



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
CURSO DE MESTRADO**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

***A POLÍTICA CORPORATIVA DE COMPLIANCE COMO
INSTRUMENTO DE COMBATE AOS ILÍCITOS
CONCORRENCIAIS NO BRASIL.***

Mestrando: Bráulio Cavalcanti Ferreira.
Orientador: Professor Doutor Everton das Neves Gonçalves

FLORIANÓPOLIS (SC), Março de 2017

BRÁULIO CAVALCANTI FERREIRA

**A POLÍTICA CORPORATIVA DE *COMPLIANCE* COMO
INSTRUMENTO DE COMBATE AOS ILÍCITOS
CONCORRENCIAIS NO BRASIL.**

Dissertação submetida ao Programa de
Pós Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa
Catarina para a obtenção do Grau de
Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Everton das
Neves Gonçalves.

Florianópolis
2017

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária
da UFSC.

Cavalcanti Ferreira, Braulio

A política corporativa de *compliance* como
instrumento de combate aos ilícitos concorrenciais
no Brasil / Braulio Cavalcanti Ferreira ;
orientador, Everton das Neves Gonçalves, 2017.
247 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de
Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas,
Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis,
2017.

Inclui referências.

1. Direito. 2. direito. 3. defesa da
concorrência. 4. programas de compliance. I. das
Neves Gonçalves, Everton. II. Universidade Federal
de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em
Direito. III. Título.

BRÁULIO CAVALCANTI FERREIRA

**A POLÍTICA CORPORATIVA DE *COMPLIANCE* COMO
INSTRUMENTO DE COMBATE AOS ILÍCITOS
CONCORRENCIAIS NO BRASIL**

Esta Dissertação foi julgada adequada para obtenção do Título de “Mestre” e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós Graduação em Direito da UFSC

Local, 28 de março de 2017

Prof. Anro Dal Ri Jr, Dr
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Prof. Everton das Neves Gonçalves, Dr.
Orientador
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Humberto Pereira Vecchio, Dr.
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Eduardo de Avelar Lamy, Dr.
Universidade Federal de Santa Catarina

Este trabalho é dedicado aos meus
meus pais Jovino e Vera e aos meus
irmãos Maria Leonor e David.

AGRADECIMENTOS

À minha irmã, Prof. Dra Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira, pelo apoio incondicional. Ao meu pai, Prof. Dr. Jovino dos Santos Ferreira, pela sua incessante tarefa de mostrar o caminho da vitória pelo conhecimento e pela propagação do saber. À minha mãe, Prof. Msc. Vera Lúcia Paes Cavalcanti Ferreira pela paciência e espiritualidade nessa nada fácil tarefa de se conviver com candidato ao Mestrado. Ao meu irmão, Prof. David Cavalcanti Ferreira, por ser uma referência de retidão profissional. Ao meu cunhado Daniel Codonho (pai) e minha cunhada Pamela Vilela Ferreira, que se tornaram como dizem os americanos, verdadeiros *Brothers in Law*. Ao meu sobrinho Daniel Codonho Filho, que com pouco tempo de vida já me ensinava a importância de se levantar depois de uma queda.

À Universidade Federal de Santa Catarina, seus discentes, docentes e técnicos administrativos que fazem com que esta Instituição seja um pilar para o desenvolvimento humano de Florianópolis, deste Estado e de nosso País.

Ao meu orientador Professor Doutor Everton das Neves Gonçalves, pelos relevantes conselhos e pela dedicada e paciente orientação neste processo.

Aos amigos do Centro de Estudos de Gestão na Economia e Desenvolvimento: Analu Librelato Longo, Anaruez Mathies, Bruna Pamplona, Jéssica Gonçalves, Luiz, Rafael Pujol (um verdadeiro irmão nesse complexo caminho acadêmico) Marcia da Silva, Lyza Azevedo e Marco Aurélio pelo constante diálogo e debate acadêmico. Aos grandes amigos que fiz durante as cadeiras deste curso de Mestrado: Arthur Dalmarco, Daniel Deggau Bastos, Edson Scolari, Luís Gouvêa, Marcelo Mesquita, Felipe Pante e Leonardo Moraes.

*“How many roads must a man walk down before
you can call him a man”*

Bob Dylan

RESUMO

A presente dissertação possui como tema o Direito da Concorrência, sua concepção histórica e seu desenvolvimento nos países da América do Norte e seu posterior estabelecimento no Brasil, bem como as metodologias de aplicação que envolvem esse ramo do Direito. O objetivo geral da pesquisa foi verificar a Política Empresarial de *Compliance* Concorrencial como instrumento de prevenção aos ilícitos concorrenciais previstos na Legislação Antitruste brasileira, em especial, os previstos na Lei de Defesa da Concorrência. Como objetivos específicos, procurou-se: a) apresentar um panorama histórico do desenvolvimento e da aplicação do Direito Antitruste, desde sua concepção nos países industrializados da América do Norte até suas metodologias de aplicação; b) estudar a Ordem Econômica brasileira, conferindo principal destaque para o alcance do Art. 170 da Constituição Federal, para os princípios da Livre Iniciativa e da Livre-Concorrência, bem como para os principais aspectos das normas infraconstitucionais que estruturam a Defesa da Concorrência no Brasil; c) examinar a Governança Corporativa, a Lei Anticorrupção, a Defesa da Concorrência e o *Compliance* Concorrencial, conferindo-se principal atenção aos fundamentos para a aplicação do Princípio da Eficiência Econômica Social na atividade corporativa. Como Marco Teórico adotou-se os trabalhos dos Professores Spencer Weber Waller e Daniel Sokol. O procedimento de pesquisa adotado o método monográfico para elaboração de Dissertação de Mestrado, utilizando-se as normas da NBR 10520 da ABNT para tradução dos textos americanos. A técnica de pesquisa adotada foi essencialmente a bibliográfica, dando-se preferência à leitura de artigos científicos de revistas especializadas no Direito Antitruste e das Doutrinas da Defesa da Concorrência.

Palavras-chaves: Defesa da Concorrência, Antitruste, Ordem Econômica, *Compliance*, Princípio da Eficiência Econômica Social.

ABSTRACT

This thesis focuses on Competition Law, its historical conception and its development in the countries of North America and its subsequent establishment in Brazil, as well as the application methodologies that involve this branch of Law. The general objective of the research was to verify the Corporate Compliance Policy as a tool to prevent the illicit competition provided for in Brazilian Antitrust Law, especially those provided for in the Competition Law. The specific objectives were: a) to present a historical overview of the development and application of Antitrust Law, from its conception in the industrialized countries of North America to its application methodologies; b) to study the Brazilian Economic Order, giving the main emphasis to the scope of Article 170 of the Federal Constitution, to the principles of Free Initiative and Free Competition, as well as to the main aspects of the infraconstitutional norms that structure the Defense of Competition in the Brazil; c) to examine Corporate Governance and Competitive Compliance, with emphasis on the basis for applying the Principle of Economic and Social Efficiency in corporate activity. As Theoretical Framework was adopted the works of Professors Spencer Weber Waller and Daniel Sokol. The research procedure adopted was the monographic method for the elaboration of Master's Dissertation, using the norms of ABNT NBR 10520 for the translation of American texts. The research technique adopted was essentially the bibliographical one, giving preference to the reading of scientific articles of specialized magazines in the Antitrust Law and of the Doctrines of the Defense of the Competition.

Keywords: Competition Defense, Antitrust, Economic Order, Compliance, Principle of Economic Social Efficiency.

SUMÁRIO

CAPÍTULO I – O SURGIMENTO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA: A ANÁLISE DA SUA ORIGEM NO CANADÁ E NOS ESTADOS UNIDOS.....	22
1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E O DIREITO ANTITRUSTE.	23
1.2 O DIREITO DA CONCORRÊNCIA NA AMÉRICA DO NORTE.....	33
1.4 O DIREITO ANTITRUSTE NOS EUA.....	53
1.5 AS ESCOLAS DO ANTITRUSTE.	65
CAPITULO II – A DEFESA DA CONCORRÊNCIA E O DIREITO ANTITRUSTE NO BRASIL.....	83
2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS: DA DEFESA DA ECONOMIA NACIONAL AO MODERNO ANTITRUSTE NO BRASIL.....	83
2.1.1 Constituição Imperial à Era Vargas.....	83
2.1.2 Era Vargas à Lei de Defesa da Concorrência 8.884/94.....	86
2.1.3 A Constituição de 1988 e a moderna Defesa da Concorrência.....	99
2.2 A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL NA CFRB88;.....	105
2.3 A LEI 12.529/11.....	113
2.3.1 Condutas Anticoncorrenciais: Práticas Infrativas.....	119
2.3.2 Práticas restritivas horizontais.....	121
2.3.3 Práticas restritivas verticais.....	128
2.3.4 Sujeitos ativos da infração concorrencial.....	130
2.3.5 A Análise Administrativa da Conduta pelo CADE.....	134
2.3.6 O Processo Administrativo no CADE.....	138
2.3.7 Sanção Administrativa.....	144
CAPITULO III - ANTITRUSTE, GOVERNANÇA CORPORATIVA E PROGRAMAS DE COMPLIANCE.....	148

3.1 DO ANTITRUSTE À GOVERNANÇA CORPORATIVA: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS E CONCEITUAIS	148
3.2 A GOVERNANÇA CORPORATIVA.	153
3.3 A GOVERNANÇA CORPORATIVA E ANTICORRUPÇÃO ...	158
3.4 ANTICORRUPÇÃO E PROGRAMAS DE COMPLIANCE.	164
3.5. COMPLIANCE E DEFESA DA CONCORRÊNCIA.	175
CONCLUSÃO	215

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como objetivo a análise da Defesa da Concorrência, em especial, seu surgimento nos países da América do norte e seu surgimento como ferramenta para o desenvolvimento econômico sustentável no Brasil já no fim do Século XX, início do Século XXI.

O interesse pela temática surge da constatação de que durante Século XX e início do Século XXI, o Brasil passou a figurar no cenário econômico mundial como uma potência econômica¹.

A grande disponibilidade de mão de obra para produção de bens e riquezas, a elevada quantidade de recursos naturais, a consolidação de um mercado consumidor dinâmico e a segurança jurídica estabelecida pela consolidação do Estado Democrático de Direito foram, até então, fatores que proporcionaram, ao País, considerado período de crescimento econômico.

No entanto, fatores como o baixo índice de investimento na capacitação, a ausência de uma educação focada na inserção para o trabalho qualificado, a ausência de fomento às políticas de competitividade empresarial, os grandes escândalos de corrupção e o mau uso do dinheiro público têm impedido o País de efetivar os objetivos propostos pela Ordem Econômica Constitucional de 1988 de forma categórica e definitiva.

Nesse sentido, o País passou a se deparar com novos paradigmas oriundos do crescimento² e desenvolvimento, quase que exponencial, de seu mercado interno.

O respeito às leis que regulamentam a defesa da concorrência, a defesa do consumidor e a defesa ao meio ambiente são pontos cruciais para análise e tomada de decisão de investimento para agentes econômicos, especialmente na possibilidade de inserção do mercado. Referidos pontos, são tidos como as novas metas a serem atingidas pelas potências econômicas mundiais e pelos países que pretendem deixar o

¹ O Relatório Econômico Mundial do Fundo Monetário Internacional aponta o Brasil como a 9ª Economia do Mundo. FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. **World Economic Outlook Database**. Disponível em :<<https://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2016/01/weodata/download.aspx>>. Acesso em: 20 de fevereiro de abril de 2017.

² Idem.

status de “país em relativo desenvolvimento”. Nesse sentido, os atos comerciais e negócios que visem à limitação, ao falseamento ou ao prejuízo da livre concorrência configuram infrações ao desenvolvimento econômico.

No campo jurídico, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRF/88) estabeleceu em seu Título VIII³, que trata da Ordem Econômica e Financeira, os princípios gerais da atividade econômica, em especial para o presente trabalho, abordar-se-á a compreensão da livre-concorrência.

Ressalta-se que a CRF/88, também no Título VIII, estabeleceu através do Art. 173, §4º que a Lei reprimiria o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Trata-se de mandamento constitucional relativo à necessidade de criação normas que regulamentem a Defesa da Concorrência.

O rápido crescimento econômico experimentado pelo Brasil no final da década de 1990 e início da década de 2000 fez com que Conselhos e Diretorias Executivas de Empresas Públicas e Privadas passassem a se preocupar mais como termos como “Cartéis”, “Acordo de Leniência”, “Compromisso de Cessação de Conduta” e “Abuso de Posição Dominante”.

É de se ressaltar também que o aprimoramento das ações dos órgãos de Repressão Estatal: Polícia, Ministério Público, especialmente, pelos Grupos de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado (GAECO) e a atuação da Superintendência Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (SG/CADE), na aplicação da Lei de Defesa da Concorrência exigem mudanças constantes e significativas na direção da repressão de condutas comerciais que possam violar a livre-concorrência.

³ 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: - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995);

Em relação à Defesa da Concorrência, tem-se que a condução aprimorada e detalhada dos processos administrativos que tramitam no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e as vultosas multas aplicadas pelo Tribunal Administrativo de Defesa da Econômica (TADE) delineiam a complexidade dos temas jurídicos e econômicos que envolvem a aplicação do Direito Antitruste, especialmente neste período recente de consolidação das instituições no Brasil e da própria forma como os agentes econômicos precisam atuar em conformidade com a legislação vigente.

A partir dessa compreensão da atuação no mercado em conformidade com a lei, os agentes econômicos têm direcionado, cada vez mais, recursos para elaboração e manutenção de mecanismos comerciais preventivos, especialmente através da criação de ferramentas comerciais que tenham por objetivo adequar a atividade econômica dos agentes à Ordem Econômica Constitucional de 1988.

Estes mecanismos comerciais preventivos foram estabelecidos na Lei “Anticorrupção” (Lei nº 12.846/2013)⁴, que guarda relação direta com a Lei de Defesa da Concorrência. Referidas normas orientam a aplicação de multa administrativa para pessoas jurídicas, exigindo-lhes maior observância da Lei, além de estimular a criação de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades.

No presente trabalho, o problema de pesquisa foi formulado nos seguintes termos: A Política Empresarial de *Compliance* Concorrencial como instrumento de prevenção aos ilícitos concorrenciais complementar a Legislação Antitruste brasileira, coadunando-se com a atuação dos Órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), para a garantia de um ambiente em conformidade com a Ordem Econômica Constitucional de 1988?

A hipótese que se confirma é a de que, por se tratar de um direito pertencente à coletividade, a livre-concorrência tem no SBDC o

⁴ BRASIL. **Lei Federal 12.846, de 1o de Agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. [...] Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: [...] VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de conduta ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em 20 de fev.2017.

principal vetor para apuração e repressão das diversas formas de infração à ordem econômica. Entretanto, a adoção de mecanismos e procedimentos internos de integridade e auditoria focados na Defesa da Concorrência por parte dos próprios agentes econômicos privados é importante ferramenta para assegurar a efetividade da Ordem Econômica Constitucional brasileira de 1988.

Busca-se, portanto estudar a utilização de mecanismos de Governança Corporativa pautadas no *Compliance* Concorrencial, como ferramenta de aplicação interna da Lei Federal nº 12.529/11⁵, por parte dos próprios agentes econômicos, ainda no ambiente interno da pessoa jurídica, como forma de prevenção a possíveis ilícitos concorrenciais.

O objetivo geral da pesquisa foi justamente verificar se a Política Empresarial de *Compliance* Concorrencial é um instrumento de prevenção aos ilícitos concorrenciais que complementa a Legislação Antitruste brasileira, para a garantia de ambiente em conformidade com a Ordem Econômica Constitucional de 1988.

Como objetivos específicos, procurou-se: a) apresentar panorama histórico do desenvolvimento e da aplicação do Direito Antitruste, desde sua concepção nos países industrializados da América do Norte, suas metodologias de aplicação até o presente momento; b) estudar a Ordem Econômica no Brasil, nos Séculos XX e XXI, conferindo principal destaque para o alcance do Art. 170 da Constituição Federal, para os princípios da Livre Iniciativa e da Livre-Concorrência, bem como, para os principais aspectos das normas infraconstitucionais que tratam do tema; c) examinar a Governança Corporativa e o *Compliance* Concorrencial, conferindo-se principal atenção aos fundamentos para a aplicação do Princípio da Eficiência Econômico Social na atividade corporativa.

Assim, para atingir os objetivos propostos, no primeiro Capítulo foi examinado o surgimento do Direito Antitruste no Canadá e nos

⁵ BRASIL. **Lei Federal nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 20 fev. 2017.

Estados Unidos, bem como as teorias desenvolvidas pelas Escolas sobre Antitruste.

No segundo Capítulo, por sua vez, examinou-se a Ordem Econômica no Brasil no Século XXI, desde a defesa da economia popular até o moderno Antitruste no Brasil. Estudou-se especificamente o Alcance do Art. 170 da CFRB/88, o Princípio da Livre Iniciativa e o Princípio da Livre-Concorrência. Examinou-se ainda a evolução da lei antitruste no Brasil, considerando os diplomas de 1994 (Lei 8.884/94⁶) e a vigente de Defesa da Concorrência, Lei 12.529/11⁷.

No terceiro Capítulo, através do uso e tradução de bibliografia estrangeira, analisou-se a evolução da aplicação do Direito Antitruste, em especial do surgimento da governança corporativa e dos Programas de *Compliance*, que tem por finalidade a mitigação dos danos à concorrência. Finalmente, examinou-se os fundamentos para aplicação do Princípio da Eficiência Econômico Social na atividade corporativa.

Com base na pesquisa teórica, e valendo-se do método de abordagem dedutivo, verificou-se a recepção dos mecanismos de Compliance Concorrencial no ordenamento jurídico brasileiro.

Como procedimento de pesquisa, adotou-se o método monográfico para elaboração da dissertação de Mestrado, para tanto se utiliza das normas da NBR 10520 da ABNT para tradução dos textos americanos. A técnica de pesquisa adotada foi essencialmente a bibliográfica, dando-se preferência à leitura de artigos científicos de revistas especializadas no Direito Antitruste e das Doutrinas.

⁶ BRASIL. **Lei Federal 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em 20 de fev. 2017

⁷ Idem 5.

CAPÍTULO I – O SURGIMENTO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA: A ANÁLISE DA SUA ORIGEM NO CANADÁ E NOS ESTADOS UNIDOS.

Neste primeiro Capítulo, buscar-se-á compreender a concepção histórica e o conceito de Defesa da Concorrência, partindo-se do surgimento e da evolução cronológica das normas desse ramo do Direito, em especial, a partir de sua origem no *Common Law* Britânico sob as normas do *Restraint of Trade* e do posterior desenvolvimento das normas que regulamentaram a competição no fim do Século XIX nos países da América do Norte.

Serão examinados fatos históricos e econômicos que culminaram com as pressões populares para que os Governos dos países norte-americanos (Canadá e Estados Unidos) criassem mecanismos legislativos aptos a regular concorrência e a diminuir a influência dos “trustes” na economia. Para tanto, partir-se-á da dos fatores econômicos e sociais que culminaram na edição da primeira norma de Direito Antitruste, editada no Governo Parlamentar do Canadá em 1889 consubstanciada no Ato para a Prevenção e Supressão de Combinações formadas na Restrição do Comércio (*Act for the Prevention and Supression of Combinations formed in Restraint of Trade*), bem como da posterior edição do Ato Sherman (*Sherman Act*) em 1890 nos Estados Unidos da América.

Em relação ao histórico da legislação no Canadá, utilizar-se-á como principal referência bibliográfica os trabalhos dos Professores Bruce Dunlop, da Universidade de Toronto; David Mcqueen da Universidade de Glendon College e do Professor Michael Trebilcock, também da universidade de Toronto, consolidados na obra “*Canadian Competition Policy – A legal and Economic Analysis*”⁸ que compila o histórico da legislação e a aplicação das políticas públicas de Direito Antitruste pelo Governo Canadense.

⁸ DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **Canadian Competition Policy. A legal and economic analysis.** Toronto: Canada Law Book Inc.

Quanto ao desenvolvimento e aplicação da Legislação Antitruste nos Estados Unidos da América, partir-se-á das obras *Antitrust Law – An Economic Perspective*⁹, do Professor Richard Posner, da Universidade de Chicago e dos artigos do Professor Herbert Hovenkamp¹⁰, da Universidade de Iowa.

A utilização da doutrina estrangeira é de fundamental importância para a pesquisa, uma vez que tanto o Canadá quanto os Estados Unidos foram palcos de significativas revoluções industriais e comerciais no fim do Século XIX e início do Século XX, sendo essas nações as principais propulsoras do sistema capitalista de produção. É de se ressaltar também que no caso dos Estados Unidos, podemos citar as Escolas de formação do pensamento da Defesa da Concorrência, que serão examinadas ao final do capítulo.

A parte final deste primeiro Capítulo é dedicada a compreensão da aplicação das normas de Direito Antitruste nos Estados Unidos, em especial, do desenvolvimento das Escolas de *Harvard* e de *Chicago*.

1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E O DIREITO ANTITRUSTE.

Inicialmente compete o esclarecimento das divergências semânticas que envolvem este ramo do Direito. O surgimento do Direito da Concorrência parte da preocupação e necessidade do Estado em regulamentar a atividade econômica. Essa relação entre Estado e agentes econômicos guarda relação direta, portanto, com o nível da evolução tecnológica de produção e de comercialização de bens e serviços, experimentada especificamente em cada nação.

Nesse sentido, é de se salientar a profunda transformação da economia mercantil para a economia industrial capitalista do Século XVIII experimentada pela Inglaterra. A doutrina especializada demonstra a larga utilização do termo Restrição do Comércio (*Restraint of Trade*), para os casos que envolviam disputas comerciais, especialmente no período da Revolução Mercantil.

⁹ POSNER, Richard A. **Antitrust Law: An Economic Perspective**. Chicago: University of Chicago Press, 1976.

¹⁰ HOVENKAMP, Herbert. Antitrust policy after Chicago. **Michigan Law Review**. n. 84. 1985. p. 213-284.

Essa Doutrina de normas que buscavam coibir as combinações, evoluíram no Canadá como luta contra os Conluíus e Conspirações (*Combines*) no Canadá e posteriormente no combate aos (Trustes – *Trusties*) nos Estados Unidos da América-EUA.

Sobre o tema, os Professores Bruce Dunlop, David Mcqueen e Michael Trebilcock¹¹ dedicam um capítulo inteiro ao estudo da influência da Doutrina conhecida como Restrição do Comércio (*Restraint of Trade*) e na motivação e no surgimento dos diplomas da Defesa da Concorrência no Canadá, consubstanciado no Ato para Prevenção e Supressão das Combinações para Restrição do Comércio (*Act for the Prevention and Supression of combinations in Restraint of Trade*) e no caso dos Estados Unidos da América, do *Sherman Act*.

Em relação ao Direito da Concorrência, os Doutrinadores Canadenses adotam o conceito de (*Competition*), através da tradução do (*Oxford English Dictionary*), definindo a matéria como : (*A ação de se esforçar para ganhar o que outro se esforça para ganhar ao mesmo tempo...[...; A luta de dois ou mais pelo mesmo objeto; [...]... no Comércio, a rivalidade no mercado ...[...]*)¹².

A bem da realidade, o conceito da Concorrência é, até hoje, palco de grandes discussões no meio acadêmico jurídico e econômico, que ainda não criou um conceito universal sobre o tema.

Nem a Ciência do Direito, nem a Ciência Econômica ofereceram definição singular e inequívoca clara do termo. Diante dessa ausência de definição inequívoca, encontram-se tentativas de distinção entre a verdadeira competição (*true competition*) e a mera rivalidade (*mere rivalry*) entre os vendedores nos mercados, o que dá origem a muita ambiguidade e outras dificuldades no estudo da materia¹³.

¹¹ DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **Canadian Competition Policy. A legal and economic analysis.** Toronto: Canada Law Book Inc

¹²Tradução livre do autor: “The action of endeavouring to gain what another endeavours to gain at the time...; the striving of two or more fore the same object;... in Commerce, rivalry in the market...”. SHORTER OXFORD ENGLISH DICTIONARY, C.T. Onions, ed. OXFORD, Claredon Press, 1970. Apud DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK, Michael. **Canadian Competition Policy. A legal and economic analysis.** Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 1.

¹³ DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **Canadian Competition Policy. A legal and economic analysis.** Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 2.

O Direito da Concorrência, costumeiramente tratado como Direito Antitruste, por ser campo relativamente novo¹⁴, ainda não logrou êxito em alcançar o consenso no que tange à sua conceituação.

Assim sendo, ao estudar a matéria, é necessário que seja estabelecido, de início, exatamente aquilo que esse ramo do Direito visa combater: isto é, o Direito da Concorrência busca a promoção da competição entre os agentes, e o Direito Antitruste visa enfrentar as influências negativas dos *Trustes*. A evolução teórica dos estudos da matéria e o contato constante com a Doutrina estrangeira acabaram por tornar as palavras quase que idênticas, quando na realidade existem particularidades que as tornam diferentes.

Na obra “Poder Econômico, a fenomenologia, seu disciplinamento jurídico”, o Professor Modesto Carvalhosa conceitua a figura do Truste de forma categórica:

Caracteriza-se o truste pela transferência de capitais e valores econômicos de uma determinada pessoa física ou jurídica, que tem como objetivo gerir e administrar aqueles capitais e valores; exerce esta última o papel de agente fiduciário, *trustee*, cabendo-lhe, com plena autonomia, aplicar tais bens e valores da melhor forma, no interesse do agenciador. Ao *trustee* cabe a direção, de maneira uniforme, do conjunto de negócios que lhe são confiados¹⁵.

Os trustes eram, portanto, uma nova estrutura organizacional das grandes corporações. A atuação dessa nova estrutura organizacional exigiu modificações na estruturação da legislação dos Estados Unidos, especialmente a separação entre a propriedade da empresa e o controle administrativo das corporações.

Dado o imenso poder econômico desse novo tipo de organização estrutural das corporações, os Trustes passaram a ser questionados pela Doutrina Norte-Americana e pelos poderes constituídos da República dos Estados Unidos. Sobre o tema a Doutrina dos Professores Bruce Dunlop, David Mcqueen e Michael Trebilcock:

¹⁴ Como exemplo, pode-se citar a Austrália que somente regulamentou a Concorrência em 1974. A França somente veio a criar seu Conselho da Concorrência em *Conseil de la Concurrence* em 1986.

¹⁵ CARVALHOSA, Modesto Souza de Barros. **Poder Econômico: A fenomenologia, seu disciplinamento jurídico**. São Paulo: Ed. RT, 1967. p. 41.

De toda a grande economia intangível, o trust é uma das mais fascinantes: em alguns contextos, como nos cartéis, opera como um inimigo do público; em outros, ao contrário, trabalha como um grande aniquilador de custos de transação e ampliador de mercados e da escolha do consumidor¹⁶.

Mark J. Roe, Professor da Escola de Direito da Universidade de Harvard, em artigo denominado *Do Antitruste à Governança Corporativa? As Corporações e as Leis: 1959-1994*¹⁷, publicado em 1995, pelo Centro de Estudos Econômicos e Jurídicos da Universidade de Columbia demonstra o surgimento desse poder econômico dos empresários americanos.

Verifica-se, portanto, que nos Estados Unidos há grande preocupação com a figura dos Trustes, sendo que a resposta adotada pelo governo americano à época seria a criação de legislação que coibisse o comportamento predatório e antieconômico dos Trustes.

¹⁶Tradução do autor para “*of all the great economics intangible, trust is one of the most fascinating: in some contexts, such as cartels, operating as a public enemy; in others, by contrast, working as a great annihilator of transaction costs and broadened of markets and consumer choice.*” DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **Canadian Competition Policy. A legal and economic analysis.** Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 2.

¹⁷ ROE, Mark J. From Antitrust to Corporation Governance? The Corporation and the Law: 1959-1994 (August 5, 2011). **The American Corporation Today**, pp. 102-127, Carl Kaysen, ed., 1996. Disponível em: <SSRN:<http://ssrn.com/abstract=10032>>. Acesso em: 19 de abril de 2016.

Richard Allen Posner, em sua obra *Análise Econômica do Direito Antitruste – (Antitrust Law: An Economic Perspective)*, estabelece que o objetivo principal de uma legislação Antitruste seria a de atuar como ferramenta de promoção do Estado de Bem Estar Social¹⁸. De modo similar, os Professores Bernard Hoekman e Petros Mavroid conceituam esse Ramo do Direito como *Conjunto de regras e disciplinas mantidas pelos governos com o objetivo de neutralizar a tentativa de monopolizar o mercado*.¹⁹ O referido conceito também é abarcado pelo Professor alemão Klaus Tiedeman que salienta, também, a necessidade da repressão ao abuso do poder econômico e a tutela da livre concorrência pelo Estado. Tiedeman conceitua o Direito da Concorrência como: *Técnica de que lança mão o Estado contemporâneo para a implementação de políticas públicas, mediante a repressão ao abuso do poder econômico e a tutela da livre-concorrência*²⁰.

No Brasil, a Professora Isabel Vaz, conceitua o Antitruste como: *Conjunto de regras e instituições destinadas a apurar e reprimir as diferentes formas de abuso de poder econômico e a promover a defesa da livre concorrência*²¹.

Também na Doutrina brasileira, Franceschini, em 1996, atrelou o conceito de livre concorrência como bem pertencente à coletividade nos seguintes termos: *“Ramo do Direito que disciplina as relações de mercado entre agentes econômicos e consumidores, tutelando-lhes, sob sanção, o pleno exercício do direito à livre concorrência como instrumento da livre iniciativa, em prol da coletividade”*²²

¹⁸ POSNER, Richard A. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. Chicago: University of Chicago Press, 1976.

¹⁹ Tradução do autor para: *“Set of rules and disciplines maintained by governments aiming to counteract attempt to monopolize market”*. Hoekman, Bernard and Mavroidis, Petros C., **Economic Development, Competition Policy, and the World Trade Organization (October 2002)**. World Bank Policy Research Working Paper No. 2917. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=636279>>. Acesso em: 15 de dez de 2016.

²⁰ TIEDEMAN, Klaus. *Lecciones de Derecho Penal Económico*: PPV, Barcelona, p. 36 1993.

²¹ VAZ, Isabel. **Direito Econômico da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense 1993, p. 243.

²² FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Introdução ao Direito da Concorrência**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 8

No entanto, o Prof. Ivo Teixeira Gico Júnior aponta como costume errôneo o uso indiscriminado das expressões Direito Antitruste (contra os trustes) e Direito Concorrencial (regulação da concorrência) para se referir ao “conjunto de regras jurídicas elaboradas para regular a concorrência”, muito embora o autor discorde do termo Direito Antitruste por entender que não existe a figura do *trust* no Brasil²³. Gico Junior considera o Direito de Concorrência como o “conjunto de regras relacionadas ao combate de acordos que restringem a concorrência, o abuso de posição dominantes e as tentativas de fechamento de mercado por meio de concentrações empresariais”²⁴.

Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues reforçam a multiplicidade de conceitos referentes ao Direito Antitruste. No entanto, os doutrinadores consideram o Antitruste como ramo do Direito que procura disciplinar as relações de mercado entre os agentes econômicos, que objetiva estabelecer um “ambiente de livre concorrência, cujos destinatários finais são os consumidores”. Para tanto, também adotam o conceito de Franschini, elaborado em 1996, que entende que o Direito Antitruste procura tutelar, sob sanção, o pleno exercício do direito à livre-concorrência como instrumento da livre-iniciativa, em favor da coletividade.²⁵

Paula Forgioni, de forma particular e muito similar à de Tiedman, também aborda o conceito de Antitruste como a “Técnica de que lança mão o Estado contemporâneo para implementação de políticas públicas, mediante a repressão do abuso de poder econômico e a tutela da livre-concorrência.”²⁶

Forgioni subdivide o Direito Antitruste em três períodos, quais sejam: i) a disciplina da concorrência para eliminar distorções tóxicas, ii) concorrência e liberalismo econômico, iii) as normas antitruste como instrumento de implementação de políticas públicas (A concorrência-instrumento)²⁷.

²³ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Cartel: Teoria unificada da colusão**. São Paulo: Lex Editora: 2006. p. 25.

²⁴ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 67.

²⁵ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Introdução ao Direito da Concorrência**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 8

²⁶ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 31.

²⁷ FORGIONI, Paula A. *op cit* p.24.

É importante se destacar que na obra *Fundamentos do Direito Antitruste*, ao citar o Professor Italiano Remo Franceschelli, Forgioni assinala que antes do Século XVIII não existia a regulamentação da concorrência com objetivo claro de garantir a manutenção do próprio sistema de produção ou do sistema de mercado²⁸. Apesar disso, não se pode esquecer de que existem referências às preocupações com a *concorrência na antiguidade*²⁹.

Fábio Nusdeo, ao tratar da Defesa da Concorrência, aborda o tema sob o prisma constitucional, especialmente a partir do Capítulo X da Constituição Federal de 1988 que trata da Ordem Econômica. O autor conceitua a defesa da concorrência nos seguintes termos:

Legislação que dá concretude aos princípios da livre iniciativa, da livre-concorrência e da repressão ao abuso do poder econômico – princípios básicos da ordem econômica constitucional brasileira.³⁰

Gesner Oliviera e João Grandino Rodas, por sua vez, conceituam o Direito da Concorrência como o:

conjunto de regras jurídicas destinadas a apurar, reprimir e prevenir as várias modalidades de abuso do poder econômico, com o intuito de impedir a monopolização de mercados e favorecer a livre-iniciativa, em favor da coletividade³¹.

Esse cenário de indecisão conceitual cria uma grande dificuldade para o trabalho dos operadores do Direito, tanto dos legisladores envolvidos na elaboração de leis sobre competição e concorrência, quanto dos tribunais e outros órgãos encarregados de interpretar e aplicar essas leis.

²⁸ FRANCESCHELLI, Remo. **Trattato di Diritto industriale**. Milano:Giuffrè, 1960. v. 1. *Apud* FORGIONI, Paula A. *op cit* p.38.

²⁹ FORGIONI, Paula A. *op cit* p. 69.

³⁰ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas**. São Paulo: Malheiros, 2002 . p. 63.

³¹ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 28.

Dunlop, Mcqueen e Trebilcock assinalam ainda que as cortes e os tribunais precisam saber “quais eliminações de rivais por meio não violento são meramente uma parte de um sistema saudável que promove a eficiência competitiva e quais, ao contrário, ameaçam a eliminação da competição em si”³².

Essa indecisão de conceitos sobre a concorrência é oriunda também dos conceitos originários da Economia Política. Buscando-se analisar o conceito de concorrência em obras históricas, verifica-se, por exemplo, que Adam Smith, autor da obra *A riqueza das Nações*, foi brusco, para termos acadêmicos, ao tratar do tema³³. Smith apontara seus questionamentos sobre a intervenção do Estado na Economia, especialmente a problemática envolvida os distúrbios da lei da oferta e da demanda, suposta mão invisível do mercado, nos seguintes termos:

Geralmente, na realidade, ele (o empresário) não tenciona promover o interesse público nem sabe até que ponto o está promovendo. Ao preferir fomentar a atividade do país e não de outros países ele tem em vista apenas sua própria segurança; e orientando sua atividade de tal maneira que sua produção possa ser de maior valor, visa apenas a seu próprio ganho e, neste, como em muitos outros casos, é levado como que por mão invisível a promover um objetivo que não fazia parte de suas intenções. Aliás, nem sempre é pior para a sociedade que esse objetivo não faça parte das intenções do indivíduo. Ao perseguir seus próprios interesses, o indivíduo muitas vezes promove o interesse da sociedade muito mais eficazmente do que quando tenciona realmente promovê-lo. Nunca ouvi dizer que tenham realizado grandes coisas para o país aqueles que simulam exercer o comércio visando ao bem público.³⁴

³² Tradução livre do autor: *They need to know which eliminations of rivals by non-violent means are merely of a healthy, efficiency-promoting competitive process, and which by contrast threaten the elimination of competition itself*. DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **A legal and economic analysis**. Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 2.

³³ DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **A legal and economic analysis**. Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 2.

³⁴ SMITH, Adam. **A Riqueza Das Nações – Investigação Sobre Sua Natureza e Suas Causas. v. I e II**. São Paulo: Abril Cultural, 1996.

Adam Smith partia do pressuposto de que qualquer pessoa letrada e observadora da sociedade poderia compreender muito bem o que era a competição no Século XVIII. De acordo com Dunlop, McQueen e Trebilcock, parece evidente que Adam Smith tinha em mente que a competição era primordialmente um modo de comportamento entre os agentes do mercado produtor³⁵.

É de destacar, que no final do Século XIX, a Escola Marginalista de Economia alterou a ênfase das análises microeconômicas para o equilíbrio competitivo: isto é a competição poderia ser um resultado, ou um estado de coisas, ao invés de um processo³⁶.

Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira ao tratarem da influência da obra de Alfred Marshall assim estabelecem:

O economista neoclássico Alfred Marshall identificou conjunturas ou flutuações causadas não apenas por fatores econômicos, mas por fatores extra econômicos, i.e., políticos, institucionais, sociopsicológicos ou tecnológicos.³⁷

Dunlop, McQueen e Trebilcock observaram que o processo de concorrência nos negócios modernos é decididamente uma questão mais sutil, complexa, qualificada e até mesmo paradoxal do que é comumente suposto³⁸. Seguindo esse entendimento, os autores trazem uma declaração do jurista e economista Ronald Coase, que passou a conferir um caráter paradoxal da concorrência: “Pode-se pensar que a marca distintiva da empresa é a superação do mecanismo de preços”³⁹.

³⁵ DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **A legal and economic analysis**. Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 2.

³⁶ DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **eA legal and economic analysis**. Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 2.

³⁷ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 72.

³⁸ DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **eA legal and economic analysis**. Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 3.

³⁹ Tradução livre do autor: “It can I think be assumed that the distinguishing mark of the firm is the suppression of the the price mechanism”. COASE, Ronald H. The nature of the firm. 4 *Economica* (N.S.). 386 (1937), at p.389. *Apud* DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **A legal and economic analysis**. Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 4.

Ao dissertarem sobre a origem da legislação da Concorrência Dunlop, McQueen e Trebilcock destacam que a Doutrina da Restrição do Comércio, em sua essência, pertence a um conjunto de mudanças legislativas que decorreram das Revoluções: comercial e industrial.

Nesse rol de mudanças legislativas podem ser incluídas as Leis das Fábricas, Leis Trabalhistas, a legalização de sindicatos, vários esquemas de regulação ferroviária, criação de polícia civil, obras hidráulicas municipais e outras inovações institucionais destinadas a lidar com a nova urbanização que a indústria trouxe. Para os pesquisadores, a legislação antitruste chegou tardiamente a esse conjunto de leis e nasceu primeiro na América do Norte⁴⁰, através da publicação do Ato para Prevenção e supressão das combinações na Restrição do Comércio o *Act for the Prevention and Supression of combinations in Restraint of Trade* em 1889, no Canadá, e do *Sherman Antritruste Act*, em 1890, nos EUA.

Nos estudos de Dunlop, McQueen e Trebilcock, são estabelecidas três grandes eras nas quais os princípios do Direito Antitruste foram concebidos de maneira significativamente diferentes.

Esses períodos são designados a partir da referência do tumultuado conceito de *bem público*, bem como do papel Estado na Economia, incluindo-se aí a atuação do Poder Judiciário, que foi participativo em cada um dos períodos: (i) o período mercantilista, desde a era Elizabeth até aproximadamente 1770; (ii) o período do *laissez-faire*, de aproximadamente 1770 até a virada do Século XX; e o, por fim, (iii) período moderno, a partir do final do período do *laissez-faire* até os dias atuais⁴¹.

Desta forma, ainda que sejam observáveis diplomas jurídicos que abordem a concorrência na idade antiga e na idade media, bem como na revolução comercial, para fins da presente dissertação, abordar-se-á em especial o terceiro período estabelecido pelos Professores Dunlop, McQueen e Trebilcock, no qual se parte do surgimento das legislações de Direito da Concorrência, decorrentes da evoluções industrial e comercial, ocorridas na América do Norte.

⁴⁰ DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. e **A legal and economic analysis**. Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 9.

⁴¹DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **A legal and economic analysis**. Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 24.

Realizadas as considerações introdutórias sobre as distinções semânticas que abordam o Antitruste, passa-se então ao estudo da evolução histórica do Direito Antitruste no final do Século XIX, em especial, seu surgimento no Canadá e nos Estados Unidos da América, para então se abordar sua concepção no Brasil.

1.2 O DIREITO DA CONCORRÊNCIA NA AMÉRICA DO NORTE.

O final do Século XVIII é marcado por significativas mudanças na sociedade Ocidental. As colônias do Império Britânico passaram a demonstrar ao mundo a força de suas economias e dos seus anseios de liberdade, especialmente no tocante à liberdade política e econômica que levaram à Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia e da Declaração da Independência dos Estados Unidos, em 1776, e a posterior promulgação da Constituição dos Estados Unidos da América. Sobre o tema, convém trazer as considerações de Vizeu Figueiredo:

Contudo, como a história não dá saltos, observamos que o declínio absolutista consolidou-se ideologicamente, com a teoria da separação dos poderes desenvolvida pelo Barão de Montesquieu, a partir das ideias de formas puras de governo desenvolvidas por Aristóteles, cuja obra *L'esprit des Lois* (1748) é o marco filosófico de tal movimento, culminando com a Revolução Francesa (1789) tendo como expressão máxima a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, que foi uma das principais obras que marcou a origem dos direitos da geração-direitos individuais, em que pese outros ordenamentos jurídicos já terem positivado tais direitos anteriormente (Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia/EUA, 1776)⁴².

⁴² FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômica**. 8ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 67.

Estados Unidos e Canadá, então colônias do Império Britânico, tinham no seio de suas economias os preceitos da liberdade econômica e da garantia dos direitos de propriedade, especialmente sob a influência de John Locke⁴³ e de Thomas Jefferson na Virginia. Sobre o assunto, Molan Gaban e Oliveira Domingues assim lecionam:

A Doutrina do Direito da Concorrência, ou do Direito Antitruste, como também conhecida, teve origem na América do Norte. Nos EUA, a adoção de uma legislação federal antitruste teve relação direta com os calores da sociedade naquele período, que buscava garantias para liberdade individual.⁴⁴

Nesse sentido, por serem colônias inglesas, carregavam consigo as influências da legislação da *Common Law* Britânico. Seguindo os ensinamentos de Dunlop, Mcqueen e Trebilcock, um importante precursor da legislação Norte Americana referente à concorrência foi o Estatuto Britânico dos Monopólios de 1623. O Estatuto editado na Inglaterra guarda relação direta com o poder econômico auferido pela Burguesia durante a Revolução Comercial, período de expansão econômica da Europa, no qual as grandes potências europeias (Inglaterra, França, Holanda, Espanha) impuseram suas políticas de colonialismo e de mercantilismo. Esse período durou aproximadamente do Século XII ao Século XVIII.⁴⁵

⁴³ As ideias de um Governo Civil e da importância da preservação da propriedade privada podem ser observadas na obra **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**, uma obra de filosofia política publicada anonimamente por John Locke no ano de 1681, que expõe a teoria de Locke referente ao Estado liberal.

⁴⁴ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Direito antitruste. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 67.

⁴⁵ DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **A legal and economic analysis**. Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 26

Este desenvolvimento comercial resultou em transformações profundas na economia europeia, das quais se pode destacar a utilização da moeda e a maior dinamicidade das transações comerciais, antes realizadas através da troca de ouro. A produção e a troca deixaram de ter caráter de mera subsistência e passaram a atender aos mercados das cidades. Em outras palavras, o mundo estava começando a se integrar. As companhias mercantis Índia Oriental e as Empresas da Baía de Hudson passaram a aplicar técnicas contábeis e a adotar novas formas de comercializar, como as cartas de crédito e de pagamento.⁴⁶

Essas mudanças nas relações comerciais passaram a estabelecer uma disputa entre a Burguesia, que possuía poder econômico, e a Coroa Britânica, com seu poder real, isto é, com o seu poder de Estado.

A respeito do tema, Dunlop, Mcqueen e Trebilcock assinalam que a Revolução Comercial ajudou a criar uma nova Burguesia, que nasceu e cresceu reticente à prática de atribuir direitos de monopólio para certas indústrias domésticas, como monopólio do sal e do vidro, aos favoritos da monarquia.⁴⁷

No reinado de James I, a influência da burguesia no Parlamento foi suficiente para produzir uma proibição estatutária de tais monopólios reais, embora com duas isenções interessantes e de longa duração: patentes de invenção e organizações de exportação/importação que por questões políticas abrangiam o globo e o próprio domínio da Coroa Britânica, como a Índia Oriental e as Empresas da Baía de Hudson⁴⁸.

Do período de 1623 até a Segunda Guerra Mundial, foram poucos os diplomas que trataram da concorrência no *Common Law* britânico. Até então muito se falava em Restrição do Comércio "*Restraint of Trade*", que, segundo o *Business Dictionary*, pode ser definido como:

⁴⁶ DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **A legal and economic analysis**. Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 26

⁴⁷ Tradução livre do autor: "Some sought lower prices for these items, but others, undoubtedly, desired a piece of the profit action." DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **A legal and economic analysis**. Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 9.

⁴⁸ Tradução livre do autor: *By the time of James I, their combined influence in Parliament was sufficient to produce a statutory ban on such royal monopolies, though with two interesting and long-lived exemption: patents of invention, and globe-spanning export/import organizations such as the East India and Hudson Bay Companies.* DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **A legal and economic analysis**. Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 9.

1. Contrato legal entre um comprador e um vendedor de uma empresa, ou entre um empregador e um empregado, que impede o vendedor ou empregado de se envolver em negócios semelhantes dentro de uma área geográfica especificada e dentro de um período especificado. Pretende proteger segredos comerciais ou informações de propriedade. É exigível apenas se for razoável em relação à parte contra a qual é feita e não contrária à ordem pública.
2. Contrato ilegal que, de qualquer forma, colide com a oportunidade de outro ou a capacidade de realizar um negócio⁴⁹.

A razão mais importante para este hiato foi provavelmente a influência penetrante e pró-competitiva exercida sobre a economia britânica pela política de livre comércio que prevaleceu durante a maior parte de um Século após a revogação das Leis do Milho - *Corn Law* (legislação que protegia os produtores rurais de grãos contra importações estrangeiras, no Reino Unido) em 1846⁵⁰.

Além das concessões de monopólios pela Coroa Britânica, das guildas, das restrições municipais, das restrições contratuais no emprego e venda de transações, a *Common Law* do Século XVIII também desenvolveu uma forte antipatia por combinações de negócios ou cartéis. Esses tipos de práticas comerciais eram tratadas como conspirações criminais em muitos casos, e seus acordos foram proibidos pelo *Common Law*, por se tratarem de conspirações ilícitas.⁵¹

⁴⁹ Tradução do autor para: 1. *Legal contract between a buyer and a seller of a business, or between an employer and employee, that prevents the seller or employee from engaging in a similar business within a specified geographical area and within a specified period. It intends to protect trade secrets or proprietary information but is enforceable only if it is reasonable with reference to the party against whom it is made, and is not contrary to the public policy.* 2. *Illegal contract that in any way colludes to damage another's opportunity or ability to carry out a business.* BUSINESS DICTIONARY. Disponível em: <<http://www.businessdictionary.com/definition/restraint-of-trade.html>>. Acesso em: 31 de jan. 2017.

⁵⁰ DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **A legal and economic analysis.** Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 9.

⁵¹ DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **A legal and economic analysis.** Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 28

Do outro lado do Oceano Atlântico, as colônias britânicas (E.U.A e Canadá) demonstravam uma economia altamente movimentada e vigorosa, que se expandia rapidamente, tanto pelo mar como pela terra, conforme relatado por Alexis de Tocqueville⁵².

Os Estados Unidos, mesmo com uma população relativamente pequena, já figurava entre as principais potências marítimas do mundo, com suas frotas de navios realizando atividades baleeiras e negociando na Ásia e na Antártica. Em terra, as fábricas e o vapor começaram a aparecer, sendo que Nova York e outras cidades estavam crescendo rapidamente e os assentamentos estavam surgindo a partir dos Apalaches até o Vale Mississipi para mais além do continente norte americano⁵³.

Dunlop, Mcqueen e Trebilcock trazem o seguinte retrato dos EUA:

Mais do que a maioria das nações, os Estados Unidos tinha sido fundado em uma base de ideias. Entre essas ideias havia uma forte revulsão contra a concentração de poder, a grandeza das mãos e o controle remoto dos ausentes - como epitomado, notavelmente, pelo Império Britânico do final do Século XVIII. Embora alguns pensadores como Alexander Hamilton pudessem ter sido favoráveis ao encorajamento de uma oligarquia ou plutocracia indígena, orientada para os negócios, outros, como Thomas Jefferson, temiam muito qualquer forma de organização econômica que pudesse tender a criar grandes exércitos de rootles, mecânicos politicamente instáveis e outros funcionários urbanos. A espinha dorsal política da República era, e deve continuar a ser o pequeno agricultor rural independente e outros tipos semelhantes de cidadãos fortes e independentes, ansiosos por trabalhar por seus próprios destinos econômicos⁵⁴.

⁵² TOQUEVEILE, Alexis de. **A democracia na América** São Paulo: Editora Folha de São Paulo, 2005. p.73.

⁵³ DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **A legal and economic analysis**. Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 9-10.

⁵⁴ Tradução livre do autor: *More than Most nations United States had been founded on a base of ideas. Among those ideas was a strong revulsion against power concentration, heavy-handed bigness, and remote absentee control – as epitomized, notably, by late 18th-century British Empire. While some thinkers*

A principal consequência dessa exploração plena das oportunidades de mercado transcontinental da América sem precedentes na história mundial exigiu uma “solução de problemas técnicos e de negócios-organização em uma escala também sem precedentes”⁵⁵.

Essas soluções técnicas e de negócios-organização em escala foram os chamados *Trustes*. Essas transformações na sociedade americana, isto é, a rápida conquista da era industrial pela América teve um custo social e filosófico significativo.

Nos EUA, com final da guerra da Secessão, houve grande incremento da economia, e poucos agentes passaram a concentrar grandes capitais e recursos. Nesse período, conhecido como “Império dos Trustes”, algumas famílias tinham o controle da produção de certos bens e fixavam seus preços livremente.

Um estudo realizado por Thomas DiLorenzo - professor de Economia da Universidade de Maryland - a respeito da economia americana nos anos entre 1890 e 1890 ressalta que estava crescendo a uma média de 24% , enquanto setores industriais em que atuavam empresas acusadas de monopolização estavam crescendo a uma média de 175% - aproximadamente sete vezes a mais. Ademais, alguns setores específicos, chegavam a atingir uma média de produção de até 10 (dez) vez mais do que a média de crescimento da economia americana, a saber: aço (258%), zinco (156%), carvão (153%), aço para trilhos ferroviários (142%) e açúcar (75%)⁵⁶.

like Alexander Hamilton might have been favourable to the encouragement of an indigenous, business-orientated, oligarchy or plutocracy, others like Thomas Jefferson, greatly feared any form of economic destinies. DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **A legal and economic analysis.** Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 10.

⁵⁵ Tradução livre do autor: *The key counterpart consideration was that the full exploitation of America's unprecedented transcontinental market opportunity required the solution of technical and business-organizational problems on a scale also unprecedented.* DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **A legal and economic analysis.** Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 10.

⁵⁶ DiLORENZO, Thomas. The origins of antitrust: an interest-group perspective. *International Review of Law and Economics*, n. 5, p. 73-90, jun. 1985. *Apud* RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Os fundamentos contra o Antitruste.** Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 72.

William E. Kovacic, Professor de Direito na *George Washington University*, e Carl Shapiro, Professor de Economia da universidade de Berkeley na Califórnia, dissertam sobre o tema no artigo “Política Antitruste: um século do pensamento legal e econômico” (*Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking*)⁵⁷. Em seus trabalhos, os professores norte-americanos trazem a citação da obra clássica de Joseph A. Schumpeter, *History of Economic Analysis* (1954) que discute o período de 1870-1914 na Economia Americana. De forma diferente, Schumpeter não se refere a uma “organização industrial”, mas sim às “ferrovias, utilidades públicas, trustes, e cartéis”.

Natural, portanto, para conceituação e compreensão do Antitruste na América do Norte, que se estude a legislação antitruste dos países que sofreram a influência das Leis de Restrição do Comércio e da Lei dos Monopólios Reais que culminaram na *Combines Act* no Canadá e no *Sherman Act* nos EUA.

1.3 A LEGISLAÇÃO DA CONCORRÊNCIA NO CANADÁ.

Os Estados Unidos da América e o Canadá, por serem sido colônias da Coroa Britânica e a pela forte influencia do *Common Law*, trouxeram consigo as fontes interpretativas da Defesa da Concorrência, especialmente a partir da Doutrina da Restrição do Comércio.

Quando se estuda a origem do Direito da Concorrência, é necessário registrar que se credita ao Canadá o pioneirismo no estabelecimento de legislação concorrencial. Data de 1889, Ato para Prevenção e supressão das combinações na Restrição do Comércio (*Act for the Prevention and Supression of combinations in Restraint of Trade*), cujo objetivo era atacar problemas de combinados ou conluio para restringir o comercio, para fixar preços ou restringir a produção⁵⁸.

