

As três ondas do antitruste no Brasil

Autor(a): Amanda Athayde

Publicado em: 01 de novembro de 2017

Publicação: jota_import

Link JurisTube: <https://juristube.com.br/colunistas/amanda-athayde/as-tres-ondas-do-antitruste-no-brasil>

Fonte original: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-tres-ondas-do-antitruste-no-brasil>

Identificador citável:

juristube.com.br/colunistas/amanda-athayde/as-tres-ondas-do-antitruste-no-brasil#ep-d3e66d7a

Resumo

A Lei 12.529/2011 e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Texto integral

Nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, “os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência são instrumentais à promoção da dignidade humana”. [1] Trata-se de compreensão em conformidade com o art. 170, cujo caput é claro no sentido de que “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”, em obediência aos demais princípios elencados em seus incisos. O princípio da livre concorrência, assegurado em um dos incisos deste artigo da Constituição, não é tido então como um fim em si mesmo, mas “um valor-meio a servir o valor-fim, que vem a ser o bem comum e o interesse da coletividade”. [2] Há que se reconhecer, portanto, a centralidade da Constituição na condução de questões relacionadas ao Direito da Concorrência no Brasil, “colocando-a como a base e o centro valorativo fundamental do discurso antitruste”. [3] A questão consiste então em “criar e preservar, nos ditames constitucionais, ambiente no qual as empresas tenham incentivos para competir, inovar e satisfazer as demandas dos consumidores; proteger o processo competitivo e evitar que os mercados sejam fossilizados pelos agentes com elevado grau de poder econômico”. [4] Para tanto, o art. 173, §4º, da Constituição determina que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à eliminação da concorrência, do domínio de mercados e ao aumento arbitrário dos lucros”. Não basta, assim, que o exercício do poder econômico se adéque a determinada política econômica ou seja geradora de eficiências para estar conforme à ordem econômica constitucional. É necessária a “constitucionalização do direito concorrencial”, de modo que “o controle do exercício do poder econômico não pode ficar sujeito tão somente a critérios econômicos ou consequencialistas”. [5] Para criar e preservar o ambiente concorrencial e proteger os interesses da coletividade consubstanciados nos princípios constitucionais, a Lei 12.529/2011 é o instrumental da disciplina da concorrência no Brasil. Considerada no bojo do conjunto de valores delineados na Constituição, esta Lei, em seu art. 1º, define que seu objeto é “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”. Observa-se, portanto, que o direito da concorrência e o controle do poder econômico está intimamente relacionado aos princípios da ordem econômica constitucional. Nesse contexto, acredito que o Direito da Concorrência no Brasil é marcado por três “ondas”. A primeira “onda” foi aquela marcada

