



CENTRO UNIVERSITÁRIO ALVES FARIA - UNIALFA
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO
CONSTITUCIONAL ECONÔMICO

O CONCEITO DE EFICIÊNCIA NA ANÁLISE DE CONDUTAS DO
DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO CONFORME A LEI
12.529/2011

FREDERICO BORGES MARQUES

GOIÂNIA
2024



CENTRO UNIVERSITÁRIO ALVES FARIA - UNIALFA
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO
CONSTITUCIONAL ECONÔMICO

O CONCEITO DE EFICIÊNCIA NA ANÁLISE DE CONDUTAS DO
DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO CONFORME A LEI
12.529/2011

FREDERICO BORGES MARQUES

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional Econômico, submetida à banca examinadora do Centro Universitário Alves Faria – UNIALFA, sob a orientação do Professor Doutor Rodrigo de Camargo Cavalcanti.

GOIÂNIA
2024

Catálogo na fonte: Biblioteca UNIALFA

M357c

Marques, Frederico Borges.

O conceito de eficiência na análise de condutas do direito concorrencial brasileiro conforme a Lei 12.529/2011./Frederico Borges Marques. – 2024. 97 f.: il. 30cm.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo de Camargo Cavalcanti.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional Econômico, Centro Universitário Alves Faria (UNIALFA) – Goiânia, 2024.

1. Ordem Econômica. 2. Direito Concorrencial. 3. CADE. 4. Lei 12.529/2011. I. Cavalcanti, Rodrigo de Camargo. II. UNIALFA. III. Título.

CDU: 346.546

FREDERICO BORGES MARQUES

**O CONCEITO DE EFICIÊNCIA NA ANÁLISE DE CONDUTAS DO
DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO CONFORME A LEI
12.529/2011**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional Econômico, submetida à banca examinadora do Centro Universitário Alves Faria – UNIALFA, sob a orientação do Professor Doutor Rodrigo de Camargo Cavalcanti.

Data de aprovação:

Componentes da Banca Examinadora:

Prof. Dr. Rodrigo de Camargo Cavalcanti (orientador)

Prof. Dr. Bruno César Lorencini (examinador)

Prof.^a Dr.^a Juliana Ferreira Antunes Duarte (examinadora)

Dedico este trabalho à minha mãe,
mulher extraordinária, que incansável e
incontestavelmente lutou para ver
sorrisos em meu rosto, e que sempre
apoiou todos os voos que já almejei alçar!

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Doutor Rodrigo de Camargo Cavalcanti, que ao conhecê-lo nas aulas virtuais de Desenvolvimento e Subdesenvolvimento em Análise demonstrou-se extremamente capacitado, solícito, empático e de uma atenção ímpar com os alunos, o que, naquele momento despertou-me grande respeito e admiração. E, hoje o agradeço pela paciência e dedicação durante a orientação deste trabalho.

Aos Professores do Mestrado em Direito Constitucional Econômico do Centro Universitário Alves Faria – Unialfa, Doutores Henrique Garbellini Carnio, Arnaldo Bastos Santos Neto, Marina Faraco Lacerda Gama e Bruno César Lorencini, pelos ensinamentos repassados. Aqui expresso minha admiração por todos, e meus sinceros agradecimentos aos Professores Doutores Thiago Lopes Matsushita e André Ramos Tavares pelo aceite e aprovação na primeira entrevista realizada para ingresso ao Programa. Todos foram essenciais pelo interesse que hoje possuo pelo estudo do Direito Concorrencial.

Aos meus colegas de jornada profissional diária, Angelita Ottonelli, por estar ao meu lado desde o início da advocacia, e aos Doutores Isabela Maluf, Geferson Alexandre e Vanucci Ferreira por hoje integrarem o *hall* de advogados da Marques Advocacia, e além de amigos de profissão, estarem em um lugar afetuoso de minha vida.

Aos queridos amigos, que a vida oportunizou-me conhecer e fazem morada em meu coração, Marli Salete Parizotto e Leonardo Parizotto Gomes. Agradeço também, além da amizade, ao apoio à minha vida profissional voltada ao Direito.

Aos meus queridos tios Solomar Martins Marques e Roberto Carlos Lacerda dos Santos, por todo o apoio e incentivo aos estudos e a conquista de vida por meio deste. Gratidão por, além de tios, terem se tornado também grandes amigos.

Às minhas queridas tias Maria Chirlene de Lima e Maria Madalena Borges Azevedo, que foram minhas “mães substitutas”, e assim fazem jus ao termo, representando muito bem as mulheres da Família Borges, frutos da nossa matriarca, minha amada avó Ana José Borges.

À minha prima, Ana Julia Bueno Borges, que sempre me apoiou em todos os meus sonhos e esteve ao meu lado com sua amizade, honestidade, sinceridade e amor.

Ao meu amado pai, Suair Martins Marques, pelo incentivo a lutar pela advocacia, pois sem a sua faísca de interesse pelo Direito despertada em mim, não estaria onde estou hoje.

À minha amada mãe, Nilva José Borges Finch, que jamais mediu esforços para apoiar-me a conquistar meus sonhos e por ter estado ao meu lado em todas as minhas lutas. Agradeço de todo o meu coração por ter a maior como mãe, cuja alma encanta a todos ao seu redor.

Aos meus queridos irmãos, Pollyanna Maryella Borges Marques, Felipe Borges Marques e Suair Martins Marques Filho, pois serei sempre grato por todo amor e apoio incondicional que sempre me deram, além de terem me oportunizado ser tio de lindos e amados sobrinhos, Jully, Gustavo, Laura e Valentina.

Ao Marcelo Antonio Fuster Soler, que agradeço imensuravelmente pelo companheirismo, amor e sorrisos ofertados todos os dias de minha vida, e a quem tenho ampla gratidão por esse título, pois sem você e seu apoio diário não teria o alcançado. Assim como agradeço pela família que somos hoje, juntamente com o Marcelo Antonio Fuster Soler Filho, e pela vida feliz que compartilhamos juntos.

Por fim, agradeço a Deus e a espiritualidade amiga, que juntos alinham meus objetivos profissionais e pessoais ao universo, já que aqui tenho a oportunidade de estar, escrever a minha história e, de alguma forma tentar fazer a diferença com o que está ao meu alcance.

RESUMO

O presente trabalho é resultado de uma pesquisa que teve como objetivo o estudo acerca de questionamentos a respeito do conceito de “eficiência”, previsto no § 1º do art. 36 da Lei 12.529/2011. O que se verifica é se o conceito está bem delimitado pelo ordenamento brasileiro e se encontra delineado ao Direito Concorrencial vigente. Para tanto, é estudada a ordem econômica constitucional e consequentemente analisa-se o art. 170 da Constituição Federal como norte do trabalho, dando enfoque ao caput e aos princípios elencados nos incisos IV e V, enquanto reforços da democracia e justiça social por meio do direito constitucional econômico. Estuda-se o Direito Concorrencial brasileiro e sua finalidade. Apresenta-se as consequências dos comportamentos dos agentes econômicos em um ambiente concorrencial e aponta as possíveis infrações à ordem econômica. Este estudo faz uma observação acerca da atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) pela aplicação da referida Lei, bem como explora os possíveis sentidos de “eficiência (como instrumento legal) e diversos contextos em que estes estão inseridos. Por fim, averigua-se se a “eficiência” do instrumento legal carece de maiores diretrizes. O método utilizado na realização do trabalho foi o dedutivo, qualitativo, com apoio de pesquisa exploratória, por meio de pesquisa bibliográfica apoiada em legislação sobre os temas tratados, artigos científicos, obras e decisões da área do direito concorrencial.

Palavras-chave: Ordem Econômica; Direito Concorrencial; Concorrência; CADE; Eficiência.

ABSTRACT

The present work is the result of research that aimed to study questions about the concept of “efficiency”, provided in § 1 of art. 36 of Law 12.529/2011. What is verified is whether the concept is well defined by the Brazilian legal system and is aligned with current competition law. Therefore, the constitutional economic order is studied and consequently art. 170 of the Federal Constitution, as the guide of the work, focusing on the caput and the principles listed in sections IV and V, as reinforcements of democracy and social justice through economic constitutional law. Brazilian Competition Law and its purpose are also studied. The study also presents consequences of the behavior of economic agents in a competitive environment and points out possible violations of the economic order. This study also aims to observe the performance of CADE (Administrative Council for Economic Defense) in the application of the same Law, as well as exploring the possible meanings of “efficiency”, and different contexts in which they are inserted. Finally, it is investigated at this point whether the “efficiency” of the legal instrument requires further guidelines. The method used to carry out the work was deductive, qualitative and exploratory, with research into legislation on the topics studied, scientific articles, works and decisions in the area of competition law.

Keywords: Economic Order; Competition law; Competition; CADE; Efficiency.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 - Liberdade de Iniciativa e Liberdade de Concorrência	28
Figura 2 - Concentração Horizontal e Concentração Vertical	46

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACC – Acordo em Controle de Concentração.

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

GLP – Gás Liquefeito De Petróleo.

GTF – Gestão e Terceirização de Frotas.

ICN – International Competition Network.

NLAB – Nova Lei Antitruste Brasileira.

OCDE – Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico.

OMC – Organização Mundial do Comércio.

PROCON – Procuradoria de Proteção e Defesa do Consumidor.

RAC – Rent A Car.

SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico.

SEPRAC – Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência.

UNCTAD – Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL	17
2.1 PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA	26
2.2 PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA.....	28
2.3 PRINCÍPIO DA DEFESA DO CONSUMIDOR	30
3 A FINALIDADE DO DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO	34
4 CONSEQUÊNCIAS DAS CARACTERÍSTICAS COMPORTAMENTAIS DOS AGENTES ECONÔMICOS.....	42
4.1 AS INFRAÇÕES EM FACE DA ORDEM ECONÔMICA PREVISTAS NA LEI 12.529/2011	49
5 ATUAÇÃO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE	53
5.1 ATUAÇÃO DO CADE NO CONTROLE DE CONDUTAS	59
6 “EFICIÊNCIA” PREVISTA NO ART. 36 DA LEI 12.529/2011.....	68
6.1 O CONCEITO DE “EFICIÊNCIA”	68
6.2 A EFICIÊNCIA PARA A ECONOMIA E PARA O DIREITO.....	74
6.3 INTERPRETAÇÃO DO ART. 36, § 1º DA LEI 12.529/2011	83
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	87
REFERÊNCIAS	92

1 INTRODUÇÃO

O instrumento constitucional brasileiro vigente é o modelo mais bem idealizado e estruturado já visto no ordenamento jurídico pátrio até os dias atuais, e com ele jamais se viu tamanha estruturação da valorização da dignidade da pessoa humana, o que é inegável quando analisada a própria expressão, bem como aquelas menções extremamente estruturais aos termos da justiça social, do bem-estar, da igualdade, dentre outros que estruturam a dignidade como um todo.

À vista disso, de toda essa gama estrutural que muito bem estabelece a internalização da dignidade da pessoa humana ao direito brasileiro, a ordem constitucional econômica carrega consigo uma certa admiração, pois é de se esperar que se encontre os ditames da justiça social naqueles artigos que se incumbem de estruturar os valores sociais em si. Assim, ao estabelecer parte especial à ordem econômica no corpo constitucional demonstra fortemente o quanto a economia está diretamente vinculada à democracia, e como ela a auxilia de forma estrutural.

Ganha-se mais força e consequente admiração quando se observa os fundamentos e a finalidade da ordem econômica, e como eles estão intimamente ligados à dignidade da pessoa humana e aos ditames da justiça social, como muito bem deixa expresso o artigo 170 da própria Constituição Federal.

Nesse sentido, pode-se extrair da própria ordem econômica que a economia brasileira em si não é pautada em seu sentido puro de ser executada, o que se limitaria apenas àqueles conceitos que genericamente se conhece – da oferta, da demanda e da aquisição de renda, por exemplo –, pois ela – ao agir de forma orgânica – estabelece parâmetros aos quais os agentes econômicos devem se enquadrar. Assim, a ordem econômica permite o ingresso de todos ao ciclo econômico e ao mercado em si, e consequentemente lhes é oportunizada a possibilidade de concorrerem uns com os outros, mas não deixando desamparado o consumidor, que é polo vulnerável dessa cadeia econômica. E, pautado no caráter democrático, o texto constitucional, através do artigo 170 traz como um de seus fundamentos a livre iniciativa, e como garantias principiológicas a livre concorrência e a defesa do consumidor, dentre outros não menos importantes. Porém, a dissertação, para seu melhor desenvolvimento se incumbe de estudar apenas esses mencionados três princípios para assim seguir em suas indagações e melhores explicações.

A dissertação é composta por seis capítulos, sendo o primeiro uma introdução de todo o tema trabalhado, sob uma perspectiva ampla e geral, onde busca mostrar uma gama que possibilite o acompanhamento da leitura, bem como a visualização gradativa do estudo realizado.

O segundo capítulo é um estudo acerca da ordem econômica constitucional, extraído desta, em forma de recorte, três de seus nove princípios basilares, que são a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor. Nesse ponto, a dissertação dá uma atenção especial à força que contém no título constitucional que o capítulo nomeia, demonstrando sua relevância no cotidiano econômico das pessoas, como a liberdade de ingresso ao mercado que é assegurada a todos no ciclo econômico, bem como o amparo ao consumidor, não podendo este jamais ser objeto dos *players* concorrenciais. Para tanto, a estruturação do estudo desse capítulo pautou-se em ensinamentos de Américo Luis Martins Da Silva, Bráulio Cavalcanti Ferreira, Eros Roberto Grau, Fernando Herren Aguillar, Francisco Hayashi, Gustavo Borb Goedert, Manuel Enriquez Garcia, Ramsés Maciel De Castro, Reis Friede e Ricardo Hasson Sayeg.

Após compreender o elo democrático que tem entre os três princípios supramencionados, a dissertação, no capítulo três passa a tratar da finalidade do direito concorrencial brasileiro, trazendo primeiramente esclarecimentos e conceituações acerca do direito concorrencial de forma geral, demonstrando inicialmente que esse ramo do direito não surgiu com um marco especificamente delimitado, mas sim por meio de uma construção gradativa que ocorreu com o passar do tempo, se personificando por ramificações que o estruturaram para chegar ao *status* relevante que tem hoje, sendo este o importante instituto do Direito que estuda as relações concorrenciais e, conseqüentemente, guarda a defesa da concorrência por meio de leis específicas e de todo um sistema de concorrência que o estrutura. Em segundo plano, a pesquisa traz a finalidade do direito concorrencial brasileiro apontando o bem tutelado pelo instituto, bem como toda sua preocupação final, permeado por estudos de lei e levantamentos doutrinários, além de decisões processuais administrativas. O capítulo se faz essencial por estruturar o estudo e preparar os próximos passos do trabalho com mais precisão para que se visualize o centro vital ao qual ele se direciona. Nesse ponto, a pesquisa se pautou nos ensinamentos de Américo Luis Martins da Silva, Fernando Herren Aguillar, Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann, Nathalie Rodrigues Frias e Paula A. Forgioni, dentre outros.

No capítulo quatro, inicialmente são demonstradas as principais consequências que as características comportamentais dos agentes econômicos podem gerar, sendo umas positivas, outras negativas e outras consequências – não intencionalmente – prejudiciais ao ambiente onde elas se perfazem. Este capítulo também esclarece que algumas consequências podem originar-se com o fluxo natural e orgânico de mercado, não cabendo sempre ao dolo de agentes econômicos inseridos em uma cadeia econômica.

Partindo das principais consequências dos comportamentos dos agentes econômicos, após frisar as que interessam à pesquisa, o mesmo capítulo preocupou-se em trazer à dissertação as infrações previstas na Lei 12.529/11 – que são aquelas consideradas infrações contra a ordem econômica – para uma maior visualização do que passa, a partir de então, a ser o cerne do trabalho. Nesse sentido, os principais autores referenciados neste capítulo foram César Costa Alves de Mattos, César Santini Muller, Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann, Luiz Henrique B. Braidó, Nathalie Rodrigues Frias, Ramsés Maciel de Castro, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer e Rodrigo de Camargo Cavalcanti.

No capítulo cinco, a dissertação demonstra como é dada a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e suas três funções, preventiva, repressiva e educativa ou pedagógica, demonstrando conceitualmente a diferença entre cada uma delas. E, partindo dessa conceituação, o capítulo objetivou demonstrar de forma básica a estrutura do CADE, com algumas atribuições internas, as quais são primordiais para sua atuação.

Ainda no mesmo capítulo, o trabalho adentra em situações que a autarquia analisa por meio de sua prática repressiva, orientativa ou punitiva frente às condutas anticompetitivas. Nesse ponto é possível observar um nível de dificuldade na qual a autarquia se submete para analisar tais condutas, se atentando sempre se houve efeito negativo à concorrência por alguma conduta ou se ao menos houve conduta lesiva, dentre outros pontos a serem analisados que são aqui mais bem demonstrados. Esse capítulo utilizou-se principalmente de estudos dos autores Alexandre Barreto de Souza, Ciro Silva Martins, Isabela Accioly, Laura Soares Miranda dos Santos, Luis Suarez-Villa, Luiz Augusto Azevedo De Almeida Hoffmann, Nathalie Rodrigues Frias e Paula A. Forgioni.

Já no capítulo seis é possível encontrar o cerne da dissertação, que é o termo da “eficiência”, prevista no parágrafo primeiro do artigo 36 da Lei 12.529/11. Nesse sentido, o próprio artigo das infrações contra a ordem econômica traz essa exceção, a qual permite que um agente econômico domine mercado de bens ou serviços se este estiver fundado

na maior eficiência. Assim, o trabalho demonstra o porquê merece atenção ao termo mencionado na lei, passando a questionar se a *eficiência* a qual o parágrafo faz menção se trata de uma lacuna, uma flexibilização ou até mesmo uma excludente de antijuridicidade na aplicação do referido instrumento legal, já que o trabalho foca no controle de conduta dos agentes econômicos.

Nesse sentido, a dissertação se faz provocativa, no intuito de instigar e tentar demonstrar o quanto pode ser arriscado um órgão concorrencial como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica deter de tal poder de decisão e orientação sem que haja parâmetros para que o sentido de eficiência seja mais orientado. Portanto, para maior entendimento do que possa ser o termo, no mesmo capítulo a dissertação tratou de trazer diversos sentidos do termo da *eficiência* para melhor compreensão de onde ele possa possivelmente se enquadrar. Até mesmo porque este é um termo muito bem mencionado no ordenamento legal brasileiro, e é utilizado por pensadores do direito, porém não é comumente conceituado, ou tampouco estruturado, carecendo este de orientações legais para sua utilização prática. No capítulo também é apresentado o sentido de “eficiência” para a Economia e para o Direito, na tentativa de encontrar alguma conexão. Neste capítulo os principais autores referenciados foram Ana de Oliveira Frazão, Ivo Teixeira Gico Junior, Jorge Fagundes, José Matias Pereira, Paula A. Forgioni e Ramsés Maciel de Castro.

Diante do exposto, a realização da pesquisa buscou averiguar o problema de como a “eficiência” mencionada no parágrafo primeiro do artigo 36 da Lei 12.529/11 está equiparada ao art. 170 da Constituição Federal de 1988 e como ela é interpretada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, objetivando demonstrar se este termo carece de maiores diretrizes e até mesmo se pode ser considerado uma espécie de excludente de antijuridicidade para atos anticoncorrenciais de agentes econômicos.

Nesse sentido, para buscar melhores reflexões e esclarecimentos do que aqui se questiona, este trabalho se perfaz como uma pesquisa de natureza teórica. Portanto, sobre seus objetivos, se fez necessária uma pesquisa exploratória, onde pontuou conceitos já estabelecidos e levantou questionamentos e posicionamentos de juristas sobre o termo estudado. Já quanto à abordagem, fez-se necessário o modo qualitativo.

Ademais, em sua estruturação, bem como em seus estudos, quanto aos procedimentos técnicos, se utilizou de pesquisa bibliográfica, tendo em vista toda a utilização de jurisprudências, legislação constitucional e concorrencial, bem como o

apoio essencial de fundamental de obras, dissertações e artigos científicos sobre o tema discutido.

Frente a todo o exposto, em relação ao método de procedimento, o mais adequado e que foi utilizado pela pesquisa foi o dedutivo, já que se originou este de uma hipótese que precisava ser averiguada, e estudada, levantando os questionamentos que se objetivou, tentando trazer, por meio dessas deduções, seus possíveis esclarecimentos.

2 A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal de 1988 é o instrumento legal brasileiro de mais elevado patamar hierárquico, o qual trouxe consigo, em sua promulgação, muita admiração à época, pelo seu cunho teórico relevantemente democrático. Afinal, se via àquela altura uma necessidade de alinhamentos legais dos códigos vigentes com uma regra superior magna que estivesse em harmonia com o quadro social no qual as pessoas se encontravam, pois, o texto constitucional já estava ficando destoado da realidade, resultando em um ambiente que até então cooperava com o desaceleramento do alcance da valorização da dignidade da pessoa humana.

É um tanto claro de se elucidar a situação de um país cuja sua lei maior carece de amparo legal para anseios das suas evoluções de cunho social. E, ainda mais diante de um cenário no qual o poder político se encontrava dotado de resquícios autoritários, partidários, e em uma nação onde o discurso democrático, por mais que era teoricamente um ideal, na prática ainda era tido como uma promessa.

Logo, podia se observar àquela altura, que a Constituição Federal surgia como uma Constituição promissora, e de certa forma, uma Constituição revolucionária, o que fez com que fosse recepcionada de maneira positiva.

No Brasil, durante a vigência do governo que flertava com tal modelo de gerência interventora, surgiu, finalmente, o movimento político-social que clamava por democracia e liberdade, movimento este que deu origem à Assembleia Nacional Constituinte, responsável por promulgar a atual Constituição Federal de 1988. [...]

A Carta Magna de 1988 fora promulgada sob o prisma de um Estado Social de Direito, cujo aspecto econômico instituiu uma espécie de “Liberalismo de Estado”, de modo que a busca pela prosperidade econômica deve sempre gravitar entre as órbitas dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV, da CRFB/88).¹

Ao buscar, com um esforço nada laborioso de memória, é claro e indubitável vislumbrar, de forma genericamente superficial, mas já precisa para a presente reflexão, que com o passar dos milhares de anos da história da humanidade – em compasso simultâneo –, sempre houve a necessidade de evolução da sociedade, surgindo cada vez mais novas discussões, novos quadros sociais, novos governos, novas composições familiares e novos métodos para todos os momentos e atos históricos.

A tendência natural da humanidade é evoluir, e com isso ir aperfeiçoando seus métodos. Antes mesmo do surgimento do conceito de família, nas eras anteriores à essa organização foi dessa forma. Assim, houve um momento em que o ser humano precisou aprimorar seus métodos de caça, de defesa, de ataque, de construção temporária de abrigo, de reconstrução das destruições naturais do ambiente, o que permaneceu com o estabelecimento da família, e toda sua evolução.

Nesse ínterim é importante ressaltar que para a pesquisa não é importante se aprofundar precisamente em dados antropológicos da evolução humana, por isso ela não fornece uma gama aprofundada de detalhes a respeito do tema.

Então, ainda seguindo esse breve apanhado de noções gerais básicas da história, sempre quando a humanidade foi palco de acontecimentos bárbaros, na sequência surgiram feitos limitadores a estes, polindo e direcionando cada vez mais as pessoas rumo a um mais límpido aperfeiçoamento das relações entre si, que é o que houve, a título de exemplo, com o movimento sufragista após tanta repressão sexista histórica contra mulheres e minorias; também, como outro exemplo, tem-se o processo de redemocratização do Brasil após períodos intensamente ditatoriais do país; e outro exemplo esparsos foi a atuação do "Tribunal de Nuremberg" em face de lideranças nazistas em um cenário pós-guerra, bem como também todos os tratados realizados na Europa e no mundo para o replanejamento econômico, e estratégias pacificamente diplomáticas após a Segunda Grande Guerra Mundial, dentre outros inúmeros exemplos de reestruturação seguida de caos.

Por mais desconexos que esses exemplos anteriormente mencionados possam ser, é importante que aqui os mencione para uma breve e clara visualização do que se trata neste momento do trabalho, que é a demonstração de como a humanidade organicamente e intencionalmente se redireciona aos limites de movimentos opressores e violentos que já aconteceram, rumando sempre ao curso automático do bem-estar.

Portanto, essa necessidade incansável pelo equilíbrio do bem-estar social e o maior aperfeiçoamento do que é viver em sociedade, reforça ainda mais a ótica *jusnaturalista*¹ de se observar os direitos humanos, a qual a perspectiva defende serem intrinsecamente inerentes à pessoa humana, o que faz com que a humanidade sempre se redirecione evolutivamente para tal rumo, sobrepondo assim, o direito natural ao direito positivo, que é aquele positivado, codificado e estabelecido pelo homem, e que vezes é

¹ Não é a intenção da pesquisa se aprofundar em conceitos jusnaturalistas dos direitos humanos, portanto, apenas se buscou menção para mais claro elo da linha de compreensão entre os passos futuros do trabalho.

influenciado pelo natural pautado na dignidade, e vezes se pauta no conveniente ao momento social atual que se encontra a sociedade, podendo também ser “redigido” por influências externas.

Nessa senda, a respeito das correntes jusnaturalistas, Reis Fried assevera:

A doutrina, de um modo geral, reconhece a relação que há entre as correntes jusnaturalistas (principalmente a moderna³) e a visão contemporânea sobre direitos humanos e Estado Democrático de Direito, notadamente quando tais perspectivas passam a conceber o Direito não mais a partir de fundamentos espirituais ou divinos. Bittar (2008, p. 2), por exemplo, recorda que o racionalismo moderno universaliza a razão humana, secularizando a noção de direitos fundamentais eternos, naturais e imutáveis, cuja consagração se deu com as Declarações do século XVIII, em especial com a Declaração de Direitos de Virgínia (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).²

Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança. (Art. 1º da Declaração de Direitos da Virgínia, 1776).³

Reis Friede segue demonstrando ainda a fase do racionalismo do jusnaturalismo moderno que se desvestiu do caráter religioso:

Tal fase, segundo Nader (2010, p. 174 apud Fried, 2018), será caracterizada por quatro marcas fundamentais (o reconhecimento de que a natureza humana seria fonte do Direito Natural; a admissão da existência remota do estado de natureza; o contrato social como origem da sociedade; a existência de direitos naturais inatos), sendo certo afirmar que foi justamente a denominada Escola Clássica do Direito Natural que “promoveu a laicização do Direito Natural”, mormente pelo fato de ter indicado “a natureza humana como fonte e apontar a razão como via cognoscitiva”, tendo tal Escola, no entanto, incorrido em alguns equívocos,

[...] notadamente ao pretender a criação de verdadeiros códigos de Direito Natural, onde se alcançavam pormenores da regulamentação da vida social, em vez de limitar-se à análise dos princípios norteadores desse Direito.⁴

Ainda, na concretização da racionalidade do direito natural do indivíduo como cerne da corrente jusnaturalista, Reis Friede esclarece:

Soares (2013, p. 144 apud Fried, 2018) ilustra que, “quando o homem do Renascimento produziu uma inversão antropocêntrica na compreensão do mundo, vendo-o a partir de si mesmo” e, por conseguinte, “não mais a partir de Deus, o tratamento do problema da justiça sofreu uma marcante inflexão”, sendo o Jusnaturalismo Teológico, então, gradativamente substituído por uma

concepção Jusnaturalista Racional, movimento que se utilizou da ideia de [...] uma razão humana universal para afirmar direitos naturais ou inatos, titularizados por todo e qualquer indivíduo, cuja observância obrigatória poderia ser imposta até mesmo ao Estado, sob pena do direito positivo corporificar a injustiça.⁵

Logo, pelas perspectivas mencionadas, mesmo que de forma breve², é clara a visualização de o ser humano sempre buscar se aperfeiçoar em suas melhores condições possíveis. E para isso basta que se olhe ao redor, e intrinsecamente se observe os desejos de cada pessoa na luta de seus objetivos cotidianos.