Ao examinar o surgimento da norma, Dunlop, McQueen e Trebilcock sustentam que eram grandes os prejuízos causados pelos conluios, monopólios e as combinações entre concorrentes, razão pela

⁵⁷ KOVACIC, Willia; SHAPIRO, Carl. *Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking. GW Law Faculty Publications & Other Works*. 633. p. 3. 2000. Disponível em: <http://scholarship.law.gwu.edu/faculty_publications/633/>. Acesso em: 15 de fev. 2017.

⁵⁸ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 4.

qual essas práticas comerciais passaram a ser grande preocupação do Parlamento Canadense ⁵⁹.

É de se destacar que, diferentemente da Economia Estadunidense, a própria economia canadense possuía, em seu território, uma série de monopólios reais estabelecidos pela Coroa Britânica e Francesa, que assim agiram no sentido de garantir a colonização do território Canadense.

Em 1876 o Canadá adota a “*National Policy*”, que consistiu em um programa econômico introduzido pelo partido conservador para elevar as tarifas sobre artigos manufaturados importados, visando proteger a indústria canadense dos manufaturados americanos. A política de protecionismo do governo canadense fez com que os produtores passassem a exercer grande poder de mercado sobre os consumidores, causando preocupação ao legislador canadense.⁶⁰

Em 1889, o Congressista Nathaniel Clarke Wallace foi responsável por uma investigação a respeito das combinações e de seus efeitos na economia canadense, que ficou conhecida como o *Wallace Comitte Report House of Commons*. O relatório daquela investigação indicou que:

Os males produzidos por combinações como os que aqui investigados, não se desenvolveram somente neste país, mas são dadas evidências suficientes de suas tendências e efeitos prejudiciais para justificar uma ação legislativa para suprimir os males que surgem dessas Combinações e desses Monopólios.⁶¹

⁵⁹ DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **Canadian Competition Policy. A legal and economic analysis**. Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 42.

⁶⁰ THECANADIANENCYCLOPEDIA. **National Policy**. Disponível em: <<http://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/national-policy/>>. Acesso em: 13 de jan. 2017.

⁶¹ Journal of the House of Commons, vol. 22 (1888) Apendice. P. 10: Tradução livre do autor para “*The evils produced by combination such as have been inquired into, have not by any means been fully develop as yet in this country, but sufficient evidence of their injurious tendencies and effects is given to justify legislative action for suppressing the evils arising from these and similar combinations and monopolies.*”

Em 02 de maio de 1989 e seguindo as orientações do relatório de Wallace, o Governo Canadense editou o *Act for the Prevention and Suppressions of Combination formed in restraint trade* que assim estabeleceu:

Qualquer pessoa que conspira, combina, concorda ou arranja com qualquer outra pessoa, ou com qualquer empresa de transporte ferroviário, navio a vapor, barco a vapor ou de transporte ilegalmente:

A) Limitar indevidamente as condições de transporte, produção, fabrico, fornecimento de armazenagem ou de comércio de qualquer artigo ou mercadoria que possa ser objecto de comércio. ou-

B) restringir ou prejudicar o comércio em relação a qualquer desses artigos ou mercadorias. ou-

C) Prevenir indevidamente, limitar ou diminuir a produção da produção, se tal artigo ou mercadoria, ou a renunciar de forma irrazoal o preço thereof. Ou -

D) impedir ou diminuir indevidamente a concorrência na produção, compra, troca, venda, transporte ou fornecimento de qualquer desses artigos ou mercadorias, ou no preço de um seguro sobre a pessoa ou propriedade,

É culpado de um delito menor, por condenação, a pena não superior a quatro mil dólares e não inferior a duzentos dólares, ou a prisão por qualquer período não superior a dois anos; E se for uma corporação, é passível de condenação a pena não superior a dez mil dólares e não inferior a mil dólares.⁶²

⁶² Tradução livre do autor para: *1. Every person who conspires, combines, agrees or arranges with any other person, or with any railway, steamship, steamboat or transportation company, unlawfully, - (a) To unduly limit the facilities for transporting, producing, supplying, storing or dealing in any article or commodity which may be a subject of trade or commerce; or - (b) To restrain or injure trade or commerce in relation to any such article or commodity; or - (c) To unduly prevent, limit, or lessen the manufacture or production of any such article or commodity, or to unreasonably enhance the price thereof; - (d) To unduly prevent or lessen competition in the production, manufacture, purchase, barter, sale, transportation or supply of any such article or commodity; or in the price of*

Logo após sua promulgação, também em 1889, o referido estatuto foi incorporado ao Código Criminal Canadense para que o governo pudesse então processar criminalmente as empresas que violassem a concorrência.⁶³

Durante o período que sucedeu à promulgação do Ato de Prevenção e Supressão de Combinações formadas para a Restrição do Comércio, as combinações foram analisadas sob o prisma de crime, até que, em 1910, houve uma percepção do parlamento de que casos envolvendo conluios apresentavam problemas de investigação especiais e que, portanto, necessitavam de mecanismos especiais de investigação e repressão. Destaca-se, portanto, um reconhecimento de que o Direito Penal seria um instrumento bastante grosseiro, ou rude, para lidar com os problemas complexos das combinações, que deveriam ser aceitas pela sua natureza econômica e regulamentado pelo seu comportamento.

A confiança em remédios criminais nas primeiras tentativas de lidar com a combinação refletiu claramente a visão de que as combinações não eram totalmente erradas, mas seu mau comportamento.⁶⁴

Em 1919 houve uma tentativa, ainda que de vida curta, de introduzir remédios mais sofisticados, de natureza regulatória à defesa da concorrência. Estes remédios faziam parte da tentativa mais ampla de

*insurance upon person or property, Is guilty of a misdemeanor and liable, on conviction, to a penalty not exceeding thousand dollars and not less than two hundred dollars, or to imprisonment for any term not exceeding two years; and if a corporation, is liable on conviction to a penalty not exceeding ten thousand dollars and not less than one thousand dollars. CANADA. An Act for the Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraint of Trade. 1889. Apud DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **Canadian Competition Policy. A legal and economic analysis.** Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 44.*

⁶³ DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **Canadian Competition Policy. A legal and economic analysis.** Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. P.44

⁶⁴ DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **Canadian Competition Policy. A legal and economic analysis.** Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 46.

regular os preços em resposta às preocupações do público especialmente sobre a inflação do período pós-Primeira Guerra Mundial.⁶⁵

Iniciava-se, portanto, a mudança daquele pensamento inicial, pautado especialmente pelo Direito Penal que, a partir dessa alteração legislativa, passava a ser direcionada ao Direito Regulatório.

A *Combines and Fair Act of 1919* partia da premissa de que o comportamento do mercado seria mais facilmente controlado por ordens que moldariam e modificariam seu comportamento de forma muito mais eficaz do que a acusação e persecução criminal em muitas circunstâncias. Para tanto, seria necessário um robusto corpo técnico altamente especializado. Esse corpo técnico foi denominado de Conselho de Comércio, tendo sido estabelecido pela Lei do Conselho de Comércio – *Board of Commerce Act*. Pela lei, esse seria responsável por interpretar e aplicar a *Lei de Combinação e Preços Justos*, que lhe deu poderes extensivos para permitir ou restringir e proibir a formação e a operação das combinações na busca de influenciar a produção e os preços de bens. Referidos instrumentos iriam para além dos recursos penais.⁶⁶

Infelizmente, o Conselho nunca utilizou sua estrutura. A validade de sua abordagem foi questionada na Suprema Corte do Canadá. Os seis magistrados responsáveis pelo julgamento do caso ficaram igualmente divididos e nenhuma julgamento foi prestado. A questão foi levada à Comissão Judicial do Conselho Privado, que concluiu que o Parlamento não poderia promulgar tal lei. Na ocasião, o Conselho entendeu que a Legislação tratava da propriedade e dos direitos civis dos habitantes das províncias (Canadá) e este era um assunto que a província não tinha soberania para legislar. Nem o poder geral de Domínio, nem o poder sobre o comércio, justificavam a ação do parlamento. Tornou-se, portanto, necessário rever a abordagem das combinações e recorrer novamente aos recursos penais, por mais

⁶⁵ DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **Canadian Competition Policy. A legal and economic analysis.** Toronto: Canada Law Book Inc, 1987.p.46.

⁶⁶ DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **Canadian Competition Policy. A legal and economic analysis.** Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 47

inadequados que fossem, mantendo ao mesmo tempo uma estrutura administrativa permanente.⁶⁷

É de se destacar que durante o período de 1923 a 1975, o principal recurso em todos os casos envolvendo combinações, fossem eles acordos para diminuir a concorrência, ou fusões e monopólios, foi o processo penal que, quando bem sucedido, resultava em multa.⁶⁸

Em 1935, em resposta ao relatório da comissão real sobre os *spreads* de preços, os "descontos discriminatórios", a "discriminação territorial dos preços" e o "corte predatório de preços" foram incluídos no âmbito da Lei. Essas práticas eram consideradas injustas, porque permitiam a sobrevivência do poderoso em vez do eficiente.⁶⁹

Ainda em 1935, foi feita outra tentativa de submeter as combinações ao controle não criminal. A Lei do Comitê da Indústria do Comércio do Domínio, de 1935, estabeleceu a Comissão para administrar a Lei de Combinações e entregou-lhe, entre vários poderes, a autoridade de recomendar ao Governador no Conselho os acordos que regulassem preços e produção qualquer indústria onde competição desmoralizadora.⁷⁰

Novamente, a Suprema Corte Canadense foi instada a se manifestar sobre normas que regulamentam a Defesa da Concorrência. Na ocasião, a Suprema Corte Canadense entendeu que a Lei do Comitê da Indústria do Comércio do Domínio estava além da autoridade legislativa do Parlamento. A comissão não desempenhou nenhum papel na administração de combinações depois disso.⁷¹

⁶⁷ DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **Canadian Competition Policy. A legal and economic analysis.** Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 47

⁶⁸ DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **Canadian Competition Policy. A legal and economic analysis.** Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 47

⁶⁹ DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **Canadian Competition Policy. A legal and economic analysis.** Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 48

⁷⁰ DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **Canadian Competition Policy. A legal and economic analysis.** Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 48

⁷¹ DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **Canadian Competition Policy. A legal and economic analysis.** Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 49

Outra importante adição substantiva foi a proibição de manutenção de preços de revenda em 1951 como resultado de recomendações provisórias do Comitê McQuarrie, nomeado pelo governo em 1950. O governo, devido a sua falta de capacidade em lidar com um acordo de fixação de preços de longa data Na indústria de moagem de farinha divulgada pela Câmara dos Comuns por quase um ano até que o Comissário renunciou, nomeou uma Comissão Real.⁷²

Foi também o comitê de *Macquarrie* que recomendou em seu relatório final, em 1952, a criação da Comissão de Práticas de Comércio Restrito e do escritório de Diretor de Investigação e Pesquisa, cujas recomendações foram prontamente implementadas. Anos mais tardes, em 1960, as disposições do Código Penal foram eliminadas e os processos relativos a conspirações, fusões e monopólios foram apresentados ao abrigo da Lei de Investigação Combinada – Inglês.. Esta tinha sido outra proposta do Comitê MacQuarrie.⁷³

Posteriormente, Emenda datada de 1953 passou a considerar como crime a discriminação de preço e o preço predatório⁷⁴.

Gesner Oliveira e João Grandino estabelecem que “até por volta de 1960, o *Competition of Bureau* privilegiou no Canadá a aplicação das regras sobre conluio”.⁷⁵.

⁷² DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **Canadian Competition Policy. A legal and economic analysis.** Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p.49.

⁷³ DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **Canadian Competition Policy. A legal and economic analysis.** Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 49

⁷⁴ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, Joao Grandino. **Direito e Economia da Concorrência.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 4.

⁷⁵ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Op. cit.* p. 6.

Nesse sentido, em 1966, o Conselho Econômico do Canadá foi convidado a estudar temas como condutas, fusões, monopólios e restrições ao comércio e aconselhar o governo. Os problemas relacionados à concorrência eram investigados por um oficial, o Diretor de Investigação e Pesquisa, responsável por investigar possíveis violações da Lei, seja por iniciativa própria, a pedido de seis cidadãos na idade de votar, ou por requisição do Ministro da Justiça. A prova da infração suspeita poderia levar a persecução ou a oitiva extrajudicial por parte da Comissão de Práticas Comerciais Restritivas e a Comissão poderia elaborar relatório das suas conclusões e recomendar a acusação caso entendesse adequado.⁷⁶

Basicamente, naquele período (1960-1970), as infrações à Concorrência consistiam em: conspirar para lesar a concorrência injustamente, participar na formação ou operar uma fusão ou monopólio que lesasse a competição em detrimento ou contra o interesse do público, discriminação de preços, preços predatórios e manutenção de preços de revenda⁷⁷.

A ideia de que a Lei havia sido concebida para preservar a livre concorrência, ao invés de impedir o abuso de poder, foi refletida diretamente na opinião expressa do *Director*⁷⁸ e em alguns julgamentos dos Tribunais. No entanto, a legislação sua aplicação pareciam contradizer esta visão. As únicas combinações que foram processadas de maneira satisfatória foram aquelas que tentaram eliminar ou que efetivamente eliminaram totalmente a concorrência. Somente um monopólio e nenhuma fusão foram julgadas consideradas ao interesse público.

⁷⁶ DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **Canadian Competition Policy. A legal and economic analysis.** Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 50.

⁷⁷ DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **Canadian Competition Policy. A legal and economic analysis.** Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 50.

⁷⁸ Report of the Director of Investigation and Research, Combines Investigation Act (Ottawa, Queen's Printer, 1961). P. 7. *Apud* DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **Canadian Competition Policy. A legal and economic analysis.** Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 50.

Os empresários da época argumentavam que a lei era injusta por duas razões. (1) ofendia um princípio fundamental do direito penal, porque não era clara; (2) era discriminatória na medida em que se aplicava somente à empresas de alguns setores, deixando de lado, por exemplo, a indústria dos serviços.⁷⁹

Durante esse período, apenas as conspirações mais óbvias haviam sido processadas. Duas fusões chegaram a ser alvo de acusações, no entanto, ainda que envolvessem agentes com comportamento altamente anticompetitivas, não foram julgadas procedentes. Essa falta de clareza foi o fator que explica as consequentes absolvições. Este foi o paradoxo: apesar de muitas queixas, muitas práticas comerciais eram justificáveis, razão pela qual, muitas vezes os reclamantes não tinha nada a reclamar. A reação dos negócios aos esforços feitos na década de 1970 para esclarecer e ampliar a lei provou este ponto⁸⁰.

Ainda assim, durante as décadas subsequentes, 1970 e 1980, houve tentativa de reforma da legislação. Nesse sentido, em julho de 1969, o Conselho Econômico elaborou Relatório Interno sobre a Política de Concorrência, que se estendeu a quase 200 páginas. Segundo Dunlop, Mcqueen e Trebilcock, mesmo com o Relatório do Conselho, foi somente na década de 1980 que sua implementação foi efetivada. O Conselho centrou-se no valor da concorrência, com o seguinte entendimento:

⁷⁹ DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **Canadian Competition Policy. A legal and economic analysis.** Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 50.

⁸⁰ DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **Canadian Competition Policy. A legal and economic analysis.** Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 51.

Na primeira fase, consideramos que o conjunto geral de políticas de concorrência deveria ser um que visasse à obtenção de um uso mais eficiente dos recursos na economia canadense. Em segundo lugar, acreditamos que alguma forma de controle social deve ser exercida sobre todas as atividades comerciais e que, na maior parte da economia canadense, o uso de recursos teóricos será mais fatalmente promovido através de políticas que maximizem as oportunidades para o livre jogo das forças competitivas do mercado. A utilização de outras formas de controle social, ou seja, regulação governamental e propriedade do governo, deve ser aplicada somente às atividades em que as tendências monopolísticas quase eliminaram as respostas competitivas ou quando a proteção do interesse do consumidor em questões como a saúde, segurança, fraude, divulgação e padronização, entre outros, requer a implementação de regulamentos explícitos do governo⁸¹.

⁸¹ Economic Conciul of Canada, Interim Report on Competition Policy (Ottawa, Queen's Printer, 1969). p. 195. *Apud* DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **Canadian Competition Policy. A legal and economic analysis.** Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 51. Tradução livre do autor: *In the first place, we have taken the view that the general set of competition policy should be one that aims at the achievement of efficient resource use in the Canadian economy. Second, we believe that some form of social control should be exerted over all commercial activities, and that over the greater part of the Canadian economy, efficient resource use will be more readily brought about through policies that maximize the opportunities for the free play of competitive market forces. The use of other forms of social control, namely, government regulation and government ownership, should be brought to bear only on those activities where monopolistic tendencies have all but eliminated competitive market responses, or where the protection of the consumer interest in matters such as health, safety, fraud, disclosure and standardization, among others, requires the implementation of explicit government regulations.*

O Conselho identificou também a ausência de clareza, a natureza discriminatória da legislação existente na medida em que as indústrias de serviços não foram afetadas pelas lei da concorrência de até então e a total dependência das medidas corretivas penais como obstáculos à boa execução da política de concorrência. O Conselho recomendou que uma série de práticas prejudiciais deveria ser proibida mais severamente pela Lei Penal, sendo elas:

- (1) Acordos Colusivos entre concorrentes para fixar os preços (incluindo as propostas em licitações);
- (2) Acordos Colusivos entre concorrentes para alocar mercados;
- (3) Acordos Colusivos entre concorrentes para impedir a entrada de novos concorrentes no mercado ou a expansão dos concorrentes existentes;
- (4) Manutenção dos preços de revenda; e
- (5) Publicidade enganosa⁸².

Registra-se ainda que o Conselho recomendou que os casos sobre fusões, monopólios, além de certas práticas comerciais como a recusa de negociação, a negociação exclusiva, a negociação vinculada, a discriminação de preços e as práticas predatórias fossem julgadas por um Tribunal Civil. Mencione-se que nos casos envolvendo fusão e formação de monopólios, o tribunal poderia permitir, proibir ou modificar as transações. Quanto às demais práticas comerciais, o Tribunal teria o poder de proibi-las em determinadas circunstâncias:

⁸² Tradução livre do autor para: 1) *Collusive has entered into an agreement between competitors to fix prices (including tenders)*; (2) *collusive agreements between competitors for allocated markets*; (3) *Collusive agreements between competitors to prevent new competitors from entering the market or the expansion of existing competitors*; (4) *maintenance of resale prices*; and (5) *Misleading advertising*. DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **Canadian Competition Policy. A legal and economic analysis**. Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 51-52.

Em 1971, em resposta às recomendações do Conselho Econômico, foi realizada uma revisão da lei sobre concorrência, através do Projeto de Lei C256, introduzido na Câmara dos Comuns⁸³. Já em seu preâmbulo, referido projeto aplaudia as virtudes da competição em alocar recursos, intensificar a eficiência na produção e distribuição de bens e serviços, transmitindo os benefícios da eficiência para o público e promovendo o empreendedorismo individual⁸⁴.

O projeto de lei considerou que certas práticas colusivas deveriam ser expressamente proibidas. No projeto, houve a tipificação do crime de "monopolização" e o entendimento de que os monopólios e as fusões deveriam ser controlados pelo Tribunal da Concorrência através de remédios civis ou regulatórios. O Tribunal recebeu uma lista substancial de fatores que deveriam ser levados em consideração no momento de se decidir sobre proibir, permitir ou modificar uma fusão. Em suma, estes fatores relacionavam-se aos benefícios e aos prejuízos que se poderiam ser esperados da fusão do ponto de vista do interesse público⁸⁵.

O Governo Canadense acabou por retirar o projeto de lei C-256, o ministro que introduziu o referido projeto foi substituído e o novo ministro indicou que o Governo repensaria alguns aspectos da política de concorrência e introduziria alterações na legislação. Em um primeiro momento, foi aprovada, em 1975, uma alteração que estendeu a competência da legislação para todos os serviços. Registra-se que a emenda de 1975 criou a possibilidade de ser intentada causa de ação privada para qualquer pessoa que sofresse perda ou dano decorrente de um comportamento proibido pela legislação ou por uma ordem da Comissão ou por uma determinação do Tribunal, nos termos da legislação⁸⁶.

⁸³ DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **Canadian Competition Policy. A legal and economic analysis.** Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 52.

⁸⁴ DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **Canadian Competition Policy. A legal and economic analysis.** Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 53.

⁸⁵ DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **Canadian Competition Policy. A legal and economic analysis.** Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 53.

⁸⁶ DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **Canadian Competition Policy. A legal and economic analysis.** Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 54.

Em 1986 houve ampla reforma legislativa que gerou o novo *Competition Act*. O referido diploma procurou reforçar a efetividade do Direito da Concorrência e tipificar as condutas ilegais. Entre as inovações trazidas pela norma em comento, cite-se a necessidade de se comunicar previamente as fusões de empresas que tenham ativos ou faturamento no Canadá acima de 400 (quatrocentos) milhões de dólares e cujo valor da operação seja superior a cinquenta milhões de dólares canadenses. Finalmente no ano de 1986, foram ampliadas a competência e a composição do Tribunal de Competência, por meio do *Competition Tribunal Act*⁸⁷.

De acordo com o *Competition Act*, incumbe ao Diretor de Investigação e Pesquisa realizar inquérito com relação às condutas, requerer junto ao Tribunal da Competição em matéria cível, bem como encaminhar assuntos criminais ao *Attorney General*. Ao *Bureau of Competition Policy*, compete aplicar a lei de concorrência, promover o seu cumprimento voluntário, bem como a responsabilidade institucional pela advocacia da concorrência⁸⁸.

O título *Combines Investigation Act* foi alterado para o *Competition Act*. A legislação instituiu o Tribunal da Concorrência, que substitui a Comissão de Práticas Comerciais Restritas. Esse Tribunal da Concorrência é o órgão que parece chegar ao compromisso entre aqueles que pensavam que um tribunal seria o foro preferencial para resolver questões contestadas e aqueles que preferiam um tribunal de especialistas em negócios econômicos. O Tribunal seria composto por juízes e por pessoas de fora do judiciário⁸⁹.

De acordo com a Legislação de 1986, os monopólios e fusões deixaram de estar sujeitos a sanções penais. Apenas a cartelização, a discriminação de preços, os preços predatórios, a manutenção de preços de revenda, a publicidade falsa e outras práticas comerciais desleais continuavam sendo ofensas criminais⁹⁰.

⁸⁷ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, Joao Grandino. *Op. cit.* p. 5.

⁸⁸ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, Joao Grandino. *Op. cit.* p. 5.

⁸⁹ DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **Canadian Competition Policy. A legal and economic analysis.** Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 55.

⁹⁰ DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **Canadian Competition Policy. A legal and economic analysis.** Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 55.

O ato foi estendido para cobrir acordos e fusões entre bancos. Embora a alteração da Lei das Investigações Combinadas de 1975 relativa aos serviços e às alterações à Lei dos Bancos de 1980 tivesse conferido alguma responsabilidade ao Diretor pelo cumprimento da lei em relação às instituições financeiras, os acordos bancários estavam sujeitos à Lei do Banco (*Bank Act*) e as fusões eram isentas⁹¹.

Em junho de 2003, o governo canadense publicou estudo que objetivou modernizar o regime concorrencial do país. O referido estudo determinou: a) reforço dos procedimentos cíveis do *Act* de 1986 com relação às condutas, reforma da regra criminal que trata de conluio e reformulação das regras sobre preço; b) no que se refere ao controle de fusões, o *Competition Act* foi reformulado para minimizar a relevância do critério de eficiências quanto à aprovação de uma operação, passando esta a ser considerada apenas como um fator adicional no exame pela autoridade⁹².

Ainda quanto ao Direito Antitruste do Canadá, cumpre assinalar que o *Competition Bureau* tem alargado o escopo das políticas multilaterais e dos seus mecanismos de aplicação e expandido a cooperação com agências de competição de outros países.

No que se refere à matéria cível, o *Competition Bureau*, com algumas salvaguardas, para facilitar a cooperação internacional, vem sendo autorizado a trocar informações concorrenciais com autoridades estrangeiras responsáveis por investigações antitruste, de maneira que já foram firmados acordos de cooperação com as autoridades americanas e com a Comissão Europeia.

⁹¹ DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. **Canadian Competition Policy. A legal and economic analysis.** Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 55.

⁹² OLIVEIRA, Gesner; RODAS, Joao Grandino. *Op. cit.* p. 6.

Durante a virada do milênio o Governo Federal Canadense passou a considerar as atividades de carteis *hard-core*⁹³ como ofensa criminal *per se*, sendo que outros tipos de acordos para restringir a concorrência foram tidos apenas como ilícitos civis⁹⁴.

1.4 O DIREITO ANTITRUSTE NOS EUA.

Ainda que se credite ao Canadá o pioneirismo na legislação da defesa da concorrência, pode-se dizer que os Estados Unidos da América foi o país que deu maior notoriedade à Defesa da Concorrência, em especial pelo significativo desenvolvimento econômico oriundo da rápida industrialização do país.

A origem do Direito Antitruste nos Estados Unidos é atribuída ao *Sherman Act* de 1890, o qual tornou ilegais “todos os contratos, combinações sob a forma de confiança ou de outra natureza, ou conspiração, na restrição do comércio e monopolização”, considerando tais violações como infrações à lei, sem entretanto defini-las⁹⁵. Sobre o assunto, o historiador Rudolf J.R. Petiz assim relata:

Em 1890, os Estados Unidos da América foram pioneiros em direito da concorrência e reforçaram significativamente o futuro do livre-mercado no sistema norte-americano, através da adoção de um novo estatuto Federal: O *SHERMAN ANTI-TRUST ACT*. Pela primeira vez na história, um governo nacional tomou responsabilidade de investigar e, se necessário, processar os monopólios e cartéis de fixação de preços. Com o tempo, a aplicação dessa legislação, resultou na denúncia de grandes industriais. Com o tempo, a mensagem do novo dispositivo legal ficara clara, eis que limitou a capacidade de uma empresa dominar os seus concorrentes no mercado. A nova

⁹³ Segundo documento da OECD, “os cartéis “duros” são acordos anticoncorrenciais por parte dos concorrentes para fixar preços, restringir a produção, apresentar propostas colusórias ou dividir ou partilhar mercados”. Tradução do autor para: “*Hard core*” cartels are anticompetitive agreements by competitors to fix prices, restrict output, submit collusive tenders, or divide or share markets”. OECD.REPORTS. **Hard-core cartels. 2000.** Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/2752129.pdf>>. Acesso em: 22 de fev. 2017.

⁹⁴ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, Joao Grandino. *Op. cit.* p. 6.

⁹⁵ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, Joao Grandino. *Op. cit.* p. 6.

lei fez o sistema econômico americano mais dinâmico e mais aberto aos novos concorrentes e novas tecnologias. Viu-se, no Século seguinte (XX), uma elevada no nível de expansão da economia e um aumento na qualidade de vida nos Estados Unidos⁹⁶.

O final do Século XIX foi marcado pelo crescimento exponencial das grandes corporações nos Estados Unidos da América, que passaram a receber o nome de *Trustes* (do inglês: confiar). Durante o auge da industrialização norte-americana, em janeiro de 1882, o advogado Samuel Dodd da *Standard Oil* teve a brilhante ideia implementar a relação de “confiança” entre diversas empresas produtoras de petróleo, criando um Conselho de Administração – *Board of Direction*, ocasião em que todas as propriedades padrão da indústria foram colocadas nas mãos do referido Conselho. Pode-se citar pelo menos quatro trustes conhecidos à época: o das Ferrovias, o do Açúcar, o do ferro (*Union Pacific Railroad*) e o do petróleo (*Standart Oil*).⁹⁷

Com o mercado dominado pelos *Trustes*, não havia espaço para competição e os preços eram elevados pelas empresas membro dos *Trustes*, ao mesmo tempo em que a qualidade dos produtos diminuía, colocando em risco a prosperidade conquistada naquela época nos Estados Unidos da América. Os donos das grandes corporações, os *Trustes*, aumentavam seus lucros como bem entendiam e quem perdia era sociedade, o livre-mercado.

⁹⁶ Tradução do autor: *In 1890, the United States pioneered competition law and significantly strengthened the future of free markets in the american system by adopting a new federal statute: the sherman anti-trust act. For the first time in history, a national government had taken responsibility to investigate and, if necessary, prosecute monopolies and price-fixing cartels. Over time, the results of this act, denounced by captains of industry at the time of its passage, would become clear. By limiting a business's ability to dominate its competitors in the marketplace, the new law made the american economic system more dynamic and more open to new competitors and new technologies. The next century saw great economic expansion and heightened living standards in the United States.* PERITZ, Rudolph. *Antitrust Law and the Modern Age*. In: **Historians on America**. U.S. Department of State publication, 2007. Disponível em: <<http://iipdigital.usembassy.gov/st/english/publication/2008/04/20080423212813eaifas0.42149.html#ixzz2WWYf4nwr>>. Acesso em: 15 de jun. 2016.

1 ⁹⁷ U.S. CONGRESS. **Sherman Anti-Trust Act (1890)**. Disponível em: <<http://www.ourdocuments.gov/doc.php?doc=51>>. Acesso em: 14 de maio de 2016. p. 1.

Os *Trustes* seriam acordos através dos quais os acionistas em várias empresas transferiam suas ações para um único conjunto de curadores. Em contrapartida, os acionistas receberiam um certificado que daria direito a uma parte especificada dos resultados consolidados das empresas geridas em conjunto. Cada acionista recebeu 20 certificados de confiança para cada ação da *Standard Oil*. Todos os lucros das empresas componentes foram enviados para os nove curadores, que determinaram os dividendos. Os nove curadores elegeram os diretores e administradores de todas as empresas que o compunham. Isso permitiu que a *Standard Oil* funcionasse como um monopólio⁹⁸.

Os *trustes* dominaram um grande número de indústrias, destruindo a concorrência. O caso emblemático e exordial para a intervenção do Estado nos Estados Unidos da América foi o caso da *Statandard Oil Trust*, indústria norte-americana de petróleo e derivados⁹⁹. O termo “antitruste” provém do anglicanismo *antitrust*, muito difundido na bibliografia especializada.

Gaban e Domingues estabelecem que alguns tipos de organizações monopolísticas apareceram por volta da segunda metade do Século XIX nos Estados Unidos e considerando-se que a concorrência passou a ser vista como primordial para o sistema econômico exigiu-se do Estado uma atuação para eliminar distorções que poderiam afetar o sistema¹⁰⁰.

Preocupado com a extrema liberdade desses grupos empresariais, o domínio do mercado e visando coibir o “abuso de poder econômico” dos *Trustes*, o então presidente Theodore Roosevelt sancionou, em 2 de julho de 1890, a lei conhecida como *Sherman Act*. Elaborada pelo Senador John Sherman, que era presidente do comitê de Finanças do Senado e já havia sido secretário do Tesouro no governo do presidente Rutherford Hayes. O *Sherman Antitrust Act* baseou-se no poder Constitucional do Congresso para regular o comércio interestadual¹⁰¹.

2 ⁹⁸ U.S. CONGRESS. **Sherman Anti-Trust Act (1890)**. Disponível em: <<http://www.ourdocuments.gov/doc.php?doc=51>>. Acesso em: 14 de maio de 2016. p. 1.

⁹⁹ U.S. CONGRESS. **Sherman Anti-Trust Act (1890)**. Disponível em: <<http://www.ourdocuments.gov/doc.php?doc=51>>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2017. p. 1.

¹⁰⁰ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Op. cit.* p. 71.

¹⁰¹ U.S. CONGRESS. **Sherman Anti-Trust Act (1890)**. Disponível em: <<http://www.ourdocuments.gov/doc.php?doc=51>>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2017. p. 1.

Àquela época, vários Estados já haviam promulgado leis semelhantes, mas a aplicação dos dispositivos legais estava limitada ao comércio interestadual. Dessa forma, o *Sherman Antitrust Act* visava impedir a formação de trustes e também a punição dos mesmos na esfera federal¹⁰².

As principais determinações da Lei Sherman ou *Sherman Act* consistiam em: inibir contratos de truste e de monopólios. Abaixo, transcreve-se as principais determinações da referida lei:

Todo contrato ou acordo em forma combinação ou de outra forma, ou conspiração, na restrição do comércio ou comércio entre os vários Estados, ou com nações estrangeiras, é declarado ilegal. Toda pessoa que fizer qualquer contrato ou se envolver em qualquer combinação ou conspiração declarada como ilegal será considerado culpado de um crime, e, em caso de condenação, deverá ser punido com multa não superior a 100.000 mil dólares, se uma empresa, ou, no caso de qualquer outra pessoa, US\$ 1.000.000, ou com pena de prisão não superior a 10 anos, ou por ambas as punições, a critério do tribunal¹⁰³.

No entanto, em virtude da amplitude da descrição contida na legislação em comento, os juízes federais tinham que diferenciar a cooperação aceitável da colusão ilegal, bem como a competição vigorosa da monopolização ilegal¹⁰⁴.

¹⁰² U.S. CONGRESS. **Sherman Anti-Trust Act (1890)**. Disponível em: <<http://www.ourdocuments.gov/doc.php?doc=51>>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2017. p. 1.

¹⁰³ Tradução do autor: “*Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.* U.S. CONGRESS. **Sherman Anti-Trust Act (1890)**. Disponível em: <<http://www.ourdocuments.gov/doc.php?doc=51>>. Acesso em: 14 de maio de 2016. p. 1

¹⁰⁴ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, Joao Grandino. *Op. cit.* p. 6.

O *Sherman Act* é considerado como o mais significativo diploma legal Antitruste, no qual se reagiu à concentração de poder nas mãos de alguns agentes econômicos, procurando-se discipliná-lo¹⁰⁵. Sobre o tema, convém trazer as considerações de Motta:

Enumerado como um dos pilares essenciais do desenvolvimento do direito da concorrência, a aprovação do *Sherman Act* de 1890 foi entendida como a resposta do legislador americano à utilização massiva do *trust* para efeitos anticoncorrenciais – técnica que encontrou o seu maior impulsionador em John D. Rockefeller. Na essência, pretendia-se disciplinar as representações cruzadas nas administrações de várias empresas rivais (*combination of voting shares*), que assim logravam obter uma coordenação dos seus comportamentos concorrenciais no mercado, eliminando a concorrência através do controle da produção e da manutenção dos preços, ao mesmo tempo que preservavam a sua existência individual.¹⁰⁶

No que se refere à sua efetividade, deve-se mencionar que, em suas primeiras décadas de existência, o *Sherman Act* não avançou muito na efetiva implementação da política antitruste, muito embora as decisões judiciais tenham começado a ajustar os vagos termos previstos na legislação. Nesse sentido, Gaban e Domingues ensinam que o *Sherman Act* pretendeu banir quase todos os contratos que restringiam o comércio. Por conseguinte, os juízes tiveram que desenvolver a habilidade de interpretar a norma e de distinguir uma colaboração eliminadora da rivalidade de uma cooperação com o intuito de promover o crescimento¹⁰⁷.

¹⁰⁵ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 71.

¹⁰⁶ Motta (2004), *Competition Policy: theory and practice*, Cambridge, p. 1. *Apud* FONTE, Mario Augusto Barbosa da. **Política da Concorrência em Portugal**. Dissertação de Mestrado em Economia. Faculdade de Economia. Universidade do Porto. 2012. p. 4.

¹⁰⁷ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Op. cit.* p. 72.

No mesmo sentido, Fonte assinala que o caráter genérico das disposições do *Sherman Act*, assente na especificidade do direito anglo-saxônico, determinou o papel fundamental que os tribunais assumiram na concretização do sentido normativo de suas previsões e na consolidação de um “verdadeiro antitruste, de matriz jurisprudencial”¹⁰⁸.

Para elucidar melhor a questão, destaca-se o caso¹⁰⁹ paradigma em que os Estados Unidos da América processaram a *Addyston Pipe*, uma fabricante de dutos e tubos de esgoto, que operava em conluio para fraudar licitações para dutos de esgotos municipais.

No referido caso, o Juiz William Howard Taft, que futuramente viria a se tornar Presidente dos Estados Unidos, adotou a regra da razão, que considera ilegais as práticas que restringissem o comércio sem justificativa plausível.

A análise judicial do Juiz Taft distinguiu a restrição do comércio “nua”, na qual rivais diretos simplesmente acordavam em restringir a produção e aumentar o preço de restrição “razoável”, que criava obstáculos de maneira acessória a uma prática comercial aceitável, tal como, por exemplo, expandir a produção ou introduzir um produto que nenhum produtor sozinho conseguia oferecer. No caso, foram rejeitados os argumentos de que fixação de preços pelos concorrentes (chamada cartelização razoável) era benigna.¹¹⁰

No entanto, o caso mais emblemático envolvendo a aplicação do *Sherman Act* foi a demanda envolvendo a *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).

Por volta de 1880, a *Standard Oil*, empresa que era gerenciada por John D. Rockefeller estava usando o seu domínio tanto sobre a capacidade de refino quanto na distribuição de petróleo. Usando do seu tamanho e da sua influência para minar adversários, a *Standard Oil* pressionava seus concorrentes em uma série de maneiras consideradas “anticompetitivas”, incluindo o subfaturamento e ameaças a

¹⁰⁸ FONTE, Mario Augusto Barbosa da. **Política da Concorrência em Portugal**. Dissertação de Mestrado em Economia. Faculdade de Economia. Universidade do Porto. 2012. p. 4.

¹⁰⁹ UNITED STATES v. ADDYSTON PIPE & STEEL CO. IN THE UNITED STATES CIRCUIT COURT FOR THE SOUTHERN DIVISION OF THE EASTERN DISTRICT OF TENNESSEE.

¹¹⁰ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Op. cit.* p. 72.

fornecedores e distribuidores que fizessem negócios com os concorrentes da *Standard*.¹¹¹

Sobre o poder da *Standart Oil*, o Prof. Richard Posner destaca a complexidade econômica de organização daquele *Trust* do setor petrolífero, nos seguintes termos:

A referência na opinião do petróleo Standart para as más práticas do Rockefeller Trust, como o corte predatório de preços, revelou-se extremamente importante para o posterior desenvolvimento da legislação antitruste. A fixação de preços e as fusões para o monopólio são métodos pelos quais os vendedores cooperantes eliminam voluntariamente a concorrência entre si. Não são formas de agressão contra concorrentes não cooperantes. Pelo contrário, a formação de um cartel ou a fusão de empresas concorrentes para criar um monopólio de empresa única aumenta as oportunidades de lucro de outros vendedores no mercado e de potenciais novos operadores, aumentando o preço de mercado acima do nível competitivo. A colusão seria mais rentável se a entrada ou a expansão por não participantes no cartel ou monopólio pudessem de alguma forma ser desencorajadas. O corte predatório de preços é uma das várias práticas pelas quais um vendedor ou um grupo de vendedores pode ser considerado capaz de obter ou manter o poder de monopólio eliminando ou intimidando vendedores concorrentes ou potenciais concorrentes¹¹².

¹¹¹ U.S. CONGRESS. **Sherman Anti-Trust Act (1890)**. Disponível em: <<http://www.ourdocuments.gov/doc.php?doc=51>>. Acesso em: 14 de maio de 2016. p. 1

¹¹² Tradução do autor para: *The reference in the Standart oil opinion to the bad practices of the Rockefeller Trust, such as predatory price cutting, proved to be exceedingly important for the subsequent development of antitrust law. Price fixing and mergers to monopoly are methods by which cooperating sellers voluntarily eliminate competition among themselves. They are not forms of aggression against non-cooperating competitors. On the contrary, the formation of a cartel, or the merger of competing firms to create a single-firm monopoly, increases the profit-making opportunities both of other sellers in the market and of potential new entrants by raising the market price above the competitive level. Collusion would be more profitable if entry or expansion by*

Nesse sentido, o autor ainda destaca a diferença entre práticas colusivas (acordos anticompetitivos cooperativos) e práticas de exclusão (coaçoão de vendedores fora do grupo colusivo), assinalando que compreender essa diferença é fundamental para entender as leis antitruste.

Segundo Posner, a prática puramente colusória envolve a cooperação entre vendedores concorrentes através de um acordo, expresso ou tácito, que limita a concorrência, ou de uma fusão ou outro método de fusão para elevar o preço de mercado acima do nível competitivo.

Esse acordo gera lucros de monopólio, mas também induz outras empresas a expandir sua produção do produto vendido pelos vendedores coniventes (ou a começar a fabricar o produto se não o tiverem feito anteriormente) para captar uma parcela dos lucros do monopólio.

De forma interessante, Posner destaca que a prática colusiva pura traz consigo a semente de sua própria destruição. No que se refere à prática de exclusão, essa é geralmente um método através do qual uma empresa que possui ou deseja uma posição de monopólio troca uma parte de seus lucros monopolistas, pelo menos temporariamente, por uma maior participação de mercado, tornando-a não rentável para os outros vendedores competir¹¹³.

A Suprema Corte Americana, ao analisar o caso, decidiu que a legalidade da competição de eliminação por fusão como contrato distinto entre empresas concorrentes deveria ser determinada pela aplicação de uma "Regra da razão", a qual permitiria inquérito mais completo e mais flexível sobre as consequências econômicas de um acordo impugnado que era permitido ou teria sido adequado em um caso de cartel.

Naquela ocasião, o Tribunal concluiu que o termo *Restraint of Trade* referia-se à contratos que resultassem em "situação de monopólio ou de suas consequências". O Tribunal identificou três dessas consequências: preços mais altos, a produção reduzida e de qualidade reduzida.

nonparticipants in the cartel or monopoly could somehow be discouraged. Predatory price cutting is one of a number of practices by which a seller or a group of sellers might be thought able – to obtain or maintain monopoly power by eliminating or intimidating competing sellers or potential competitors. POSNER, Richard A. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. Chicago: University of Chicago Press, 1976. p. 28.

113 POSNER, Richard A. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. Chicago: University of Chicago Press, 1976. p. 28.

Ainda que tenha sido acusado por várias condutas como: exigir descontos de ferrovias, vender abaixo do custo para destruir ou intimidar concorrentes locais, evitar autoridade reguladora estadual, Posner salienta que a Suprema Corte Americana não deixou claro por quais condutas o *Trust* teria sido efetivamente condenado¹¹⁴.

Na tradução do corpo da Lei Antitruste Americana, a Suprema Corte entendeu que qualquer combinação "na forma de confiança (*Trust*) ou de outro modo que estivesse em restrição do comércio ou comércio entre os diversos estados ou com nações estrangeiras seria declarada ilegal". Os empresários que formaram essas combinações foram sujeitos a multas de US\$ 5.000 (cinco mil dólares) e um ano de reclusão. Ao que tudo indicava, parecia o fim dos monopólios¹¹⁵.

Registra-se que a *Standart Oil* chegou a dominar 90% das refinarias norte-americanas. O Tribunal adotou o modelo no qual 90% das quotas de produção de refinaria seriam prova suficiente de monopólio, sendo que o exercício abusivo, no sentido de diminuir a competição, deveria ser identificado. A *Standart Oil* foi acusada não apenas da tentativa de fixar preços, mas de inúmeras práticas ilegais (uso de espionagem, suborno, restrições ao comércio, além de práticas diversas para monopolizar o mercado).¹¹⁶

Com o tempo as grandes empresas foram percebendo que, em vez de criar um cartel, elas poderiam simplesmente promover uma aquisição ou até mesmo uma fusão, concentrando toda a concorrência em uma única empresa, e absorvendo todas as vantagens de poder de mercado de que um cartel poderia trazer. Assim sendo, a Lei Sherman acabara por provocar a onda de fusões da história dos EUA. Preocupado com isso, no ano de 1914 o Congresso Americano promulgou e o então presidente Woodrow Wilson sancionou a *Clayton Antitrust Act*, conhecida como

¹¹⁴ POSNER, Richard A. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. Chicago: University of Chicago Press, 1976. p. 28.

¹¹⁵ U.S. CONGRESS. **Sherman Anti-Trust Act (1890)**. Disponível em: <<http://www.ourdocuments.gov/doc.php?doc=51>>. Acesso em: 14 de maio de 2016. p. 1

¹¹⁶ KOVACIC, Willia; SHAPIRO, Carl. Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking. *GW Law Faculty Publications & Other Works*. 633. p. 3. 2000. Disponível em: <http://scholarship.law.gwu.edu/faculty_publications/633/>. Acesso em: 15 de fev. 2017. *Apud* GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Op. cit.* p. 73.

Lei Clayton, diploma legal que fez modificações substantivas e processuais para a lei antitruste federal.¹¹⁷

O *Clayton Antitrust Act* reduziu a discricionariedade judicial ao proibir uniões arranjadas como os acordos de exclusividade, a fixação de preços e outras variáveis concorrenciais e concentrações obtidas pela compra de fundos¹¹⁸.

Segundo Fonte, muito embora o *Sherman Act* regulasse a fixação de preços e a divisão de mercados entre empresas, assim como toda qualquer prática monopolista, nunca teve impacto na regulação das concentrações de empresa, regulação que apenas surgiu com o Clayton Act de 1914, o qual teve resultados ineficientes, pois apenas proibia a aquisição de ações, sendo que essa disposição foi contornada pela técnica de aquisição de ativos das empresas como forma de concentração empresarial¹¹⁹.

O *Federal Trade Commission Act (FTC Act)*, por sua vez, concluiu a formação de um corpo administrativo para a construção de uma política antitruste. Assim, o *FTC Act* cria uma agência do mesmo nome, encarregada de efetivar o Direito de Concorrência, com o objetivo principal de investigar práticas de concorrência desleal, emitir ordem de cessação, além de policiar as práticas concorrenciais que fossem enganosas¹²⁰.

Sobre o tema, Posner ensina que a Seção 5 do *Federal Trade Commission Act* proibia os "métodos de concorrência desleais", sendo que essa proibição foi dirigida principalmente contra práticas de exclusão, embora posteriormente tenha proibido praticamente qualquer outra prática antitruste. A Seção 2 do *Clayton Act* proibia a discriminação de preços e a Seção 3 proibia a subordinação e a exclusividade, em circunstâncias em que o feito possa ser diminuir substancialmente a concorrência ou tender a criar um monopólio¹²¹.

¹¹⁷ U.S. CONGRESS. **Sherman Anti-Trust Act (1890)**. Disponível em: <<http://www.ourdocuments.gov/doc.php?doc=51>>. Acesso em: 14 de maio de 2016. p. 1

¹¹⁸ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Op. cit.* p. 72.

¹¹⁹ FONTE, Mario Augusto Barbosa da. **Política da Concorrência em Portugal**. Dissertação de Mestrado em Economia. Faculdade de Economia. Universidade do Porto. 2012. p. 5.

¹²⁰ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, Joao Grandino. *Op. cit.* p. 7.

¹²¹ POSNER, Richard A. **Antitrust Law: An Economic Perspective**. Chicago: University of Chicago Press, 1976. p. 31.

As Seções 7 e 8 do *Clayton Act* limitou as aquisições de estoques e as diretorias entrelaçadas, as quais não são concebidas como práticas de exclusão. A Seção 7 foi facilmente evitada pela substituição de uma fusão ou consolidação (ou seja, por uma aquisição de ativos) para a aquisição de ações proibida pelo estatuto, e as diretorias entrelaçadas têm sido um método eficaz de conluio ou monopolização. Posner destaca que a anos depois, a Seção 7 foi alterada para incluir as fusões e outras aquisições de ativos, fornecendo uma base legal para condenar um grande número de fusões como práticas de exclusão¹²².

Quanto à aplicação dessas normas, verificou-se, entre os anos de 1915 até a metade de 1930, que as decisões judiciais obtiveram resultados diversos, uma vez que confiaram em testes racionais para avaliar as condutas empresariais, observando-se tratamento de forma permissiva para comportamentos suspeitos¹²³.

Sobre o direito concorrencial norte-americano, cumpre destacar que há uma considerável consistência entre decisões judiciais e o pensamento econômico durante a década de 1940 e 1960. Ainda assim, é difícil calcular como e em que extensão cada perspectiva influenciou a outra.

A aplicação judicial de conceitos econômicos demorou a se desenvolver, sendo que os juízes esforçaram-se para lidar com várias situações envolvendo oligopólios, enquanto os economistas chegavam a conclusão de que rupturas do modelo perfeito de concorrência eram normais, na verdade inevitáveis, mesmo em indústrias competitivas.¹²⁴

Seguindo a ordem cronológica da legislação, em 1936, o *Robinson-Patman Act* reforça os dispositivos que tratam de discriminação de preço do *Clayton Act*, facilitando a sua prossecução¹²⁵.

Dois anos após, em 1938, tem-se a edição do *Wheeler-Lea Act*, que aumenta os poderes do *FCT Act*, permitindo que a agência agisse contra métodos desleais que lesassem os consumidores ou que prejudicassem as empresas rivais¹²⁶.

122 POSNER, Richard A. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. Chicago: University of Chicago Press, 1976. p. 31.

123 GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Op. cit.* p. 74.

124 GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Op. cit.* p.75

125 OLIVEIRA, Gesner; RODAS, Joao Grandino. *Op. cit.* p. 7.

126 OLIVEIRA, Gesner; RODAS, Joao Grandino. *Op. cit.* p. 7.

Ao longo da história da legislação concorrencial norte-americana, tem-se ainda o *Celler-Kefauver Act*, de 1950, norma que ampliou o controle de fusões, banindo a consolidação de bens e estoques que possibilitavam dominação e permitiam ao governo atacar integrações horizontais e verticais¹²⁷.

Ao examinar o *Celler-Kefauver Act*, Richard Posner destaca dois pontos importantes da norma. O primeiro é o caráter rígido da lei anti-fusão que proibia claramente as fusões monopolistas até a promulgação da norma, e o segundo é que a academia jurídica americana pouco se preocupava com movimento de fusões que originaram uma série de monopólios nos EUA em 1950.¹²⁸

No início dos anos 1970, o ativismo extremo da legislação antitruste, refletido na execução de políticas públicas e nas decisões da Suprema Corte dos EUA, atraiu forte críticas do grupo da denominada Escola de Chicago, incluindo grandes nomes que ainda influenciam o Direito Antitruste, como Robert Bork e o próprio Richard Posner.¹²⁹

Registra-se ainda a edição do *Antitrust Improvements Act* de 1976, que tornou obrigatório para as empresas a notificação de fusões e a apresentação de dados para o exame do respectivo impacto¹³⁰.

A partir da metade dos anos 1990 as decisões judiciais e a imposição da política governamental a começaram a refletir a flexibilidade das perspectivas analíticas daquele período. O traço mais notável foi a busca por técnicas analíticas manejáveis que evitassem a complexidade da regra da razão, mas que, no entanto, fornecessem uma análise fática mais rica que os testes per se e de ilegalidade.¹³¹

O governo norte-americano combateu as colusões nos anos 1990 através da *teoria dos jogos* notadamente a partir de dois elementos: i) o Departamento de Justiça dos EUA passou a adotar a política que confere imunidade para o primeiro membro do cartel que revela a existência de cartel; e ii) o governo passou a processar não apenas a coordenação de empresas, mas também os comportamentos que facilitavam a coordenação.¹³²

¹²⁷ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, Joao Grandino. *Op. cit.* p. 7.

¹²⁸ POSNER, Richard A. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. Chicago: University of Chicago Press, 1976. p. 28.

¹²⁹ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Op. cit.* p. 76.

¹³⁰ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, Joao Grandino. *Op. cit.* p. 7.

¹³¹ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Op. cit.* p. 76.

¹³² GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Op. cit.* p. 76

Realizadas essas considerações históricas acerca do Direito Concorrencial dos Estados Unidos, buscar-se-á compreender as escolas de aplicação do Direito Antitruste, em especial a Escola de Chicago e a Escola de Harvard, que serão examinadas no capítulo seguinte.

1.5 AS ESCOLAS DO ANTITRUSTE.

No que se refere à aplicação das normas de Direito Antitruste (*Sherman Act* e o *Clayton Act* pelas cortes americanas e pelos órgãos Federais como o *Federal Trade Commission* e o *Department of Justice*) pode-se verificar que a temática guarda relação direta com a produção acadêmica de cada período específico, bem como das questões econômicas e políticas adotadas por cada gestão governamental.

A aplicação do Direito Antitruste é tema complexo, que abarca a compreensão de conceitos econômicos e jurídicos como “bem-estar do consumidor”, “eficiência alocativa”, “eficiência distributiva”, “concorrência perfeita”. Esses conceitos que são de difícil compreensão e são oriundos de grandes debates acadêmicos e de produção científica de altíssimo qualificada.

