

UMA REGRA *PER SE* À BRASILEIRA? A APLICAÇÃO DA TEORIA DA ILICITUDE PELO OBJETO NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DO CADE¹

Fernando Amorim Soares de Mello

Resumo: O presente artigo busca verificar os limites da atuação do Tribunal do Cade no processo administrativo sancionador no tocante à aplicação da teoria da ilicitude pelo objeto. Partiu-se da hipótese de que a aplicação da teoria no processo administrativo sancionador antitruste no Brasil *antes* de consolidar o ambiente institucional poderia gerar uma ruptura capaz de gerar insegurança jurídica. Diante disso, o tema foi explorado inicialmente por meio da análise das particularidades de dois modelos tradicionais da análise antitruste: regra da razão e *per se*. Após o esclarecimento desses fundamentos, passou-se a analisar recente experiência judicante do Tribunal do Cade sobre a ilicitude pelo objeto. Por fim, concluiu-se que a função educativa da defesa da concorrência deverá ser antecipada à tarefa repressiva da autoridade antitruste, sob pena de lesão ao ambiente institucional protegido pelo Cade.

Palavras-chave: política da concorrência; regra da razão; regra *per se*; ilicitude pelo objeto; segurança jurídica.

Keywords: antitrust policy; restrictions of competition "by object"; rule of reason and *per se*; legal certainty.

1. Introdução

O objetivo central do artigo é analisar uma faceta particular da regra da razão: a ilicitude pelo objeto (ou ilegalidade pelo objeto). Sinteticamente, a ilicitude pelo objeto pode ser compreendida como um regime relativamente rigoroso em relação a outros modelos relativo aos padrões de prova na persecução por condutas anticompetitivas.²

¹ Artigo originalmente publicado na Revista de Defesa da Concorrência (ISSN 2318-2253), vol. 5, n. 2, nov./2017.

² Como atesta Amanda Athayde, trata-se de um regime contraposto aos tipos que presumem uma análise de ilicitude pelos seus efeitos com ônus probante à autoridade

Cinco anos após a vigência da Lei 12.529/2011, reconhece-se que, em que pesem as reformas institucionais visando a uma maior efetividade nas atividades do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)³, o regime positivo das infrações contra a ordem econômica não se alterou substancialmente – marco teórico institucional a partir do qual se inicia.

Ao se falar em instituições, são abrangidas, preliminarmente, as instituições em sua faceta formal⁴, vinculantes no limite de suas delimitações – a Lei Antitruste é um exemplo. Outro lado da moeda são as instituições informais, compreendidas como noções gerais que, em alguma medida, norteiam o enfrentamento de problemas no contexto das instituições formais. É neste contexto que se encontra a pedra de toque da presente pesquisa, que trata de uma particularidade das instituições informais: os *standards* jurídico-analíticos no *enforcement* do Direito da Concorrência. Tais *standards* podem ser assimilados como arranjos mentais emanados pela inteligência dos aplicadores das normas concorrenciais, ou em outras palavras, modos de interpretação diante o caso concreto.⁵

Numa situação hipotética em que fossem ilimitados tanto o tempo quanto as assimetrias informacionais entre a autoridade e a outra parte, o *enforcement* antitruste seria rudimentar. Ciente de que isso não é uma realidade, a defesa da concorrência tende a adotar regras vazias a serem complementadas pelos *standards* supramencionados. Isto explica a gênese dos *standards* jurídicos como um instrumento para a redução das incertezas (e dos custos transacionais decorrentes) sobre a aplicação do direito positivo. Fala-se, no caso da aplicação da lei da concorrência, dos construtos das regras da “razão” e “*per*

antitruste. Cf. Antitruste, varejo e infrações à ordem econômica. São Paulo: Singular, 2017, p.23. Também conferir: PEEPERKORN, Luc. Defining “by object” restrictions. *Concurrences*, n. 3, 2015.

³ Para um detalhamento das alterações institucionais promovidas a partir da vigência da Lei 12.529, cf. CARVALHO, Vinicius Marques de. A política da concorrência quatro anos depois: ainda em busca de melhores práticas? In: CARVALHO, Vinicius Marques de. A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência. São Paulo: Singular, 2015, p. 21-28.

⁴ Na lição de Douglass North, tais regras se configuram nas instituições, “construções humanamente concebidas que estruturam a interação humana” que “definem a estrutura de incentivos das sociedades e, especificamente, das economias.” (Desempenho econômico através do tempo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 255, set,-dez. 2010, p. 16).

⁵ Nesse sentido, cf. CARVALHO, Vinicius Marques; SILVEIRA, Paulo Burnier da; VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Vertical restraints: a look ahead. In: CARVALHO, Vinicius Marques. Defesa da Concorrência: estudos votos. São Paulo: Singular, 2015, p.93-101.

se”, ambas de origem estadunidense e cujos contornos serão apresentados posteriormente. A relevância destas válvulas de escape é clarificada no momento em que a aplicação do direito antitruste passa a exigir certas regras para “nortear a verificação da licitude ou ilicitude de uma prática”⁶.

Com influência do antitruste europeu, o Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) passou a se valer da noção da ilicitude pelo objeto como instrumento para fundamentar a condenação de Representadas por condutas anticompetitivas – especialmente condutas colusivas, mas isso se verificou também para práticas unilaterais. Isso ocorreu especialmente a partir da vigência da Lei 12.529/2011, e essa alteração representa uma visão distinta da preferência anterior pela regra da razão clássica (com o ônus probatório na autoridade para demonstrar os possíveis efeitos anticompetitivos resultantes).

O problema central da pesquisa pode ser sintetizado pela insegurança jurídica decorrente pela aplicação de um instituto de origem estrangeira sem uma clareza sobre sua adequação ao ordenamento jurídico brasileiro. Assim, partiu-se da hipótese de que a recente aplicação da teoria da ilicitude pelo objeto no processo administrativo sancionador antitruste *antes* de consolidar o ambiente institucional poderia ser vista como uma ruptura parcial capaz de gerar insegurança jurídica.

Este artigo foi estruturado em cinco tópicos para esclarecer as inquietações propostas. Após esta introdução, o/a leitor/a poderá compreender o funcionamento da interpretação a partir de seus elementos, gênese e nuances. Nesse momento foram examinados dois modelos de *standards* de origem estadunidense: a regra da razão e *per se*. Em seguida, passou-se a delinear a estrutura do ilícito tanto no contexto do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia quanto o quadro normativo do direito sancionador antitruste da Lei 12.529/2011. Com isso foi possível esclarecer os elementos subjacentes à problemática dos contornos da aplicação da ilicitude pelo objeto na experiência no SBDC. Ato contínuo, passou-se analisar os fundamentos levantados pelo Tribunal do Cade ao aplicar a ilicitude pelo objeto em sua competência para compreender as limitações da aplicação da teoria em seu contexto institucional. Isso foi realizado por meio do enfrentamento entre elementos normativos e decisões paradigmáticas do Cade em que a autoridade se socorreu desse *standard*. Por fim, o artigo conclui com apontamentos críticos sobre o ambiente institucional pesquisado.

⁶ Cf. DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. Direito Antitruste. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.83. No mesmo sentido, cf. FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.194-199.

2. Regime dos padrões de prova no *enforcement* das condutas anticompetitivas: elementos da regra *per se* e regra da razão

Como enunciado introdutoriamente, os *standards* pesquisados identificam e colocam em evidência os pontos de vista sobre como proceder na análise antitruste, reduzindo a incerteza no *enforcement*. A opção metodológica proposta foi aplicar técnicas das comparística para verificar os aspectos convergentes e divergentes nos microssistemas examinados (EUA e União Européia), sempre atentando às particularidades do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Esta metodologia proposta foi justificada pela ausência de experiência consolidada no antitruste brasileiro (como pode ser verificado em jurisdições mais tradicionais no tema⁷), bem como pela carência de uma literatura especializada no país no tema.