Retomando à atualidade, ao partir do pressuposto básico *jusnaturalista* da evolução do ser humano e analisando a vigente Constituição Federal de 1988, pode-se observar claramente a internalização legal de preceitos taxativos presentes na Declaração Universal dos Direitos Humanos, e a consequente elevação desses a um patamar de direitos fundamentais, fazendo da própria Constituição um instrumento normativo democrático, humanista e justo, amplamente abrangente em relação a direitos sociais, que até então eram tênues, desestruturados. E ainda, destoados do ordenamento legal brasileiro, fazendo com que o Poder Judiciário não pudesse ir muito longe no ofício de sua atuação, ou até possibilitando a ele que se utilizasse da judicialização para decidir questões nas quais não se encontravam muitos parâmetros basilares.

Com o advento e a evolução da então nova Constituição, surgiu também um espaço reservado para a tão aclamada constituição econômica, que na verdade é o campo da Constituição reservado para o sistema econômico, onde têm-se os fundamentos, os princípios e as diretrizes que a regem, norteados de modo geral a atividade econômica, bem como a atuação do Estado no mesmo contexto.

Vale ressaltar que a Constituição Federal de 1967, a qual antecedia a Constituição de 1988 já continha em seu texto um título reservado à ordem econômica, o qual é relevante ser demonstrado para uma melhor elucidação, *in verbis*:

TÍTULO III - Da Ordem Econômica e Social

Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: I - liberdade de iniciativa; II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III - função social da propriedade; IV - harmonia e solidariedade entre os fatores de produção; V - desenvolvimento econômico; VI - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. [...]³

² O aprofundamento histórico da evolução da dignidade da pessoa humana não é o cerne da pesquisa, tampouco o aprofundamento das teorias jusnaturalistas dos direitos humanos.

Ao fazer um aparato comparativo para uma análise minuciosa dos dois últimos momentos constitucionais, é imprescindível a visualização do fragmento da ordem econômica do atual texto constitucional, no qual tratou de dar relevância principiológica e norteadora do instituto através do título “DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA”, *in verbis*:

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

I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.³

Primeiramente, como pode ser claramente visto, o atual texto alocou a função principiológica de todo o artigo em compasso com o próprio título constitucional, trazendo para sua interpretação maior força norteadora.

Já em segundo plano de análise, e adentrando ao conteúdo do artigo em si, é possível verificar em seu *caput* a finalidade da ordem econômica em “*assegurar a todos existência digna*”, pautada nos fundamentos da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa.

Desde já é claramente possível visualizar, pela breve leitura dos artigos dos dois textos constitucionais que tratam o mesmo conteúdo, uma considerável estruturação do atual em detrimento do que atualmente se encontra defasado. E através da sugerida leitura também se faz nítida a visualização da importância de reafirmar o caráter social que tem a incorporação da *dignidade da pessoa humana* neste capítulo, o que reforça ainda mais os passos evolutivos da teoria *jusnaturalista* mencionada anteriormente.

Nesse sentido, a ordem econômica é descrita, após ostensivas análises feitas pelo estudioso Eros Roberto Grau como o “conjunto de princípios jurídicos de conformação do processo econômico, desde uma visão macrojurídica, conformação que se opera mediante o condicionamento da atividade econômica a determinados fins políticos do Estado.”³

Analisando todo o conteúdo constitucional da ordem econômica, e ao verificar minuciosamente estudos acerca desta, o autor supramencionado pontua sobre a sua eficácia, posição hierárquica e importância no texto constitucional brasileiro:

Da análise do conjunto de entendimentos reproduzidos os seguintes enunciados podem ser extraídos:

— a ordem econômica na Constituição de 1988 consagra um regime de *mercado organizado*, entendido como tal aquele afetado pelos preceitos da ordem pública clássica (Geraldo Vidigal); opta pelo tipo *liberal* do processo econômico, que só admite a intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de quaisquer interferências, quer do próprio Estado, quer do embate econômico que pode levar à formação de monopólios e ao abuso do poder econômico visando ao aumento arbitrário dos lucros — mas sua posição corresponde à do *neoliberalismo* ou *social-liberalismo*, com a defesa da livre iniciativa (Miguel Reale); (note-se que a ausência do vocábulo "controle" no texto do art. 174 da Constituição assume relevância na sustentação dessa posição);

— a ordem econômica na Constituição de 1988 contempla a *economia de mercado*, distanciada porém do modelo liberal puro e ajustada à ideologia neoliberal (Washington Peluso Albino de Souza); a Constituição repudia o dirigismo, porém acolhe o intervencionismo econômico, que não se faz contra o mercado, mas a seu favor (Tércio Sampaio Ferraz Júnior); a Constituição é capitalista, mas a liberdade apenas é admitida enquanto exercida no interesse da justiça social e confere prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado.³

Nessa senda, é possível verificar que a ordem econômica presente no Título VII da Constituição Federal já não passa a tratar exclusivamente da economia em um sentido superficial e genérico, de simplesmente se limitar à distribuição e concentração de renda e bens, mas ainda, para além desse sentido, leva em consideração o interesse da justiça social.

Logo, resta claro e fatídico que o sistema econômico brasileiro é o capitalismo, o que é indubitável e, também desnecessário que se busque para a discussão tal questão. Porém há de se dizer que, nas décadas de intervalo entre as Constituições Federais de 1967 e de 1988, se viu cada vez mais importante no cenário econômico interno a necessidade de elevação da qualidade de vida, ainda mais no final da década de 1980 e início de 1990, que já era realidade legal — através do novo instrumento constitucional —, o que começou a influenciar a realidade prática, e trouxe para a efetividade cotidiana da economia a aplicação do caráter da justiça social.

Nesse sentido, é relevante e imprescindível a compreensão a respeito do surgimento da corrente do “Capitalismo Humanista”:

É justamente nesse cenário de novas mudanças e transformações entre o diálogo capitalista e os objetivos que se esperam de um mundo globalizado que surge a corrente denominada “Capitalismo humanista”. É notório que as modificações pretendidas e os progressos que esperamos hoje, urgem por muito mais que “apenas” melhores dados estatísticos econômicos e não se limitam a classificar um país como desenvolvido unicamente por sua capacidade econômica. A inspiração que tem motivado essa corrente a se difundir declara que o humano é o principal, que não há mais nada senão aquilo que se produz por ele e que para a produção ser coerente com a lógica globalizada ela precisa levar em conta alguns aspectos, dentre eles destacam-se os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana.⁶

Surge nesse momento a necessidade de uma parametrização entre os conceitos puros da economia vinculados ao ser humano em sua pura essência, colocando-o como o principal protagonista, no centro de todas as relações econômicas. E já que esse ser humano – inserido nessa relação – deve ser valorizado, devem ser levados em conta os direitos humanos, e consequentemente como cerne da questão, a dignidade da pessoa humana. Portanto, surge assim a corrente do capitalismo humanista, que é mais bem elucidada da seguinte forma:

A humanidade está suficientemente amadurecida no que tange à consciência universal de que se faz absolutamente necessária uma nova ordem econômica mundial emancipadora, inclusiva e sustentável, pela qual ninguém fique para trás e se respeite o planeta, nossa casa comum, conforme a Resolução da Organização das Nações Unidas (ONU), Agenda 2030 – Transformando o Mundo. Ocorre que, à direita, sob o ponto de vista econômico, o liberalismo desenfreado provoca pobreza, marginalização e profunda desigualdade, via de consequência, exclusão social. Por outro lado, à esquerda, abala os fundamentos da Liberdade e da Propriedade Privada, assim como estimula as ineficiências econômicas públicas e privadas. Por mais reprováveis que sejam as externalidades negativas do Liberalismo Econômico, estas podem ser compensadas, controladas ou reguladas, enfim, ajustadas aos Direitos Humanos; enquanto que, a supressão das Liberdades e da Propriedade Privada nos regimes Socialistas são intoleráveis e a ineficiência lhes torna materialmente insustentáveis. As Liberdades são o bem supremo. Na dimensão das Liberdades, os regimes Socialistas esvaziam a Liberdade Econômica e a Propriedade Privada, notadamente os Comunistas, que se estabelecem ou se mantêm à base do totalitarismo e, portanto, da escandalosa supressão dos Direitos Humanos. Impensável sequer se conjecturar em Vida Digna sem Liberdade. A história da humanidade é marcada pela luta e permanente vigilância e defesa das Liberdades conquistadas, quanto as quais, para os seus mártires, a vida em prol delas na evolução civilizatória foi um preço histórico a se pagar. Indubitável, ao se considerar a Dimensão da Liberdade como primeira Geração dos Direitos Humanos, a partir da qual todas as demais foram reveladas, que ao se falar em Humanismo, consequentemente em respeito aos Direitos Humanos, se impõe o reconhecimento, sob o ponto de vista econômico, do Capitalismo, pois tem como fundamento a Liberdade Econômica e a Propriedade Privada. Entretanto, pela circunstância da Dimensão da Liberdade dos Direitos Humanos ser indissociável, interdependente e interrelacionada com as duas outras Dimensões clássicas, a da Igualdade e a da Fraternidade, na perspectiva econômica emerge uma Terceira Via, nem à direita, nem à esquerda, de um Capitalismo decente, ajustado aos Direitos Humanos, que corresponde ao Capitalismo Humanista.⁷

Logo, pelo estudo supramencionado resta claro o entendimento de que o Capitalismo Humanista surge fazendo uma menção estrita do capitalismo em seu sentido central ajustado aos Direitos Humanos, e todos aqueles direitos inerentes ao homem, nos quais permeiam a dignidade da pessoa humana e sua respectiva valorização.

Dessa forma, a inclusão no texto constitucional do título da ordem econômica foi um relevante marco para acelerar a evolução prática no sentido da valorização de uma vida digna, e, também, reforçar ainda mais a importância da justiça social no acompanhamento de si ao lado do crescimento econômico, onde passa a não importar para a economia apenas o aumento de riqueza ou crescimento econômico, mas também a qualidade de vida das pessoas em uma sociedade inseridas.

Assim, para maior visualização do explanado, tem-se extraído do *caput* do artigo 170 da vigente Constituição Federal a “valorização do trabalho humano” e a “livre iniciativa” como fundamentos, bem como a garantia da “existência digna” como a finalidade principal, baseando-se nos “ditames da justiça social.”

Nota-se então a importância que a recepção do texto constitucional teve para sua estruturação, bem como o que seu conteúdo impositivo expresse, não abrindo possibilidades para uma interpretação mediana ou flexibilizada. Nesse sentido, têm-se as observações de Eros Roberto Grau:

É que, de um lado, não se pode visualizar a ordem econômica constitucional como produto de imposições circunstanciais ou meros caprichos dos constituintes, porém como resultado do confronto de posturas e texturas ideológicas e de interesses que, de uma ou de outra forma, foram compostos, para como peculiar estrutura ideológica aninhar-se no texto constitucional. De outro lado, sendo a Constituição um sistema dotado de coerência, não se presume contradição entre suas normas. A admitir-se a ocorrência de contradições entre elas — “princípios e soluções contraditórias”, como refere Raul Machado Horta — por força hão de ser elas eliminadas, seja para afirmar-se que umas não são válidas (ou não se aplicam a determinados casos), seja as “interpretando de modo adequado e suficiente à superação da contradição ou contradições. Apenas a segunda alternativa é, todavia, praticável, até porque a primeira nos conduziria ao absurdo de supormos que há, na Constituição de 1988, duas ordens econômicas, uma neoliberal, outra intervencionista e dirigista. Assentadas essas premissas, prossigo cogitando dos princípios da ordem econômica, na Constituição de 1988, porque interpretação principiológica é a que vamos encetar.⁵

Assim, é possível notar uma certa incontestabilidade que o poder constituinte brasileiro detém, o que se explica por tratar — em seu exercício — de conteúdos motivados pela justiça social, reforçando ainda mais a internalização dos direitos humanos no ordenamento pátrio, e fazendo com que se alcance a redução máxima de pretextos e

possibilidades para dúbias interpretações. Bem como retira a possibilidade de flexibilização e manipulação externa de suas normas.

À vista disso, se mostra imprescindível ao Poder Judiciário uma interpretação principiológica, da qual o artigo 170 do texto constitucional presta suporte com o devido respaldo, estando presentes em seu corpo textual os seguintes princípios:

I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.³

O que se percebe com a organização textual dada aos princípios elencados na ordem econômica é uma comunicação entre eles, na qual todos amparam e estruturam um só sistema, concedendo a este uma estrutura que traz a ideia de ser suficientemente completa.

Sob essa ótica assevera Ramsés Maciel de Castro:

A Ordem Econômica constitucional brasileira busca a harmonização entre vários princípios, que não podem ser aplicados isoladamente e que, embora possam até parecer contraditórios, por representarem a pluralidade de interesses existentes na sociedade brasileira, devem ser aplicados todos com plena harmonia entre si.⁸

Assim, para o sentido amplo da aplicação principiológica da ordem econômica não há distinção hierárquica entre os princípios supramencionados, porém, para a particularidade instrumental do presente estudo, bem como posterior retomada ao assunto, o trabalho passa a expor com mais precisão os princípios da livre iniciativa; da livre concorrência; e da defesa do consumidor.

Dessa forma, para inaugurar os mencionados princípios à pesquisa, ao tratar da efetivação da livre concorrência e da livre iniciativa, Bráulio Cavalcanti Ferreira aduz que:

É somente com a Constituição Federal de 1988 (CF/1988), que aduziu os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, bem como indicou a necessidade de promulgação de uma lei específica para reprimir o abuso do poder econômico que visasse a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, que a defesa da concorrência volta a ser preocupação do Estado brasileiro.⁷

Nesse sentido, mesmo se tratando de agentes econômicos fornecedores, o viés principiológico da constituição econômica veio para regular e limitar a atuação destes entre si, bem como para apoiar o consumidor final a não ser alvo desses comportamentos de domínio da concorrência ou do aumento arbitrário de lucros. Assim, o trabalho passa a expor com maior precisão os princípios supramencionados, para que seja possível mais clara elucidação de como eles se comunicam e relacionam entre si.

2.1 PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA

Quando se lê o *caput* do artigo 170 da Constituição Federal já é possível fazer a captação dos fundamentos da ordem econômica, e ao trazer que ela por si só é pautada – além da valorização do trabalho humano – na livre iniciativa, o próprio texto constitucional está afirmando que seu caráter democrático deve ser prevalecido. Logo aí já se percebe claramente a engrenagem da democracia no texto constitucional econômico. Afinal, por mais que não seja relevante para a presente pesquisa, vale ressaltar que ainda existem mercados que não têm tamanha liberdade ao ingresso de seus pretensos agentes econômicos, mesmo não sendo essa uma característica considerável entre as grandes economias modernas.

Atualmente é muito comum de se observar economias modernas cada vez mais atuantes, no que diz respeito aos seus respectivos setores privados, fazendo com que seus poderes públicos fiquem gradativamente mais inertes, dando maior autonomia aos agentes econômicos. E defendendo sempre a ideia de menor intervenção por parte do Estado na economia. Porém, essa perspectiva não se trata de uma inércia desassistida, mas sim de liberdade de ingresso ao mercado por parte dos agentes econômicos, podendo contar a economia com o amparo estatal caso este se faça necessário, até mesmo para se alcançar o seu fim comum, que é a existência digna.

Então, o Estado busca cada vez menos intervir na economia em meio aos agentes privados atuantes, o que permite extrair que estes agentes econômicos têm mais liberdade de ingresso, e, conseqüentemente um maior exercício da democracia.

Assim, há casos específicos onde o Estado poderá intervir na economia, como salienta Américo Luis Martins da Silva:

Na realidade, o Estado pode executar três tipos de atividade econômica: a) uma que é reservada à iniciativa privada pelo art. 173 da Constituição e que o Estado só pode executar por motivo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo; quando o Estado a executa, ele não está prestando serviço público

(pois este só é assim considerado quando a lei o define como tal), mas intervindo no domínio econômico; está atuando na esfera de ação dos particulares e sujeita-se obrigatoriamente ao regime das empresas privadas, salvo algumas derrogações contidas na própria Constituição; b) outra que é considerada atividade econômica, mas que o estado assume em caráter de monopólio; e c) uma terceira que é assumida pelo Estado como serviço público e que passa a ser incumbência do poder público; a este não se aplica o art. 173 mas o art. 175 da Constituição Federal, que determina a sua execução direta do Estado ou indireta, por meio de autorização, concessão ou permissão; [...] Nos países em desenvolvimento deu-se ênfase especial à atuação do governo na alocação dos recursos, sendo a distribuição de renda considerada como objetivo de uma fase mais avançada de desenvolvimento. Partindo da constatação de inexistência das condições estabelecidas no modelo capitalista para funcionamento de uma economia de mercado, o governo voltou-se para a alocação de recursos na criação destas condições: a) pela expansão de infraestrutura econômica; e b) pela oferta de serviços exigidos por necessidades coletivas básicas. No primeiro caso estão os investimentos que visam criar economias externas como sejam a construção de estradas, a geração de energia elétrica e outros. No segundo estão, além dos serviços de segurança e justiça, aqueles, como os de educação e saúde, que são incorporados às funções do Estado por serem serviços cuja acessibilidade a todos é vista como ideal humanitário e democrático, sendo que seu preço, em condições de mercado, torná-los-ia inacessíveis para parte substancial da população. Como vimos, o propósito de uma mais rápida marcha da Nação para o desenvolvimento abriu uma grande faixa de atuação do governo, em atividades diretamente produtivas, localizadas em subsectores industriais necessários ao desenvolvimento e cuja escala econômica de produção exigia tal quantidade de investimentos que dificilmente seria encontrada no setor privado de uma economia subdesenvolvida.¹⁰

Nesse sentido, frequentemente é possível de se observar o caráter assistencial do Estado, no que tange as necessidades coletivas básicas, mas deixando sempre a liberdade de ingresso aos agentes econômicos, onde ele busca a diminuição de suas atividades diretas na economia.

Vale ressaltar aqui, que esse caráter meramente assistencial trazido para a pesquisa em nada tem conexão do *bem-estar social* do qual a figura do Estado se pautou em outros momentos historicamente econômicos, que foram aqueles nos quais o Estado interveio diretamente na economia se vestindo do discurso de promoção e assistência social, onde de certa forma defenderam que o Estado deve regular a economia, como por exemplo a ótica da Escola Keynesiana³.

Reforçando ainda mais a liberdade dos seus indivíduos, atualmente o ordenamento legal brasileiro, através da ordem econômica, oportuniza o ingresso das pessoas ao ciclo econômico, onde é possível ver uma intervenção mínima do Estado, como segue asseverando Américo Luis Martins da Silva:

³ Ideologia política formada pela teoria desenvolvida pelo economista inglês John Maynard Keynes (1883 – 1946), a qual defende – resumidamente – que o Estado deve agir de forma ativa em suas políticas econômicas.

Todavia, o atual momento histórico de quase todas as nações do mundo moderno tem exigido uma atuação menos intensa do Estado na economia. E não poderia deixar de assim o ser, uma vez que o que está consagrado é a economia de livre iniciativa, a economia de mercado. Não se pode falar em economia de livre iniciativa e ao mesmo tempo se falar em monopólio estatal ou em concorrência da iniciativa pública com a iniciativa privada. Isto é incoerente.¹⁰

Seguindo essa senda, sob uma perspectiva límpida, assevera Reale que:

[...] livre iniciativa e livre concorrência são conceitos complementares, mas essencialmente distintos. A primeira não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados. Liberdade de fins e de meios informa o princípio de livre iniciativa, conferindo-lhe um valor primordial, como resulta da interpretação conjugada dos citados arts. 1º e 170. Já o conceito de livre concorrência tem caráter instrumental, significando o ‘princípio econômico’ segundo o qual a fixação dos preços das mercadorias e serviços não deve resultar de atos de autoridade, mas sim do livre jogo das forças em disputa de clientela na economia de mercado.¹¹

Logo, não seria coerente que uma democracia que preza de forma abrangente pela liberdade do seu povo estabelecesse processos extremamente burocráticos para abertura de entidades empresariais ou criassem condições dificultosas para o ingresso das pessoas que compõe esse povo ao mercado. Portanto, o ordenamento legal pátrio se opõe à essa perspectiva, garantindo maior autonomia para que as pessoas possam atuar no mercado de forma livre, sem que prejudique de forma abusiva seus concorrentes.

Pode-se então extrair, por tal princípio, que todos são livres para ingressarem ao mercado e concorrerem entre si em um ambiente econômico, dando vida ao princípio da livre concorrência.

2.2 PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA

Após uma clara elucidação da liberdade que as pessoas têm de ingressar no ciclo econômico, é importante esclarecer como é positivado o meio que as possibilita concorrerem entre si, e onde está pautada tal previsão. Nesse sentido, tem-se o princípio da livre concorrência, previsto no inciso IV do art. 170 da Constituição Federal vigente, o qual traz ao texto constitucional uma força democrática singular da liberdade de concorrência, se fazendo assim como uma outra importante ferramenta para o funcionamento da democracia brasileira. Até mesmo pelo fato da concorrência em si já ser um dos principais fatores que reforçam a ideia da liberdade concedida aos agentes

econômicos de atuar naturalmente na movimentação da economia por si só, o que faz com que o Estado intervenha menos ainda no ciclo econômico.

Como bem pontua Ramsés Maciel de Casto,

A livre-concorrência encontra acolhida em Estados pouco intervencionistas, como os estados capitalistas. Num estado altamente intervencionista não há espaço para a autorregulação do mercado. No Brasil, o modelo de economia de mercado com garantia da livre-concorrência é a regra, sendo minimizada a intervenção do Estado na economia.⁸

Existe uma outra questão que é arraigada em muitos estudos que versam sobre o princípio citado no tópico anterior com este, que são, respectivamente a livre iniciativa e a livre concorrência. E essa questão se trata de uma certa confusão do sentido dos dois princípios, em que às vezes têm seus significados confundidos, ou têm seus conceitos pouco especificados em suas respectivas essencialidades.

Embora comumente se faça muita distorção entre a livre iniciativa e a livre concorrência, elas se diferem pela sua essencialidade, como muito bem pontua Fernando Herren Aguillar:

O princípio da liberdade de concorrência é o contraponto do princípio da liberdade de iniciativa e não seu sinônimo, como alguma doutrina acaba sustentando. O agente econômico é livre para empreender o que bem entenda, desde que não prejudique a liberdade, de outros agentes econômicos, de concorrer. [...] Em síntese, o princípio da liberdade de iniciativa é um direito do agente econômico em face do Estado, demandando uma abstenção deste, enquanto o princípio da livre concorrência é um direito do agente econômico em face de outro agente econômico, demandando não mais a omissão, mas a efetiva interferência estatal na economia. [...] ¹²

Portanto, para mais clara visualização, da diferenciação dos princípios invoca-se o quadro apresentado pelo autor acima mencionado:

Figura 1 - Liberdade de Iniciativa e Liberdade de Concorrência.

Liberdade de Iniciativa	Liberdade de Concorrência
Direito do empresário em face do Estado	Direito do empresário em face de outro empresário
Exige abstenção do Estado	Exige ação do Estado
Atribui liberdade ao particular	Cerceia a liberdade do particular

Fonte: AGUILLAR, 2019, p. 330.

Como mencionado a respeito da distorção dos dois princípios, é importante esclarecer que, por mais que o nome do princípio visto no tópico anterior sugere tamanha liberdade de ingresso, este agora vem como uma espécie de regulamentador e até mesmo um complemento daquele, onde é possível observar a corrente que os liga e os parametriza.

Nessa senda, Gustavo Borb Goedert afirma que:

Constata-se, portanto, que a livre iniciativa encontra barreira quando exercida de modo absoluto por um agente ou por um grupo econômico, causando a famigerada concentração de mercado. É justamente nesse cenário que surge o princípio constitucional da livre concorrência [...]. Ao contrário do que se possa imaginar, o princípio da livre concorrência não é um mero desdobramento da livre iniciativa. Em verdade, trata-se de um princípio complementar à livre iniciativa, orientando o seu exercício, tendo como fins precípuos a manutenção de condições propícias para o ingresso e permanência dos agentes econômicos no mercado e, por consequência, assegurar ao consumidor a liberdade de escolher pelo produto que lhe for mais atrativo.¹

Dessa maneira, tal princípio, além de nortear de forma pacífica e orgânica o ciclo econômico daqueles que já ingressaram, também resguarda as garantias que devem sempre amparar o consumidor, que acaba por ser o polo mais vulnerável do ciclo econômico, a quem os competidores do direito concorrencial jamais devem direcionar as consequências negativas de seus atos.

2.3 PRINCÍPIO DA DEFESA DO CONSUMIDOR

O Direito Econômico em si é alicerçado na economia em todos os seus sentidos estruturais, o que é inegável e lógico. Porém, através do ramo pôde-se trazer, gradativamente para a área econômica um outro sentido, que na verdade pode ser tido como uma espécie de complementação, onde para seus estudos já não são suficientes aqueles estritos e isolados conceitos de obtenção de lucro, acúmulo de renda, tampouco o sentido estritamente econômico de oferta e demanda, dentre outros que têm uma ótica de cunho rigorosamente material. O que atualmente faz com que para melhor analisar a economia, deve-se levar também em conta as necessidades sociais de uma sociedade.

Assim, Silva afirma que “a caracterização das necessidades econômicas como necessidades estritamente materiais provém de uma época em que a maior parte da economia estava voltada para a produção, para o transporte e para a transação de objetos materiais”. Com isso, o raciocínio que se consolida claramente na atualidade é que

“muitas atividades de caráter econômico indiscutível consistem na produção de serviços que satisfazem necessidades que nem sempre são materiais (necessidades imateriais)”¹⁰.

[...] talvez a melhor maneira de definir atividade econômica seja encará-la como *o conjunto dos trabalhos que contribuem para o produto social, entendido este como o fruto das atividades compreendidas pela divisão social do trabalho* (atividade social, e não individual). Isto porque, segundo JOSÉ PETRELLI GASTALDI, professor de Economia Política das Faculdades de Direito da Universidade Federal do Paraná, o homem não é apenas um animal econômico, guiado por seus instintos e desejos, decorrentes de suas necessidades também naturais ou fisiológicas. Ele é também um *ser social*, vivendo em agrupamentos a trabalharem unidos, em estreita cooperação, consciente ou não, para satisfação das necessidades da sociedade como um todo.¹⁰

Sendo assim, está claro que a economia visa em seu fim a satisfação das necessidades das pessoas inseridas em uma sociedade, partindo do princípio de que a pessoa humana é o centro de tudo, o qual merece valorização.

Nesse sentido, é justo e coerente que – em compasso com essa afirmação – encontra-se no ordenamento jurídico um princípio que ampara o consumidor, o qual tem como um fim principal as melhores condições e preços de serviços e produtos ofertados aos consumidores, enquanto pessoas humanas que compõe a sociedade como um todo. Afinal, não seria coerente que na Constituição fossem encontrados amparo e regulação apenas para a concorrência e conseqüentemente para os concorrentes.

O princípio da defesa do consumidor também é o portal constitucional que resguarda o código que defende e regula as relações consumeristas, e sua previsão legal constitucional se faz de extrema necessidade a todo o ciclo econômico e de mercado, pois de nada adiantaria tamanhas liberdades de ingresso e concorrência se o consumidor final pudesse ser desamparado, ou ainda ser alvo de atrocidades concorrenciais, já que a Constituição brasileira preza, de forma ímpar, pela justiça social.