pela consolidação institucional do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e pelo foco na aplicação das regras do controle de estruturas [6] . Apesar de o Direito da Concorrência encontrar fundamento constitucional no Brasil desde a Constituição de 1946 (cujo marco legislativo foi a Lei 4.137/1962), que permitiu o início do posicionamento institucional do Conselho, sabe-se que o fortalecimento da proteção à ordem econômica e do próprio papel do CADE se deu com a Constituição de 1988 e, posteriormente, com a Lei 8.884/94. Nessa fase, dado que o controle de atos de concentração era posterior (art. 54) e a análise era realizada tanto pelas Secretarias de Direito Econômico (SDE) e de Acompanhamento Econômico (SEAE) quanto pelo CADE, as autoridades antitruste brasileiras dispendiam maior parte do tempo e dos recursos no controle de estruturas. Dados estatísticos oficiais indicam que, entre os anos 2000 e 2012, aproximadamente 95% dos julgamentos do Conselho diziam respeito a atos de concentração, ao passo que 3% diziam respeito a condutas unilaterais e 2% a condutas coordenadas. [7] [8] Em que pesem as importantes iniciativas de iniciação de novas investigações de condutas anticompetitivas pela SDE, poucos desses casos eram julgados pelo CADE – e, quando eram julgados, demoravam anos para tanto, que perdiam parte do seu fator dissuasório. Entendo que esse cenário se altera com a edição da Lei 12.529/2011, que permite o início de uma segunda “onda” do antitruste no Brasil, a partir de maio de 2012. A nova Lei de Defesa da Concorrência previu o controle preventivo de atos de concentração e a possibilidade de aprovação desses atos pela Superintendência-Geral, sem a necessária revisão do Tribunal do CADE. [10] Essa configuração institucional deu agilidade à análise concorrencial e permitiu que o Conselho reduzisse o volume de atos de concentração analisados. Esse movimento também permitiu que o Plenário do Tribunal do CADE julgasse importantes casos de condutas anticompetitivas que constavam em seu estoque, pendentes de decisão. A partir dessa alteração legislativa e institucional, foi possível observar julgamentos relevantes de Processos Administrativos relacionados, sobretudo, a condutas coordenadas. Dados estatísticos indicam que, em 2013, 73% dos julgamentos do Conselho ainda diziam respeito a atos de concentração, 10% tratavam de condutas unilaterais e 17% de condutas coordenadas. Se esses dados já representariam uma alteração significativa no padrão de julgamentos da autoridade antitruste (pelo aumento significativo dos julgamentos de condutas anticompetitivas), os anos seguintes confirmam essa mudança no padrão de julgamento do CADE. Entre 2014 e 2016, o Plenário do Tribunal do CADE julgou aproximadamente 30% de casos referentes a atos de concentração, 15% de condutas unilaterais e 55% de condutas coordenadas. [11] Observa-se, assim, o foco do Tribunal do CADE no controle de condutas [12] coordenadas (sobretudo de cartéis). Acredito que ainda estamos, em 2017, vivenciando essa segunda “onda” do antitruste no Brasil. A Superintendência-Geral tende a priorizar a análise dos atos de concentração, dado que possuem prazos não suspensivos de análise (art. 88 da Lei 12.529/2011) e porque configuram instrumento essencial para a continuidade da atividade econômica no país. Ademais, são priorizadas as investigações de cartéis (art. 36, §3º, I e II, da Lei 12.529/2011), possivelmente por serem consideradas as condutas mais deletérias à sociedade e cuja responsabilização dos agentes econômicos se dá pela regra da conduta pelo objeto – em contraposição ao tipo de ilícito pelos efeitos. [14] Ademais, vivencia-se um crescimento exponencial de investigações de cartéis em licitação, fomentadas pela investigação Lava Jato. [15] As condutas unilaterais, assim, ainda tendem a não serem prioritárias, o que traz a preocupação de renomados acadêmicos brasileiros, como os Professores Calixto SALOMÃO FILHO [16] e Paula FORGIONI [17] . Nesse sentido, entendo que a terceira “onda” do antitruste, ainda a ser iniciada no Brasil, deverá ser caracterizada pela retomada das investigações e dos julgamentos de condutas unilaterais [18] . Uma vez consolidado o novo método de análise prévia dos atos de concentração [19] , bem

delineado o rito de investigação da Superintendência-Geral, reduzidos os estoques de processos relacionados, sobretudo, a cartéis em licitação, e consolidados os precedentes de condenação e arquivamento de cartéis nacionais e internacionais [20], os advogados, acadêmicos, empresas e o próprio CADE poderão voltar suas atenções àquelas condutas mais dispendiosas de tempo de análise, que devem ser estudadas como condutas pelos efeitos, compreendidas sob a regra da razão [21]. Se essa terceira “onda” já seria, por si só, desafiadora, há um elemento adicional a se ter em mente: os novos parâmetros trazidos pela concorrência virtual em mercados digitais. [22] Uma vez superadas, portanto, a primeira e a segunda “ondas” do antitruste no Brasil, acredito que será possível iniciarmos, em um futuro próximo, essa futura terceira “onda”, na qual será retomada uma acepção mais ampla de antitruste no Brasil, não concentrada quase que exclusivamente em atos de concentração e no combate a cartéis. [1] GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula A. O estado, a empresa e o contrato. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 123. [2] GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Formas de abuso do poder econômico. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, ano XXVI (nova série), n. 66, p. 49. São Paulo: RT, abr.-jun. 1987. [3] FRAZÃO, Ana. A necessária constitucionalização do direito da concorrência. In: CLÈVE; Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Org.). Direitos fundamentais e jurisdição constitucional. São Paulo: RT, 2014. p. 139-158. A autora traz como base do seu artigo a discussão inicialmente proposta por: SCHUARTZ, Luis Fernando. A desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência. Law Review, v. 106, p. 741-791, 1993. [4] FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 7. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 189. [5] FRAZÃO, Ana. A necessária constitucionalização do direito da concorrência. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Org.). Direitos fundamentais e jurisdição constitucional. São Paulo: RT, 2014. p. 139-158. [6] Para maiores informações sobre o controle de estruturas, sugere-se: SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial: as estruturas. São Paulo: Malheiros, 2002. [7] Dados estatísticos disponíveis em: <www.cade.gov.br/cadeemnumeros>. Disponível também em: Contribution from Brazil, Session I: Cartels: Estimation of Harm in Public Enforcement Actions. OECD Latin American and Caribbean Competition Forum 2017. <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2017\)21/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2017)21/en/pdf)>. [8] Sobre a diferenciação entre condutas coordenadas e condutas unilaterais: “A classificação usualmente adotada pela literatura antitruste para a análise de condutas anticoncorrenciais tem por critério inicial a caracterização da conduta como uma prática coordenada entre as empresas (i.e., acordo) ou como uma prática unilateral de apenas uma empresa. Condutas coordenadas ou unilaterais, por sua vez, podem ser classificadas como (i) horizontais, quando envolvem empresas que atuam em um mesmo mercado (i.e., se envolve concorrentes diretos) ou (ii) verticais, quando afetam elos distintos de uma cadeia produtiva (i.e., empresas com relação fornecedor-cliente)”. PEREIRA NETO, Caio Mário S.; CASAGRANDE, Paulo L. Direito concorrencial – Doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 80. Ademais, a respeito dessa diferenciação: “Como anota corretamente Paolo Buccirossi, as ‘condutas unilaterais’ são, no fundo, uma categoria conceitual construída a partir da típica divisão tripartite feita pelas legislações antitruste mais tradicionais entre possíveis ações danosas ao mercado, divisão essa que costuma submeter a regimes de análise distintos (i) as fusões, (ii) os acordos entre concorrentes e (iii) as ações unilaterais das empresas no mercado. (...) É claro que essa distinção comporta diversos temperamentos e, como alerta o próprio autor acima citado, é possível analisar restrições verticais, por exemplo, tanto como acordos anticompetitivos como sob a ótica dos abusos de posição dominante. Contudo, há algo de muito próprio às condutas unilaterais, que é seu tratamento, sempre, sob a ótica do abuso de direito. Ao contrário de muitos acordos anticompetitivos, que podem ter a restrição à concorrência como seu próprio objeto, as