Cunhado no contexto do caso *Socony-Vacuum Oil* (1940), o termo *per se* nomeou uma carga de significado⁸ que já vinha sendo aplicada pelas cortes⁹. Com essa opção, uma conduta pode ser considerada ilícita independentemente do contexto em que foi praticada¹⁰, de modo que não será necessário analisar a estrutura do mercado, sequer “o poder econômico do agente, que pode ser nenhum”¹¹. Da mesma maneira, “o acusado não tem o direito de aduzir em sua defesa quer os bons efeitos econômicos da prática incriminada, quer sua inofensividade, pela ausência de quantidade de poder suficiente para influir nos preços de mercado”¹². Em síntese, aqui a presunção da ilicitude prescinde de uma análise aprofundada do mercado em questão,

⁷ Nas palavras de Shieber, o “direito antitruste norte-americano é como um armazém de matéria-prima sobre problemas antitruste” (Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966, p.15).

⁸ Por exemplo, no caso *Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.* (1911) a Corte não se valeu, expressamente, dos termos “*per se*” ou “regra da razão”, ainda sua decisão de proibir a fixação de preços de revenda tenha colocado a conduta na categoria da presunção absoluta da ilicitude da regra *per se*.

⁹ Cf. SOKOL, Daniel. The transformation of vertical restraints: *per se* illegality, the rule of reason, and *per se* legality. *Antitrust Law Journal*, n.3, 2014, p.1009.

¹⁰ “This means that there is no need for a court to examine whether the behavior in question unreasonably restrains trade or harms competition and consumers: the mere existence of the behavior will be enough to fall within the prohibition” (DABBAH, Maher M. *International and comparative competition law*. Cambridge: University Press, 2010, p.241.)

¹¹ BRUNA, Sérgio Varella. O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício. 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.154.

¹² *Idem*.

reduzindo os custos da investigação¹³.

A regra da razão, por sua vez, pode ser compreendida como a institucionalização de modelos mentais de interpretação, o que somente pode ser realizado a partir de uma meditação sobre o corpo jurisprudencial sobre determinados tipos normativos ao longo do tempo. Com efeito, as origens da regra da razão são encontradas na decisão no caso *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States* (1911)¹⁴.

Com a influência dos ideais da Escola de Chicago a partir da década de 1970, o teste *per se* passou a ser limitado, como se pode notar quando condutas foram retiradas do catálogo das práticas ilícitas e passaram a ser pesadas através das lentes da regra da razão.¹⁵ Isso se tornou mais claro nas restrições verticais, quando as presunções formuladas na decisão no caso *Schwinn*¹⁶ foram revertidas pela própria Corte no caso *Sylvania*¹⁷.

Caso determinada conduta seja analisada à regra da razão, abre-se a possibilidade da utilização dos argumentos sobre eventuais ganhos de eficiência, bem como a ausência de efeitos negativos à concorrência. Por isso é possível afirmar, com acerto, que a “regra da razão é o método de interpretação que impõe a ilicitude, apenas, das práticas que restringem a concorrência de forma ‘não razoável’”¹⁸, posto que a análise da conduta é restringida pelo prisma de seus efeitos nos mercados afetados.

A síntese de AREEDA e HOVENKAMP é que “a regra da razão é uma forma de presunção de legalidade, no sentido de que o representado, a não ser que a representante apresente provas sobre efeitos efetivos ou potenciais

¹³ Cf. GONÇALVES, Priscila Brólio. Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais. São Paulo: Singular, 2002, p.130.

¹⁴ Cf. KOVACIC, William E.; SHAPIRO, Carl. Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking. *Journal of Economic Perspectives*, vol. 14, n.1, 2000, p. 46ss.

¹⁵ Cf. BESCHLE, Donald L. What, Never? Well, Hardly Ever: Strict Antitrust Scrutiny as an Alternative to Per se Antitrust Illegality. *Hastings Law Journal*, v.38, 1987, p.493.

¹⁶ *United States v. Arnold, Schwinn & Co.* (1967).

¹⁷ *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.* (1977). Sobre o tema, cf. KHAN, Lina; Vaheesan; SANDEEP. Market Power and Inequality: The Antitrust Counterrevolution and Its Discontents. *Harvard Law & Policy Review*, vol. 11, 2017, p. 273.

¹⁸ FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.196. No mesmo sentido, cf. DABBAH, Maher M. *International and comparative competition law*. Cambridge: University Press, 2010, p.240.

nocivos”¹⁹. Para tanto, o primeiro passo é a determinação do mercado relevante (material e geográfico) para inferir o poder de mercado do agente que praticou a conduta. Seria, aos autores mencionados, a prova elementar para que a conduta possa ser capaz de gerar efeitos anticompetitivos.

Uma regra da razão rigorosa que leve em consideração cada pormenor das condutas geraria grandes custos às expensas da autoridade antitruste. Nesse contexto, PITOFISKY sugere uma abordagem em que uma regra *per se* poderia ser mantida até no caso de condutas unilaterais (especialmente no caso da fixação de preços de revenda), desde que determinadas defesas possam ser levantadas²⁰. Esta regra *per se* pitofskyiana solucionaria o problema dos custos da investigação, já que caberia à defesa provar as eficiências alegadas²¹, bem como as disfunções próprias a *standards* muito rígidos. Como se verá em seguinte, trata-se de proposta semelhante à ilicitude pelo objeto formulada pela experiência europeia.

3. Condutas anticoncorrenciais no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) e no direito sancionador na Lei 12.529/2011

3.1 A estrutura do ilícito antitruste no TFUE

Nos termos do artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), são proibidos “todos os acordos entre empresas, decisões por parte de associações de empresas e práticas concertadas que sejam susceptíveis de afetar o comércio entre os países da União Europeia (UE)”. O *caput* segue: “e que tenham **por objetivo ou efeito** impedir, restringir ou falsear a concorrência” (grifos nossos).

Tomando um acordo hipotético para restringir a concorrência²², o

¹⁹ “The typical rule of reason is a form of presumptive legality in the sense that the defendant prevails unless the plaintiff offers some proof of harmful effects or tendencies. Speaking generally, the typical plaintiff must show that the challenged conduct limits competition and that it does so significantly.” (AREEDA, Phillip E.; HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust Law: an analysis of antitrust principles and their application*. Vol. VII. 2.ed. Wolters Kluwers, 2003, p.329.)

²⁰ Cf. PITOFISKY, Robert. Why Dr. Miles Was Right. *AEI Journal on Government and Society*, jan-fev, 1984, p.30.

²¹ Para Herbert Hovenkamp, o combate do free riding seria, virtualmente, o único argumento pela aceitação da prática. Cf. *The Harvard and Chicago Schools and the Dominant Firm*. In: PITOFISKY, Robert (org). *How the Chicago School Overshot the Mark*. Oxford University Press, 2008, p.111.

²² A Comissão Europeia emite orientações substanciais para garantir a clareza dos tipos

primeiro passo evidente é avaliar se foi efetivamente realizado. Caso não se trate de acordo que não incida nos objetos delimitados pelas orientações, o segundo passo será desempenhado caso se conclua que restringe a concorrência não pelo objeto, mas pelos efeitos praticados, aferindo se os benefícios do ato tenham compensados os efeitos negativos à concorrência.

O mesmo artigo também prevê certas exceções às proibições mencionadas em seu número 3 que poderiam ser levadas em consideração na tomada de decisão: a) ganhos de eficiência; b) ganhos aos consumidores; c) o caráter indispensável da restrição; e d) não eliminação da concorrência. Tais condições são cumulativas, sendo que os acordos mencionados no artigo 1 serão proibidos a menos que comprovem os requisitos do 101(3).

A priori, todos os atos seriam capazes de fazer prova das quatro condições para incidir nas exceções, mas é evidente que, tratando de conduta prevista como ilícita nas orientações pelo objeto, dificilmente será capaz de comprovar as quatro condições do 101(3). A ilicitude pelo objeto, portanto, é um regime rigoroso de presunções em que será penoso ao agente denunciado demonstrar a ausência de efeitos anticompetitivos.