Destarte, o princípio da defesa do consumidor se incumbe também de limitar a atuação das atividades concorrenciais, fazendo com que não seja permitido que os agentes de mercado tenham domínio ou exerçam práticas abusivas em face dos consumidores. Por exemplo, através do domínio de um mercado específico mediante comportamentos que ferem a concorrência; ou pela ausência de concorrência de um setor, aumentar deliberadamente o preço de seus produtos, não restando ao consumidor outras alternativas de oferta. Ou ainda, pela escassez que produto se encontra, o fornecedor não ofertar a qualidade da qual o seu produto devesse se revestir, dentre outras várias práticas abusivas e injustas ao consumidor.

Assim, para dar todo o aparato à previsão legal constitucional do princípio da defesa do consumidor, bem como pontuar sua imprescindível relevância, tanto o seu escopo legal quanto sua aplicabilidade junto ao Poder Judiciário brasileiro, ambos contam com uma estrutura específica para coibir as práticas concorrenciais abusivas no país, por meio de legislações específicas para tal fim.

E para melhor compreensão dessa aplicabilidade sistemática, é de extrema relevância pontuar a finalidade basilar e essencial que esse tipo de estrutura defensora se baseou em sua criação, que é a proteção ao consumidor, como leciona Gustavo Borb Goedert:

Outro aspecto interessante na edição de normas antitrustes mundo afora, e sobretudo no Brasil, é que todo esse aparato defensivo que fora criado pelo Estado teve como finalidade inicial a proteção ao consumidor, notadamente quanto à prática de preço predatório. Ainda que existam outros princípios importantes que norteiam a defesa da concorrência, o surgimento de todas as normas antitrustes teve como escopo evitar os eventuais efeitos econômicos negativos que poderiam surgir ao consumidor.¹

Então de forma comum, a criação de normas antitrustes não tem um foco exclusivista voltado unicamente à concorrência, mas também à proteção daquele que, inquestionavelmente será o principal alvo das próprias disputas concorrenciais em todas as particularidades que essas possam assumir nos ambientes que se encontrarem inseridas.

Logo, a respeito da funcionalidade da inclusão do princípio da defesa do consumidor ao texto constitucional, o jurista Eros Roberto Grau defende:

“Princípio constitucional impositivo (Canotilho), a cumprir dupla função, como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna e objetivo particular a ser alcançado. No último sentido, assume a feição de diretriz (Dworkin) – norma-objetivo – dotada de caráter constitucional conformador, justificando a reivindicação pela realização de políticas públicas. Ao princípio confere a Constituição, desde logo, concreção nas regras inscritas nos seus arts. 5º, XXXII – “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” –, 24, VIII – responsabilidade por dano ao consumidor –, 150, § 5º - “ a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços” -, e 48 das Disposições Transitórias – determinação de que o Congresso Nacional elaborasse, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, código de defesa do consumidor.”⁵

Dessa forma, logo após a promulgação do texto constitucional de 1988, a partir da instituição do referido princípio, todo o sistema que ampara o consumidor foi mais bem estruturado, com imprescindível apoio do Código de Defesa do Consumidor, que

teve desde então sua elaboração determinada com prazo limite a ser rigorosamente respeitado. Até mesmo porque o próprio instrumento da ordem econômica orientou de forma um tanto forçosa a instituição de regulamentação para a criação o referido Código.

Com isso, vale ressaltar que após décadas de atividade, tanto da Constituição Federal quanto da Lei 8.078 de 1990, a atuação em prol do consumidor se dá cada vez mais efetiva junto ao Poder Judiciário e também perante os órgãos administrativos. E ainda pode-se dizer que atualmente a sociedade tem um acesso mais fácil ao atendimento de suas demandas, por meio da possibilidade de reclamar junto ao PROCON (Procuradoria de Proteção e Defesa do Consumidor) seus direitos frustrados, que é o órgão público de defesa do consumidor.

E essa atuação direcionada contribuiu com demasiada eficácia na disseminação dos direitos dos consumidores, fazendo com que estes se encontrem muito mais bem esclarecidos de seus direitos nas corriqueiras relações de consumo.

Porém, por mais que o acesso pessoal ao órgão consumerista encontra algumas limitações, o enfoque da pesquisa não é fazer juízo de valor sobre a questão em si, tampouco adentrar nos estudos acerca desta, mas tão somente demonstrar aqui sua importância ao princípio da defesa do consumidor, e pontuar que toda a estrutura consumerista se encontra em evolução cada vez mais eficaz.

Assim, ao trazer para a presente discussão a ampla reflexão da força que detém tal princípio, tem-se que as ações e institutos na economia, que ferem ou ameaçam essa qualidade ofertada ao consumidor pela ordem econômica é contrária ao que preza a economia em sua mais digna essência. Bem como ameaça também os agentes econômicos que assumiram o protagonismo da dinâmica do palco da economia ao se utilizarem da livre iniciativa

3 A FINALIDADE DO DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO

Para melhor vislumbre do recorte do ramo do direito econômico que este capítulo nomeia, é necessário compreender, em um primeiro plano, no que a economia e toda sua amplitude conceitual está pautada, e, em segundo plano, ainda antes de adentrar ao mencionado ramo, se faz necessária uma apresentação mais clara do que vem a ser o Direito Concorrencial, a fim de compreender a concorrência brasileira para então encontrar sua possível finalidade, já que o termo “eficiência” que aqui se estuda tem íntima relação com o Direito da Concorrência.

Nesse sentido, *a priori*, não se faz relevante – para o presente estudo – o aprofundamento acerca dos conceitos da economia em si, ou naqueles que versam sobre sua funcionalidade orgânica. Por isso, o estudo parte do princípio de que todos os possíveis leitores carregam consigo, de forma clara, tais noções básicas e genéricas do funcionamento da economia – como por exemplo, a noção do sentido da oferta e da demanda –, importando apenas pontos específicos nos quais a economia está alicerçada atualmente, como restará demonstrado mais adiante.

Assim, a economia é historicamente definida por Américo Luis Martins da Silva:

A palavra “economia” deriva da palavra grega *oikosnomos* (*oikos*, que significa casa, compreendidos nesta todo o seu conteúdo e acessórios — mulher, os filhos, os escravos, os animais, os pertences, etc. —, e *nemo*, de *nemein*, do verbo dirigir, manejar e administrar, ou, ainda, *nomos*, que significa lei). Por sinal, Aristóteles adotava o vocábulo *oikosnomos* para se referir à administração da economia particular ou doméstica. Naquela época, já existia diversas espécies de *oikonomia*: a) *oikonomia* no setor público, variável conforme as eventuais formas de governo: *oikonomia* régia, relativa à administração monárquica; *oikonomia* provincial, relativa à administração das províncias gregas; e b) *oikonomia* política, relativa à cidade-Estado (*polis*), livre e democrática. Outros autores sustentam, ainda, que a origem do vocábulo “economia” vem da palavra latina *oeconomia*. De qualquer forma, seja no grego *oikosnomos* seja no latim *oeconomia*, a palavra “economia” em suas origens significava a arte de bem administrar uma casa, um estabelecimento particular ou público ou, ainda, o Estado.¹⁰

Nessa senda, é notório que a economia, tanto pela sua acepção histórica, quanto pelos seus conceitos modernos, sempre se baseou no equilíbrio e na organização, e, para que assim seja, ela precisa estar pautada claramente nos aperfeiçoamentos evolutivos da sociedade como um padrão, demonstrando ir além do seu sentido estritamente material.

Hoje, faz-se necessário que a atenção dos pensadores da economia esteja voltada ao bem-estar das pessoas que estão interligadas em um ciclo econômico, fazendo com se

una cada vez mais a atuação entre a Economia, a Democracia e o Capitalismo, já que não se cabe mais falar em uma Economia estritamente voltada para a aquisição de lucros.

Atualmente, os estudos acerca da Economia, da Sociedade e do Direito, para serem mais eficazes, devem caminhar juntos, e para isso é imprescindível que estes sejam realizados de forma conjunta, para que se possa observar com mais precisão toda cadeia econômica como um sistema. Assim, além do produto, da renda e do consumidor, é necessário que se estude os comportamentos dos agentes econômicos de uma economia. Portanto, para que dessa forma seja feito, após o ingresso dos atores econômicos em determinado ramo de mercado, estes passam a concorrer entre si – como visto anteriormente –, provocando a motivação da existência do Direito Concorrencial.

Para Hoffmann e Frias (2023, p. 16), o Direito Concorrencial basicamente é o “ramo do Direito Econômico que analisa os comportamentos e as relações concorrenciais entre os atores que atuam em determinado setor da economia”.¹⁴

Nessa mesma senda, seguem afirmando Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann e Nathalie Rodrigues Frias que:

Pode-se dizer, por ter por objeto a defesa da concorrência, que o direito concorrencial é a área do Direito Econômico que estuda as práticas de mercado, suas interações e os impactos na vida dos consumidores, buscando alcançar a regulação mais justa e de modo a concretizar os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, ambos orientadores da ordem econômica nacional, nos termos do artigo 170, da Constituição Federal. Corroborando o ora defendido, a doutrina também assim classifica o Direito da Concorrência como ramo do Direito Econômico que, por oferecer uma maior segurança às práticas econômicas, busca alcançar o bem-estar social e, ao mesmo tempo, promover o desenvolvimento socioeconômico do país.¹⁴

Assim, para melhor compreender a tutela do direito concorrencial, Hoffmann e Frias, (2023, p.17) afirmam que “a livre concorrência é o bem jurídico tutelado pelo Direito da Concorrência. Contudo, não é um fim em si mesmo, mas o meio para o alcance da dignidade humana e da livre iniciativa”.

Partindo desses levantamentos conceituais do Direito Concorrencial, pode ser observado claramente que esse ramo do direito veio se personificando com o passar dos anos, através das atividades do Estado de se preocupar com a manutenção da livre concorrência em um ambiente econômico, não sendo possível pontuar um marco histórico específico e exato que o fizesse se originar, como aconteceu com outras áreas do direito.

Assim, por mais que não houve um marco onde o instituísse como um ramo estruturado do direito, houve acontecimentos e atos que foram fazendo com que esse ganhasse cada vez mais força e espaço nas vertentes do Direito, como os principais da era contemporânea, como Fernando Herren Aguillar muito bem os expõe:

A primeira lei antitruste contemporânea foi o Act for the Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraint of Trade, de 1889, do Canadá. Sua origem está relacionada ao fracasso de uma política de protecionismo da indústria local, [...]. As barreiras tarifárias impostas pelo governo canadense a partir de 1879 visavam criar um centro industrial nas regiões de Ontário e Quebec. Mas a consequência principal dessas medidas foi a supressão da concorrência externa, o que facilitou a prática de atos anticoncorrenciais. Em 1888, uma comissão da Câmara dos Comuns encarregada de estudar o problema recomendou a introdução de uma legislação antitruste que foi votada e aprovada no ano subsequente. Essa legislação durou até 1986, quando entrou em vigor o Competition Act, com o objetivo de aumentar o controle sobre os atos de concentração e as condutas anticoncorrenciais. Porém o texto legislativo mais conhecido e influente entre nós é o Sherman Act, instituído em 1890, nos Estados Unidos.¹²

Logo, com o passar das décadas, o Direito Concorrencial veio se estruturando e se formando para chegar ao instituto do Direito que existe atualmente, por meio de ações norteadoras da concorrência, por seus devidos órgãos reguladores. E, assim, há algumas décadas tem-se também no Brasil, além da lei da defesa da concorrência, um órgão atuante que visa a proteção da concorrência, que é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Portanto, por mais que não tenha tido um ato de criação específica para o ramo, ele hoje é extremamente necessário, tanto para a economia brasileira quanto para o exercício contínuo da democracia em si.

Assim, para a manutenção do que é o instituto do Direito Concorrencial brasileiro – que é parte do enfoque da pesquisa – tem-se diversas vertentes e perspectivas difundidas no ordenamento, nas quais o Estado brasileiro se veste como parâmetro legal e decisivo para a avaliação de suas decisões específicas.

Nessa senda, o Brasil tem, de forma muito presente, a atuação do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica-, que hoje é órgão reconhecido internacionalmente e muito bem colocado entre as democracias modernas; como conta também com legislação específica que trata de cuidar da concorrência de modo geral, que é a Lei Federal nº 12.529 de 2011, a qual regula o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

Partindo da perspectiva de que a livre concorrência é um meio de se objetivar uma finalidade geral que contribui para a manutenção da democracia, ela não iguala seu sentido ao da defesa do consumidor, que embora os institutos estejam relacionados, eles têm suas respectivas particularidades. Nesse sentido aponta Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann e Nathalie Rodrigues Frias claramente que:

No entanto, essa defesa dos direitos dos consumidores na seara concorrencial não se dá em razão deles serem titulares diretos do bem jurídico tutelado, mas de forma reflexa. Assim como o Direito Concorrencial não se confunde com o Direito do Consumidor, que se ocupa das relações de consumo, protegendo o consumidor enquanto parte vulnerável dessa relação, de igual modo, a figura da concorrência desleal também daquele se diferencia, pois esta, com fulcro na Lei nº 9.279/1996, estabelece os limites da propriedade industrial, o que inclui a prática de concorrência desleal, sendo ramo do Direito Privado, e não Público, como o direito concorrencial. Assim, ao contrário das infrações à ordem econômica, cujo escrutínio caberá ao CADE, a prática de concorrência desleal se limita às relações de natureza privada entre os concorrentes, de forma a envolver, portanto, direito individual daquele (empresário) prejudicado, dando ensejo às responsabilizações de ordem civil, administrativa e/ou criminal.¹⁴

Logo, não há que se confundir os institutos supracitados, que diferem um do outro, e que, no caso, o direito do consumidor tratará do polo vulnerável da relação de consumo e o Direito Concorrencial dos agentes que compõe os polos da livre concorrência.

E também, dentre suas diferenciações e especificidades, têm sempre suas particularidades pontuais, a serem analisadas e levadas em consideração para analisar se atos concorrenciais ou anticoncorrenciais afetam ou ferem o consumidor, as relações de consumo, a concorrência comum no ciclo das relações de propriedade industrial, a ordem econômica, ou até mesmo se afetam algum outro bem jurídico tutelado. Não devendo, portanto, dizer de forma genérica que o CADE assume para si a responsabilidade por todo e qualquer ato concorrencial, até mesmo porque ao órgão cumpre analisar cada situação isoladamente.

Dessa forma, para melhor elucidação do explanado é importante que se pontue resumidamente questões relevantes acerca do instituto do Direito Concorrencial brasileiro e principalmente sua finalidade. A respeito disso, o Direito Concorrencial encontra um pecado limitador em sua estruturação legal, que é a ausência de sua finalidade clara no corpo dos textos legislativos onde ele se esbarra, fazendo deste apenas menções pinceladas, que o trabalho assim ousa dizer.

E a exemplo disso, primeiramente tem-se no texto constitucional – o mais importante instrumento legal brasileiro, – em seu art. 170, que a ordem econômica, através da livre concorrência – juntamente com os seus outros princípios – possui a finalidade de assegurar a todos existência digna³

Logo, é de se questionar se está inserida aí uma possível finalidade do direito concorrencial, levando em consideração que o artigo em si não tratou de forma clara a finalidade do instituto, mas simplesmente fez menção a um princípio que o representa.

No mesmo sentido, em segundo plano, para melhor compreensão do que aqui se questiona, é relevante que se traga para mais efetiva visualização da lei que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, sua finalidade expressamente declarada no artigo inaugural de seu texto legal, *in verbis*:

DA FINALIDADE

Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei. ³

Como pode ser claramente visto, na tentativa de esclarecer a finalidade do Direito Concorrencial no ordenamento legal brasileiro, resta um tanto claro não ser possível que se observe com nitidez qual seja a finalidade de fato desse ramo, e para isso, ao trazer o artigo supramencionado – que carrega a finalidade do sistema brasileiro de defesa da concorrência – é possível notar que a referida lei dispõe sobre a repressão de infrações contra a ordem econômica, orientadas pelos ditames tanto da livre concorrência quanto da defesa do consumidor, dentre outros. E a lei ainda deixa claro que quem é titular dos bens jurídicos tutelados por essa lei é a coletividade. Portanto, não resta dúvida de que há uma incerteza legal – ou uma lacuna de diretrizes e esclarecimentos legais – a respeito de qual vem a ser, de fato a finalidade do direito concorrencial, deixando para a doutrina tais cuidados e tentativas.

Importante aqui frisar que se tratam tais esclarecimentos de tentativas embrionárias de caráter doutrinário, pois nas doutrinas pode-se observar de maneira pincelada os estudos acerca da finalidade do Direito Concorrencial. Nesse sentido, os posicionamentos doutrinários de Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann e Nathalie Rodrigues Frias demonstram que:

Veja-se, portanto, que a livre concorrência é o bem jurídico tutelado pelo Direito da Concorrência. Contudo, não é um fim em si mesmo, mas o meio para o alcance da dignidade humana e da livre iniciativa, enquanto fundamentos da República Federativa do Brasil, à luz do artigo 1º, da Constituição Federal. Como afirma a doutrina, como instrumento, a livre concorrência tem por objetivo imediato assegurar a competitividade e a existência de um livre mercado de compra e venda de produtos e serviços e, por objetivo mediato, assegurar a dignidade humana, o bem-estar da população e a justiça social.¹⁴

Nesse mesmo sentido, para enriquecer o sentido que o trabalho – de maneira orientativa – proporciona a respeito da finalidade do direito concorrencial brasileiro, traz-se o lecionado por Paula A. Forgioni:

O texto da Constituição de 1988 não deixa dúvidas quanto ao fato de a concorrência ser, entre nós, meio, instrumento para o alcance de outro bem maior, qual seja, “assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social”. [...] no Brasil, não se pode sustentar que a disciplina antitruste visa apenas a implementar a eficiência, seja ela alocativa, produtiva ou dinâmica. A grande questão é criar e preservar, nos ditames constitucionais, ambiente no qual as empresas tenham efetivos incentivos para competir, inovar e satisfazer as demandas dos consumidores; proteger o processo competitivo e evitar que os mercados sejam fossilizados pelos agentes com elevado grau de poder econômico.¹⁶

É relevante destacar que normalmente os desenvolvimentos doutrinários não tratam de forma direcionada da finalidade do Direito da Concorrência em si, para que essa passe a ser mais bem pontuada, motivo pelo qual, na maioria das vezes ela acaba sendo estudada de maneira acessória em outras obras do Direito Concorrencial.

Diante da ausência da expressão de tal finalidade específica, para observar e apontá-la com mais precisão, é importante que se invoque para a pesquisa estudos acerca de decisões elaboradas pelo CADE. E, nesse sentido, é relevante trazer observações desenvolvidas por Roberto de Castro Pimenta para a Revista de Defesa da Concorrência, sobre o julgamento do Ato de Concentração nº 08012.004423/2009-18:

[...] o relator tratou tais argumentações como “aspectos externos” à operação – não embutidos, propriamente, na análise concorrencial da concentração. Na oportunidade, o Conselheiro Ragazzo entendeu pela prevalência da ótica do consumidor para a análise do caso:

[...] a Lei proíbe, expressamente, a aprovação de atos que “impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final”, mesmo diante de pretensos “motivos preponderantes da economia nacional”, indicando o quanto o bem-estar do consumidor se sobrepõe diante de quaisquer outros interesses. Essas disposições legais levam a uma conclusão bastante simples: o fortalecimento de uma empresa, ainda que nacional, e o aumento de exportações porventura decorrentes disso não podem se sobrepor, em absoluto, ao bem-estar dos consumidores brasileiros. Um ato de concentração que gere danos severos ao

consumidor nacional não pode ser aprovado sob o mero argumento de que esse mesmo ato criou uma empresa forte, capaz de competir internacionalmente e exportar seus produtos. [...] Também não há mensuração de como o fortalecimento de um único agente privado poderia gerar, no caso, benefícios à coletividade que ultrapassem os severos prejuízos aos consumidores aqui encontrados, até porque essa seria uma hipótese extremamente improvável.¹⁷

É cristalino de se observar, como fundamentado no voto do relator acima citado que é proibida a aprovação de atos “que impliquem prejuízo ao consumidor”, bem como menciona também que “por mais que grandes empresas ganhem eficiência internacional com o ato, este não deve prosperar se gerar danos ao consumidor nacional”.

Objetivando uma melhor observação do que preza o CADE, traz-se para a pesquisa um recorte da análise do Ato de Concentração de número 08700.009574/2022-81, do qual se extrai a primeira frase do voto do Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann, assinado em 18/09/2023, declarando que: “Inicialmente, gostaria de parabenizar o Conselheiro Relator pela condução das negociações neste caso, com o objetivo principal de alcançar o melhor resultado para o mercado brasileiro e o bem-estar do consumidor”¹⁸.

O Relator, em sua função de representante da concorrência por meio do CADE afirma que a operação em si objetiva alcançar resultado tanto para o mercado brasileiro quando para o bem-estar do consumidor, o que já é possível que se delineie finalidades do direito concorrencial brasileiro. Mas a pesquisa opta por analisar outras decisões do órgão.

E nessa perspectiva, segue também outra preocupação do órgão, que é com a própria concorrência em si, como pode ser observado no voto abaixo apontado:

ATO DE CONCENTRAÇÃO. Procedimento ORDINÁRIO. JOINT VENTURE SOCIETÁRIA ENTRE A Viação Águia Branca S.A. e a JCA Holding Transportes, Logística e Mobilidade Ltda. SOBREPOSIÇÃO HORIZONTAL NO MERCADO RELEVANTE DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. DIMENSÃO GEOGRÁFICA DE ACORDO COM CADA ROTA ORIGEM-DESTINO. CONCENTRAÇÕES horizontais E NEXO DE CAUSALIDADE ELEVADOS. BARREIRAS À ENTRADA SIGNIFICATIVAS E NÍVEIS DE RIVALIDADE INCAPAZES DE AFASTAR PREOCUPAÇÕES. EXERCÍCIO DE PODER DE MERCADO UNILATERAL PROVÁVEL. INTEGRAÇÃO VERTICAL ENTRE OS MERCADOS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS E DE OPERACIONALIZAÇÃO ESTRATÉGICA DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO. EFEITOS COORDENADOS QUE TRAZEM PREOCUPAÇÕES CONCORRENCIAIS. RISCO DE COORDENAÇÃO ENTRE AS REQUERENTES E ENTRE A BUSCO E AUTOVIAGENS PARCEIRAS. EFICIÊNCIAS NÃO DEMONSTRADAS. APROVAÇÃO COM RESTRIÇÕES, CONDICIONADA À CELEBRAÇÃO E

CUMPRIMENTO DE ACORDO EM CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES. Níveis de concentração e nexos de causalidade elevados, que, aliados às altas barreiras à entrada e aos baixos níveis de rivalidade, tornam provável o exercício de poder de mercado das Requerentes nos mercados relevantes afetados após a operação. Características dos mercados relevantes, aliadas ao modelo de atuação e ao escopo das atividades a serem realizadas pela joint venture após a operação, que trazem riscos relativos a efeitos coordenados de natureza tanto horizontal quanto vertical. Acordo em Controle de Concentrações que prevê compromissos proporcionais, tempestivos, factíveis, verificáveis e efetivos, possibilitando a aprovação com restrições do ato de concentração.¹⁹

Importante mencionar também outro recorte do voto do julgamento de Ato de Concentração de nº 08700.008322/2022-35, no qual o Relator aponta que:

O Cade e a Anatel possuem papéis distintos e complementares na análise de atos de concentrações. Ao Cade cabe analisar os aspectos concorrenciais, garantindo que a operação não implique na eliminação da concorrência em parte substancial do mercado relevante, nem resulte na dominação do referido mercado, notadamente quando tais operações puderem ser prejudiciais à competição ou aos consumidores. O objetivo do Direito da Concorrência é a proteção da eficiência da economia e do bem-estar do consumidor, bem-estar esse que é materializado por preços mais competitivos e por uma maior oferta de produtos e por bens e serviços de maior qualidade[...].²⁰

Vale ressaltar que o recorte apresentado acima demonstra de forma muito bem expressa pelo Relator que a operação em si não deve causar eliminação da concorrência, tampouco deve ser prejudicial aos consumidores.

Seguindo esses passos, sob critérios de análise, a finalidade do Direito Concorrencial brasileiro se mostra ampla, e por mais que se estude inúmeros votos, pareceres, decisões e julgamentos elaborados pelo CADE sempre restarão demonstradas certas preocupações tanto com a concorrência quanto com o consumidor, bem como com o mercado relevante que se opera o ato analisado, dentre outros fatores.

Portanto, pelos estudos realizados, tem-se que os fins do direito concorrencial são: a segurança da competitividade, através de um mercado livre; a manutenção e busca pela dignidade da pessoa humana; e o bem-estar da população, com a justiça social atuante em meio deste, que se pode dizer também que abrange os cuidados com o consumidor de forma cada vez mais expressa, por se tratarem estes de pessoas vulneráveis frente à grande massa mercadológica inserida em um mesmo ambiente.

4 CONSEQUÊNCIAS DAS CARACTERÍSTICAS COMPORTAMENTAIS DOS AGENTES ECONÔMICOS

Primeiramente, é imprescindível afirmar que os agentes econômicos, como o próprio nome sugere, são aquelas pessoas físicas ou jurídicas que compõe o ciclo econômico em si, como atores que ingressaram neste ciclo através do princípio da liberdade de iniciativa. E existem algumas situações de mercado que são consequências das características comportamentais de alguns desses agentes econômicos ou da forma como eles se encontram atuando em mercados onde estão inseridos. E, para que facilite a compreensão do estudo acerca da interpretação do que se questiona com a pesquisa, que é a situação da eficiência do § 1º, do art. 36 da Lei 12.529/2011, é imprescindível que se traga as situações de mercado que esses agentes econômicos contribuem para que elas se ocasionem.

Assim, a título de maior informação dessas eventuais consequências, é importante mencionar aqui algumas destas, como a concorrência perfeita, as situações de monopólios, oligopólios, os atos de concentração e as condutas anticoncorrenciais. E, por mais que existem outras inúmeras situações de mercado, para não expandir e fugir do cerne do trabalho, a pesquisa se limita a estas por serem as mais comuns a serem analisadas pelo CADE, que é a autarquia que possui atuação prática do Direito Concorrencial com respaldo na Lei 12.529/2011.

No ciclo econômico de um setor e de determinado segmento mercantil, abrangendo concorrentes e consumidores, a regra é que este funcione organicamente, se estabelecendo pela oferta e pela demanda em fluxo normal, onde se prevalece a concorrência perfeita, que para Braido²¹ “é uma estrutura idealizada, capaz de representar ambientes com muitos produtores e consumidores, negociando de modo anônimo um determinado bem homogêneo.”

À vista disso, de forma genérica e exemplificativa, a concorrência perfeita é quando todo o mercado está funcionando em sua mais pura normalidade, sem aqui adentrar nas variáveis desse tipo de mercado em si, como os custos de produção, os custos contábeis, a escassez e/ou outros fatores variáveis da competitividade. Até porque a referida situação de mercado não é a linha de enfoque da pesquisa, tornando a menção meramente informativa.