À exemplo, cita-se as considerações de Richard Wish e David Bailes, Professores da *King's College de Londres*, que lecionam sobre os referidos conceitos de forma clara e objetiva:

De forma clara - e é sensato considerar o direito da concorrência e a política da concorrência para não perder de vista as proposições mais simples - os benefícios da concorrência são preços mais baixos, melhores produtos, maior escolha e maior eficiência do que seria obtido sob condições de monopólio. De acordo com a teoria económica neoclássica, o bem-estar social é maximizado em condições de concorrência perfeita. Para isso, o "bem-estar social" não é um conceito vago e generalizado, mas tem um significado mais específico: é através da maximização da eficiência alocativa e da eficiência produtiva que se aumenta a riqueza da sociedade em geral. O bem-estar do consumidor, que está especificamente preocupado com os ganhos dos consumidores em oposição à sociedade em geral, é também maximizado no regime de concorrência perfeita. Um dos benefícios da concorrência é o efeito dinâmico de estimular a inovação à medida que os concorrentes se esforçam para produzir produtos novos e melhores para os consumidores: esta é uma característica particularmente importante dos mercados de alta tecnologia".¹³³

¹³³ Tradução livre do autor para: “*At its simplest – and it is sensible in considering competition law and policy not to lose sight of the simple propositions – the benefits of competition are lower prices, better products, wider choice and greater efficiency than would obtain under conditions of monopoly. According to neo-classical economic theory, social welfare is maximized in conditions of perfect competition. For this purpose, “social welfare” is not a vague generalized concept, but instead has a more specific meaning: that allocative and productive efficiency is that society’s wealth overall is maximized. Consumer welfare, which is specifically concerned with gains to consumers as opposed to society at large, is also maximized in perfect competition. A related benefit of competitions is that it will have the dynamic effect of stimulating innovation as competitors strive to produce new and better product for consumers: this is a particularly importante feature of high technology markets*”. WHISH, Richard; BAILEY, David. **Competition Law**. 7. ed. Oxford: The Oxford University Press, 2012. p. 04.

Essa relação entre concorrência, inovação e redução de preços em benefício dos consumidores é bem detalhada por Gaban e Oliveira quando abordam os conceitos referentes à Escola de Chicago.

Sobre a complexidade da temática envolvendo a aplicação do Antitruste, os Professores Phillip Elias Arreda e Louis Kaplow, da Universidade de *Harvard*, lecionam sobre os conceitos de concorrência perfeita e a interação da Lei Antitruste com os mercados:

No entanto, pode-se dizer que as leis antitrustes não são manifestamente imprudentes na promoção da concorrência e em desafiar os impedimentos a ela. Garantir que há pelo menos alguma rivalidade pode tender para os resultados do modelo competitivo, embora com menos precisão ou inevitavelmente. Rivalidade tende a manter os custos e os preços mais baixos e a qualidade superior ao monopólio. Ela fornece um estímulo para uma produção mais eficiente, para reduzir custos e, portanto, para baixar os preços. Também tende a induzir recursos a sair de áreas de declínio da demanda e para indústrias de demanda crescente - com, certamente, defasagens e imperfeições. Mas, é claro, a questão é: quanta rivalidade? E como pode ser testado? Diz-se que um mercado imperfeito cujos resultados são razoavelmente compatíveis com o bem-estar econômico geral é produtivamente competitivo. A concorrência viável não é um conceito preciso nem pretende ser. Ela direciona nossa atenção para aproximações práticas ao invés do extremo hipotético, raramente existente, da competição 'perfeita'.¹³⁴

¹³⁴ Tradução do autor para: “Nevertheless, it can be said that the antitrust laws are not demonstrably unwise in promoting competition and in challenging the impediments to it. Ensuring that there is at least some rivalry can tend toward the results of the competitive model, although less precisely or inevitably so. Rivalry tends to keep costs and prices lower and quality higher than monopoly would. It provides a stimulus to more eficiente production, to lower costs, and thus to lower prices. It also tends to induce resources to move out of áreas of declining demand and into industries of increasing demand – with, to be sure, time lags and imperfections. But, of course, the question is: How much rivalry? And how can it be tested? It is said that na imperfect market whose results are reasonably compatible with general economic welfare is workably competitive. Workable competition is not a precise concept, nor it intended to be. It directs our attention to practical approximations rather than the hypothetical, rarely existing extreme of ‘perfect’ competition”. AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis. **Antitrust Analysis**. 5. ed. Nova Iorque: Aspen Law na Business, 1997. p. 35.

Herbert Hovenkamp, Professor na Universidade de *Iowa*, que possui vasta contribuição científica sobre a aplicação do Direito Antitruste, assinala que os trinta primeiros anos após a publicação do *Sherman Act* foram marcados pelo pouco ou nenhum conteúdo econômico na aplicação da política antitruste.¹³⁵

Hovenkamp estabelece que do período que se estende da publicação do *Sherman Act* (1890) até a crise de 1929, a política de defesa da concorrência se baseou na supremacia dos conhecimentos jurídicos e do pensamento liberal.

É nesse período que ganha força os estudos de Edward Mason e Joe Bain, Professores da Universidade de Harvard, que dedicaram com rigor intelectual ao desenvolvimento do paradigma da estrutura, conduta e desempenho relacionados com a indústria e que futuramente seria direcionado à conceituação da principal característica da Escola de Harvard, o conceito de “*workable competition*”.

A quebra da bolsa de valores de Nova Iorque, a crise econômica de 1929 e a ascensão do pensamento Keynesiano são fatores determinantes que refletem a intervenção do Estado na Economia. Nesse sentido, a corrente de *Harvard* convenceu vários julgadores norte-americanos, principalmente no período entre 1930 e 1960, na ilegalidade presumida da conduta de empresas com amplo poder de mercado.¹³⁶

Conforme ensina Forgioni, a Escola de *Harvard* parte da ideia de que empresas com poder econômico tendem a usá-lo para praticar condutas anticompetitivas. Em uma interessante referência, a autora faz ainda menção a célebre frase de Montesquieu: “*todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites*”¹³⁷.

Em razão disso, a Escola de *Harvard* indica que as excessivas concentrações acabam por ocasionar disfunções prejudiciais ao próprio fluxo das relações econômicas. Para conter essa disfunções seria necessário que a Autoridade Antitruste implementasse o chamado modelo *workable competition*, que é pautado pela solução do problema envolvendo a quantidade de agentes que atuam em determinado setor da economia.

¹³⁵ HOVENKAMP, H. J. Antitrust Policy after Chicago. **Michigan Law Review**, v. 84, pp. 213-284, 1985. p. 220.

¹³⁶ PIRAINO JR., Thomas A. Reconciling the Harvard and Chicago Schools - A New Antitrust Approach for the 21st Century. **Indiana Law Journal**, v. 82, pp. 346-409, 2007.

¹³⁷ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 172.

O modelo de *Harvard* busca a preferência por uma estrutura de mercado mais pulverizada. Um dos seus principais pilares consiste na ideia de que a conduta do agente econômico está diretamente relacionada à estrutura de mercado, em três palavras: estrutura – conduta – performance¹³⁸.

Registra-se que a Escola de *Harvard*, também conhecida como Escola Estruturalista, vê as restrições verticais com desconfiança e compreende que o agente econômico é propenso a utilizar sua posição dominante em um mercado para alavancá-la em outro (*leverage theory*)¹³⁹.

Molan Gaban e Oliveira assinalam que até meados da década de 1970, as Autoridades Antitruste preocupavam-se mais com o controle das estruturas (fusões e aquisições), através da aplicação da Doutrina da Escola de *Harvard*, e somente a partir da segunda metade da década de 1980 a atenção passou a ser conferida ao controle das condutas anticompetitivas¹⁴⁰.

De acordo com os autores, durante os anos 1970 e 1980 e dadas a ascendência da política liberal, especialmente nos Governos de Margareth Thatcher na Inglaterra de Ronald Reagan nos EUA, ocorreu um novo embate entre as duas principais escolas daquele período, a saber a Escola de *Harvard*(Estruturalista) e a Escola de *Chicago*(Neoclássica)¹⁴¹.

Gaban e Domingues ensinam ainda que os ideais da Escola de Chicago não são oriundos da década de 70, uma vez que já haviam sido estabelecidos e, em 1930, através dos trabalhos de Henry Simons em sua obra *Economic policy for a free society* – Políticas Econômicas para uma sociedade livre, que já havia influenciado muito a tomada de decisão de agentes governamentais.¹⁴²

¹³⁸ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 173.

¹³⁹ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 173.

¹⁴⁰ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 88.

¹⁴¹ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 88.

¹⁴² GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016 GABAN p. 90

Tanto é assim que os referidos autores adotam a nomenclatura de Nova Escola de *Chicago*, que teria sido reciclada através dos trabalhos de Arron Director, Ronad Coase, Bork, Bowman, Mac Gee, Telser e Posner.¹⁴³

É de se ressaltar que na década de 80 o cenário norte-americano mudou. Houve uma perda sensível da competitividade interna e internacional das empresas, fato este que impulsionou uma nova mudança no sistema concorrencial com a finalidade de promover a eficiência econômica. Nesse contexto é que surge, com maior força, a Nova Escola de *Chicago*.¹⁴⁴

Em interessante artigo publicado na Escola de Assuntos Públicos e Ambientais da Universidade de *Bloomington*, Os Professores Robert D. Artkinson e David B. Audrestch destacam que enquanto o pensamento de *Harvard* se apoiava nas premissas do pensamento Keynesiano, a teoria trazida pela Escola de *Chicago*, desenvolvida principalmente por Robert Bork, Frank Easterbrook e Richard Posner, encontrava sustentação nos pressupostos econômicos advindos da teoria econômica neoclássica ou marginalista.¹⁴⁵

Sobre a Escola de *Chicago*, Forgioni sustenta que suas raízes tiveram origem na década de 1950 através das lições de Aaron Director e Ronald Coase, tendo também como seus expoentes Bork, Bowman, Mac Gee, Telser e Posner, que propõe certo cuidado com a intervenção da Autoridade Antitruste nas relações do mercado. Nesse sentido, Forgioni assinala que a Escola de *Chicago* preponderou especialmente na aplicação da legislação antitruste especialmente na década de 80, durante o governo de Ronald Reagan.¹⁴⁶

Hovenkamp destaca categoricamente alguns dos princípios do modelo neoclássico de eficiência de mercado que devem ser ressaltados para reforçar e ilustrar melhor a teoria da Escola de *Chicago*:

¹⁴³ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. GABAN p. 90

¹⁴⁴ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 90

¹⁴⁵ ATKINSON, R. D.; AUDRETSCH, D. B. Economic Doctrines and Approaches to Antitrust. **Research Paper Series No. 2011-01-02**. Indian University-Bloomington: School of Public & Environmental, 2011

¹⁴⁶ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 175.

- 1) A eficiência econômica, objetivo exclusivo das leis antitrustes segundo o posicionamento de Chicago, é dividida em duas espécies: eficiência alocativa e eficiência produtiva. Ocasionalmente, práticas que aumentam a eficiência produtiva da firma reduzem a eficiência alocativa do mercado;
- 2)) A maioria dos mercados é competitiva, mesmo se eles contêm um número relativamente pequeno de vendedores. Além disso, a diferenciação do produto tende a minar a concorrência muito menos do que se supunha anteriormente. Como resultado, nem a alta concentração de mercado nem a diferenciação de produto são os problemas anticompetitivos que teóricos de oligopólio anteriores acreditavam.
- 3) Monopólios, quando verificados, tendem a ser autocorrigidos pelo mercado. Assim, monopolistas que apresentam altos lucros geralmente tendem a atrair novos agentes para esse mercado, fazendo com que a posição de monopolista seja eliminada, sendo, portanto, o comportamento monopolista considerado como irracional para Escola de Chicago;
- (4) As barreiras naturais à entrada são mais naturais do que reais. Como regra geral, o investimento irá fluir para qualquer mercado onde a taxa de retorno é alta. A única exceção significativa consiste em barreiras à entrada que não são naturais - isto é, barreiras que são criadas pelo próprio governo. Na maioria dos mercados, o governo ficaria melhor se deixasse a entrada e a saída não regulamentadas.
- 5) Economias de escala são muito mais difundidas do que os economistas uma vez acreditavam, em grande parte porque os economistas anteriores olhavam apenas para as economias de produção e negligenciavam as economias de distribuição. Como resultado, muitas outras indústrias do que se pensavam anteriormente podem operar economicamente apenas a níveis de concentração razoavelmente altos.
- (6) As empresas comerciais são maximizadoras de lucro. Ou seja, seus gerentes geralmente tomam decisões que eles tornam a empresa mais rentável do que qualquer decisão alternativa seria.

7) A decisão de se utilizar o modelo neoclássico de eficiência de mercado é não política. Ou seja, o que importa é a verificação da eficiência, não importando quem está ganhando.¹⁴⁷

¹⁴⁷ Tradução do autor para: “. (1) *Economic Efficiency, the pursuit of which should be the exclusive goal of the antitrust law, consists of two relevant parts: allocative efficiency and productive efficiency. Occasionally practices that increase a firm’s productive efficiency reduce the market’s allocative efficiency. For example, construction of a large plant and acquisition of a plant to achieve economies of scale; however these actions may simultaneously reduce allocative efficiency by facilitating monopoly pricing. A properly defined antitrust policy will attempt to maximize net efficiency gains.* (2) *Most markets are competitive, even if they contain a relatively small number of sellers. Furthermore, product differentiation tends to undermine competition far less than was formerly presumed. As a result, neither high market concentration nor product differentiation are the anticompetitive problems earlier oligopoly theorists believe.* (3) *Monopoly, when it exists, tends to be self-correcting/ that is. The monopolist’s higher profits generally attract new entry into the monopolist’s market. With the result that the monopolist’s position is quickly eroded. About the best that the judicial process can do is hasten “the correction process”* (4) *Natural barriers to entry are more natural than real. As a general rule investment will flow into any market where the rate of return is high. The one significant exception consists of barriers to entry that are not natural – that is, barriers that are created by government itself. In most markets the government would be best off if it left entry and exit unregulated.* (5) *Economies of scale are far more pervasive than economists once believed, largely because earlier economists looked only at intraplant or production economies, and neglected economies of distribution. As a result, many more industries than were formerly thought may operate most economically only at fairly high concentration levels.* (6) *Business firms are profit-maximizers. That is, their managers generally make decisions that they anticipate will make the firm more profitable than any alternative decision would.* (7) *The decision to make the neoclassical market efficiency model the exclusive guide for antitrust policy is nonpolitical. ...* HOVENKAMP, H. J. Antitrust Policy after Chicago. **Michigan Law Review**, v. 84, pp. 213-284, 1985. p. 227.

Ao tratar das lições de Herbert Hovenkamp, Forgioni assinala que a Escola de Chicago traz para o antitruste a aplicação da *Análise Econômica do Direito*, isto é, um novo instrumento na tomada de decisão da autoridade Antitruste, que visa à eficiência alocativa de mercado¹⁴⁸.

De acordo com Forgioni, a Escola de *Chicago* defende o menor grau possível de regulamentação da economia pelo Estado. Dessa forma, o jogo da concorrência, que é apto por si só a disciplinar o fluxo das relações econômicas, deve desenvolver-se de maneira livre, com o mínimo de interferência estatal¹⁴⁹.

Hovenkamp de forma categórica aponta as diferenças entre as duas escolas:

A Escola de Harvard começou em um lugar muito diferente do que a Escola de Chicago, mas também divergiu muito de suas raízes históricas. Tradicionalmente, a economia da Escola de Harvard era fortemente "estruturalista", o que significava que era capaz de ver os mercados como não competitivos sempre que se desviassem do que se pensava ser condições competitivas básicas. Por exemplo, à medida que o número de empresas em um mercado se tornava menor e mais diversificado, ou à medida que os produtos se tornavam mais diferenciados ou a entrada se tornava mais difícil, os economistas da Escola de Harvard tendiam a ver oportunidades significativas de desempenho não competitivo. Para simplificar, enquanto a Escola de Chicago enfatizava as maneiras pelas quais as empresas continuariam a competir apesar das estruturas imperfeitas, a Escola de Harvard enfatizou as maneiras pelas quais as empresas poderiam evitar competir.¹⁵⁰

¹⁴⁸ HOVENKAMP, Herbert. Antitrust policy after Chicago. **Michigan Law Review**. n. 84. 1985. p. 213-284. FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 175.

¹⁴⁹ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 175.

¹⁵⁰ Tradução livre do autor para : “*The Harvard School began in a much diferente place than the Chicago School but also has diverged much more from its historical roots. Traditionally Harvard School economics was heavily “structuralist”, wich meant that it was apt to view markets as noncompetitive*

Dessa forma, o principal foco da Escola de *Chicago* estava na eficiência, com o objetivo sempre de aumentar o bem-estar do consumidor, de forma diametralmente oposta à Escola de Havard, cujo foco era a concentração de mercado, procurando respeitar um critério distributivo mais igualitário¹⁵¹.

Forgioni destaca que, para a Escola de *Chicago*, o valor social a ser considerado deveria ser o da eficiência alocativa, de maneira que todos os problemas jurídicos e sociais devam ser traduzidos e, portanto, considerados a partir do seu viés econômico. Dessa forma, o direito exsurge assim mais seguro e previsível¹⁵².

Para bem elucidar os trabalhos da Escola de Chicago, Gaban e Domingues mencionam o ditado que ficou muito conhecido nos Estados Unidos, que exerceu influência considerável nas políticas antitruste no mundo e que de forma sintética pode estabelecer o conceito de eficiência alocativa: “a competição leva à inovação; a inovação leva ao progresso” (*competition drives innovation; innovation drives progress*)¹⁵³.

whenever they deviated from what were thought to be basic competitive conditions. For example, as the number of firms in a Market became fewer and more diverse, or as products became more differentiated or entry became more difficult, Harvard School economists tended to see significant opportunities for noncompetitive performance. To oversimplify, while the Chicago School emphasized the ways that firms would continue to compete notwithstanding imperfect structures, the Harvard School emphasized the ways that firms could avoid competing”. HOVENKAMP, Herbert. ***The antitrust enterprise: principles and execution***. 1. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2005. p. 35.

¹⁵¹ ATKINSON, R. D.; AUDRETSCH, D. B. Economic Doctrines and Approaches to Antitrust. Research Paper Series No. 2011-01-02. Indiana University-Bloomington: School of Public & Environmental, 2011

¹⁵² FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 175.

¹⁵³ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.93.

Outra diferença entre essas duas escolas consiste que o pensamento da Escola de *Harvard* se apoiava nas premissas do pensamento Keynesiano, oriundo principalmente do período pós-crise de 1929, enquanto a teoria trazida pela Escola de *Chicago*, que foi desenvolvida principalmente por Robert Bork, Frank Easterbrook e Richard Posner¹⁵⁴, sustentava-se nos pressupostos econômicos advindos da teoria econômica neoclássica¹⁵⁵ que foi muito utilizada no período da década do pós-guerra.

Gaban e Domingues sustentam que, especialmente no final de década de 1970, a Escola de Harvard praticamente desapareceu, uma vez que seus defensores passaram aceitar grande parte dos pressupostos da Nova Escola de *Chicago*.¹⁵⁶

Ao comentar sobre a escola de Chicago, a Prof. Paula Forgioni tece severas críticas à busca por segurança e previsibilidade jurídica estabelecida pela Análise Econômica do Direito da Escola de *Chicago*, que em seu entender, constitui perigoso incentivo ao estudioso do Antitruste. Forgioni chega a comparar a Análise Econômica do Direito ao “canto da sereia”, sustentando que suas fórmulas não seriam aptas a resolver os casos concretos que se apresentam.¹⁵⁷

¹⁵⁴ PIRAINO JR., Thomas A. Reconciling the Harvard and Chicago Schools - A New Antitrust Approach for the 21st Century. *Indiana Law Journal*, v. 82, pp. 346-409, 2007

¹⁵⁵ ATKINSON, R. D.; AUDRETSCH, D. B. Economic Doctrines and Approaches to Antitrust. Research Paper Series No. 2011-01-02. Indiana University-Bloomington: School of Public & Environmental, 2011

¹⁵⁶ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 90

¹⁵⁷ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 175

Apesar disso, a autora compreende a importância da aplicação da Análise Econômica do Direito ao Antitruste, advertindo que suas críticas lançadas à escola de *Chicago* não significam que a teoria econômica seja inútil para análise do direito da concorrência. Ao citar o professor norte-americano Lawrence Anthony Sullivan, Forgioni destaca que “mesmo a análise econômica do direito dê ao direito um objetivo glorioso, ela tem seu problemas” (*although it does not provide to the law a single Glorious Goal, it distinctly has its issues*)¹⁵⁸. Mesmo durante o período em que Escola de *Chicago* reinou soberana, vezes já apontavam problemas anticompetitivos das restrições verticais e das concentrações.

Corroborando seu posicionamento, Forgioni demonstra que o movimento “revisonista” tomou corpo a partir de meados da década de 1980, com autores de peso como Laurance A. Sullivan, Robert L. Steiner, Steven C Salop, Eleanor M Fox, Warren S. Grimes, Robert Pitofsky, Stephen F. Ross, William S. Comanor e outros.¹⁵⁹

Nesse sentido, mesmo compreendendo o uso da Análise Econômica do Direito, o movimento revisionista acusa-a de ser demasiadamente simples, sustentando que muitas vezes o ganho de eficiência não seja compensado pela perda ou diminuição de incentivo à entrada de novos concorrentes, e nem sempre soluções centradas apenas no resultado alocativo possam ir ao aos interesses dos consumidores.¹⁶⁰

Ainda tecendo severas críticas quanto ao método de abordagem da Escola de *Chicago*, Forgioni sustenta o abalo sofrido pela escola no período pós crise de 2008:

158 SULLIVAN, Lawrence Anthony. **Antitrust** St Paul: West Publicantions Co, 1977. p .5. . *apud* FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 175.

159 FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 175

160 FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 175

Em 2008, com a crise mundial, a Escola de Chicago sofreu inegável abalo em suas crenças. Em outubro daquele ano, Alan Greenspan, por anos chefe do Federal Reserv norte-americano, e que defendia veementemente a diminuição da carga legal sobre o comportamento das empresas, renegou um dos mais fortes pressupostos do pensamento dominante: ‘Eu cometi um erro ao presumir que o interesse próprio das organizações, especificamente os bancos, eram tais que eles eram mais capazes de proteger seus próprios acionistas na equidade em suas empresas. Esta crise acabou por ser mais ampla do que qualquer coisa que eu poderia ter Imaginado’.¹⁶¹

Corroborando ainda com o argumento de que a Escola de *Chicago* não seria a solução para todos os problemas, a autora utiliza constatação de Posner, um dos grandes percursores da Escola de *Chicago*:

¹⁶¹ Tradução de Forgioni para a frase de Alan Greenspan: “*I made a mistake in presuming that the self interest of organizations, specifically banks, were such that they were best able in protecting their own shareholders na the equity in their firms: “This crisis has turned out to be broader than anything I could have imagined”*”. FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 175.

[...]um sistema capitalista não pode consistir apenas em mercados livres. A economia moderna é, por um lado, muito matemática, e, por outro lado, muito cética sobre o governo é muito crédula sobre as propriedades auto-reguladoras dos mercados. Essa combinação é perigosa. Porque significa que você não tem muito conhecimento de detalhes institucionais, práticas particulares e instrumentos financeiros e assim por diante. Por outro lado, você tem fé exagerada no mercado. Essa era uma combinação perigosa¹⁶².

Posner alega que a rigidez da Escola de *Chicago* já não era a mesma do seu surgimento. Para tanto destaca as questões que envolvem a Economia Comportamental (*Behaviour Economics*) que, ao desafiar o antes incontestável postulado da racionalidade dos agentes econômicos, demonstram que, ao fim e ao cabo, a intervenção estatal na economia pode não ser tão perniciosa quanto antes apregoado.¹⁶³

Forgioni sustenta que os doutrinadores têm se inclinado ao pensamento de que o Antitruste não se resume a simples eficiência alocativa. O direito é fenômeno complexo e não pode ficar enclausurado nos limites da economia ou, nas palavras de Eleanor Fox: Antitruste é Lei e não Economia (*Antitruste is Law, not economics*).¹⁶⁴

¹⁶² Tradução do autor para: “*a capitalist system cannot consist just on free markets*”. *Modern economics is, on the one hand, very mathematical, and, on the other, very skeptical about government and very credulous about the self-regulating properties of markets. That combination is dangerous. Because it means you don't have much knowledge of institutional detail, particular practices and financial instruments and so on. On the other hand, you have exaggerated faith in the market. That was dangerous combination*”. POSNER, Richard. *The Crises of capitalist democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2010. *apud* FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 183.

¹⁶³ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 175.

¹⁶⁴ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 175.

Registra-se, entretanto, que essa reação de parte da Doutrina norte-americana está longe de alterar o cenário da supremacia da escola de Chicago. O Antitruste americano tem aplicação rareada. Quase todas as práticas são permitidas; pouca ou nenhuma é a contestação às concentrações. Os Governos que se seguiram à Era Reagan preservaram-se na linha conservadora e a maioria consolidada da Suprema Corte demonstra acreditar que o Antitruste faz mais mal do que bem.¹⁶⁵

A política antitruste dos EUA ainda é influenciada pela Nova Escola de Chicago, dado que passou a focar no controle de condutas por meio de sofisticado ferramental proporcionado pela economia (mais precisamente pela microeconomia), com esporádicas e excepcionais intervenções estruturais sob o corriqueiro e famoso fundamento “assumindo que a empresa alcançou a posição dominante através da inovação, por que o Governo deveria limitá-la”¹⁶⁶.

Sobre as críticas feitas à Escola de *Chicago*, Gaban e Domingues sustentam que os apontamentos contrários não retiram a importância da teoria econômica na análise antitruste, uma vez que a ciência econômica tem a habilidade de explicar vários fenômenos, fora do alcance da teoria jurídica, que tempos mais tarde serão regulados pela lei Antitruste. Nesse sentido, os Doutrinadores destacam que o conceito de eficiência alocativa, intrinsecamente ligado ao princípio do *competition drives innovation, innovation drives progress*, contém inestimável valor para a grande parte (senão a maioria) das situações reais que atraem a incidência da lei Antitruste.¹⁶⁷

Contudo, de forma mais ponderada, Gaban e Oliveira sustentam que a utilização da teoria econômica para a avaliação do fenômeno concorrencial, bem como a matriz da eficiência alocativa, nem sempre conduz à verdade dos fatos e, tampouco, permite precisar os efeitos futuros de arranjos econômicos.

¹⁶⁵ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 175.

¹⁶⁶ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.93

¹⁶⁷ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.93

Os autores entendem que o ferramental econômico, inclusive o da eficiência alocativa, apenas viabiliza decisões mais sofisticadas, e muitas vezes calcadas em juízos de possibilidade e probabilidade. Nesse sentido, ainda que haja críticas à Doutrina de *Chicago*, a mesma deve ser levada em consideração com extrema parcimônia e caso a caso na elaboração das normas de decisão, especialmente quando reflitam sanções aos agentes privados, ou mesmo restrições às liberdades individuais.¹⁶⁸

Gaban e Oliveira sustentam que a aplicação do Direito Antitruste, seja pelas autoridades de defesa da concorrência, seja pelos magistrados, é tarefa complexa, e que depende também do período econômico vivido pela nação que aplica a norma.¹⁶⁹

Consegue-se perceber a influencia tanto da chamada Escola de *Harvard* em momentos da economia em que é necessário o controle das estruturas, quanto das teorias da Escola de *Chicago* em períodos em que é necessária a eficiência alocativa.

¹⁶⁸ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.94

¹⁶⁹ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.p. 94

CAPITULO II – A DEFESA DA CONCORRÊNCIA E O DIREITO ANTITRUSTE NO BRASIL.

O Estudo da Defesa da Concorrência guarda relação direta com o nível de intervenção do Estado no domínio econômico. Conforme o exposto no capítulo anterior a interação e interferência do Governo nas relações comerciais variam de acordo com o período de desenvolvimento econômico experimentado pela sociedade ou em cada país.

Assim, nesse segundo capítulo pretende-se analisar a origem do Direito Antitruste no Brasil, partindo-se da defesa da economia nacional perpassando-se pela atual ordem econômica constitucional brasileira com ênfase aos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa para então se adentrar à Lei n. 12.529, de 2011, as condutas anticoncorrenciais, a estruturação do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência e, por fim, interpretação do Antitruste.

2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS: DA DEFESA DA ECONOMIA NACIONAL AO MODERNO ANTITRUSTE NO BRASIL

2.1.1 Constituição Imperial à Era Vargas.

Em relação ao Brasil, cumpre recordar que a Constituição Imperial, de 1824 e a primeira Constituição Federal Republicana, de 1891, tinham como propostos uma intervenção mínima do Estado na iniciativa privada.

No entanto, apesar dos mandamentos constitucionais, percebe-se certa contradição entre os ideais propostos tanto na Constituição Imperial e da primeira Republicana - que carregavam em seu bojo nítidas características da doutrina liberal dos Conselheiros de Dom João Sexto¹⁷⁰ - com a realidade econômica brasileira do período, dominada pelos latifúndios agrícolas e pelo poder oligárquico, conhecido pelo uso frequente do poder político para manutenção de suas atividades econômicas.

¹⁷⁰ Sobre o tema, leciona Paula A. Forgioni: “*É incontestável a influência que exerciam, à época, as obras e os estudos desenvolvidos pelo Visconde de Cairu, para quem Dom João VI criou, no Rio de Janeiro, a Cadeira de ciência econômica. A teoria do liberalismo econômico entrava no Brasil, através do filtro Cairu*”. FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 93.

É de se considerar também a difícil tarefa de se abordar a política concorrencial no Brasil no período do Império e a na primeira República. Enquanto os EUA já haviam se estabelecidos como República Democrática e avançam significativamente na evolução do controle do governo pela população civil, a tardia evolução brasileira de Império para República somente vem a acontecer em 1889, realizada por um levante militar.

O controle do Governo Central por um civil somente vem a ocorrer no Brasil com a eleição de Prudente de Moraes. Ainda assim, durante o início da República brasileira, mais especificamente, no período conhecido como Primeira República, pouco se pode falar em organização de economia industrial e de política da Concorrência, uma vez que tanto a economia quanto a política nacional era dominada pelos setores do agronegócio. Além do mais, a estabilidade política do Governo Central era constantemente ameaçada pelo ambiente político instável e pelas constantes revoltas regionais.

Tem-se, portanto, que a tardia industrialização do País faz com que somente seja possível traçar um cenário da Defesa da Concorrência a partir da Era Vargas. Nesse sentido, Gesner Oliveira identifica na legislação econômica brasileira: a primeira observa a trata da preocupação do Governo com a Economia Popular; a segunda trata do modelo desenvolvimentista de Getúlio Vargas, com forte intervenção do Estado na Economia e a terceira, que referencia aos mandamentos constitucionais da CFRB/88, isto é, da defesa da concorrência nos moldes dos princípios da livre concorrência e livre iniciativa. Nesse sentido lecionam Oliveira e Rodas:

(i) **1937-1988**, em que se observa a prevalência da defesa da economia popular, marcada pela intervenção direta do Estado na atividade econômica, incluindo o controle de preços;

(ii) **1989-1994**, uma etapa de transição inaugurada pelo marco constitucional de 1988, revelando a opção por uma mudança no modelo desenvolvimentista brasileiro de substituição de importações em favor da estratégia de inserção na economia mundial, iniciando a desregulamentação de mercados e preparando o terreno para as privatizações que se seguiram no período posterior;

(iii) **1994 -**, marcando a preponderância da defesa da concorrência sobre o intervencionismo estatal.¹⁷¹

Francisco Ribeiro Todorov e Marcelo Maciel Torres Filho, em brilhante artigo publicado no periódico americano *The Antitrust Bulletin*, subdividem em 5 (cinco), os períodos de aplicação da Defesa da Concorrência, iniciando também, a conceituação a partir da era Vargas:

a) Período entre 1930 e 1962: compreende o governo Vargas e o populismo democrático brasileiro. Nesse período, destacam-se o esforço estatal em desenvolver indústrias fortes e as primeiras tentativas fracassadas de criação de uma regulação antitruste;

b) Período entre 1962 e 1988: predominantemente dominado pela ditadura militar brasileira. O ano de 1962 destaca-se como marco transitório por ser o ano da aprovação da Lei 4137/1962, que apesar de seu conteúdo eminentemente antitruste, nunca foi completamente implantada;

c) Período entre 1988 e 1994: com a promulgação da Constituição Federal de 1988, um período de transição para a nova democracia foi verificado. Esse período fortaleceu instituições e abriu portas para que uma nova legislação de defesa da concorrência entrasse em vigor (Lei 8884/1994);

d) Período entre 1994 e 2010: período de vigência da Lei 8884/1994 que antecedeu a Nova Lei Antitruste brasileira (L. 12.529/2011), aprovada em 2011, a qual dá início a um novo período que será estudado no capítulo seguinte.

e) período 2000-2010, durante o qual as autoridades brasileiras antitruste tentaram desencadear uma mudança significativa em suas prioridades de fiscalização, focando mais nos cartéis e casos de abuso de posição dominante, elevando assim o perfil da lei antitruste aos olhos

¹⁷¹ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 17.

de a comunidade empresarial, o público em geral e outras agências governamentais.¹⁷²

Nesse contexto, os autores sustentam que a década de 1930, marcada pelas mudanças políticas, através da centralização do poder no Governo Central e das mudanças econômicas ocasionadas pelo induzido processo de industrialização nacional¹⁷³.

2.1.2 Era Vargas à Lei de Defesa da Concorrência 8.884/94.

¹⁷² Tradução do autor para: “1)the 1930–1962 period, during which the first efforts led by the State to develop strong industries in the country were accompanied by the first unsuccessful attempts to establish antitrust-inspired regulations; 2)the 1962–1988 period, during which more substantial antitrust legislation was passed (Law n. 4137/62) but never fully implemented. This was the time of the 1964 autocratic military regime, which deepened earlier industrialization efforts with heavy State- led interference in the economy; 3)the 1988–1994 period, during which transition to democracy and a new constitution brought about institutional changes that eventually opened the door for what would result in a successful antitrust regime in years to come; 4)the 1994–2000 period, during which a new antitrust law was enacted among many other institutional reforms that collectively created an environment that was more favorable to the implemen- tation of an effective competition policy; and 5) the 2000–2010 period, during which the Brazilian antitrust authorities tried to set in motion a significant shift in their enforcement priorities, focusing more on cartels and abuse of dominance cases, thus raising the profile of the antitrust law in the eyes of the business community, the general public, and other government agencies. History of competition policy in Brazil: 1930-2010. TODOROV, Francisco Ribeiro; TORRES FILHO. **The Antitrust Bulletin**: Vol. 57, n. 2/ Summer 2012. Disponível em: <<http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0003603X1205700202> >. Acesso em: 20 de fev. 2017.

¹⁷³ TODOROV, Francisco Ribeiro; TORRES FILHO. History of competition policy in Brazil: 1930-2010. **The Antitrust Bulletin**: Vol. 57, n. 2/ Summer 2012. Disponível em: <<http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0003603X1205700202> >. Acesso em: 16 de jun. 2016.

A Constituição de 1934 incorporou os principais ideais socialdemocratas da época e conferiu maior poder ao Governo Federal.¹⁷⁴ Inspirada nas Constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919, a Constituição Federal de 1934 mudara o paradigma liberal estabelecido pelas suas antecessoras, ao permitir a intervenção do estado na ordem econômica.

A Constituição brasileira de 1934¹⁷⁵, especificamente no artigo 115, determina que a “ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna” e que “a lei promoverá o fomento da economia popular”, nos termos do seu artigo 117.

Nesse sentido, é de se verificar que as primeiras normas referentes à ordem econômica despontam da discussão de defesa da economia popular, com o objetivo de se coibir atitudes que pudessem prejudicar consumidores e pequenos comerciantes. Esse conjunto das normas de defesa economia popular nasceu como um composto entre as regras de defesa do consumidor e de proteção do espaço de concorrência da Economia popular.

Todorov e Torres Filho sustentam que para dar um novo rumo à indústria do país, o Governo Central baseou-se em um modelo de substituição de importações e no desenvolvimento das indústrias de base, siderúrgica e petrolífera. Com isso, o Estado passou a ser protagonista no sistema econômico, dominando alguns segmentos da economia brasileira, fato este que subsistiu até a década de 1990, com a adoção de medidas privatistas¹⁷⁶.

¹⁷⁴ PEREIRA NETO, Caio Mário da SilvaDireito concorrencial / Caio Mário da Silva Pereira Neto, Paulo Leonardo Casagrande. São Paulo : Saraiva, 2016. p. 21.

TODOROV, F. R. e TORRE FILHO, M. M. History of Competition Policy in Brazil 1930-2010. *Antitrust Bulletin*, v. 57, pp. 234-257, 2012.

¹⁷⁵ BRASIL. **Constituição de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 22 de fev. 2017.

¹⁷⁶ TODOROV, Francisco Ribeiro; TORRES FILHO. History of competition policy in Brazil: 1930-2010. **The Antitrust Bulletin**: Vol. 57, n. 2/ Summer 2012. Disponível em: <<http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0003603X1205700202> >. Acesso em: 16 de jun. 2016.

É nesse período de desenvolvimento industrial também foi impulsionado por outros fatores como a urbanização do País e o aumento do mercado doméstico; a eminência da Segunda Guerra Mundial; o comportamento dos mercados exportadores e as novas relações do Brasil com parceiros comerciais chave, EUA na questão da Companhia Siderúrgica Nacional e da troca de tecnologia do setor petrolífero com a Petrobras, que surge os primeiros contornos de preocupação da Ordem Econômica.¹⁷⁷

A Constituição de 1934 tentava mudar o paradigma existente entre as normas liberais das constituições anteriores em consonância com as mudanças advindas das transformações de uma sociedade eminentemente agrária para um novo contexto social, cuja industrialização induzida pelo Estado brasileiro começava dar seus primeiros passos. Tanto é assim que a Ordem Econômica da Constituição de 1934 não tratava sobre normas de defesa da concorrência ou de competição:

TÍTULO IV Da Ordem Econômica e Social:

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

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

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

¹⁷⁷ TODOROV, Francisco Ribeiro; TORRES FILHO. History of competition policy in Brazil: 1930-2010. **The Antitrust Bulletin**: Vol. 57, n. 2/ Summer 2012. Disponível em: <<http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0003603X1205700202>>. Acesso em: 16 de jun. 2016.

Parágrafo único. É proibida a usura, que será punida na forma da Lei.¹⁷⁸

Forgioni sustenta que a redação do artigo 115, determinou uma limitação da liberdade econômica que poderia ser restringida de modo a garantir os princípios de justiça e as necessidades da vida social¹⁷⁹. O artigo 116, por sua vez, conferiu ao Governo Federal o poder de monopolizar qualquer atividade econômica e o artigo 117, introduziu no Direito brasileiro a ideia de promover o fomento da economia popular, ideal que observado até hoje na CFRB88. Nesse sentido, não houve qualquer promulgação de lei que tratasse sobre política da concorrência ou antitruste durante a vigência da Constituição de 1934.

O período que sucede a Constituição de 1934 e promulgação de 1937 é caracterizada por uma forte perturbação do cenário político internacional. Na Europa, o regime do nacional-socialismo alemão ganhava força e o Brasil ainda não havia tomado muito ao certo a decisão de qual caminho seguiria.

A Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, trazia a riqueza nacional fundada na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público. O art. 135 da Constituição de 1937 delineava a intervenção do Estado na Economia somente para suprir as deficiências da iniciativa individual:

¹⁷⁸ BRASIL. **Constituição de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 22 de fev. 2017.

¹⁷⁹ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 98.

Art 135 - Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.¹⁸⁰

Assim como a Constituição de 1934, a Constituição de 1937 também carecia de mandamentos constitucionais que apresentassem a criação de uma legislação Antitruste. Nesse sentido os artigos 140 e 141 determinavam a organização da produção e os crimes contra a Economia Popular:

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

Art. 141 A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição.¹⁸¹

¹⁸⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 de fev. 2017.

¹⁸¹ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil** (de 10 de novembro de 1937). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 22 de fev. 2017.

No entanto, é durante a vigência Constituição de 1937 são editados o Decreto-lei n. 431, de 1938¹⁸² que criminalizou quem promove, artificialmente, alta ou baixa dos preços de gênero de primeira necessidade, e o Decreto-lei n. 869¹⁸³, também de 1938, que veio a definir os crimes contra a economia popular.

Ao analisar o Decreto-Lei n. 869, de 18 de novembro de 1938, Ivo Gico Junior sustenta que foi somente através dessa norma que se inicia no Brasil a concepção Direito da Concorrência, cuja influencia seria advinda do Projeto do Código Penal Argentino, da proposta de reforma do Código Penal Alemão e também do Direito Norte-americano¹⁸⁴.

No mesmo sentido, Forgioni o Decreto-Lei 869 insere pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico algumas normas de Direito Antitruste que perduram até hoje, sendo elas: coibição do açambarcamento de mercadorias (artigo 2º, v), manipulação da oferta e da procura (artigos 2º, I, II), fixação de preços mediante acordo entre empresas (artigo 3º, I), venda abaixo do preço de custo (artigo 2º, V), exclusividade (artigo 3º, I),¹⁸⁵:

Art. 2º São crimes dessa natureza: I, destruir ou inutilizar, intencionalmente e sem autorização legal, com o fim de determinar alta de preços, em proveito próprio ou de terceiro, matérias primas ou produtos necessários ao consumo do povo ; II, abandonar ou fazer abandonar lavouras ou plantações, suspender ou fazer suspender a atividade de fábricas, usinas ou quaisquer estabelecimentos de produção, ou meios de transporte, mediante indenização paga pela desistência da competição;; [...] IV, reter ou

¹⁸² BRASIL. **Decreto-Lei n. 431**, de 18 de maio de 1938. Define crimes contra a personalidade internacional, a estrutura e a segurança do Estado e contra a ordem social. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=869&tipo_norma=DEL&data=19381118&link=s>. Acesso em 20 de fev. 2017.

¹⁸³ BRASIL. **Decreto-Lei n. 869**, de 18 de novembro de 1938: Define os crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego. Disponível em: http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=869&tipo_norma=DEL&data=19381118&link=s>. Acesso em: 20 de fev. 2017

¹⁸⁴ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Cartel: Teoria unificada da colusão**. São Paulo: Lex Editora: 2006. p. 32.

¹⁸⁵ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 103.

açambarcar matérias primas, meios de produção ou produtos necessários ao consumo do povo, com o fim de dominar o mercado em qualquer ponto do país e provocar a alta dos preços; V, vender mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência; VI, provocar a alta ou baixa de preços, títulos públicos, valores ou salários por meio de notícias falsas, operações fictícias ou qualquer outro artifício; VIII, exercer funções de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa ou sociedade do mesmo ramo de indústria ou comércio com o fim de impedir ou dificultar a concorrência; [...] Art. 3º São ainda crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego: I, celebrar ajuste para impor determinado preço de revenda ou exigir do comprador que não compre de outro vendedor;

As penas atribuídas incluíam prisão e multa, conforme se infere da leitura dos artigos 2º e 3º da norma em análise:

Art. 2º São crimes dessa natureza:
Pena: prisão celular de 2 a 10 anos e multa de 10:000\$000 a 50:000\$000.

Art. 3º São ainda crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego:
Pena: prisão celular de 6 meses a 2 anos e multa de 2:00\$000 a 10:000\$000.

A respeito desse dispositivo, Forgioni assinala que, desde o ano de 1938, é possível criminalizar, em nosso sistema jurídico, a condenação de determinadas práticas de participação em consórcios, convênios, ajuste, aliança ou fusões de empresas que levasse ao aumento arbitrário de lucros, à semelhança do que é disposto, atualmente, no artigo 36, III, da Lei 12.529/11¹⁸⁶.

Deve-se destacar ainda que o referido Decreto em seu artigo 2º, inciso III, tipificava como crime contra a economia popular, sua guarda e emprego a conduta de “promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou

¹⁸⁶ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 103.

dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio”.

Art. 2º São crimes dessa natureza:

III, promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio.

Forgioni destaca o registro da utilização do Decreto 869/38 foi pelo Consultor Geral da Republica para o Conselho Nacional do Petróleo, no qual se constatou que a fixação contratual dos preços de revenda dos postos de gasolina justamente contra *Standard Oil Company* do Brasil que no caso concreto praticando atos contrários à ordem econômica.

Ivo Gico Junior sustenta que o Decreto n. 869/38 antecede o Decreto-Lei n. 7.666¹⁸⁷, de 22 de junho de 1945, também conhecido como a Lei Malaia. A referida norma, inspirada pelo Ministro Agamenon Magalhaes, teve por objetivo coibir os atos contrários à ordem moral e econômica.

Paula Forgioni assinala o Ministro Agamenon Magalhaes como pioneiro do antitruste no Brasil. Nesse sentido a autora destaca postura protecionista de Magalhaes aliada “ao discurso que propugnava a necessidade de atuação do Estado para garantir a liberdade de concorrência entre os agentes econômicos”¹⁸⁸.

Vale registrar que a Lei Malaia tem caráter nitidamente administrativo e não penal uma vez que, não tratava de crimes contra a economia popular como fazia o Decreto 869, de 1938, mas sim, de atos contrários aos interesses da economia nacional¹⁸⁹, nos termos do caput do art. 1º:

Art. 1º Consideram-se contrários aos interesses da economia nacional:

¹⁸⁷ BRASIL, DECRETO-LEI Nº 7.666, DE 22 DE JUNHO DE 1945. Dispõe sobre os atos contrários à ordem moral e econômica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7666.htm>. Acesso em 22 de fev. de 2017.

¹⁸⁸ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 106.

¹⁸⁹ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 107.

I – os entendimentos, ajustes ou acordos entre empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios, que tenham por efeito: a) elevar o preço de venda dos respectivos produtos; b) restringir, cercear ou suprimir a liberdade econômica de outras empresas; c) influenciar no mercado de modo favorável ao estabelecimento de um monopólio, ainda que regional.

Como ponto fundamental, o Decreto-Lei n. 7.666, de 22 de junho de 1945 sugere a mudança de paradigma entre os crimes contra a Economia Popular e os ilícitos administrativos concorrenciais, determinando também a criação do que se poderia considerar o antecessor do atual Cade, a Comissão Administrativa de Defesa da Concorrência.

Ivo Gico Jr sustenta que a referida comissão sequer foi efetivamente instaurada, uma vez que houve a revogação do Decreto-Lei n. 7.666/45 pelo Decreto-Lei n. 8.162, de 9 de novembro do mesmo ano, que depôs Getúlio Vargas¹⁹⁰, sucedendo-se ao governo do Presidente do Supremo Tribunal Federal José Linhares.

É apenas com a redemocratização ocorrida no Brasil e da elaboração da Constituição de 1946 que se retorna a falar no abuso de poder econômico. De acordo com Forgioni, Agamenon Magalhães, participou como membro constituinte da Carta, que mesmo possuindo um viés liberal, previu a possibilidade de intervenção do Estado em caso de abuso de poder econômico. Nesse sentido, traz-se o artigo 148 da Constituição de 1946:

Art 148 - A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

Forgioni sustenta que a Constituição Federal de 1946 é a primeira Constituição Brasileira que abarca o princípio da repressão ao abuso do

¹⁹⁰ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Cartel: Teoria unificada da colusão**. São Paulo: Lex Editora: 2006. p. 32.

poder econômico¹⁹¹. Ao analisar a Carta, Forgioni destaca que a Constituição Federal de 1946 afastou-se da sistematização efetuada pelo Decreto-Lei 7.666, de 1945, ao condenar os atos abusivos pela sua finalidade (“que tenha por fim”) e não pelos seus efeitos (“que tenham por efeito”), conforme constava do artigo 1º do Decreto-lei de 1945¹⁹².

Ainda sobre o tema, cumpre destacar as observações elaboradas por Pontes de Miranda ao examinar o artigo 148 da Constituição de 1946. Segundo o autor, que percebeu o poderoso instrumental que estaria sendo colocado nas mãos do Governo Federal:

[...] é difícilimo manobrar as duas políticas de intervenção na economia e a de luta contra truste. Acaba o Estado por ter tantas armas debaixo do braço- e tantos sabres e machados - que não possa ou não saiba usar, com acerto, de nenhuma. Fixa preço, perseguir trustes, sem aparelhamento quase genial, de economia e de administração públicas, é o mais perigoso dos empirismos¹⁹³.

Isabel Vaz, uma das percussoras do Direito Antitruste no Brasil, assinala, por sua vez, que é a partir da Constituição de 1946 que “tem início uma nova fase no chamado sistema brasileiro antitruste, onde a tônica deixa de ser simplesmente a defesa da economia popular através dos diplomas legais citados”¹⁹⁴.

Ivo Gico Junior, ao tratar do período pós-promulgação da constituição de 1946, também anota que o controle de preços do período em estudo continuava a ser uma das características mais marcantes do Estado brasileiro. Segundo o autor, a década de 1950 marcou uma nova etapa no controle estatal de preços, sendo que expandiu-se o controle para produtos alimentícios, alguns serviços e, com a promulgação da Lei

¹⁹¹ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 110.

¹⁹² FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 111.

¹⁹³ MIRANDA, Pontes. Comentários à Constituição de 1946. FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 111-112.

¹⁹⁴ VAZ, Isabel Direito Econômico da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 259. *Apud* FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 111.

de Crimes contra a Economia Popular, Lei n. 1521, de 26 de dezembro de 1951, tornou-se crime a transgressão a tabelas oficiais de preços¹⁹⁵.

Ivo Gico Junior ensina que as referidas leis editadas na década de 1950 instituíam uma sistemática de controles de preços ainda mais rigorosa e concomitantemente replicavam os dispositivos concorrencias do Decreto-lei 869/38. O autor destaca que os governantes brasileiros pareciam acreditar na capacidade estatal de melhor alocar os recursos:

Como podemos concluir durante esse período os governantes brasileiros pareciam acreditar piamente na capacidade estatal de melhor alocar os recursos sociais do que o livre-mercado, sendo cada vez mais o poder público o mecanismo primordial para tanto. O mercado não era - ao que tudo indica - um mecanismo confiável ou ao menos não parecia ser aos olhos do legislador. Não surpreende, então, o fato de a legislação de defesa da concorrência não ter sido aplicada de maneira mais ostensiva, mesmo tendo a constituição vigente estabelecido o poder-dever estatal de combate ao abuso de poder econômico. Para que se preocupar o livre funcionamento dos mercados se o próprio Estado se sub-roga da prerrogativa de exercer as suas funções ou corrigir diretamente eventuais falhas?¹⁹⁶

É somente em 1962, com a promulgação da Lei 4.137/62¹⁹⁷, que o Brasil cria uma agência para regulação do Direito Antitruste. Através da referida norma, cria-se, por seu art. 8º, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), incumbido da apuração e repressão dos abusos do poder econômico. Nesse sentido, a norma em questão estabelece exemplos de abuso de poder econômico, além de conter normas processuais e administrativas¹⁹⁸.

¹⁹⁵ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Cartel: Teoria unificada da colusão**. São Paulo: Lex Editora: 2006. p. 34.

¹⁹⁶ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Op. cit.* p. 35.

¹⁹⁷ BRASIL. LEI No 4.137, DE 10 DE SETEMBRO DE 1962. Regula e repressão ao abuso do Poder Econômico. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4137.htm Acesso em 22 de fev de 2017

¹⁹⁸ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 20.

Oliveira e Rodas assinalam que durante a vigência da Lei 4.137, procedeu-se a inúmeras averiguações preliminares, no entanto, o número de processos que chegaram ao CADE para julgamento não foi muito alto. Os autores ressaltam que a norma poderia ter obtido efetividade mais crescente e uniforme¹⁹⁹.

Paula Forgioni sustenta que a Lei 4.137 de 1962, gerou dúvidas quanto ao caráter taxativo (ou não) das práticas elencadas no art. 2º, cujo *caput* trazia a seguinte redação: “*Consideram-se formas de abuso do poder econômico*”. O Procurador Geral do CADE, buscando dar amplitude maior ao sistema do que aquela que decorreria da interpretação literal do texto da lei, ao tratar do “caso da barrilha”, considerou que o artigo 2º da Lei 4.137 não estabelecia elenco taxativo, mas que:

a lei fornece o roteiro, o caminho, a estrada para que o CADE apure, investigue, denuncie e contenha os abusos. Qualquer que seja a capa sobre a qual se esconda o abuso, ao Conselho cumprirá despir-lhe a máscara, através de apuração da verdade dos fatos e reprimir a prática abusiva.²⁰⁰

O caso envolvia empresas produtoras de vidros e importadoras de Barrilhas, reunidas na Associação Técnica Brasileira de Indústrias Automáticas de Vidro (ATBIAV), que estariam cometendo a prática conhecida por *Dumping*, não prevista expressamente na Lei antitruste da época. Quando do julgamento, o CADE afirmou que o abuso do poder econômico caracteriza-se por meios que tenho por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros. Resolvido o problema da tipificação legal, a acusação foi considerada improcedente, pelo entendimento de que inexistiam provas que autorizassem a condenação²⁰¹.

¹⁹⁹ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 20.

²⁰⁰ Parecer do Procurador-Geral do CADE, no Processo Administrativo 1, referido por Alberto Venancio Filho (A Intervenção do Estado no Domínio Econômico, p. 302). *Apud* FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 116.

²⁰¹ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 116.

O posicionamento do CADE assumido no caso da barrilha não se acentuou princípio geral. Pelo contrário, quando do julgamento do processo, ficou decidido que se tratando da caracterização de delito punido com pena severa como acontece com aquelas capturados na Lei 4.137, de 1962, e seu rigoroso enquadramento aos dispositivos legais²⁰².

Mais do que uma repentina conscientização nacional sobre a importância da defesa da concorrência, a Lei de 1962 fazia parte de um pacote legislativo cujo mote era revitalizar e ampliar a intervenção do Estado no domínio econômico. A norma em comento consiste em mais uma tentativa decorrente da crença da classe política brasileira de que os problemas de implementação de políticas públicas podem ser superados à canetadas, com a singela adoção de novas legislações mais modernas²⁰³.