Os acordos com objeto de restringir a concorrência são automaticamente presumidamente ilícitos pela autoridade antitruste, restando delinear quais seriam as condutas que entrariam nessa categoria.²³ Para tanto, parte-se de uma similitude da natureza do ato e da experiência jurisprudencial sobre ela para concluir se incidiria nas categorias de ilicitude.²⁴

No mesmo passo, e especialmente no tocante ao conteúdo do artigo 101 (1), o Tribunal de Justiça da União Europeia afirmou que a proibição não seria aplicável nos casos em que os efeitos do acordo para a concorrência entre os Estados-Membros fossem insignificantes. Com isso a Comissão Europeia delimitou padrões mínimos para a configuração da insignificância referida, sendo que um acordo abarcado pela regra “*minimis*” seria amparado pela

jurídicos que se enquadraria na proibição. Caso não se trate de acordos que não incidam nos objetos das orientações, “não seria necessário examinar eventuais benefícios resultantes do acordo”. (Comissão Europeia. Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 101.º do TFUE (antigo n.º 3 do artigo 81.º do TCE).

²³ “[B]oth the object and the effect assessment share a single conception of restricted competition and both methods of assessment require that a restriction of competition be established. However, the approaches are distinct in the manner by which restricted competition is established.” (ODUDU, Okeoghene. Restrictions of Competition by Object: what's the beef? Competition Law Journal, v.9, n.1, 2009, p.13.)

²⁴ NAGY, Csongor István. The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis? World Competition vol. 36, n. 4, 2013, p.544 ss.

Comissão, que não iniciaria processo para sua apuração.²⁵

A Comissão ressalta que o “porto seguro” garantido pela regra *minimis* não é aplicado para “restrições *hardcore*”, ou seja, condutas consideradas graves e submetidas ao regime geral de ilicitude próprio às restrições pelo objeto.²⁶ Em síntese, o modelo do Tratado lista uma categoria de contratos presumidamente ilícitos pelo seu próprio objeto. Se determinado contrato não estiver classificado como restrição *hardcore* será presumidamente lícito. Levando em consideração o TFUE, caso não esteja abarcado no porto seguro da regra *minimis* as decisões possíveis serão:

I – Contrato/Ato fora do catálogo de restrições <i>hardcore</i>					
Presunção		Ônus da prova	Efeitos do art. 101(1)	Exceções do art. 101(3)	Decisão
A	Licitude	Autoridade	Não	-	Não confronta o artigo 101. Licitude é confirmada
B	Licitude	Autoridade	Sim	Sim	Confronta o artigo 101(1), mas incide nas exceções do 101(3). Licitude é confirmada
C	Licitude	Representantes e representada	Sim	Não	Ilicidade pelos efeitos: condenação
II – Contrato/Ato mencionado no catálogo de restrições <i>hardcore</i>					
Presunção		Ônus da prova	Objeto confirmado	Exceções do art. 101(3)	Decisão
A	Ilicidade	Autoridade (da prática) Representada (das exceções)	Sim	Sim	Ilicidade afastada pelas exceções do art. 101(3)
B	Ilicidade	Autoridade (da prática) Representada (das exceções)	Sim	Não	Ilicidade pelo objeto confirmada por falta de comprovação das exceções: condenação.

²⁵ “Se a quota de mercado agregada das partes no acordo não ultrapassar 10 % em qualquer dos mercados relevantes afetados pelo acordo, quando o acordo for concluído entre empresas que sejam concorrentes efetivos ou potenciais em qualquer desses mercados (acordos entre concorrentes); b) Se a quota de mercado de cada uma das partes no acordo não ultrapassar 15 % em qualquer dos mercados relevantes afetados pelo acordo, quando este for concluído entre empresas que não sejam concorrentes efetivos nem potenciais em qualquer desses mercados (acordos entre não concorrentes).” (COMISSÃO Europeia. Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice).

²⁶ Como a fixação de preços de revenda, a limitação da produção ou das vendas e a divisão de mercados ou clientes, por exemplo.

Fonte: elaboração própria.

O *standard* da regra da razão, entendida como parte de um eixo de presunções nas limitações da experiência norte-americana, talvez fosse incompatível com o sistema comunitário. Mas como aponta COLINO, no caso *Métropole Télévision vs. European Commission* (2001) o Tribunal de Primeira Instância equiparou a regra da razão norte-americana ao número 3 do artigo 101²⁷, mas ressaltando que se trataria de uma regra da razão limitada pela própria lei (em oposição à versão do sistema norte-americano em que suas limitações seriam delimitadas pelo tomador de decisão).²⁸

A título de remate, não é possível compreender a ilicitude pelo objeto como uma faceta de uma regra que *prescinde* de efeitos líquidos para condenar determinadas condutas sem análise (como seria notado na aplicação do *standard* da regra *per se*). Na verdade, conclui-se que o *objeto* anticompetitivo já está imbuído dos efeitos anticompetitivos, refutando a ideia de condenação nem comprovação dos efeitos. A ilicitude pelo objeto tem sido uma tendência na análise antitruste promovida pelo Cade em determinadas práticas, o que será demonstrada empiricamente por meio da análise de decisões recentes do Tribunal do Cade e esclarecida a partir das funções e competências da atividade da autoridade brasileira da defesa da concorrência.

3.2 A estrutura do ilícito no processo administrativo sancionador na Lei 12.529

No Brasil não há categorias objetivas positivadas de condutas anticompetitivas, apenas os exemplos de condutas elencadas pelo lei antitruste cuja ilicitude seria uma moldura a ser preenchida pela *praxis*. Como aponta MARRARA, “a lei contém dois grupos de infrações administrativas. O primeiro abrange condutas que causam dano efetivo à ordem econômica; o segundo depende da mera constatação do perigo de dano”²⁹. São os termos da Lei 12.529/2011:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de

²⁷ “No que concerne ao carácter objectivamente necessário de uma restrição, [...] a existência de uma «rule of reason» em direito comunitário da concorrência não pode ser admitida, seria errado interpretar, no âmbito da qualificação das restrições acessórias, a condição da necessidade objectiva como implicando uma ponderação dos efeitos pró-concorrenciais e anticoncorrenciais de um acordo. Com efeito, é apenas no âmbito específico do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado que uma tal análise pode ter lugar.”

²⁸ COLINO, Sandra Marco. *Vertical Agreements and Competition Law: A Comparative Study of the EU and US Regimes*. Portland: Hart Publishing, 2010, p.93.

²⁹ MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – organização, processos e acordos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2015, p.209

culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que **tenham por objeto** ou **possam produzir os seguintes efeitos**, ainda que não sejam alcançados:

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

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante. (grifos nossos)

Com influência determinante europeia, a lei brasileira não menciona o ilícito *per se*, sendo que as condutas devem ser compreendidas a partir de seus efeitos líquidos.³⁰ Em que pesem as semelhanças, a ilicitude pelo objeto não pode ser entendida como idêntica à regra *per se*. Essa presunção *iuris tantum* não pode ser compreendida com o pressuposto *iure et de iure* da regra *per se*, que não admite prova contrária de eficiências. Como já observado, a ilicitude pelo objeto é uma faceta da regra da razão.

Como demonstra SHIEBER, não é tarefa simples aplicar a regra da razão para “determinar a licitude de um acordo em restrição da concorrência, pois requer um aprofundamento tanto nos fatores econômicos de que resultou o acordo”. Mas – segue o autor – “se o ajuste ou acordo é do tipo a que é aplicável a regra da razão, o levantamento minucioso dos fatores econômicos faz-se necessário. Só por meio deste levantamento distinguem-se as restrições lícitas das ilícitas”.³¹ Trata-se de uma condicional que pode, numa só palavra, limitar os *standards* de interpretação na aplicação da lei antitruste.