Assim, se faz lúcido pontuar o explanado por Ramsés Maciel de Castro:

Embora, em regra, um sadio ambiente concorrencial envolva participação de vários agentes econômicos, situações há em que a estrutura de mercado com número reduzido de competidores é mais eficiente e gera maior bem-estar aos consumidores. Em casos específicos, a melhor estrutura chega a ser o monopólio natural, quando não é compensatório aos agentes ingressar no mercado, por haver espaço para um só empreendedor. É utópica, portanto, a ideia da concorrência perfeita, com vários concorrentes no mercado. [...] Importante aceitar que a concorrência a ser buscada não deve ser aquela idealizada, incompatível com a realidade econômica, a qual, mesmo sadia, não exclui a desigualdade entre as empresas. A legislação concorrencial há de ser flexível, pois o excessivo formalismo põe em risco a eficácia do Direito Concorrencial. Em vez de buscar utopicamente a concorrência perfeita, deve-se buscar a concorrência praticável, uma concorrência que funciona⁸

Sob esse prisma, não é correto dizer que a concorrência perfeita é em si uma utopia, mas quando colocada como um ideal objetivo a ser alcançado pode ser tendenciosa, no que diz respeito às medidas a serem tomadas para análises junto ao direito concorrencial, devendo ser levado sempre em conta o dinamismo orgânico de como a economia se movimenta. E assim, atualmente é sugerível que a concorrência seja analisada e conduzida sempre com uma certa flexibilidade. Então, a pesquisa julga dizer que a concorrência perfeita acaba sendo mais próxima de um recorte momentâneo que a dinâmica da economia se esbarra, do que de um ideal em si.

Outra estrutura de mercado que é consequência da atuação de agentes econômicos, ou condicionadas por outras externalidades, e não necessariamente fraudulentas são os monopólios. Estes são o extremo oposto do que preza a ideia da economia competitiva. E para melhor elucidação do que estes venham a ser, tem-se a explicação de Luiz Henrique B. Braidó:

No extremo oposto de uma economia competitiva, temos a estrutura de mercado com apenas um produtor de bem ou serviço essencial, sem substituto. Como usual em economia, considera-se que o produtor busque o máximo lucro. Porém, diferentemente do modelo competitivo, admite-se que, sendo único, o produtor conheça de seu poder dominante e o exerça, antecipando corretamente o efeito de sua decisão de produção sobre o preço de equilíbrio. Ora, escolher a quantidade produzida antecipando corretamente seus efeitos sobre preço de equilíbrio equivale a escolher o nível de preço e produzir a quantidade necessária para atender toda a demanda. Assim, pode-se dizer que o monopolista é capaz de determinar o preço de mercado.²¹

Os monopólios podem se dar por inúmeros motivos em um mercado, como por exemplo, pelas barreiras monopolistas que dificultam a entrada de novos agentes para concorrerem com àqueles já ali estabelecidos, bem como por motivos naturais de mercado, como por exemplo, pelas causas naturais de escassez do produto, de insumos ou de serviços de um determinado setor.

Porém, embora não seja imprescindível ao presente estudo, vale ressaltar que um monopólio pode trazer grandes riscos onde ele está inserido, como o domínio de mercado, a estipulação arbitrária de preço, dentre outros, o que resulta em danos ao consumidor e até mesmo risco de perda de qualidade de produto ofertado em uma determinada abrangência territorial. Assim, um monopólio é sempre um alerta ao CADE, e consequentemente merece atenção especial quando estão se originando, seja através de fusões, seja por consequência natural de mercado.

Nesse sentido, o CADE define um monopólio com o seguinte conceito:

Monopólio significa a existência de apenas um ofertante de um determinado bem ou serviço. Empresas monopolistas podem determinar os preços de mercado por meio do controle da quantidade ofertada. Como não tem concorrentes, o monopolista pode restringir a produção e, assim, elevar os preços de mercado, até que obtenha o máximo lucro possível. Comparado com um mercado competitivo, o monopólio produzirá quantidades menores e preços maiores do que os que prevaleceriam em uma situação competitiva, com perdas para o bem-estar da sociedade. Sem rivalidade de concorrentes, o monopolista pode também incorrer em ineficiências produtivas. Além disso, monopólios têm pouco estímulo para perseguir inovações e elevar a qualidade de seus produtos.²²

É imprescindível que se ressalte aqui que o próprio ciclo econômico, por si só, em seu funcionamento orgânico, se utilizando de forma automatizada da oferta e da demanda. Isso produz fenômenos anticoncorrenciais que não cabem sempre a atenção ou ação repressiva do CADE ou outros órgãos da concorrência. Como é o caso, por exemplo, de monopólios que se formam pelo deslinde natural da economia-seja pela escassez de produção, seja pela escassez de consumo, ou por qualquer outro fator que se desvincula do comportamento fraudulento de fornecedores.

Sendo assim, – a título informativo – cumpre dizer que ao CADE não cabe atuação em todo tipo de configuração fora do ritmo orgânico que se espera da concorrência, mas sim perante aqueles que ameaçam, de algum modo a ordem econômica ou aqueles preceitos estabelecidos em legislação própria.

Retomando a linha de desenvolvimento, existe também uma outra situação de mercado que pode se dar de forma intencional ou até mesmo natural, que são os oligopólios. Mesmo sendo as duas situações algumas vezes confundidas, diferentemente do que se trata o monopólio, o oligopólio se incorpora pelo cenário onde um número pequeno de empresas domina o mercado que essas estão inseridas.

E a respeito da questão oligopolista, para o doutor Rodrigo de Camargo Cavalcanti:

A definição de oligopólio mais corrente é a de uma situação de mercado na qual um número reduzido de agentes econômicos controla a maior parcela do mercado – e, justamente por isso, acaba por considerar as ações passadas, presentes e futuras de seus concorrentes mais do que num ambiente de concorrência perfeita.²³

Os oligopólios podem se dar de maneira natural pela “movimentação” da economia onde estão inseridos, o que não significa dizer que são situações exclusivamente negativas de mercado, ou que se dão por comportamentos anticoncorrenciais dos agentes econômicos. Eles podem ser ocasionados por inúmeros fatores acessórios, como aqueles mencionados anteriormente no que diz respeito a “causas” naturais de certos monopólios, como por exemplo, a ausência natural de concorrência pela falta de demanda.

Outra consequência que é considerada também como uma situação de mercado, porém mais pontual, e que é extremamente importante para a pesquisa e merece atenção no que diz respeito às consequências e ações dos comportamentos dos agentes econômicos são os atos de concentração, previstos na Lei 12.529/11, que já contavam com previsão legal expressa na legislação anterior.

Porém, mesmo estando esse termo previsto na legislação anterior, só foi mais bem tratado em 2012, após a criação da Lei 12.529/11, como muito bem segue expondo César Santini Müller:

A antiga Lei de Defesa da Concorrência, Lei 8.884 de 1994, além de transformar em autarquia o Cade, regulamentou a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. Em seu art. 54, define os atos de concentração como 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”. A preocupação da lei com os efeitos maléficos à concorrência é perceptível desde a definição dos atos de concentração. Ainda assim, esse conceito era criticado por não fornecer clareza suficiente em alguns aspectos. O que se entende por mercado relevante, por exemplo, não era definido pelo texto legal. Outro ponto criticado era a falta de delimitação do que seriam atos capazes de eliminar ou prejudicar a livre concorrência. Assim, as lacunas deixadas pela lei dificultavam a operação do Cade, ao não fornecer critérios objetivos essenciais para análise das operações.²⁴

Como claramente visto acima, a Lei 8.884/94, a qual antecedia a Lei 12.529/2011 era extremamente genérica em alguns pontos, dificultando até mesmo a atuação do CADE perante seus estudos e avaliações de casos práticos.

Dessa forma, ela não dava subsídio legal fortemente estruturado ou sequer parâmetro de aplicabilidade, o que começou a mudar com a criação do novo instrumento legal, a qual proporcionou maior esclarecimento de suas diretrizes, além de reforçar as infrações contra a ordem econômica.

Nesse sentido, o atual instrumento legal da concorrência – Lei 12.529/2011 – trouxe de forma mais clara o que pode vir a ser considerado um ato de concentração, em seu artigo 90, *in verbis*:

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

I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;
II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;
III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou
IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.⁴⁰

Com o advento da legislação atual, a diretriz do que venha a ser um ato de concentração foi mais bem orientada, ensejando o CADE a analisar com mais precisão atos que têm por objetivo pontos específicos, como aumentar suas eficiências e consequentemente trazer benefícios, porém atos que podem também trazer malefícios à concorrência, e aos consumidores.

Nesse sentido, melhor expõe Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer:

As operações concorrencialmente problemáticas são aquelas que propiciam alta concentração e baixa rivalidade em um mercado constituído por elevadas barreiras à entrada. Em tal caso, o Ato de Concentração possibilita o exercício unilateral ou coordenado de posição dominante, limitando a concorrência ou acarretando dominação de mercado.²⁶

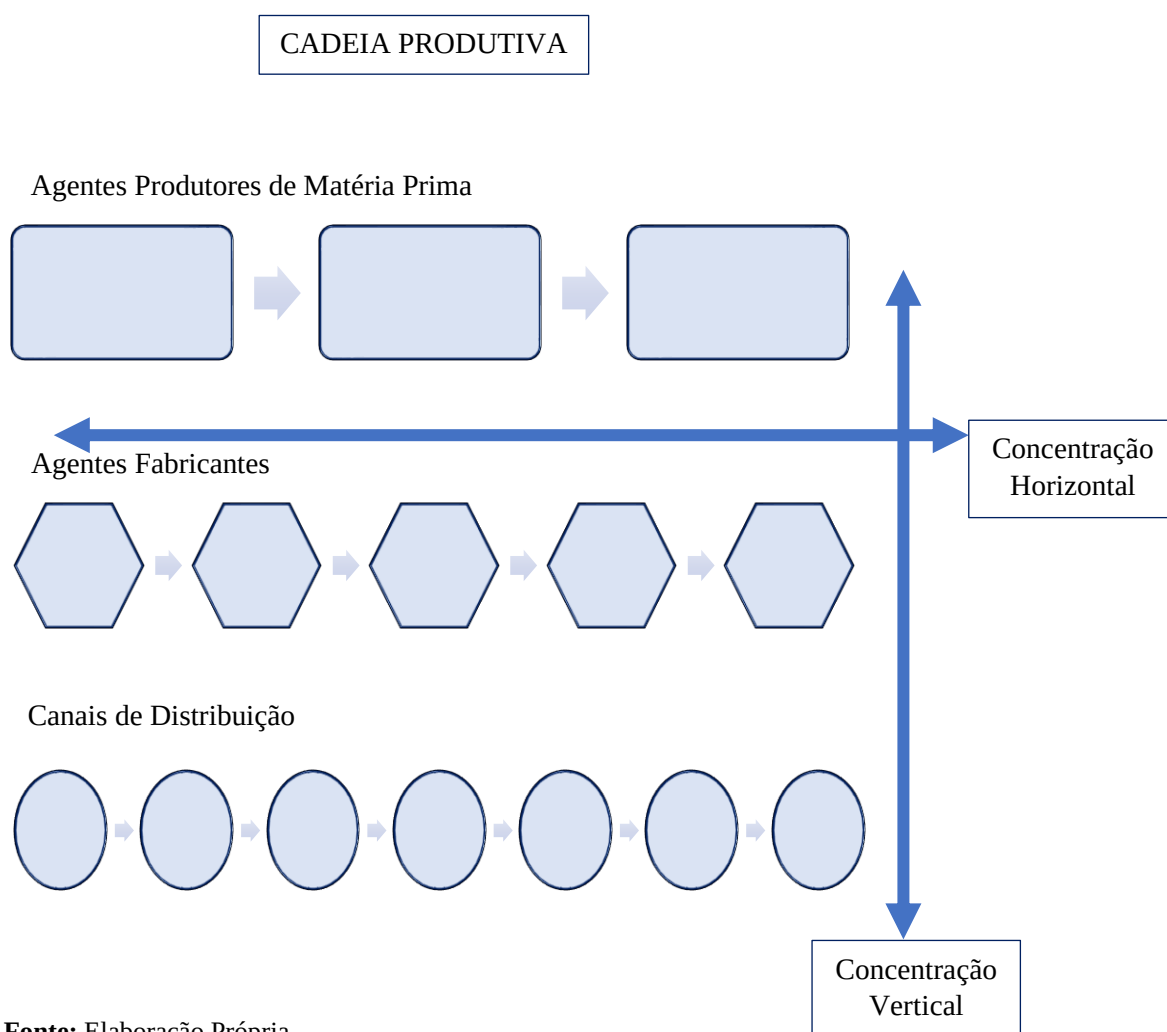
Os atos de concentração podem se dar de inúmeras formas, seguindo diversas vertentes, o que para melhor classificá-los deve ser sempre analisado cada caso isoladamente. Mas todos seguem a perspectiva da concentração.

A respeito disso, defende César Santini Müller que:

A concentração econômica decorre da adição de poder econômico em um ato jurídico de integração. Ou seja, da união de ativos de, pelo menos, duas empresas que passam a ter um único centro decisório. Deste modo, se num primeiro momento verificam-se agentes autônomos, por meio de um ato de concentração, unificam-se os centros decisórios em um dos agentes, ou num novo agente. Haverá, com isso, a modificação na estrutura de propriedade e de gestão de pelo menos um dos agentes.²⁷

Assim, as concentrações podem ser entendidas, como o próprio nome já sugere, por aquelas fusões, uniões e até o trabalho de forma informal. Julga-se tratar do ato de tornar gigantes agentes econômicos onde estes estão inseridos, seja pelo alargamento de escala de aquisição de lucros, seja pela ampliação física, seja pelo maior domínio de certa cadeia produtiva, tanto de forma horizontal quanto de forma vertical. Porém, para este estudo não se faz necessário aprofundar nas duas vertentes. Portanto, para uma melhor visualização do que são as duas vertentes mencionadas, resta abaixo demonstrado de forma genérica seu sentido, para caráter meramente informativo.

Figura 2 - Concentração Horizontal e Concentração Vertical



Fonte: Elaboração Própria

Nesse ínterim, ainda a título informativo, destaca a Cartilha do CADE:

Uma concentração horizontal ocorre em operações que envolvem agentes econômicos distintos que ofertam produtos ou serviços substitutos entre si. [...] A concentração (ou integração) vertical consiste na operação envolvendo agentes econômicos distintos que ofertam produtos ou serviços pertencentes a etapas diferentes da mesma cadeia produtiva.²²

Retomando de forma mais precisa aos efeitos dos atos de concentração, a autarquia nos apresenta o seguinte:

Atos de concentração podem gerar, em termos concorrenciais, efeitos negativos e positivos simultaneamente. Entre os efeitos negativos de uma concentração, pode-se mencionar: elevação de preços aos consumidores; diminuição da quantidade, de qualidade e/ou de variedade de produtos ou serviços a um dado preço; contração do ritmo de inovações com relação aos níveis que vigoravam antes da operação. Por outro lado, é possível a ocorrência de uma série de efeitos positivos específicos da operação, tais como: eventuais incrementos de produtividade e competitividade derivados dos ganhos de eficiência específica da operação; melhorias na qualidade dos produtos; maior diversidade de produtos, introdução de inovações tecnológicas, entre outros.²²

Como pode ser visto, seja na pesquisa ou em qualquer outra busca que se faça, o CADE tem uma preocupação ímpar com os atos de concentração, até mesmo porque esses podem trazer grandes riscos à concorrência, por se tratarem na maioria das vezes de movimentações consideravelmente grandes em um ambiente econômico. E para o estudo é importante que se demonstre sobre os atos de concentração porque eles também podem estar relacionados às condutas anticompetitivas, que são tais condutas outro ponto de muita preocupação para o CADE, já que estas antecedem as ações em si.

Logo, até aqui foi possível verificar algumas consequências dos comportamentos dos agentes de um ciclo econômico, o que facilita a ampliação do entendimento de como os agentes se comportam e o que esses comportamentos podem originar ou ocasionar, sejam por ações intencionalmente dominadoras em relação ao mercado que eles estão inseridos, seja pelo natural fluxo que se encontram os segmentos de suas respectivas atividades mercantis, seja pelas decisões de fusionar, multiplicar ou criar estratégias de ganhos de vantagens de produção ou distribuição, dentre outros inúmeros atos comportamentais de agentes econômicos.

Porém, é de extrema relevância esclarecer que o foco principal da pesquisa, e o qual ela passa a se direcionar a partir de agora, é na conduta dos agentes econômicos,

previstas no art. 36 da Lei 12.529/2011, questionando se essas condutas estão condizentes com a própria lei da concorrência, se o instrumento legal as possibilita serem realizadas, mesmo resultando prejuízos à concorrência, ou até mesmo se existem sentidos dúbios na própria lei, já que tais condutas se caracterizam, como o próprio nome já sugere, em sendo os comportamentos de agentes econômicos em atos que possam ser contrários à concorrência saudável. E para isso é importante que se traga para a discussão quais são de fato as infrações previstas na lei da concorrência.

4.1 AS INFRAÇÕES EM FACE DA ORDEM ECONÔMICA PREVISTAS NA LEI 12.529/2011

Como visto anteriormente, e de extrema relevância para a pesquisa no que tange o controle de conduta, há comportamentos de agentes econômicos em uma cadeia econômica ou mercantil que acabam sendo tidos como atos ilícitos contra a ordem econômica, e com isso, buscando uma visualização mais clara desse tipo de ato – que no caso constituem infrações –, para melhor elucidar os próximos passos, é imprescindível que se traga à pesquisa o texto legal que os contém, cuja previsão se expressa no art. 36 da referida lei, *in verbis*:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

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

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

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

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

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

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

- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
- d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;
- II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;
- III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;
- IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;
- V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;
- VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;
- VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;
- VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;
- IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;
- X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;
- XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;
- XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;
- XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;
- XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;
- XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;
- XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;
- XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;
- XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e
- XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.²⁰

Assim, resta claro todo o arcabouço de infrações previsto na lei que rege as atividades concorrenciais em defesa da ordem econômica, que sob o ponto de vista basilar se faz até completo em relação ao que já era contido na lei anteriormente vigente (Lei 8.884/94). Porém, como ela já se encontrava sem grandes aparatos de diretrizes a serem seguidas em alguns pontos, ao ser atualizada sem alteração integral pode-se observar que

a lei carece ainda de melhores esclarecimentos e conceituações. Esclarecimentos esses que se fazem necessários à atuação do CADE, pois com isso começa a ser delineada uma certa confusão na manutenção do texto legal, gerando conseqüentemente, insegurança jurídica aos agentes econômicos, e até mesmo aos pensadores do Direito Concorrencial, já que própria lei é o mecanismo instrumental da atuação interna da autarquia.

Nessa mesma perspectiva é relevante a análise pontualmente feita por César Costa Alves de Mattos a respeito dos dois instrumentos legais:

O art. 36 da Lei 12.529/2011 define o que se entende como condutas potencialmente anticompetitivas que poderiam ser entendidas como infrações da ordem econômica. [...] Todos esses dispositivos foram herdados do art. 20 da antiga Lei 8.884/94. Em tese, apenas o inciso I já seria suficiente para uma caracterização genérica de uma conduta potencialmente anticompetitiva. O inciso III é sempre um tanto enigmático: o que são lucros que se tornam arbitrários? [...] sinalização ideal de que a defesa da concorrência não é uma legislação contrária aos lucros seria a remoção desse dispositivo. O inciso II também tem seus problemas: se o vigor da concorrência se baseia muitas vezes na esperança dos participantes em passarem a dominar o mercado relevante e, eventualmente, até se tornar um monopolista, como mostrava Schumpeter, por que essa conduta deveria ser combatida? O § 1º do art. 36 da Lei 12.529/2011 responde a essas duas questões explicando que “a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo”. Ou seja, a lei apenas coibiria condutas que levassem à dominação de mercados quando isso ocorresse com base em prejuízo à livre concorrência. Mas isso já está devidamente definido no inciso I, tornando o inciso II redundante. A manutenção desses dispositivos da Lei 8.884/94 revela certo apego a concepções inadequadas sobre o funcionamento das economias modernas. Tais concepções guardam ainda certa prevenção *per se* contra o lucro [...] e contra os agentes com grande participação de mercado. O ideal seria caracterizar infrações apenas baseadas no inciso I.²⁹

Observa-se então uma considerável falha presente na manutenção de tamanha redundância legal do dispositivo, onde a interpretação começa a se fazer imprecisa se equiparada à realidade da concorrência. Assim, a ausência de melhor lapidação dos termos da lei anterior quando houve sua atualização é clara. E, sendo a atual Lei 12.529/2011 norteadora da concorrência, pode ser que tal incongruência em um momento traga risco às decisões dos órgãos responsáveis por ela, pois continua carecendo de uma delimitação mais precisa dos referidos termos.

Dessa maneira, o instrumento legal não deveria, sob hipótese alguma gerar dubiedade ou chance para decisões conflitantes e/ou prejudiciais aos agentes econômicos, visto que diante de todo sistema principiológico concorrencial foi permitido a esses agentes o livre ingresso ao mercado.

Então, ao recordar que a referida lei carrega consigo o dever de defesa de mais de um princípio – pois claramente lida também com a livre iniciativa e se preocupa com a defesa do consumidor – é cristalino que ela não deveria ser imprecisa em nenhum aspecto.

Logo, traz-se para a discussão essa questão para que se possa – aos próximos passos da pesquisa – observá-la com a perspectiva de que a própria lei, embora revolucionária para alguns, carece de direcionamento e conceituação de certos termos, como é melhor explanado adiante sobre aquele que se pauta a pesquisa.

5 ATUAÇÃO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

Para melhor compreender o conteúdo pesquisado é imprescindível que se traga à pesquisa a atuação do órgão que cuida de regular a concorrência, que é o CADE, demonstrando seu funcionamento e sua funcionalidade prática.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica tem se mostrado cada vez mais importante e proativo no que diz respeito a manutenção da livre concorrência através do direito concorrencial brasileiro, buscando um ambiente no qual os agentes econômicos possam sempre exercer suas atividades de forma saudável e eficaz. E cada vez se faz mais importante tal atuação, visto o nível de proteção que os consumidores e certos agentes econômicos necessitam frente às grandes massas mercantis que se formam com o passar dos anos.

Com isso, a forma que a autarquia tem atuado nos últimos anos tem lhe dado lugares notórios, inclusive a nível internacional.

Ao longo desses anos, sob a influência do conjunto normativo norte-americano e europeu, o CADE permanece estimulando a manutenção de um ambiente competitivo, robustecendo as condições de defesa da livre concorrência e reafirmando o compromisso de construir um modelo de desenvolvimento inclusivo. Contudo, a história do CADE também revela obstáculos que enfrentou para atingir a excelência reconhecida no combate ao abuso do poder econômico no Brasil e, desde a Lei nº 8.884/1994, o CADE passou a ter uma participação mais proativa e direta em organizações e fóruns internacionais de defesa da concorrência, como a OCDE (Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico), a UNCTAD (Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento), a ICN (International Competition Network) e a OMC (Organização Mundial do Comércio), momento em que o próprio Brasil começa a se destacar na economia internacional.¹⁴

Contudo, é de se dizer que internamente o órgão se faz muito bem estruturado, e tem sido atuante no que diz respeito às concentrações e às movimentações feitas por agentes econômicos. Sendo assim, para melhor compreender a atuação da autarquia, é importante que apresente aqui sua estrutura, inclusive para uma informação mais completa do Direito da Concorrência.

A respeito das funções primordiais do órgão, Hoffmann e Frias (2023, p.45) afirmam “que o CADE exerce três tipos de funções: (i) preventiva; (ii) repressiva; e (iii) educativa ou pedagógica; todas as três voltadas à defesa da livre concorrência como princípio da ordem econômica.”

Em sua função preventiva, o CADE analisará e decidirá sobre as fusões, aquisições de controle, incorporações e outros atos de concentração econômica entre grandes empresas que possam colocar em risco à livre concorrência. [...] Segundo os últimos dados divulgados pelo próprio CADE, no Anuário de 2021, no exercício de sua (i) função preventiva, 627 atos de concentração foram submetidos à análise do CADE em 2021, sendo o maior número já registrado e, em valores, representou mais de R\$ 1,7 trilhão. [...] Já em 2022, ao total, foram 669 atos de concentração analisados, sendo 15 no Tribunal.¹⁴

Na função repressiva, investigará e julgará os cartéis e demais condutas lesivas à livre concorrência, com a respectiva aplicação das sanções cabíveis a cada caso concreto. Em 2021, o CADE instaurou 60 investigações, sendo 36 de cartel, 15 de condutas unilaterais e 9 de influência à conduta uniforme. Das 60 investigações, 25 converteram-se em processos administrativos e foram julgados pelo CADE, sendo 22 por cartel, 2 por conduta unilateral e 1 por conduta uniforme e, ao total, o CADE arrecadou mais de R\$ 1,3 trilhão em multas aplicadas. Por sua vez, em 2022, foram instaurados 8 processos administrativos, 7 por cartel e 1 por conduta unilateral. Dos 8, 7 (sete) resultaram em condenação, com a arrecadação total de R\$ 879.453.417,49 em multas aplicadas.¹⁴

A sua função educativa e pedagógica, como o próprio nome já sugere, é executada a partir de movimentos que conscientizam grupos de pessoas sobre o exercício da concorrência em si, demonstrando os riscos que as falhas concorrenciais, bem como as infrações que ferem a ordem econômica podem interferir negativamente no ciclo econômico e prejudicar inclusive o consumidor.

Essa função do CADE normalmente é feita por meio de pesquisas e estudos, como trabalhos científicos, palestras, simpósios, mostras científicas e movimentos de pesquisa sobre os temas concorrenciais que visam mais ampla conscientização, e estão comumente inseridas nos ramos acadêmico, jurídico, empresarial e comercial.

Desse modo, os referidos movimentos educativos visam uma maior divulgação de informação sobre o funcionamento do CADE e sobre a ordem econômica como um todo. E até mesmo através dos métodos pedagógicos consegue-se uma adequação mais consciente dos agentes econômicos ingressantes aos parâmetros do CADE e do direito concorrencial brasileiro, o que cumpre aqui dizer até mesmo que o público-alvo, além daquele já atuante, também se perfaz pelos possíveis futuros ingressantes à cadeia econômica.

Partindo das funções primordiais do CADE, visando melhor compreensão do SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, vale lembrar que este conta também, além do CADE, com a Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (SEPRAC) do Ministério da Fazenda, que é a anteriormente chamada Secretaria de Acompanhamento Econômico, estabelecida no art. 3º da Lei 12.529/11.

A Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (Seprac) é a sucessora da extinta Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae) em matéria de advocacia da concorrência. Entre as atribuições legais da secretaria está a elaboração de estudos que analisam, do ponto de vista concorrencial, políticas públicas, autorregulações e atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários de serviços. Na maior parte das vezes, a Seprac opina em propostas legislativas que tramitam no Congresso Nacional; em proposições de agências reguladoras; em avaliações solicitadas pelo Cade, pela Câmara de Comércio Exterior ou pelos fóruns nos quais o Ministério da Fazenda participa; na qualidade de *amicus curiae* em processos administrativos e judiciais.²⁰

Seguindo essa senda, após clara exposição dos três pilares funcionais do CADE, que detém as funções preventiva, repressiva e educativa, bem como a exposição das atribuições da secretaria do SBDC, é de extrema relevância esclarecer algumas perspectivas amplas de atuação deste, como também perspectivas indagativas acerca da atmosfera estrutural prática dos órgãos do referido sistema.

E ainda a respeito da atuação efetiva do SBDC, demonstra-se que este conta também com uma Superintendência-Geral (SG), que tem como suas principais atribuições “a instauração, instrução e parecer em processos de conduta anticompetitiva; instrução e parecer em atos de concentração; proposição de acordos e medidas preventivas.”²²

Mesmo o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência sendo atuante através do CADE e de toda sua estrutura e Tribunal, é possível que se questione se suas ações estão sendo executadas de acordo com o melhor estudo de suas avaliações. Até mesmo porque o assunto é extremamente delicado, quando observado por uma visão pautada no exercício da democracia através da concorrência, já que é possível visualizar – como anteriormente levantado – a questão redundante e imprecisa do termo que nomeia o capítulo anterior.