A política de Defesa da Concorrência parecia estar finalmente criando suas raízes no Brasil. No entanto, em 1964 e, com a escalada da famigerada inflação, novos mecanismos públicos de controle econômico passaram a ser testados pelo militares no poder²⁰⁴.

Assim, a Constituição do Brasil de 1967, através do artigo 157, dispôs que:

157, § 8 São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou organizar o setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias fundamentais²⁰⁵

²⁰² FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 116.

²⁰³ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Cartel: Teoria unificada da colusão**. São Paulo: Lex Editora: 2006. p. 36.

²⁰⁴ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Cartel: Teoria unificada da colusão**. São Paulo: Lex Editora: 2006. p. 37.

²⁰⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. acesso em 20.02.2017

O Decreto-Lei nº 63.196, de 1968²⁰⁶, por sua vez, veio a dispor o sistema regulador de preços no mercado interno e dar outras providências. Conselho Interministerial de Preços (CIP). A respeito do tema, Todorov e Torres Filho assinalam que, muito embora no período de 1962-1988, uma legislação antitruste mais substancial tenha sido aprovada (Lei nº 4137/62), essa norma nunca foi totalmente implementada²⁰⁷.

Em 1986, antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988, o Decreto-Lei 92.323²⁰⁸ buscou reviver o CADE, tentando transformá-lo em um órgão operacionalmente efetivo. O decreto reestruturou o Conselho, nomeou novos conselheiros e o transferiu do Rio de Janeiro para Brasília. Entretanto, a medida legislativa não foi suficiente, pois a presença da intervenção do Estado na economia ainda era fortemente observada, o que, de certa forma, inibia a concorrência²⁰⁹.

2.1.3 A Constituição de 1988 e a moderna Defesa da Concorrência.

²⁰⁶ BRASIL. **Decreto-lei nº 406**, de 31 de dezembro de 1968. Estabelece normas gerais de direito financeiro, aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0406.htm>. Acesso em 20.02.2017

²⁰⁷ TODOROV, Francisco Ribeiro; TORRES FILHO. History of competition policy in Brazil: 1930-2010. **The Antitrust Bulletin**: Vol. 57, n. 2/ Summer 2012. Disponível em: <<http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0003603X1205700202> >. Acesso em: 16 de jun. 2016.

²⁰⁸ BRASIL. **Decreto n. 92.323**, de 23 de janeiro de 1986. Aprova o Regulamento da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, que disciplina a repressão ao abuso do poder econômico. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D92323.htm>. Acesso em 20.02.2017

²⁰⁹ TODOROV, Francisco Ribeiro; TORRES FILHO. History of competition policy in Brazil: 1930-2010. **The Antitrust Bulletin**: Vol. 57, n. 2/ Summer 2012. Disponível em: <<http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0003603X1205700202> >. Acesso em: 20 de fev 2016.

É somente com a Constituição Federal de 1988 (CF/1988), que aduziu: os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, e indicou a necessidade de promulgação de lei para reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucro que a Defesa da Concorrência volta a ser preocupação do Estado brasileiro.

Essa necessidade de conciliar a interação entre a economia de livre mercado e o ordenamento jurídico pátrio começa a partir da década de 1990, quando o Brasil, adota as medidas deliberadas no Consenso de Washington ²¹⁰.

Pode-se pontuar que a redemocratização do País, a promulgação da Carta Magna, a adoção das recomendações do Consenso de Washington na economia brasileira e a estabilização da moeda - através do Plano Real - foram fatores fundamentais para o ajuste macroeconômico ocasionado no Brasil entre o fim dos anos 90 e começo do Século XXI.

Em relação ao Consenso de Washington, restou estabelecido um conjunto de dez regras que deveriam ser adotadas pelos países para promover o desenvolvimento econômico e social, a saber: (i) Disciplina fiscal, (ii) Redução dos gastos públicos, (iii) Reforma tributária, (iv) Juros de mercado, (v) Câmbio de mercado, (vi) Abertura comercial, (vii) Investimento estrangeiro direto - com eliminação de restrições, (viii) Privatização das estatais, (ix) desregulamentação econômica e trabalhista, (x) direito à propriedade intelectual, finalmente se abriu ao mercado externo.

Essas medidas tinham como objetivo principal a geração de um ambiente macroeconômico dinâmico, que permitisse ao Brasil a possibilidade de crescimento econômico²¹¹, pós-período de hiperinflação. Nesse sentido, as medidas do consenso de Washington adotadas pelo Brasil foram fundamentais para que o País conseguisse

²¹⁰ O termo Consenso de Washington ficou conhecido como um conjunto de medidas de ajuste macroeconômico formulado por economistas de instituições financeiras como o Fundo Monetário Internacional o Banco Mundial, elaborado em 1989

²¹¹ Segundo dados do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento o Brasil registra crescimento de 24% no Índice de Desenvolvimento Humano-IDH desde 1990 e cresce mais rápido que vizinhos latino-americanos. O IDH do Brasil melhora em 2012; país mantém 85ª posição no ranking em relação a 2011. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/Noticia.aspx?id=3705>>. Acesso em 20 de junho de 2016.

ajustar suas finanças e promover o considerável período de crescimento da economia brasileira no período de 2000 a 2010.

É de se destacar que algumas dessas medidas começaram a ser implantadas no Brasil já no período após a promulgação da CFRB/88. Fernando Collor de Mello, Presidente da República, durante 1990 à 1993, iniciou um processo de abertura da economia brasileira com maior exposição à competição internacional. Foi também em seu Governo que foi promulgada a Lei nº 8.158/91²¹² que originou as primeiras alterações na Lei de Defesa da Concorrência e criou a Secretaria Nacional de Direito Econômico – SNDE, do Ministério da Justiça, depois chamada de Secretaria de Direito Econômico – SDE.

Devido ao processo de *impeachment* de Fernando Collor de Mello, Itamar Franco, cumpriu o período final do mandato presidencial (1993-1994) e iniciou o processo de privatização de empresas estatais, destacando-se a privatização da Empresa Brasileira de Aeronáutica - EMBRAER. É também no Governo Itamar Franco, que o Governo brasileiro adota o Plano Real, capitaneado pelo então Ministro da Fazenda Fernando Henrique Cardoso, que futuramente viria a se tornar Presidente da República.

Seguindo o disposto no Artigo 173, § 4º “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”, o Congresso Nacional aprovou e o então Presidente Itamar Franco sancionou a Lei Federal 8.884/94, que transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) na autarquia competente para tratar da prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica.

A Lei nº 8.884/94²¹³, conhecida como Lei de Defesa da Concorrência ou Lei Antitruste Brasileira, contemporânea das reformas econômicas que trouxeram a estabilização de preços (Plano Real), inaugurou a era moderna da política de concorrência no Brasil, pois,

²¹²BRASIL. **Lei n. 8.158, de 8 de janeiro de 1991.** Institui normas para a defesa da concorrência e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L8158.htm>. Acesso em: 20 de fev. 2017.

²¹³BRASIL. **Lei n. ° 8.884, de 11 de junho de 1994.** Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em 20 de fev. 2017.

além de tornar o CADE uma Autarquia independente, criou novo ambiente jurídico para a aplicação da legislação da concorrência²¹⁴.

A mudança mais significativa de todo o Século XX na política antitruste brasileira aconteceu certamente com a aprovação da Lei 8.884/1994, a qual, segundo Monteiro, foi a responsável por inaugurar “a era moderna de concorrência no Brasil”²¹⁵. Os estudiosos do tema entendem que essa lei foi a principal responsável pela promoção de “*profundas modificações no sistema de defesa da concorrência brasileiro, fazendo com que o país entrasse em um seletor rol de países em que as leis antitrustes fossem atuais e efetivas*”²¹⁶.

Fernando Henrique Cardoso (1994-1998) promove a aceleração do processo de agastamento do Estado da atividade econômica, verificando-se mudanças significativas como a privatização do setor de telecomunicações, setor elétrico, a privatização da Companhia Vale do Rio Doce (hoje VALE), além da flexibilização do monopólio do petróleo²¹⁷.

Tomado pela necessidade de investimento externo, que exigia em troca o cumprimento das regras do Consenso de Washington, o Brasil recebeu uma intensa leva de investimentos do capital internacional, que demandava uma nova dinâmica à Ordem Econômica proposta pela

²¹⁴ FERRAZ, André Santos. **Os Atos de Concentração na Lei 12.529/2011 e os Princípios Constitucionais da Ordem Econômica**. Trabalho de Conclusão de Curso. Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais. 2014. p. 48.

²¹⁵ MONTEIRO, C. D. B. **Políticas antitruste: aspectos relevantes para o caso brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2003. *Apud* FERRAZ, André Santos. **Os Atos de Concentração na Lei 12.529/2011 e os Princípios Constitucionais da Ordem Econômica**. Trabalho de Conclusão de Curso. Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais. 2014. p. 48.

²¹⁶ TODOROV, Francisco Ribeiro; TORRES FILHO. History of competition policy in Brazil: 1930-2010. **The Antitrust Bulletin**: Vol. 57, n. 2/ Summer 2012. Disponível em: <<http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0003603X1205700202>>. Acesso em: 20 de fev. 2016.

²¹⁷ TODOROV, Francisco Ribeiro; TORRES FILHO. History of competition policy in Brazil: 1930-2010. **The Antitrust Bulletin**: Vol. 57, n. 2/ Summer 2012. Disponível em: <<http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0003603X1205700202>>. Acesso em: 16 de jun. 2016.

Constituição, com a necessidade de adaptar a ordem jurídica com o novo e moderno modelo de mercado competitivo.

Algumas medidas foram tomadas pelo Congresso Nacional. Em relação à Constitucional, destaca-se a mudança estabelecida pela promulgação da Emenda Constitucional de nº 6 de 1995²¹⁸, que revogou o Art. 171²¹⁹, que diferenciava empresas brasileiras das empresas de capital estrangeiro. Desta forma, com a revogação do dispositivo citado a, a Constituição Federal deixou de fazer diferença entre as empresas brasileiras de capital nacional e as de capital estrangeiro.

Este processo de desenvolvimento econômico exigiu a necessidade de uma legislação Antitruste mais robusta e atuante. Isso porque, a legislação concorrencial, até então, raramente era aplicada no Brasil e, durante muito tempo, o CADE foi um órgão de utilidade questionável, cujas decisões, em grande parte, experimentavam eficácia meramente formal, situação essa que somente veio a se modificar quando do processo de redemocratização do país, que resultou na promulgação da Constituição de 1988²²⁰.

²¹⁸ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc06.htm. Acesso em 20.02.2017

²¹⁹ O art. 171 assim estabelecia: Art. 171- São consideradas: (Revogado pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995) I - empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País; II - empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.

²²⁰ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência. **Scientia Iuris**. Londrina, v. 10, p. 83-96, 2006. p.90.

Realizando uma atividade, a qual a priori, seria típica da Administração Pública Direta (regulação do mercado), mas que para um melhor funcionamento e aplicação efetiva da legislação exige gestão administrativa e financeira descentralizada, O CADE se tornou protagonista da defesa econômica no Brasil, porém, não era o único agente responsável pela política antitruste brasileira nesse cenário novo. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), formado pelo CADE, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), do Ministério da Fazenda, e pela Secretaria de Defesa Econômica (SDE), do Ministério da Justiça, comporta os três órgãos principais que protegem a economia brasileira de abusos referentes ao poder econômico. Ademais, as investigações sobre o tema seriam ainda de competência compartilhada entre a SDE, a Polícia Federal e o Ministério Público²²¹.

A Lei 8.884/94 recebeu uma reforma no ano de 2000 com a Lei 10.149²²², que cria um programa de leniência para as empresas envolvidas em atividades de cartel e aumenta os poderes de investigação da SDE²²³. Apesar disso, essas duas importantes alterações somente foram efetivamente implementadas posteriormente ao ano de 2003²²⁴.

²²¹ FERRAZ, André Santos. **Os Atos de Concentração na Lei 12.529/2011 e os Princípios Constitucionais da Ordem Econômica**. Trabalho de Conclusão de Curso. Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais. 2014. p. 49.

²²² BRASIL. **Lei n. 10.149, de 21 de dezembro de 2000**. Altera e acrescenta à Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa – CADE em autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10149.htm>. Acesso em 22 de fev. 2017.

²²³ TODOROV, Francisco Ribeiro; TORRES FILHO. History of competition policy in Brazil: 1930-2010. **The Antitrust Bulletin**: Vol. 57, n. 2/ Summer 2012. Disponível em: <<http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0003603X1205700202>>. Acesso em: 16 de jun. 2016.

²²⁴ FERRAZ, André Santos. **Os Atos de Concentração na Lei 12.529/2011 e os Princípios Constitucionais da Ordem Econômica**. Trabalho de Conclusão de Curso. Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais. 2014. p. 49.

Apesar das inovações trazidas pela Lei 8.884, de 1994 e pela Lei 10.149, de 2000, alguns problemas são apontados, principalmente nos primeiros dez anos de vigência da lei²²⁵. Sobre o tema, Matias-Pereira ensina que nas principais análises feitas pelo CADE até 2004 foi utilizado um adequado arcabouço teórico combinando teoria econômica e direito antitruste²²⁶.

A principal crítica estaria na restritividade dos debates relacionados ao tema, pois todos os casos ficavam restritos aos espaços políticos, empresariais e acadêmicos. O Governo não estaria conseguindo repassar, de forma satisfatória, as decisões tomadas na área de defesa da concorrência à população. Dessa forma, “as regras na área de defesa da concorrência, analisada sob a ótica da mídia, são desconhecidas pela grande maioria da população do país”²²⁷.

Em 2011, a Nova Lei Antitruste Brasileira, Lei 12.529/11, positivou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), com algumas alterações, as quais serão vistas de forma mais detalhada no próximo item.

2.2 A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL NA CFRB88;

No prefácio da obra “Os princípios constitucionais da ordem econômica - o significado e o alcance do art. 170 da constituição Federal”, Lafayette Josué Petter trata de caracterizar o predomínio do sistema capitalista de produção, insculpido no art. 170 da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos:

De inspiração nitidamente capitalista, mas com temperamentos de natureza social, a CF/88 procura limitar a intervenção do Estado no domínio econômico, restringindo-lhe a exploração

²²⁵ FERRAZ, André Santos. **Os Atos de Concentração na Lei 12.529/2011 e os Princípios Constitucionais da Ordem Econômica**. Trabalho de Conclusão de Curso. Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais. 2014. p. 49.

²²⁶ MATIAS-PEREIRA, José. Políticas de defesa da concorrência e de regulação econômica: as deficiências do sistema brasileiro de defesa da concorrência. **Rev. de Administração Contemporânea**, v. 10(2), pp. 51-73, 2006.

²²⁷ MATIAS-PEREIRA, José. Políticas de defesa da concorrência e de regulação econômica: as deficiências do sistema brasileiro de defesa da concorrência. **Rev. de Administração Contemporânea**, v. 10(2), pp. 51-73, 2006.

da atividade econômica unicamente “quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo”²²⁸

O preâmbulo da Constituição Federal de 1988 elenca como um de seus objetivos a formação de um Estado destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

Para atingir o desenvolvimento social proposto pela CFRB88 (erradicando a pobreza e a marginalização e reduzindo as desigualdades sociais e regionais) necessário se faz a garantia do crescimento sustentável da economia. Assim sendo, para se ter uma Economia saudável e que promova o desenvolvimento social, é necessária a manutenção de uma ordem econômica que respeite os direitos dos agentes, garantindo-lhes a segurança jurídica de seus investimentos e afastando, quando necessário, a indevida intervenção do Estado em assuntos privados e comerciais.

Salienta-se que o afastamento do Estado nas relações do domínio econômico não se confunde com afastamento por completo da intervenção do Estado na Economia, visto que por deter o monopólio da coerção, o Estado não pode abrir mão do seu poder-dever de coibir os abusos de poder econômico.

Conforme salientado, o Poder Constituinte Originário tratou de insculpir na Constituição de 1988 um título específico para avalizar uma ordem econômica apta a proporcionar o desenvolvimento econômico e o consequente desenvolvimento social, promovendo a produção e a distribuição de bens e serviços através de um mercado livre, mas ao mesmo tempo, sólido e com efetivas garantias constitucionais.

Trata-se de normas de caráter abstrato, inseridas no Título VII da Constituição Federal de 1988, que moldam a Ordem Econômica nos termos do Art. 170 da Constituição Federal de 1988. Sobre o dispositivo supracitado, encontra-se o ensinamento do Professor Leonardo Vizeu Figueiredo em sua obra “Lições de Direito Econômico”:

De tal leitura depreende-se a riqueza do dispositivo que traz em seu bojo normas relativas ao fundamento, à finalidade e aos princípios da ordem econômica, além de nortear sua compreensão. Nessa perspectiva, Eros Roberto

²²⁸ PETER, Lafayete Josué. **Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p.11.

Grau inferiu o duplo sentido à expressão “ordem econômica”, ora entendendo-a, numa visão subjetiva e com base no artigo antes descrito, como ser, ou seja, como um conjunto de relações econômicas, e ora, objetivamente e no foco do artigo 173 §5º, da CRFB, como dever-ser, isto é, como um conjunto de normas jurídicas disciplinadoras dessas relações ²²⁹.

Sobre o Constitucionalismo Brasileiro de 1988 e a ordem econômica, lecionam Everton das Neves Gonçalves e Joana Stelzer:

A ação do Estado passou a ser normativa, fiscalizadora e supletiva da ação desenvolvida pela iniciativa privada, segundo imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo. Em verdade, após tantas emendas constitucionais, o Texto primevo da Constituição Federal de 1988 foi flexibilizado segundo a orientação neoliberal hodierna. Somente na Ordem Econômica, mais de dez emendas alteraram dispositivos que vieram fortalecer a ação do capital privado em detrimento da ação estatal. **Apesar disso, a Constituição Cidadã objetivou a prática econômica capitalista-liberal, ainda que socialmente responsável;** segundo observada a co-existência em sociedade dividida e desigual. ²³⁰

Compreende-se, portanto, a Ordem Econômica como sendo o conjunto de normas constitucionais e infraconstitucionais que regem o setor econômico e suas especificidades.

Assim sendo, se de um lado a Ordem Econômica deve afastar o Estado de interferir na atividade econômica, de forma a liberar os agentes econômicos – produtores e compradores, para que estes

²²⁹ FIGUEREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 8 ed. ver e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 80.

²³⁰ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. O Direito Econômico: Extraordinário Instrumento de Desenvolvimento. **In Anais do XVIII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito – CONPEDI**. Maringá, PR. Florianópolis, SC: Fundação Boiteux, 2009. V. 5. P. 2727-2761. ISBN 978-85-7840-023-1. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/maringa/Marina_ga_integra.pdf>. Acesso em 20.02.2017.

busquem investir nos melhores fatores de produção (terra, trabalho, capital e tecnologia) pelos menores preços e para que, conseqüentemente, possam ofertar bens de consumo a preços com mais qualidade e mais acessíveis, de outro, o Ordenamento Jurídico deve coibir as atitudes anticompetitivas e o abuso do poder Econômico.

Dentre os princípios elencados no art. 170 da Constituição Federal de 1988, optou-se por destacar os princípios da livre-iniciativa e da livre concorrência, que estão intrinsecamente ligados ao tema da presente dissertação.

2.2.1 Princípio da livre iniciativa.

Elencado no *caput* do Art. 170 da Constituição Federal, o princípio da livre iniciativa traduz a liberdade individual de empreender uma atividade econômica. Isto é, ele é quem dá a característica principal do sistema de mercado adotado. É o poder reconhecido aos agentes econômicos para que empreendam as suas atividades profissionais, aptas a garantir o seu sustento, sem a intromissão do Estado na sua liberdade produtiva e comercial.

O princípio da livre iniciativa pode ser analisado como sendo um reflexo direto da propriedade privada (Art. 5º, inciso XXII da Constituição Federal), ou seja, a partir da garantia da propriedade privada, o referido princípio passa a ser a base de um sistema econômico de livre-mercado, baseado nas trocas voluntárias. A respeito do referido princípio, Lafayette Josué Petter assinala que:

A noção de livre iniciativa como fundamento do Estado brasileiro conclama para partilhar a ideia de liberdade no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização e suas felicidades. Valoriza-se o ato voluntário, a ausência de coação, a autodeterminação²³¹.

O Administrativista José Santos Carvalho Filho, por sua vez, acrescenta:

²³¹ PETER, Lafayette Josué. **Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005 p.164.

Trata-se, na verdade, da liberdade de exploração de atividades econômicas sem que o Estado as execute sozinho ou concorra com a iniciativa privada. A livre iniciativa é o postulado maior do regime capitalista. O fundamento em foco se completa, aliás, com a regra do art. 170, parágrafo único da CF, segundo o qual a todos é assegurado o livre exercício de qualquer atividade econômica, sem necessidade de autorização de órgãos públicos, à exceção dos casos previstos em lei²³².

Assim sendo, o Estado deve manter-se afastado do mercado, isto é, deve evitar concorrer com os agentes econômicos. Para tanto, o Poder Originário Constituinte foi mais além, vedando, através do artigo 173 da CF/88, ao Estado a exploração direta da atividade econômica, que só é permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

Sobre o princípio da livre-iniciativa e coadunando-se com o posicionamento ora defendido, o Professor Leonardo Vizeu Figueiredo em sua obra “Lições de Direito Econômico” assinala que:

É corolário do liberalismo econômico de Adam Smith, que se presente nos textos constitucionais, ainda que de forma bastante mitigada. Significa a liberdade de entrar, permanecer e sair o mercado, sem interferências externas. **Observe-se que não há mais espaço para o *Laissez-faire, laissez-passer; le monde va de lui-même, uma vez que, como veremos, o Estado atua como agente normativo e regulador de sua Ordem Econômica.*** Todavia, com base no princípio da subsidiariedade, a intervenção estatal somente se fará presente onde for necessária. Nos nichos de nossa economia onde não se apontar para a necessidade de interferência do Poder Público, o mercado se auto-regulará.²³³

Como se pode perceber, é o princípio da livre-iniciativa que impulsiona a economia, é através da escolha arbitrária de cada

²³² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo** – 25 ed. ver. amp. E atual. até a lei 12.587, de 3-1-2012. São Paulo. Atlas, 2012. p. 901.

²³³ FIGUEREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 8 ed. ver e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 83

indivíduo, seja pessoa física ou pessoa jurídica, sobre qual será seu empreendimento, o seu trabalho, que nascem as relações econômicas, nas quais o Estado não pode participar como agente, salvo quando legalmente autorizado para tanto. O artigo 173 e 174 da CF/88 dispõem claramente que o Estado não poderá explorar a atividade econômica²³⁴.

Assim sendo, a CF/88 tratou de afastar o Estado da exploração direta da atividade econômica, mantendo, todavia, através de seu artigo 174, a função de agente normativo e regulador da economia.

Com relação ao princípio da livre-iniciativa, cumpre destacar que, em atenção à Constituição, o referido princípio foi incorporado tanto no artigo 1º da Lei 8.884/94 quanto da Lei 12.529/2011. A respeito do tema, convém trazer a lição de Molan Gaban e Domingues:

Especificamente, infere-se que a denotação de 'livre-iniciativa' é o valor mais indicado para representar predominantemente o espírito da ação do Estado com base na Lei Antitruste em atenção à Constituição de 1988, consubstanciando-se em verdadeira vertente (eixo) sobre a qual repousa a ordem econômica.²³⁵

Os autores ainda destacam que, como todo princípio, a livre-iniciativa não pode ser interpretada em caráter absoluto, demandando ponderação e atenção estatal para que a liberdade econômica concedida a uns, pelo Estado, não resulte em restrição de liberdade a outros. Nesse sentido, ensinam que atrelada à liberdade de livre-iniciativa encontra-se uma finalidade social, nos termos do artigo 170, *caput*: “conforme os ditames da justiça social²³⁶”.

Realizadas essas considerações acerca do princípio da livre-iniciativa passa-se ao estudo do princípio da livre-concorrência.

²³⁴ Dispõe literalmente os respectivos artigos: “O Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”; “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

²³⁵ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 54.

²³⁶ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Op.cit.* p. 56.

2.2.2 Princípio da Livre-Concorrência

Para que uma economia se desenvolva, é fundamental que haja competição entre os produtores e consumidores. Isto porque se de um lado o mercado seleciona os melhores agente econômicos, beneficiando-lhes com o lucro, do outro indica aos piores os erros cometidos, ou os prejuízos acumulados, para que assim, como uma equipe que participa de uma competição, venham a consertar seus erros e passem novamente a vencer e no caso da economia a lucrar.

A moderna teoria econômica define que os recursos são escassos, isto é, a maioria dos recursos econômicos é finita, razão pela qual o Estado deve fomentar a competitividade dos agentes econômicos a fim de garantir a exploração sustentável de tais recursos.

Todavia, em um cenário altamente competitivo predominam os riscos inerentes à inovação tecnológica e à economia imperfeita. Para tanto, é fundamental que o Estado seja capaz de garantir os padrões legais de funcionamento dos mercados, os quais consistem basicamente na garantia da propriedade privada, no cumprimento dos contratos, na tributação eficiente, no acesso não-discriminatório ao crédito e na apropriação pelos agentes dos produtos do seu esforço empreendedor.

Sobre a concorrência, leciona o Professor Leonardo Vizeu Figueiredo em “Lições de Direito Econômico”:

Concorrência é a ação competitiva desenvolvida por agentes que atuam no mercado de forma livre e racional. Isto é, trata-se da disputa saudável por parcela do mercado entre agentes que participam de uma mesma etapa em ciclo econômico (produção – circulação – consumo). Assim, deve o Estado intervir de forma a garantir que a competição entre os concorrentes de um mesmo mercado ocorra de forma justa e sem abusos (monopólio, oligopólio, truste, cartel, etc.) garantindo-se, assim, o equilíbrio entre a oferta e a procura, bem como a defesa da eficiência econômica.²³⁷

Figueiredo ainda ensina que, no Brasil, a livre-concorrência é fiscalizada pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, composto pela Secretaria de Acompanhamento Econômico- SEAE e

²³⁷ FIGUEREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 8 ed. ver e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 87.

pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Assinala ainda que a livre-concorrência teve como marco jurídico e histórico o Decreto de Allarde, de 02 de março de 1791, inspirada a partir das legislações dos Estados Unidos (*Sherman Act* -1890) e do Canadá (*Competition Act* -1889)²³⁸.

O art. 7º do Decreto de Allarde determinava que seria:

livre a qualquer pessoa a realização de qualquer negócio ou exercício de qualquer profissão, arte ou ofício que lhe aprovesse, sendo contudo ela obrigada a se munir previamente de uma “patente” (imposto direto), a pagar taxas exigíveis e a sujeitar-se aos regulamentos de polícia aplicáveis²³⁹.

Ao examinar o princípio da livre-concorrência, Jacques Vieira Gomes assinala que esta apresenta caráter dúplice, na medida em que a) “*de um lado, na acepção de liberdade de acesso e de permanência no mercado, constitui mero desdobramento do princípio da livre iniciativa*” e que “*(b) de outro, entretanto, instrumentaliza o controle do exercício da livre iniciativa alheia, o que basta ao reconhecimento de sua autonomia como princípio fundamental da ordem econômica positivada pela Constituição de 1988*”²⁴⁰..

A respeito do tema, Molan Gaban e Oliveira entendem que o princípio da livre-concorrência limita a expressão absoluta do princípio da livre-iniciativa por parte de um agente econômico ou um grupo de agentes econômicos com o objetivo de aplicar universalmente a livre iniciativa, ou seja, atingir a todos os agentes de mercado²⁴¹.

O princípio da livre-concorrência é, portanto, uma das bases estruturantes da atual Ordem Econômica, servindo de fundamento maior

²³⁸ FIGUEREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 8 ed. ver e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 88.

²³⁹ GOMES, Jacques Vieira. **O princípio constitucional da livre concorrência: corolário da livre iniciativa ou princípio autônomo da ordem econômica?** Disponível em: <

<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iv-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-estado-e-economia-em-vinte-anos-de-mudancas/principios-gerais-da-ordem-economica-o-principio-constitucional-da-livre-concorrencia-corolario-da-livre-iniciativa-ou-principio-autonomo-da-ordem-economica>>. Acesso em: 16 de fev. 2017.

²⁴⁰ Idem.

²⁴¹ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Op.cit.* p. 57.

para a Lei de Defesa da Concorrência (LDC), podendo ser considerado como um dos pilares fundamentais da economia de mercado²⁴².

Realizadas essas considerações acerca dos princípios da livre-concorrência e da livre-iniciativa, passa-se à análise dos principais aspectos da Lei 12.529/2011.

2.3 A LEI 12.529/11.

Em 29 de maio de 2012, Congresso promulgou e a Presidente Dilma Roussef sancionou, a Lei Federal nº 12.529. Muito debatida pelos estudiosos do Antitruste, a nova lei de defesa da concorrência determinou a análise prévia dos atos de concentração. Com isso, as fusões e aquisições de empresas precisam, primeiro, serem aprovadas pelo CADE e, somente depois da análise favorável, é que poderão ser efetivadas.

A nova lei também reestrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, de forma a ampliar as competências do CADE. A Secretaria de Acompanhamento Econômico – Seae do Ministério da Fazenda, que compõe o SBDC junto com o CADE, dedica-se à advocacia da concorrência e à relação com as agências de regulação setoriais.

Entre as principais características da nova política de defesa da concorrência formulada pela Lei 12.529/11, pode-se destacar a mudança na análise de fusões e aquisições. Segundo a nova Lei de Defesa da Concorrência, os processos de análise de ato de concentração deverão ser submetidos ao CADE antes de serem consumadas as fusões ou aquisições, e não depois, como acontecia na vigência da Lei 8.884/94.

Até a década de 2010, o Brasil era um dos únicos países do mundo que ainda adotava essa prática. De acordo com a Lei 12.529/11, o CADE tem prazo máximo de 240 dias para analisar as fusões, prorrogáveis por mais 90 dias, em caso de operações complexas.

2.3.1 Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Ao tratar do Sistema de Proteção à Concorrência, Figueiredo assinala que o principal objetivo do referido sistema é *“a promoção de uma economia competitiva por meio da prevenção e da repressão de ações que possam limitar ou prejudicar a disputa saudável ou*

²⁴² Idem.

*transparente por parcelas de mercado relevante, com base na legislação vigente”*²⁴³.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência atua em três vertentes basilares, a saber: 1) “*controle de estruturas de mercado: via apreciação de fusões e aquisições entre empresas (atos de concentração)*”; 2) “*repressão de condutas anticompetitivas*”; 3) “*promoção da cultura concorrencial*”. Ademais, importa registrar que os integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência possuem uma série de prerrogativas legais justamente para garantir plena autonomia administrativa e independência técnica²⁴⁴.

A análise da Estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) fundamenta-se principalmente no Direito Administrativo, visto que a Autoridade Antitruste brasileira é uma Autarquia regida por leis de Direito Público.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – (CADE) é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, que exerce, em todo o Território nacional, as atribuições dadas pela Lei nº 12.529, de 2011.

De acordo com a Lei de Defesa da Concorrência²⁴⁵, O SBDC é composto por dois órgãos: O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda.

Enquanto a SEAE é uma Secretaria direta do Ministério da Fazenda, o CADE tem natureza jurídica de autarquia, vinculada ao Ministério da Justiça. A Estrutura do CADE se divide em três: (a) O Tribunal de Administrativo de Defesa Econômica; (b) a Superintendência-Geral; (c) o Departamento de Estudos Econômicos²⁴⁶.

A SEAE tem como função opinar nos procedimentos em trâmite no CADE, conforme o artigo 19, da Lei 12.529/2011. Ressalta-se ainda que junto ao CADE também atua um Ofício do Ministério Público

²⁴³ FIGUEREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 8 ed. ver e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 262.

²⁴⁴ Idem.

²⁴⁵ Art. 3º - O SBDC é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, com as atribuições previstas nesta Lei.

²⁴⁶ Art. 5º - O Cade é constituído pelos seguintes órgãos: I - Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; II - Superintendência-Geral; e III - Departamento de Estudos Econômicos.

Federal, sendo que o membro titular para atuar é designado pelo Procurador Geral da República.

Roberto Taufick, ao comentar a nova estrutura do SBDC, dada pela Lei 12.529/11, relaciona a semelhança entre a nova organização do CADE e o desenho da *Federal Trade Commission-FTC*, que é a autoridade Antitruste americana:

A nova estrutura do CADE se aproxima do desenho da *Federal Trade Commission*, que é a estrutura norte-americana para o combate ao antitruste. O tripé (i) escritório de economia (*Bureau of Economics*, BE), (ii) escritório concorrencial (*Bureau of Competition*, BC) e (iii) Tribunal (Comission), segundo o autor, é reproduzido na criação respectivamente, do Departamento de Estudos Econômicos, da Superintendência-Geral e do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica. Popularmente a nova reestruturação vem sendo chamada de “SuperCade CADE²⁴⁷”.

Sabe-se que o CADE tem como principal objetivo zelar pela livre concorrência no mercado, sendo o órgão responsável, no âmbito do Poder Executivo, por investigar e decidir, em última instância administrativa²⁴⁸. Essa entidade exerce três funções: preventiva, repressiva e educacional.

A função repressiva refere-se à investigação em todo o território nacional e posteriormente ao julgamento de cartéis e das condutas nocivas à livre concorrência, elencadas nos incisos do artigo 36 da Lei 12.529/11.

A função preventiva consiste em analisar e posteriormente decidir sobre as fusões, aquisições de controle, incorporações e outros atos de concentração econômica entre grandes empresas que possam colocar em

²⁴⁷ TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei antitruste brasileira: a Lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência : avaliação crítica, jurisprudência, doutrina, estudo comparado.** Rio de Janeiro: Forense, 2012.

²⁴⁸ Conforme ensina Figueiredo, as decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, sendo revistas somente pelo Poder Judiciário, com fundamento no princípio da inafastabilidade da justiça, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV, CF/88. FIGUEREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico.** 8 ed. ver e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 262.

risco a livre concorrência. Essa função está principalmente mais vinculada ao Direito Empresarial e Societário.

Diferentemente da *Federal Trade Commission* (FTC - agência federal americana que atua tanto na defesa do consumidor quanto na defesa da concorrência), a terceira função do CADE é educacional, que consiste em informar a população sobre as condutas que possam prejudicar a livre concorrência; incentivar e estimular estudos e pesquisas acadêmicas sobre o tema, firmando parcerias com universidades, institutos de pesquisa, associações e órgãos do governo. Além disso, muitas vezes o próprio Órgão realiza cursos, palestras, seminários e eventos relacionados ao assunto, além de manter a Revista de Direito da Concorrência.

Conforme mencionado anteriormente, o CADE se divide em três: (a) O Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; (b) a Superintendência-Geral; (c) o Departamento de Estudos Econômicos.

O Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, por sua vez, encontra seu embasamento legal no art. 9º, da Lei Antitruste Brasileira²⁴⁹. Referido Tribunal é o órgão responsável pela aprovação dos processos administrativos relacionados a atos de concentração econômica e do julgamento dos processos administrativos relacionados a infrações à ordem econômica, com a consequente imposição de sanções administrativas – quando for o caso.

A Superintendência-Geral²⁵⁰, por sua vez, é o órgão responsável por instaurar e investigar a existência de condutas anticoncorrenciais, além de emitir pareceres sobre os aspectos concorrenciais dos atos de concentração em tramitação, instaurando e instruindo os inquéritos administrativos para aprovação/reprovação com restrições, no CADE. A Superintendência-Geral tem inclusive competência para arquivar os procedimentos e processos por insubsistência de indícios. Sobre o tema Taufick leciona:

²⁴⁹ Art. 9º. Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei: I - zelar pela observância desta Lei e seu regulamento e do regimento interno; II - decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei; III - decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral;[...] XIX - decidir pelo cumprimento das decisões, compromissos e acordos.

²⁵⁰ Art. 12. O Cade terá em sua estrutura uma Superintendência-Geral, com 1 (um) Superintendente-Geral e 2 (dois) Superintendentes-Adjuntos, cujas atribuições específicas serão definidas em Resolução.

A unidade não só assumirá a liderança da política nacional de combate aos cartéis como exercerá o filtro dos atos de concentração os quais instruirá e julgará independentemente da sua complexidade. Não obstante servirá de acusador perante o tribunal nos casos em que impuser restrições não negociáveis à operação – o que demandará clara separação de atribuições entre as duas Superintendências, de tal sorte a que uma se especialize em condutas e outra, na análise dos atos de concentração.²⁵¹

Assim sendo, o caráter investigativo da atuação da Superintendência Geral na repressão a condutas perante o CADE, em muito se assemelha com a atuação do Ministério Público na tutela de direitos difusos, salientando-se que, enquanto este órgão atua via tutela jurisdicional, àquela Superintendência atua na via administrativa.

O Departamento de Estudos Econômicos, por sua vez, é o órgão responsável pela elaboração de estudos e pareceres baseados na teoria econômica, revisando sempre que necessário a técnica utilizada para as decisões administrativas, conforme o disposto no artigo 17²⁵², da Lei 12.529/2011. De acordo com Taufick:

[...] o DEE, atua em estudos econômicos e econométricos, incentivando a produção de *papers* e de estudos sobre os impactos das operações já aprovadas sobre a economia. A referida análise permite ao órgão o aperfeiçoamento dos instrumentos de análise e serve para consubstanciar a contestação da operação aprovada previamente após a verificação dos seus impactos anticoncorrenciais sobre a economia.²⁵³

²⁵¹ TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei antitruste brasileira: a Lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência: avaliação crítica, jurisprudência, doutrina, estudo comparado.** Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.76.

²⁵² Art. 17. O Cade terá um Departamento de Estudos Econômicos, dirigido por um Economista-Chefe, a quem incumbirá elaborar estudos e pareceres econômicos, de ofício ou por solicitação do Plenário, do Presidente, do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral, zelando pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões do órgão.

²⁵³ TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei antitruste brasileira: a Lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência:**

O Departamento de Estudos Econômicos é a principal fonte de alicerces técnicos de análise econômica para emissão de pareceres, seja por aspectos da eficiência seja por aspecto de aproveitamento do mercado, tanto das infrações à ordem econômica quanto dos atos de concentração. Convém ressaltar que o mérito do processo administrativo do antitruste é econômico, assim sendo, o DEE exerce relevante função no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

A Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE, órgão do Ministério da Fazenda, é o principal órgão do Poder Executivo encarregado de acompanhar os atos de concentração entre empresas e reprimir condutas anticoncorrenciais.

Nesse sentido, a Lei 12.529/11 reservou o Capítulo III²⁵⁴ para tratar da Secretaria de Acompanhamento Econômico. À SEAE compete a elaboração de pareceres que opinem sobre a política de concorrência adotada, no sentido de subsidiar as decisões de órgãos do Governo Federal:

[...] ela promove a livre concorrência, opinando sobre proposições legislativas ou minutas de atos normativos nos aspectos relacionados ao tema, propondo a revisão de leis, decretos e regulamentos, manifestando-se sobre pedidos de revisão de tarifas e realizando estudos que avaliem a concorrência em setores específicos da economia, para subsidiar as decisões de órgãos governamentais.²⁵⁵

Como se pode observar, o perfil da SEAE está diretamente relacionado às três esferas de atuação do CADE, uma vez que é a SEAE quem realiza a chamada “advocacia da concorrência” diante dos órgãos do governo e a sociedade. Sobre o tema, ensina Figueiredo:

O abuso do poder econômico não é um ato ilícito de fácil identificação. Ao contrário do que ocorre

avaliação crítica, jurisprudência, doutrina, estudo comparado. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.29.

²⁵⁴ CAPÍTULO III - DA SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO.

Art. 19. Compete à Secretaria de Acompanhamento Econômico promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade cabendo-lhe, especialmente, o seguinte:

²⁵⁵CADE. **Estrutura.** Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/copy2_of_capa-interna>. Acesso em: 7 de mar. 2017.

na relação de consumo, em que as manobras engendradas são mais perceptíveis pelo cidadão comum, a prática econômica abusiva exige, para ser diagnosticada e configurada, altos conhecimentos técnicos, bem como especialização e prática profissional.²⁵⁶

A respeito da estrutura da CADE, didática e elucidativa é a figura disponível no sítio do órgão em comento:



FONTE: CADE. **Estrutura**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/copy2_of_capa-interna>. Acesso em: 7 de mar. 2017.

O SBDC se preocupa basicamente com dois tipos de ações que interferem na ordem econômica: o controle de estruturas de mercados, que seriam basicamente a análise de fusões e aquisições de empresas e o seu impacto sobre o mercado relevante e o controle de condutas, que seriam os atos contrários à Ordem Econômica passíveis de punição.

2.3.1 Condutas Anticoncorrenciais: Práticas Infrativas

As infrações administrativas à ordem econômica estão delineadas no artigo 36 da Lei de Defesa da Concorrência 12.529 e são punidas independentemente de culpa – caráter objetivo. A infração tipificada no

²⁵⁶ FIGUEREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 8 ed. ver e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 296.

art. 36 procurou abranger uma série de condutas que caracterizam a formação de cartel.

Como se pode observar, as infrações administrativas previstas na Lei em questão são de tipificação aberta, isto é, a aplicação dessas normas permite uma grande maleabilidade por parte do intérprete.

Todavia, cumpre destacar que o grau flexibilidade estabelecido no artigo 36 não afasta o princípio da legalidade, eis que os subsequentes incisos do parágrafo terceiro do referido artigo tratam de exemplificar condutas que caracterizam infrações à ordem econômica:

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;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Nesse sentido, ensina Leonardo Vizeu Figueiredo:

Trata-se de infração administrativa de tipificação aberta, trazendo a Lei de Proteção à Concorrência (12.529 de 2011), em seu artigo 36, parágrafo 3º, rol exemplificativo de condutas que poderão caracterizar-se como infração à ordem econômica, independentemente de outras. Para tanto, basta que toda e qualquer conduta praticada por agente econômico, independentemente da vontade destes, redunde na produção de efeitos previstos no artigo 36. Assim, resta claro que trata de infração de caráter objetivo.²⁵⁷

Ao longo dos últimos anos, o CADE vem formulando diversas instruções normativas, definindo o que constituem práticas restritivas suscetíveis de repressão. Como exemplo, cita-se o Anexo I da resolução

²⁵⁷ FIGUEREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 8 ed. ver e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 296.

20 do CADE estabelece a diferenciação entre práticas restritivas horizontais e verticais²⁵⁸, que serão melhor elucidados no próximo item.

2.3.2 Práticas restritivas horizontais

De acordo com o Anexo I da resolução 20 do CADE as práticas restritivas horizontais consistem “*na tentativa de reduzir ou eliminar a concorrência no mercado, seja estabelecendo acordos entre concorrentes no mesmo mercado relevante com respeito a preços ou outras condições, seja praticando preços predatórios*”. Nesses dois casos, objetiva-se de imediato ou no futuro, em conjunto ou individualmente, “*o aumento de poder de mercado ou a criação de condições necessárias para exercê-lo com maior facilidade*”²⁵⁹.

Sobre os referidos acordos, consta do Anexo I da Resolução 20 do CADE algumas considerações importantes:

Em geral, tais práticas pressupõem a existência ou a busca de poder de mercado sobre o mercado relevante. Em diferentes graus, algumas podem também gerar benefícios em termos de bem-estar ao mercado (“eficiências econômicas”), recomendando a aplicação do “princípio da razoabilidade”. Desse modo, é preciso ponderar tais efeitos vis-à-vis os potenciais impactos anticompetitivos da conduta. Portanto, uma prática restritiva somente poderá gerar eficiências líquidas caso as eficiências econômicas dela derivadas compensem seus efeitos anticompetitivos²⁶⁰.

²⁵⁸ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999**. Disponível em: Acesso em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf>>. Acesso em: 3 de mar. 2017.

²⁵⁹ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999**. Disponível em: Acesso em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf>>. Acesso em: 3 de mar. 2017.

²⁶⁰ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999**. Disponível em: Acesso em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf>>.

Paula Forgioni, por sua vez, de forma coesa destaca que os “*Acordos horizontais são aqueles celebrados entre agentes econômicos que atuam em um mesmo mercado relevante (geográfico e material) e estão, portanto, em direta relação de concorrência*”.²⁶¹

As situações mais comuns, ainda que outras sejam possíveis, são:

1. Cartéis: acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio. Fatores estruturais podem favorecer a formação de cartéis: alto grau de concentração do mercado, existência de barreiras à entrada de novos competidores, homogeneidade de produtos e de custos, e condições estáveis de custos e de demanda.

2. Outros acordos entre empresas: restrições horizontais que envolvam apenas parte do mercado relevante e/ou esforços conjuntos temporários voltados à busca maior eficiência, especialmente produtiva ou tecnológica. Estes exigem avaliação mais complexa, tanto por terem efeitos anticompetitivos possivelmente menores que os cartéis, quanto pela necessidade de avaliar eventuais eficiências econômicas, requerendo uma aplicação mais ponderada do princípio da razoabilidade.

3. Ilícitos de associações profissionais: quaisquer práticas que limitem injustificadamente a concorrências entre os profissionais, principalmente mediante conduta acertada de preços.

4. Preços predatórios: prática deliberada de preços abaixo do custo variável médio, visando

legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf>. Acesso em: 3 de mar. 2017.

²⁶¹ FORGIONI, Paula A. **Fundamentos do Antitruste**. São Paulo. Editora Saraiva: 2015, p. 348.

eliminar concorrentes para, em momento posterior, poder praticar preços e lucros mais próximos do nível monopolista. O exame desta prática requer análise detalhada das condições efetivas de custos e do comportamento dos preços ao longo do tempo, para afastar a hipótese de práticas sazonais normais ou de outras políticas comerciais da empresa, além da análise de comportamento estratégico, avaliando-se as condições objetivas de ganhos potencialmente extraordinários posteriores suficientemente elevados e capazes de compensar as perdas decorrentes das vendas abaixo do custo²⁶².

Sobre as práticas restritivas horizontais, Genser Oliveira e João Grandino Rodas, ao citarem Adam Smith, assim lecionam:

Ao contrário das práticas **verticais**, as práticas **horizontais** foram sempre consideradas de maior potencial de dano ao mercado. Isso porque são ações entre concorrentes que, como o nome sugere devem concorrer no mercado e não cooperar entre si. Os economistas sempre foram céticos em relação às motivações de eventuais reuniões de empresários do mesmo setor. Adam Smith afirmou em sua obra clássica de 1776, a riqueza das Nações, que *“as pessoas do mesmo ofício ou da mesma área de negócios raramente se encontram, mesmo para entretenimento e diversão, mas se tiver lugar, a conversa sempre termina em conspiração contra o público ou em algum esquema para elevar os preços”*.²⁶³

A formação de Cartéis é considerada conduta anticompetitiva e se enquadra no controle de condutas do SBDC. Trata-se, pois, de prática restritiva horizontal. Ivo Gico Jr, ao tratar de cartéis, ensina:

É o fato de os membros dos cartéis estarem na mesma linha de uma cadeia produtiva que justifica a adoção da nomenclatura. Em contraposição, temos as colusões verticais,

²⁶² FORGIONI, Paula A. **Fundamentos do Antitruste**. São Paulo. Editora Saraiva: 2015, p. 348.

²⁶³ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 40.

ocorrentes entre agentes econômicos em níveis de diferentes de cadeia produtiva, mercados verticalmente relacionados, porém diversos.²⁶⁴

Verifica-se que o cartel pode ser caracterizado como conduta anticoncorrencial, mais especificamente como prática restritiva horizontal, consubstanciada em um acordo entre concorrentes visando à eliminação da concorrência comercial.

Ainda assim, a análise detalhada dos cartéis sugere imersão mais incisiva sobre a matéria. Essa profundidade do tema pode ser encontrada na doutrina de Ivo Givo Jr que, ao analisar o assunto, assim ensina:

Uma passada de olhos pelas literaturas especializada de outras áreas permite constatar a considerável riqueza vocabular sobre cartéis, em contraposição à carência de determinação no âmbito jurídico, no qual a definição de colusão horizontal foi pouco desenvolvida. Um bom exemplo desse fenômeno é a criação do termo inglês *hard core cartel* (algo como a ideia central de um conceito maior de cartel), que encerra pouco conteúdo cognitivo além de uma lista de práticas consideradas danosas, de questionável valor jurídico devido à sua inerente elasticidade. O termo foi definido pela Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico (CODE) da seguinte forma: a) Cartel *hardcore* é um acordo anticompetitivo, uma prática concertada anticompetitiva, ou um arranjo anticompetitivo entre concorrentes par afixar preços, apresentar propostas viciadas, (ofertas colusivas), estabelecer restrições de produção ou quotas, ou compartilhar ou dividir mercados pela alocação de clientes, fornecedores, territórios ou linhas de comércio.²⁶⁵

De acordo com o Dicionário Aurélio, o cartel, a coalização e colusão podem ser definidos como:

Cartel.[...]. Acordo Comercial entre empresas produtoras , as quais, embora conservem a

²⁶⁴ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Cartel: Teoria unificada da colusão**. São Paulo: Lex Editora: 2006. p. 178.

²⁶⁵ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Cartel: Teoria unificada da colusão**. São Paulo: Lex Editora: 2006. p. 167.

autonomia interna, se organizem em sindicato para distribuir entre si cotas de produção e os mercados, e determinar os preços, suprimindo a livre concorrência. [CF. (nesta acepç). Coalização (3)] 4. Acordo entre chefes de militares beligerantes, acerca das medidas de interesse comum ou vantagens recíprocas, sobretudo, troca de prisioneiros. “Coalizão. [...] 3.Econ.Coligação de produtores da mesma categoria, que objetivam vantagens comuns ou lucros arbitrários, ou visam a proteger-se conta a concorrência desleal. 4. Jur. Consórcio, convênio, ajuste, aliança, ou fusão de capitais, de caráter criminoso, para impedir ou dificultar a concorrência, ou visando o aumento de lucros arbitrários [...] Colusão.[...] Ajuste Secreto e fraudulento entre duas ou mais partes, com prejuízo para terceiro; conluio.”²⁶⁶

Ivo Givo Jr trata de estabelecer a relação entre o termo cartel e o termo conluio, nos seguintes termos:

Em termos conceituais, os vários tipos de efeitos anticompetitivos resultantes de uma colusão horizontal podem ser resumidos na expressão **tendência à dominação de mercado**, isto é, cartéis são cooperações entre concorrentes razoavelmente não associáveis a qualquer tipo de eficiência ou efeito pró-competitivo relevante e, portanto, tendentes a aproximar um dado mercado do resultado monopolístico, dominando-o ilicitamente. Dessa forma, temos que colusões horizontais são atos colusivos, entre concorrentes potenciais ou efetivos, autônomos, potencialmente resultantes em vantagens comuns decorrentes da supressão total ou parcial da livre concorrência, tendentes a dominação de um lado do mercado relevante.²⁶⁷

²⁶⁶ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Cartel: Teoria unificada da colusão**. São Paulo: Lex Editora: 2006. p. 168-169.

²⁶⁷ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Cartel: Teoria unificada da colusão**. São Paulo: Lex Editora: 2006. p.215-216.

Em sentido lato, mais adiante o autor salienta a ausência do termo “Cartel” na redação dada pela lei 8.884/94, ausência que foi mantida na Lei 12.529/11:

A despeito da Lei 8.884/94 não utilizar expressamente a expressão cartel ou colusão horizontal em seus arts 36, o CADE no Anexo I da Resolução 20/99, reconhece especificamente a figura e a classifica como uma prática horizontal. [...] Em resumo, de acordo com a resolução, cartel é o resultado de um acordo entre concorrentes, com alta participação agregada de mercado, sobre variáveis concorrencialmente relevantes no intuito de elevar preços e lucros próximos ao nível monopolístico. Essa definição, por sua vez, também se enquadra em termos gerais na descrição econômica de cartel elaborada no Capítulo II e abarca as hipóteses do art. 21 em que é proibido celebrar TCC.²⁶⁸

Assim sendo, verifica-se que o cartel tem o poder de limitar de forma artificial a competitividade, acarretando prejuízos também à inovação, ao evitar que outros concorrentes aperfeiçoem seus processos de produção e ofereçam produtos melhores e com preços mais acessíveis ao mercado consumidor. Esse domínio artificial do cartel ocasiona perda do bem-estar do consumidor e, no longo prazo, perda da competitividade da economia.²⁶⁹

É necessário lembrar que os cartéis geram um sobre preço estimado entre 10 e 20%, se comparado ao preço em um mercado competitivo, causando perdas anuais de centenas de bilhões de reais aos consumidores.²⁷⁰

Sobre o assunto, leciona Gesner Pereira:

O Cartel constitui um acordo entre concorrentes com o objetivo de maximização conjunta de lucro. Assim, em vez de empresas concorrerem entre si, passam a coordenar suas ações de forma a obter os maiores lucros possíveis em detrimento dos

²⁶⁸ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Cartel: Teoria unificada da colusão**. São Paulo: Lex Editora: 2006. p. 170

²⁶⁹ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Cartilha: “Combate a cartéis e programa de leniência”**. Brasília: Ministério da Justiça, 2009. p. 16).