O artigo primeiro da Lei 12.529/2011 fixa que o diploma dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. O artigo 36, como já ressaltado, elenca os elementos das infrações. Hierarquicamente, viu-se que o artigo 173 da Constituição Federal, em seu §4, menciona que a lei (no caso, a Lei 12.529/2011), “**reprimirá** o abuso do poder econômico que **vise** à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (grifos nossos). Com isso, conclui-se que as infrações passíveis de repressão são aquelas que tenham a intuito de “visar a”, “objetivar”³².

Encontra-se um possível conflito sobre a responsabilidade objetiva³³

³⁰ FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 133.

³¹ SHIEBER, Benjamin M. Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966, p.93.

³² Cf. Idem, p.102. Conferir também SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 128.

³³ Repisada também na Lei 12.846 de 1 de agosto de 2013, sancionada pela Presidenta Dilma Roussef:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de

preconizada pela Lei 12.529/2011 e a necessidade de intuito para a repressão do abuso de poder econômico constitucionalmente prevista. Diante disso, retorna-se aos termos do artigo 36, agora de forma estruturada em suas orações organizadas em seus níveis sintáticos:

- 1** Constituem infração da ordem econômica
- 3A** independentemente de culpa
- 2** os atos sob qualquer forma manifestados
- 3B** que tenham *por objeto* ou *possam produzir* os seguintes efeitos
- 4** ainda que não sejam alcançados

Longe de conferir um fator poético na repressão das infrações à ordem econômica, um elemento visual-sintático pode ser interessante para ressaltar as relações implicadas no texto, bem como suas consequências. Esclarecendo a visão a partir dos níveis indicados em negrito supra, chega-se às seguintes relações entre as orações:

- 1** \Rightarrow **2**: Ação de constituir os sujeitos³⁴ e sua qualificação passiva (qualquer forma)
- 2** \Rightarrow **1** \Rightarrow **3A**: os atos (2) são infrações (1) independentemente de culpa (3A)
- 2** \Rightarrow **3B**: Sujeito (atos) implicando sua qualificação ativa (possibilidade de produzir efeitos OU ter como objeto (produzir os efeitos));
- 4** \Rightarrow **3B**: Ausência de condicional (independe do êxito: repisa a responsabilidade objetiva)

peças jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

Art. 2º - 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.

³⁴ “[P]ara que determinada prática seja caracterizada como infração da ordem econômica, é necessário que seja identificado na conduta do agente um potencial anticoncorrencial, ou seja, realizável, ainda que não pretendido ou buscado pelo agente.” (DOMINGUES, Juliana Oliveira. Comentários ao artigo 36, incisos I a IV e §§1º e 3º. In: ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente. Comentários à nova lei de defesa da concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.126.)

ou

2 define os sujeitos de **1** (“quem?”)

3A e **3B** qualificam \Rightarrow **2**

4 condiciona a qualidade de **3B**

3A condiciona a qualidade de **1**

A conjunção alternativa “ou” deixa uma ambiguidade sutil. Está-se falando em duas categorias dos atos mencionados no *caput*: a) atos que possam produzir os efeitos anticompetitivos mencionados nos incisos subsequentes e, em contrapartida, b) atos cujo objeto possa produzir os efeitos deletérios à concorrência.

A primeira categoria se refere a atos abstratos e que, sem nenhuma presunção de ilicitude, podem se enquadrar como anticompetitivas caso produzam os efeitos mencionados. Cabe ao órgão regulador, com auxílio das partes envolvidas e sem prejuízo de diligências próprias, declarar a (i)licitude a partir dos efeitos produzidos (ou não).

Sobre a segunda categoria, por sua vez, entende-se que está subentendida na primeira. Uma perspectiva diferente sobre o próprio objeto tridimensional, dando a noção de que se tratariam de coisas distintas. Retornando ao exemplo prático dos termos da lei, pode-se falar em “{atos que tenham [(**por objeto**) **ou** (**possam produzir** os seguintes **efeitos**)]}”. Explica-se. Isso exemplificaria a dicotomia entre condutas “pelo objeto” ou “pelos efeitos”, uma vez que essa interpretação colocaria as condutas e categorias entre colchetes, explicadas pelos parênteses.

Entende-se que talvez não seja uma perspectiva absoluta ou óbvia. O que se propõe é outra interpretação, nestes termos:

[atos que tenham (por objeto ou possam produzir) os seguintes efeitos]

A consequência talvez não seja tão evidente, mas pode impactar o *enforcement* antitruste. Explica-se. A suposta dicotomia “por objeto”/“efeitos” poderia ser compreendida como a face de um grande pressuposto: efeitos potenciais, pouco importando o seu objeto ou nível do risco à concorrência. Afinal, a análise do “objeto” já estaria presumindo a potencialidade de efeitos³⁵, elemento suficiente para atrair a necessidade de análise antitruste.

³⁵ Nas palavras de Calixto Salomão, “A regra da razão tem duas partes distintas e duas justificativas específicas que não podem ser dissociadas do direito antitruste moderno, por uma razão muito simples. São elas que garantem a possibilidade de produção defeitos anticoncorrenciais; e, portanto, só em ausência delas é possível presumir um objetivo anticoncorrencial. A regra da razão é, portanto, uma garantia fundamental de legalidade da punição administrativa.” (SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da

O efeito prático disso é que, para analisar um ato pelo seu objeto, a autoridade terá uma grande caixa de ferramentas prévia para concluir sobre a eventual ilicitude. Dito de outro modo, há uma necessidade de elementos *ex ante* sobre a conduta para ser colocada sob escrutínio concorrencial. Esses elementos podem ser encontrados por soluções institucionais na jurisprudência consolidada do órgão sobre a prática (súmulas), ou atividades na função educativa da autoridade (por exemplo, por meio de guias de análise). O que se defende é que essa configuração não pode ser realizada no âmbito do processo administrativo sancionador – em nosso ver, a medida mais gravosa ao administrado.

Como mencionado há pouco, historicamente as leis de defesa da concorrência não mencionaram a existência de ilícitos *per se*. Nesse sentido é a percepção de CORDOVIL:

Anos de aplicação da Lei 8.884/1994, sedimentou-se que o direito concorrencial brasileiro observa a regra da razão (*rule of reason*), que se opõe à regra *per se*. Segundo a regra da razão, as infrações (seja as elencadas no §3º do art. 36, seja outras não elencadas no rol exemplificativo) não são condenáveis em si, ou seja, não é a mera prática dos dizeres da lei, ou a mera conduta das empresas, capaz de provocar os efeitos deletérios à concorrência. [...] No Brasil, diz-se que não se pode considerar uma conduta como ilícita sem antes estudar sua racionalidade, sem antes averiguar e sopesar os benefícios e desvantagens ao mercado³⁶

Essa constatação sobre a sedimentação promovida pelo passar dos anos, porém, deixa uma dúvida sobre os limites dessa suposta estabilidade. Na ausência de uma jurisdição administrativa, isto é, com todos os atos praticados pelo Cade podendo ser revisados pelo Poder Judiciário³⁷, não se encontra um

atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.81). Conferir, por semelhança, TAUFICK, Roberto Domingos. A lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência. São Paulo: Método, 2012, p.151.

³⁶ CORDOVIL, Leonor. Comentários ao Título V – Das infrações da ordem econômica. In: CORDOVIL, Leonor [et al.]. Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.108. No mesmo sentido, “[a] dominação de mercado relevante de bens ou serviços não constitui um ilícito *per se* se esta é resultante de processo natural, justificado pela eficiência do agente econômico.” (DOMINGUES, Juliana Oliveira. Comentários ao artigo 36, incisos I a IV e §§1º e 3º. In: ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente. Comentários à nova lei de defesa da concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.120)

³⁷ Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial. São Paulo: Malheiros, 2013,

dever de solidificar a cultura das práticas institucionais.

No âmbito do Cade, a Resolução n. 20 de 09 de junho de 1999, procurou editar um guia com sugestão de alguns parâmetros que poderiam ajudar a lidar com restrições verticais no âmbito do Colegiado. O anexo I definiu e classificou algumas destas práticas e o seu anexo II previu critérios básicos sugestivos para a análise dessas práticas restritivas.