Atualmente, sem robustos esforços é possível de se notar grandes polos empresariais se formando. E na sua própria rotina cotidiana, a sociedade acaba por não se atentar ao direcionamento que os domínios de mercado estão se encaminhando por meio de oligopólios e descomunais fusões empresariais. Isso afasta cada vez mais o senso crítico de todos, inclusive dos executores do poder político. O que é motivo de preocupação em relação aos questionamentos feitos anteriormente, no sentido da “maior eficiência”, prevista no parágrafo primeiro do art. 36, da Lei 12.529/11.

Com o intuito de enriquecimento da discussão, e tratando da influência desses grandiosos grupos, assevera Luis Suarez-Villa:

A mídia, por sua vez, agora em grande parte propriedade – ou controlada – pelo poder corporativo, cada vez mais se afastou de perspectivas críticas, tornando-se líderes de torcida da hegemonia corporativa – e de quase qualquer ação que leve a uma maior “competitividade” corporativa, não importa o custo. Vozes críticas ao poder corporativo são frequentemente tachadas de inimigas da “liberdade” e do “livre” mercado, quando, de fato, o que está em jogo não é a liberdade, mas a expansão do controle social, político e econômico de uns poucos privilegiados sobre o resto da sociedade - junto com o aprofundamento da injustiça social, maior desigualdade e a destruição da governança justa.³² (tradução nossa)

Continua pontuando Luis Suarez-Villa que:

A hegemonia do poder corporativo oligopolista em nossa sociedade é em grande parte responsável por outro fenômeno – que é normalmente ignorado pelos principais economistas e formuladores de políticas. Esta é a estagnação de longo prazo, definida como crescimento lento, devido à superacumulação de capital – um problema criado pelo poder e controle oligopolistas excessivos. Esse controle vai além da fixação tácita de preços e envolve a vedação de setores inteiros, estabelecendo barreiras à entrada, adquirindo concorrentes novos ou potenciais, fundindo-se com outros oligopólios e grandes empresas ou impondo padrões que mantêm os potenciais entrantes fora. Como resultado, os lucros oligopolísticos estabelecem recordes históricos e acumulam-se vastas quantidades de capital que encontram limitadas possibilidades de investimento. A alta liquidez monetária dos bancos centrais, principalmente do Federal Reserve, também agravou a dinâmica de superacumulação. Assim, a superacumulação de capital tornou-se endêmica ao capitalismo avançado. O resultado é uma estagnação de longo prazo, envolvendo um crescimento muito lento que fomenta o subemprego de longo prazo e limita a demanda agregada. Esse problema afeta muito os consumidores no longo prazo, reduzindo ou limitando o poder de compra da grande maioria da população – enquanto os preços ficam cada vez mais sujeitos ao controle oligopolista.³³ (tradução nossa)

O autor supracitado, Luis Suarez-Villa, se utiliza frequentemente do termo “poder corporativo” e de um outro termo informal chamado *corporatocracia*, do qual ele faz uso em sua obra “Corporate Power, Oligopolies, and the Crisis of the State”, também observada na presente pesquisa. Por isso – a título de informação e complementação – é de extrema relevância que se traga o significado mais preciso do termo como sendo uma condição que “envolve a governança pública que atende aos interesses corporativos em primeiro lugar, acima dos do público e da sociedade em geral”.³⁴ (tradução nossa)

Sendo assim, vale ressaltar que para a pesquisa não se faz relevante o posicionamento da concordância ou discordância do termo à exata atuação dos órgãos do sistema da concorrência brasileira, até porque o mencionado autor não tem sua obra pautada na economia brasileira.

À vista disso, aqui se ignora as consequências atribuídas pelo autor, se fazendo importante apenas o recorte da influência que esses robustos agentes econômicos têm

onde estão inseridos, como a observação que o autor faz de que essas superacumulações recaem fortemente sobre os consumidores, que vão perdendo seu poder de compra, e consequentemente ficando restritos às qualidades inferiores de produtos e serviços. O que demonstra ainda uma maior importância que deveria motivar os órgãos concorrenciais em suas decisões, bem como os grandes pensadores e doutrinadores do Direito Concorrencial. Portanto, não se trata para a presente pesquisa se prevalece o interesse corporativo ao público, tampouco se faz qualquer juízo de valor acerca do assunto, mas tão somente a indagação se isso acaba sendo uma possível consequência na hora de se observar o termo da “eficiência” – previsto no § 1º do art. 36 da Lei Antitruste – pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que é aquele que aqui se estuda. Ou até mesmo se um dia tal influência pode pairar sobre decisões concorrenciais, visto que as diretrizes legais não parecem muito bem estabelecidas no instrumento legal brasileiro.

Até porque, ao não oferecer diretrizes ao termo mencionado, a própria concorrência pode ser prejudicada, tanto na pessoa do consumidor quanto dos agentes econômicos entre si, e até mesmo, pensando em grande escala, o poder público pode ser influenciado diretamente. Porém o termo mencionado acima restará melhor discutido adiante.

Retomando ao que se busca, é importante que reste demonstrado de forma minuciosa o foco primordial do CADE, através dos objetivos de sua Superintendência Geral que são:

Zelar pelo cumprimento da Lei nº 12.529, de 2011, monitorando e acompanhando as práticas de mercado;

- Acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e documentos necessários, mantendo o sigilo legal, quando for o caso;
- Promover, em face de indícios de infração da ordem econômica, procedimento preparatório de inquérito administrativo e inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;
- Instaurar e instruir processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, procedimento para apuração de ato de concentração, processo administrativo para análise de ato de concentração econômica e processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais instaurados para prevenção, apuração ou repressão de infrações à ordem econômica;
- No interesse da instrução dos tipos processuais referidos na Lei nº 12.529, de 2011: a) Requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício de suas funções; b) Requisitar esclarecimentos orais de quaisquer

peçoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, na forma da Lei nº 12.529, de 2011; c) Realizar inspeção na sede social, estabelecimento, escritório, filial ou sucursal de empresa investigada, de estoques, objetos, papéis de qualquer natureza, assim como livros comerciais, computadores e arquivos eletrônicos, podendo-se extrair ou requisitar cópias de quaisquer documentos ou dados eletrônicos; d) Requerer ao Poder Judiciário, por meio da Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade, mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física, no interesse de inquérito administrativo ou de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica; e) Requirir vista e cópia de documentos e objetos constantes de inquéritos e processos administrativos instaurados por órgãos ou entidades da administração pública federal; f) Requerer vista e cópia de inquéritos policiais, ações judiciais de qualquer natureza, bem como de inquéritos e processos administrativos instaurados por outros entes da federação, devendo o Conselho observar as mesmas restrições de sigilo eventualmente estabelecidas nos procedimentos de origem; • Recorrer de ofício ao Tribunal quando decidir pelo arquivamento de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica; • Remeter ao Tribunal, para julgamento, os processos administrativos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica; • Sugerir ao Tribunal condições para a celebração de acordo em controle de concentrações e fiscalizar o seu cumprimento; • Adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada, no caso de descumprimento; • Receber, instruir e aprovar ou impugnar perante o Tribunal os processos administrativos para análise de ato de concentração econômica; • Prestar ao Poder Judiciário, sempre que solicitado, todas as informações sobre andamento das investigações, podendo, inclusive, fornecer cópias dos autos para instruir ações judiciais;³⁵

Como pode ser muito bem-visto, o CADE detém de muitas fontes, atributos e possibilidades ao seu alcance para apuração de possíveis comportamentos anticoncorrenciais. Isso inclui inspeção em sedes sociais de empresa, possibilidade de requisição de esclarecimentos, requisição junto ao Poder Judiciário de busca e apreensão, possibilidade de remessa de caso ao Tribunal para melhores apreciações e apurações, dentre outras inúmeras articulações que visam um ambiente concorrencial saudável.

Nesse sentido, aponta-se inclusive alguns registros dos últimos anos:

Uma das competências do Cade é analisar os impactos de fusões e aquisições entre empresas para o mercado e a sociedade, promovendo um ambiente concorrencial saudável no Brasil. Em 2022, a autarquia registrou aumento do número de atos de concentração submetidos à análise do órgão: 660 operações. No ano anterior, foram 627 notificações.

No mesmo período, 669 atos de concentração foram avaliados pelo Cade, em um prazo médio geral de 34 dias. Considerando somente os casos enquadrados como sumários, classificados como mais simples do ponto de vista concorrencial, o número cai para 21 dias – um dos menores prazos do mundo.

No que diz respeito à repressão de infrações contra a ordem econômica, em 2022 o Cade instaurou 103 novas investigações, alta expressiva em

comparação à 2021: 103 casos abertos contra 60 no ano anterior. Além disso, o Tribunal da autarquia julgou 13 casos de conduta anticompetitiva e homologou 37 Termos de Compromisso de Cessação (TCC), que resultaram no recolhimento de mais de R\$ 2,4 bilhões, entre multas e contribuições pecuniárias.

Como demonstrado, o CADE se faz muito atuante no que tange a regulação prática dos atos e comportamentos de agentes econômicos. Porém, não é uma tarefa fácil, como o próprio órgão bem o declara, através de seu Departamento de estudos econômicos:

Um dos grandes desafios de autoridades antitruste é atingir um elevado grau de efetividade de suas decisões, compromissos ou acordos. Em particular, quando se trata de remédios antitruste, a atividade de monitoramento/fiscalização é um dos aspectos relevantes para a efetividade da aplicação de tais compromissos, que podem estar previstos tanto em atos de concentração, aprovados com restrições, quanto em processos administrativos de condutas anticoncorrenciais.³¹

Nesse sentido, o próprio órgão afirma ser de extrema dificuldade atingir a efetividade das suas ações decisórias. E mesmo assim, ao se deparar com atos ou comportamentos que ameaçam a concorrência saudável, cabe para si o estabelecimento de remédios antitruste para que se reestabeleçam ou reprimam estes. Tais remédios se caracterizam por serem “restrições aprovadas por autoridades de defesa da concorrência para corrigir efeitos deletérios à concorrência, sejam oriundos de um ato de concentração, sejam em casos de infração à ordem econômica advindas de condutas.”³¹

5.1 ATUAÇÃO DO CADE NO CONTROLE DE CONDUTAS

Para melhor entender como se dá a atuação do CADE no âmbito do controle de condutas é importante que se diferencie esta daquelas dos atos de concentração. Assim, para que a autarquia consiga se manter atingindo seus fins, ela se incumbe de limitar tanto os atos de concentração quanto as condutas que vão contra a concorrência saudável, como visto em pontos anteriores. Porém, para o presente estudo resta tornar mais cristalino como se dá o controle de condutas.

Nesse sentido, tem-se os ensinamentos muito bem esboçados de Alexandre Barreto de Souza e Isabella Accioly:

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) tem como finalidade legal e institucional proteger a ordem econômica. Para atingir tal objetivo,

podemos afirmar que, dentre diversas ações, destacam-se aquelas que podem ser classificadas em dois principais eixos: i) a atuação repressiva, que visa à investigação e à punição de condutas anticompetitivas; e ii) a atuação preventiva, que visa ao controle das estruturas de mercado através da análise de atos de concentração. A diferenciação entre condutas e estruturas não é meramente acadêmica. No controle de atos de natureza estrutural, entende-se que, embora possa haver uma diminuição na concorrência, tais atos podem levar a eficiências que superem os eventuais prejuízos à concorrência – por exemplo, ganhos de escala e investimento maciço em tecnologia. Já no controle de condutas, entende-se que a prática de condutas anticompetitivas, de modo geral, não vai gerar benefícios capazes de compensar/mitigar os possíveis danos à concorrência, de modo que tais condutas devem ser reprimidas pela autoridade concorrencial, havendo exceções - especialmente quando se fala em condutas unilaterais.³⁶

Sendo assim, através dessa perspectiva pode-se afirmar que diferentemente das chances até positivas dos atos de concentração, as práticas de condutas anticompetitivas são mais pontuais e prejudiciais, pois têm maiores chances de danos à concorrência onde se encontram os agentes econômicos envolvidos inseridos.

Dessa forma, para melhor associar os objetivos do CADE às condutas contrárias à concorrência saudável previstas no art. 36 da Lei 12.529/11, é imprescindível que se traga ao trabalho a classificação de tais condutas anticompetitivas, como muito bem Alexandre Barreto de Souza e Isabella Accioly as pontuam e diferenciam em condutas colusivas e condutas unilaterais. Portanto, a respeito das condutas colusivas apontam que:

[...] de maneira geral, envolvem acordos entre agentes econômicos (concorrentes ou não) que permitem que as empresas exerçam poder de mercado que não teriam de outra forma, restringindo artificialmente a concorrência, aumentando preços e, conseqüentemente, reduzindo o bem-estar social. Elas podem se dar na forma de acordos horizontais, celebrados entre agentes econômicos que atuam no mesmo mercado relevante, ou verticais, entre agentes econômicos que desenvolvem suas atividades em mercados relevantes diversos, muitas vezes complementares, isto é, elos distintos de uma mesma cadeia produtiva. Tais acordos, em geral, são feitos a partir de contatos ilícitos entre concorrentes, nos quais podem ser trocadas informações a respeito de ajustes sobre preços, alocação de quotas de vendas entre as empresas, divisão de mercados, trocas de informações concorrencialmente sensíveis, dentre outras. O exemplo mais comum de conduta colusiva é a prática de cartel, definida como um acordo ilícito entre concorrentes para fixar preços ou dividir mercados. As empresas envolvidas têm por finalidade obter condições mais vantajosas, operando-se a eliminação do processo normal de concorrência. Trata-se, na visão da autoridade da concorrência, de um ilícito gravíssimo, uma vez que não é possível haver efeito líquido positivo possível ao consumidor, razão pela qual é considerado um ilícito per se, que independe da comprovação de efeitos para ser reprimido e punido, conforme se discutirá adiante. Segundo a OCDE, cartéis geram um sobrepreço entre 10 e 20% do que seria o preço do produto ou serviço em condições de concorrência efetiva. Eles também possuem como possíveis efeitos uma redução de incentivos à inovação, queda na qualidade dos produtos, dentre outros efeitos adversos.³⁶

Já, a respeito das condutas anticompetitivas unilaterais seguem afirmando os mesmos estudiosos (Alexandre Barreto de Souza e Isabella Accioly) que:

[...] envolvem apenas uma empresa, que, em geral, abusa de sua posição dominante no mercado para prejudicar outras empresas e impor restrições indevidas, capazes de afetar o bem-estar do consumidor. Ressalta-se, portanto, que a simples detenção de poder de mercado não constitui, por si só, um problema concorrencial, mas sim o abuso desse poder, que pode ser exercido através de um conjunto de práticas. Os exemplos de condutas unilaterais são vários: preços predatórios, preços abusivos, fixação de preços de revenda, imposição de exclusividades, cláusulas de paridade, discriminação de preços e condições comerciais, price squeeze, recusa de contratar, entre outros. A análise de condutas unilaterais envolve a delimitação do mercado relevante, tanto na sua dimensão produto quanto na dimensão geográfica. A partir dessa análise, busca-se estimar as participações do conjunto das empresas nos mercados relevantes afetados pela conduta e as condições concorrenciais efetivas e potenciais de modo a se avaliar a razoabilidade e a racionalidade econômica da conduta antes de se decidir pela sua ilicitude. Nesse sentido, devem ser avaliados os possíveis danos concorrenciais que a conduta pode gerar sobre os mercados afetados e os possíveis ganhos de eficiência econômica para a empresa praticante. Assim, via de regra, a avaliação final busca ponderar se os efeitos anticompetitivos da conduta superam suas eficiências econômicas para então reprimi-la e sancioná-la. As condutas unilaterais também podem ser classificadas em diferentes tipos. Existem as condutas verticais clássicas, que geralmente envolvem contratos entre empresas de uma mesma cadeia produtiva ou de distribuição. Como exemplos de tais condutas, temos as obrigações de exclusividade comercial, vendas casadas e fixação de preços de revenda. Também existem as condutas predatórias, cujo exemplo mais clássico é a prática de preço predatório. Trata-se de um ilícito de difícil comprovação e de rara verificação prática, tanto que o Cade não possui nenhum tipo de condenação nesse sentido. Outras condutas unilaterais ainda podem ser praticadas através da aplicação de políticas comerciais de descontos condicionados estabelecidas pelas empresas, discriminação de preços no fornecimento de insumos essenciais e em recusas injustificadas de contratação, por exemplo.³⁶

Portanto, as condutas acima mencionadas se diferenciam pelo número de agentes econômicos envolvidos no comportamento ou na ação realizada, se conjuntamente ou de forma isolada.

Aqui não se faz necessário apontar os tipos de procedimentos e processos realizados pela autarquia para apuração das condutas ilícitas, mas tão somente a forma como ela se baseia para o estudo de tais soluções, e consequentemente como ela analisa se as ações de agentes são ou não ilícitas perante todo o sistema concorrencial.

Nessa senda, para análise inicial da questão, Souza e Accioly (2023) afirmam que nesse primeiro ponto, como a livre concorrência oferece aos consumidores efeitos positivos, para ser analisada a ilicitude do ato, o órgão se pauta na ideia de efeitos.³⁶

Em seu estudo, os autores mencionados acima fazem um levantamento de como a jurisprudência internacional tem se pautado, se em ilícito por objeto ou por efeito:

A jurisprudência europeia, que faz distinção entre “ilícitos por objeto” e “ilícitos por efeitos”, e a norte-americana, que o faz pelo uso da chamada “regra *per se*” e “regra da razão”, sedimentam algumas concepções que foram, e ainda são muito utilizadas no Direito Antitruste brasileiro no que concerne aos padrões de análise da autoridade da concorrência em relação às condutas anticompetitivas. A discussão entre os diferentes padrões de análise implica em diferentes *standards* probatórios. Em geral, a diferenciação gira em torno dos efeitos das infrações à ordem econômica, de modo que a ilicitude da conduta é medida com base nos efeitos reais (concretos) ou potenciais que ela pode causar. Quando os efeitos negativos à concorrência são efetivamente verificados ou verificáveis por meio de uma análise prévia à condenação, fala-se em ilícito por efeito ou na aplicação da regra da razão. Já nos casos considerados ilícitos por objeto, ou na aplicação da regra *per se*, os efeitos negativos da conduta são presumidos, vez que se entende que não há efeito positivo decorrente da conduta capaz de superar seus malefícios. [...] O cartel é o exemplo mais comum de ilícito por objeto, tendo em vista seu caráter extremamente danoso à concorrência, não sendo necessariamente objetos de discussão: as consequências por ele geradas, a estrutura do mercado em questão ou o poder econômico do agente infrator.³⁶

Os mencionados autores ainda levantaram exemplos de decisões seguindo as duas vertentes na própria jurisprudência brasileira, como se extrai abaixo:

No processo administrativo relacionado ao cartel dos frigoríficos, de relatoria do Conselheiro Luis Fernando Schuartz, foram estabelecidos os primeiros debates sobre a ilicitude por objeto no âmbito do Cade. Os standards interpretativos foram ponderados e o então Conselheiro analisou condutas que, em sua perspectiva, permitiam a condenação de agentes econômicos reputando que os objetos das condutas em análise eram intrinsecamente ilícitas. [...] vale ressaltar o exposto pelo Conselheiro João Paulo Resende no processo administrativo relacionado ao popularmente conhecido “cartel do metrô”, que vai ao encontro do exposto anteriormente. O então relator do processo defende ser desnecessária a análise sobre os efeitos decorrentes da prática de cartel, o qual configura um crime de mera conduta, servindo os efeitos apenas para fins de cálculo da multa [...]³⁶

Por essa perspectiva, é indubitavelmente claro que existe na jurisprudência brasileira os dois vieses como parâmetro de análise, devendo o CADE tratar sempre de observar as particularidades de cada caso, tanto no ato ilícito por efeito quanto por objeto, e lembrar sempre que o próprio artigo legal que traz as infrações define que, mesmo não alcançando seus efeitos negativos, os atos que pretenderem tais fins ou os causem, já são caracterizados como ilícitos, independentemente de culpa.³⁷ Portanto, “basta a existência de risco potencial ou provável de dano”.³⁶

Ao retomar o sentido do artigo estudado em si, é imprescindível que se traga ao desenvolvimento da pesquisa os ensinamentos de Paula A. Forgioni:

É bastante comum que, ao mencionar a “livre-iniciativa”, venha à mente o conceito tradicional de liberdade (sensibilidade e acessibilidade a alternativas

de conduta e de resultado) o agente econômico atuando no mercado com o mínimo de “repressão” estatal. Mas – insistimos – essa visão da livre iniciativa (ou da livre-concorrência e mesmo da autonomia privada) não exclui outra que lhe é complementar, de que essa mesma livre-iniciativa, para que continue existindo, deve ser não apenas regulamentada, mas também conduzida pela autoridade governamental.

Assim, no princípio da livre-iniciativa (e da livre-concorrência) abriga-se, também, a atuação estatal no sentido de (i) disciplinar comportamentos que resultariam em prejuízos à concorrência e (ii) disciplinar a atuação dos agentes econômicos, de forma a implementar uma política pública, dando concreção aos ditames do art. 3.º e do art. 170 da CF. [...] Na tutela da livre-iniciativa (e, portanto, da livre-concorrência) encontra-se um dos principais parâmetros da nossa Lei Antitruste e pauta de sua interpretação. Os acordos entre empresas são vedados na medida em que configuram entrave à livre-iniciativa ou à livre-concorrência. Ou seja, é no prejuízo à livre-concorrência e à livre-iniciativa que se encontra o caráter ilícito de qualquer prática concertada.^{17, 39}

Portanto, o próprio ato (o comportamento pela ação) que fere ou vai contra a livre iniciativa ou a livre concorrência caracteriza-se, por si só possibilidade de se enquadrar como ilícito.

Assim, para mais extensa visualização da estrutura do artigo que aqui se estuda deve-se atentar à sua compreensão de forma ampla, como aponta o próximo capítulo, que é o cerne deste trabalho, e que aqui se interliga, com o apoio do estudo de Paula A. Forgioni:

Os incisos II e IV referem-se, respectivamente, ao domínio de mercado e ao abuso da posição dominante. Uma vez que o texto normativo prevê a ilicitude do ato contrário à ordem econômica, ainda que os fins visados não sejam alcançados, inclui-se na redação do art.36 a prática que *possa* ter por objeto ou por efeito a dominação do mercado, ou seja, propiciar a detenção de *poder econômico* suficiente para assegurar o comportamento *independente e indiferente* em relação aos demais agentes. De certa forma, a busca do monopólio [...] e a posição monopolística são potencialmente prejudiciais à concorrência, uma vez que, em geral, implicam processo que passará pelo aniquilamento dos competidores. Retornamos ao problema que muito já foi referido: a concorrência, é cediço, prejudica os concorrentes, mas esses prejuízos podem ser *licitamente causados*, desde que resultantes “de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores” (art. 36, § 1.º, da Lei 12.529/2011). Ou seja, desde que uma empresa seja mais capacitada do que sua concorrente, poderá lícitamente buscar a posição dominante no mercado, vindo até a dominá-lo, com a eliminação de seus competidores. Nada há de mais esperado senão a busca do domínio de mercado, uma vez que o objetivo do agente econômico é o seu crescimento no setor em que atua. Mas, também nesse ponto, precisamos fixar algumas pautas de interpretação. Se, entre nós, a posição dominante não é vedada em si, como coloca o § 1.º do art. 36, nem todo o ato praticado por empresa em posição dominante será considerado ilícito pela Lei Antitruste. Entretanto, a linha que separa o *abuso* de posição dominante de seu *exercício normal*, por vezes, é muito tênue [...]¹⁶

Nesse sentido, é possível afirmar que nem todo ato praticado será considerado como ilícito, como o próprio § 1º do art. 36 da Lei 12.529/2011 possibilita, porém o mesmo demonstra não alcançar com exatidão situações que se enquadram na questão.

A título de complementação, é importante frisar que o CADE, embora seja muito atuante em suas vertentes e tenha feito um bom trabalho pela concorrência, em um país geograficamente extenso como o Brasil, carece de mais cuidados, já que encontra obstáculos específicos na essência de sua atuação. E nesse sentido muito bem pontua Paula A. Forgioni:

Espera-se que, nos próximos anos, o CADE passe a efetivamente coibir abusos de posição dominante e outras práticas bastante lesivas aos consumidores e à fluência de relações econômicas, deixando de ser preocupar quase que exclusivamente com atos de concentração –que muito raramente apresentam problemas concorrenciais relevantes. Grande parte da energia e dos recursos públicos direciona-se à análise de atos de concentração e não de processos administrativos que investigam condutas abusivas, frustrando aqueles que esperavam atuação mais forte para conter as práticas predatórias de empresas em posição dominante. Em um país de dimensões continentais, com diversidades tão marcadas entre as regiões e em ebulição econômica, não se pode pretender que o CADE, a partir de seus gabinetes de Brasília, tenha condições de, sozinho, coibir o abuso de posições dominantes e de práticas anticompetitivas em todo o território nacional.¹⁶

Paira aí outra questão que se perfaz como um desafio para o CADE, e para suas averiguações e fiscalização diante das respectivas práticas anticoncorrenciais, que é a dificuldade de precisar e analisar os comportamentos de agentes econômicos que ferem a livre-iniciativa e a livre-concorrência, fazendo com que seu trabalho possa incorrer em ineficácia, ou leve mais tempo e mais investimento para ser realizado.

Partindo das dificuldades enfrentadas pela autarquia, é imprescindível que a pesquisa aponte estudos acerca das decisões do CADE, no intuito de observar com mais proximidade a utilização do art. 36 da Lei 12.529/2011. E para tanto traz-se os estudos realizados por Ciro Silva Martins e Laura Soares Miranda dos Santos para a Revista de Defesa da Concorrência:

Na prática, competiria ao sistema de defesa da concorrência, por intermédio da Lei nº 12.529/2011, a definição dos parâmetros que caracterizaram a condição de abuso do poder econômico. Entretanto, a referida Lei não possui qualquer definição do que seria considerado abuso de posição de dominante, mas apresenta tão-somente um tipo aberto de condutas que, na medida em que sejam capazes de gerar os efeitos previstos nos incisos do art. 36, poderiam ser considerados como abuso de posição dominante. Forgioni (2016) sublinha que, nesse aspecto, nossa Lei de Defesa da Concorrência é peculiar. Quando a Lei nº 12.529/2011 aduz que constituem infração à ordem econômica os “atos sob

qualquer forma manifestados” (BRASIL, 2011), ela está deliberadamente adotando uma sistemática aberta, de modo a abranger quaisquer condutas que possam causar efeitos deletérios à concorrência. [...] Para dar concretude ao disposto na referida Lei, técnicas de interpretação, como a regra da razão foram adotadas, de forma que, cada caso pudesse ser examinado de forma mais aprofundada e individualizada. Por outro lado, há condutas que, por si só, prescindem de uma análise mais complexa, em razão da indubitável característica danosa de seu comportamento, o que é conhecido como a regra *per se*, que tem no ilícito do cartel seu maior exemplo.⁴⁰

O CADE, para instrução de suas decisões confirmadamente se utiliza da regra da razão, até mesmo para obter mais precisão da abusividade na posição dominante de agentes econômicos, aquela prevista no art. 36 da referida NLAB. E já que a Lei não oferta diretriz legal de domínio de mercado relevante, tampouco delimita o abuso desse domínio, veio se formando um entendimento jurisprudencial interno da autarquia para que essa possa analisar todos os possíveis efeitos, tanto negativos quanto positivos de cada conduta dos agentes econômicos submetidos para apreciação.