²⁷⁰ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Cartilha: “Combate a cartéis e programa de leniência”**. Brasília: Ministério da Justiça, 2009. p. 16).

consumidores. Quando ocorre esse tipo de ação concertada, a quantidade produzida é menor e o preço maior, reduzindo o bem-estar. O cartel pode ocorrer sob diversas formas. Pode incluir acordo de preços acerca de formas de participação em licitações públicas ou privadas, divisão de clientes e territórios e restrição da produção, entre outros. Porém é correto afirmar que o pequeno número de empresas constitui um dos fatores que tornam mais provável a ocorrência de cartel. Assim, mercados competitivos, caracterizados pela presença de várias empresas, apresentam menor número de casos de cartel.²⁷¹

Paula Forgioni assim descreve os cartéis:

Os acordos celebrados entre empresas concorrentes (que atuam, pois, no mesmo mercado relevante geográfico e material) e que visam a neutralizar a concorrência existente entre elas são denominados cartéis. Tome-se, a esse respeito, a lição de Nelson de Azevedo Branco e Celso de Albuquerque Barreto: “(...) o cartel representa um acordo, um ajuste, uma convenção, de empresas independentes, que conservam, apesar desse acordo, sua independência administrativa e financeira (...) O Cartel tem como precípua objetivo eliminar ou diminuir a concorrência e conseguir o monopólio em determinado setor da atividade econômica. Os Empresários agrupados em cartel têm por finalidade obter condições mais vantajosas para os partícipes, seja na aquisição da matéria-prima, seja na conquista dos mercados consumidores, operando-se desta forma, a eliminação do processo normal da concorrência.”²⁷²

Na ordem jurídica brasileira, cumpre lembrar que os cartéis configuram-se tanto em uma infração administrativa à ordem econômica, sendo os agentes da infração passíveis de reprimenda por

²⁷¹ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Direito e Economia da Concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2004 p. 41.

²⁷² FORGIONI, Paula A. **Fundamentos do Antitruste**. São Paulo. Editora Saraiva: 2015, p. 350.

parte do SBDC, como também em crime contra a ordem econômica, previsto no art. 4º da Lei n.º 8.137, de 1990²⁷³.

2.3.3 Práticas restritivas verticais

De acordo com o Anexo I da Resolução 20 de 199 do CADE As práticas restritivas verticais são “*restrições impostas por produtores/ofertantes de bens ou serviços em determinado mercado ("de origem") sobre mercados relacionados verticalmente – a "montante" ou a "jusante" – ao longo da cadeia produtiva (mercado "alvo")*”.²⁷⁴

Forgioni, por sua vez, conceitua os acordos verticais como aqueles que disciplinam relações entre agentes econômicos que desenvolvem suas atividades em mercados relevantes diversos, por vezes complementares²⁷⁵.

Ainda de acordo com o Anexo I da Resolução 20 de 1999 do CADE, as restrições verticais são anticompetitivas, pois implicam na:

criação de mecanismos que aumentam as barreiras à entrada para competidores potenciais, além de elevarem os custos dos competidores efetivos e, ainda por vezes, aumentarem a probabilidade de exercício coordenado de poder de mercado por parte de produtores/ofertantes, fornecedores ou distribuidores²⁷⁶.

²⁷³ Dispõe o referido dispositivo: “Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica: II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa”.

²⁷⁴ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999**. Disponível em: Acesso em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf>>. Acesso em: 3 de mar. 2017.

²⁷⁵ FORGIONI, Paula A. **Fundamentos do Antitruste**. São Paulo. Editora Saraiva: 2015, p. 348.

²⁷⁶ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999**. Disponível em: Acesso em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf>>. Acesso em: 3 de mar. 2017.

As condutas mais comuns de práticas restritivas verticais são: a) Fixação de preços de revenda; b) Restrições territoriais e de base de clientes; c) Acordos de exclusividade; d) Recusa de negociação; e) Venda casada; f). Discriminação de preços, conforme tabela elaborada com base no Anexo I, da Resolução 20/99 do CADE:

Prática restritivas verticais	Caracterização
1. Fixação de preços de revenda	o produtor estabelece, mediante contrato, o preço (mínimo, máximo ou rígido) a ser praticado pelos distribuidores/revendedores. Existe nessa conduta ameaça efetiva de sanções pelo descumprimento da norma de preços.
Restrições territoriais e de base de clientes	o produtor estabelece imitações quanto à área de atuação dos distribuidores/revendedores, restringindo a concorrência e a entrada em diferentes regiões.
Acordos de exclusividade	os compradores de determinado bem ou serviço se comprometem a adquiri-lo com exclusividade de determinado vendedor (ou vice-versa), ficando assim proibidos de comercializar os bens dos rivais.
Recusa de negociação:	o fornecedor ou comprador, ou conjunto de fornecedores ou compradores, de determinado bem ou serviço estabelece unilateralmente as condições em que se dispõe a negociá-lo, em geral a um distribuidor/revendedor ou fornecedor, eventualmente constituindo uma rede própria de distribuição/revenda ou de fornecimento

Venda casada:	o ofertante de determinado bem ou serviço impõe para a sua venda a condição de que o comprador também adquira um outro bem ou serviço.
Discriminação de preços:	o produtor utiliza seu poder de mercado para fixar preços diferentes para o mesmo produto/serviço, discriminando entre compradores, individualmente ou em grupos, de forma a se apropriar de parcela do excedente do consumidor e assim elevar seus lucros

FONTE: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999.**

2.3.4 Sujeitos ativos da infração concorrencial

O Capítulo I da Lei 12.529²⁷⁷ é claro ao definir que tanto pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, além de associações de entidades (Sindicatos) ou pessoas (Conselhos Profissionais) podem ser sujeitas ao procedimento de apuração e repressão administrativa por conduta. Aliás, o artigo 31 vai adiante ao permitir que pessoas constituídas de fato possam ser responsabilizadas pelo dano causado, nos seguintes moldes:

CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

²⁷⁷ BRASIL. **LEI 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 6 de mar. 2017.

Ao tratar do tema, Forgioni ensina que qualquer um, seja ente público ou privado, que possa praticar ato restritivo da concorrência deverá ser atingido por essa lei, mesmo que a atividade não tenha fins lucrativos. A autora ainda destaca que a Administração Pública, ao implementar suas políticas públicas, não está sujeita ao mesmo tratamento que as normas antitruste dispensam aos agentes econômicos que atuam no campo da atividade econômica em sentido estrito. Nesse sentido a Administração está sujeita aos termos da Lei somente quando explora, através das entidades da Administração Indireta, a atividade econômica em sentido estrito²⁷⁸.

Ainda sobre o assunto, ensina Ivo Givo Jr:

É necessário estabelecer se os sujeitos ativos potencialmente envolvidos no ato colusivo necessitam de alguma qualificação especial. Como todos os integrantes da ordem econômica são por definição agentes econômicos, podemos concluir que, obedecendo ao comando da lei, em princípio, qualquer agente econômico pode ser o sujeito de uma infração à ordem econômica”²⁷⁹

Leonardo Vizeu Figueiredo por sua vez, assevera que:

No que se refere à sujeição passiva, a Lei de Proteção à Concorrência (Lei 12.529 de 2011) aplica-se a pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem, personalidade jurídica, mesmo que exerçam sob regime de monopólio legal. Outrossim, as diversas formas de infração a ordem econômica implicam na responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente. Serão, ainda, responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, que praticarem a infração da ordem econômica. A legislação vigente, dentre outros atos normativos, positiva a teoria da

²⁷⁸ FORGIONI, Paula A. **Fundamentos do Antitruste**. São Paulo. Editora Saraiva: 2015, p. 151.

²⁷⁹ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Cartel: Teoria unificada da colusão**. São Paulo: Lex Editora: 2006. p. 172.

desconsideração da personalidade jurídica, também denominada teoria da penetração patrimonial, uma vez que a personalidade jurídica da entidade responsável por parte da infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social²⁸⁰.

Assim, percebe-se que as sanções previstas na Lei 12.529 podem ser aplicadas a tanto a pessoas físicas, quanto as jurídicas de direito público ou privado. Segundo Cordovil, a primeira condenação de pessoas físicas pelo CADE ocorreu em 2002, no caso que ficou conhecido como o Cartel dos Postos de Gasolina de Florianópolis. Trata-se do processo administrativo n. 08012.002299/2000-18, julgado em abril de 2002, sendo que o CADE condenou o presidente do Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis pela prática de cartel.²⁸¹

Ademais, deve-se destacar que o artigo 32 da LDC caracteriza a responsabilidade por infração à ordem econômica como solidária que, apesar de administrativa, em muito se assemelha à estabelecida no Direito Civil brasileiro, especificamente no campo da responsabilidade civil, conforme se extrai da própria Lei Antitruste:

Art. 32. As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente.

Art. 33. Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica.

Outro aspecto relevante da responsabilização por infração à ordem econômica está na possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, disposta no artigo 34, da Lei 12.529/2011:

Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser

²⁸⁰ FIGUEREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 8 ed. ver e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 339.

²⁸¹ CORDOVIL, Leonor et al. **Nova lei de defesa da concorrência comentada: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

A respeito do tema, valem as considerações de Leonardo Vizeu Figueiredo:

Em relação à responsabilização por infração a ordem econômica, a mesma transcende a individualidade das pessoas jurídicas envolvidas, alcançando as demais entidades integrantes do mesmo grupo econômico, bem como as pessoas naturais que exerçam poderes da gestão à época dos fatos apurados, todos solidariamente responsáveis. Tal regra implica na possibilidade de se estender os efeitos das decisões a serem aplicadas pelo CADE a todos os agentes envolvidos, de maneira a garantir a eficácia dessas decisões²⁸².

Cumpra salientar ainda que, apesar da repressão das infrações à ordem econômica ser analisada principalmente sob a ótica do Direito Administrativo, a formação de cartéis gera impactos que acabam sempre atingindo outros bens jurídicos, razão pela qual a análise destes efeitos, geralmente alude à responsabilização em conjunto nas outras esferas, como por exemplo, a penal (Lei 8.137/90) e a cível, está última através da reparação do dano concorrencial ou do ressarcimento de sobrepreço e da indenização por danos morais e econômicos, com base no art. 927 do Código Civil²⁸³.

O artigo 35 da Lei 12.529 dispõe justamente que “*a repressão das infrações da ordem econômica não exclui a punição de outros ilícitos previstos em lei*”. Sobre o assunto, leciona Leonardo Vizeu Figueiredo:

A responsabilização imposta pelo CADE decorre de seu poder de polícia administrativa, na

²⁸² FIGUEREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 8 ed. ver e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 299.

²⁸³ Dispõe o referido dispositivo: “*Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*”.

qualidade de autoridade concorrencial pátria. Todavia, nos termos de nosso ordenamento jurídico, a conduta anticoncorrencial pode perpassar a esfera de responsabilização administrativa, violando outros bens jurídicos, fato que implica na aplicação do ordenamento jurídico na esfera penal, tributária e cível, dentre outros, tudo a ser apurado casuisticamente.²⁸⁴

Dessa forma, a apreciação da formação de cartéis e dos seus impactos na ordem econômica não pode ser analisada somente sob o prisma de infração administrativa, eis que os sujeitos da reprimenda administrativa também estão sujeitos a outras formas de responsabilização pelo ilícito, como a persecução criminal e a reparação por dano através da responsabilidade civil por parte daqueles que tenham sido afetados.

2.3.5 A Análise Administrativa da Conduta pelo CADE

O Brasil adotou modelo de aplicação da legislação do Direito da Concorrência (antitruste) pautado na persecução administrativa, ou como no modelo Europeu (direito administrativo sancionador). O modelo é diferente daquele estabelecido nos Estados Unidos da América, que é pautada pela ação junto ao Poder Judiciário.

No caso norte-americano, existem dois entes de advocacia da concorrência: a *Federal Trade Comition-FTC* e o *Department of Justice – DoJ*, com marcos legais estabelecidos através do *Sherman* e do *Clayton Act*. Estes dois órgãos ingressam judicialmente para defender a concorrência. De certa forma, isso implica em efetividade específica das decisões.

No Brasil, o CADE é quem mais aplica a Lei Antitruste. A opção da Lei 12.529 é que a defesa antitruste se dá por um órgão administrativo, por meio do direito administrativo sancionador. Sobre o tema, leciona Leonardo Vizeu Figueiredo:

A responsabilização imposta pelo CADE decorre de seu poder de polícia administrativa, na qualidade de autoridade concorrencial pátria. Todavia, nos termos de nosso ordenamento jurídico, a conduta anticoncorrencial pode

²⁸⁴ FIGUEREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 8 ed. ver e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 299.

perpassar a esfera de responsabilização administrativa, violando outros bens jurídicos, fato que implica na aplicação do ordenamento jurídico na esfera penal, tributária e cível, dentre outros, tudo a ser apurado casuisticamente.²⁸⁵

Geralmente, os procuradores dos agentes econômicos tentam aplicar as garantias do direito penal para o direito administrativo sancionador, no entanto, as infrações à ordem econômica são configuradas independentemente de culpa, nos moldes do *caput* do artigo 36 da Lei 12.529/2011:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:²⁸⁶

Em se tratando de culpa ou dolo, o CADE tem firmado o posicionamento de responsabilidade objetiva, bastando seja configurada a ocorrência dos efeitos do ato e do nexa causal entre a possibilidade de dano. Extrai-se da jurisprudência do Conselho:

Para a configuração de uma infração concorrencial, pouco importa se o agente tinha a intenção de praticar o ilícito (dolo) ou se agiu com imprudência, negligência ou imperícia (culpa em sentido estrito). Trata-se de responsabilidade objetiva, que emerge com a demonstração da conduta, da possibilidade de ocorrência de um ou mais efeitos do art. 20 (ou mesmo do objetivo de alcançar tais efeitos, ocasião em que está necessariamente presente o dolo) e do nexa causal entre a conduta e a possibilidade de dano. (CADE. Processo Administrativo 08012.000283/2006-66. Voto-relator Paulo Furquim de Azevedo).

A interpretação em conjunto dessas normas demonstra que todos os atos que produzam ou possam produzir os efeitos anticoncorrenciais

²⁸⁵ FIGUEREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 8 ed. ver e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015. P. 90

²⁸⁶ BRASIL. **LEI 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 6 de mar. 2017.

previstos pela lei configuram infração à ordem econômica, independentemente da apuração de culpa da empresa, de seus dirigentes e de seus administradores que respondem solidariamente, conforme o disposto no art. 34 da Lei 12.529/11.

Assim, observa-se que na prática de uma infração à ordem econômica é indiferente a existência de culpa ou dolo. Nesse sentido, verifica-se que a responsabilidade prevista pelo legislador foi a objetiva, com a única exceção observada à prática de infração pelo administrador, quando deve ser verificada, no mínimo, a existência de culpa, nos termos do inciso III, do artigo 37²⁸⁷ da Lei 12.529/11²⁸⁸.

Ademais, cumpre ainda lembrar que de acordo com o *caput* do artigo 36 não se exige, para a condenação de uma conduta anticompetitiva, a produção de efeitos deletérios à concorrência. É necessário apenas que esses efeitos possam ser produzidos.²⁸⁹

Nesse ponto convém lembrar que o *caput* do artigo 36 da Lei 12.529/11 seguiu os preceitos do artigo 173, §4º, da Constituição Federal que determina que “ a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Assim, observa-se que a Constituição Federal determina que o abuso que visa, ou seja, objetiva dominar o mercado, eliminar a concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros deve ser reprimido, não mencionando a necessidade de efeitos desse abuso²⁹⁰. Sobre o tema o CADE já pacificou o entendimento:

Nos termos da lei brasileira, uma infração ocorrerá provando-se uma coisa ou outra, vale

²⁸⁷ Dispõe o referido dispositivo: “Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: (...) III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo”.

²⁸⁸ CORDOVIL, Leonor et al. **Nova lei de defesa da concorrência comentada: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 101.

²⁸⁹ CORDOVIL, Leonor et al. **Nova lei de defesa da concorrência comentada: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 101.

²⁹⁰ CORDOVIL, Leonor et al. **Nova lei de defesa da concorrência comentada: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 102.

dizer: ou que o propósito ‘objetivamente visado’ pelo agente com a sua conduta era a produção de um dos efeitos listados nos incisos do art. 20; ou então, que é elevada a probabilidade de que a sua conduta produza um desses efeitos. Note-se ainda que, em ambas essas hipóteses, o art. 20 é explícito ao dispor que a efetiva obtenção do efeito é irrelevante para a caracterização da infração. (CADE, PA. 08012.002493/2005-16.28/11/2007. Voto-relator: Conselheiro Luis Fernando Schuartz.)

Em se tratando de controle de condutas, a Superintendência Geral pode atuar de ofício, mas geralmente é provocada. São três os tipos de processo administrativo a ser adotado, cada qual com um o seu objeto determinado. O título VI da Lei 12.529, que trata das diversas espécies de processo, traz no Art. 48 a especificação dos processos nos seguintes moldes:

Art. 48. Esta Lei regula os seguintes procedimentos administrativos instaurados para prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica: I - procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; II - inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; III - processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica; (Grifou-se).

A Lei Antitruste criou três etapas procedimentais, em duas formas de ritos processuais, que se consubstanciam no inquérito administrativo e no processo administrativo, conforme o disposto nos incisos II e III, supracitados.

O inquérito administrativo possui caráter inquisitório e sigiloso. Trata-se, pois, do poder de investigação do Estado. No Processo Administrativo, por sua vez, as partes necessitam de maiores garantias, como o contraditório e a ampla defesa.

Terminado o inquérito e apurado os fatos, este poderá ser arquivado, ou caso as provas colhidas e as evidências caracterizem a possibilidade de condenação, será instaurado o devido processo administrativo. Isso fica bastante claro em casos de cartel, nos quais o sigilo é imprescindível para o recolhimento de provas. A condenação, entretanto, só ocorre no Processo Administrativo.

2.3.6 O Processo Administrativo no CADE

A Lei Federal 12.529 estabeleceu três estágios de procedimentos na Superintendência Geral para apuração de infração à ordem econômica, quais sejam: o “procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica”, (inciso I do art. 48); “o inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica”, (inciso II do Art. 48) e o “processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica” (inciso III do Art.48).

O primeiro estágio, o procedimento preparatório de inquérito administrativo, é instaurado quando a Superintendência Geral deseja averiguar se uma conduta relatada é de competência do SBDC, nos moldes do §2º do Art. 66²⁹¹ da Lei 12.529:

Este estágio pode ser traduzido como uma triagem das investigações de condutas que poderão ser levadas adiante, ou daqueles casos em que o SBDC não tem competência legal para atuar.

Ressalta-se o prazo máximo de 30(trinta dias), disposto no §3º do referido dispositivo. Transcorrido essa prazo, a Superintendência Geral, através de parecer fundamentado, opina pelo arquivamento do procedimento preparatório ou pela abertura do inquérito administrativo.

O segundo é o estágio de investigação formal, ou inquérito administrativo. Nessa fase, a Superintendência Geral apura a infração à ordem econômica, especialmente quando os indícios não são suficientes

²⁹¹ Art. 66. O inquérito administrativo, procedimento investigatório de natureza inquisitorial, será instaurado pela Superintendência-Geral para apuração de infrações à ordem econômica. § 2º A Superintendência-Geral poderá instaurar procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica para apurar se a conduta sob análise trata de matéria de competência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, nos termos desta Lei. § 3º As diligências tomadas no âmbito do procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica deverão ser realizadas no prazo máximo de 30 (trinta) dias. § 4º Do despacho que ordenar o arquivamento de procedimento preparatório, indeferir o requerimento de abertura de inquérito administrativo, ou seu arquivamento, caberá recurso de qualquer interessado ao Superintendente-Geral, na forma determinada em regulamento, que decidirá em última instância.

para abertura de processo administrativo. O arcabouço legal do inquérito administrativo está no Art. 66 §1º, §6º e subsequentes²⁹².

Nesse estágio busca-se a produção de provas, pela via administrativa, que possam apurar a configuração de uma conduta contrária a ordem econômica. Na produção dessas provas podem ser solicitadas, pela via judicial, através da Advocacia Geral da União ferramentas de investigação já conhecidas no inquérito penal, como operações de busca e apreensão e também escutas telefônicas.

Sobre o tema lecionam Leonor Cordovil, Vinícius Marques de Carvalho, Vicente Bagnoli e Eduardo Caminati Anders:

As antigas averiguações preliminares parecem dar lugar ao inquérito administrativo, que será instaurado quando não houver indícios suficientes à abertura do processo administrativo. O inquérito administrativo poderá ser instaurado, pela Superintendência Geral, de ofício ou mediante representação.²⁹³

²⁹² Art. 66. O inquérito administrativo, procedimento investigatório de natureza inquisitorial, será instaurado pela Superintendência-Geral para apuração de infrações à ordem econômica. § 1º O inquérito administrativo será instaurado de ofício ou em face de representação fundamentada de qualquer interessado, ou em decorrência de peças de informação, quando os indícios de infração à ordem econômica não forem suficientes para a instauração de processo administrativo. [...] § 6º A representação de Comissão do Congresso Nacional, ou de qualquer de suas Casas, bem como da Secretaria de Acompanhamento Econômico, das agências reguladoras e da Procuradoria Federal junto ao Cade, independe de procedimento preparatório, instaurando-se desde logo o inquérito administrativo ou processo administrativo. § 7º O representante e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada ou não, a juízo da Superintendência-Geral. § 8º A Superintendência-Geral poderá solicitar o concurso da autoridade policial ou do Ministério Público nas investigações. § 9º O inquérito administrativo deverá ser encerrado no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data de sua instauração, prorrogáveis por até 60 (sessenta) dias, por meio de despacho fundamentado e quando o fato for de difícil elucidação e o justificarem as circunstâncias do caso concreto. § 10. Ao procedimento preparatório, assim como ao inquérito administrativo, poderá ser dado tratamento sigiloso, no interesse das investigações, a critério da Superintendência-Geral.

²⁹³ CORDOVIL, Leonor et al. **Nova lei de defesa da concorrência comentada: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p. 173.

Durante o curso do procedimento administrativo no CADE há um momento de transição entre o final do inquérito administrativo e a abertura do processo administrativo, isto é, o momento em que se encerra o inquérito administrativo e a Superintendência Geral utiliza seu poder discricionário para optar pelo arquivamento do inquérito ou pela instauração de processo administrativo.

A instrução do inquérito administrativo é a parte mais delicada do procedimento, eis que aberto o processo administrativo, nos moldes do art. 67²⁹⁴, a produção de provas por parte da Superintendência Geral torna-se mais difícil, visto que a Superintendência perde o elemento surpresa da investigação.

É que a partir do momento em que são notificados sobre o processo administrativo, nos termos do artigo 70²⁹⁵, os investigados

²⁹⁴ Art. 67. Até 10 (dez) dias úteis a partir da data de encerramento do inquérito administrativo, a Superintendência-Geral decidirá pela instauração do processo administrativo ou pelo seu arquivamento.

§ 1º O Tribunal poderá, mediante provocação de um Conselheiro e em decisão fundamentada, avocar o inquérito administrativo ou procedimento preparatório de inquérito administrativo arquivado pela Superintendência-Geral, ficando prevento o Conselheiro que encaminhou a provocação. § 2º Avocado o inquérito administrativo, o Conselheiro-Relator terá o prazo de 30 (trinta) dias úteis para: I - confirmar a decisão de arquivamento da Superintendência-Geral, podendo, se entender necessário, fundamentar sua decisão;

²⁹⁵ Art. 70. Na decisão que instaurar o processo administrativo, será determinada a notificação do representado para, no prazo de 30 (trinta) dias, apresentar defesa e especificar as provas que pretende sejam produzidas, declinando a qualificação completa de até 3 (três) testemunhas. § 1º A notificação inicial conterá o inteiro teor da decisão de instauração do processo administrativo e da representação, se for o caso. § 2º A notificação inicial do representado será feita pelo correio, com aviso de recebimento em nome próprio, ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado ou, não tendo êxito a notificação postal, por edital publicado no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação no Estado em que resida ou tenha sede, contando-se os prazos da juntada do aviso de recebimento, ou da publicação, conforme o caso. § 3º A intimação dos demais atos processuais será feita mediante publicação no Diário Oficial da União, da qual deverá constar o nome do representado e de seu procurador, se houver. § 4º O representado poderá acompanhar o processo administrativo por seu titular e seus diretores ou gerentes, ou por seu procurador, assegurando-se-lhe amplo acesso aos autos no Tribunal. § 5º O prazo de 30 (trinta) dias mencionado no caput deste artigo poderá ser dilatado por até 10 (dez) dias, improrrogáveis, mediante requisição do representado.

podem usar de artifícios para dificultar a produção de provas por parte da Superintendência.

O terceiro e último estágio do caminho para se punir uma infração à ordem econômica na via administrativa é o processo administrativo, no qual será elaborado um relatório formal fundado na investigação conduzida e deverá ser preparado para submissão ao Tribunal.

O capítulo IV da Lei 12.529, que trata do processo administrativo para apuração de infração à ordem econômica, estabeleceu ,através do Art. 69 ²⁹⁶, as garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa, previstos pelo Art. 5º, LVII e LVII da Constituição Federal.

Cumprе salientar que, enquanto o inquérito administrativo é conduzido pela Superintendência Geral, o processo administrativo é relatado por um dos sete conselheiros do Tribunal Administrativo. Para tanto, o processo é distribuído através de sorteio realizado na Sessão do Plenário do CADE a um de seus membros que será o relator do processo. Roberto Domingos Taufick, em seus comentários à Lei 12.529, trata de diferenciar o inquérito administrativo do processo administrativo ao salientar que *“a expressa menção ao procedimento em contraditório visa contrapor-se à natureza inquisitorial do inquérito administrativo nos termos do caput do art. 66”*. ²⁹⁷

O artigo 72²⁹⁸ da Lei 12.529 estabelece a possibilidade de produção de provas por parte da Superintendência. Todavia, a produção

²⁹⁶ Art. 69. O processo administrativo, procedimento em contraditório, visa a garantir ao acusado a ampla defesa a respeito das conclusões do inquérito administrativo, cuja nota técnica final, aprovada nos termos das normas do Cade, constituirá peça inaugural.

²⁹⁷ TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei antitruste brasileira: a Lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência: avaliação crítica, jurisprudência, doutrina, estudo comparado**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 355.

²⁹⁸ Art. 72. Em até 30 (trinta) dias úteis após o decurso do prazo previsto no art. 70 desta Lei, a Superintendência-Geral, em despacho fundamentado, determinará a produção de provas que julgar pertinentes, sendo-lhe facultado exercer os poderes de instrução previstos nesta Lei, mantendo-se o sigilo legal, quando for o caso.

Art. 73. Em até 5 (cinco) dias úteis da data de conclusão da instrução processual determinada na forma do art. 72 desta Lei, a Superintendência-Geral notificará o representado para apresentar novas alegações, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

de provas após o inquérito é sempre mais complicada, uma vez que já notificados do processo administrativo, os agentes indiciados já têm conhecimento de que estão sendo processados e podem sempre questionar a produção de provas por parte da Superintendência Geral no curso do processo administrativo.

A Procuradoria Federal pode ser solicitada para manifestar sua opinião através de um parecer sobre o caso, nos termos do Art. 75²⁹⁹. Trata-se do único ofício administrativo legalmente atribuído. Nenhuma das opiniões, todavia, é vinculante. Na sessão, em caso de empate, o Presidente vota novamente, desempatando.

Durante a condução do processo administrativo e sentido necessidade de melhor elucidar os fatos, o Conselheiro Relator poderá solicitar novas diligências aos interessados no processo administrativo.

Em havendo necessidade de novas diligências, o Conselheiro-Relator poderá solicitá-las, e concluídas as diligências, o representado terá 15 dias para apresentar suas alegações finais, conforme o disposto no Art. 76³⁰⁰.

O parágrafo único do art. 76³⁰¹, por sua vez, estabelece que findadas as diligências determinadas no caput do artigo, o Conselheiro-Relator notificará o representado para que, querendo apresente as alegações finais, respeitando-se o prazo de 15 (quinze) dias úteis,

Roberto Domingos Taufick, em seus comentários à Lei 12.529, leciona sobre a abertura do prazo:

A abertura de prazo para a entrega de memoriais só será obrigada se houver instrução no Tribunal que venha reclamar a manifestação do representado. Equipara-se a ato de instrução, para

Art. 74. Em até 15 (quinze) dias úteis contados do decurso do prazo previsto no art. 73 desta Lei, a Superintendência-Geral remeterá os autos do processo ao Presidente do Tribunal, opinando, em relatório circunstanciado, pelo seu arquivamento ou pela configuração da infração

²⁹⁹ Art. 75. Recebido o processo, o Presidente do Tribunal o distribuirá, por sorteio, ao Conselheiro-Relator, que poderá, caso entenda necessário, solicitar à Procuradoria Federal junto ao Cade que se manifeste no prazo de 20 (vinte) dias.

³⁰⁰ Art. 76. O Conselheiro-Relator poderá determinar diligências, em despacho fundamentado, podendo, a seu critério, solicitar que a Superintendência-Geral as realize, no prazo assinado.

³⁰¹ Parágrafo único. Após a conclusão das diligências determinadas na forma deste artigo, o Conselheiro-Relator notificará o representado para, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, apresentar alegações finais.

este fim, a apresentação de parecer pela ProCADE. Por outro lado, a apresentação voluntária de manifestação pelo representado é factível a todo tempo, até o despacho saneador.³⁰²

O Despacho saneador mencionado pelo doutrinador é o previsto no Art. 77³⁰³ da Lei 12.529. Nesse sentido, salienta-se a diferença entre a antiga Lei 8.884/94 que não previa o referido despacho, permitindo muitas vezes que os administrados trouxessem elementos novos às vésperas das sessões de julgamento do CADE.³⁰⁴

O artigo 79³⁰⁵, por sua vez, trata das formalidades em relação às decisões do CADE que faz alusão expressa à necessidade de que as decisões proferidas sejam fundamentadas, e no caso de infração a ordem econômica, conste na decisão: a especificação dos fatos, o prazo para as providências a ser tomado, a multa determinada, e também a multa no caso de desobediência.

Diante do exposto, verifica-se que o processo administrativo para apuração de infração à ordem econômica do CADE está bem adequado à legislação de processo administrativo brasileiro (Lei Federal 9.784/99), destacando-se as garantias constitucionais como o contraditório e a ampla defesa, razão pela qual, a maioria das decisões

³⁰² TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei antitruste brasileira: a Lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência : avaliação crítica, jurisprudência, doutrina, estudo comparado.** Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 363.

³⁰³ Art. 77. No prazo de 15 (quinze) dias úteis contado da data de recebimento das alegações finais, o Conselheiro-Relator solicitará a inclusão do processo em pauta para julgamento.

³⁰⁴ TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei antitruste brasileira: a Lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência : avaliação crítica, jurisprudência, doutrina, estudo comparado.** Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 364.

³⁰⁵ Art. 79. A decisão do Tribunal, que em qualquer hipótese será fundamentada, quando for pela existência de infração da ordem econômica, conterà: I - especificação dos fatos que constituam a infração apurada e a indicação das providências a serem tomadas pelos responsáveis para fazê-la cessar; II - prazo dentro do qual devam ser iniciadas e concluídas as providências referidas no inciso I do caput deste artigo; III - multa estipulada; IV - multa diária em caso de continuidade da infração; e V - multa em caso de descumprimento das providências estipuladas. Parágrafo único. A decisão do Tribunal será publicada dentro de 5 (cinco) dias úteis no Diário Oficial da União.

do CADE que são questionadas no Poder Judiciário, tem sido mantidas por seus próprios fundamentos.

2.3.7 Sanção Administrativa

A Lei Federal 12.529 estabelece severas multas que podem chegar a até 20% do valor do faturamento bruto da empresa no mercado relevante em que ocorreu a infração, estabelecendo ainda que o valor da multa não possa ser inferior à vantagem auferida em decorrência da conduta.

Sobre o assunto, leciona Leonardo Vizeu Figueiredo:

Sendo a infração à Ordem Econômica ilícito de natureza administrativa, as sanções aplicadas pelo exercício de poder de polícia por parte do CADE caracterizam-se, precipuamente, pelo seu cunho pecuniário e restritivo de direitos³⁰⁶.

O artigo 37³⁰⁷ da Lei 12.529/11 demonstra o rol de sanções ordinárias que podem ser aplicadas pelo CADE na repressão de infrações à ordem econômica. Neste sentido, o supracitado destaca em seus incisos a possibilidade de multa de 0,1% (um décimo por cento) a

³⁰⁶ FIGUEREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 8 ed. ver e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 10.

³⁰⁷ Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais); III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.

20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, quando for possível sua estimação.

Mais adiante, o referido dispositivo, através do inciso II, imputa a possibilidade de multa com valor que varie de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais) pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito.

Por fim, o inciso terceiro ainda estabelece que no caso de executivos, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, se comprovada a sua culpa ou dolo, este terá que arcar com uma multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) da reprimenda imposta à empresa.

Sobre a pena imposta aos executivos, lecionam Leonor Clodovil, Vinícius Marques de Carvalho, Vicente Bagnoli e Eduardo Caminati Anders:

A Lei 12.529/2011 inova ao prever a penalidade do administrador de um classe, por exemplo, ou o administrador de qualquer outra entidade sem fins lucrativos³⁰⁸.

O artigo 38³⁰⁹ da referida Lei propõe uma reprimenda ainda maior para os casos em sejam configurados lesões ao interesse público

³⁰⁸ CORDOVIL, Leonor et al. **Nova lei de defesa da concorrência comentada: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 121.

³⁰⁹ Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente: I - a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas; II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos; III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que: a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito; b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios

geral, como por exemplo, na educação e na saúde pública. Dessa forma, o dispositivo supracitado, permite ao interprete da legislação antitruste o aumento da pena daquele que tenha causado lesão à ordem econômica com efeitos diretos à saúde ou a educação. Assim sendo, casos que envolvam licitações para áreas da educação ou saúde, podem sofrer uma reprimenda mais austera por parte da autoridade antitruste.

O artigo 45³¹⁰ da Lei 12.529, por sua vez, trata de salientar as considerações a serem estabelecidas quando dá aplicação das penas previstas pela Lei 12.529, nos seguintes moldes. Trata-se na realidade de uma possibilidade de atenuar ou agravar a pena do administrado em relação a conduta por ele perpetrada.

Observa-se, portanto, que a Lei 12.529/2011, além das severas penas estabelecidas no Art. 37 e subsequentes, estabelece também uma série de agravantes ou atenuantes que poderão ser consideradas quando dá aplicação da reprimenda por parte da autoridade antitruste.

Assim sendo, dado o valor pecuniário das sanções previstas na Lei de Defesa da Concorrência, verifica-se que estas são muito mais severas do que a multa estabelecida na Lei 8.666/93³¹¹ que trata das multas aplicadas no cumprimento dos Contratos Administrativos e na Lei de Improbidade Administrativa³¹².

públicos; V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade; VI - a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e VII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

³¹⁰ Art. 45. Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração: I - a gravidade da infração; II - a boa-fé do infrator; III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; IV - a consumação ou não da infração; V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros; VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; VII - a situação econômica do infrator; e VIII - a reincidência.

³¹¹ LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993 que **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm Acesso em 20 de fev. 2017

³¹² BRASIL, LEI Nº 8.429, DE 2 DE JUNHO DE 1992. **Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências**. Disponível

Cumpra salientar que o SBDC não tem competência legal para aplicar a Lei de Crimes contra a Ordem Econômica. Quando confrontado com uma infração à ordem econômica, os órgãos do SBDC devem proceder à denúncia ao Ministério Público Federal junto ao CADE ou aos Ministérios Público Federal e Estadual das regiões geográficas afetadas pela conduta.³¹³

A condução aprimorada e detalhada dos processos administrativos que tramitam no Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE e as vultosas multas aplicadas pelo Tribunal Administrativo de Defesa da Econômica-TADE delineiam a complexidade do tema que envolve a aplicação Direito Antitruste, especialmente neste período de consolidação das instituições no Brasil e da própria forma como os agentes econômicos precisam atuar no mercado. Além dos ilícitos concorrenciais dispostos na Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011), tem-se também a possibilidade em casos de cartéis envolvendo licitações, por exemplo, a possibilidade de aplicação da Lei “Anti-Corrupção” (Lei nº 12.846/2013)³¹⁴ que trata da multa administrativa para pessoas jurídicas, exigindo-lhes maior observância da Lei, além de estimular a criação de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades.

Nesse sentido, o desenvolvimento da Governança Corporativa e a adoção de programas de no *Compliance* Concorrencial, , por parte dos próprios agentes econômicos, ainda no ambiente interno da pessoa jurídica, podem ser ferramentas viáveis de prevenção à possíveis ilícitos concorrenciais que serão melhor abordadas no capítulo a seguir.

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm Acesso em 20 de fev de 2017.

³¹³ OECD. **Lei de Política de Concorrência no Brasil: Uma revisão pelos pares.** OECD/ IDB, 2010. p.19.

³¹⁴ Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: [...] VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de conduta ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

CAPITULO III - ANTITRUSTE, GOVERNANÇA CORPORATIVA E PROGRAMAS DE COMPLIANCE

Neste terceiro capítulo, pretende-se discorrer sobre a influência do Direito Antitruste na Governança Corporativa, em especial as medidas que as Diretorias ou Comitês de Governança devem se ater para criação de Programas de *Compliance* focados na Defesa da Concorrência.

Para tanto, examinar-se-ão os aspectos que embasaram a criação da Governança Corporativa nos Estados Unidos e no Brasil, bem como os aspectos referentes ao surgimento da Legislação Anticorrupção no Brasil, através da Lei n. 12. 846, de 2013, e a subsequente regulamentação da norma pelo Decreto n. 8.420, de 2015, e pela Portaria da CGU n. 909 que normatizaram os programas de Conformidade (*Compliance*).

Mais adiante, serão examinados importantes julgados do CADE referentes à necessidade de adoção de Programas de Prevenção de Infrações à Ordem Econômica (*Compliance*), bem como a produção da comunidade científica internacional sobre Programas de *Compliance* em Antitruste, objetivando oferecer um panorama do que existe atualmente em relação ao tema da pesquisa.

Estuda-se também a doutrina norte-americana sobre *Compliance* e Defesa da Concorrência, especialmente os estudos de Daniel Sokol e Rosa Abrantez. Ao final, analisa-se a possibilidade de aplicação do Princípio da Eficiência Econômico Social diante de situações que envolvam o Direito da Concorrência, procurando-se relacionar o referido princípio com os Programas de *Compliance*.

3.1 Do Antitruste à Governança Corporativa: Aspectos introdutórios e conceituais

Conforme verificado nos capítulos anteriores, as relações entre Estado e Agentes Econômicos são complexas, especialmente no que se refere aos limites e consequências da interferência do Estado no Domínio Econômico.

Nesse sentido, pode-se perceber que a regulação de mercados e de controle de atos empresariais envolve diversos fatores, como os políticos – visão que a sociedade tem para com a concentração de mercado e para com as condutas comerciais - e também os fatores

econômicos: recessão econômica, inflação, desemprego, os quais podem ser observados também em cada setor da economia.

Conduzir a política de Defesa da Concorrência é tarefa difícil, que exige expertise e compreensão das metodologias de aplicação do Antitruste, além de conhecimentos em Direito Administrativo Sancionador e Regulador.

Forgioni, ao citar os comentários de Pontes de Miranda sobre a Constituição Federal de 1946, demonstra que o jurista, já alertava à época sobre a difícil tarefa estatal de regulamentar ou controlar as relações econômicas “*fixar preço e perseguir trustes, sem aparelhamento quase genial, senão genial, de economia e administração públicas, é o mais perigoso dos empirismos*”³¹⁵.

Da experiência norte-americana, pode-se perceber que o Governo dos EUA, na tentativa de reprimir o abuso de poder econômico dos *trustes*, obteve como resultado o *boom* de fusões e aquisições, que somente foi limitado com a edição da lei que criou a Comissão Federal do Comércio (*Federal Trade Commission Act*), no ano de 1914.

Como resposta natural ao controle da atividade econômica exercido pelo Governo, as grandes corporações americanas necessitavam criar uma melhor forma de administrar seus recursos internos sem que necessariamente incorressem em violações ao Direito Antitruste.

Spencer Weber Waller, em seu artigo “*Corporate Governance and Competition Policy*”, aborda a influência da Lei Antitruste nas relações comerciais, demonstrando que a criação dos mecanismos de Governança Corporativa e a modernização da gestão empresarial foram ferramentas adotadas pelas Corporações para evitar que atos comerciais como fusões e aquisições pudessem diminuir a concorrência sob a égide do *Sherman Act*.³¹⁶

³¹⁵ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à constituição de 1946**. Imprensa: Rio de Janeiro, Borsoi, 1963. *Apud.* FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 108.

³¹⁶. WALLER, Spencer Weber. **Corporate Governance and Competition Policy**. *George Mason Law Review*, Vol. 18, No. 4, 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1681673>> Acesso em: 16 de fev. 2017.

A referência à Doutrina norte-americana é importante, uma vez que, em 1932, Berle e Means³¹⁷ já alertavam a comunidade acadêmica para a importância da análise da evolução das grandes empresas através de uma lente jurídica e econômica, com foco na governança corporativa, legislação societária e economia institucional.

Já na segunda metade do século XX, Mark J. Roe, Professor de Direito da Universidade de *Harvard*, a partir do artigo “*Do Antitruste à Governança Corporativa? As Corporações e as Leis: 1959-1994*”³¹⁸ - publicado em 1995, pelo Centro de Estudos Econômicos e Jurídicos da Universidade de *Columbia* - também aponta essa extensão do Direito Antitruste no surgimento da Governança Corporativa, sob a perspectiva e influência do trabalho dos professores Adolf Berle e Gardiners Means na obra “*A Corporação Moderna e a Propriedade Privada*”³¹⁹.

Berle e Means abordam o crescimento das grandes corporações e as principais modificações na estruturação da legislação societária nos Estados Unidos, especialmente a separação entre a propriedade da empresa e o controle administrativo das corporações.

A partir de um contexto histórico, os autores demonstram o surgimento do poder econômico dos empresários americanos e a divisão das tomadas de decisões, antes concentradas na figura do empresário, que era ao mesmo tempo acionista, proprietário e controlador da empresa; e que, depois, passaram a ser tomadas, em um segundo momento, pelos acionistas e *stakeholders*, na figura dos Conselhos de Administração. Nesse sentido, começa-se a se falar na separação entre a propriedade da empresa e a gestão empresarial.

É nesse período que a tônica do capitalismo americano atinge seu auge, em um contexto no qual gerentes procuravam oportunidades de inserção no mercado e em que os proprietários de empresas já não possuíam mais o fôlego necessário para continuar a concorrer no competitivo mercado³²⁰.

³¹⁷ A Berle and GC Means. **The Modern Corporation and Private Property**. 2nd edn Harcourt, Brace and World, New York 1967.

³¹⁸ ROE, Mark J. *From Antitrust to Corporation Governance? The Corporation and the Law: 1959-1994*. August 5, 2011. *The American Corporation Today*, pp. 102-127, Carl Kaysen, ed., 1996. Disponível em: <SSRN:http://ssrn.com/abstract=10032>. Acesso em: 19 de abril de 2016.

³¹⁹ A Berle and GC Means. **The Modern Corporation and Private Property**. 2nd edn Harcourt, Brace and World, New York 1967.

³²⁰ A Berle and GC Means. **The Modern Corporation and Private Property**. 2nd edn Harcourt, Brace and World, New York 1967.

Os estudos de Berle e Means indicaram que as “*Corporações passaram de força motriz da economia americana a criaturas poderosas que precisavam ser domesticadas. E esse ato de domesticar as empresa deveria ser realizado através de políticas públicas*”³²¹.

Edward Mason, Professor de Direito Público da Universidade de *Columbia*, ao editar a obra de Berle e Means, anota de forma categórica que “a tão poderosa corporação moderna, com o mesmo sucesso que mói os alimentos que queremos, parece operar sem qualquer controle”.³²²

Mason, de forma crítica e pontuada, questionara se o sucesso e o poder das corporações modernas estariam sendo partilhados entre os trabalhadores, os fornecedores e os clientes, isto é, se a coletividade estaria recebendo sua parte justa do sucesso econômico das grandes corporações.³²³

Através da sustentação teórica de Berle e Means, Mark J. Roe busca demonstrar que o crescimento descontrolado das corporações, conseqüente da consolidação de seu poder econômico, havia ido muito além das limitações de poder impostas pela própria Democracia Americana, que tem em seu bojo a limitação do poder do Governo. Apesar disso, os efeitos da consolidação desse poder não seriam necessariamente negativos, porquanto a eficiência da divisão do trabalho e da gestão das empresas poderiam ser controlados pela regulamentação do governo e pela limitação da própria empresa sobre seus atos.³²⁴

Dessa forma, Roe demonstra que o papel da legislação no Estado Moderno seria, então, o de regulamentar e racionalizar o uso desse poder das corporações, porquanto essa força do poder corporativo poderia ser utilizada tanto para o mal, quanto para fins de interesses sociais. Roe sustenta que a aplicação do Antitruste na limitação dos atos empresariais seria em grande parte derivada da visão que a própria sociedade tem sobre as grandes corporações³²⁵.

³²¹ A Berle and GC Means. **The Modern Corporation and Private Property** (2nd edn Harcourt, Brace and World, New York 1967) p. 2.

³²² Mason. **Introduction**, in *The Corporation and Modern Society*. Edward Mason. Introduction, in *The Corporation and Modern Society*”. p. 2.

³²³. *Ibidem*. p.2.

³²⁴ ROE, Mark J. **From Antitrust to Corporation Governance? The Corporation and the Law: 1959-1994** (August 5, 2011). *The American Corporation Today*, pp. 102-127, Carl Kaysen, ed., 1996. Disponível em: <SSRN:http://ssrn.com/abstract=10032>. Acesso em: 19 de abril de 2016.

³²⁵ *Idem*. p.10

Em relação ao Governo, Roe compara a possibilidade de relativização da aplicação das normas de Direito Antitruste com o momento experimentado pela sociedade. Para Roe, uma sociedade que compreende suas empresas/corporações como criaturas poderosas cuja força seria capaz de rivalizar com as do Governo estaria mais propensa a restringir as ações dessas, via aplicação rigorosa do Antitruste, para tranquilizar os efeitos das ações dessas grandes corporações³²⁶.

De outro modo, a sociedade que compreende suas empresas como fracas, em decadência interna e, sob a mira de ofertas públicas de aquisição por concorrentes internacionais, poderia aceitar a aplicação mais branda das regras de Direito Antitruste, no intuito de proteger suas empresas e seus gestores de aquisições internacionais - que foi exatamente o que aconteceu entre 1959 e 1995 nos Estados Unidos da América³²⁷.

Roe sustenta que o bom desempenho da economia Americana na década de 1950 permitiu aos acadêmicos o luxo de deduzir que o sucesso estadunidense teria derivado do poder corporativo e não somente do desempenho eficiente das empresas americanas³²⁸.

Em relação às empresas, a Governança Corporativa ganha tônica, uma vez que as empresas bem gerenciadas, com políticas de transparência, equidade e prestação de contas, que agiam em conformidade com as normas, seriam menos suscetíveis à infrações concorrenciais ou a necessidade da venda de seus ativos no mercado internacional.

Nesse sentido, é de se destacar que empresas que adotam medidas de Governança Corporativa tendem a ser mais profissionais, com quadro técnico de gestores instruídos a evitar problemas com a aplicação de temas complexos como Direito Antitruste, Crimes Financeiros, Desastres Ambientais. Assim, a Governança Corporativa tende a implementar de forma mais eficiente mecanismos de controle internos de prevenção de danos a que estão sujeitos os agentes econômicos.

De acordo com Abrantes e Sokol, a compreensão do funcionamento interno das empresas permitiria aproximar-se da dissuasão ótima, uma vez que essa compreensão permitiria calibrar a política em torno dos incentivos dentro de uma determinada empresa,

³²⁶Idem. p. 8.

³²⁷Idem. p.8.

³²⁸ROE, Mark J. *From Antitrust to Corporation Governance? The Corporation and the Law: 1959-1994* (August 5, 2011). *The American Corporation Today*, pp. 102-127, Carl Kaysen, ed., 1996. Disponível em: <SSRN:<http://ssrn.com/abstract=10032>>. Acesso em: 19 de abril de 2016. p.8.

suas subunidades e indivíduos que trabalham nela, para cumprir a legislação antitruste. Em vez disso, uma empresa é composta de vários componentes, cada um com seus próprios incentivos que moldam o comportamento da empresa. É através da compreensão do funcionamento interno das empresas, por meio da análise da governança corporativa que se permite compreender os incentivos para cumprimento da legislação antitruste e da dissuasão ótima do dano concorrencial³²⁹.

Em relação ao antitruste e à Governança Corporativa, Abrantes e Sokol estabelecem que, através do estudo da Governança Corporativa, é possível se compreender o comportamento dos agentes envolvidos na atividade econômica empresarial. Nesse sentido, a análise da Governança Corporativa permite compreender os incentivos a irregularidades ou ao cumprimento das normas (conformidade) em casos envolvendo cartel³³⁰.

A Governança Corporativa estabelece, portanto, a possibilidade de detecção de atos contrários ao Direito Antitruste e induz a dissuasão ótima do dano concorrencial, quando apurados no âmbito interno da própria empresa.

No Brasil, o Professor Arnold Wald, no mesmo sentido dos estudos do Prof. Mark J. Roe, define a Governança Corporativa como o estabelecimento do Estado de Direito na sociedade anônima que gera uma democracia oposta ao sistema, onde não havia separação de poderes e sim de um grupo detentor do controle quase que total das decisões.³³¹

No próximo item, examinar-se-á o conceito e a origem de Governança Corporativa.

3.2 A Governança corporativa.

329 Abrantes-Metz, Rosa M. and Sokol, D. Daniel. **Antitrust Corporate Governance and Compliance** (April 8, 2013). Oxford Handbook of International Antitrust Economics, Roger D. Blair and D. Daniel Sokol, eds., Oxford University Press, Forthcoming; Minnesota Legal Studies Research Paper No. 13-18. Disponível em < <http://ssrn.com/abstract=2246564>>.

Acesso em 19 de abril de 2016.

330 Abrantes-Metz, Rosa M. and Sokol, D. Daniel. **Antitrust Corporate Governance and Compliance** (April 8, 2013). Oxford Handbook of International Antitrust Economics, Roger D. Blair and D. Daniel Sokol, eds., Oxford University Press, Forthcoming; Minnesota Legal Studies Research Paper No. 13-18. Disponível em < <http://ssrn.com/abstract=2246564>>.

Acesso em 19 de abril de 2016.

³³¹ WALD, Arnold. **O Governo das Empresas**. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem nº 15. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 10.

A essência da Governança Corporativa, conforme Garcia e Souza comentam, concerne principalmente na estruturação societária de maneira que o principal atributo do novo papel do Conselho Administrativo é a independência, para que sua atuação não seja meramente burocrática e homologatória das decisões do grupo de controle³³².

Nesse contexto, o Conselho Administrativo é quem dita normas de conduta aos acionistas e gestores da empresa, objetivando a organização societária e sua monitoração, para que seja possível fixar as responsabilidades ou limitar atribuições e funções aos órgãos da empresa, lembrando-se que atribuição e função são atributos inerentes à estruturação da sociedade empresarial³³³.

Em 2004, A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD), elaborou um estudo intitulado Princípios da Governança Corporativa, no qual assinala que:

A governança corporativa envolve um conjunto de relações entre a administração da empresa, seu conselho, seus acionistas e outras partes interessadas. A governança corporativa também fornece a estrutura através da qual os objetivos da empresa são definidos, e os meios para alcançá-los e monitorar o desempenho são determinados³³⁴.

O estudo da OECD também aponta que um sistema de governança corporativa eficaz ajuda a proporcionar um grau de confiança necessário para o bom funcionamento de uma economia de mercado e evitar danos. O resultado obtido é que o custo do capital é

³³² GARCIA e SOUZA, Thelma de Mesquita. **Governança corporativa e o conflito de interesses nas sociedades anônimas**. São Paulo: Atlas. 2005. p. 22.

³³³ GARCIA e SOUZA, Thelma de Mesquita. **Governança corporativa e o conflito de interesses nas sociedades anônimas**. São Paulo: Atlas. 2005. p. 22.

³³⁴ Tradução do autor para: *Corporate governance involves a set of relationships between a company's management, its board, its shareholders and other stakeholders. Corporate governance also provides the structure through which the objectives of the company are set, and the means of attaining those objectives and monitoring performance are determined.* OECD **Principles of Corporate Governance 2004**. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/32/18/31557724.pdf>>. Acesso em: 22 de fev. de 2017.

menor e as empresas são estimuladas a usar os recursos de forma mais eficiente, amparando assim o crescimento³³⁵.

De acordo com Rocha, no contexto jurídico, é possível observar duas vertentes, de um lado os princípios da equidade, transparência (*disclosure*), responsabilidade pelos resultados (*accountability*) e obediência às leis do país (*compliance*), que constituem nos objetivos principais da Governança Corporativa. De outro lado, como meio de consecução de tais objetivos, constitui um conjunto de normas e padrões que servem de base para atribuir e definir as responsabilidades entre os diversos órgãos da sociedade anônima, como a Assembleia de Acionistas, o Conselho de Administração e a Diretoria³³⁶.