A Resolução 20/99 foi bastante influenciada pela Escola de Chicago, e o foco, desta forma, era análise dos efeitos de condutas horizontais, relegando-se ao segundo plano a análise das condutas unilaterais ou das práticas verticais entre agentes com atuação parlamentar. Sob a influência dessa Escola, as práticas verticais passaram a ser quase que automaticamente associadas a eficiência decorrentes de economia, bem como à redução de problemas informacionais e de custos de transação, o que acabou apontando para um ambiente no qual as autoridades antitruste deveriam “fazer prova da ilicitude da prática”³⁸.

No entendimento do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo em seu voto no caso SKF (a ser delimitado em seguida), é possível afirmar que a Resolução n.20/99 e os respectivos anexos são apenas sugestões de encaminhamento, e não havia sido adotada na maior parte dos efetivos julgamentos dos casos que tenham envolvido restrições verticais *hardcore* baseadas em preços, como no caso da fixação de preços de revenda (FPR).³⁹

4. A ilicitude do objeto na experiência do Tribunal do Cade

A ilicitude pelo objeto, expressamente ou não, tem sido utilizada na última década pelo Cade. Carteis, tabelamento de preços em associações e sindicatos e fixação de preços mínimos de revenda são alguns exemplos de condutas que foram analisadas pelo *standard* pelo Tribunal.

É reputado ao ex-Conselheiro Luis Fernando Schuartz os primeiros debates sobre a ilicitude pelo objeto no âmbito do Cade. Como Relator, teve a oportunidade de analisar pelo menos duas condutas em que, em sua perspectiva, haveria legalidade em condenar agentes econômicos reputando que o objetos das condutas em análise eram intrinsecamente ilícitas. O Cartel dos

p. 106.

³⁸ Fls. 1723 dos autos do Processo Administrativo 08012.001271/2001-44, julgado em 30.01.2013.

³⁹ Fls. 1725 dos autos do Processo Administrativo 08012.001271/2001-44, julgado em 30.01.2013.

Frigoríficos⁴⁰ e o caso COOPANEST⁴¹, ambos de sua relatoria, são dois precedentes em que, incidentalmente, os *standards* interpretativos foram ponderados. Para o relator, há duas maneiras para aferir se determinada conduta pode ser configurada como infração. Nas palavras do Voto,

A primeira é retroceder ao tempo da conduta e questionar-se a respeito do “propósito” perseguido pelo agente com a mesma. Se a resposta for que o “propósito” teria sido, por exemplo, “prejudicar a concorrência”, então, supondo que, ao tempo da decisão, as condições objetivas eram tais que a conduta não poderia ser tratada como meio “absolutamente ineficaz” para a produção de um prejuízo à concorrência, ela terá sido uma infração.⁴²

O voto traz três hipóteses de análise e as respectivas consequências. A primeira hipótese traz a responsabilidade subjetiva de um agente hipotético que, em seu íntimo, efetivamente buscou causar dano à concorrência, mas não obteve êxito. Nessa situação, a autoridade deverá demonstrar se houve, de fato, efetivamente essa intenção, isto é, o elemento probatório restará na intenção específica do agente. No contexto da regra da razão clássica, caberá à autoridade confrontar as provas diretas a hipóteses alternativas (ou seja, o não interesse em causar dano). Com o resultado dessa análise, a autoridade poderá sopesar as racionalidades econômicas dessas alternativas. Na ausência dessa racionalidade econômica, o agente será condenado. Na segunda hipótese, o mesmo agente se empenhou para efetuar o dano e teve sucesso. Aqui, a autoridade deverá provar o dano alegado. Por fim, cita-se um caso de responsabilidade objetiva, quando o agente não quis causar dano, mas a sua conduta efetivamente gerou efeitos anticompetitivos. Assim, considerando a coletividade como titular dos bens jurídicos protegidos pela lei antitruste, o agente deverá ser igualmente condenado.

Sob a ilicitude pelo objetivo, a autoridade irá indagar: no momento da conduta era plausível esperar que a conduta iria gerar efeitos anticompetitivos? Ou foi só uma contingência não esperada? A resposta dependerá da gravidade da conduta historicamente considerada. Caso se estiver diante de uma conduta cujo objeto é presumidamente ilícito, o objeto da conduta prevalecerá ante à intenção e resultado, isto é, o “elemento de intencionalidade” não será considerado pela autoridade.

⁴⁰ Processo Administrativo nº 08012.002493/2005-16, julgado em 28 de novembro de 2007. Mesma argumentação jurídica foi apresentada no Processo Administrativo nº 08012.005669/2002-31 (MPF/RS x ANTV), julgado em 28 de novembro de 2007.

⁴¹ Processo Administrativo nº 08012.007042/2001-33, julgado em 26 de abril de 2006.

⁴² Processo Administrativo nº 08012.002493/2005-16, p.13 do voto (fl. 4714 dos autos).

Várias condutas passaram a ser consideradas como ilícitas pelo objeto recentemente na experiência do Cade. Como demonstrado anteriormente, isso representa uma inversão de ônus probatório. Nas palavras do ex-Conselheiro Marco Veríssimo,

a ilicitude pelo objeto da prática, a mesma apenas pode ser afastada (i) caso os Representados consigam demonstrar, à vista das circunstâncias concretas e por sua própria conta, que a sugestão de preços foi concretamente auxiliar, acessória e estritamente proporcional a outro objeto lícito e razoável distinto do próprio alinhamento de preços [...] (ii) que, independentemente da ilicitude pelo próprio objeto, incidem no caso eficiências do tipo especificamente disciplinado pelos artigos 54 da Lei n. 8.884/94 e art. 88, §6o, da Lei n. 12.529/11, sendo ônus específico de quem alega esse tipo de defesa prová-la.⁴³

O mesmo ex-Conselheiro apresentou a mesma lógica no Caso ABAV, quando afirmou que a “sugestão de preços e práticas uniformes capazes, direta ou indiretamente, de afetar a livre determinação de preços, por parte de associações comerciais. sujeita-se, no Brasil, a um regime razoavelmente rígido de presunção de ilegalidade”⁴⁴.

Em sentido semelhante, em 2015 a ex-Conselheira Ana Frazão acompanhou o teor no caso das “Placas”. Para ela,

a jurisprudência do Cade tem entendido que acordos explícitos entre concorrentes que tenham por objeto a fixação de preços ou a divisão do mercado consistem em condutas ilícitas pelo objeto e submetem-se a um regime de presunção relativa de ilegalidade. [...] [O] Cade tem salientado que a potencialidade lesiva da conduta – e aqui se fala de perigo concreto e não apenas abstrato - sobre a ordem concorrencial decorre diretamente das provas da materialidade do conluio. Trata-se de conduta anticoncorrencial pelo seu objeto, motivo pelo qual a análise de efeitos, pelo menos como regra, é desnecessária para lastrear a condenação.⁴⁵

A ilicitude pelo objeto também foi um instrumento para análise em

⁴³ Voto do Conselheiro Veríssimo no Processo Administrativo 08012.007301/2000-38 (Caso Sindpetro/PI), julgado em 06 de março de 2013.

⁴⁴ Processo Administrativo 08012.006923/2002-18, julgado em 20 de fevereiro de 2013.

⁴⁵ Processo Administrativo 08012.006764/2010-61. SDE (ex officio) x Sindicato dos Fabricantes e Vendedores de Placas de Sinalização de Trânsito e Veiculares do Estado da Bahia – SINPLAVB e outros. Ementa: Processo Administrativo. Cartel. Tabelas de preços. Divisão de mercado. Mercado de fabricação de placas e tarjetas de veículos automotores no Estado da Bahia. Julgado em 23-04-2015.

restrições verticais, especialmente a fixação de preços de revenda. No bojo do Processo Administrativo 08012.001271/2001-44 (PROCON-SP x SKF Brasil) o ex-Conselheiro Marcos Veríssimo pontuou que não há, no Brasil, “testes e padrões mais detalhados para definir quando os efeitos líquidos de uma restrição vertical específica seriam considerados negativos a ponto de caracterizar a conduta como ilegal”⁴⁶. E como pontuado pelo relator, e em que pese seja argumentado que o Cade preze pela regra da razão em suas decisões, isso não diz muito sobre a caracterização da fixação de preços de revenda como ilícita ou lícita, bem como os elementos de prova referentes.