Nesse sentido, invoca-se aqui os estudos acerca de decisões relevantes concluídas pelo CADE em um período de dez anos, sendo entre 2009 e 2019, elaborado pelo próprio órgão, sob perspectiva dos autores acima mencionados, *Ciro Silva Martins e Laura Soares Miranda dos Santos*:

O primeiro precedente que merece atenção é o caso “Tô Contigo”. Em 22/07/2009 o Tribunal do Cade considerou o programa “Tô Contigo” anticoncorrencial, condenando a AmBev por infração à ordem econômica, nos termos da Lei nº 8.884/1994, art. 20, I e IV e art. 21, IV, V e VI (BRASIL, 2009).[...] o referido programa funcionava da seguinte maneira: era concedido um ponto para cada caixa de 24 unidades das principais marcas da AmBev adquirida pelos pontos de venda participantes e esses pontos poderiam ser acumulados e trocados por prêmios listados em um catálogo [...] Em contrapartida, os pontos de venda precisavam assinar um termo de compromisso no qual se comprometiam a dar exclusividade total às cervejas produzidas pela AmBev, bem como ao seu *merchandising*. Conforme o voto proferido pelo relator Conselheiro Fernando Magalhães Furlan, a análise partiu da definição do mercado relevante relativo às práticas sob investigação, tendo sido ele definido como o de cerveja no âmbito geográfico regional. Em seguida, o Conselheiro teceu considerações sobre as características desse mercado, identificando significativas barreiras à entrada, constituídas principalmente pelo binômio “marca-distribuição”. Nesse sentido, a dinâmica concorrencial é marcada por fortes estratégias de diferenciação do produto, refletidas em expressivos gastos com propaganda, objetivando conquistar a preferência do consumidor e criar uma fidelidade à marca. Ao mesmo tempo, a rede de distribuição é outro fator que dificulta a entrada, já que é necessário ter acesso aos canais de distribuição tradicional e bar. Posteriormente, ficou evidenciado que a AmBev possuía liderança absoluta nos mercados em questão, evidenciada por um *market share* agregado de 69,3%, por sua dimensão econômica, por seu controle sobre redes de distribuição e pontos de venda, bem como por sua forte marca. Tudo isso deixaria claro o seu poder de mercado. De um lado, conclui-se que a exclusividade de vendas poderia ter por

consequência uma elevação dos preços ou, até mesmo, a saída de um rival eficiente. Por outro lado, não foram encontradas eficiências econômicas decorrentes do programa, não havendo, portanto, justificativas para a exigência de exclusividade. Tampouco foram trazidas aos autos pela AmBev, segundo o relator, eventuais eficiências geradas pela conduta.⁴⁰

No caso em comento, na análise realizada de forma muito minuciosa pela autarquia, foi possível observar que a conduta em si da empresa condenada não possuía eficiências econômicas, além de ser fortemente abusiva. Até mesmo pela sua influência no controle na rede de venda e distribuição.

[...] o Cade também teve a oportunidade de julgar alguns casos envolvendo a prática denominada *sham litigation* ou abuso de direito de petição na seara jusconcorrencial. Destacam-se os casos Box 3 (BRASIL, 2010), Eli Lilly (BRASIL, 2015) [...]. No primeiro caso houve condenação por unanimidade, considerando que a conduta da Box 3 de ingressar com diversas ações judiciais, baseadas num frágil argumento de que teria exclusividade sobre programas televisivos de venda, em linguagem descontráida, teria causado danos efetivos à concorrência. O relator Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho ponderou que, [...] tem-se uma estrutura dual nas lides concorrenciais: para que exista uma infração, ou se prova, independentemente de culpa, que existe um risco de produção de efeitos anticoncorrenciais ou se prova que a parte tinha por objetivo causar efeitos concorrenciais, o que se verificou no caso. Similarmente, no caso Eli Lilly, esta companhia farmacêutica foi acusada de impor barreiras artificiais à concorrência por meio do ajuizamento de múltiplas ações judiciais em face de instituições públicas diversas (INPI e ANVISA), em comarcas diferentes (Rio de Janeiro e Distrito Federal), visando à obtenção de indevida exclusividade na comercialização do medicamento cloridrato de gencitabina – utilizado para o tratamento de câncer –, em prejuízo de seus potenciais concorrentes. Tomando emprestado conceitos da jurisprudência estadunidense, sobretudo do caso *Professional Real Estate (PRE) Investors v. Columbia Pictures Industries*, concluiu-se que o *sham litigation* é caracterizado por dois requisitos: um objetivo (o descabimento do processo) e um subjetivo (a intenção da parte autora de agir estrategicamente sobre a concorrência). Além disso, o caso reafirma a inexigibilidade de culpa subjetiva para configuração do ilícito antitruste, bem como afasta a necessidade de verificação de poder de mercado no contexto de *sham litigation*, uma vez que o sucesso da conduta seria considerado suficiente para afastar os concorrentes do mercado, como aconteceu no caso concreto.⁴⁰

Já nos casos mencionados é possível de se notar que foi analisado o risco de produção de efeitos concorrenciais, a intenção da parte envolvida, bem como excluiu-se a exigibilidade de culpa subjetiva, demonstrando assim que para cada caso se utiliza de um parâmetro único para decisão. Para maior reforço do apontado, a pesquisa segue com outras análises.

Outro caso que merece destaque diz respeito à conduta de imposição de cláusula de raio em contratos de locação de espaços para lojas em shopping centers da cidade de Porto Alegre (BRASIL, 2016). Esse tipo de cláusula estabelece a proibição ao lojista locatário de ter/abrir/instalar/constituir/manter

qualquer outro estabelecimento/empresa congênere ou similar (sede, filial, etc.) dedicado ao mesmo ramo de atividade a ser por ele exercido na loja comercial ou salão alugados no shopping (locador), ou qualquer outro estabelecimento com o mesmo nome; feitiço ou ramo iguais ou assemelhados, independentemente da duração dessa restrição contratual. É digno de destaque que o relator afirmou expressamente que existem inúmeras formas de avaliar o poder de mercado, dentre as quais a mensuração de participação de mercado, o que não impede que o julgador aplique metodologias distintas para firmar sua convicção. Nesse sentido, o poder de mercado restou demonstrado pela: imposição de contrato de locação; restrição geográfica como imposição unilateral; impossibilidade de vigência ilimitada da cláusula de raio; objeto amplo da cláusula; relação assimétrica entre shoppings e lojistas; e imposição de multa. Por fim, não se deixou de analisar os efeitos concorrências positivos e negativos envolvendo a cláusula de raio. Entendeu-se que cláusula passou de “lei entre as partes” para se tornar “lei para o mercado”, o que configura regulação privada proibida pela legislação brasileira de defesa da concorrência. Esse é mais um aspecto negativo que deve ser levado em consideração para a análise dos efeitos líquidos da cláusula de raio imposta pelos representados aos lojistas de Porto Alegre.⁴⁰

No caso em questão, a situação foge do domínio de posição abusivamente dominante, como demonstrada no caso anterior, que agora denota uma ideia de domínio da liberdade da outra parte, o que aponta uma diferente perspectiva analisada pelo CADE, reforçando ainda mais sua ótica voltada para análise particularizada de cada situação.

Nesse sentido, cumpre reforçar que o sistema concorrencial brasileiro segue a perspectiva de analisar cada caso individualmente, com suas respectivas circunstâncias, o que faz com que o órgão necessite cada vez mais de diretrizes precisas a serem seguidas, até mesmo como apoio de suas decisões, para que essas se façam mais céleres e precisas.

Dessa forma, como o objetivo da pesquisa é questionar o termo encontrado no § 1º do art. 36 da Lei Antitruste, já que o artigo se trata de uma exceção do cometimento da infração prevista no inciso II, deve-se invocar a análise do referido termo, que é o da “eficiência”.

6 “EFICIÊNCIA” PREVISTA NO ART. 36 DA LEI 12.529/2011

Para melhor conduzir a pesquisa a seu âmago e sua busca principal, é imprescindível que se traga à discussão o termo que aqui se discute e se indaga, que é o da “eficiência”, previsto no parágrafo primeiro do artigo 36 da Lei 12.529/2011, a qual trata das condutas anticompetitivas, como mencionado no Capítulo 4.

Nessa senda, por mais que ele tenha previsão legal desde a lei defasada, como foi mencionado anteriormente, não resta muito claro o seu sentido. Portanto, embora se repita a menção no texto legal, para melhor visualização é relevante que se observe o recorte do texto legal previsto na atual Lei 12.529/2011 no contexto de seu artigo, *in verbis*:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: [...] II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; [...] § 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo. [...] ³⁷

Analisando o referido parágrafo, por mais inovadora que essa lei possa ser, ela ainda deixa dúvidas a respeito do termo “*eficiência*” que traz em seu texto. Assim, é de se indagar se o termo sugeriria uma *eficiência* de fluxo orgânico da economia; ou uma maior *eficiência* ao objetivo puro final de auferimento de renda sob um viés estritamente econômico, excluindo seu caráter social; ou mesmo se a “eficiência” se trataria de um salvo-conduto ou até de uma espécie de excludente de antijuridicidade no ciclo do poder de mercado exercido por alguns.

Nesse sentido, para melhor analisar o termo é necessário que se invoque à pesquisa outros levantamentos exteriores do termo da “eficiência”, para assim ampliar a gama de entendimentos sobre o termo utilizado.

6.1 O CONCEITO DE “EFICIÊNCIA”

A título de informação – ou instigação –, o termo da *eficiência* é encontrado em vários e diversos momentos no ordenamento legal brasileiro, como por exemplo no artigo 37 da Constituição Federal vigente, que afirma que “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos

Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”.⁴¹ Porém, mesmo no contexto da administração pública, o termo se faz um tanto impreciso, ainda mais se levado em conta o motivo que ele não tem sequer relação conceitual com os outros princípios elencados ao seu lado.

Seguindo, essa perspectiva, há outros momentos nos quais é possível de se encontrar a menção do referido termo, como o faz em seu art. 74, *in verbis*:

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: [...]

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;⁴²

Nesse sentido, no mesmo instrumento legal tem-se também, junto ao artigo 144, em seu parágrafo sétimo que “a lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.”⁴³ Assim, é de se questionar o que essa eficiência junto aos órgãos da segurança pública quer demonstrar, pois a eficiência nesse caso pode denotar a ideia de um serviço prestado de forma ampla e completa, assim como também pode apontar que suas atividades de distribuição de equipamento e instrumentos de trabalho apresentam grande eficiência. Porém, não interessa à pesquisa o que venha a ser o sentido da eficiência nesses contextos aqui apontados, mas tão somente sua breve indagação, já que esta não se encontra no mesmo contexto que essa pesquisa estuda. O que se faz importante apenas para a tentativa de encontrar uma possível explicação para se buscar um sentido mais coerente do que seja o termo.

A utilização do referido termo também está presente no Código Processual Civil vigente, em seu artigo 8º, trazendo em seu conteúdo que “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.”⁴⁴

E assim, é possível encontrar o termo *eficiência* em inúmeros instrumentos legais, esparso em diferentes contextos e empregado em diferentes tipos de utilizações. Porém, vale aqui reforçar que as menções anteriormente feitas são informativas, com o intuito de se indagar sua utilização, bem como para que se amplie a perspectiva de sua aplicação para os próximos passos do trabalho, já que aqui se busca um parâmetro interpretativo e

conceitual, levando em conta que a própria Lei 12.529/11 não oferece tal orientação. Assim, o enfoque da pesquisa não é se aprofundar na utilização do significado do termo em outros instrumentos legais ou outros contextos, se limitando apenas naquela da Lei 12.529/11.

Seguindo o estudado, buscando melhor visualização do que possa ser a eficiência da qual se pauta o referido termo que nomeia este capítulo, é importante que se traga sentidos diversos e variados do que possa significar o termo em seu puro sentido, a fim de melhor compreender sua utilização no instrumento legal que este trabalho analisa.

De primeiro plano, no sentido mais literal possível, de acordo com o Dicionário da Língua Portuguesa, a palavra *eficiência* é a “capacidade de tornar (algo) efetivo ou real [...] poder de realizar (algo) convenientemente, despendendo de um mínimo de esforço, tempo e outros recursos; competência [...] força ou virtude de produzir o efeito pretendido; eficácia”.⁴⁵ E já sobre a palavra *eficiente*, o mesmo veículo de significados da língua portuguesa acima mencionado afirma como sendo o “que cumpre os objetivos pretendidos [...] que efetua com competência e rapidez o trabalho de que é encarregado.”

Como é nitidamente visto, ambos significados denotam uma ideia que abrange os sentidos de efetividade, competência e realização, o que, por si só, se faz impreciso ao parametrizar com a *eficiência* prevista na Lei 12.529/11.

Seguindo na perspectiva de ampliar o *hall* de sentidos da eficiência, é importante que se traga também à pesquisa o sentido do princípio da eficiência, tido como um dos princípios fundamentais do Direito Concorrencial, como pontua Ramsés Maciel de Castro (2014):

Princípio importante também é o da eficiência. Não é ilícita a eliminação de concorrência em razão de maior eficiência por parte da empresa exterminadora de concorrentes. Pode-se conseguir lícitamente posição dominante por mérito de eficiência empresarial perante os outros competidores atuantes no mercado. Importante frisar que o conceito de eficiência não se limita ao aspecto econômico, englobando também o social.⁸

Segue ainda asseverando:

As empresas [...] devem sempre ter em mira a eficiência econômica entendida não como um conceito meramente econômico, mas essencialmente como um contexto cujo âmago está direcionado para a justiça social, que é, em última instância, o objetivo que a ordem econômica se propõe alcançar. [...] as integrações que buscam eficiência devem ser entendidas como benéficas para o mercado, desde que levem à redução de preços dos produtos ofertados [...]⁴⁶

Mesmo assim, por mais que haja um princípio do Direito que trata da eficiência – como mencionado acima – ainda se faz de forma muito superficial, principalmente quando se imagina um cenário diante de um possível impasse no Direito Concorrencial no momento preciso de atuação decisória dos órgãos da concorrência.

Destarte, a doutrina, em suas diversas discussões não deixa carecer as diversas menções da eficiência, o que é inquestionável, porém, é insuficiente quando se trata de criar parâmetros para maior precisão do que de fato é a eficiência.

Nesse sentido – ainda na tentativa de ampliar o entendimento da eficiência – pelo motivo de todo o contexto da pesquisa se tratar da comunicação entre institutos do Direito e da Economia, é pertinente que se busque também o sentido da *eficiência* dentro da Economia e da Defesa da Concorrência.

Portanto, para isso é primordial que se traga informações acerca da eficiência de Pareto⁴⁸, já que esta está intimamente ligada à defesa da concorrência, para que se possa analisar melhor o sentido do termo que aqui se trabalha.

Pareto Eficiente corresponde à alocação de recursos mais eficiente possível. Esse conceito também é conhecido como ou Eficiência de Pareto ou Ótimo de Pareto. [...] Seu objetivo era indicar o ponto no qual para favorecer um indivíduo, obrigatoriamente o outro seria prejudicado. Nota-se que o Pareto Eficiente pressupõe um mercado em competição perfeita, onde os recursos estão alocados da forma mais eficiente possível. Em termos econômicos, todos os indivíduos teriam o maior excedente possível. Em outras palavras, esses indivíduos estariam vivendo da melhor forma possível. [...] Em microeconomia, o Pareto Eficiente corresponde a uma situação econômica na qual não é possível melhorar a utilidade ou o bem estar de um indivíduo sem prejudicar o outro.⁴⁸

E ainda, afirma Jorge Fagundes:

O conceito de eficiência de Pareto, fundamental para os problemas normativos da teoria microeconômica em geral e para a política de defesa da concorrência em particular, possui diferentes dimensões, cada qual com distintas implicações em termos de sua aplicação na execução de qualquer tipo de política antitruste.⁴⁸

Para mais ampla compreensão, é importante que se traga ao trabalho diferentes particularidades dentro da teoria da eficiência de Pareto, como as condições marginais dessa. E para se observar algumas eficiências, se extrai do estudo de Jorge Fagundes, que:

Os recursos produtivos de uma sociedade - compostos pelo estoque de capital físico e humano, mão-de-obra e recursos naturais - são capazes de gerar distintas combinações alternativas de bens, a partir de diferentes combinações

de insumos, definidas pela tecnologia vigente. Tradicionalmente, a eficiência na alocação de recursos *produtivos* (ou fatores de produção) entre as *firmas* é definida como eficiência *produtiva* - ou técnica -, que consiste no fato de a combinação de bens, seja ela qual for, ser produzida com o menor uso de recursos produtivos possível. Uma outra dimensão importante do desempenho do sistema econômico, independentemente da combinação de bens produzida e da eficiência técnica na produção dessa reside na *eficiência distributiva ou nas trocas*, associada à questão de como alocar um *determinado* conjunto de bens entre os membros da sociedade, tendo em vista proporcionar a cada um desses membros a maior satisfação (utilidade) possível. Finalmente, a eficiência alocativa dos recursos produtivos do sistema econômico entre as diferentes combinações alternativas de bens factíveis, denominada eficiência do *mix de produção ou ainda condição de alto nível* [...], diz respeito à sua capacidade de produzir *uma combinação de bens* que *compatibilize* os planos de *consumo* que gerem as maiores satisfações possíveis para cada um dos consumidores com os planos de *produção* tecnicamente eficiente das firmas. Esses três *tipos* de eficiências ou condições marginais de Pareto são necessárias à obtenção da eficiência alocativa de Pareto.⁴⁹

Sobre a *eficiência nas trocas*, Jorge Fagundes (2003, p.34-35) demonstra que:

A eficiência na *troca* ou *distributiva* é definida como aquela distribuição de um *determinado* conjunto de bens finais - qualquer que ele seja -, suposto divisível, entre consumidores para a qual seja impossível, pela realocação desses bens entre os consumidores, incrementar a utilidade de um deles sem reduzir a utilidade de pelo menos um outro consumidor qualquer. Dada uma certa quantidade de bens, o nível de satisfação de um indivíduo qualquer é limitado pela distribuição de renda agregada e pelas preferências dos demais indivíduos. A eficiência nas trocas ocorre quando há conciliação desses planos conflitantes. [...] Note-se, portanto, que a eficiência nas trocas ocorre *sobre* a [...] superfície [...] de utilidade.⁵⁰

Já, a respeito da *eficiência produtiva*, Jorge Fagundes (2003, p. 36) assevera que:

O segundo conceito de eficiência - que, como os demais, encontra-se incorporado ao conceito de eficiência de Pareto como condição necessária (marginal), mas não suficiente para a sua ocorrência, mas com ele não se confunde - é o de *eficiência produtiva*, que pode ser ainda subdividido entre uma dimensão estática e uma dinâmica. A eficiência produtiva estática é atingida quando as empresas, por meio do processo competitivo ou de um sistema de incentivos apropriado, escolhem o processo produtivo de menor custo disponível *dada a tecnologia vigente*, enquanto que a eficiência produtiva dinâmica é obtida quando tal escolha implica a adoção de uma *nova tecnologia, por meio de inovações de processo*.⁵⁰

E sobre a *eficiência no mix de produção* ou na produção agregada, continua pontuando Jorge Fagundes (2003, p. 40-42) que:

A eficiência na alocação dos recursos entre as diversas combinações possíveis de bens é denominada eficiência no *mix* de produção, na produção agregada ou ainda *top-level condition*. Trata-se de encontrar as alocações de recursos

que permitam a compatibilização dos desejos dos consumidores com os planos de produção das firmas, ambos em equilíbrio, ainda que não necessariamente o competitivo. [...] Com efeito, existem diversas combinações de bens que maximizam os lucros das firmas existente e ativas e, portanto, minimizam seus custos de produção (ainda que não o custo médio de produção no *curto prazo*). Entretanto, em equilíbrio geral, as quantidades de cada bem fabricadas pelas firmas ativas - a combinação de bens produzidos - devem ser iguais àquelas que os consumidores desejam adquirir tendo em vista maximizarem suas utilidades, notando-se que tais quantidades dependem do vetor de preços - e da distribuição de renda - da economia. A ocorrência dessa compatibilização define a eficiência no *mix* de produção. [...] No entanto, a eficiência no *mix* de produção pode ser definida *para uma dada distribuição de renda - ou utilidades - entre os consumidores*. [...] Existem, portanto, infinitas combinações de bens - ou *mix* de produção - eficientes de Pareto, notando-se que cada uma dessas combinações ótimas gera uma alocação econômica que, por sua vez, possui um vetor de utilidades sobre a *fronteira* de Pareto. Ora, sendo assim, é importante notar que o conceito de eficiência no *mix* de produção é relativo a um determinado padrão de distribuição de riqueza: diferentes padrões de distribuição implicarão diferentes produções agregadas eficientes.⁴⁹

Logo, Jorge Fagundes (2003, p.47) esclarece que, mesmo com as diferentes particularidades da eficiência de Pareto, quando ocorre a concorrência perfeita, os mercados estarão em sincronia com o referido efeito de eficiência, onde um agente econômico não poderá obter satisfação sem que o outro perca utilidade.

Conclui ainda, Jorge Fagundes (2003, p. 62-63) em uma de suas averiguações que:

[...] quanto menor o número das empresas participantes, menor o grau de competição: no limite, o monopólio seria sinônimo de completa ausência de competição, representando, salvo na presença de fortes economias de escala, uma estrutura industrial ineficiente, devido à alocação estática de recursos sub-ótima. A manutenção da posição monopolista e dos lucros anormais no longo prazo surge como fruto da existência de barreiras à entrada.⁴⁹

Nesse sentido, o mencionado autor considera que:

[...] defender a concorrência implica evitar o surgimento (e/ou incremento) de poder de monopólio (ou de mercado, no jargão mais empregado na área antitruste) - e, portanto, de ineficiência de Pareto e de transferência socialmente indesejáveis de renda - por meio de, ainda que não necessariamente, fusões e aquisições ou *joint-ventures* entre empresas ou ainda condutas de firmas voltadas, ainda que não somente, para redução estratégica da competitividade de rivais e/ou para a eliminação da rivalidade nos seus mercados de atuação, tais como a formação de cartéis ou a realização de contratos de exclusividade com fornecedores e/ou distribuidores ao longo da cadeia produtiva. Note-se, portanto, que a defesa da concorrência não é um fim em si mesmo, mas sim um instrumento para a consecução do objetivo maior de aumentar - ou, pelo menos, evitar a redução - o bem estar da sociedade, expresso, em termos teóricos, pelos níveis de utilidade de cada indivíduo que a compõem.⁴⁹

Como pode ser notado, ao fazer um breve estudo da eficiência de Pareto, levando em conta basicamente que sob essa ótica, na economia, para um polo do mercado alcançar seu fim, o outro perde utilidade – como é o caso de fornecedor e consumidor –, essa perda não é necessariamente um concreto prejuízo em si, justamente pelo motivo de a defesa da concorrência defender o bem-estar dos indivíduos que compõe a sociedade.

E se diferenciando da perspectiva econômica em Pareto, tem-se aquela em Kaldor-Hicks:

O critério sugerido por Kaldor difere de Pareto por admitir a possibilidade de que numa mudança social eficiente um indivíduo tenha sua posição melhorada às custas de outro indivíduo, desde que o perdedor seja recompensado, de modo a manter seu nível inicial de utilidade⁵⁰.

A título de complementar informações, a perspectiva econômica de Kaldor-Hicks se interliga à de Pareto, porém mais focada no bem-estar, onde o polo prejudicado – ou melhor dizendo – sem satisfação, se recompensado, basicamente tem sua satisfação compensada. Não ficando limitada àquela, que é estrita, em que um polo tem satisfação e outro resta prejudicado.

E na busca por melhor visualizar o sentido do termo que se trata, a pesquisa se incumbe agora de trazer para a discussão o sentido de eficiência para a Economia e para o Direito.

6.2 A EFICIÊNCIA PARA A ECONOMIA E PARA O DIREITO

Passando a analisar o sentido de eficiência em Pareto, o qual foi muito relevante para a Economia – que é a área que o estuda – a pesquisa também analisa outros sentidos da eficiência voltada para a Economia, que atualmente estão até de certa forma mais adequados, como de Kaldor-Hicks. Porém, aqui se segue outros posicionamentos voltados para a economia. Assim, tem-se a análise realizada por N. Gregory Mankiw sobre a medição do bem-estar econômico de uma sociedade:

Uma medida possível é a soma dos excedentes do consumidor e dos excedentes do produtor, que chamamos excedente total. O excedente do consumidor é o benefício que os compradores obtêm de sua participação no mercado, e o excedente do produtor é o benefício recebido pelos vendedores. É natural, portanto, usar o excedente total como medida do bem-estar econômico da sociedade. [...] O excedente total de um mercado é o valor total atribuído pelos compradores dos bens, medido por sua disposição para pagar menos o custo total dos vendedores que fornecem esses bens. Se uma alocação de recursos maximiza o excedente total, dizemos que tem eficiência. Se uma alocação não

é eficiente, então parte dos ganhos potenciais do comércio entre compradores e vendedores não está sendo obtida. Por exemplo, uma alocação é ineficiente se um bem não está sendo produzido ao menor custo pelos vendedores. Nesse caso, deslocar a produção de um produtor de alto custo para outro que tenha custo mais baixo reduzirá o custo total para os vendedores e aumentará o excedente total. De maneira similar, uma alocação é ineficiente se um bem não está sendo consumido pelos compradores que atribuem maior valor a ele. Nesse caso, deslocar o consumo do bem de um comprador que lhe atribui baixo valor para outro que lhe dê um valor maior elevará o excedente total⁵¹.

Nesse sentido, vale dizer que, para a Economia, um mercado que seja eficiente e esteja em equilíbrio, é assim considerado quando se maximiza o excedente total, levando em conta ambos os lados, ou seja, onde os produtos e bens estejam sendo obtidos pelos consumidores que agregam maior valor a estes, no sentido de quererem mais, obtendo maior satisfação, e os bens produzidos pelos produtores estejam sendo produzidos com o menor custo possível. Portanto, de forma mais clara, significa dizer que quanto mais o consumidor valoriza o bem, ele o adquirirá com mais certeza, importando também o valor dessa aquisição. De outro lado, quanto menor o custo de produção que o produtor consegue produzir, e não a quantidade produzida em si, mas importando o mais baixo custo ele consegue produzir, se perfazendo assim o bem-estar de ambas as partes.

Nesse sentido, segue pontuando N. Gregory Mankiw:

Este capítulo introduziu as ferramentas básicas da economia do bem-estar – os excedentes do consumidor e do produtor – e as utilizou para avaliar a eficiência dos mercados livres. Mostramos que as forças de oferta e demanda alocam recursos com eficiência. Ou seja, embora, no mercado, cada comprador e cada vendedor só se preocupe com seu próprio bem-estar, eles, juntos, são guiados por uma mão invisível em direção a um equilíbrio que maximiza os benefícios totais para compradores e vendedores⁵².

Assim, para a Economia, a respeito da eficiência, não existe uma preocupação exclusiva com o bem-estar e satisfação do próprio consumidor ou de quem adquire bens e serviços, mas sim com todo o ciclo de mercado, incluindo todos os polos envolvidos nas relações econômicas.

Ainda, no sentido da economia, aponta Bernardo Guimarães e Carlos Eduardo Gonçalves:

As hipóteses mais importantes para o resultado de que o mercado leva a um equilíbrio eficiente são as seguintes: • Os mercados são de competição perfeita. • Todos têm perfeita informação sobre os produtos à venda no mercado. • As escolhas de produção e consumo de uns não afetam o bem-estar dos outros [...]. Esse é um resultado muito importante em economia, e foi colocado pela primeira vez por Adam Smith, em seu clássico livro *A riqueza das nações*. Observe que produtores estão visando apenas o lucro, e não o bem-estar da população. Mas, por isso mesmo, eles vão escolher produzir do modo mais eficiente possível. Por exemplo, se eles escolhem cultivar morangos e maçãs, escolherão as terras mais adequadas para cada um dos cultivos, de modo que

uma intervenção do governo nessa escolha não pode gerar benefícios. Da mesma maneira, consumidores visam apenas seu próprio bem-estar quando estão decidindo o que comprar, e como escolhem o que é melhor para si, não há como rearranjar os consumos de todas as pessoas melhorando alguns sem piorar os outros. Adam Smith chamou esse mecanismo de mão invisível do mercado: mesmo não havendo ninguém para decidir o que a economia deve produzir e cada pessoa deve consumir, o sistema de preços e a busca pelo lucro se encarregam de gerar um resultado eficiente, como descrito anteriormente⁵³.