No Brasil, o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) estabelece a Governança Corporativa como sistema pelo qual as sociedades são dirigidas e monitoradas, envolvendo os relacionamentos entre Acionistas/Cotistas, Conselho de Administração, Diretoria, Auditoria Independente e Conselho Fiscal³³⁷.

De acordo com o IBGC, as boas práticas de governança corporativa têm a finalidade de aumentar o valor da sociedade empresarial, facilitar seu acesso ao capital e contribuir para a sua perenidade³³⁸.

Do contexto histórico, é possível observar que durante o século XX, os mercados passaram a se integrar ao dinamismo do comércio internacional, sendo que se observou a expansão das transações financeiras em escala global. Neste cenário, as companhias foram objeto de significativas transformações, pois o acentuado ritmo de crescimento de suas atividades promoveu uma readequação de sua estrutura de controle, decorrente da separação entre a propriedade e a gestão empresarial³³⁹.

A origem dos debates sobre Governança Corporativa remete a

³³⁵ Idem..

³³⁶ ROCHA, Simone Augustinho. **As implicações e as aplicações da Governança Corporativa no Direito Societário Brasileiro**. Trabalho de Conclusão, cumprimento de requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, na área de Direito Empresarial. p. 8.

³³⁶ Tradução do autor para

³³⁷ INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. Disponível em: < <http://www.ibgc.org.br/index.php/governanca/governanca-corporativa>>. Acesso em: 20 de fev. 2017.

³³⁸ Idem.

³³⁹ Idem.

conflitos inerentes à propriedade dispersa e à divergência entre os interesses dos sócios, executivos e o melhor interesse da empresa³⁴⁰.

É de se destacar que a corrente mais aceita indica que a Governança Corporativa surgiu para superar o "conflito de agência" clássico, em que o proprietário (acionista) delega a um agente especializado (administrador) o poder de decisão sobre a empresa (nos termos da lei), sendo que nessa situação podem surgir divergências no entendimento de cada um dos grupos daquilo que consideram ser o melhor para a empresa e que as práticas de Governança Corporativa buscam superar. Ressalta-se que este tipo de conflito é mais comum em sociedades como os Estados Unidos e Inglaterra, países nos quais a propriedade das companhias é mais pulverizada³⁴¹.

A surgimento da Governança Corporativa nesses países guarda relação direta com escândalos financeiros, atos de corrupção e violações às leis Antitrustes envolvendo companhias listadas na Bolsa de Valores. É de se destacar que esses escândalos, que causaram enormes prejuízos, despertaram o interesse do governo e das sociedades para alguns problemas na gestão das companhias e dos mercados de capitais³⁴².

Nos Estados Unidos, a Governança Corporativa teve origem motivada por uma grande preocupação com o abuso de poder dos gestores, bem como a sua sobreposição sobre os acionistas e sobre o Conselho de Administração. Para dirimir estas distorções, foram adotadas práticas como o aumento de integrantes independentes na composição dos Conselhos e regras de demissão de executivos por mau desempenho³⁴³.

Em relação à legislação destaca-se a edição da *Sarbanes-Oxley Act* (SOX), em 2002, referência aos congressistas elaboradores da lei, Paul S. Sarbanes e Michael Oxley, visando restaurar a credibilidade do mercado de capitais norte-americano após uma série de casos de corrupção.

³⁴⁰ RIBEIRO, Milton Nassau. **Aspectos jurídicos da governança corporativa**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p.190.

³⁴¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. Disponível em: < <http://www.ibgc.org.br/index.php/governanca/governanca-corporativa>>. Acesso em: 20 de fev. 2017.

³⁴² INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. Disponível em: < <http://www.ibgc.org.br/index.php/governanca/governanca-corporativa>>. Acesso em: 20 de fev. 2017.

³⁴³ A Berle and GC Means. **The Modern Corporation and Private Property**. 2nd edn Harcourt, Brace and World, New York 1967.

A Lei americana desenvolveu a responsabilidade dos administradores das companhias, das empresas de auditoria e dos advogados, mediante a exigência da adoção de regras rígidas de Governança Corporativa, relativas à auditoria externa e à conduta dos administradores³⁴⁴.

A Governança Corporativa no mundo depende das diferenças estruturais das empresas, do grau de investidores e das peculiaridades dos sistemas financeiro e legal de cada país, pois, cada país tem necessidades específicas para atingir o fortalecimento de seus mercados de capitais e de suas companhias³⁴⁵.

Ressalta-se que nos Estados Unidos, nenhum acionista, mesmo controlador, é detentor de parcela significativa do capital da sociedade. Em virtude dessa distribuição do capital social da empresa, geralmente o controlador (principal) nomeia uma diretoria profissional (agente) para gerir a companhia. Assim, muitas vezes os diretores têm informações não acessíveis aos acionistas, controladores ou não. Objetiva-se, dessa forma, a pulverização do capital social, sendo que os executivos contratados para os cargos de diretoria sofrem influência muito menor do acionista controlador, pois sua indicação é o resultado de uma conjugação de forças e não de um acionista específico, tornando assim, os executivos mais poderosos³⁴⁶.

Diante deste cenário, vários escândalos corporativos na década de oitenta foram motivados por “conflitos de agência”, decorrentes de abuso de poder e expropriação de riquezas dos acionistas pelos diretores³⁴⁷.

Os conflitos de agência são resultados da separação entre a propriedade e a gestão nas companhias, sendo que esse conflito de interesses pode assumir características distintas em função da estrutura de propriedade das empresas. Segundo Garcia:

Os “conflitos de agência” nas empresas se estabelecem a partir da delegação das competências para tomadas de decisão aos “agentes”, quando os administradores, por terem objetivos pessoais divergentes da maximização da riqueza do “principal”, o acionista, passam a

³⁴⁴ RIBEIRO, Milton Nassau. **Aspectos jurídicos da governança corporativa**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 190.

³⁴⁵ RIBEIRO, Milton Nassau. **Aspectos jurídicos da governança corporativa**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 190.

³⁴⁶ idem

³⁴⁷ idem

decidir em prol de seus interesses particulares em detrimento do melhor benefício daqueles. A necessidade de melhores práticas de governança corporativa nasce como uma forma de resposta a esse conflito e visa evitar a expropriação da riqueza do acionista pelos gestores³⁴⁸.

Finalmente, deve destacar que a Governança Corporativa no cenário mundial pode ser vista da seguinte forma: a) nos Estados Unidos e na Inglaterra há uma forte proteção legal, mas participação acionária extremamente pulverizada dos investidores; b) o modelo nipo-germânico caracteriza-se pela concentração da propriedade das ações de controle em poucos acionistas, sendo estas posições de longo prazo, não especuladores e menos exigentes em relação as regras de transparência contábil e divulgação de informações da empresa. Seus investidores colhem informações sobre os riscos da empresa no mercado. Neste modelo, é possível encontrar os *stakeholders*, pois as empresas buscam compatibilizar os interesses dos acionistas e dos demais interessados, tais como empregados, fornecedores, credores, comunidade em geral; c) no Brasil predomina o modelo de Governança Corporativa nipo-germânico, ou seja, *stakeholders*, pois há grande concentração de ações ordinárias na propriedade do acionista controlador conselheiros profissionais e independentes começaram a surgir basicamente em resposta à necessidade de atraírem capitais e fontes de financiamento para a atividade empresarial³⁴⁹.

Realizadas essas considerações acerca do conceito, origem e particularidades da Governança Corporativa, no próximo item passa-se à análise da sua relação com as Lei Anticorrupção.

3.3 A Governança Corporativa e Anticorrupção

³⁴⁸ GARCIA, Arthur Felix. **Governança Corporativa**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2005. p. 14. Disponível em: < http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/menu/acesso_informacao/serieshist/trabacademicos/anexos/Felix_-_Arthur_C_Azevedo_Garcia-goc-corporativa.pdf >. Acesso em: 20 de fev. De 2017.

³⁴⁹ RIBEIRO, Milton Nassau. **Aspectos jurídicos da governança corporativa**. São Paulo:Quartier Latin, 2007. p. 45.

No Brasil, a formação de conselheiros profissionais e independentes começa a surgir basicamente em resposta à necessidade da atração de capitais e fontes de financiamento para a atividade empresarial, que foi acelerado pelo processo de globalização e pelas privatizações de empresas estatais no país³⁵⁰.

Conforme analisado no capítulo II, a partir da década de 1990, a abertura da economia brasileira permitiu que investidores estrangeiros começassem a participar em proporção cada vez maior do capital das empresas brasileiras através de investimentos realizados dentro do país ou de aquisições de ações de companhias nacionais nas bolsas americanas.

É de se destacar que muitas das companhias abertas brasileiras, ao listarem suas ações nas bolsas americanas, foram obrigadas a seguir diversas regras impostas pela *Securities and Exchange Commission*, órgão regulador do mercado de capitais norte americano, relacionadas a aspectos contábeis, de transparência e divulgação de informações, que são princípios de governança corporativa.

As empresas brasileiras passaram então a ter contato com acionistas mais exigentes e sofisticados, acostumados com seus investimentos em mercados com praticas de governança corporativa mais avançada que as aplicadas no mercado brasileiro. Some-se a isso o fato de que, ao número crescente de investidores estrangeiros, há ainda uma maior participação de investidores institucionais brasileiros de grande porte e mais conscientes de seus direitos³⁵¹. Hoje, o mercado de capitais, as empresas, os investidores e a mídia especializada já se utilizam da expressão Governança Corporativa, considerando as boas práticas de governança em sua estratégia de negócios.³⁵²

³⁵⁰ GARCIA, Arthur Felix. **Governança Corporativa**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2005. p. 14. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/menu/aceso_informacao/serieshist/trabacademicos/anexos/Felix-Arthur_C_Azevedo_Garcia-goc-corporativa.pdf>. Acesso em: 20 de fev. de 2017. P.19

³⁵¹ Op. cit p. 20.

³⁵² RIBEIRO, Milton Nassau. Aspectos jurídicos da governança corporativa. São Paulo: Quartier Latin, 2007. 190 p.

Na obra *Considerações à Lei Anticorrupção*, o Professor Modesto Carvalhosa, assinala que o Comitê de Governança Corporativa cuja criação se dá no seio do órgão colegiado da pessoa jurídica, deve ser independente no relacionamento com os dirigentes da pessoa jurídica, tendo a atribuição de, uma vez recebidas as denúncias da auditoria interna, encaminhá-las para a diretoria³⁵³. A respeito do referido Comitê, o autor esclarece:

Quando se tratar de pessoa jurídica que possua órgão colegiado nele deve ser criado um comitê de governança para supervisionar o exercício regular e eficaz da auditoria interna nas suas funções de aplicar o Código de Ética, promover a auditoria jurídica, econômica e financeira dos contratos, investigar as condutas internas de seus quadros dirigentes e funcionais, bem como as condutas da própria pessoa jurídica nos seus relacionamentos com o Poder Público.³⁵⁴

Dessa forma, o Comitê de Governança tem como deveres: investigar, revelar e denunciar³⁵⁵. Nessas funções, a auditoria interna, como o órgão executivo do regime de conformidade tem o dever de declarar ao comitê de governança se *“a prática corruptiva é tolerada, permitida ou incentivada no interior da própria pessoa jurídica ou nas suas relações privadas e naquelas públicas”*. Em outras palavras: *“se a conduta dos dirigentes e dos funcionários são previsíveis ou mesmo esperadas dentro de uma cultura corruptiva própria da pessoa jurídica”*³⁵⁶.

Molan Gaban e Juliana Rodrigues ao dissertarem sobre o movimento de prevenção à corrupção, assinalam que este originou-se

³⁵³ CARVALHOSA, MODESTO. **Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846 de 2013**. 1ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 331.

³⁵⁴ Op. Cit. 332

³⁵⁵ MCNULTY, PAUL J; DOYLE, Thomas A. *Best practices for investigations in Brazil*. In: DEBBIO, Alesandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; Ayres, Carlos da Silva. **Temas de anticorrupção e Compliance**. São Paulo: Editora Campus Jurídico, 2012. p. 280. *Apud* CARVALHOSA, MODESTO. **Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846 de 2013**. 1ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 330.

³⁵⁶ CARVALHOSA, MODESTO. **Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846 de 2013**. 1ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

diante dos grandes escândalos de criminalidade econômica, a exemplo do *Worldcom*, nos Estados Unidos, que deram origem, na esfera Legislativa, ao *Sarbanes-Oxley Act* de 2002 e o caso SIEMENS na Alemanha, que gerou condenações pela prática, em termos mundiais, de corrupção e violações de normas concorrenciais³⁵⁷.

Nesse sentido, os autores abordam a relação entre os trabalhos de organismos internacionais e a relação existente entre medidas da Governança Corporativa, leis Anticorrupção e Programas de *Compliance*:

Esse escândalos de corrupção e fraudes financeiras, bem como a instabilidade decorrente de crises econômicas fomentaram medidas de integração supranacional dos mercados. A adoção de programas de *Compliance* é, então, incorporada às regras de *soft law*, uma vez que passa a ser recomendada por instituições internacionais como a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico(ONU) e a Organização dos Estados Americanos (OEA) (recomenda-se que os governos incentivem suas empresas a desenvolver controles internos adequados, programas de ética e Compliance ou medidas para prevenir ou detectar infrações [Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance Adopted 18 February 2010 This Good Practice Guidance was adopted by the OECD Council as an integral part of the Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions of 26 November 2009.]358

Ademais, no cenário mundial, casos como os atos terroristas nos Estados Unidos, ocorrido em 2001, os escândalos de governança, como, por exemplo, os relacionados ao Banco Barings, Enron, WordCom e Parmalat e a mais recente crise financeira mundial, além da divulgação de casos de corrupção envolvendo autoridades públicas e também desvios de recursos em entidades do terceiro setor, reforçaram a necessidade de maior conformidade a padrões legais e éticos de conduta.

³⁵⁷ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 343.

³⁵⁸ Op Cit p. 343.

Some-se a isso o aumento da pobreza, dos problemas sociais, ambientais, e, neste último caso, a chamada crise ambiental, que ampliou a abrangência do *Compliance* para novos padrões desejáveis de comportamento”³⁵⁹.

Modesto Carvalhosa pontua três fases da adoção do regime de conformidade entende que existem 3(três fases): na primeira fase, partiu-se da auto instituição e da autor regulação do regime de conformidade no seio das pessoas jurídicas, momento em que foram adotadas regras de boa governança, códigos de ética, a criação de auditoria interna e de comitês de governança nos organismos coletivos de direção. Trata-se de iniciativa espontânea das próprias pessoas jurídicas, consagrada nos anos 1990, tendo sido apoiada por entidades voltadas para as práticas de governança, a exemplo do benemérito Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC).³⁶⁰

A segunda fase teria sido iniciada no começo deste século e supera o caráter voluntário do regime de conformidade, já que o que se busca é sua institucionalização, nos planos nacional e internacional. Criam-se nesse período leis, recomendações, tratados internacionais, diretivas (União Européia), relatórios, os quais tratam de práticas ilícitas no seio das sociedades anônimas, ocorridas nos mercados de capitais e financeiro, determinando a adoção de efetivas regras de conformidade.³⁶¹

Na terceira fase, finalmente, segundo Cascon, tem-se a efetiva regulação estatal da matéria no lugar da espontânea adesão das pessoas jurídicas aos métodos de governança e de conformidade nas suas relações com o mercado e com o Poder Público³⁶².

³⁵⁹ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Coord.). **Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1-2.

³⁶⁰ CARVALHOSA, MODESTO. **Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846 de 2013**. 1ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 334.

³⁶¹ Op. cit p. 334.

³⁶² CASCON, Fernando Carbajo. Corrupcion em los negocios y buen gobierno corporativo. Conferência pronunciada no Seminário Internacional Governança Corporativa, Responsabilidade Social Empresarial, Transparencia e Legislação Anticorrupção – uma perspectiva de Direito Comparado Uniao Europeia-Mercosul, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 15 de maio de 2014. *Apud* CARVALHOSA, MODESTO. **Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846 de 2013**. 1ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 335.

Ressalta-se que nessa terceira fase, o regime de conformidade, o Estado procura induzir e não impor. Essa indução por parte do estado, guarda relação direta com o aspecto dissuasório e prospectivo das normas que regem a Lei Anticorrupção que serão abordados adiante. Dessa forma, não há coação normativa, mas requisição. A respeito do tema, explica Carvalhosa:

[...] normas requisitórias prevalecem no caso, no sentido que a pessoa jurídica, para estabelecer vínculo de natureza obrigacional com o Poder Público, é bom que tenha instituído o regime de conformidade, mediante adesão ao Pacto criado pelo Estado (Pacto CGU) que estabelece as regras do Código de Ética, a organização do Comitê de Ética, inclusive no que respeita à sua autonomia e à blindagem de seus membros e o do Comitê de Auditoria Interna, como gestor do regime de conformidade, também autônomo e independente³⁶³.

É nesse momento que se observa uma etapa legiferante em matéria de conformidade, como sendo o resultado das delituosas condutas de pessoas jurídicas contrárias às regras espontâneas de governança, a exemplo dos escândalos da *Enron*, *Worldcom*, *Parmalat*, *Lehmann Brothers*, etc nos anos 90 e na primeira década deste século³⁶⁴.

Na leitura de Cascon, essa terceira fase é tipicamente normativa e completa a segunda, na medida em que “naquela já surgiram, além das recomendações de âmbitos nacional e internacional, também algumas leis específicas sobre a matéria”.³⁶⁵

³⁶³ CARVALHOSA, MODESTO. **Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846 de 2013**. 1ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 336.

³⁶⁴ Op. Cit . p. 113.

³⁶⁵ CASCON, Fernando Carbajo. *Corrupcion em los negocios y buen gobierno corporativo*. Conferência pronunciada no Seminário Internacional Governança Corporativa, Responsabilidade Social Empresarial, Transparência e Legislação Anticorrupção – uma perspectiva de Direito Comparado Uniao Europeia-Mercosul, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 15 de maio de 2014. *Apud* CARVALHOSA, MODESTO. **Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846 de 2013**. 1ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 335.

Verificada a relação entre os escândalos de corrupção e a origem da Governança Corporativa, passa-se à análise da relação existente entre a Anticorrupção e Programas de Conformidade.

3.4 Anticorrupção e Programas de Compliance.

Conforme exposto, a criação dos métodos de Governança Corporativa surge da necessidade do controle dos acionistas sobre as decisões que são tomadas pelo Conselho Administrativo da Empresa. Nesse sentido, escândalos de corrupção e violações ao Antitruste tendem a agastar investidores e novos negócios.

A finalidade primordial do modelo base de *Compliance* é a prevenção de infrações, sendo que “*o seu desenvolvimento se deu com foco especial em evitar crimes de corrupção, lavagem de dinheiro, cartel, financiamento de terrorismo, delitos contábeis e tributários, insider trading, delitos ambientais e violação aos segredos comerciais da empresa*”³⁶⁶.

O objetivo do *compliance*, portanto, é a proteção geral dos valores da empresa, registrando-se que existe também a “*preocupação com a proteção universal dos direitos humanos, por meio da prevenção a trabalho infantil, trabalho escravo e discriminação, bem como outras preocupações trabalhistas e de segurança do consumidor*”.³⁶⁷

A partir desse conceito básico, desenvolvem-se os programas de *Compliance* específicos para determinadas áreas, como por exemplo, o (1) *Compliance* anticorrupção e (2) *Compliance Antitruste*, que apresentam como finalidade principal a prevenção a infrações previstas na Lei Anticorrupção previstas na Lei Anticorrupção e na Lei de Defesa da Concorrência, respectivamente.³⁶⁸

Para se atingir a boa governança desejada é necessária transparência, a harmonia com os melhores padrões éticos e a

³⁶⁶ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 344.

³⁶⁷ SIEBER, Ulrich. **Programas de Compliance no direito penal empresarial: um novo conceito para o controle de criminalidade econômica**. Tradução por Eduardo Saad Diniz. In: OLIVEIRA, William T. (et. Al). (orgs.) *Deireito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedmann*. São Paulo: LiberArs, 2013. *Apud*. GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

³⁶⁸ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

conformidade com normas internas e externas. O cumprimento de normas é indispensável para relações de equidade entre a empresa e seus *stakeholders* e para o comportamento responsável da empresa e de seus dirigentes.

Através da governança, busca-se ainda mitigar os riscos decorrentes dos interesses divergentes da alta gestão em relação aos interesses da empresa. O *Compliance* pode ser considerado como um dos pilares da Governança Corporativa em virtude do fortalecimento do respeito a normas e políticas, bem como a mitigação de riscos causados por atos empresariais.

Nesse sentido, a empresa que age em conformidade com a legislação, isto é, em *Compliance* preserva a sua imagem e diminui a possibilidade de danos à reputação. Ademais, de acordo com Schilder, existem estudos que analisam o custo-benefício de uma implantação de programas de *Compliance* em organizações, os quais chegaram à conclusão de que para cada U\$1,00 gastos são economizados U\$5,00 com a mitigação de processos legais, danos à reputação e perda de produtividade.³⁶⁹

Ao examinar o tema, D'Antonio ensina que o *Compliance* surgiu nos últimos anos “como uma alternativa de prevenção à criminalidade no âmbito empresarial, com ênfase nos delitos de corrupção e lavagem de dinheiro, nas praticas concorrenciais e em outras fraudes”.³⁷⁰

A partir do exemplo de outros países, em especial da influência recebida pelas normas estrangeiras como o Ato para prevenção de corrupção estrangeira do Ato para Prevenção de Corrupção em países estrangeiros (*Foreign Corrupt Practices Act – FCPA*) nos Estados Unidos da América em 1977, e do Ato contra Corrupção (*Bribery Act*), na Inglaterra em 2010, além das necessidades de se adequar às recomendações de organizações internacionais, o Brasil promulga em

³⁶⁹ SCHILDER, Arnold. *Apud* COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Coord.). **Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações**. São Paulo: Atlas, 2010.

³⁷⁰ D' ANTONIO, Thais Fioruci. *Criminal compliance* médica: prevenção a criminalidade no âmbito da atividade empresarial médica. 2014. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso). Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2014. *Apud*. GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 342.

2013, a Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013³⁷¹ – Lei Anticorrupção Brasileira.³⁷²

A Lei 12846/2013, conhecida também como Lei da Empresa Limpa ou Lei Anticorrupção, introduz no sistema normativo brasileiro a possibilidade de responsabilização civil e administrativa de pessoas jurídicas por atos de corrupção praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira. A norma busca fomentar um novo padrão de mercado, através da instituição de deveres no âmbito corporativo e incentivos a novas práticas empresariais ao oferecer uma estrutura de incentivo – que concede as empresas estímulos à adoção de programas de *Compliance*, ou programas de integridade conforme o texto legal, ao prever vantagens como a redução de multa, àquelas empresas que adotarem programas de prevenção – e estabelecer a possibilidade de cooperação com as investigações, por meio de acordos de leniência.³⁷³

Em vigor desde janeiro de 2014, a Lei Anticorrupção destina-se a punir empresas envolvidas em práticas relacionadas à corrupção, com a aplicação de multas de até 20% de seu faturamento, nos termos do art. De acordo com a Lei 12.846/2013, a punição ao ato lesivo nunca será menor do que o valor da vantagem auferida. O cálculo da multa é o resultado da soma e subtração de percentuais incidentes sobre o faturamento bruto da empresa, considerando as variáveis previstas no artigo 7º da Lei 12.846. Os limites são de 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos. Caso não seja possível utilizar o faturamento bruto da empresa, o valor da multa será limitado entre R\$ 6 mil e R\$ 60 milhões.

³⁷¹ BRASIL. **Lei 12.846 de 1º de agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm#art31>. Acesso em: 16 de mar. 2017.

³⁷² GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 343

³⁷³ D' ANTONIO, Thais Fioruci. *Criminal compliance* médica: prevenção a criminalidade no âmbito da atividade empresarial médica. 2014. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso). Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2014. *Apud.* GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 344.

A norma propõe uma revolução conceitual no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, destaca-se a mudança ao aspecto prospectivo da Lei Anticorrupção, visto que ela busca a precaução por parte do agente econômico. Isso porque a responsabilidade do agente é objetiva, de maneira que independe de dolo ou de culpa para ser sancionado. Nesse sentido, o artigo 2o, da lei em comento, determina que *“as pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não”*.

Entre as inovações da Lei 12.846/13, pode-se destacar o Acordo de Leniência, previsto em seus artigos 16 e 17. Nesse sentido, o artigo 16 determina que a “autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo. Desta colaboração, deve resultar: I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

Os requisitos para a celebração do referido acordo foram previstos nos incisos do §1º, do artigo 16, a saber:

I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;

III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

Ainda nos termos do § 2º, do artigo 16, da referida norma, a celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6o e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

Relevante também é mencionar que, nos § 3o, do artigo 16, da Lei Anticorrupção, o acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado e que é a Controladoria-Geral da União – CGU, nos termos do § 10, do artigo 16, o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do

Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.

O art. 17 determina que a Administração Pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.

Cumprido o acordo de leniência, a pessoa jurídica tem direito a: isenção da publicação da decisão sancionadora; isenção da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações de órgãos ou entidades públicos, isenção ou atenuação de punições restritiva ao direito de licitar e contratar e redução do valor da multa. Permanece, entretanto, conforme já mencionado, a obrigação de reparação integral do dano.

Gaban e Domingues estabelecem que o Acordo de Leniência Antitruste foi praticamente reproduzido pela Lei Anticorrupção. No entanto, apesar de ambos os acordos – o previsto na Lei de Defesa da Concorrência e o previsto na Lei Anticorrupção – serem firmados na esfera administrativa, apenas o da Lei de Defesa da Concorrência apresenta a explícita incidência de extinção da punibilidade penal³⁷⁴.

A Lei 12.529/2011 estabeleceu a possibilidade do acordo de leniência em casos envolvendo infrações à ordem econômica, determinando a suspensão do curso do prazo prescricional e impedindo o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

O Acordo de Leniência na Defesa da Concorrência é abordado pela Professora Anna Faraco Lamy em sua obra Reflexos do Acordo de Leniência no Processo Penal³⁷⁵, que apresenta a necessidade da conformidade do art. 87³⁷⁶ da Lei 12.529 ao regramento constitucional.

³⁷⁴ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 344.

³⁷⁵ LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. **Reflexos do Acordo de Leniência no processo penal: a implementação do instituto ao Direito Penal Econômico Brasileiro e a necessária adaptação ao regramento constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014.

³⁷⁶ Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei,

No caso da Lei Anticorrupção, além do Acordo de Leniência, houve também expressa previsão legal de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, também chamados de Programa de *Compliance*.

Especificamente no que concerne ao incentivo para adoção de *Compliance*, a Lei Anticorrupção, da Lei 12.846/2013, em seu art. 7º, inciso VIII, determina que será levada em consideração no momento de aplicação das sanções a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo a denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica:

Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

I - a gravidade da infração;

II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

III - a consumação ou não da infração;

IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;

V - o efeito negativo produzido pela infração;

VI - a situação econômica do infrator;

VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;

VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados; e

X - (VETADO).

Parágrafo único. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal.(grifou-se)

determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

Nesse sentido, é o Estado quem define os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do artigo 7º, da Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013³⁷⁷, através de regulamento do Poder Executivo Federal, nos termos do parágrafo único do mesmo artigo 7º³⁷⁸, conforme se depreende da leitura.

Dessa forma, poderá ser benéfica a implementação de programas de *Compliance* pelas empresas investigadas por práticas previstas na nova Lei Anticorrupção.³⁷⁹ No entanto, ressalta-se que o artigo 30 da Lei 12.846/2013 prevê que a aplicação das sanções Anticorrupção não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes dos atos de improbidade administrativa e (ii) os ilícitos alcançados pela Lei 8.666/93 ou outras normas de licitações e contratos da Administração Pública³⁸⁰.

O Decreto Presidencial n. 8.420 nº 8420/2015 regulamenta diversos aspectos da lei, tais como critérios para o cálculo da multa, parâmetros para avaliação de programas de *compliance*, regras para a celebração dos acordos de leniência e disposições sobre os cadastros nacionais de empresas punidas. Procedimentos que estão sob a responsabilidade da Controladoria-Geral da União (CGU).

É de se destacar que a lei 12.843/13 confere à Controladoria-Geral da União (CGU) competência exclusiva para instaurar, apurar e julgar atos lesivos à administração pública nacional e estrangeira, bem como para avocar processos para exame de regularidade ou correção de andamento.

A partir do Decreto 8420/2015, ficam estabelecidos os mecanismos e procedimentos de integridade, auditoria, aplicação de códigos de ética e conduta e incentivos de denúncia de irregularidades que devem ser adotados pela empresa e monitorados pela CGU. O Decreto estabelece o programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das

³⁷⁷ BRASIL. **Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 22 de fev. 2017.

³⁷⁸ CARVALHOSA, MODESTO. **Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846 de 2013.** 1ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 336.

³⁷⁹ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

³⁸⁰ *idem.* p. 344.

atividades de cada pessoa jurídica, a qual, por sua, vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa.

O Decreto Presidencial 8.420, de 18 de março de 2015³⁸¹, que regulamenta a Lei 12.846, de 2013, destina o CAPITULO IV inteiro aos programas de integridade, no âmbito da pessoa jurídica e estabelece seu conceito legal:

Art. 41 Conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

O parágrafo único do referido artigo, por sua vez, estabelece que o programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado com base nas: *características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.*

Ainda com relação aos dispositivos do Decreto 8.420, de 2015, a existência e aplicação do programa de integridade será avaliada pelos requisitos do artigo 42:

Art. 42. Para fins do disposto no § 4o do art. 5o, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros: I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa;

II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos;

³⁸¹ BRASIL. **Decreto 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei 12.846, de 1o de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 22 de fev. 2017.

III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade;

V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade;

VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;

VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica;

VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;

IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento;

X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciantes de boa-fé;

XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade;

XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;

XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da

existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas;

XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013; e

XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.³⁸²

De acordo com o inciso IV, do artigo 18 do Decreto 8.420, de 2015, a adoção de programas de integridade e conformidade pode limitar a aplicação de multa prevista no art. 17 da Lei 12.846/13.

O referido dispositivo determina que, havendo comprovação da aplicação de programa de integridade que cumpre os critérios do artigo 42, poderá a multa ser reduzida de 1% (um por cento) a 4% (quatro por cento) sobre o faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do Processo Administrativo de Responsabilização – PAR.

Além do Decreto n. 8420/2015, a Portaria da Corregedoria Geral da União n. 909 de 7 de abril de 2015 veio dispor sobre a avaliação de programas de integridade de pessoas jurídicas³⁸³, estabelecendo em seu artigo 2º que a pessoa jurídica deverá, para ter seu programa de integridade avaliado, apresentar: *I - relatório de perfil; e II - relatório de conformidade do programa*. Cada um desses relatórios deverá conter o que consta da tabela abaixo, conforme o artigos 3º e 4º:

RELATÓRIO DE PERFIL:	RELATÓRIO DE CONFORMIDADE DO PROGRAMA
I) os setores do mercado em	I - a estrutura do programa de

³⁸² BRASIL. Decreto 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 22 de fev. 2017.

³⁸³ CORREGEDORIA GERAL DA UNIÃO. **Portaria CGU n. 909, de 7 de abril de 2015.**

Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/portarias/portaria_cgu_909_2015.pdf>. Acesso em: 22 de fev. 2017.

<p>que atua, se no Brasil ou exterior</p> <p>II) estrutura organizacional, com a hierarquia interna, o processo decisório e as principais competências de conselhos, diretorias, departamentos ou setores;</p> <p>III) o quantitativo de empregados, funcionários e colaboradores;</p> <p>IV) as interações estabelecidas com a administração pública nacional ou estrangeira;</p> <p>V) as participações societárias que envolvam a pessoa jurídica na condição de controladora, controlada, coligada ou consorciada;</p> <p>VI) sua qualificação, se for o caso, como microempresa ou empresa de pequeno porte.</p>	<p>integridade, com:</p> <p>a) indicação de quais parâmetros do Decreto nº 8.420/2015 foram implementados;</p> <p>b) descrição de como os parâmetros previstos na alínea "a" deste inciso foram implementados;</p> <p>c) explicação da importância da implementação de cada um dos parâmetros previstos na alínea "a" deste inciso, frente às especificidades da pessoa jurídica, para a mitigação de risco de ocorrência de atos lesivos constantes do art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013;</p> <p>II - o funcionamento do programa de integridade na rotina da pessoa jurídica, com histórico de dados, estatísticas e casos concretos;</p> <p>III - a atuação do programa de integridade na prevenção, detecção e remediação do ato lesivo objeto da apuração.</p>
---	---

O artigo 5º, da Portaria n. 909, de 7 de abril de 2015, da Controladoria Geral da União (CG) determina que, para a avaliação do percentual de redução de que trata o inciso V do art. 18 do Decreto nº 8.420, de 2015, deverá levar em consideração as informações prestadas, e sua comprovação, nos relatórios de perfil e de conformidade do programa.

O § 1º, do artigo 5º, por sua vez, determina que a definição do percentual de redução considerará o grau de adequação do programa de integridade ao perfil da empresa e de sua efetividade. O § 2º, também do artigo 5º, assinala que o programa de integridade meramente formal e que se mostre absolutamente ineficaz para mitigar o risco de ocorrência de atos lesivos da Lei nº 12.846, de 2013, não será considerado para fins de aplicação do percentual de redução de que trata o caput, enquanto o § 3º, também do artigo 5º, determina que a concessão do percentual máximo de redução fica condicionada ao atendimento pleno dos incisos do caput do art. 4º.

Verifica-se, portanto, que em se tratando de mecanismos de prevenção (compliance) a Lei 12.846/2013 foi além da Lei 12.529/2013, estabelecendo em seu texto legal a previsão para as pessoas jurídicas

que buscam se adequar a legislação anticorrupção. Ademias, pode-se perceber que a Presidência da República, em 2015, regulamentou tais mecanismos no tocante à Anticorrupção.

Realizadas essas considerações acerca do Compliance e da Anticorrupção, passa-se ao estudo do Compliance e da Defesa da Concorrência.

3.5. Compliance e Defesa da Concorrência.

Em relação ao *Compliance Concorrencial*, destaca-se que no ano de 2002 o Departamento de Justiça (*Department of Justice-DoJ*) dos Estados Unidos elaborou um relevante relatório intitulado Programas de Compliance Antitruste – A perspectiva do Governo (*Antitrust Compliance Programs: The Government Perspective*). De acordo com o relatório, um bom programa de conformidade antitruste deve ter dois objetivos principais: prevenção de danos à concorrência e a detecção de infrações ao Antitruste³⁸⁴.

Destaca-se que diferentemente do CADE, que não tem competência legal³⁸⁵ para apurar os crimes contra a Ordem Econômica³⁸⁶, O *DoJ* é responsável pela aplicação do *Sherman Act* e do *Clayton Act* por meio de ações civis e também pode processar infrações graves ao *Sherman Act* no âmbito criminal junto ao Poder Judiciário.³⁸⁷

De acordo com o estudo realizado pelo DoJ, o benefício da adoção de programas de *compliance* é evitar o litígio com a Comissão de Crimes Antitruste. É de se destacar que no caso americano, um programa corporativo de conformidade não protege todas as empresa

³⁸⁴ USA. Department of Justice. **Antitrust Compliance Programs: The Government Perspective.** 2002. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/speech/antitrust-compliance-programs-government-perspective>> Acesso em 20 de fev. 2017.

³⁸⁵ OECD. *Lei de Política de Concorrência no Brasil: Uma revisão pelos pares.* OECD/ IDB, 201 p.19

³⁸⁶ BRASIL. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.** Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 16 de fev. 2017.

³⁸⁷ Análise dos atos de concentração no Brasil Forma, função e o incrementalismo reformista do CADE Mario G. Schapiro Publicado em Mario Gomes Schapiro; Vinicius Marques de Carvalho; Leonor Cordovil. (Org.). *Direito Econômico Concorrencial.* 1ed.São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, p. 49-96.

contra a cobrança das multas e nem da responsabilização pelo dano, mas somente a primeira a empresa a denunciar a infração³⁸⁸. Nesse sentido, o primeiro objetivo de cada empresa em seu programa de conformidade deve ser evitar erros e o segundo detectar a ofensa o mais cedo possível, enquanto o dano é ainda pequeno e possível de ser controlado.

No caso americano, a detecção precoce de violações ao antitruste possibilita à empresa um bom começo na corrida pela anistia (*amnesty program*), que seria a possibilidade do Acordo de Leniência no Brasil. Nesse sentido, o estudo destaca que um programa de conformidade bem projetado também pode, em algumas circunstâncias, ajudar sua empresa a se qualificar para a mitigação da condenação.

Nesse sentido, destaca-se que os Estados Unidos adotaram um "programa de anistia", que visa auxiliar as empresas que estão em possibilidade de acusação criminal, devido à participação de cartel. Nos EUA, a primeira empresa a informar a Autoridade Antitruste americana a participação em cartel tem a oportunidade de solicitar a clemência, isto é, a sua confissão por e denuncia a participação em um cartel, no sentido de desestabilizar a infração. Busca-se, no caso americano, evitar o litígio criminal com o *DoJ*, porquanto Isso porque uma vez que a violação ocorre, um programa de conformidade pouco pode fazer, a não ser persuadir a Divisão Antitruste a não processar a empresa.

A experiência norte-americana demonstra que a maioria das violações ao Antitruste é cometida por altos funcionários, fato este que desqualifica a empresa de receber qualquer redução de pena, não importa quão bom o seu programa de conformidade corporativa.

Nesse sentido, o *DoJ* De forma rígida tem salientado a importância da própria empresa tomar medidas agressiva contra agressores no ambiente corporativo. Daí a importância da empresa relatar a violação ao Antitruste logo que descoberta a violação.

De acordo com relatório do *DoJ*, um forte programa de conformidade pode ajudar sua empresa a evitar a suspensão e exclusão, desde que a empresa tome medidas agressivas para disciplinar os transgressores da Lei Antitruste e garantir que futuras violações não ocorram. O *DoJ* estabelece que sete requisitos mínimos para um

³⁸⁸ USA. Department of Justice. **Antitrust Compliance Programs: The Government Perspective.** 2002. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/speech/antitrust-compliance-programs-government-perspective>> Acesso em 20 de fev. 2017.

programa de conformidade eficaz, a para se qualificarem para a mitigação de sentenças, sendo eles³⁸⁹:

- 1) Padrões de conformidade claramente estabelecidos;
- 2) Atribuição de responsabilidade geral para supervisionar o cumprimento de altos executivos dentro da empresa;
- 3) Exercer o devido cuidado para não delegar responsabilidade aos funcionários que têm propensão a se envolver em conduta ilegal;
- 4) Tomar medidas razoáveis para comunicar normas e procedimentos eficazmente a todos os funcionários;
- 5) Tomar medidas razoáveis para cumprir as normas;
- 6) Aplicação coerente das normas através de mecanismos disciplinares apropriados;
- 7) Tomar medidas razoáveis quando ocorrer uma ofensa para responder e apresentar violações futuras³⁹⁰.

O próprio estudo salienta trata-se de requisitos mínimos e que, para ser eficaz, um programa de conformidade deve ser personalizado para atender os negócios da empresa, organização, pessoal e cultura.

Em relação à comunicação efetiva, o estudo ressalta a necessidade de treinamento ativo e da instrução por Conselheiros experientes, ao recomendar que a empresa mostre aos funcionários da empresa que, nos últimos anos, a Divisão Antitruste condenou mais de 20 altos executivos a um ano ou mais de reclusão por violações à defesa da concorrência, e que ainda que algum desses executivos, tiveram suas penas aumentadas pelo fato de que suas violações ao Antitruste estarem relacionados também com suborno e lavagem de

³⁸⁹ USA. Department of Justice. **Antitrust Compliance Programs: The Government Perspective.** 2002. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/speech/antitrust-compliance-programs-government-perspective>> Acesso em 20 de fev. 2017.

³⁹⁰ USA. Department of Justice. **Antitrust Compliance Programs: The Government Perspective.** 2002. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/speech/antitrust-compliance-programs-government-perspective>> Acesso em 20 de fev. 2017. P.3

dinheiro, sendo que um deles está cumprindo uma sentença de dez anos³⁹¹.

O DoJ alerta também que o exemplo da Hoffman LaRoche, empresa que pagou sozinha mais de US \$ 1 bilhão em multas e danos por seu envolvimento na conspiração de fixação de preços de vitaminas³⁹².

O DoJ ressalta a importância que todo programa de conformidade deve incluir uma declaração clara do compromisso da empresa em cumprir as leis antitruste, acompanhado de um conjunto de práticas e não fazer escritas em inglês simples para que cada funcionário possa entendê-las.

Em relação às medidas necessárias para atingir as normas, o estudo aponta a necessidade da criação de canais de denúncias e sistemas de relatórios, como linhas de apoio ao denunciante e a necessidade de auditorias em Antitruste.

A rigidez do sistema norte-americano também pode ser ressaltada pela exigência de Mecanismos Disciplinares³⁹³, isto é que a empresa estabeleça um registro consistentemente de disciplinar os funcionários que ignoram a política de conformidade da empresa antitruste ou que não relatam má conduta por outros.

Por fim, no que se refere ao sétimo requisito - tomar medidas razoáveis quando ocorrer uma ofensa para responder e apresentar violações futuras - é fundamental que a empresa responda prontamente e energeticamente. Necessário, portanto, que se inicie uma investigação imediata e que se informe prontamente à agência. O DoJ ressalta que a qualificação para a amnistia às vezes pode se tornar uma corrida com a primeira empresa na porta recebendo o tratamento mais indulgente.³⁹⁴

No Brasil, em 2004, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça editou a Portaria n. 14/2004³⁹⁵, que definiu

³⁹¹ Idem 190 p. 4.

³⁹² Idem 191 p.4

³⁹³ USA. Department of Justice. **Antitrust Compliance Programs: The Government Perspective.** 2002. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/speech/antitrust-compliance-programs-government-perspective>> Acesso em 20 de fev. 2017

³⁹⁴ Op. cit.

³⁹⁵ BRASIL, Ministério da Justiça Secretaria de Direito Econômico. **Portaria n. 14 de 2004.** Define diretrizes gerais para elaboração de Programas de Prevenção de Infrações à Ordem Econômica (PPI) e estabelece requisitos e condições para a emissão, pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), de seu

diretrizes gerais para elaboração de Programas de Prevenção de Infrações à Ordem Econômica (PPI), considerando a necessidade de orientar o público sobre os modos de prevenção das diversas formas de infração à ordem econômica previstas na Lei n. 8.884/94.³⁹⁶

Trata-se de normativa curta de nove artigos, porém com mudanças significativas no trato da Defesa da Concorrência. A Portaria SDE n. 14/2004 determinava que a SDE poderia mediante requerimento do interessado e análise da efetividade do PPI, recomendar a redução das penas aplicadas pelo CADE nos termos da antiga Lei de Defesa da Concorrência Lei 8.884/94.³⁹⁷

O art. 2º da Portaria estabelece que a possibilidade de depósito na SDE do Programa de Prevenção à Infração (PPI) por qualquer pessoa jurídicas de direito público ou privado, bem como por quaisquer associações de entidades ou pessoas, mesmo que exerçam atividades sob regime de monopólio legal.

O art. 4º, por sua vez, estabelece, pontualmente, as exigências para o protocolo do PPI deverá ser diretamente da SDE/MJ, definindo as seguintes informações e documentos:

- I - qualificação completa do depositante, de seu representante legal e de seus sócios;
- II - especificação do grupo econômico ao qual o depositante pertence, bem como indicação das atividades econômicas que exerce, discriminando produtos e serviços;
- III - histórico da atuação do grupo econômico ao qual o depositante pertence junto ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) nos últimos 5 (cinco) anos, incluindo as seguintes informações sobre todas as sociedades que compõem o grupo econômico: (a) a quantidade de averiguações preliminares e processos administrativos em curso e julgados; (b) os atos

Certificado de Depósito. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/portaria-14-2004-sde.pdf>>. Acesso em 20 de fev 2017.

³⁹⁶ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

³⁹⁷ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Portaria n. 14, de 9 de março de 2004**. Define diretrizes gerais para elaboração de Programas de Prevenção de Infrações à Ordem Econômica (PPI) e estabelece requisitos e condições para a emissão, pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), de seu Certificado de Depósito. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/portaria-14-2004-sde.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

de concentração apresentados; (c) multas impostas pelo SBDC e seus respectivos pagamentos;

IV - descrição do PPI, que deverá conter, entre outros, os seguintes elementos:

(a) criação de padrões e procedimentos claros com relação à observância da legislação de defesa da concorrência por parte do quadro de funcionários do depositante;

(b) indicação e qualificação de dirigente com autoridade para coordenar e supervisionar os objetivos propostos no PPI;

(c) indicação do grau de delegação e fiscalização, pelos dirigentes do depositante, dos poderes de negociação, bem como de efetiva prestação de contas por parte dos funcionários responsáveis pelos contatos com os agentes dos mercados onde atua o depositante;

(d) mecanismos de disciplina eficientes para identificação e punição dos envolvidos com reais ou potenciais infrações à ordem econômica;

V - descrição do material de apoio utilizado para o PPI, tais como vídeos, manuais, folhetos, palestras, programas de computador, regulamento e relatórios de comissão ou grupo responsável pela punição dos eventuais envolvidos em infrações à ordem econômica, regulamento de programas de destruição de documentos e arquivos e sistemas de monitoramento de potenciais e reais infrações à ordem econômica;

VI- instrumento de contratação de serviços de auditoria externa e independente sobre matérias relacionadas à defesa da concorrência, que deverá ser realizada em um intervalo máximo de 2 (dois) anos entre cada uma das auditorias;

VII- declarações dos ocupantes de cargo de administração, direção, gerência, chefes de equipes de vendas e participantes de reuniões de associações de classe ou quaisquer outras formas de associação existentes nos mercados de atuação ou de interesse do depositante, atestando o conhecimento do PPI;

e VIII- declaração de associações de classe atestando que, sob seus auspícios, seus associados

não se utilizam de ações anticoncorrenciais, tais como fixação de preço e definições de política comercial comum.

Ainda, de acordo com o art. 6º, da referida portaria, o Certificado de Depósito do PPI terá validade de 2 (dois) anos, renovável por períodos idênticos, desde que atualizadas as informações prestadas em obediência ao art. 5º da presente Portaria.

O art. 7º ressalta o caráter peremptório das medidas adotadas pela empresa, demonstrando que o programa não se tratava de clemência irrestrita, podendo a SDE a qualquer tempo, revogar o Certificado de Depósito do PPI se constatado:

- I - ausência dos requisitos previstos nesta Portaria;
- II - o depositante descumpriu qualquer das obrigações assumidas no PPI;
- III - o depositante omitiu informação relevante durante o procedimento do art. 4º ou prestou-a de forma enganosa;
- IV - o depositante foi condenado judicial ou administrativamente por qualquer das infrações previstas na Lei nº 8.884/94 ou legislação correlata, salvo no caso do art. 9º, § 2º, II.

Reforçando a seriedade da normativa, o Art. 8º determinou a não concessão do Certificado de Depósito ao requerente que tivesse sido condenado pelo CADE em decorrência de infração à ordem econômica ou de violação da Lei nº 8.884/94 nos 2 (dois) anos anteriores ou que estivesse sendo investigado pela SDE, CADE ou SEAE em sede de processo administrativo:

Art. 8º. Não será concedido o Certificado de Depósito ao requerente que: I - tenha sido condenado pelo CADE em decorrência de infração à ordem econômica ou de violação da Lei nº 8.884/94 nos 2 (dois) anos anteriores ao protocolo do PPI na SDE; ou II - esteja sendo investigado pela SDE, CADE ou SEAE em sede de processo administrativo.

Por fim, o mais importante dos dispositivos da normativa estabeleceu a possibilidade de redução das penas estabelecidas na então vigente nº 8.884, nos seguintes termos :

Art. 9º A SDE, mediante requerimento do depositante, procederá à análise da efetividade do PPI para fins de recomendação de redução das penas aplicadas pelo CADE nos termos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.

§ 1º Para auferir a efetividade dos PPI, a SDE levará em consideração a existência dos elementos descritos no art. 5º e sua efetiva aplicação, bem como a adoção de medidas apropriadas, por parte do depositante, caso seja identificada a ocorrência de infrações à ordem econômica, inclusive por meio da modificação do PPI.

§ 2º A sugestão de redução de pena prevista no caput não será possível caso ocorra uma das seguintes hipóteses:

I - a potencial ou real infração à ordem econômica tiver contado com a anuência ou a clara omissão de dirigente do depositante; ou

II - a infração à ordem econômica não for comunicada à SDE, no prazo de 30 (trinta) dias a contar do seu conhecimento por dirigentes do depositante.

§ 3º O DPDE analisará a efetividade do PPI nos autos do pediente aberto para fins de emissão do Certificado de Depósito do PPI, observando as regras estabelecidas no art. 4º da presente Portaria.

§ 4º Poderá beneficiar-se da sugestão de redução de pena objeto deste artigo qualquer empresa que, mesmo não possuindo o Certificado de Depósito do PPI concedido pela SDE, comprove ter implementado um PPI quando do início das investigações de infrações contra a ordem econômica pela SDE. Comprovada a existência do PPI, caberá a SDE proceder à análise de sua efetividade, observados os § 1º e 2º deste artigo.

Conforme se pode perceber o § 2º limitara a incidência da redução de pena prevista no caput, nos casos em que a potencial ou real infração à ordem econômica tiver contado com a anuência ou a clara omissão de dirigente do depositante e de não comunicação da infração à ordem econômica não for comunicada no prazo de 30 (trinta) dias de seu conhecimento.

Em 2007 o CADE aprovou a Resolução 45 que modificou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica –

CADE e estabeleceu critérios para assinatura do Termo de Cessação de Compromisso. A Seção IV da Resolução 45 estabelece no art. 129:

Seção IV Do Compromisso De Cessação

Art. 129. Qualquer representado interessado em celebrar o compromisso de cessação de que trata o art. 53 da Lei n  8.884/1994 , com redação dada pela Lei n  11.482/2007 , deverá apresentar proposta do termo ao CADE, dirigida ao Conselheiro-Relator, se os autos das averiguações preliminares ou do processo administrativo já houverem sido remetidos ao CADE, nas hipóteses dos arts. 31 e 39 da Lei n  8.884/1994 , ou ao Presidente do CADE, se as averiguações preliminares ou o processo administrativo ainda estiverem em curso na Secretaria de Direito Econômico.

Também em 2007 o CADE inseriu, através da Resolução n  46 a possibilidade de aplicação de um programa de prevenção à ordem econômica nos casos envolvendo o Compromisso de Cessação:

Art. 129-A - Da proposta de compromisso de cessação de prática deverão constar, os seguintes elementos:

I – a especifica o das obrigações do representado para fazer cessar a prática investigada ou seus efeitos lesivos, bem como as obrigações que entender cabíveis;

II – o valor da contribui o pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, quando cabível;

III – a possibilidade de adoção de um programa de prevenção de infrações à ordem econômica.

IV – em caso de empresa e/ou administrador, o valor do faturamento bruto anual da empresa no exercício anterior   instauração do processo administrativo ou averiguação preliminar, conforme for o caso. Parágrafo  nico - Poderá ser deferido tratamento confidencial aos termos da proposta.

III - a possibilidade de adoção de um programa de prevenção de infrações à ordem econômica

Os programas de Prevenção à Infração à Ordem Econômica ganharam força no meio Concorrencial. Em 2007, a Lei 11.482³⁹⁸ altera o art. 53 da Lei 8.884/93 estabelecendo os critérios para a assinatura do termo de Compromisso de Cessação de Conduta.

De acordo com a nova redação do artigo 53, o CADE, em qualquer processo administrativo, poderia tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, entender que atende aos interesses protegidos por lei. O § 1º, do referido artigo, determina que são elementos do referido termo:

I - a especificação das obrigações do representado para fazer cessar a prática investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis;

II - a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas;

III - a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível.

Ainda de acordo com o § 4º do artigo 53, o termo de compromisso constitui título exclusivo extrajudicial e de acordo com § 5º do mesmo artigo o “processo administrativo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso e será arquivado ao término do prazo fixado se atendidas todas as condições estabelecidas no termo”.

O § 9º do artigo 53, por sua vez, determina que “o Cade definirá, em resolução, normas complementares sobre cabimento, tempo e modo da celebração do termo de compromisso de cessação”.

A partir de 2007, pode-se observar uma série de precedentes do CADE que exigiram a adoção de Programas de Prevenção à Infração a ordem econômica (Programas de Compliance) antitruste *Compliance*, que passaram a ser exigidos como requisitos para a celebração de Termos de Cessação de Conduta³⁹⁹, tendo sido o primeiro caso firmado

398. BRASIL. Lei n. 11.482, de 31 de maio de 2007. Efetua alterações na tabela do imposto de renda da pessoa física; dispõe sobre a redução a 0 (zero) da alíquota da CPMF nas hipóteses que menciona; altera as Leis nos 7.713, de 22 de dezembro de 1988[...] 8.884, de 11 de junho de 1994 [...]; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111482.htm>. Acesso em: 22 de fev. 2017.