Como síntese da problematização, a fixação de preços de revenda foi examinada, pelo Cade, por 15 anos nos termos do *leading case* julgado em 1997. A decisão no caso SKF alterou o entendimento sob a alegação de que a condenação representaria uma espécie de sinalização ao mercado. A decisão se valeu da teoria da ilicitude pelo próprio objeto para a condenação – bem verdade que uma teoria modificada, vez que o sistema europeu parte de orientações prévias⁴⁷, ausentes no sistema brasileiro.

Reconhece-se que a decisão não foi absolutamente contrária aos entendimentos substantivos sobre a conduta – como aconteceria num sistema em que a fixação de preços mínimos de revenda era vista como ilícita *per se* e torna-se *lícita per se* –, mas sim sobre o método de análise, isto é, os *standards* de prova. Nas palavras do voto do então Presidente do Cade, Vinícius Marques de Carvalho:

No caso concreto, a prática de FPR está devidamente comprovada. Por enquanto, salvo melhor juízo, a postura europeia, que versa sobre uma ilicitude pelo objeto parece ser mais adequada. Isto se dá porque a postura europeia é mais cautelosa e conservadora, já que, ao mesmo tempo que reconhece a possibilidade de existir eficiência associadas a esta conduta vertical, também não representa uma mudança tão abrupta sobre a matéria, sem que se reflita, minimamente, com a sociedade a respeito deste tema.⁴⁸

Corroborando a tese, o ex-Conselheiro Veríssimo ressaltou que

ficou registrada acima minha opinião no sentido de que a presunção de

⁴⁶ Voto do Conselheiro Veríssimo no Processo Administrativo 08012.001271/2001-44, julgado em 30.01.2013

⁴⁷ A Comissão Europeia emite orientações substanciais para garantir a clareza dos tipos jurídicos que se enquadraria na proibição. Cf. Comissão Europeia. Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 101.º do TFUE. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV:l26114>>. Acesso: 05.09.2015.).

⁴⁸ Voto do Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho no Processo Administrativo 08012.001271/2001-44 julgado em 30.01.2013.

ilegalidade poderia ser afastada, com ônus probatório do próprio investigado, caso ele conseguisse demonstrar, em primeiro lugar, a inviabilidade completa da produção de dano concorrencial por inexistência absoluta de poder unilateral ou coordenado. Contudo, o ponto fundamental é que tal exame é excepcional e depende fundamentalmente de o próprio acusado ser capaz, de provar, por sua conta, que tais eficiências são plausíveis, presentes e não poderiam ter sido obtidas de outro meio.⁴⁹

A partir desses precedentes paragnáticos, a teoria da ilicitude pelo objeto tem sido aplicada de forma constante, especialmente em caso envolvendo condutas colusivas (como o cartel). Assim também asseverou Vinícius Marques de Carvalho, no Voto-Vista no caso ABRINQ:

O que se alega, no entanto, é que houve influência à adoção de conduta uniforme. Se a conduta é uniforme, conforme reiterado entendimento desse Conselho, o ilícito é por objeto, ou seja, não é preciso nem que efetivamente se consiga a divisão de mercado, nem que haja dano ao consumidor, nem mesmo que qualquer das empresas concorde com a adoção da prática, são suficientes o objetivo e a capacidade de que o efeito se concretize potencialmente. Em outras palavras, no caso de ilícito por objeto, não só a verificação de efeitos é dispensável, sendo suficiente a potencialidade em produzi-los, como a intenção da parte ao praticar a conduta é irrelevante.⁵⁰

Para o Conselheiro, Gilvandro Araújo, ao mencionar a aplicação da ilicitude pelo objeto, ao analisar uma conduta realizada por uma entidade de classe, afirmou que

[a] presunção legal de irrazoabilidade funciona como um mecanismo de desoneração da Administração Pública na tutela de direitos constitucionais de extrema importância. Além disso, serve à consolidação da experiência institucional da autoridade na investigação e punição de infrações concorrenciais, especialmente em razão da reconhecida – tanto histórica quanto jurisprudencialmente – inevitabilidade de consequências deletérias de determinadas práticas.⁵¹

⁴⁹ Voto do Conselheiro Veríssimo no Processo Administrativo 08012.001271/2001-44 julgado em 30.01.2013.

⁵⁰ Processo Administrativo nº 08012.009462/2006-69. Representante: Mattel do Brasil Ltda. Representados: ABRINQ – Associação Brasileira dos Fabricantes de Brinquedos e Synésio Batista da Costa. Relator: Conselheiro Olavo Zago Chinaglia. Voto-vista: Presidente Vinicius Marques de Carvalho. Julgado em 29 de junho de 2015.

⁵¹ Processo Administrativo nº 08012.000643/2010-14. Representante: SDE ex officio. Representados: Conselho Federal de Contabilidade – CFC. Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. Decisão em 10 de junho de 2015.

Indo além, o Conselheiro Gilvandro Araújo elencou precedentes judiciais para justificar a legitimidade da ilicitude pelo objeto:

A tipificação de ilícitos pelo próprio objeto inclusive já teve sua constitucionalidade analisada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento de medida cautelar no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1094-8, de relatoria do Ministro Carlos Velloso:

“Abrindo o debate, esclareça-se que a ordem econômica, segundo o modelo constitucional brasileiro, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por finalidade assegurar a todos a existência digna, no rumo da justiça social, objetivos que deverão ser atingidos mediante a observância dos princípios enumerados nos incisos I a IX do artigo 170 da CF. Um desses princípios, por isso mesmo, viga mestre da defesa econômica, é o da livre concorrência. Quer dizer, tudo aquilo que possa embaraçar ou de qualquer modo impedir o livre exercício da concorrência é ofensivo à Constituição. Bem por isso, essa mesma Constituição, no § 4º do art. 173, dispõe que “a lei reprimira o abuso do poder econômico que visa à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Posta assim a questão, não me parece, pelo menos ao primeiro exame, que seria atentatório à Constituição estabelecer a lei que, independentemente de culpa, seriam consideradas infrações da ordem econômica os atos que tenham por objetivo produzir os efeitos enumerados nos incisos I a IV do art. 20, dado que tais objetivos prejudicam a livre concorrência ou livre iniciativa”. (STF. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1094-8. Julgado em 21/09/1995)”⁵²

O também Conselheiro Paulo Burnier também adotou a doutrina em caso de cartel clássico (*hard core*):

O presente caso enquadra-se na suposta hipótese do ilícito pelo objeto, uma vez que se trata de cartel clássico, também conhecido como *hard core*, por causa da sua gravidade. Esse tipo de cartel se caracteriza pela estruturação institucionalizada e permanente, que visa à manutenção e à durabilidade do acordo por meio de mecanismos de controle e coordenação entre os participantes. Dessa forma, para efeitos de condenação, seria necessária a comprovação do suposto cartel denunciado pelos meios de prova elencados na instrução processual, isto é, pelos áudios, pelos documentos encontrados na inspeção e pelas oitivas e declarações constantes na prova testemunhal.⁵³

⁵² Processo Administrativo nº 08012.008847/2006-17. Representante: Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Representados: Alex Oliveira Bourguignon e outros. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Voto-vogal: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. Voto de 20/05/2015.

