae71c99fa3>> Acesso em: 22 de out. 2011.

VAZ, Isabel. As três Vertentes do Direito da Concorrência. **Revista de Direito Econômico**. Brasília, n. 27, jan./jul., p.25-34, 1998. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?82a265ab70ae71c99fa3>> Acesso em: 22 de out. 2011.

WALD, Arnaldo. Algumas considerações sobre as sociedades coligadas e os grupos de sociedades na nova Lei das Sociedades Anônimas. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v.73, n.260, out./dez., p.53-64, 1977.