399 CADE. Processo 08700.004221/2007-56 Operação Confidencial Parte principal Lafarge Brasil S/A Mercado Construção Civil Tipo de processo

entre a empresa LAFARGE e o CADE no contexto da investigação da indústria de cimento por prática de cartel.

Cláusula Segunda – Do Objeto

2.1 O presente Termo de Compromisso tem por objeto, de modo geral, preservar, proteger e estabelecer as condições concorrenciais no mercado de cimento e concreto no Brasil, bem como suspender contra Compromissária o Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79 acerca da aplicação dos artigos 20 e 21 da Lei 8.884/94.

Clausula Terceira – Das Obrigações da Compromissária

3.1. Adoção do Programa de Compliance – A COMPROMISSÁRIA compromete-se a incrementar as regras internas de prevenção à infrações concorrenciais e eme adotar o progrma de Compliance concorrencial anexo (AnexoII), o qual deverá nortear e restringir todo e qualquer ato, externo ou interno, da Companhia e seus empregados e prepostos perante quaisquer terceiros, mas em especial perante fornecedores, clientes, empresas concorrentes e associações de classe.

3.1.1 A Compromissária se obriga a efetuar a divulgação do programa de Compliance concorrencial anexo, bem como a executar o treinamento efetivo o de todos os funcionários direta ou indiretamente ligados a atividade operacional e comercial, os quais igualmente restam obrigados as regras estabelecidas no referido programa, sob pena de violações disciplinares por violação.

Cláusula 4ª Informações e Relatórios ao CADE

De forma a permitir a fiscalização do cumprimento integral desse Termo de Compromisso, a COMPROMISSÁRIA se obriga a enviar ao CADE. A cada 6(seis) meses e até o final do Termo de Compromisso, contados da assinatura do presente instrumento, relatório

informando o desenvolvimento e o acompanhamento de todas as obrigações assumidas neste Termo de Compromisso, em particular a obrigação de Adoção de Programas de Compliance e regular recolhimento da Contribuição Pecuniária assumida.

Anexo ao TCC Programa de Compliance:

I – Normas Essenciais

II- Diretrizes de Implantação

1. Inserção de Política e Programa de Compliance
 2. Conscientização, Treinamento e Informação.
 3. Cumprimento, Relatório e Verificação.
 4. Violações à Política.
 5. Questões sobre Compliance e-mail: competition@lafarge.com
- Confirmação Pessoal de Treinamento⁴⁰⁰

Em julho de 2008 O CADE firmou o Termo de Cessação de Compromisso com a ALCAN embalagens estabelecendo com uma regra a criação do CARGO DE COMPLIANCE OFFICER.

08700.005281/2007-96

Operação Proposta de TCC no PA nº

08012.004674/2006-50

Parte principal Alcan Embalagens do Brasil Ltda
Mercado Indústria de Plásticos e Borrachas Tipo
de processo Requerimento Formalização
26/10/2007

Conselheiro relator Ricardo Villas Bôas Cueva
Órgão formalizador Conselho Administrativo de
Defesa Econômica

Cláusula 3ª DAS OBRIGAÇÕES DA ALCAN EMBALAGEM

3.1.A ALCAN Embalagens reforçará suas regras internas de conformidade com a legislação de defesa da concorrência (Compliance), implementado um programa de conformidade que compreenda os tópicos descritos no Anexo I. Tais regras deverão guiar o comportamento da Alcan

⁴⁰⁰ CADE. Processo Administrativo nº. 08012.002568/2005-51 (Requerente: Liquigás Distribuidora S.A.); Processo 08700.004221/2007-56 Operação Confidencial Parte principal Lafarge Brasil S/A Mercado Construção Civil Tipo de processo Requerimento Formalização 06/09/2007 Conselho relator Paulo Furquim de Azevedo Órgão formalizador Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Embalagens, d seus funciona seus empregados e prepostos perante quaisquer terceiros, mas em especial perante fornecedores, clientes, empresas concorrentes e associações de classe.

3.1.1 A ALCAN Embalagens deverá ostensivamente informar seus funcionários sobre o programa de conformidade referido na Cláusula 3.1 acima, e deverá treinar todos os seus empregados direta ou indiretamente envolvidos nas suas atividades comerciais de acordo com tal programa de conformidade. Os funcionários da ALCAN Embalagens deverão estar vinculados a tais regras e deverão estar sujeitos a penalidades disciplinares no caso de infração ao programa de conformidade.

3.2 Durante a vigência deste Compromisso, a Alcan Embalagens apresentará ao CADE, a cada quatro meses, um relatório circunstanciado atestando o cumprimento das obrigações descritas na Cláusula 3.1 acima, devendo o primeiro relatório ser apresentado no quarto mês após a assinatura deste Compromisso.

3.2.1 Todas as informações, documentos e relatórios que deverão ser apresentados ao CADE por força deste Compromisso deverão ser dirigidos à Comissão de Acompanhamento de Decisões do CADE, e serão tratadas confidencialmente.

Naquele caso

ANEXO I –

A ALCAN Embalagens, ou alguma de suas afiliadas deverá indicar um de seus representantes legais ou dirigentes para coordenar e supervisionar o programa de forma que seus objetivos sejam implementados e reforçados; este executivo (o *Compliance Officer*) deverá ter recebido, formal e expressamente, plena responsabilidade e poderes para implementar, desenvolver e fazer cumprir o programa de de conformidade.

.

Em dezembro de 2009 o CADE assinou Termo de Compromisso de Cessão de Conduta com a COMPANHIA BRASILEIRA DE MEIOS DE PAGAMENTO, estabelecendo no termo as condicionantes:

Cláusula Segunda Objeto

O objeto deste Compromisso é a definição das medidas que serão tomadas pela Compromissaria a fim de cessar de Direito e de fato, toda e qualquer pratica que resulte na existência de relações comerciais de captura, transmissão, processamento e liquidação de transações com uma única bandeira de cartões de pagamentos, tais como relações estruturais ou contratuais de operação verticalizada, aquisição única, ou exclusividade, porventura mantida entre a Compromissaria, de um lado e Visa International Service Association (Visa internacional) e Visa do Brasil Empreendimentos Ltda. (Visa do Brasil), de outro, incluindo-se referidas medidas: (i) a abertura da sua plataforma para credenciar estabelecimentos comerciais para a aceitação de outras bandeiras de cartões de pagamentos além da bandeira Visa, a partir de 1º de julho de 2010, respeitadas as limitações de ordem contratual e associativa impostas por cada bandeira; (ii) o recebimento e análise de propostas, a parti de 1º de julho de 2010, para o uso de sua plataforma por outros agentes econômicos, sujeitos a negociação e à conveniência comercial de ambas as partes. (iii) implantação de programa de educação aos funcionários da Compromissária, visando à prevenção de infrações à Ordem Econômica (Compliance), conforme o ANexI deste Compromisso.

Cláusula Quinta – Programas de Compliance

A Compromissária formulará e/ou reforçará suas regras internas em linha com a regulamentação da defesa da concorrência, por meio da realização de um programa interno, nas dependências da CBMP, para seus próprios empregados, cujo cronograma será entregue ao CADE em 1º de fevereiro.

O programa deverá contar com palestras, treinamentos e elaboração de um manual e seguinte

as diretrizes do Anexo 1 deste Compromisso e da portaria 14 de 9 de março de 2004 da Secretaria de Direito Econômico/Ministério da Justiça, não sendo exigível que a Compromissaria aposite seu Programa de Compliance na Secretaria de Direito Econômico, Cópia do manual ser enviada ao CADE e ao representante do MPF que oficia perante o CADE.

A compromissaria deverá informar tempestivamente seus funcionários acerca do programa referido nessa Clausula, e deverá treinar funcionários direta ou indiretamente envolvidos em suas atividades comerciais. O programa incluirá penalidades disciplinares aos funcionários que não se enquadrem ao programa implementado pela compromissaria, consistente com as regras e políticas internas da Compromissaria.

Mediante aviso prévio de 5(cinco) dias à Compromissária, o CADE poderá indicar representantes para acompanhar pessoalmente o desenvolvimento de um treinamento.

Clausula Decima – Da Suspensão e do Arquivamento do Processo Administrativo

Nos termos do parágrafo 5º, do art. 53 da Lei nº 8.884/94, o Processo Administrativo ficará suspenso durante o prazo de vigência deste Compromisso.

Terminados os Prazos determinados no Anexo Confidencial 4, deverá o CADE se manifestar sobre o efetivo cumprimento das obrigações assumidas pelas Compromissárias. Constatado o cumprimento, o processo será arquivado, nos termos do art. 53 §5º da Lei n.8.884/94.

O Anexo I do Termo assinado pela empresa estabeleceu 8 pontos principais que podem ser observados.

ANEXO I

1. Este anexo é parte do Termo de Compromisso celebrado entre o CADE e a Compromissária. Por força deste instrumento, a Compromissária compromete-se a desenvolver um PROGRAMA DE COMPLIANCE, em consonância com a legislação e regulamentação de defesa da

concorrência brasileira, compreendendo medidas e iniciativas com propósito de aumentar a percepção de seus funcionários no que se refere ao atendimento da Lei nº 8.8884/94 e regulamentação correlata.

2. A compromissaria deverá criar padrões e procedimentos claros em relação ao cumprimento da legislação e regulamentação de defesa da concorrência por parte de seu quadro de funcionário, em linha com os seguintes requisitos:

2.1 A Compromissária deverá indicar um de seus representantes legais para coordenar e supervisionar o Programa de Compliance de forma que seus objetivos sejam implementados e reforçados. O executivo designado (Diretor do Programa de Compliance) deverá receber, formal e expressamente, plena responsabilidade e poderes para implementar, desenvolver e fazer o cumprir o Programa de Compliance

2.2 O Diretor do Programa de Compliance deverá gozar de credibilidade entre os funcionários, não tendo se envolvido previamente em condutas impróprias de qualquer natureza, apresentando postura construtiva para promover cultura organizacional que encoraje condutas éticas em conformidade com a lei.

2.3. A compromissária deve identificar práticas comerciais ou grupo de funcionários que possam estar mais expostos a questões de natureza concorrencial, devendo o resultado desse mapeamento ser detalhado por escrito em relatório preparado pelo Diretor do Programa de Compliance, em conjunto com um especialista em Direito da Concorrência.

2.4 A Compromissária deverá comunicar aos seus funcionários , periodicamente e de maneira prática e clara, seus padrões e procedimentos de conformidade e atendimento ao Programa de Compliance, notadamente perante os grupos de risco identificados previamente. A obrigação

descrita no presente item deverá ser realizada por meio de sessões e treinamento regulares, da divulgação de manuais didáticos e guias de compliance, folhetos, apresentação de palestras, vídeos e programas de computador, de modo a assegurar que os funcionários compreendam o programa em implementação e adiram a ele através de comportamento ético e conforme.

2.5 A Compromissária deverá monitorar de forma constante o programa em implementação, elaborando um mecanismo interno pelo qual funcionários e gerencia da empresa sejam capazes de contatar, de forma tempestiva, o departamento jurídico para esclarecer questões relativas ao Programa de Compliance e comportamento de interpretação duvidosa no que se refere a questões de natureza potencialmente concorrencial.

2.6 Os representantes legais, diretores administradores, gerentes e representantes de vendas da Compromissária deverão ser obrigados a atestar por escrito, de forma periódica, a conformidade da conduta e de seus subordinadas com o Programa de Compliance.

2.7 O programa de Compliance deverá abarcar instruções, aos seus empregados, sobre os limites legais de sua atuação perante associações de classe.

2.8 A Compromissária deverá promover e reforçar seu Programa de Compliance, adotando penalidades disciplinares compatíveis com suas políticas internas e procedimentos, com o intuito de encorajar, o comprometimento de seus funcionários com o programa

É de se verificar, portanto, a mudança do paradigma punitivo da Autoridade Brasileira Antitruste Brasileira, que passa a instruir o comportamento empresarial na adoção de melhores praticas de governança corporativa e *compliance*. Nesse sentido é melhor para sociedade que Autoridade Antitruste estanque a conduta transgressora e que se modique a cultura de aplicação da Lei Antitruste.

A política adotada pela Autoridade Antitruste não trata de abrandamento da pena em sentido aberto e ilimitado, posto que,

conforme observado no casos as empresas compromissárias necessitaram obrigatoriamente comprovar o efetivo cumprimento das cláusulas do termo de compromisso, que de forma resumida são: a) Adoção de Programas de Compliance; b) Comprovação de recolhimento das contribuições pecuniárias ao Fundo de Direitos Difusos. c) Envio de relatórios em prazo estabelecido pelo CADE; d) Possibilidade de livre acesso das autoridades concorrenciais às dependências da empresa e cooperação técnica acerca dos esclarecimentos à autoridade Concorrencial.

É de se destacar que o tema Compliance em Defesa da Concorrência passou a ser cada vez mais prestigiado pela comunidade acadêmica internacional. Em 2011, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico estabeleceu um estudo⁴⁰¹ referente a necessidade de promoção de programas de Compliance em Defesa da Concorrência. Na ocasião, os delegados do Comitê de Competição da OCDE identificaram e avaliaram fatores como defesa da concorrência, penalidades financeiras, prisão, programas de clemência e o estabelecimento de uma cultura de competição.

Registra-se também que em 2011, o Brasil promulgou a Lei 12.529/11, a nova Lei de Defesa da Concorrência que, mesmo estabelecendo institutos modernos como o da análise prévia dos atos de concentração⁴⁰² e do Acordo de Leniência⁴⁰³, deixou de fazer alusão expressa aos Programas de Conformidade, ou de prevenção à infração à ordem econômica (*Compliance* em Defesa da Concorrência) como atenuantes de sanção por dano concorrencial.

⁴⁰¹ West, Jeremy K., **Promoting Compliance with Competition Law** (June 1, 2011). OECD Competition Policy Roundtables, June 2011. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2139358>>. Acesso em: 20 de fev. de 2017.

⁴⁰²BRASIL. Lei n. 12.529 [...] Art. 89. Para fins de análise do ato de concentração apresentado, serão obedecidos os procedimentos estabelecidos no Capítulo II do Título VI desta Lei.

Parágrafo único. O Cade regulamentará, por meio de Resolução, a análise prévia de atos de concentração realizados com o propósito específico de participação em leilões, licitações e operações de aquisição de ações por meio de oferta pública.

⁴⁰³ BRASIL. Lei n. 12.529 [...] Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que

Nesse sentido, diante do atual prestígio do tema *Compliance* no mundo jurídico e do desenvolvimento legislativo ocorrido desde a promulgação da Lei Anticorrupção Brasileira, verificam-se esforços por parte dos órgãos de Defesa da Concorrência, para a proliferação e desenvolvimento de Programas de *Compliance* aplicados ao Antitruste.

Logo em 2012, o CADE elaborou o seu Plano estratégico 2013-2016⁴⁰⁴, estabelecendo entre suas metas, a revisão do programa de *Compliance*:

- Sistema de notificação e tramitação eletrônica dos processos administrativos (Cade sem Papel);
- Programa de Compliance;
- Ao menos 2 novos laboratórios de análise e investigação de cartéis implementados, especificamente nas regiões Norte e Centro-Oeste;
- Escola Nacional de Defesa da Concorrência (Endec);
- Laboratório de inteligência do Cade ativado;
- Guia de análise vertical elaborado.

Ademais, cumpre lembrar que os organismos internacionais que se preocupam com concorrência, a exemplo da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)⁴⁰⁵, da Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) e do *International Competition Network* (ICN) vem se dedicando também a questão do cumprimento das regras antitruste e produzindo publicações a respeito, as quais, contudo, não podem ser consideradas diretrizes oficiais sobre Programas de *Compliance* propriamente ditos.

colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

⁴⁰⁴ CADE, Plano Plurianual 2012/1015. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/planejamento_estrategico/cade-plano-estrategico-2013-2016-versao-1-0.pdf. Acesso em: 20 de fev de 2016.

⁴⁰⁵OECD, **Promoting Compliance with Competition Law**. 2011. Disponível em:

<<http://www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf>>. Acesso em 20 de fev de 2017

Em relação à doutrina estrangeira, destaca-se que os programas de *Compliance* em Defesa da Concorrência já haviam sido alvo de pesquisas dos Professores Daniel Sokol e Rosa Abrantez em suas pesquisas sobre o *Compliance* focado na aplicação do Direito Antitruste realizadas na *Levin College of Law*.

Dentre os trabalhos de Daniel Sokol publicados dos quais utiliza-se: (i) Cartel, Governança Corporativa e o que Diretores realmente pensam sobre a aplicação do Antitruste (*Cartels, Corporate Compliance, and what Practitioners really think about enforcement* 2012)⁴⁰⁶; (ii) Policiando a Empresa (*Policing the Firm*-2013)⁴⁰⁷, (iii) Antitruste, Governança Corporativa e Compliance (*Antitruste, Corporate Governance and Compliance*-2013)⁴⁰⁸, (iv) *Rethinking Compliance* (Repensando o Compliance-2014)⁴⁰⁹.

Ao tratar sobre infrações concorrenciais, o Professor Sokol demonstra os motivos que levam os empreendedores a manter acordos para a fixação e manutenção de preços que podem ser financeiros, éticos ou contábeis. Nesse sentido, Sokol trabalha temas como teoria organizacional, ética e literatura da contabilidade sobre *Compliance*, sem deixar de abordar temas próximos como os crimes de colarinho branco e incentivos dentro da própria empresa, que podem ser aplicados para cumprimento e execução da legislação antitruste nos EUA (*Sherman Act*)⁴¹⁰.

406. SOKOL, D. Daniel, *Cartels. Corporate Compliance and What Practitioners Really Think About Enforcement* (June 6, 2012). In: *Antitrust Law Journal*. Vol. 78, 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2079336>>. Acesso em 20 de fev de 2017

407. SOKOL, D. Daniel, *Policing the Firm* (March 7, 2013). In: *Notre Dame Law Review*, 82(2):785-848; *Minnesota Legal Studies Research Paper No. 13-13*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2230121>>. Acesso em 20 de fev de 2017.

408. ABRANTEZ-Metz, Rosa M. and SOKOL, D. Daniel. *Antitrust Corporate Governance and Compliance* (April 8, 2013). *Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Roger D. Blair and D. Daniel Sokol, eds., Oxford University Press, Forthcoming; *Minnesota Legal Studies Research Paper No. 13-18*. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2246564>>. Acesso em 19 de abril de 2016.

409. RILEY E SOKOL. Riley, Anne and Sokol, D. Daniel, *Rethinking Compliance* (August 25, 2014). 3 *J. of Antitrust Enforcement* 31 (2015); *University of Florida Levin College of Law Research Paper No. 16-3*. Available at SSRN:<<https://ssrn.com/abstract=2475959>> or <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2475959>>. Acesso em: 20 de fev de 2017.

410. SOKOL, D. Daniel, *Policing the Firm* (March 7, 2013). In: *Notre Dame Law Review*, 82(2):785-848; *Minnesota Legal Studies Research Paper No. 13-*

O autor afirma que nos Estados Unidos nem todos os cartéis ou conluíus são efetivamente investigados pelo Departamento de Justiça Norte-americano (*Department of Justice-DoJ*).⁴¹¹

Nesse sentido, para Sokol, a política de propositura de acordos de leniência, muito explorada no começo dos anos 1990 pelo DoJ e instituída no Brasil, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica⁴¹², pode não necessariamente ser a melhor forma de solução para os problemas originários da má aplicação da Legislação da Defesa da Concorrência.

De acordo com autor, conluíus para fraudar mercados, quando bem formados, são difíceis de serem caracterizados pelas autoridades públicas, que atuam sempre em áreas específicas. Segundo os estudos do Professor Sokol, ainda que apareça como uma solução viável e muito eficiente para otimização do tempo e dos recursos das Autoridades Antitruste, a propositura constante de Acordos de Leniência aos agentes infratores talvez não seja a melhor solução para o mercado⁴¹³.

13. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2230121>>. Acesso em 19 de abril de 2016.

⁴¹¹ Idem.

⁴¹² O primeiro Acordo de Leniência da história do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, pactuado entre uma das empresas participantes do cartel dos Serviços de Vigilância do Rio Grande do Sul, duas pessoas físicas e a União, por intermédio da então Secretaria de Direito Econômico. Como se observou, os métodos de apuração, de investigação e de condenação utilizados pelo CADE no Processo Administrativo n. 08012.001826/2003-10, envolvendo empresas prestadoras de serviços de segurança privada no Rio Grande do Sul, apontaram a atuação de um cartel que atuou por mais de uma década naquele Estado. CADE. VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR: P.A. 08012.001826/2003-10. <http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/images/1/17/2003-10_-_voto_Sics%C3%BA.pdf> Acesso em 20 de fevereiro de 2017.

⁴¹³ SOKOL, D. Daniel, Cartels. *Corporate Compliance and What Practitioners Really Think About Enforcement* (June 6, 2012). In: *Antitrust Law Journal*. Vol. 78, 2012. Disponível em:

<<http://ssrn.com/abstract=2079336>>. Acesso em 19 de abril de 2016. P. 4

Sokol aponta que a primeira empresa a solicitar o Acordo de Leniência pode utilizar as cláusulas de imposição de penas aos concorrentes como forma de punir seus próprios concorrentes. De acordo com Sokol, as empresas e o Departamento de Justiça têm fortes incentivos para assinar o acordo de leniência em vez de litigar nos casos em que a legalidade da conduta de cartel poderia ser questionada na justiça.⁴¹⁴

Daí então a importância da mudança do paradigma do foco estabelecido pela corrida pela Leniência para a dissuasão dos Programas de *Compliance* com ênfase na defesa da Concorrência, que compreende que as investigações sobre delitos corporativos devam ocorrer também através de maior atenção aos incentivos que venham de dentro da própria pessoa jurídica, no sentido de minimizar os efeitos dos danos concorrenciais⁴¹⁵.

Arnold Schilender⁴¹⁶ ao analisar o custo-benefício de implantação de programas de *Compliance* em organizações, chegou à conclusão de que para cada U\$1,00 gastos são economizados U\$5,00 com a mitigação de processos legais, danos à reputação e perda de produtividade.

Nesse sentido, reforça-se a necessidade de compreensão da Defesa da Concorrência a partir da aplicação difusa, nos termos do dispõe o parágrafo único⁴¹⁷ do artigo 1º da Lei de Defesa da Concorrência, isto é, que venha por parte da própria empresa, através da mudança de seus procedimentos internos, com fito de mudança no comportamento empresarial.

⁴¹⁴ *Idem* p.30.

⁴¹⁵ Abrantes-Metz, Rosa M. and Sokol, D. Daniel. *Antitrust Corporate Governance and Compliance* (April 8, 2013). Oxford Handbook of International Antitrust Economics. Roger D. Blair and D. Daniel Sokol, eds., Oxford University Press, Forthcoming; Minnesota Legal Studies Research Paper No. 13-18. Disponível em < <http://ssrn.com/abstract=2246564>>.

Acesso em 19 de abril de 2016. p. 44

⁴¹⁶ SCHILDER, Arnold. *Apud* COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Coord.). **Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações**. São Paulo: Atlas, 2010.

⁴¹⁷ 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. (grifou-se)**

Adota-se, portanto, o entendimento de que o estabelecimento de políticas de *Compliance* direcionadas ao antitruste seria a melhor solução para sanar algum dos problemas no cumprimento da legislação concorrencial.

No do artigo *Policing the Firm*, o autor aborda o controle dos atos cooperativos por parte da própria empresa, analisando questões de economia, de finanças e da contabilidade para oferecer uma nova proposta empresarial que vise diminuir o efeito da atuação dos cartéis.

Sokol formula duas propostas que estabelecem incentivos para as empresas adequarem suas atividades econômicas à legislação vigente: a primeira proposta é fornecer maiores benefícios para as empresas requerentes no âmbito do Programa de Leniência, isto é, eximir o empresário das penalidades impostas pelas Autoridades Antitruste, no caso dos EUA, a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça. Sokol sustenta que seria uma espécie de "clemência" para o membro do cartel, que expõe o cartel e coopera com a Autoridade Antitruste, conferindo ao autor da infração uma grande imunidade e evitando que lhe seja imposto a reparação do dano no contencioso particular⁴¹⁸.

A segunda proposta envolve a imposição automática de ferramentas de monitoramento corporativo para todas as empresas que, por ventura, venham a participar de um cartel⁴¹⁹. De acordo com Sokol, a proposta teria como objetivo mudar a detecção de delito de aplicadores do governo para as empresas e incentivar as empresas a gastar mais de seus recursos internos, através da Política de *Compliance*.⁴²⁰

⁴¹⁸ SOKOL, D. Daniel, **Policing the Firm** (March 7, 2013). In: Notre Dame Law Review, 82(2):785-848; Minnesota Legal Studies Research Paper No. 13-13. Disponível em: < <http://ssrn.com/abstract=2230121>>. Acesso em: 19 de abril de 2016. p. 22

⁴¹⁹. SOKOL, D. Daniel, **Policing the Firm** (March 7, 2013). In: Notre Dame Law Review, 82(2):785-848; Minnesota Legal Studies Research Paper No. 13-13. Disponível em: < <http://ssrn.com/abstract=2230121>>. Acesso em 19 de abril de 2016. p. 23

⁴²⁰ Idem 419 p. 24

Nos casos dos cartéis, a proposta ajudaria a reduzir a cultura de aceitação da corrupção, tanto dentro de cada empresa quanto do segmento do mercado que poderia dar origem a futuros cartéis e violações. Subdivido em três partes, o artigo inicia oferecendo uma visão geral da política de cartel e os limites da aplicação do atual sistema. Na segunda parte, o texto discute uma super-clemência como uma alternativa à tradicional clemência, explorando também a falta de ferramentas corporativas em antitruste. É também na segunda parte do artigo que o autor questiona o porquê dos remédios de defesa da concorrência não se parecerem com os remédios em outras áreas de crime corporativos, com a imposição de rotina de monitoramento, como no caso da *Foreign Corrupt Practices Act - FCPA*⁴²¹.

A terceira parte do artigo destina-se à discussão sobre o uso atual de monitores do antitruste e como estes podem ser utilizados. Nesta parte, o autor demonstra que a super clemência (leniência) e a utilização monitores, de forma conjunta, melhorariam a dissuasão e aumentariam o incentivo para o rompimento dos cartéis existentes.

O artigo conclui que a utilização da clemência e dos mecanismos de monitoramento podem aproximar as autoridades antitruste ao tratamento ideal que deva ser conferido a empresas que integrem um cartel. Nesse sentido, sua aplicação e seu cumprimento seriam considerados uma variável estratégica para as empresas tanto para empresas quanto para o Governo⁴²².

No artigo intitulado Antitruste, Governança Corporativa e Compliance (*Antitruste, Corporative Governance e Compliance*), Sokol aponta estudos sobre o fortalecimento de cartéis, em razão das fracas políticas de *Compliance* adotadas por algumas empresas, ou até mesmo da ausência da política de *Compliance* corporativo. Sokol demonstra que muitas vezes não há restrições explícitas (como através dos termos de acordo de confissão de uma empresa) para recontratar diretores que já tenham sido condenados por atuação em cartéis⁴²³.

⁴²¹ Idem 419 p. 24

⁴²² Idem 419 p. 24

⁴²³ Abrantes-Metz, Rosa M. and Sokol, D. Daniel. *Antitrust Corporate Governance and Compliance* (April 8, 2013). Oxford Handbook of International Antitrust Economics, Roger D. Blair and D. Daniel Sokol, eds., Oxford University Press, Forthcoming; Minnesota Legal Studies Research Paper No. 13-18. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2246564>>.

Assim, em muitos casos, o custo de informar supera o benefício de calar, que gera o desalinhamento de incentivos entre empregados e empresa se replica no contexto cartel. Em ambientes corporativos onde a cultura de *Compliance* é fraca, há pouco incentivo para os funcionários apresentarem um relatório sobre os outros dentro da organização. Sokol aponta uma importante constatação: Geralmente o *Compliance* é introduzido apenas para um seletivo grupo de gestores (como a alta administração e o nível de conselho geral), para que estes possam compreender a importância do cumprimento das leis antitruste, enquanto grande parte da gestão de nível médio e funcionários não parecem sensíveis à importância de tal cumprimento em geral, parecem esquecer a sua formação; ou parecem insensíveis às nuances particulares de que tipo de colaboração entre concorrentes é ilegal.⁴²⁴

No artigo *Repensando Compliance (Rethinking Compliance)* Sokol aborda a dissuasão ótima e seus limites no contexto da criação de um mecanismo eficaz de conformidade antitruste para empresas. Estabelece a importância das normas antitruste trabalharem com a comunidade empresarial para criar um esquema regulatório que premie o bom comportamento enquanto coíba o mau. Para isso, as autoridades antitruste precisam entender como criar e manter esforços de conformidade dentro de uma empresa no sentido de garantir o cumprimento da lei e promover o comportamento ético entre empresas como parte de uma boa governança corporativa.

Sokol destaca em seus estudos, a importância da Autoridade Antitruste desempenhar um papel de incentivo e de apoio, tal como as outras autoridades responsáveis pela aplicação da legislação (por exemplo, no que se refere à aplicação da Lei Anticorrupção/FCPA). O autor sustenta que o antitruste não deve ser apenas sobre a punição, mas sobre a mudança de valores normativos dentro das organizações.⁴²⁵

⁴²⁴ Idem. p. 44

⁴²⁵ RILEY E SOKOL. ^{Riley}, Anne and Sokol, D. Daniel, *Rethinking Compliance* (August 25, 2014). 3 J. of Antitrust Enforcement 31 (2015); University of Florida Levin College of Law Research Paper No. 16-3. Available at SSRN:<<https://ssrn.com/abstract=2475959>> or <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2475959>>. Acesso em: 20 de fev de 2017.

No Brasil, ainda que a Lei 12.529/11 não tenha estabelecido expressamente os programas de Compliance em defesa da concorrência, tem-se observado significativos esforços da Autoridade Antitruste para difundir a importância do tema. Nesse sentido, em janeiro de 2016, o CADE elaborou o Guia para Programas de *Compliance*⁴²⁶, com orientações sobre a estruturação e benefícios da adoção dos programas de Compliance concorrencial⁴²⁷.

A preocupação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) com o tema também foi demonstrado por sua inclusão no Plano Estratégico de 2013/2016, já mencionado anteriormente, e no Plano Plurianual (2012/2015) do órgão.

O Guia para Programas de *Compliance*, em sua introdução, aponta os papéis preventivos, repressivos e educativos do CADE, bem como descreve os incentivos inerentes a adoção de mecanismos de *Compliance*. O objetivo do guia é orientar para a “criação de um programa interno de empresas que seja efetivo em evitar práticas que possam vir a ser entendidas como infrações colusivas ou unilaterais.”

O Guia reforça a possibilidade das empresas evitarem a aplicação das penalidades previstas na Lei 12.529, ressaltando que a objetivo principal da difusão da Defesa da Concorrência é a criação de ambiente concorrencial saudável e a manutenção de mercados competitivos.⁴²⁸

De acordo com Guia do CADE o termo *compliance* pode ser definido como “conjunto de medidas internas, adotadas por um determinado agente econômico, que permite a esse agente prevenir ou minimizar os riscos de violação às leis decorrentes de sua atividade — ou detectá-las mais rapidamente, caso se concretizem”.⁴²⁹

⁴²⁶ CADE. **Guia Compliance 2016**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf>. Acesso em: 16 de fev. 2016.

⁴²⁷ RILEY E SOKOL. Riley, Anne and Sokol, D. Daniel, Rethinking Compliance (August 25, 2014). 3 J. of Antitrust Enforcement 31 (2015); University of Florida Levin College of Law Research Paper No. 16-3. Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2475959>> or <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2475959>>. Acesso em: 20 de fev de 2017.

⁴²⁸ CADE. **Guia Compliance 2016**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf>. Acesso em: 16 de fev. 2016. p.9

⁴²⁹ CADE. **Guia Compliance 2016**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes->

Reforçando o caráter prospectivo do Direito Antitruste, o Guia cita aspectos positivos para as empresas, como a prevenção de riscos de violação de leis e suas consequências, como, exemplificativamente, multas previstas no art. 37. Da Lei 12.529/2011, sendo elas: impedimento de contratar com instituições públicas, participar de licitações, cisão de sociedades, venda de ativos e cessação parcial de atividades.

Nesse sentido, pode-se pontuar os principais objetivos do Guia de *compliance*:

1. A identificação mais célere de infrações que possibilite: a assinatura de acordos com autoridades e que propicie grande diminuição de penas e/ou imunidade criminal;
2. percepção precoce de sinais de problemas concorrenciais em outras Aempresas e a consequente revisão do relacionamento com elas, de modo a afastar riscos de contaminação;
3. Ações afirmativas, que redundem em prol da reputação da empresa;
4. conscientização dos funcionários e mais certeza de que não estão violando leis;
4. Redução de custo e contingências com investigações, indenizações, multas.⁴³⁰

O *compliance* concorrenciais visa, portanto, diminuir o risco de acontecer violações à legislação concorrenciais; bem como descobrir rapidamente eventual prática antitruste, que não tenha sido possível evitar. Uma das preocupações do CADE é que os programas sejam “de fachada” (*sham programs*), superficiais e ineficazes. Daí então a importância da Autoridade Antitruste orientar sua estruturação, de forma que o programa de *compliance* seja “robusto”, deve isto é com o comprometimento da empresa, envolvimento da alta direção, recursos adequados, além de autonomia e independência.

O Guia destaca que a elaboração do Programa de Compliance em Defesa da Concorrência deve ser precedida de verificação de riscos a que estejam expostos a empresa em particular, devendo haver prioridade para áreas e temas em que o risco seja mais vantajado.

De forma simples, o Guia do CADE reproduz a produção dos organismos internacionais como a ICC⁴³¹ e a OCDE⁴³², estabelecendo que a mitigação dos riscos Antitruste deva ser realizada através de treinamento e comunicações internas; monitoramento do programa; conformação de canal de reclamações e denúncias; tratamento adequado e ágil de todas as denúncias recebidas; e respostas às denúncias feitas.⁴³³

Ainda que não se trate de Lei, e sim de uma forma de acepção da importância dos Programas de *Compliance* pelas empresas, verifica-se que o CADE vem exigindo os Programas de *Compliance* em Defesa da Concorrência em seus Termos de Cessação de Conduta, tendo inclusive lançado guias e estabelecido os mecanismos de prevenção como objetivos de sua atuação. Trata-se, portanto, da aplicação dissuasória da aplicação da Legislação Antitruste.

3.6. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ECONÔMICO SOCIAL E OS PROGRAMAS DE *COMPLIANCE*.

Conforme analisado anteriormente, as exigências da sociedade em virtude dos escândalos de corrupção têm feito com que cada vez mais as instituições empresariais se preocupem com temas como ética corporativa e defesa da concorrência.

Esse cenário contribuiu para uma nova forma de pensar a lei, ou seja, para além do papel sancionador do Estado diante de condutas contrárias à ordem econômica constitucional brasileira, tem-se uma maneira prospectiva de pensar e por em prática o Direito da Concorrência.

Conforme observado, a Doutrina nos trabalhos de Sokol salienta a importância da Autoridade Antitruste desempenhar um papel de incentivo e de apoio, tal como as outras autoridades responsáveis pela aplicação da legislação, por exemplo, no que se refere à aplicação da Lei Anticorrupção, o FCPA no Estados Unidos. Nesse sentido, da perspectiva de política, a fiscalização antitruste não deve se dar apenas

⁴³¹CADE. **Guia Compliance 2016.** Disponível em:< http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf>. Acesso em: 16 de fev. 2016. p.9

⁴³² Idem. 431 p.9

⁴³³ Idem. 432 p.9

através da punição, mas através da mudança de valores normativos dentro das organizações.⁴³⁴

Dessa forma, o que se deve incentivar é a ética nos negócios. O desenvolvimento econômico social e ético é alvo de pesquisa do economista indiano Amartya Sen, que aborda questões como o pleno desenvolvimento, o bem estar e a justiça social⁴³⁵.

Nesse sentido, o autor estuda a concepção de um desenvolvimento pleno, através da inclusão da análise da ética na economia. Sen trabalha o pressuposto do comportamento auto interessado utilizado na economia moderna, tendo em vista que, para obter o pleno desenvolvimento, há que se analisar a condição de bem-estar (aplicação da justiça distributiva) e a condição de agente (adotando uma visão mais abrangente da pessoa, incluindo a valorização de elementos desejados pelo agente, sua capacidade de formar estes objetivos e realizá-los. O autor questiona a possibilidade de definição de um ótimo social apenas em função do aumento de riqueza total e sustenta que há necessidade de uma revisão ética do conceito de racionalidade econômica⁴³⁶.

No entanto, a padronização de fatores éticos e concorrenciais depende, para a sua concretização, das empresas, das autoridades do Estado que tratam da Defesa da Concorrência através dos mecanismos de controle da Administração Pública direta como é o caso da Controladoria Geral da União e das Controladorias dos Estados.

No Brasil, registra-se que Roberto Patrus-Pena e Paula Pessoa de Castro apresentam, em sua obra *Ética nos negócios*, soluções para reduzir a distância entre o discurso ético e a sua prática efetiva. Essa soluções podem evitar o risco de se utilizar a ética como maquiagem de ações que prejudicam trabalhadores, clientes, comunidade e outros *stakeholders* da empresa, instituindo uma nova forma da percepção do papel das empresas na sociedade, Nesse sentido, os autores ensinam que:

⁴³⁴ RILEY E SOKOL. Riley, Anne and Sokol, D. Daniel, Rethinking Compliance (August 25, 2014). 3 J. of Antitrust Enforcement 31 (2015); **University of Florida Levin College of Law Research Paper No. 16-3**. Available at SSRN:< <https://ssrn.com/abstract=2475959> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2475959>>. Acesso em 20 de fev de 2017. p. 43.

⁴³⁵ SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

⁴³⁶ SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

Exige-se, contemporaneamente, que as empresas atuem de forma sustentável e se insiram na comunidade. Para isso, torna-se essencial a análise da ética nos negócios, e essa nova intenção “opera transformações no modo de relação dos participantes entre si, com a tecnologia, com os stakeholders, com o entorno e com os processos de trabalho e da tomada de decisões”⁴³⁷.

Nesse sentido, normas como a Lei Anticorrupção têm buscado de forma expressa beneficiar agentes econômicos que adotem melhores práticas, no âmbito da governança corporativa, evitando com isso danos irreparáveis e irreversíveis. A corrupção impede o Estado de realizar políticas sociais, por conta dos excessivos gastos com combate à corrupção.

Conforme se observou, a Lei 12.846 de 2013, desloca a característica punitiva e persecutória já observadas nas tradicionais normas brasileiras, como a Lei da Improbidade, Lei da Ficha Limpa, a Lei de Licitações e Contratos, para uma metodologia dissuasória e prospectiva, através de uma rede de incentivos e custos econômicos, como, por exemplo o acordo de leniência e os programas de *Compliance* que tendem justamente a mitigar os danos relacionados à corrupção.

Essa nova forma de pensar as leis é extraída da racionalidade dos custos de transação, propostas por Ronald Coase. Desloca-se, portanto, os custos do Estado, no âmbito persecutório, para as empresas no âmbito preventivo.

Nesse sentido, é possível se verificar certa influência da Análise Econômica do Direito, especialmente sobre o teorema de Coase, no trato dessa nova norma uma vez que ela desloca custos de transação:

Em relação à eficiência alocativa dos custos sociais (externalidades negativas), Ronald Coase não questionava quem deveria suportar o dano, mas de que forma evitar o dano social mais grave. Sob a lógica do teorema de Coase, no contexto de ausência de custos de transação, isto é, “sob condições de perfeita competição, os custos sociais e privados serão equalizados”. Assim, as partes propiciariam um processo de cooperação de

⁴³⁷ PATRUS-PENA, Roberto; CASTRO, Paula Pessoa de. **Ética nos negócios: Condições, desafios e riscos**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 149.

forma que não houvesse necessidade da ação regulatória do Estado⁴³⁸.

Dessa forma, o que se busca é uma nova pauta de comportamentos, com boas práticas e melhores esforços para a criação de modelos sustentáveis no ambiente de negócios. Nesse sentido, Ribeiro e Diniz⁴³⁹, ao tratarem da matéria, estabelecem a premissa de Coase de que “a lei é desnecessária e indesejável onde a negociação é bem-sucedida, e que a lei é necessária e desejável onde a negociação não dá certo”⁴⁴⁰.

De acordo com Ribeiro e Diniz, a prática do comportamento ético no âmbito empresarial, interno ou externo, pode ser adotada e impulsionada pela cooperação e pela imposição, sendo a primeira muito mais eficiente, pois demonstra a alteração de mentalidade dos atores envolvidos⁴⁴¹.

Seguindo os ensinamentos de Coase, as empresas somente adotarão uma política de *Compliance* se o aumento no valor da produção por ela gerado for perceptivelmente maior que os custos incorridos para implementá-la. Neste caso, a cooperação terá sucesso, principalmente com a aplicação das regras de mercado. Entretanto, se o custo de implementação for maior que as vantagens perceptíveis dela advindas, será necessária a imposição por meio de regulação governamental, sendo que tal hipótese nem sempre trará os melhores resultados⁴⁴².

No que se refere ao *Compliance*, Ana Paula Candeloro, Maria Rizzo e Vinicius Pinho estabelecem que a implantação de tal política somente será efetiva se arraigada na cultura organizacional, ultrapassando a mera divulgação ou a imposição a partir de norma

⁴³⁸ BATTESINI, Eugênio. **Direito e Economia: novos horizontes da responsabilidade civil no Brasil**. São Paulo: LTr, 2011. p. 47.

⁴³⁹ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. *Compliance e a Lei Anticorrupção*. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 52. Número 205. jan./mar. 2015.

⁴⁴⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman Companhia Editora, 2010. p. 99.

⁴⁴¹ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. *Compliance e a Lei Anticorrupção*. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 52. Número 205. jan./mar. 2015. p. 95.

⁴⁴² COASE, Ronald. O problema do custo social. Tradução de Francisco Kummel F. Alves, Renato Vieira Caovilla. **The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies**, v. 3, n. 1, article 9, 2008. p. 13.

expressa. Nesse sentido, os autores sustentam que é muito importante a internalização dos conceitos de *Compliance* para até suplantarem a necessidade de existência de um sistema de normas sobre o assunto.

Manzi e Coimbra destacam que um dos maiores riscos externos que o *Compliance* pretende diminuir é a quebra da reputação, uma vez que sua perda gera “publicidade negativa, perda de rendimento, litígios caros, redução da base de clientes e, nos casos mais extremos, até a falência”⁴⁴³.

Nesse sentido, pode-se destacar as alterações provocadas pela legislação que passam a ter caráter dissuasório em complemento ao tradicional caráter punitivo do Direito brasileiro. Essa nova forma de pensar a lei exige também uma mudança da abordagem principiológica.

Para tanto, sugere-se a aplicação do Princípio da Eficiência Econômico Social-PEES, que busca a harmonização da ação econômica dos agentes, com critérios como a distributividade e justiça social, que são internalizados e equacionados, segundo cálculo de custo e benefício, quando da tomada de decisões no âmbito das relações humanas. Dessa forma, o sistema econômico ideal deve perpassar o mercado globalizado e universalmente regulamentado, sob a égide do PEES, como forma de atenuação entre a planificação – em que se tem a desvantagem de perder o referencial do valor econômico – e a concorrência de mercado – que faz desaparecer as possibilidades de coexistência.⁴⁴⁴

Como desiderato da aplicação econômico-jurídica aos fenômenos sociais, no Sistema Econômico Liberal capitalista, que importe em primazia do indivíduo, tem-se, conforme a Análise Econômica do Direito, que a economia do bem-estar dá-se pela maximização dos resultados e decisões tomadas em todos os setores da economia de mercado – idealmente, em concorrência perfeita – eliminando-se as deseconomias ou economias externas e igualando-se os custos sociais marginais às receitas sociais marginais.⁴⁴⁵

Do ponto de vista econômico, parte-se do pressuposto de que, incrementando a eficiência, se aumenta a riqueza, o que,

⁴⁴³ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Coord.). **Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1-2

⁴⁴⁴ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n68/12.pdf>>. Acesso em: 20 de fev 2017.

⁴⁴⁵ Idem 445

necessariamente, pode não levar à equidade e à distributividade, haja vista, a desigualdade que também caracteriza a distribuição do aquinhoamento dos diversos fatores produtivos entre os sujeitos de direito. Necessário, portanto, é, ao aplicar métodos jurídico-econômicos, ampliar a riqueza, porém, sem descuidar da inclusão social como forma ideal de eliminação das externalidades tal qual defendido pelo PEES e segundo a ação Estatal conforme à garantia do Mínimo Ético Legal.⁴⁴⁶

Nesse sentido, pode-se destacar a necessidade de aplicação do Princípio da Eficiência Econômico Social (PEES), que segundo Everton das Neves Gonçalves e Joana Stelzer, significa a harmonização da ação econômica dos agentes, com critérios como a distributividade e justiça social, que são internalizados e equacionados, segundo cálculo de custo e benefício, quando da tomada de decisões no âmbito das relações humanas⁴⁴⁷.

O Princípio da Eficiência Econômico Social (PEES), conjugado com o Mínimo Ético Legal (MEL), inclui, na letra fria da lei ou no silogismo decisório, uma posição social inclusiva para que ocorra a realização dos direitos individuais e coletivos para além da forma abstrata da norma.

Brent Snyder, da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, destaca que “*Compliance é cultura, não apenas uma política*”⁴⁴⁸. Nesse sentido, a aplicação das normas jurídicas que operam devem importar em uma nova metodologia de aplicação, pautada na questão prospectiva e dissuasória das normas.

Conforme salientado no capítulo referente às Escolas do Antitruste, a Análise Econômica do Direito é uma teoria que propõe apresentar mais um método de interpretação e aplicação ao Direito para seus casos fáticos e jurídicos, mediante um dos elementos denominado Eficiência – que consiste na alocação dos recursos visando o menor

⁴⁴⁶ Idem 446

⁴⁴⁷ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. **Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial.** Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n68/12.pdf>>. Acesso em: 20 de fev 2017.

⁴⁴⁸ Tradução do autor para: “Compliance is a Culture, Not Just a Policy”. SNYDER, Brent. Deputy Assistant Attorney General Antitrust Division U.S. Department of Justice Remarks as Prepared for the International Chamber of Commerce/ **United States Council of International Business Joint Antitrust Compliance Workshop.** Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/speech/compliance-culture-not-just-policy>>. Acesso em 20 de fev 2017.

custo sob o maior benefício. A AED busca auxiliar os Juristas a efetuar decisões mediante critérios interdisciplinares com a Ciência Econômica, uma vez que nem sempre são consideradas as externalidades negativas e positivas pelos operadores do Direito no seu cálculo decisório ou legislativo. Nesse sentido, a importância das lições de Battestini:

O problema da eficiência diz respeito à maximização de riqueza envolvendo uma relação de custo e benefício. O conceito de eficiência pode ser visto sob duplo aspecto: a Teoria de Pareto e a Teoria de Kaldor-Hicks. Na primeira, “a eficiência é alcançada quando, em conjunto possível de alocações de benefícios, torna-se impossível melhorar a posição de alguém sem prejudicar outrem”. Na segunda, “o aumento da utilidade total existirá ainda que alguém fique em situação pior, mas desde que seja teoricamente possível ao beneficiário compensar o prejudicado”.⁴⁴⁹

No que se refere à eficiência alocativa dos custos sociais, também denominadas de externalidades negativas, Ronald Coase não questionava quem deveria suportar o dano, mas de que forma evitar o dano social mais grave. Através da lógica do teorema de Coase, no contexto de ausência de custos de transação, isto é, “sob condições de perfeita competição, os custos sociais e privados serão equalizados”. Assim, as partes propiciariam um processo de cooperação de forma que não houvesse necessidade da ação regulatória do Estado.⁴⁵⁰ Entretanto, Coase reconhece que isso não acontece no mundo real, quando os custos de transação não são nulos, necessitando de uma “avaliação detalhada do conjunto particular de circunstâncias econômicas envolvidas em cada caso e pela comparação dos custos e dos benefícios totais das propostas alternativas, com o intuito de evitar a ocorrência do dano mais grave do ponto de vista social”. Nesse caso, a ação reguladora do Estado seria indispensável.⁴⁵¹

⁴⁴⁹ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise Econômica da Responsabilidade Civil: o dano e sua quantificação**. - São Paulo: Atlas, 2012. p.23-24

⁴⁵⁰ BATTESINI, Eugênio. **Direito e Economia: novos horizontes da responsabilidade civil no Brasil**. - São Paulo: LTr, 2011. BATTESINI, 2011. p. 47

⁴⁵¹ Idem. p. 138.

O Princípio da Eficiência Econômico Social-PEES busca, portanto, limitar a busca pela eficiência irrestrita e fora dos limites Estatais ou que efetue um desequilíbrio social, razão pela qual desponta a necessidade de se observar do referido princípio que impõe o mínimo ético legal na obrigação de compensação. Everton das Neves Gonçalves e Joana Stelzer detalham o Princípio:

Trata-se da elaboração e aplicação da norma de forma economicamente eficiente, maximizando-se resultados esperados quando da adjudicação de direitos ou da determinação de obrigações, conforme caráter recíproco das ações e interesses, porém, considerando o reflexo social e o custo externo imposto à sociedade presente; ou mesmo, futura, de forma a serem compensados, na totalidade, os prejuízos impostos pelo ganho presente das partes envolvidas. Ainda, tem-se que o PEES considera, no cálculo econométrico, as variáveis de cunho social e temporal que, corretamente valoradas, devem ser internalizadas de forma que a relação de custo e benefício demonstre a realidade das utilidades auferidas quando se sacrificando determinados bens e serviços de outrem; considerado o maior número ou a totalidade dos agentes envolvidos.⁴⁵²

O reflexo social e o custo externo imposto à sociedade são categorias inerentes à Eficiência Econômico-Social, devendo a decisão “ótima” perquirir o interesse recíproco entre as partes e a compensação dos danos aos terceiros, isto é, calcular a distribuição e imposição de custos aos envolvidos. Nestes termos, é de se destacar que assim como o mercado deve ser regido pelo direito, este também deve ser condizente com as regras de mercado, sob pena de se instalar o caos num mercado sem direito, ou ainda de se inviabilizar o pleno desenvolvimento, em razão da ausência de mercado, mesmo com a existência do direito⁴⁵³.

A busca do equilíbrio é importante para se alcançar o desenvolvimento, por meio da obtenção da estabilidade econômica,

⁴⁵² GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. **Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial.** Disponível em:

<<http://www.scielo.br/pdf/seq/n68/12.pdf>>. Acesso em: 9 mar. 2017.

⁴⁵³ PINHEIRO; SADDI, 2005, PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 15.

financeira e social. Nesse sentido, o uso que se busca é plenamente possível, seja pela consolidação de instituições eficientes e fortes, seja mediante a adoção de ferramentas de Análise Econômica do Direito, por meio da identificação dos problemas que ensejam um possível desequilíbrio (diagnóstico), da análise das prováveis reações das pessoas a uma determinada regra (prognóstico) e, por fim, pela escolha da melhor regra ou interpretação na busca do equilíbrio entre direito, economia, mercado e ética.

Através da política de *Compliance*, a empresa tende a orientar todas as suas ações para os objetivos definidos; utilizar os recursos de forma mais eficiente, visto que as decisões passam a ser mais econômicas, pois uniformes para casos similares. Protege-se contra as pressões das emergências, possibilita a uniformidade e a coerência em todos os seus atos e decisões, colaborando com a transparência dos processos. Há ainda a possibilidade de facilitar a adaptação de novos empregados à cultura organizacional, disponibilizar aos gestores mais tempo para repensar políticas e atuar em questões estratégicas. Ademais, pode aumentar e aperfeiçoar o conhecimento da organização por todos os seus atores.

Ao exigir programas de *Compliance* das pessoas jurídicas, o CADE desloca os custos para o Agente Econômico, observando-se a evolução da Política de *Compliance* através do cumprimento de normas e regulamentos, que possuem uma estrutura baseada fortemente em princípios, que possibilitam a prevenção de riscos e oferecem inclusive uma vantagem competitiva.

Nesse sentido, é possível observar a tendência para a criação de um ambiente em que as normas possuem efeito dissuasório e prospectivo. O PEES desloca então a noção tradicional de Justiça, outrora defendida pelo Direito, como critério distributivo (tratar os iguais com igualdade e os desiguais com desigualdade) ou alteridade (tratar os outros do mesmo modo como gostaria de receber tratamento), para justiça econômico-jurídica, que se refere à compensação dos interesses sociais reciprocamente considerados. Com isso, abandona-se a visão individualista e racional, voltada para o uso, por exemplo, punitivo e persecutório do Direito para o critério eficiente dos recursos e das consequências sociais (externalidades), compensando-se os danos sofridos em nível social e de gerações futuras. Esses são justamente o objetivo de um programa de prevenção de infração.

O CADE, ao aplicar as multas por possíveis violações à ordem econômica, com fundamento no seu artigo 37⁴⁵⁴ da Lei 12.529, pode impor altas multas para aqueles que comentem infrações à ordem econômica. A aplicação de um multa desse porte pode gerar significativos impactos econômicos para os agentes, já que as empresas podem inclusive ter que encerrar suas atividades.