⁵³ Processo Administrativo 08012.001600/2006-61. Representante: Secretaria de

E o tema tem sido abordado recorrentemente, principalmente em processos relatados pelo ex-Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo, atual Superintendente-Geral do Cade:

Na regra per se tal presunção é absoluta, significa dizer, não admite prova em contrário. Não à toa os magistrados daquela jurisdição já afirmaram ser impertinente discutir em casos de cartel tópicos como poder de mercado, potencial de causar danos, regra de minimis, eficiências e até mesmo se houve ou não atos de exteriorização do conteúdo do acordo. A única discussão possível é acerca da existência ou não do acordo com fim diretamente anticompetitivos (naked), sendo presumidos os efeitos deletérios a partir simplesmente desta conduta. Do ponto de vista estritamente jurídico cuida-se de uma infração puramente formal, categoria que no direito penal seria classificada como crime de perigo abstrato.⁵⁴

Cordeiro ainda afirmou, em Voto condenatório em 2016 acompanhado com os pares do Plenário no caso cargas e contêineres no Porto de Santos, que

[a] presunção nas infrações pelo objeto decorre do fato de que, a princípio, já sabemos de antemão que os efeitos são lesivos à sociedade, tendo em vista as restrições à concorrência e suas consequências negativas, desprovidas de eficiências compensatórias. Dessa forma, basta a comprovação da sua ocorrência para a condenação, liberando a autoridade concorrencial de fazer uma análise econômica mais aprofundada, visto que desnecessária. Já no caso das condutas pelos efeitos, potenciais ou efetivos, há dúvidas sobre se os efeitos líquidos para a sociedade são positivos ou negativos, de forma que é necessário aprofundar a análise.⁵⁵

Por fim, em abril de 2017 assim esclareceu a sua percepção no caso HAPVIDA:

a negociação coletiva de pequenos players pode ter o condão de gerar eficiências, e entendo que isso deve ser considerado pela autoridade antitruste, utilizando-se, pois, de uma métrica mais flexível dentro de uma escala de presunção de ilegalidade. Entendo que a persecução administrativa

Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda - SEAE/MF. Representados: Sinto Brasil Produtos Ltda. (SINTO) e outras. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Voto de 17/03/2016.

⁵⁴ Processo Administrativo 08012.000030/2011-50. Representante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Representados: Scar Rio Peças e Serviços Ltda. e outros. Relator: Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo. Voto de 14/12/2015.

⁵⁵ Processo nº 08700.001020/2014-26. SINDCON e outros. Rel. Alexandre Cordeiro Macedo. Voto de 11.04.2017.

não deve considerar tais casos como ilícito por objeto nem tampouco regra da razão pura, mas sim algo intermediário em uma escala de presunção, aproximando do que os americanos chamam de “quick look”.⁵⁶

Esta pesquisa demonstrou um indício de que a ilicitude pelo objeto está sendo aplicado em várias situações da atuação do Tribunal do Cade, especialmente em caso envolvendo condutas horizontais/colusivas.⁵⁷ Nesses casos, o Cade tem considerado que “de condutas tendentes à coordenação, como cartéis e assemelhadas, dificilmente poderia advir qualquer efeito positivo. Nesse sentido, salvo situações excepcionais, cartel é uma conduta definida pelo seu objeto ilícito, bastando a prova da sua existência”⁵⁸.

5. Síntese: o alcance da discricionariedade administrativa no contexto institucional da ilicitude pelo objeto no processo sancionador antitruste

A estabilidade das relações entre os agentes econômicos no mercado pressupõe, na atividade do Cade, não apenas a certeza a respeito da licitude ou ilicitude da prática (ou seja, a existência de normas antitruste, instituições formais), mas também os raciocínios lógicos na subsunção do fato às normas antitruste pelas autoridades. Isto é, a aplicação do direito concorrencial engendra decisões administrativas que não se resumem à mera imposição de restrições de direitos. Mais do que uma mera interpretação cujos efeitos se

⁵⁶ Processo Administrativo 08012.007011/2006-97. HAPVIDA Assistência Médica Ltda e outros. Relator: Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo. Data do Voto: 24.04.2017. Os mesmos fundamentos foram utilizados também nos casos Scar Rio Peças e Serviços (Processo Administrativo 08012.000030/2011-50. Rel. Alexandre Cordeiro Macedo. Julgado: 14.12.2015).

⁵⁷ Cf. também os seguintes processos: Processo Administrativo 08012.009645/2008-46. Representantes: CMW Saúde e Tecnologia Importação e Exportação Ltda. Representados: Support Produtos Nutricionais Ltda. e outras. Relator: Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo; Processo Administrativo nº 08700.001020/2014-26. Interessado(s): Conselho de Autoridade Portuária - Porto de Santos e outros. Relator: Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo. Voto: 11/04/2017; Processo Administrativo nº 08012.009885/2009-21. Representante: Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP) Representados: SAENGE Engenharia de Saneamento e Edificações Ltda. e outras. Relatora: Conselheira Ana Frazão. Voto: 16/04/2015; Processo Administrativo nº 08012.002874/2004-14 Interessado(s): Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde - CIEFAS e outras. Relator: Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo. Voto: 03/02/2017.

⁵⁸ Anexo da Nota Técnica nº 59/2017/CGAA7/SGA2/SG/Cade no Processo Administrativo nº 08012.011980/2008-12. SDE (ex officio) x AU Optronics e outros. Nota Técnica datada de 14 de julho de 2017.

encerram no caso concreto, trata-se de uma sinalização de que, em casos semelhantes, o órgão será capaz de decidir de forma coerente, permitindo o cálculo da governança dos agentes econômicos⁵⁹.

Acata-se o conceito de “ordem jurídica” como um quadro normativo que, nas palavras de BANDEIRA DE MELLO, “enseja às pessoas a possibilidade de ser orientarem graças à ciência que, de antemão, lhes é dada sobre o que devem ou o que podem fazer”⁶⁰. DI PIETRO, em outra análise, menciona os dois significados para o princípio da segurança jurídica: “o sentido objetivo, que se relaciona com a estabilidade no direito; e o sentido subjetivo, que protege a confiança do administrado nos atos do poder público”⁶¹.

A garantia da segurança jurídica, na forma de previsibilidade e clareza em todo o processo decisório antitruste, é fator essencial para garantir a legitimidade da intervenção do Cade sobre o domínio econômico, contribuindo à estabilidade do ambiente institucional própria ao desenvolvimento nacional. Portanto, entende-se que são necessários instrumentos visando à garantia de segurança nas relações jurídicas, cumprindo aos formuladores das políticas de defesa da concorrência o poder-dever de elaborar técnicas para reduzir as imprevisibilidades na tomada de suas decisões sobre a fixação de preços de revenda.

A segurança jurídica, portanto, não se resume a uma situação fática, mas também a um “complexo normativo de exigências”⁶² relacionadas às normas (formais ou informais) vigentes. A consequência evidente é enunciada por FORGIONI: “quanto maior o grau de segurança e previsibilidade jurídicas proporcionadas pelo sistema, mais azeitado o fluxo das relações econômicas”.⁶³ Além disso, a garantia da segurança jurídica no ambiente institucional da atividade da autoridade demanda “o imperativo de formulação clara e precisa

⁵⁹ Cf. BURINI, Bruno Corrêa. Processo administrativo de apuração de conduta anticoncorrencial: perspectiva instrumentalista. 2010. 298 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 267.

⁶⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O direito e a segurança jurídica. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Grandes temas de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009, p.11.

⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da segurança jurídica diante do princípio da legalidade. In: MARRARA, Thiago (org.). Princípios de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2012, p.14.

⁶² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Da "segurança" nacional à "insegurança" jurisdicional: uma reflexão sobre segurança jurídica. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. O Direito, entre o futuro e o passado. São Paulo: Noeses, 2014, p.115.