Logo, sob a ótica da Economia, cada polo preocupa com suas próprias articulações e vão se movimentando de forma natural através do conceito da “mão invisível”, proposto por Adam Smith, fazendo com que grandes empresas possam se utilizar de estratégias para maior obtenção de vantagens, como anteriormente visto, e até mesmo – a título de exemplo – no que diz respeito a custo de distribuição pelo amplo domínio de mercado.

Traz-se aqui exemplos de perspectivas seguidas pela ótica da Economia e do Direito para, de forma prática, visualizá-las com mais precisão no caso de situações fáticas que envolvem as duas áreas.

A exemplo disso, a Associação dos Fabricantes de Refrigerantes do Brasil (Afrebras) afirma que o setor de bebidas por si só é tido como dominante, e nesse sentido “poucas empresas possuem a maior fatia de mercado disponível. Essas empresas atualmente são Coca-Cola e Ambev, que juntas detêm uma fatia acima de 70% do mercado geral de bebidas brasileiro”⁵⁴.

Em relação às consequências dessa posição dominante no setor de bebidas, a Afrebras prossegue, asseverando:

Segundo o presidente da Associação dos Fabricantes de Refrigerantes do Brasil (Afrebras), Fernando Rodrigues de Bairros, essa característica de mercado traz diversos prejuízos à concorrência, inicialmente por causar uma barreira à entrada de novos competidores, uma vez que devido à concentração é necessário um elevado investimento em marketing e publicidade para se ganhar uma ínfima participação de mercado. [...]

Um fato característico do setor de bebidas no Brasil é que esse oligopólio não veio de forma “natural”, ou seja, advindo de vantagens competitivas de uma empresa perante a outra. “O que houve foi uma sucessão de interferências governamentais no setor, seja pela concessão de benefícios fiscais para poucas empresas escolhidas “a dedo”, seja pela autorização com justificativas técnicas, no mínimo, questionáveis, de fusões de empresas do segmento de bebidas”, critica.

Essas vantagens concedidas pelo governo a essas empresas são também uma consequência da concentração de mercado, uma vez que essa concentração levou a lucros extraordinários, que por sua vez levou ao maior poderio econômico e, desta forma, maior influência no meio político⁵⁴.

No caso em comento, o foco da pesquisa não é analisar a transação em si em suas particularidades, tampouco o ramo de seu segmento, mas sim a perspectiva da eficiência,

e pode-se dizer – sem grandes esforços – que esse tipo de transação traz de fato uma certa eficiência para a Economia, no que diz respeito à obtenção considerável de lucro. Porém, para o Direito, após compreender melhor a finalidade do Direito Concorrencial brasileiro, é notório que ele não é nada eficiente, visto que, como mencionado, traz riscos à concorrência e cria bloqueio à entrada de novos competidores ao mercado onde se opera o caso. E ainda mais por – de acordo com a fonte mencionada – não ter sido esse domínio alcançado por conta de um processo natural ou por uma concorrência saudável.

Um outro exemplo muito claro de uma aquisição que levou uma empresa à maiores vantagens econômicas presenciado pelos brasileiros no recente ano de 2022, foi a conclusão do processo de fusão entre duas gigantes empresas do setor de locação de veículos, Localiza e Unidas, resultando em um acordo junto ao CADE. Porém a operação não ocorreu exatamente como as duas empresas almejavam inicialmente, fazendo com que estas se adequassem às determinações da autarquia, através de um Acordo em Controle de Concentrações (ACC) que visa a redução de riscos ao ambiente competitivo que elas estão instauradas. Tal acordo se resultou nos termos expostos pelo Parecer de nº 35/2022/UCD-PFE/PFE-CADE-CADE/PGF/AGU, do Processo de nº 08700.000149/2021-46:

EMENTA. ATO DE CONCENTRAÇÃO. ACORDO DE CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES. ACOMPANHAMENTO. II. FUNDAMENTAÇÃO O compromisso estrutural do presente acordo é regidos pelas seguintes cláusulas do ACC: 2.2 A fim de preservar as condições de concorrência nos mercados relevantes impactados direta ou indiretamente pela Operação, as Compromissárias deverão: I - Desinvestir os Ativos Desinvestidos, compreendendo Frota de [ACESSO RESTRITO], conforme detalhado no Anexo Confidencial I deste ACC, Rede de Agências e Lojas, Sistemas, Pessoal-Chave e contratos necessários ao funcionamento adequado da Rede de Agências e Lojas (“Compromisso de Desinvestimento”); II - Alienar a marca Unidas, a qual poderá ser utilizada pelo Comprador ou por um dos Compradores Alternativos, em RAC, GTF, venda de veículos usados ou quaisquer outras atividades (“Compromisso Marca”); (...) 3.1 Compromisso de Desinvestimento e Compromisso Marca 3.1.1 Para realizar o Compromisso de Desinvestimento e o Compromisso Marca, as Compromissárias se comprometem a encontrar um Comprador para a totalidade dos Negócios Desinvestidos e para a marca Unidas e apresentar ao CADE, no prazo máximo de [ACESSO RESTRITO], [...] 3.1.2 O Comprador deverá satisfazer os seguintes requisitos: O Comprador deverá ser independente e não ser relacionado de forma alguma com as Compromissárias ou com qualquer empresa dos seus respectivos grupos econômicos; [...] A aquisição dos Negócios Desinvestidos e da marca Unidas pelo Comprador não deve ser capaz de criar, à luz das informações disponíveis ao CADE, prima facie, preocupações concorrenciais nem tampouco dar origem ao risco de que a implementação do ACC seja atrasada. 3.1.3 [...]”⁵⁵

Como pode ser extraído do conteúdo do acordo firmado, são condições para a aprovação da fusão o cumprimento da totalidade do acordo firmado e dentre as condições desse acordo está “a alienação de ativos no segmento de RAC” (“rent a car”), ou seja, aluguel de carros, entre eles rede de agências, lojas, sistemas e parcela da frota operacional pertencente à Unidas⁵⁶”.

Segue ainda o aval do CADE sobre o objeto da celebração do Acordo entre as empresas acima mencionadas:

A Localiza também está obrigada a vender a marca Unidas, que poderá ser utilizada pelo comprador ou por um dos compradores alternativos nos setores de RAC, GTF, venda de veículos usados ou quaisquer outras atividades. No entendimento do Tribunal, essas medidas são capazes de reduzir o nível de concentração em alguns dos municípios afetados pela operação, conferindo ao comprador maior capacidade para rivalizar com a Localiza. Entre os compromissos comportamentais assumidos pelas empresas destaca-se a obrigação de não realizar novas aquisições no mercado de RAC no Brasil pelo prazo de três anos. Além disso, elas devem submeter à aprovação prévia do Cade, após esse período e pelo prazo adicional de dois anos, operações realizadas nesse setor, ainda que não atinjam os critérios de faturamento para notificação obrigatória previstos na Lei nº 12.529/11. Por meio do ACC também foi estabelecido que as empresas devem notificar ao Cade, pelo prazo de cinco anos, qualquer compra relacionada ao mercado de GTF no Brasil, independentemente do faturamento da empresa-alvo ou seu grupo econômico. A última condição imposta no acordo trata da obrigatoriedade de a Localiza não exercer o direito de Não Concorrência previsto no Acordo de Aliança que celebrou em 2020 com a norte-americana Vanguard Car Rental, dona das marcas National, Enterprise e Alamo. O objetivo desse compromisso é reduzir consideravelmente as barreiras à entrada de um grande player internacional no segmento de RAC⁵⁷.

Nesse outro caso recente, resta logicamente claro que as empresas teriam eficiência na realização de tamanha tratativa, pois é de se imaginar o quanto seus custos e sistemas operacionais se beneficiariam com a movimentação realizada. Porém, para a finalidade do Direito Concorrencial, no que tange os cuidados com a concorrência em proteção aos novos integrantes do ciclo econômico, não se faz eficiente.

Outro segmento completamente distinto dos tratados anteriormente, mas que teve grandes movimentações no Brasil, é o setor das telecomunicações, que atualmente, sem grandes esforços, é possível mentalizar as principais empresas dominantes do mercado, que são Vivo, Claro e Tim.

Nesse sentido, assevera a professora Luciana Morilas, através do Jornal da USP:

Com a venda da Oi para a Vivo, TIM e Claro, o mercado de telecomunicações brasileiro passa a ser comandado por apenas três empresas. A criação de um tripólio indica uma dominação que pode não ser positiva para os consumidores

nem para o mercado, prejudicando a economia. A análise é da professora Luciana Morilas, da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto (FEA-RP) da USP. Vendida por R\$ 17,5 bilhões, divididos entre as três empresas restantes do mercado de telecomunicações, os 40 milhões de usuários da Oi serão migrados para Vivo, TIM e Claro. O processo completo de migração deve levar cerca de um ano. Segundo a professora Luciana, diversos países, incluindo o Brasil, adotam regras com o objetivo de evitar que parcelas do mercado de um produto ou serviço se concentrem na mão de uma única empresa, nos casos de monopólio, e de poucas, como o duopólio, tripólio e oligopólio, por exemplo, evitando o uso de táticas injustas para domínio de mercado⁵⁸.

A professora ainda afirmou durante a entrevista, àquela altura, que o CADE autorizou a referida negociação de venda, por acreditar não haver risco ou afrontas às suas prerrogativas, e pontuou também que Agência Brasileira de Telecomunicações (Anatel) deveria acompanhar a negociação, porém não iria intervir na venda.

Desse modo, observa-se que o CADE buscou, nesse caso, aplicar mecanismos a beneficiar eficiências com foco na finalidade do Direito Concorrencial brasileiro voltada à proteção do consumidor.

Ainda, a título de demonstração, há outro segmento onde é possível notar nitidamente a presença de forte influência empresarial sobre o mercado, no qual foi possível acompanhar as articulações mais visíveis nos últimos seis anos, que foi o ramo de GLP (gás liquefeito de petróleo). No ano de 2018 o Brasil presenciou, através do CADE, a negativa da aquisição da Liquigas, empresa da Petrobras pela Ultragaz. O procedimento já estava sendo articulado desde 2016 e era uma movimentação que compunha o processo de desinvestimento da estatal. Logo, o CADE, pautado no receio do negócio acarretar grandes riscos concorrenciais no mercado de gás de cozinha, e no risco de afetar os preços junto aos consumidores finais, reprovou a consumação da negociação.

Foi então que a Liquigas foi vendida para a Copagaz e para a Itaúsa, dando continuidade no processo de desinvestimento da estatal.

Nesse sentido, Lucas Marchesini afirma que:

Com isso, a Copagaz passou para a liderança do setor, com 24,5% do mercado em 2022. Em seguida vem a Ultragaz, com 23,1%, e a Nacional Gás, com 21,8%. A Supergasbras é a quarta com maior participação, 20,8%. O restante do mercado é dividido entre companhias menores, com participação inferiores a 10%⁵⁹.

Portanto, seguindo ainda a prática no setor do “gás de cozinha”, após alguns anos, no ano de 2022, como extraído do Requerimento de nº 25 de 2023 solicitado Deputado Carlos Zarattin, “as empresas Ultragaz e Supergasbrás anunciaram a formação de um

consórcio para compartilhamento de suas operações e de sua infraestrutura de armazenamento e envase de gás liquefeito de petróleo (GLP), o chamado gás de cozinha”.

Nesse sentido a Agência Câmara de Notícias apresentou:

O acordo entre Supergasbras e Ultragaz dividiu a opinião dos debatedores na Comissão de Minas e Energia. Segundo os representantes das duas empresas, trata-se de um consórcio operacional, em que serão compartilhados apenas bases de envase e carregamento do GLP. A medida vai propiciar, segundo eles, redução de custos fixos e variáveis da operação. As companhias continuarão com suas estratégias individuais de precificação do GLP. “As empresas continuam e continuarão competindo entre si no relacionamento com o seu consumidor final e com a sua rede de revenda”, disse o diretor de relações institucionais e contratos da Supergasbras, Ricardo Tonietto. O mesmo foi enfatizado pelo diretor de desenvolvimento de negócios da Ultragaz, Aurélio Ferreira. “Toda a estrutura comercial está separada, toda a logística está separada”, [...] ⁶⁰

Não resta dúvidas que tamanha movimentação geraria considerável preocupação para a concorrência, motivo pelo qual foi realizada a audiência pública para o dia 30 de maio de 2023, solicitada pelo Deputado Carlos Zarattin, por meio do Requerimento de nº 25/2023 já mencionado anteriormente. Mas a preocupação não veio apenas por essas vias, chamando a atenção também da própria concorrência, como segue a matéria divulgada pela Agência Câmara de Notícias:

Para a concorrência, no entanto, o consórcio é uma fusão disfarçada e vai reduzir a competição no segmento, com prejuízo para o consumidor. “Se a Coca-cola e a Pepsi passassem a envasar o refrigerante delas nas mesmas fábricas, iriam competir da mesma forma que eles competem hoje?”, questionou o vice-presidente de operações e estratégia da Copa Energia, Pedro Turqueto. [...]. O consórcio também não é bem visto entre os revendedores de GLP, que atendem o consumidor final. O presidente da entidade que reúne revendedores de todo o País (Abragás), José Luiz Rocha, afirmou que o acordo entre Supergasbras e Ultragaz vai reduzir a opção de compra dos revendedores e reforçar as barreiras de entrada para novos competidores. “Não entendo como isso gera concorrência, como gera melhora para o consumidor final”, disse. Os representantes dos trabalhadores do setor de gás também criticaram o consórcio. O receio é que a nova estrutura leve a demissões nas duas empresas. “Hoje já é um oligopólio. Amanhã será um duopólio. E finalmente vai ser um monopólio privado para sacrificar os trabalhadores e a sociedade”, disse Ângelo Martins, presidente do Sindicato dos Trabalhadores no Comércio de Minérios e Derivados de Petróleo do Estado do Rio Grande do Sul (Sitramico-RS) ⁶⁰.

E sobre a movimentação econômica, as empresas apresentaram eficiências, se analisadas no sentido da Economia, até mesmo por reduzir custos fixos e variáveis na produção, já que estariam produzindo por custos mais baixos, o que seria vantajoso. Ocorre que, se observado pela perspectiva da eficiência em relação ao Direito Concorrencial, já que este, além de se pautar nos cuidados da manutenção de uma

concorrência saudável, também se pauta no bem-estar do consumidor, é um tanto tendencioso, e até mesmo um risco.

Após levantar tais posicionamentos sob a ótica da Economia e suas preocupações em relação à eficiência – o que demonstra estarem mais atreladas ao bem-estar econômico em si –, é importante que se traga novamente a ótica do CADE sobre seus cuidados traçados, pontuando a respeito da eficiência voltada nesse ponto para o Direito.

Assim, o fundamento do voto do julgamento de Ato de Concentração de nº 08700.008322/2022-35, o Relator aponta que “o objetivo do Direito da Concorrência é a proteção da eficiência da economia e do bem-estar do consumidor, bem-estar esse que é materializado por preços mais competitivos e por uma maior oferta de produtos e por bens e serviços de maior qualidade[...].”²⁰

Aqui se observa que o objetivo do Direito da Concorrência é proteger a eficiência voltada tanto para a Economia quanto para o bem-estar do consumidor. Portanto, como visto nos casos anteriormente mencionados, é sabido que nem sempre que uma movimentação gera maior eficiência econômica gerará maior qualidade ao consumidor, o que pode ocasionar em resultados extremamente opostos. Então pode-se entender que o Direito Concorrencial acaba por limitar a Economia de alguma forma, e se faz um tanto confuso ao atribuir a mesma nomenclatura para o sentido que não se comunica integralmente ao da Economia.

Nessa mesma perspectiva, retomando ao cerne da pesquisa, após levantamentos de sentidos de eficiência, é de se questionar onde a permissividade da “eficiência” prevista no parágrafo primeiro do artigo 36 da Lei 12.529/2011 se pauta, já que o instrumento legal demonstra que “fundado na maior eficiência” pode haver domínio de mercado. Então, dar esse poder de decisão a um órgão pode ser um grande risco para a economia democrática em si, quando não há definição exata do que seja essa maior “eficiência”, que é onde se estabelece a preocupação da indagação principal da pesquisa. E, conseqüentemente se questiona, ao falar sobre controle de conduta de agentes econômicos, se tal “eficiência” se trata apenas de uma excludente de antijuridicidade concorrencial para que certos agentes possam praticar atos anticoncorrenciais.

Em certas áreas, como no Direito Regulatório e no Direito Concorrencial, o conceito de eficiência é de tal forma essencial à compreensão das regras jurídicas que, sem um claro domínio dele, um operador não conseguirá interpretar, muito menos aplicar o próprio direito.⁵⁹

Não é uma grande surpresa que o mesmo comando de busca pela eficiência se repita em dezenas e dezenas de diplomas legais no ordenamento jurídico brasileiro, nos mais variados contextos.⁶¹

Nesse sentido, a eficiência não se trata de um assunto embrionário, tampouco recente no direito, como bem explana Gico Jr. (2020) em sua obra Bem-Estar Social e o Conceito de Eficiência, demonstrando que essa preocupação e busca pela eficiência é de relevância nacional e permeia o ordenamento desde o período colonial.⁶²

No entanto, não existe um conceito jurídico de eficiência no direito positivo, nem na jurisprudência. Tradicionalmente, quando o legislador emprega um conceito jurídico indeterminado, é competência do Judiciário escolher qual significado prevalecerá no caso concreto entre os vários significados possíveis e, no exercício da hermenêutica das escolhas.⁶¹

Diante da ausência de definição legal e jurisprudencial de eficiência, não nos restaria opção outra que não buscar auxílio na doutrina. No entanto, inexistente consenso doutrinário sobre o significado jurídico de eficiência.⁶²

Dessa maneira, com tamanha imprecisão na definição do que possa ser o termo, é importante que se direcione a busca por um sentido voltado para o artigo legal em questão, se utilizando de uma interpretação mais clara possível de seu texto. E o que o Direito Concorrencial oferece de mais próximo do termo ao estudo é o sentido de eficiência apresentado pela Escola de Chicago⁵⁵, que foi se personificando a partir da década de 60.

Assim, passando a correlacionar mais proximamente o sentido de eficiência ao Direito Concorrencial, é imprescindível que se traga à pesquisa as observações feitas por Ana de Oliveira Frazão sobre a finalidade do direito da concorrência sugerida pela Escola de Chicago, como sendo a eficiência:

[...] foi a Escola de Chicago que propôs que a única finalidade a ser perseguida pelo direito da concorrência deveria ser a eficiência, tanto a produtiva - concernente a produzir mais com menos - como a alocativa - concernente a distribuir os recursos da forma a maximizar o bem-estar social. Um dos aspectos mais sedutores de tal proposta foi o de associar a ideia de eficiência ao bem-estar do consumidor, apesar dessa correlação ser extremamente discutível. Afinal, a implementação das eficiências consideradas mais importantes - a produtiva e a alocativa - não pressupõe nenhum juízo distributivo ou garantia de benefícios diretos e efetivos para os consumidores. [...] O sucesso que a Escola de Chicago obteve nos Estados Unidos acabou projetando-se sobre o Brasil, que importou sem ressalvas as novas concepções e metodologias após o advento da Lei 8.884/1994. [...] Apesar de todas as simplificações e distorções, a Escola de Chicago não conseguiu nem mesmo atingir o seu mais importante propósito, que era o de oferecer segurança, coesão e racionalidade ao direito da concorrência, em torno de um único propósito. Com efeito, o saldo final das controvérsias sobre as suas proposições

é que dificilmente se pode considerar a eficiência como um critério claro e coerente para orientar a política antitruste, o que se reforça com as inúmeras dificuldades para se mensurar, quantificar e comparar eficiências e com as limitações das análises econômicas. Por todas essas razões, a fase "pós-Chicago" vem sendo marcada pela maior desconfiança tanto em relação à capacidade que os mecanismos espontâneos de mercado têm para evitar condutas anticompetitivas, quanto em relação à adoção de métodos únicos e supostamente infalíveis para as análises de mercado. [...]. Assim, fica claro que o controle de estruturas passa, na atualidade, por um verdadeiro momento de mudança e redefinição, em que busca superar as limitações das análises de eficiências - sem obviamente ignorá-las - por meio de uma revalorização do aspecto estrutural e de uma reflexão mais profunda em torno dos próprios fins e pressupostos do direito da concorrência. Abre-se, portanto, um novo horizonte para a análise concorrencial, que deixa de estar confinada à eficiência e passa a ter que considerar, em todos os seus âmbitos, e especialmente no controle de estruturas, outros propósitos e metodologias, inclusive para o fim de retomar o necessário diálogo com os pressupostos constitucionais e legais que justificam o controle do poder econômico.⁶³

Sob esse prisma, o Brasil muito se inspirou desde a lei concorrencial anteriormente vigente, na Escola de Chicago, na qual atrelou seu sentido de eficiência à figura do consumidor, valorizando o bem-estar deste, e mantém resquícios até o momento legal atual, o que é louvável, se considerado que a própria Ordem Econômica tem por finalidade assegurar a todos existência digna.

Ademais, pode-se observar que as análises feitas no Direito Concorrencial pelos órgãos competentes estão em evolução, assim como toda a cadeia econômica democrática, o que faz com que a mera menção à eficiência no texto da lei seja um tanto vazia, carecendo assim de uma revisão e até mesmo uma reestruturação mais adequada.

Vale destacar que a eficiência em si se mostra mais como um termo subjetivamente interpretado pelo Direito, até mesmo pela sua utilização quando é conveniente empregá-lo. Pode-se assim deduzir, por estar mais bem empregado na economia.

Ainda, é possível de se extrair do estudo que a eficiência é um mecanismo em si para atingir um fim, afinal quando se tem eficiência em uma ação, o resultado não será a eficiência em si, mas sim o que se objetivou através da utilização dessa eficiência, como por exemplo as grandes negociações empresariais, nas quais às vezes se objetiva diminuição de custo e ganhos astronômicos de lucros que, através da eficiência na negociação, alcançam tal fim. Portanto, deduz-se que o termo foi equivocadamente utilizado no instrumento legal que rege a concorrência.

6.3 INTERPRETAÇÃO DO ART. 36, § 1º DA LEI 12.529/2011

Antes mesmo de adentrar ao entendimento do que de fato é o dispositivo que este item nomeia, deve-se entender o que é o domínio de mercado, já que a letra da referida Lei o menciona como uma possível excludente de antijuridicidade. Assim, é bem-vindo o ensinamento de MALARD, Neide Teresinha (*apud* Paula A. Forgioni):

Entre nós, já se manifestou o CADE: “O domínio de mercado deve ser entendido como um poder de agir. No aspecto ativo esse poder confere à empresa dominante a capacidade de influir sobre as outras empresas do mercado; no aspecto passivo, a empresa dominante não se deixa influenciar pelo comportamento das demais participantes do mercado. Dominar é, pois, poder adotar um comportamento independente das concorrentes, tornando-se apta para controlar o preço, a produção ou a distribuição de bens ou serviços de uma parte significativa do mercado, excluindo, assim, a concorrência”.¹⁶

Segue ainda Paula A. Forgioni asseverando que:

No Brasil, não se pune a posição dominante em si. Nos termos do art. 36, § 1.º, da Lei 12.529, de 2011, a posição dominante resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inc. II do caput do mesmo dispositivo. Consagra-se a vantagem competitiva [...] do agente econômico: se há maior eficiência, nada se deve punir. No entanto, sabe-se que a concorrência, ainda que lícita, prejudica alguns agentes econômicos. Qual é o limite que indica a licitude do prejuízo causado? [...] Atualmente, se, de uma parte, é quase intuitivo que a vantagem competitiva, lícita que é, deve ser incentivada mediante aplicação das normas de tutela do livre-mercado e da livre-concorrência, de outra não se tem apropriados critérios gerais para determinar, na prática, a separação entre a concorrência lícita, cujos prejuízos causados a terceiros baseiam-se em vantagem competitiva, e a concorrência predatória.¹⁶

É o que aqui se discute, acerca da ausência de diretrizes legais ou até mesmo doutrinárias a respeito da eficiência da qual está pautada a possibilidade de dominar mercado relevante para que seja caracterizada como lícita ou ilícita.

Outra forma de explicar a licitude (ou ilicitude) dos efeitos decorrentes do uso (ou abuso) da posição dominante derivaria da aplicação do *princípio geral* que condena, em nosso ordenamento jurídico, o *abuso do direito*, hoje positivado no art. 187 do Código Civil.¹⁶

Para melhor vislumbre do explanado, extrai-se do Código Civil o referido artigo 187, que afirma que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

No caso do abuso do poder econômico, o direito de que se abusa é a liberdade econômica, liberdade de iniciativa, liberdade de concorrência etc. (ou seja, os direitos que assistem ao agente econômico no Estado liberal). Em princípio, nada há de ilícito na utilização dessas liberdades. Entretanto, no momento em que ocorre o abuso do poder econômico, há abuso do direito à liberdade econômica, liberdade de iniciativa, liberdade de concorrência. [...] A utilização do princípio da condenação do *abuso do direito*, ainda que não traga conclusões seguras sobre a licitude ou ilicitude do ato do agente econômico (nem poderia fazê-lo, considerando-se o caráter elástico das normas antitruste), situaria a questão na *teoria geral do direito*.¹⁶

Porém, como demonstrado no conteúdo estudado, o Direito Concorrencial não se baseia estritamente às temáticas do instituto do abuso do direito, o que faz a pesquisa retomar ao seu fluxo natural. Assim, o que se extrai, é que o próprio Direito Concorrencial ao aplicar a lei da concorrência é dotado de flexibilização, e não tem um caráter *per se*, que é basicamente aquele que se personifica por ser inflexível ou que desconsidera fatores alheios ao que de fato é, como, por exemplo, o cumprimento estrito e direto de uma lei.

E é por esse mesmo motivo que o CADE, ao aplicar a Lei Antitruste brasileira, analisa individualmente cada caso, se pautando em aspectos diversos para suas análises, não concluindo um só caminho a ser seguido. Até mesmo porque, como foi possível observar anteriormente, seus parâmetros decisórios esbarram, a cada caso, em um prisma isolado. Por exemplo, no domínio de mercado pela abusividade, na limitação concorrencial imposta por agentes econômicos de forma ardilosa, nas condutas que limitam abusivamente a possibilidade de domínio de mercado do agente concorrente, dentre outros inúmeros fatores a serem analisados. Isso comprova ainda mais que a concorrência em si está em constante evolução. Por isso, tais análises pautadas na flexibilização, como bem explana Paula A. Forgioni:

A aplicação literal do texto normativo, sem qualquer flexibilização, pode gerar efeitos opostos àqueles desejados. *É necessário que a Lei Antitruste contenha meios técnicos que permitam à realidade permear o processo de interpretação/aplicação das normas nela contidas.*¹⁶

Aqui, portanto, não se nega a necessidade de flexibilização, pois ao não se utilizar dela, o SBDC estaria em confronto à ordem econômica, e até mesmo ao contraditório. Mas o que a pesquisa reforça é a necessidade de regulamentação específica do que venha a ser o termo da eficiência, para auxiliar inclusive em um padrão decisório um tanto mais preciso, o que, indubitavelmente auxiliaria o CADE preventivamente nas condutas dos agentes econômicos, diminuindo as demandas internas, que são extensas, morosas e

onerosas, pois esses agentes, a longo prazo, adequariam seus comportamentos na medida que iriam desenvolvendo suas estratégias concorrenciais.