Não obstante à multa pecuniária, a Lei 12.529, de 2011, através do art. 38 também estabelece outras formas de penalidades às pessoas jurídicas envolvidas em atos contrários à ordem econômica, conforme se depreende da leitura do referido artigo:

Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

I - a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias

⁴⁵⁴ Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

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

seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas;

II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos;

III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;

IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito;

b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;

V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade;

VI - a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e VII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

O art. 38 mostra que o objetivo da Legislação Concorrencial não é somente a punição e a aplicação da multa ao agente econômico, mas também a instrução e publicação das decisões a sociedade para propagação da cultura da Defesa da Concorrência, o que coloca em risco a reputação da empresa.

Conforme estudado anteriormente, um dos maiores riscos externos que o *Compliance* pretende diminuir é a quebra da reputação, pois a sua perda provoca “publicidade negativa, perda de rendimento,

litígios caros, redução da base de clientes e, nos casos mais extremos, até a falência”⁴⁵⁵.

Nesse sentido, o caráter dissuasório da aplicação do Direito Antitruste pode ser verificado a partir da dosimetria das penas estabelecidas no art. 37, uma vez que o art. 45 da Lei 12.529/1 estabelece de forma expressa que, na dosimetria das penas, a Autoridade Antitruste haverá de levar em consideração fatores que possam atenuar as penalidades impostas, como a boa fé do agente econômico e os efeitos econômicos produzidos no mercado, nos seguintes termos:

Art. 45. Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração:

I - a gravidade da infração;

II - a boa-fé do infrator;

III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

IV - a consumação ou não da infração;

V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, os consumidores, ou a terceiros;

VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;

VII - a situação econômica do infrator;

VIII - a reincidência.

O PEES desloca os custos de transação do cumprimento da Lei de Defesa da Concorrência para o próprio agente econômico, que ao demonstrar a adoção de um programa de *Compliance* pode pleitear a aplicação do art. 45, II, que estabelece a Boa-Fé do Infrator.

O Conselheiro Relator Ricardo Villas Boas Cueva, quando do voto do no PA 08700.005281/2007-96, estabeleceu claramente o caráter dissuasório da Lei de Defesa da Concorrência:

Além disso, a celebração do compromisso de cessação importará substancial redução de custos sociais, aí incluídos não somente o custo que a Administração incorrerá até uma decisão final de mérito e na eventual disputa judicial acerca da legalidade do processo administrativo, mas também o custo privado de continuação do litígio. Outros óbvios benefícios do TCC são o imediato

⁴⁵⁵ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Coord.). **Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 2.

desalinhamento de interesses entre a compromissária e os demais integrantes do polo passivo administrativo, o efeito dissuasório tende a reforçar a eficácia da proteção da concorrência e a desobstrução, ainda que parcial, do processo administrativo, que permitirá às autoridades Antitrustes focalizar seus esforços em outras investigações. (Voto do Conselheiro Relator Ricardo Villas Boas Cueva no PA 08700.005281/2007-96)⁴⁵⁶

Válido, portanto, destacar que ainda que a Lei 12.529 de 2011 não tenha estabelecido a previsão legal da adoção de Programas de *Compliance* como condicionante para redução da multa administrativa, a utilização do Princípio da Eficiência Econômico-Social pode ser uma alternativa viável para a harmonização da responsabilidade do Direito Antitruste em assegurar o bem-estar social, em especial pelo o deslocamento dos custos referentes ao cumprimento da legislação Antitruste, de caráter persecutório do Estado, para os agentes econômicos, de forma prospectiva e dissuasória.

Nesse sentido, a autoridade Antitruste brasileira, ao exigir a adoção de Programas de *Compliance* infere o estabelecimento de “variáveis que devem ser internadas no cálculo econômico segundo visão progressista”⁴⁵⁷ e que possibilitam a maximização da riqueza, em conformidade com a legislação e com o art. 170 da Constituição Federal.

Assim, aplicar a Eficiência no sistema jurídico, em especial, no Antitruste, pressupõe interpretar racionalmente e construir a política de Defesa da Concorrência, partindo-se da responsabilidade da própria pessoa jurídica para com a Ordem Econômica de forma prospectiva.

⁴⁵⁶ CADE. Voto do Conselheiro Relator Ricardo Villas Boas Cueva no PA 08700.005281/2007-96)

⁴⁵⁷ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. **Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial.** Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n68/12.pdf>>. Acesso em: 9 mar. 2017.

CONCLUSÃO

Diante dos estudos realizados na presente Dissertação, verificou-se através da análise histórica, que o Direito Concorrencial teve seu marco legislativo no Canadá, através do Ato para Prevenção e Supressão das Combinações formadas para Restrição do Comércio, editado no ano de 1889, bem como nos Estados Unidos da América, através do Ato Sherman, editado no ano de 1890.

É nos Estados Unidos da América que o tema da Concorrência ganha maior notoriedade, mormente, no Século XX, a partir de um cenário em que se verificou um aumento exponencial do poder econômico das grandes corporações, que passaram a receber o nome de *Trustes*. Conforme estudado no primeiro capítulo, os trustes seriam acordos através dos quais os acionistas em várias empresas transferiam suas ações para um único conjunto de curadores e, em contrapartida, os acionistas receberiam certificado que dariam direito a uma parte dos resultados consolidados das empresas geridas em conjuntos.

Em virtude do caso emblemático envolvendo a *Standard Oil Trust*, indústria norte-americana de petróleo e derivado, houve a edição do Sherman Act em 1890. Registra-se que à época, vários estados tinham promulgados leis semelhantes, mas a aplicação desses dispositivos estava limitada ao comércio interestadual.

A Suprema Corte americana, ao analisar o caso da *Standard Oil*, entendeu pela restrição do comércio em atos ou contratos que visassem eliminar a concorrência. Trata-se de um caso paradigmático para o Direito Antitruste. Na tradução do corpo da Lei Antitruste Americana, a Suprema Corte entendeu que qualquer combinação na forma de confiança (*Trust*) ou de outro modo que estivesse em restrição do comércio ou comércio entre os diversos estados ou com nações estrangeiras seria declarada ilegal.

Em 1914, o Congresso Americano edita o *Clayton Act*, que alterou o *Sherman Act*, reduzindo a discricionariedade judicial ao proibir uniões arrançadas como o acordo de exclusividade, a fixação de preço e outras violações à concorrência e concentrações obtidas pela compra de fundos.

É também em 1914 que o Congresso Americano promulga o *Federal Trade Commission Act (FTC Act)*. A referida norma concluiu a formação de um corpo administrativo para a construção de uma política antitruste, ao criar uma agência do mesmo nome, cuja função seria efetivar o Direito de Concorrência, com o objetivo principal de

investigar práticas de concorrência desleal, emitir ordem de cessação, além de policiar as práticas concorrenciais que fossem enganosas.

Quanto à aplicação dessas normas de Direito Antitruste nos EUA, verificou-se que, de 1915 até a metade de 1930, as decisões judiciais obtiveram resultados diversos, uma vez que confiaram em testes racionais para avaliar as condutas empresariais, observando-se tratamento de forma permissiva para comportamentos suspeitos.

Com a quebra da bolsa de valores de Nova Iorque, a crise econômica de 1929 e a ascensão do pensamento Keynesiano, o Estado passa a intervir de forma mais ativa na Economia. Nesse sentido, a corrente de *Harvard* convenceu os julgadores norte-americanos, principalmente no período entre 1930 e 1960, na ilegalidade presumida da conduta de empresas com amplo poder de mercado, destacando-se que a Escola de *Harvard* indica que as excessivas concentrações acabam por ocasionar disfunções prejudiciais ao próprio fluxo das relações econômicas. Para conter essas disfunções seria necessário que a Autoridade Antitruste implementasse o chamado modelo *workable competition*, que é pautado pela solução do problema envolvendo a quantidade de agentes que atuam em determinado setor da economia.

A Escola de Chicago, por sua vez, teria os seus ideais estabelecidos em 1930, através dos trabalhos de Henry Simons em sua obra *Economic policy for a free society* – Políticas Econômicas para uma sociedade livre, que já havia influenciado muito a tomada de decisão de agentes governamentais. É, entretanto, a partir da década de 80 que, tendo o cenário norte-americano alterado, com a perda sensível da competitividade interna e internacional das empresas, se observa uma mudança no sistema concorrencial com a finalidade de promover a eficiência econômica, surgindo nesse contexto, com maior força, a Nova Escola de Chicago. As lições de Aaron Director, Ronald Coase, Bork, Bowman, Mac Gee, Telser e Posner seguem essa Escola ao propor maior cuidado com a intervenção da Autoridade Antitruste nas relações do mercado.

É possível constatar que, até meados da década de 1970, as Autoridades Antitruste Americanas preocupavam-se mais com o controle das estruturas (fusões e aquisições), através da aplicação da Doutrina da Escola de Harvard, e, a partir da década de 1980, a atenção passou a ser conferida ao controle das condutas anticompetitivas

Durante os anos 1970 e 1980 e dadas a ascendência da política liberal, especialmente nos Governos de Margareth Thatcher na Inglaterra e de Ronald Reagan nos EUA, ocorreu um novo embate entre as duas principais escolas daquele período, a saber a Escola de Harvard (Estruturalista) e a Escola de Chicago (Neoclássica).

Em 2008, com a crise econômica mundial, a Escola de Chicago sofreu abalo em suas crenças. No entanto, a política antitruste dos EUA ainda é influenciada pela Nova Escola de Chicago, dado que passou a focar no controle de condutas por meio de sofisticado ferramental proporcionado pela economia (mais precisamente pela microeconomia), com esporádicas e excepcionais intervenções estruturais sob o fundamento de que “assumindo que a empresa alcançou a posição dominante através da inovação, por que o Governo deveria limitá-la”

No Brasil, o Direito Concorrencial somente vem a se desenvolver de fato no final do século XX, através das medidas legislativas adotadas pelos governos e pela pulverização das disciplinas de Direito Econômico e de Direito da Concorrência além do desenvolvimento técnico do Conselho Administrativo de Defesa econômica.

Conforme foi verificado, a Constituição de 1934 incorporou os principais ideais socialdemocratas da época, inspirada nas Constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919, a Constituição Federal de 1934 mudando o paradigma liberal estabelecido pelas suas antecessoras, ao estabelecer a intervenção do Estado na ordem econômica.

A Constituição de 1937 por sua vez estabeleceu no art. 135 a intervenção do Estado na Economia somente para suprir as deficiências da iniciativa individual. Foi durante a vigência da Constituição de 1937 que foram editados o Decreto-lei n. 431, de 1938, que criminalizou quem promove, artificialmente, alta ou baixa dos preços de gênero de primeira necessidade, e o Decreto-lei n. 869, também de 1938, que veio a definir os crimes contra a economia popular. O Decreto-Lei 869 inseriu pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico algumas normas de Direito Antitruste que perduram até hoje, sendo elas: coibição do açambarcamento de mercadorias (artigo 2º, v), manipulação da oferta e da procura (artigos 2º, I, II), fixação de preços mediante acordo entre empresas (artigo 3º, I), venda abaixo do preço de custo (artigo 2º, V), exclusividade (artigo 3º, I).

No entanto é o Decreto-Lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945, também conhecido como Lei Malaia, cujo objetivo era coibir os atos contrários à ordem moral e econômica. Da norma, pode-se inferir a mudança do paradigma penal para o administrativo. Como ponto fundamental, o Decreto-Lei n. 7.666, de 22 de junho de 1945 sugere a mudança de paradigma entre os crimes contra a Economia Popular e os ilícitos administrativos concorrenciais, determinando também a criação do que se poderia considerar o antecessor do atual Cade, a Comissão Administrativa de Defesa da Concorrência.

É com a Constituição de 1946 que se retorna a falar na interação entre a ordem econômica, nos termos do artigo 148 da Constituição de 1946, que determina que: *“a lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”*.

Em 1962, o Brasil promulga a Lei 4.137/62, através da qual cria o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), incumbido da apuração e repressão dos abusos do poder econômico. Ademais, a norma em questão arrola exemplos de abuso de poder econômico, além de conter normas processuais e administrativas. A promulgação da norma em comento, desconsiderando a opinião dos que entendiam que a repressão abuso do poder econômico deveria dar-se pela modernização e aplicação das leis 1521 e 1522, de 1951, aparta a lei antitruste dos dispositivos que tratam da economia popular e do abastecimento.

Convém registrar que, durante a vigência da Lei 4.137, procedeu-se a inúmeras averiguações preliminares. Apesar disso, o número de processos que chegaram ao CADE para julgamento não foi muito alto.

Dessa forma, a avaliação dessa norma é que poderia ter obtido efetividade mais crescente e uniforme.

Em 1986, antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988, o Decreto-Lei 92.323 buscou reviver o CADE, tentando transformá-lo em um órgão operacionalmente efetivo. O decreto reestruturou o Conselho, nomeou novos conselheiros e o transferiu do Rio de Janeiro para Brasília. Entretanto, a medida legislativa não foi suficiente, pois a presença da intervenção do Estado na economia ainda era fortemente observada, o que, de certa forma, inibia a concorrência.

A Constituição Federal de 1988, ao estabelecer um capítulo que versa sobre a ordem econômica e financeira, traz no seu artigo 170 os nove princípios estruturantes da ordem econômica, a saber:, 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.

Seguindo o disposto no Artigo 173, § 4, da Constituição Federal de 1988 “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. O referido dispositivo foi regulamentado através da Lei Federal 8.884/94, que transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) na autarquia competente para tratar da prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica.

A Lei nº 8.884, de 1994, conhecida como Lei de Defesa da Concorrência ou Lei Antitruste Brasileira, contemporânea das reformas econômicas que trouxeram a estabilização de preços (Plano Real), inaugurou a era moderna da política de concorrência no Brasil, pois, além de tornar o CADE uma Autarquia independente, criou novo ambiente jurídico para a aplicação da legislação da concorrência..

Em 29 de maio de 2012, houve a edição da Lei Federal nº 12.529, que reestruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, de forma a ampliar as competências do CADE. Outra mudança relevante da Lei 12.529 foi a exigência de que os processos de análise de ato de concentração deverão ser submetidos ao CADE antes de serem consumadas as fusões ou aquisições, e não depois, como acontecia na vigência da Lei 8.884/94.

Nesse início de século, percebe-se uma mudança na forma de se compreender a Legislação Antitruste e os impactos dos agentes econômicos da livre concorrência. Como exemplo, pôde-se verificar na Portaria n. 14, de 2004, elaborada pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça que definiu diretrizes gerais para a elaboração de Programas de Prevenção de Infrações (PPI) à ordem econômica. Essas diretrizes foram exigidas pelo CADE como pré-requisitos para celebração de Termos de Cessação de Conduta na modalidade do Acordo de Leniência e em inquéritos que investigavam a prática de Cartel.

No ano de 2007, o CADE aprovou a Resolução n. 45/2007, que modificou o Regimento Interno e estabeleceu critérios para assinatura do Termo de Cessão de Conduta (TCC). O artigo 129 da Resolução em comento estabeleceu no inciso III expressamente a possibilidade de adoção de um Programa de Prevenção de Infrações à Ordem Econômica.

Assim, através da análise de precedentes do CADE verificou-se que a assinatura dos referidos TCCs ficou condicionada a comprovação da existência dos Programas de Prevenção de Infrações à Ordem Econômica..

O primeiro caso firmado entre a empresa LAFARGE e o CADE em 6 de setembro de 2007, no contexto da investigação da indústria de cimento por prática de cartel. Dessa forma, no processo autuado sob o n. 08700.004221/2007-56 houve, portanto, a assinatura do termo, uma vez que a empresa apresentou Programa de Prevenção de Infração à ordem econômica.

Mais adiante, convém destacar a promulgação da Lei 12.846, em 2013, conhecida como Lei Anticorrupção. Referida norma foi regulamentado pelo Decreto n. 8.420 de 2015, que estabeleceu os requisitos através dos quais os Programas de Integridade (*Compliance*) deverão ser avaliados, conforme se infere do artigo 42 do Decreto em comento.

Ademais, o inciso V do art. 18 do Decreto nº 8.420, de 2015, limita a aplicação de multa prevista no art 17. Assim, referido dispositivo determina que havendo comprovação da aplicação de programa de integridade que cumpre os critérios do artigo 42 poderá a multa ser reduzida de 1% (um por cento) a 4% (quatro por cento) sobre o faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do Processo Administrativo de Responsabilização – PAR.

Além do Decreto n. 8420/2015, a Portaria da Corregedoria Geral da União n. 909 de 7 de abril de 2015 veio dispor sobre a avaliação de

programas de integridade de pessoas jurídicas, estabelecendo em seu artigo 2º que a pessoa jurídica deverá, para ter seu programa de integridade avaliado, apresentar: *I - relatório de perfil; e II - relatório de conformidade do programa.* O artigo 5º, da Portaria n. 909, de 7 de abril de 2015, da Controladoria Geral da União (CG) determina que, para a avaliação do percentual de redução de que trata o inciso V do art. 18 do Decreto nº 8.420, de 2015, deverá levar em consideração as informações prestadas, e sua comprovação, nos relatórios de perfil e de conformidade do programa.

Verifica-se, portanto, que em se tratando de mecanismos de prevenção (*Compliance*), a Lei 12.846/2013 foi além da Lei 12.529/2013, estabelecendo em seu texto legal a previsão para as pessoas jurídicas que buscam se adequar a legislação anticorrupção. Conforme se verificou, ainda que a Lei de Defesa da Concorrência não tenha estabelecido expressamente a possibilidade da adoção de mecanismos de prevenção, o CADE tem direcionado esforços no sentido de divulgar o tema através, por exemplo, do Guia de Defesa da Concorrência do CADE de 2016.

Nesse sentido parte-se para nova forma de interpretar a legislação, que é prospectiva e dissuasória. A interpretação do Princípio da Eficiência Econômico Social e da boa fé do agente econômico, estabelecido no inciso II do art., 45 da Lei de Defesa da Concorrência, pode-se concluir que hipótese da Política Empresarial de *Compliance* Concorrencial como instrumento de prevenção aos ilícitos concorrenciais é respondida de maneira positiva, uma vez que o Princípio da Eficiência Econômico Social pode ser aplicado pela Autoridade Antitruste na aplicação dos Programas de *Compliance* na Defesa da Concorrência, para a garantia de um ambiente em conformidade com a Ordem Econômica Constitucional de 1988.

Verificou-se, portanto, que o *Compliance* é vetor para apuração e repressão das diversas formas de infração à ordem econômica e desloca os custos de transação diretamente para o próprio agente econômico. Nesse sentido a adoção de integridade e auditoria focados na Defesa da Concorrência por parte dos próprios agentes econômicos privados é uma importante ferramenta para assegurar a efetividade da Ordem Econômica Constitucional brasileira.

Conclui-se, portanto, através da presente pesquisa que o Princípio da Eficiência Econômico Social pode ser adotado como fundamentação para atenuação das penas impostas por infrações à ordem econômica pela autoridade de defesa da concorrência nos casos em que o Agente Econômico demonstre efetivamente a adoção de Programa *Compliance*,

uma vez que desloca os custos da repressão antitruste do Estado, para a prevenção dos agentes econômicos.

REFERÊNCIAS

ABA. Antitrust Compliance: Perspectives and Resources for Corporate Counselors (2d ed. 2010) ABA, Proof of Conspiracy under Antitrust Federal Laws (2010).

Abrantes-Metz, Rosa and Bajari, Patrick. Screens for Conspiracies and their Multiple Applications, *Antitrust Magazine*, 24 (1), Fall 2009.

Abrantes-Metz, Rosa M. and Sokol, D. Daniel. Antitrust Corporate Governance and Compliance (April 8, 2013). *Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Roger D. Blair and D. Daniel Sokol, eds., Oxford University Press, Forthcoming; *Minnesota Legal Studies Research Paper No. 13-18*. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2246564>>. Acesso em 19 de abril de 2016.

ABRANTEZ-Metz, Rosa M. and SOKOL, D. Daniel. Antitrust Corporate Governance and Compliance (April 8, 2013). *Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Roger D. Blair and D. Daniel Sokol, eds., Oxford University Press, Forthcoming; *Minnesota Legal Studies Research Paper No. 13-18*. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2246564>>. Acesso em 19 de abril de 2016.

_____, Rosa and Sokol, D. Daniel (2012). Lessons from Libor for Detection and Deterrence of Cartel Wrongdoing. *Harvard Business Law Review Online* 3, pp 10-16.

_____, Rosa and Sokol, D. Daniel (2012). Lessons from Libor for Detection and Deterrence of Cartel Wrongdoing. *Harvard Business Law Review Online* 3, pp 10-16.

_____, Rosa M. and Sokol, D. Daniel, Antitrust Corporate Governance and Compliance (April 8, 2013). *Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Roger D. Blair and D. Daniel Sokol, eds., Oxford University Press, Forthcoming; *Minnesota Legal Studies Research Paper No. 13-18*.

_____, Rosa M. and Sokol, D. Daniel, Antitrust Corporate Governance and Compliance (April 8, 2013). *Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Roger D. Blair and D. Daniel Sokol,

eds., Oxford University Press, Forthcoming; Minnesota Legal Studies Research Paper No. 13-18.

_____, Rosa and Metz, Albert (2012). How Far Can Screens Go in Detecting Explicit Collusion? New Evidence From the Libor Setting, Competition Policy International Antitrust Chronicle, March. Abrantes-Metz, Rosa, Kraten, Michael, Metz, Albert and Seow, Gim (2012). LIBOR.

AGUILLAR, Fernando Herren. Direito econômico. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

_____, Fernando Herren. Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas 2006.

CORDOVIL, Análise dos atos de concentração no Brasil Forma, função e o incrementalismo reformista do CADE Mario G. Schapiro Publicado em Mario Gomes Schapiro; Vinicius Marques de Carvalho; Leonor Cordovil. (Org.). Direito Econômico Concorrencial. 1ed.São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, p. 49-96.

ANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria B. M. de; PINHO, Vinícius. Compliance 360°: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012. p.37

ANDERS, Eduardo Caminati. Nova lei de defesa da concorrência comentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ANDRADE, G. B. de; COUTO, J. A.; HABIBE, T.C. Cartel: Estudo Comparativo. In: FONSECA, João Bosco Leopoldino da (Org). Temas de Direito da Concorrência. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – Pós Graduação, 2005, p. 29-58.

AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis. Antitrust Analysis. 5. ed. Nova Iorque: Aspen Law na Business, 1997.

ATKINSON, R. D.; AUDRETSCH, D. B. Economic Doctrines and Approaches to Antitrust. Research Paper Series No. 2011-01-02. Indiana University-Bloomington: School of Public & Environmental, 2011.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Origens do Direito da Concorrência. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 91. 1996. Disponível em:

<<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67325/69935>>. Acesso em: 5 de jan. 2017.

BATTESINI, Eugênio. Direito e Economia: novos horizontes da responsabilidade civil no Brasil. São Paulo: LTr, 2011. p. 47.

BITTENCOURT, Sidney. Comentários à Lei Anticorrupção: Lei 12.846/2013. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993 que Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm Acesso em 20 de fev. 2017

BRASIL CORREGEDORIA GERAL DA UNIÃO. Portaria CGU n. 909, de 7 de abril de 2015. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/portarias/portaria_cgu_909_2015.pdf>. Acesso em: 22 de fev. 2017.

BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Cartilha: “Combate a cartéis e programa de leniência”. Brasília: Ministério da Justiça, 2009. p. 16).

BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999. Disponível em: Acesso em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf>>. Acesso em: 3 de mar. 2017.

BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999. Disponível em: Acesso em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf>>. Acesso em: 3 de mar. 2017.

BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999. Disponível em: Acesso em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf>>. Acesso em: 3 de mar. 2017.

BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999. Disponível em: Acesso em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf>>. Acesso em: 3 de mar. 2017.

BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999. Disponível em: Acesso em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf>>. Acesso em: 3 de mar. 2017.

BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Portaria n. 14, de 9 de março de 2004. Define diretrizes gerais para elaboração de Programas de Prevenção de Infrações à Ordem Econômica (PPI) e estabelece requisitos e condições para a emissão, pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), de seu Certificado de Depósito. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/portaria-14-2004-sde.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

BRASIL, CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR: P.A. 08012.001826/2003-10. Disponível em: <http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/images/1/17/2003-10_-_voto_Sics%C3%BA.pdf> Acesso em 14 de maio de 2016.

BRASIL, DECRETO-LEI Nº 7.666, DE 22 DE JUNHO DE 1945. Dispõe sobre os atos contrários à ordem moral e econômica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7666.htm>. Acesso em 22 de fev. de 2017.

BRASIL, LEI Nº 8.429, DE 2 DE JUNHO DE 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm Acesso em 20 de fev de 2017.

BRASIL, Ministério da Justiça Secretaria de Direito Econômico. Portaria n. 14 de 2004. Define diretrizes gerais para elaboração de Programas de Prevenção de Infrações à Ordem Econômica (PPI) e estabelece requisitos e condições para a emissão, pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), de seu Certificado de Depósito. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/portaria-14-2004-sde.pdf>>. Acesso em 20 de fev 2017.

BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Cartilha: “*Combate a cartéis e programa de leniência*”. Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Cartilha: “Programa de Leniência”. Brasília: Ministério da Justiça, 2008.

BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Relatório de Gestão 2004. Brasília: Ministério da Justiça, 2004.

BRASIL, MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTO E GESTÃO. *Contratações Públicas Sustentáveis – O uso racional dos recursos públicos*. Disponível em: <<http://cpsustentaveis.planejamento.gov.br/?p=1407>>. acesso em: 26 de junho de 2013

BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. acesso em 20.02.2017

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 de fev. 2017.

BRASIL. Constituição de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 22 de fev. 2017.

BRASIL. Constituição de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 22 de fev. 2017.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 22 de fev. 2017.

BRASIL. Decreto 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei no 12.846, de 1o de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 22 de fev. 2017.

BRASIL. Decreto 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei no 12.846, de 1o de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 22 de fev. 2017.

BRASIL. Decreto n. 92.323, de 23 de janeiro de 1986. Aprova o Regulamento da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, que disciplina a repressão ao abuso do poder econômico. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D92323.htm>. Acesso em 20.02.2017

BRASIL. Decreto-Lei n. 431, de 18 de maio de 1938. Define crimes contra a personalidade internacional, a estrutura e a segurança do Estado e contra a ordem social. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=869&tipo_norma=DEL&data=19381118&link=s>. Acesso em 20 de fev. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei n. 869, de 18 de novembro de 1938: Define os crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego. Disponível em: http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=869&tipo_norma=DEL&data=19381118&link=s>. Acesso em: 20 de fev. 2017

BRASIL. Decreto-lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968. Estabelece normas gerais de direito financeiro, aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0406.htm>. Acesso em 20.02.2017

BRASIL. Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc06.htm>. Acesso em 20.02.2017

BRASIL. LEI 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 6 de mar. 2017.

BRASIL. LEI 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 6 de mar. 2017.

BRASIL. Lei 12.846 de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm#art31>. Acesso em: 16 de mar. 2017.

BRASIL. Lei Federal 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em 20 de fev. 2017

BRASIL. Lei Federal nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 20 fev. 2017.

BRASIL. Lei n. 10.149, de 21 de dezembro de 2000. Altera e acrescenta à Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa – CADE em autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10149.htm>. Acesso em 22 de fev. 2017.

BRASIL. Lei n. 11.482, de 31 de maio de 2007. Efetua alterações na tabela do imposto de renda da pessoa física; dispõe sobre a redução a 0 (zero) da alíquota da CPMF nas hipóteses que menciona; altera as Leis nos 7.713, de 22 de dezembro de 1988[...] 8.884, de 11 de junho de 1994 [...]; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111482.htm>. Acesso em: 22 de fev. 2017.

BRASIL. Lei n. 8.158, de 8 de janeiro de 1991. Institui normas para a defesa da concorrência e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L8158.htm>. Acesso em: 20 de fev. 2017.

BRASIL. Lei n. ° 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em 20 de fev. 2017.

BRASIL. LEI No 4.137, DE 10 DE SETEMBRO DE 1962. Regula e repressão ao abuso do Poder Econômico. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4137.htm Acesso em 22 de fev de 2017

BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 16 de fev. 2017.

BUSINESS DICTIONARY. Disponível em: <<http://www.businessdictionary.com/definition/restraint-of-trade.html>>. Acesso em: 31 de jan. 2017.

BRASIL, CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômico. Guia de Programa de Compliance. Gabinete da Presidência. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/Guia%20Compliance%20-%20vers%C3%A3o%20preliminar.pdf>.

CADE CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Departamento de estudos econômicos. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?c566a669b756d673c182d6>> Acesso em 14 de maio de 2013.

CADE CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Superintendência-Geral. Disponível em:

<<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?c566a669b756d673c182d7>>. Acesso em 14 de maio de 2013.

CADE, Plano Plurianual 2012/1015. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/planejamento_estrategico/cade-plano-estrategico-2013-2016-versao-1-0.pdf. Acesso em: 20 de fev de 2016.

CADE. Voto do Conselheiro Relator Ricardo Villas Boas Cueva no PA 08700.005281/2007-96)

CADE. Estrutura. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/copy2_of_capa-interna>. Acesso em: 7 de mar. 2017.

CADE. Processo 08700.004221/2007-56 Operação Confidencial Parte principal Lafarge Brasil S/A Mercado Construção Civil Tipo de processo Requerimento Formalização 06/09/2007 Conselheiro relator Paulo Furquim de Azevedo Orgão formalizador Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

CADE. Processo Administrativo n. 08000.004436/1995-04. Representante: Companhia de Saneamento Básico São Paulo (SABESP). Representadas: Produtos Químicos Guaçú Inds. Com. Ltda, Produtos Químicos Elekeiroz S.A. et. alli. Voto do Conselheiro Relator Cleveland Prates Teixeira.

CADE. Processo Administrativo nº. 08012.002568/2005-51 (Requerente: Liquigás Distribuidora S.A.); Processo 08700.004221/2007-56 Operação Confidencial Parte principal Lafarge Brasil S/A Mercado Construção Civil Tipo de processo Requerimento Formalização 06/09/2007 Conselheiro relator Paulo Furquim de Azevedo Orgão formalizador Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CANADA Economic Conciul of Canada, Interim Report on Competition Policy (Ottawa, Queen's Printer, 1969). p. 195. *Apud* DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. Canadian Competition Policy. A legal and economic analysis. Toronto: Canada Law Book Inc, 1987.

CANADA. An Act for the Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraint of Trade.1889. Apud DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. Canadian Competition Policy. A legal and economic analysis. Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 44.

CANADA. *An Act for the Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraint of Trade*.1889. Apud DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. Canadian Competition Policy. A legal and economic analysis. Toronto: Canada Law Book Inc, 1987.

CANADA. An Act for the Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraint of Trade.1889. Apud DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. Canadian Competition Policy. A legal and economic analysis. Toronto: Canada Law Book Inc, 1987.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Curso de Direito Administrativo – 25 ed. ver. amp. E atual. até a lei 12.587, de 3-1-2012. São Paulo. Atlas, 2012.

CARVALHOSA, Modesto Souza de Barros. Poder Econômico: A fenomenologia, seu disciplinamento jurídico. São Paulo: Ed. RT, 1967. p. 41.

CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846 de 2013. 1ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 331.

CASCON, Fernando Carbajo. Corrupcion em los negocios y buen gobierno corporativo. Conferência pronunciada no Seminário Internacional Governança Corporativa, Responsabilidade Social Empresarial, Transparencia e Legislação Anticorrupção – uma perspectiva de Direito Comparado Uniao Europeia-Mercosul, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 15 de maio de 2014. Apud CARVALHOSA, MODESTO. Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846 de 2013. 1ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 335.

COASE, R. H. The Nature of the Firm. *Economica*, v. 4(16), pp. 386-405, 1937.

COASE, R. H. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law and Economics*, v. 3, pp. 1-44, 1960.

COASE, Ronald H. The nature of the firm. 4 *Economica* (N.S.). 386 (1937), at p.389. *Apud* DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. A legal and economic analysis. Toronto: Canada Law Book Inc, 1987.

COASE, Ronald H. The nature of the firm. 4 *Economica* (N.S.). 386 (1937), at p.389. *Apud* DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. A legal and economic analysis. Toronto: Canada Law Book Inc, 1987.

COASE, Ronald H. The nature of the firm. 4 *Economica* (N.S.). 386 (1937), at p.389. *Apud* DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. A legal and economic analysis. Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 4.

COASE, Ronald. O problema do custo social. Tradução de Francisco Kummel F. Alves, Renato Vieira Caovilla. *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, v. 3, n. 1, article 9, 2008. p. 13.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Coord.). *Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1-2.

COMISSÃO EUROPÉIA. *The Economic of Tacit Collusion*. IDEI, Toulouse. March 2003.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman Companhia Editora, 2010. p. 99.

CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. *Nova lei de defesa da concorrência comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

D' ANTONIO, Thais Fioruci. *Criminal compliance médica: prevenção a criminalidade no âmbito da atividade empresarial médica*. 2014. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso). Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2014. *Apud*.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Direito antitruste. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 342.

D' ANTONIO, Thais Fioruci. Criminal compliance médica: prevenção a criminalidade no âmbito da atividade empresarial médica. 2014. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso). Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2014. Apud. GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Direito antitruste. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 344.

DiLORENZO, Thomas. The origins of antitrust: an interest-group perspective. *International Review of Law and Economics*, n. 5, p. 73-90, jun. 1985. Apud RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Os fundamentos contra o Antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. Canadian Competition Policy. A legal and economic analysis. Toronto: Canada Law Book Inc, 1987.

DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. Canadian Competition Policy. A legal and economic analysis. Toronto: Canada Law Book Inc, 1987.

ELHAUGE, E. Harvard, Not Chicago Which Antitrust School Drives Recent Supreme Court Decisions. *Competition Policy International*, v. 3(2), pp. 59-77, 2007.

ELHAUGE, E. Harvard, Not Chicago Which Antitrust School Drives Recent Supreme Court Decisions. *Competition Policy International*, v. 3(2), pp. 59-77, 2007.

FERRAZ, André Santos. Os Atos de Concentração na Lei 12.529/2011 e os Princípios Constitucionais da Ordem Econômica. Trabalho de Conclusão de Curso. Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais. 2014. p. 48.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de Direito Econômica. 8ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FONTE, Mario Augusto Barbosa da. Política da Concorrência em Portugal. Dissertação de Mestrado em Economia. Faculdade de Economia. Universidade do Porto. 2012.

FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FRANCESCHELLI, Remo. Trattato di Diritto industriale. Milano:Giuffrè, 1960. v. 1. *Apud* FORGIONI, Paula A. FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. Relatório Econômico mundial do Fundo Monetário Internacional . World Economic Outlook Database. IMF. Abril 2016

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. Relatório Econômico mundial do Fundo Monetário Internacional . World Economic Outlook Database. IMF. Abril 2016

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. World Economic Outlook Database. Disponível em :<<https://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2016/01/weodata/download.aspx>>. Acesso em: 20 de fevereiro de abril de 2017.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste. O combate aos carteis*. São Paulo: Saraiva, 2009.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.p

GAMA, M. M. A Teoria Antitruste no Brasil: Fundamentos e Estado da Arte. Texto para discussão. CEDEPLAR, Belo Horizonte, 2005.

GAMA, M. M. A Teoria Antitruste no Brasil: Fundamentos e Estado da Arte. Texto para discussão. CEDEPLAR, Belo Horizonte, 2005.

GAMA, M. M. da. e RUIZ, M. A Práxis Antitruste no Brasil - Uma Análise do CADE no Período 1994-2004. *Economia e Sociedade*, v. 16(2), pp. 233-258, 2007.

GAMA, M. M. da. e RUIZ, M. A Práxis Antitruste no Brasil - Uma Análise do CADE no Período 1994-2004. Economia e Sociedade, v. 16(2), pp. 233-258, 2007.

GARCIA e SOUZA, Thelma de Mesquita. Governança corporativa e o conflito de interesses nas sociedades anônimas. São Paulo: Atlas. 2005.

GARCIA, Arthur Felix. Governança Corporativa. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2005. p. 14. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/menu/acesso_informacao/serie_shist/trabacademicos/anexos/Felix-_Arthur_C_Azevedo_Garcia-goc-corporativa.pdf>. Acesso em: 20 de fev. De 2017.

GARCIA, Arthur Felix. Governança Corporativa. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2005. p. 14. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/menu/acesso_informacao/serie_shist/trabacademicos/anexos/Felix-_Arthur_C_Azevedo_Garcia-goc-corporativa.pdf>. Acesso em: 20 de fev. de 2017. P.19

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Cartel: Teoria unificada da colusão. São Paulo: Lex Editora: 2006. p. 25.

GODINHO, Marcello S. Estado e Economia: Algumas Reflexões Acerca das Mudanças. In Revista da Faculdade de Direito da UCP, Vol. 2 – 2000

GOMES, Jacques Vieira. O princípio constitucional da livre concorrência: corolário da livre iniciativa ou princípio autônomo da ordem econômica? Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iv-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-estado-e-economia-em-vinte-anos-de-mudancas/principios-gerais-da-ordem-economica-o-principio-constitucional-da-livre-concorrencia-corolario-da-livre-iniciativa-ou-principio-autonomo-da-ordem-economica>>. Acesso em: 16 de fev. 2017.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. As Legislações de livre concorrência e de defesa do consumidor: a prevenção e a

repressão das práticas infrativas e dos crimes contra a Ordem Constitucional Econômica Brasileira de 1988. In Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI, Belo Horizonte, MG. Florianópolis, SC: Fundação José Boiteux, 2011. V. 1. P. 3745-3775. ISBN 978-85-7840-059-0. Disponível em

<http://conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/XXencontro/Integra.pdf>. Acesso em 22/12/2014.

_____, Everton das Neves; STELZER, Joana. O Direito Econômico: Extraordinário Instrumento de Desenvolvimento. In Anais do XVIII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito – CONPEDI. Maringá, PR. Florianópolis, SC: Fundação Boiteux, 2009. V. 5. P. 2727-2761. ISBN 978-85-7840-023-1. Disponível em: <

http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/maringa/Maringa_integra.pdf>. Acesso em 20.02.2017.

_____, Everton das Neves; STELZER, Joana. Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. Disponível em:

<<http://www.scielo.br/pdf/seq/n68/12.pdf>>. Acesso em: 20 de fev 2017.

_____, Everton das Neves e STELZER, Joana. A tomada de decisão normativo-judicial segundo o Princípio da Eficiência Econômico-Social - PEES. In POMPEU, Gina Vidal Marcílio, PINTO, Felipe Chiarello de Souza e CLARK, Giovani (Orgs.). Direito e Economia. XXII CONPEDI São Paulo, SP. Florianópolis, SC: Fundação José Boiteux; 2013. Pp. 319-346. ISBN 978-85-7840-199-3. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=cf55a3f1c3e9436d>. Acesso em 20 fev 2017.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica).3ª edição, São Paulo: Malheiros, 1997.

HOEKMAN, Bernard and Mavroidis, Petros C., Economic Development, Competition Policy, and the World Trade Organization (October 2002). World Bank Policy Research Working Paper No. 2917. Disponível em:< <https://ssrn.com/abstract=636279>>. Acesso em: 15 de dez de 2016.

HOVENKAMP, H. J. The Harvard and Chicago Schools and the Dominant Firms. Research paper n, 07-19. University of Iowa Legal Studies, 2010. Apud FERRAZ, Andre Santos. A Nova Lei Antitruste Brasileira: suas principais modificações na política antitruste e seus principais impactos econômicos. Monografia apresentada ao curso de Graduação da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, da Universidade de Brasília. 2013.

_____, H. J. The Harvard and Chicago Schools and the Dominant Firms. Research paper n, 07-19. University of Iowa Legal Studies, 2010. Apud FERRAZ, Andre Santos. A Nova Lei Antitruste Brasileira: suas principais modificações na política antitruste e seus principais impactos econômicos. Monografia apresentada ao curso de Graduação da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, da Universidade de Brasília. 2013.

_____, H. J. Antitrust Policy after Chicago. *Michigan Law Review*, v. 84, pp. 213-284, 1985.

_____, H. J. Antitrust Policy after Chicago. *Michigan Law Review*, v. 84, pp. 213-284, 1985. p. 227.

_____, H. J. The Antitrust Movement and the Rise of Industrial Organization. *Texas Law Review*, pp. 105-68, 1989.

HOVENKAMP, H. J. The Antitrust Movement and the Rise of Industrial Organization. *Texas Law Review*, pp. 105-68, 1989.

_____, H. J. The Harvard and Chicago Schools and the Dominant Firm. Research Paper No. 07-19. University of Iowa Legal Studies, 2010.

_____, Herbert. Antitrust policy after Chicago. *Michigan Law Review*. n. 84. 1985. p. 213-284. FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____, Herbert. The antitrust enterprise: principles and execution. 1. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2005. p. 35.

HUNGRIA, Nelson. Dos crimes contra a Economia Popular e Vendas a Prestações com Reserva de Domínio. Rio de Janeiro: Jacintho, 1939. In: GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Cartel: Teoria unificada da colusão. São Paulo: Lex Editora: 2006.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/index.php/governanca/governanca-corporativa>>. Acesso em: 20 de

KOVACIC, Willia; SHAPIRO, Carl. Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking. GW Law Faculty Publications & Other Works. 633. p. 3. 2000. Disponível em: <http://scholarship.law.gwu.edu/faculty_publications/633/>. Acesso em: 15 de fev. 2017.

_____, William E. The Influence of Economics on Antitrust Law. *Economic Inquiry*, v. 30(2), pp. 294-306, 1992.

LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. Reflexos do Acordo de Leniência no processo penal: a implementação do instituto ao Direito Penal Econômico Brasileiro e a necessária adaptação ao regramento constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014.

MAGGI, Bruno Oliveira. O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. *Apud* TORRES, Lessandra Nara. *A responsabilidade civil concorrencial no Direito Antitruste Brasileiro*. Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2013.

MANZI, Vanessa Alessi. Compliance no Brasil: consolidação e perspectivas. São Paulo: Ed. Saint Paul, 2008.

MASON. Introduction, in *The Corporation and Modern Society*. Edward Mason. Introduction, in *The Corporation and Modern Society*”. p. 2.

MATIAS-PEREIRA, José. Políticas de defesa da concorrência e de regulação econômica: as deficiências do sistema brasileiro de defesa da concorrência. *Rev. de Administração Contemporânea*, v. 10(2), pp. 51-73, 2006.

MATIAS-PEREIRA, José. Políticas de defesa da concorrência e de regulação econômica: as deficiências do sistema brasileiro de defesa da concorrência. *Rev. de Administração Contemporânea*, v. 10(2), pp. 51-73, 2006.

MATIAS-PEREIRA, José. Políticas de defesa da concorrência e de regulação econômica: as deficiências do sistema brasileiro de defesa da concorrência. *Rev. de Administração Contemporânea*, v. 10(2), pp. 51-73, 2006.

MCNULTY, PAUL J; DOYLE, Thomas A. Best practices for investigations in Brazil. In: DEBBIO, Alesandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; Ayres, Carlos da Silva. *Temas de anticorrupção e Compliance*. São Paulo: Editora Campus Jurídico, 2012. p. 280. Apud CARVALHOSA, MODESTO. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846 de 2013*. 1ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 330.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDONÇA, Diogo Naves. *Análise Econômica da Responsabilidade Civil: o dano e sua quantificação*. - São Paulo: Atlas, 2012. p.23-24

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1946*. Imprensa: Rio de Janeiro, Borsoi, 1963. Apud. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 108.

MONTEIRO, C. D. B. *Políticas antitruste: aspectos relevantes para o caso brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2003. Apud FERRAZ, André Santos. *Os Atos de Concentração na Lei 12.529/2011 e os Princípios Constitucionais da Ordem Econômica*. Trabalho de Conclusão de Curso. Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais. 2014. p. 48.

MOSCOGLIATO, Marcelo. *Evolução do Direito Antitruste no Brasil – Alguns aspectos*. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho (et. al.). *Lei Antitruste - 10 anos de combate ao abuso de poder econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MOSCOGLIATO, Marcelo. *Evolução do Direito Antitruste no Brasil – Alguns aspectos*. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho (et. al.). *Lei Antitruste - 10 anos de combate ao abuso de poder econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MOTTA, Maria Augusto Barbosa da (2004), *Competition Policy: theory and practice*, Cambridge, p. 1. Apud FONTE, Maria Augusto Barbosa da. *Política da Concorrência em Portugal*. Dissertação de Mestrado em Economia. Faculdade de Economia. Univesidade do Porto. 2012.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002 . p. 63.

NUSDEO, Fábio. *Fundamentos para uma Codificação do Direito Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

OECD Principles of Corporate Governance 2004. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/32/18/31557724.pdf>>. Acesso em: 22 de fev. de 2017.

OECD, Promoting Compliance with Competition Law. 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf>>. Acesso em 20 de fev de 2017

OECD. Competition Law and Policy in Brazil: A Peer Review (2005. Competition Law and Policy Developments in Brazil). In: OECD Journal of Competition Law and Policy. Outubro de 2000, volume. 02, n. ° 3.

OECD. *Lei de Política de Concorrência no Brasil: Uma revisão pelos pares*. OECD/ IDB, 2010.

OECD. Lei de Política de Concorrência no Brasil: Uma revisão pelos pares. OECD/ IDB, 2010. p.19.

OLIVEIRA, Gesner de. Concorrência: panorama no Brasil e no mundo. São Paulo: Saraiva. 2001

_____, Gesner. Defesa da concorrência em países em desenvolvimento: aspectos da experiência do Brasil e do Mercosul. *Idéias & debate*. n. 17. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998.

_____, Gesner; RODAS, João Grandino. Direito e Economia da Concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PATRUS-PENA, Roberto; CASTRO, Paula Pessoa de. Ética nos negócios: Condições, desafios e riscos. São Paulo: Atlas, 2010. p. 149.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva Direito concorrencial / Caio Mário da Silva Pereira Neto, Paulo Leonardo Casagrande. São Paulo : Saraiva, 2016.

PERITZ, Rudolph. Antitrust Law and the Modern Age. In: *Historians on America*. U.S. Department of State publication, 2007. Disponível em: <<http://iipdigital.usembassy.gov/st/english/publication/2008/04/2008042>>

3212813eaifas0.42149.html#ixzz2WWYf4nwr>. Acesso em: 15 de jun. 2016.

PETTER, Lafayette Josué. Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: o significado e o

PINHEIRO; SADDI, 2005, PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, economia e mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 15.

PIRAINO JR., Thomas A. Reconciling the Harvard and Chicago Schools - A New Antitrust Approach for the 21st Century. *Indiana Law Journal*, v. 82, pp. 346-409, 2007.

POSNER, Richard A. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. Chicago: University of Chicago Press, 1976.

POSNER, Richard. *The Crises of capitalist democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2010. apud FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 183.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência. *Scientia Iuris*. Londrina, v. 10, p. 83-96, 2006. p.90.

REPORT of the Director of Investigation and Research, Combines Investigation Act (Ottawa, Queen's Printer, 1961). P. 7. Apud DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. *Canadian Competition Policy. A legal and economic analysis*. Toronto: Canada Law Book Inc, 1987. p. 50.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. Compliance e a Lei Anticorrupção. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 52. Número 205. jan./mar. 2015

RIBEIRO, Milton Nassau. Aspectos jurídicos da governança corporativa. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p.190.

RIBEIRO, Milton Nassau. Aspectos jurídicos da governança corporativa. São Paulo: Quartier Latin, 2007. 190 p.

RILEY E SOKOL. Riley, Anne and Sokol, D. Daniel, Rethinking Compliance (August 25, 2014). 3 J. of Antitrust Enforcement 31 (2015); University of Florida Levin College of Law Research Paper No. 16-3. Available at SSRN:< <https://ssrn.com/abstract=2475959> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2475959>>. Acesso em 20 de fev de 2017. p. 43.

ROBERT H. LANDE & JOSHUA P. DAVIS. The Extraordinary Deterrence of Private Antitrust Enforcement: A Reply to Weden, Hammond, And Barnett. University of San Fransicos Law Research Paper No 24. São Francisco: 2012.

ROBERT H. LANDE & JOSHUA P. DAVIS. *The Extraordinary Deterrence of Private Antitrust Enforcement: A Reply to Weden, Hammond, And Barnett*. University of San Fransicos Law Research Paper No 24. São Fransico: 2012.

ROCHA, Simone Augustinho. As implicações e as aplicações da Governança Corporativa no Direito Societário Brasileiro. Trabalho de Conclusão, cumprimento de requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, na área de Direito Empresarial. p. 8.

ROE, MARK J. & MILTON HANDLER. From Antitrust to Corporation Governance? The Corporation and the Law: 1959-1994 (August 5, 2011). The American Corporation Today, pp. 102-127, Carl Kaysen, ed., 1996. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=10032>

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial. As condutas. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial. As condutas. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. 1. ed. São Paulo:

SCHILDER, Arnold. Apud COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Coord.). Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações. São Paulo: Atlas, 2010.

SEN, Amartya. Sobre ética e economia. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SHORTER OXFORD ENGLISH DICTIONARY, C.T. Onions, ed. OXFORD, Clarendon Press, 1970. Apud DUNLOP, Bruce; MCQUEEN, David; TREBILCOCK. Canadian Competition Policy. A legal and economic analysis. Toronto: Canada Law Book Inc, 1987.

SIEBER, Ulrich. Programas de Compliance no direito penal empresarial: um novo conceito para o controle de criminalidade econômica. Tradução por Eduardo Saad Diniz. In: OLIVEIRA, William T. (et. Al). (orgs.) Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedmann. São Paulo: LiberArs, 2013. Apud. GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Direito antitruste. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SMITH, Adam. *A Riqueza Das Nações – Investigação Sobre Sua Natureza e Suas Causas*. v. I e II. São Paulo: Abril Cultural, 1996.

SNYDER, Brent. Deputy Assistant Attorney General Antitrust Division U.S. Department of Justice Remarks as Prepared for the International Chamber of Commerce/ United States Council of International Business Joint Antitrust Compliance Workshop. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/speech/compliance-culture-not-just-policy>>. Acesso em 20 de fev 2017.

SOKOL, D. Daniel, Cartels. Corporate Compliance and What Practitioners Really Think About Enforcement (June 6, 2012). In: *Antitrust Law Journal*. Vol. 78, 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2079336>>. Acesso em 20 de fev de 2017

_____, D. Daniel, Policing the Firm (March 7, 2013). In: *Notre Dame Law Review*, 82(2):785-848; *Minnesota Legal Studies Research Paper No. 13-13*. Disponível em: < <http://ssrn.com/abstract=2230121>>. Acesso em 20 de fev de 2017.

SULLIVAN, Lawrence Anthony. *Antitrust* St Paul: West Publications Co, 1977. p .5. . apud FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova Lei antitruste brasileira: a Lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência : avaliação crítica, jurisprudência, doutrina, estudo comparado*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 364.

THECANADIANENCYCLOPEDIA. National Policy. Disponível em: <<http://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/national-policy/>>. Acesso em: 13 de jan. 2017.

TIEDEMAN, Klaus. *Lecciones de Derecho Penal Económico: PPV*, Barcelona, p. 36 1993.

TODOROV, F. R. e TORRE FILHO, M. M. History of Competition Policy in Brazil 1930-2010. *Antitrust Bulletin*, v. 57, pp. 234-257, 2012.

TOQUEVEILE, Alexis de. A democracia na América São Paulo: Editora Folha de São Paulo, 2005

U.S. CONGRESS. *Clayton Antitrust Act, 1994*. Disponível em: <<http://teachingamericanhistory.org/library/document/clayton-antitrust-act/>>. Acesso em: 15 de maio de 2016.

U.S. DEPARTMENT OF STATE BUREAU OF INTERNATIONAL INFORMATION PROGRAMS. Disponível em: <http://photos.state.gov/libraries/korea/49271/dwoa_122709/Historians-on-America.pdf> .Acesso em 10 de Maio de 2016.

UNITED STATES v. ADDYSTON PIPE & STEEL CO. IN THE UNITED STATES CIRCUIT COURT FOR THE SOUTHERN DIVISION OF THE EASTERN DISTRICT OF TENNESSEE.

US. Department of Justice. Antitrust Compliance Programs: The Government Perspective. 2002. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/speech/antitrust-compliance-programs-government-perspective>> Acesso em 20 de fev. 2017.

USA. Department of Justice. Antitrust Compliance Programs: The Government Perspective. 2002. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/speech/antitrust-compliance-programs-government-perspective>> Acesso em 20 de fev. 2017.

VAZ, Isabel Direito Econômico da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 259. Apud FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 111.

WALD, Arnold. O Governo das Empresas. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem nº 15.

WALD, Arnold. O Governo das Empresas. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem nº 15. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 10.

WALLER, Spencer Weber. Corporate Governance and Competition Policy. *George Mason Law Review*, Vol. 18, No. 4, 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1681673>> Acesso em: 16 de fev. 2017.

WALLER, Spencer Weber. Corporate Governance and Competition Policy. *George Mason Law Review*, Vol. 18, No. 4, 2011. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1681673> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1681673>

WEST, Jeremy K., Promoting Compliance with Competition Law (June 1, 2011). OECD Competition Policy Roundtables, June 2011. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=2139358>>. Acesso em: 20 de fev. de 2017.

WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition Law*. 7. ed. Oxford: The Oxford University Press, 2012. p. 04.