condutas unilaterais, de seu turno, em geral são expressões genuínas da própria agressividade empresarial em um contexto de mercado”. VERÍSSIMO, Marcos Paulo. As condutas unilaterais e o mecanismo de consultas administrativas ao Cade. In: CARVALHO, Vinícius M. (Org). A nova Lei 12.529/2011 e a nova política de defesa da concorrência. São Paulo: Singular, 2015. [9] OCDE. Contribution from Brazil (Amanda Athayde, Eduardo Frade e Diogo Thomson). Session I: Cartels: Estimation of Harm in Public Enforcement Actions. 4-5 April 2017, Managua, Nicaragua. Disponível em: < [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2017\)21/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2017)21/en/pdf) >. [10] Para maiores informações sobre a mudança do controle posterior para o controle prévio dos atos de concentração no Brasil, a partir do advento da Lei 12.529/2011, sugere-se: CORDOVIL, Leonor et al. Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada : Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Singular, 2012. p. 195-216. [11] Dados estatísticos disponíveis em: <www.cade.gov.br/cadeemnumeros>. Disponível também em: Contribution from Brazil, Session I: Cartels: Estimation of Harm in Public Enforcement Actions. OECD Latin American and Caribbean Competition Forum 2017. <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2017\)21/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2017)21/en/pdf)>. [12] Para maiores informações sobre o controle de condutas, sugere-se: SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial: as condutas. São Paulo: Malheiros, 2008. [13] OCDE. Contribution from Brazil (Amanda Athayde, Eduardo Frade e Diogo Thomson). Session I: Cartels: Estimation of Harm in Public Enforcement Actions. 4-5 April 2017, Managua, Nicaragua. Disponível em: < [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2017\)21/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2017)21/en/pdf) >. [14] A discussão a respeito da diferenciação entre as condutas pelo objeto e as condutas pelos efeitos possui origem legal, dado que o art. 36 da Lei 12.529/2011 (que era também reproduzido, em parte, no art. 20 da anterior Lei 8.884/94) prevê expressamente que “[c]onstituem 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 ”. A respeito dessa diferenciação, sugere-se a leitura do voto paradigmático do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo no Processo Administrativo 08012.006923/2002-18 (ABAV) e no Processo Administrativo 08012.001271/2001-44. [15] Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,cade-investiga-30-carteis-formados-por-empresas-envolvidas-na-lava-jato,10000089064>>. [16] SALOMÃO FILHO critica o que considera ser uma “paralisia do antitruste”, segundo a qual estar-se-ia relegando ao direito da concorrência um tratamento meramente prático e casuístico, procurando seus aplicadores interpretar caso a caso qual a melhor aplicação e interpretação (geralmente econômica) da ideia de eficiência. SALOMÃO FILHO, Calixto. A paralisia do antitruste, in. Estudos de Direito Econômico e Economia da Concorrência – em homenagem ao Prof. Fábio Nusdeo. GABAN, Eduardo Lolan. DOMINGUES, Juliana Oliveira (Org.). Curitiba: Juruá Editora, 2009. pp. 15-32. [17] FORGIONI aguarda “que, nos próximos anos, o CADE passe a efetivamente coibir abusos de posição dominante e outras práticas bastante lesivas aos consumidores e à fluência de relações econômicas”. FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 7. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 125. [18] Sobre a diferenciação entre condutas coordenadas e condutas unilaterais: “A classificação usualmente adotada pela literatura antitruste para a análise de condutas anticoncorrenciais tem por critério inicial a caracterização da conduta como uma prática coordenada entre as empresas (i.e., acordo) ou como uma prática unilateral de apenas uma empresa. Condutas coordenadas ou unilaterais, por sua vez, podem ser classificadas como (i) horizontais , quando envolvem empresas que atuam em um mesmo mercado (i.e., se envolve concorrentes diretos) ou (ii) verticais , quando afetam elos distintos de uma cadeia produtiva (i.e., empresas com relação fornecedor-cliente)”. PEREIRA NETO, Caio Mário S.; CASAGRANDE, Paulo L. Direito concorrencial – Doutrina,

jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 80. [19] Essa consolidação pode ser vislumbrada, por exemplo, pela divulgação de dois Guias de Análise pelo Cade. O primeiro deles foi o Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal, e o segundo deles, bastante recente, o Manual interno da Superintendência-Geral para atos de concentração apresentados sob o rito ordinário. [20] Sobre as investigações de cartéis internacionais pelo Brasil, sugere-se: ATHAYDE, Amanda; FERNANDES, Marcela. A glimpse into Brazil's experience in international cartel investigations: legal framework, investigatory powers and recent developments in Leniency and Settlements Policy, *Concurrences Review* n. 3-2016. [21] A respeito da diferenciação entre a regra da razão e a regra per se como formas de análise dos ilícitos, sugere-se: MENDES, Francisco S. O controle de condutas no direito concorrencial brasileiro: características e especificidades. Brasília: UnB, 2013. p. 60-64. Para FORGIONI, a regra da razão seria uma primeira “válvula de escape” antitruste, destinada a viabilizar a realização de determinada prática, ainda que restritiva à concorrência, afastando-se barreiras legais à sua concretização. FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 7. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 194-201. [22] EZRACHI, Ariel. STUCKE, Maurice E. *Virtual Competition – The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*. Harvard University Press, 2016. ** Reflexões da autora são apresentadas, com maior detalhamento, em seu livro: ATHAYDE, Amanda. *Antitruste, Varejo e Infrações à Ordem Econômica*. São Paulo: Ed. Singular, 2017.

Como citar este documento

As citações abaixo seguem os padrões ABNT NBR 6023:2018, APA 7ª edição, Chicago Author-Date (17ª ed.) e BibTeX (LaTeX). Copie o formato exigido pelo periódico ou gerenciador bibliográfico (Zotero, Mendeley, EndNote).

ABNT (NBR 6023:2018)

ATHAYDE, Amanda. As três ondas do antitruste no Brasil. *jota_import*, 1 nov. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-tres-ondas-do-antitruste-no-brasil>. Acesso via: JurisTube — Acervo Digital de Direito. Disponível em: <https://juristube.com.br/colunistas/amanda-athayde/as-tres-ondas-do-antitruste-no-brasil>. Acesso em: 27 ago. 2026.

APA 7ª edição

Athayde, A. (2017, November 1). As três ondas do antitruste no Brasil. **jota_import**. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-tres-ondas-do-antitruste-no-brasil>

Chicago Author-Date (17ª ed.)

ATHAYDE, Amanda. 2017. “As três ondas do antitruste no Brasil.” **jota_import**, November 01. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-tres-ondas-do-antitruste-no-brasil>

BibTeX

```
@article{amanda-athayde-as-tr-s-ondas-do-antitruste-no-brasil-2017,  
  author = {Athayde, Amanda},  
  title = {As três ondas do antitruste no Brasil},  
  journal = {jota_import},  
  year = {2017},  
  url =  
{https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-tres-ondas-do-antitruste-no-brasil},  
  urldate = {2017-11-01}  
}
```



Licença de Uso — CC BY-NC-SA 4.0

Este conteúdo está licenciado sob a licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0). O uso para fins acadêmicos e educacionais é permitido, desde que citada a fonte original (JurisTube) conforme as normas técnicas indicadas neste documento.

Termos completos:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.pt-br>