Vale aqui apontar que para o presente capítulo se buscou de forma aprofundada decisões do CADE a respeito da questão tratada no § 1.º do art. 36 da Lei 12.529/2011, porém não tem sequer menção deste nas decisões que tratam das infrações à ordem econômica. Assim, é mais comum de se encontrar situações de arquivamento de processos quando não resta comprovada a ilicitude do que o ponto específico no artigo. Motivo que reforça ainda mais a necessidade de estruturação, até mesmo pelo seu uso para fundamentação de decisões que o caibam.

Diante disso, levando em consideração o levantamento dado por Paula A. Forgioni sobre ausência de especificidade normativa:

A necessidade de flexibilização das normas antitruste, para que possam melhor servir à sociedade [...], acaba por gerar fenômeno muito referido pela doutrina especializada e pelos advogados que atuam na área do direito concorrencial: a *insegurança jurídica*. Ou seja, resente-se a falta de *generalidade e previsibilidade* no processo de interpretação/aplicação das normas que disciplinam a atividade dos agentes econômicos no mercado.¹⁶

Portanto, resta de forma cristalina demonstrado que a flexibilização da aplicação da lei antitruste gera considerável insegurança jurídica, até mesmo para aqueles que pesquisam acerca do Direito Concorrencial, bem como para os que o aplicam, fazendo com que se torne cada vez mais árdua a precisão na atuação do CADE.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se objetivou com a pesquisa, em um primeiro momento foi analisar se a “eficiência” prevista no § 1.º do art. 36 da Lei 12.529/2011 está equiparada ao art. 170 da Constituição Federal de 1988, e assim, observar como ela é interpretada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, para então demonstrar se esse termo é bem orientado, se tem suas diretrizes bem delimitadas, ou até mesmo se pode ser considerado um tipo de excludente de antijuridicidade para atos anticoncorrenciais nos comportamentos de agentes econômicos.

Para esse fim, foi necessário que se trouxesse ao desenvolvimento da pesquisa toda a estrutura concorrencial brasileira de forma pedagógica, clara e direta, dando início em suas tratativas inicialmente principiológicas e posteriormente práticas.

De início, tratou a pesquisa de analisar a ordem econômica constitucional, e para isso foram levantadas características importantes a respeito da estruturação da Constituição vigente, demonstrando o quanto o ser humano, quase que naturalmente, busca aperfeiçoar-se ao bem-estar de vida, rumando sempre à dignidade da pessoa humana, e cada vez mais a alcançando. O que pode ser reforçado com a internalização de direitos humanos à Constituição atual, que se fez tão revolucionária e à frente de seu tempo em uma época que carecia de um conteúdo como tal.

Nesse ínterim, foram apresentados os princípios da ordem econômica constitucional, limitados apenas àqueles que estruturam a pesquisa, que são a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor, para assim demonstrar a importância de como estão intimamente ligados e, mesmo que a livre iniciativa e a livre concorrência sejam princípios muitas vezes confundidos, a pesquisa aqui os diferenciou e apontou a importância da comunicação entre ambos.

Assim, após compreender a liberdade que os agentes econômicos têm, de ingressar ao mercado e concorrerem entre si, através, respectivamente, dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, se fez importante trazer para a discussão o que de fato é o direito concorrencial e melhor trabalhar seus conceitos.

A pesquisa também cuidou de estudar e apresentar a finalidade essencial do direito concorrencial brasileiro. E, para tal fim, de forma inicial restou demonstrado que a economia atualmente – e há muito tempo – não é seguida em seu puro sentido estrito de aquisição de lucro a todo custo, principalmente se inserida em um governo de política democrática, apontando ainda, que, concomitantemente a um sistema capitalista,

acontece a concorrência, a qual deve seguir parâmetros e limites que a colocam sempre como o instrumento para garantir a todos nesse sistema uma existência digna, através do bem-estar da população, sendo essa uma de suas finalidades, que, engloba também o consumidor, além daquela finalidade instrumental, que é a segurança da competitividade que resguarda a ordem econômica.

Tratou-se aqui de alocar o direito concorrencial brasileiro após o entendimento de três dos nove princípios da ordem econômica para que melhor fosse compreendido que o alicerce da economia é também o bem-estar social pautado nos ditames da justiça social e na dignidade da pessoa humana, onde restou intrínseco que, para que se busque o crescimento econômico dentre os moldes da finalidade do direito concorrencial interno é necessário que se resguarde ou vislumbre o desenvolvimento econômico como um todo. O que assim se exclui precisamente, cada vez mais, o discurso da economia “pura”, onde se interessa apenas o domínio de mercado, seja ele como for.

A pesquisa também apontou, por meio de estudos, os principais efeitos dos comportamentos dos agentes econômicos em um mercado onde estão inseridos, apresentando e explicando os principais destes. Com isso, objetivou-se demonstrar e apresentar para os próximos passos da pesquisa os problemas que podem ocasionar as consequências dos comportamentos competitivos ou anticompetitivos dos agentes econômicos, como concorrência perfeita, monopólio, oligopólios, atos de concentração e até mesmo comportamentos e ações anticoncorrenciais. E apresentou-se também que essas consequências são consideradas situações de mercado, e com isso é possível observar que elas não necessariamente se dão de forma ilícita, podendo formar-se de maneira natural por fatores alheios à intenção dos agentes econômicos, como nos casos de monopólios e oligopólios que se ocasionam pela escassez de demanda por determinado produto ou serviço.

E é a essa altura que o trabalho começou a se questionar acerca das condutas anticoncorrenciais, bem como do controle destas, onde se iniciou um direcionamento ao art. 36 da Lei 12.529/2011, trazendo à pesquisa as infrações contidas neste, as quais são aquelas cometidas por agentes econômicos.

Neste aspecto, a pesquisa tratou de trazer a interpretação do artigo em sua mais clara tradução como um todo, invocando assim, de forma complementar, a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Nesse ponto, para melhor compreensão posterior do cerne da pesquisa, o trabalho apresenta a estrutura da autarquia, bem como suas atribuições e finalidades. É onde

começou, por meio do estudo, a se observar as dificuldades que o CADE enfrenta para o sucesso ou precisão de suas decisões, as quais são consideravelmente feitas em face de atos de concentração. Assim, é característica da autarquia atuar principalmente por duas vertentes, que são no controle dos atos de concentração, previsto no art. 88, e no controle de condutas, previsto no art. 36, ambos da Lei 12.529/2011. Porém, o recorte que a pesquisa cuidou de analisar foi na perspectiva do controle de condutas, que é encontrada no referido art. 36.

Nesse sentido, restou claro que a atuação do CADE, como mencionado anteriormente, é muito mais ativa no que tange os atos de concentração, o que não é menos importante, e que, com isso o controle em face de condutas fica um tanto a desejar, mantendo certa falta de atenção a este, até mesmo pela aparente dificuldade de precisar as condutas, se são ilícitas ou não, já que o § 1.º do art. 36 da Lei Antitruste é extremamente permissivo. Logo, foi possível notar que a autarquia não segue um viés estrito de análise, tampouco interpreta a lei de forma rígida, buscando diferentes perspectivas para cada caso, em suas específicas particularidades. O que é louvável, visto que o sistema brasileiro da concorrência, bem como sua ordem econômica têm um caráter pautado nos ditames da justiça social.

A partir de então, a pesquisa trouxe seu grande questionamento, que foi a respeito da “eficiência” prevista no § 1.º do art. 36 da referida Lei. Em que pese, para a pesquisa sempre restou duvidoso o artigo que prevê as infrações em face da ordem econômica também conter uma flexibilização destas, ou até mesmo uma lacuna. O que é de se questionar se seria essa uma oportunidade de excludente de antijuridicidade para agentes econômicos envolvidos em casos de cometimento da infração de domínio de mercado, ou uma possibilidade futura de tal expressão se mostrar comprometida.

Foi então que se questionou a ausência de diretriz do que vem a ser essa tal “eficiência”, até porque os órgãos decisórios da concorrência não ofertam parâmetros do que vem a ser o termo. E, por esse questionamento, a pesquisa levantou inúmeros significados do termo, pelos mais diversos possíveis, analisando, inclusive alguns através de diferentes contextos que se encontram inseridos. E, trouxe também sentidos da “eficiência” para a Economia e para o Direito, o que restou demonstrado que para a Economia ele se encontra mais bem definido.

Assim, a pesquisa trouxe para a discussão outros momentos constantes da eficiência em textos legais, bem como em sentido distinto de leis. Foi então que se fez importante trazer posicionamentos doutrinários majoritários a respeito dessa perspectiva,

onde restou demonstrado que esse é um termo que carrega certa imprecisão, a depender do contexto que se encontra agregado. Até mesmo porque o trabalho se deparou com estudos que questionam as diretrizes do termo desde momentos antigos da história política do Brasil, onde se percebe a ausência de estruturação do que possa ser a “eficiência” quando apontada no texto de leis.

Nesse contexto, pelos seus estudos, a pesquisa compreende e concorda que não há como fazer uma aplicação *per se* da Lei 12.529/2011, o que iria em descompasso com a ordem econômica, com o contraditório e até mesmo com a ampla defesa, já que a aplicação *per se* se dá de forma extrema, não abrindo possibilidade de adequação ou análise flexível. Portanto, compreende-se a necessidade de flexibilização da aplicação normativa, que é onde a atuação da autarquia se queda imprecisa.

Então uma grande falha se concretiza aí, já que atualmente o CADE se encontra diante da imparável globalização, onde conseqüentemente se tem cada vez mais as gigantes fusões se formando, muitos agentes econômicos ingressando no mercado através da livre-iniciativa, e vários outros fatores que dificultam a atuação no controle de condutas, ainda mais pelo Brasil se tratar de um país com proporções continentais, o que nesse ponto em nada ajuda.

Por isso, a pesquisa conclui-se em demonstrar a necessidade de estabelecimento de um parâmetro que oriente a “eficiência” prevista no art. 36, da Lei 12.529/2011, caso contrário pode se perder gradativamente a precisão no controle de condutas e até mesmo contribuir para que as decisões sejam parciais ou imprecisas, podendo ainda prejudicar agentes econômicos, ou oportunizar outros de terem acesso a excludente da antijuridicidade concorrencial por falta de capacidade de precisar a ilicitude do comportamento, e por não delimitar um parâmetro mais eficaz a ser seguido.

Deste modo, percebe-se que inicialmente o § 1.º do art. 36 da Lei 12.529 de 2011 está em consonância com o art. 170 da Constituição Federal de 1988, até mesmo pela flexibilização na sua interpretação, e assim, não se utilizar de uma interpretação *per se*. Bem como, através do método de se analisar cada caso isoladamente, e ainda oportunizar aos agentes envolvidos o contraditório e a ampla defesa.

Porém, a falta de diretriz no estabelecimento do termo “eficiência” do artigo gera possibilidade para agentes econômicos terem de fato uma excludente de antijuridicidade concorrencial apoiada na dificuldade de precisão da equiparação da “eficiência” à conduta de dominar mercado relevante de bens ou serviço. E até mesmo possibilita que se coloque em risco economias específicas onde agentes econômicos dominantes de mercado

pautados na “maior eficiência” estão inseridos. Assim, carece a Lei da Concorrência de diretrizes que orientem a referida “eficiência” a conseguir pontuar e analisar as infrações cometidas através das condutas anticoncorrenciais, já que a livre concorrência é um mecanismo estruturante na democracia inserida no sistema capitalista. Dessa forma, ao implementar tais diretrizes, além de ofertar mais segurança jurídica àqueles que se encontram vinculados à livre concorrência de alguma forma, contribuiria significativamente para a manutenção da democracia através da Ordem Econômica.

REFERÊNCIAS

- 1- GOEDERT, Gustavo Borb. O complicity como instrumento de estímulo à defesa da livre-concorrência. In: HAYASHI, Francisco. FERREIRA, Bráulio Cavalcanti. (Org.) Estudos sobre Defesa da Concorrência e Direito Regulatório (p. 220-221). Editora Dialética. 2021. Edição do Kindle.
- 2- FRIEDE, Reis. Teoria do Pensamento Jurídico: Jusnaturalismo e Juspositivismo. 2018. Editora Appris. 1. ed. Curitiba: Appris, 2018. Edição do Kindle.
3. BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 fev. 2023.
- 4- BRASIL. [Constituição (1967)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Brasília, DF, 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 13 fev. 2023.
- 5 - GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. 14ª ed. São Paulo – SP. Malheiros Editores. Abril de 2010. p. 18.
- 6 - SILVA, Isis Almeida; BENACCHIO, Marcelo. Ponderações entre o capitalismo humanista e a lógica de mercado globalizado: A fraternidade como agente econômico. Prisma Jurídico, vol. 18, núm. 1. Universidade Nove de Julho, Brasil, 2019.
- 7 - SAYEG, Ricardo Hasson, GARCIA, Manuel Enriquez. Capitalismo humanista. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direitos Humanos. Wagner Balera, Carolina Alves de Souza Lima (coord. de tomo). São Paulo – SP. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2022.
- 8 - CASTRO, Ramsés Maciel de. Controles dos atos de concentração de empresas no Brasil, p. 27. 1ª ed. São Paulo, Letras Jurídicas, 2014.
- 9 - FERREIRA, Bráulio Cavalcanti. HAYASHI, Francisco Yukio. Estudos sobre Defesa da Concorrência e Direito Regulatório (Portuguese Edition) (p. 36). Editora Dialética. Edição do Kindle.
- 10- SILVA, Américo Luís Martins da. INTRODUÇÃO AO DIREITO ECONÔMICO: Noções de Economia e Direito Econômico - Intervenção do Estado no domínio econômico - Iniciativa pública - Regulação econômica (Portuguese Edition) (pp. 209-211), Edição do Kindle
- 11 REALE, Miguel. (apud GRAU, 2023, p. 171) A ordem econômica na constituição de 1988. 20ª ed. São Paulo – SP. Malheiros Editores/ Juspodivm. 2023.

12 - AGUILLAR, Fernando Herren. Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional, p. 329. 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

13 - SILVA, Américo Luís Martins. INTRODUÇÃO AO DIREITO ECONÔMICO: Noções de Economia e Direito Econômico - Intervenção do Estado no domínio econômico - Iniciativa pública - Regulação econômica (p. 19). Américo Luis Martins da Silva. Edição do Kindle

14 - HOFFMANN, Luiz Augusto Azevedo de Almeida. FRIAS, Nathalie Rodrigues. Direito Concorrencial: da origem aos 60 anos do CADE. In: Hoffmann, Luiz Augusto Azevedo de Almeida (Org). Direito Concorrencial na Prática: A Análise de Casos Concretos, (p. 16). Editora Lumen Juris. 2023 Edição do Kindle.

15- AGUILLAR, Fernando Herren. Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional, p. 326. 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2019

16 - FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste, p. 194. 12ª ed. São Paulo – SP. Thompson Reuters Brasil, 2022.

17- PIMENTA, Roberto de Castro. CONSIDERAÇÕES DE INTERESSE PÚBLICO NO CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES. In: BRAIDO, Luis Henrique Bertolino: (Org.) REVISTA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA. Revista do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, CADE, Brasília, DF. 2020.

18- -BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto do Relator no Ato de Concentração nº 08700.009574/2022-81. TV SBT Canal 4 de São Paulo S.A. (SBT), Rádio e Televisão Record S.A. (Record), TV Ômega Ltda (RedeTV), e Simba Content – Intermediação e Agenciamento de Conteúdos Ltda (Simba). Relator: Victor Oliveira Fernandes. Brasília, DF de 2023. Disponível em:<
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?11fcbFkN81DNKUdhz4iilnqI5_uKxXOK06JWeBzhMdu1o7VqyXeq9tKSSC3I_YlnBX8Qjt099g7spbtEu5Ayy-8PETTzIbW0kKOJHkhU4rhOySK2XUUn70npA6jr-F6C%22>. Acesso em 21 jan. 2024.

19- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto do Relator no Ato de Concentração nº 08700.002488/2022-48. Viação Águia Branca S.A.; e JCA Holding Transportes, Logística e MobilidadeLtda. Relator: Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann. Brasília, DF de 2023. Disponível em:<
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?11fcbFkN81DNKUdhz4iilnqI5_uKxXOK06JWeBzhMdu1o7VqyXeq9tKSSC3I_YlnBX8Qjt099g7spbtEu5Ayy60UCpsDAUMBwEpUFxVgGIxjoF4iQBJ422BlctngQhZO%22>. Acesso em 21 jan. 2024.

20- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto do Relator no Ato de Concentração nº 08700.008322/2022-35. Telefônica Brasil S.A. (Telefônica), Winity II Telecom Ltda. e Winity S.A. (Winity). Relator: Conselheiro Sérgio Costa Ravagnani. Brasília, DF de 2023. Disponível em:<
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?11fcbFkN81DNKUdhz4iilnqI5_uKxXOK06JWeBzhMdu1o7VqyXeq9tKSSC3I_Yln

BX8Qjt099g7spbtEu5Ayy55EaKrelU25TqxDNjzuHmEHryENJH5QadEV1OFlJ16j%22>. Acesso em 21 jan. 2024.

21- BRAIDO, Luis Henrique B. Estruturas de mercado e antitruste. In: HOFFMANN, Luiz Augusto Azevedo de Almeida (Org). Direito Concorrencial na Prática: A Análise de Casos Concretos, (p. 80). Editora Lumen Juris. 2023 Edição do Kindle.

22 - Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Cartilha do Cade. Brasília, 2016. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/aceso-a-informacao/perguntas-frequentes/cartilha-do-cade.pdf>. Acesso em: março de 2023.

23- CAVALCANTI, Rodrigo de Camargo. O oligopólio no Estado brasileiro de Intervenção Necessária. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 139.

24- MULLER, César Santini. Considerações a respeito dos atos de concentração e a análise pelo CADE. In: FERREIRA, Bráulio Cavalcanti. HAYASHI, Francisco Yukio (Org.) Estudos sobre Defesa da Concorrência e Direito Regulatório (p. 60). Editora Dialética, 2021. Edição do Kindle.

25- BRASIL. Lei n 12.529/11, de 30 de novembro de 2011. Art. 90. Planalto. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm>. Acesso em 05 out. 2023.

26- PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Análise de eficiências no controle de concentrações. In: Campilongo, Celso; Pfeiffer, Roberto. Evolução do antitruste no Brasil, (p. 1295). Editora Singular. São Paulo – SP, 2018. Edição do Kindle.

27- MULLER, César Santini. Considerações a respeito dos atos de concentração e a análise pelo CADE. In: FERREIRA, Bráulio Cavalcanti. HAYASHI, Francisco Yukio (Org.) Estudos sobre Defesa da Concorrência e Direito Regulatório (p. 59). Editora Dialética, 2021. Edição do Kindle.

28- CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Departamento de Estudos Econômicos - DEE. Documento de Trabalho 003/2023. Monitoramento de Remédios Antitruste: uma análise da jurisprudência do Cade. Brasília, 2023.

29- MATTOS, César Costa Alves de. Um pouco da história da Lei 12.529/11. In: Campilongo, Celso; Pfeiffer, Roberto. Evolução do antitruste no Brasil, (pp. 97-98). Editora Singular. São Paulo – SP, 2018. Edição do Kindle

30- BRASIL. Ministério da Fazenda - Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência. Disponível em: <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/orgaos/seprac>. Acesso em: out. de 2023.

31- CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Superintendência Geral. Brasília. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/competencias/superintendencia-geral>. Acesso em: jan. de 2023.

32- *“The media, for their part, now largely owned—or controlled—by corporate power have increasingly turned away from critical perspectives, becoming cheerleaders of corporate hegemony—and of almost any action that leads to greater corporate*

“competitiveness,” no matter the cost. Voices critical of corporate power are all too frequently branded as enemies of “freedom” and of “free” markets, when in fact what is at stake is not freedom but rather the expanding social, political, and economic control by a privileged few over the rest of society—along with deepening social injustice, greater inequality, and the destruction of fair Governance”. In: SUAREZ-VILLA, Luis. *Corporate Power, Oligopolies, and the Crisis of the State*. State University of New York Press. Edição do Kindle

33- *“The hegemony of oligopolistic corporate power in our society is largely responsible for another phenomenon—one that is typically ignored by mainstream economists and policymakers. This is long-term stagnation, defined as slow growth, due to the overaccumulation of capital—a problem created by excessive oligopolistic power and control. Such control goes beyond tacit price fixing, and involves fencing in entire sectors by establishing entry barriers, acquiring new or potential competitors, merging with other oligopolies and large companies, or imposing standards that keep potential entrants out. As a result, oligopolistic profits set historical records and vast amounts of capital accumulate that find limited investment possibilities. High monetary liquidity by central banks, most of all the Federal Reserve, has also compounded the overaccumulation dynamic. Thus, capital overaccumulation has become endemic to advanced capitalism. The result is long-term stagnation, involving very slow growth that fosters long-term underemployment and limits aggregate demand. This problem affects consumers greatly over the long term, reducing or limiting the purchasing power of the vast majority of the population—while pricing becomes ever more subject to oligopolistic control”.* In: SUAREZ-VILLA, Luis. *Corporate Power, Oligopolies, and the Crisis of the State*. State University of New York Press. Edição do Kindle.

34- *“Corporatocracy therefore involves public governance that serves corporate interests first and foremost, above those of the public and of society at large”.* In: SUAREZ-VILLA, Luis. *Corporate Power, Oligopolies, and the Crisis of the State*. State University of New York Press. Edição do Kindle.

35 - CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Superintendência Geral. Brasília. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/competencias/superintendencia-geral>. Acesso em: jan. de 2024

36 - SOUZA, Alexandre Barreto de. ACCIOLY, Isabela. *Infrações à Ordem Econômica e o Controle de Condutas*. In: Hoffmann, Luiz Augusto Azevedo de Almeida (Org). *Direito Concorrencial na Prática: A Análise de Casos Concretos*, (p. 461 e 462). Editora Lumen Juris, 2023. Edição do Kindle.

37- Art. 36, *caput*. *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 [...]*.

38 - FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, p. 142. 12^a ed. São Paulo – SP. Thompson Reuters Brasil, 2022.

39- A estudiosa cita ainda em sua obra o voto da ADIn 1.094-8-DF, realizado pelo Min. Carlos Velloso, do STF em sua obra. (2022, p.142): [...] *“tudo aquilo que possa*

embaraçar ou de qualquer modo impedir o livre exercício da concorrência é ofensivo à Constituição”.

40 - MARTINS, Ciro Silva. SANTOS, Laura Soares Miranda dos. Abuso de posição dominante segundo a jurisprudência do CADE. In: BRAIDO, Luis Henrique Bertolino: (Org.) REVISTA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA. Revista do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, CADE, Brasília, DF. 2020.

41- BRASIL. [Constituição (1988)]. Art. 37. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: out. 2023.

42- BRASIL. [Constituição (1988)]. Art. 74. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: out. 2023.

43- BRASIL. [Constituição (1988)]. Art. 144. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

44- BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo. Civil. Brasília, DF, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: out. 2023.

45- Dicionário infopédia da Língua Portuguesa. Porto: Porto Editora. Disponível em: <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/eficiencia>> Acesso em: out. 2023

46- PEREIRA, José Matias. 1996, p.62. apud CASTRO, Ramsés Maciel de. Controles dos atos de concentração de empresas no Brasil, p. 55. 1ª ed. São Paulo, Letras Jurídicas, 2014.

47- O conceito da eficiência de Pareto, como o próprio nome já indica, foi desenvolvido pelo sociólogo e economista europeu Vilfredo Pareto no século XIX.

48- PARETO EFICIENTE. The Capital Advisor. Disponível em: <https://comoinvestir.thecap.com.br/pareto-eficiente>. Acesso em: nov. 2023.

49 - FAGUNDES, Jorge. FUNDAMENTOS ECONÔMICOS DAS POLÍTICAS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA – Eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste, p. 19. São Paulo – SP. Editora Singular, 2003.

50 - LEMOS, Alan. Falhas de mercado, intervenção governamental e a teoria econômica do Direito. Disponível em: <https://ri.ufs.br/bitstream/riufs/651/1/FalhasMercadoIntervencao.pdf>> Acesso em: 14 de março de 2024.

- 51 - MANKIW, N. Gregory. Princípios de microeconomia. p. 118-119. Tradução Priscilla Rodrigues da Silva e Lopes. 4ª. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2021.
- 52 - MANKIW, N. Gregory. Princípios de microeconomia. p. 121. Tradução Priscilla Rodrigues da Silva e Lopes. 4ª. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2021.
- 53 - GUIMARÃES, Bernardo. GONÇALVES, Carlos Eduardo. Introdução à economia, p. 106-107, 2ª. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017.
- 54 - AFREBRAS, Associação dos Fabricantes de Refrigerantes do Brasil. 2021. Disponível em: <https://afrebras.org.br/noticias/oligopolio-no-setor-de-bebidas-traz-prejuizos-a-concorrencia/>. Acesso em: maio de 2023.
- 55 - REFERÊNCIA: BRASIL. CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo nº 08700.000149/2021-46. Brasília, 2022.
- 56 -BRASIL. CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Brasília, 2022.
- 57 - BRASIL. CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/compra-da-unidas-pela-localiza-e-aprovada-com-restricoes>. Acesso em: abril de 2023.
- 58 - MORILAS, Luciana. BOTELHO, Vinicius. Tripólio econômico nas telecomunicações pode prejudicar consumidores e mercado. Jornal da USP, 2022. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/tripolio-economico-nas-telecomunicacoes-pode-prejudicar-consumidores-e-mercado/>. Acesso em: março de 2023.
- 59 - MARCHESINI, Lucas. Cade aprova consórcio entre Ultragaz e Supergasbras. Folha de São Paulo, 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2023/03/cade-aprova-consorcio-entre-ultragaz-e-supergasbras.shtml>. Acesso em: jun. de 2023.
- 60 - BRASIL. (Janary Júnior). Agência Câmara Notícia. Câmara dos Deputados. Brasília, 2023. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/966996-comissao-vai-acompanhar-julgamento-do-cade-sobre-consorcio-no-mercado-de-glp>. Acesso em: jun. de 2023.
- 61- NG, Y.(1995); WINCH, M. D. (1971); MAS-COLELL, A., et all. (1995); SAMUELSON, P. (1950); MISHAN, E. J. (1960); SALANIÉ, B. (2000); apud FAGUNDES, Jorge. FUNDAMENTOS ECONÔMICOS DAS POLÍTICAS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA – Eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste, São Paulo – SP. Editora Singular, 2003.

62- FAGUNDES, 2003, GICO JR. (2007) apud GICO JR., Ivo Teixeira. Bem-Estar Social e o Conceito de Eficiência. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 16, n. 2, p. 2-3, dezembro, 2020. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/3581/2892>. Acesso em out. 2023.

63- GICO JR, Ivo Teixeira. Bem-Estar Social e o Conceito de Eficiência, p. 4, dezembro, 2020. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/3581/2892>. Acesso em out. 2023.

64- LANIUS, apud GICO JR., Ivo Teixeira. Bem-Estar Social e o Conceito de Eficiência. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 16, n. 2, p. 3, dezembro, 2020. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/3581/2892>. Acesso em out. 2023

65- GICO JR (2018), apud GIGO JR, Ivo Teixeira. Bem-Estar Social e o Conceito de Eficiência. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 16, n. 2, p. 4, dezembro, 2020. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/3581/2892>. Acesso em out. 2023.

66- A Escola de Chicago no direito da concorrência basicamente é uma abordagem teórica que é pautada no controle de condutas, fazendo suas análises mais flexíveis, que mantem seu enfoque basilar na eficiência.

67- FRAZÃO, Ana de Oliveira. A análise de eficiências em atos de concentração sob o enfoque do princípio retributivo. In: CARVALHO, Vinicius Marques de. (Org.) A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência. São Paulo: Singular, 2015. 488 p.