⁶³ Teoria Geral do Contratos Empresariais. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.75.

da normas jurídicas; a conservação das situações jurídicas constituídas; o carácter estrito das condições de retroactividade e de alteração das situações estabelecidas; e a exclusão da eficácia retroactiva das normas”.⁶⁴

De fato, entende-se que um dos papéis do Cade é criar um ambiente institucional fundado em sólidas bases de segurança jurídica e previsibilidade. No caso da noção da ilicitude pelo objeto, um dos grandes desafios será modular as condutas apresentadas para, no longo prazo, garantir um regime geral de presunções que trará mais garantias ao Conselho, na medida de garantir a confirmação de suas decisões.⁶⁵

Em suma, os poderes conferidos ao Cade para realizar atos administrativos na forma de jurisprudência administrativa não abarcam a hipótese de uma estabilidade institucional a qualquer custo. Isso porque há previsão do dever de implementação de medidas educativas, algo que não encontra paralelo na atividade jurisdicional do Poder Judiciário. Não obstante, a estabilidade institucional é um dos fatores a ser considerado na promoção da defesa da concorrência, seja por meio da função repressiva do Cade, seja em suas medidas de conscientização/*advocacy*. Porém, esse fator deve ser considerado no amplo contexto da relação entre os objetivos e fins da Administração Pública.

6. Conclusões

Neste artigo foi promovida uma comparação entre os *standards* interpretativos no antitruste estadunidense e europeu visando a delimitar o alcance do ilícito antitruste na realidade do SBDC. Verificou-se que não há um quadro *ex ante* sobre práticas anticompetitivas absolutas no Brasil, à exceção dos precedentes administrativos engendrados pelo Cade na função “judicante” do Tribunal – uma atividade válida como orientações para casos semelhantes, mas possivelmente problemática em virtude por ser tratar de uma vinculação relativa.

A teoria da ilicitude pelo objeto, entendida como um *standard* interpretativo capaz de inverter o ônus probatório ao Administrado, não se confunde com a *regra per se* – que pode ser entendida como a ilicitude por sua própria essência. Assim, afasta-se a alegação de “condenação sem efeitos” no

⁶⁴ FREIRE, Paula Vaz. Direito Administrativo da Concorrência. In: OTERO, Paulo; GONÇALVES, Pedro (coords.). Tratado de Direito Administrativo Especial, vol. I, Coimbra: Almedina, 2009, p.480.

⁶⁵ Cf. AZEVEDO, Paulo Furquim; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. Direito Regulatório e Concorrencial no Poder Judiciário. São Paulo: Singular, 2014, p.24 ss.

caso de condutas ilícitas pelo objeto, já que teria sido a própria empresa condenada que não foi capaz de demonstrar que o objeto da prática era dotado de uma racionalidade econômica lícita. Portanto, concorda-se com a perspectiva de que a ilicitude pelo objeto é uma espécie do gênero “regra da razão”, com legitimidade oriunda nos termos do artigo 36 da Lei 12.529/2011.

Não obstante, os casos examinados neste trabalho indicam uma aplicação do *standard* da ilicitude pelo objeto pelo Cade distinta daquela que até então era aplicada pelo órgão acerca dos padrões analíticos sobre condutas anticompetitivas. Isso leva a uma indagação final: afinal, a função repressiva precede a educativa ou é o contrário?

Na ausência de uma jurisprudência consolidada, bem como de mecanismos de proteção ao ambiente institucional, entende-se que a opção de reprimir antes de educar pode ser configurada como ilegítima por quebra de confiança – um dos pilares do princípio da segurança jurídica. Isto é, acredita-se que medidas abruptas podem ser substituídas por uma ponderação prévia e institucionalizada sobre determinadas condutas potencialmente anticompetitivas e seus respectivos standards interpretativos.

Com efeito, a aproximação da autoridade à sociedade civil e demais órgãos correlatos à competência do Cade são passos necessários para a democratização do antitruste. A regulamentação do instituto da Consulta⁶⁶, por exemplo, é um exemplo de que há um domínio para uma função preventiva além do controle de estruturas de mercado. E numa análise sistêmica da defesa da concorrência, o Cade é competente para balizar a regra da razão no Brasil, da mesma forma que também é atribuição do Poder Judiciário cancelar as políticas formuladas pelo órgão antitruste – além de demarcar os limites da discricionariedade da autarquia. Por isso, entende-se que o alcance da aplicação da teoria da ilicitude pelo objeto se confunde com os alcances e limites da discricionariedade do Tribunal do Cade no processo administrativo sancionador. Acredita-se que é nessa harmonia de poderes e funções que se atingirá o horizonte de estabilidade e segurança jurídica no ambiente institucional da defesa da concorrência no tema.

7. Referências

AREEDA, Phillip E.; HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust Law: an analysis of antitrust principles and their application*. Vol. VII. 2.ed. Wolters Kluwers,

⁶⁶ Cf. VERÍSSIMO, Marcos Paulo. In: As condutas unilaterais e o mecanismos das consultas administrativas ao Cade. In: CARVALHO, Vinicius Marques de. A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência. São Paulo: Singular, 2015, p.346-358.

2003.

ATHAYDE, Amanda. *Antitruste, varejo e infrações à ordem econômica*. São Paulo: Singular, 2017.

AZEVEDO, Paulo Furquim; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. *Direito Regulatório e Concorrencial no Poder Judiciário*. São Paulo: Singular, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O direito e a segurança jurídica. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

BESCHLE, Donald L. What, Never? Well, Hardly Ever: Strict Antitrust Scrutiny as an Alternative to Per se Antitrust Illegality. *Hastings Law Journal*, v.38, 1987.

BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BURINI, Bruno Corrêa. *Processo administrativo de apuração de conduta anticoncorrencial: perspectiva instrumentalista*. 2010. 298 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

CARVALHO, Vinicius Marques de. A política da concorrência quatro anos depois: ainda em busca de melhores práticas? In: CARVALHO, Vinicius Marques de (org.). *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2015.

_____; SILVEIRA, Paulo Burnier da; VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Vertical restraints: a look ahead. In: CARVALHO, Vinicius Marques. *Defesa da Concorrência: estudos votos*. São Paulo: Singular, 2015.

COLINO, Sandra Marco. *Vertical Agreements and Competition Law: A Comparative Study of the EU and US Regimes*. Portland: Hart Publishing, 2010.

COMISSÃO Europeia. *Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice)*. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52014XC0830\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52014XC0830(01))>. Acesso: 05.09.2015.).

_____. *Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 101.º do TFUE (antigo n.º 3 do artigo 81.º do TCE)*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV:126114>>. Acesso: 05.09.2015.).

CORDOVIL, Leonor. Comentários ao Título V – Das infrações da ordem econômica. In: CORDOVIL, Leonor [et al.]. *Nova Lei de Defesa da*

- Concorrência comentada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- DABBAH, Maher M. *International and comparative competition law*. Cambridge: University Press, 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da segurança jurídica diante do princípio da legalidade. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.
- DOMINGUES, Juliana Oliveira. GABAN, Eduardo Molan. *Direito Antitruste*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- _____. Comentários ao artigo 36, incisos I a IV e §§1º e 3º. In: ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente. *Comentários à nova lei de defesa da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Da "segurança" nacional à "insegurança" jurisdicional: uma reflexão sobre segurança jurídica. In: _____. *O Direito, entre o futuro e o passado*. São Paulo: Noeses, 2014.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- _____. *Teoria Geral do Contratos Empresariais*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- FREIRE, Paula Vaz. Direito Administrativo da Concorrência. In: OTERO, Paulo; GONÇALVES, Pedro (coords.). *Tratado de Direito Administrativo Especial*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2009.
- GONÇALVES, Priscila Brolio. *Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais*. 2.ed. São Paulo: Singular, 2016.
- HOVENKAMP, Herbert. The Harvard and Chicago Schools and the Dominant Firm. In: PITOFISKY, Robert (org.). *How the Chicago School Overshot the Mark*. New York: Oxford University Press, 2008.
- KHAN, Lina; Vaheesan; SANDEEP. Market Power and Inequality: The Antitrust Counterrevolution and Its Discontents. *Harvard Law & Policy Review*, vol. 11, 2017
- KOVACIC, William E.; SHAPIRO, Carl. Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking. *Journal of Economic Perspectives*, vol. 14, n.1, 2000.
- MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – organização, processos e acordos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2015.
- NAGY, Csongor István. The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis? *World Competition*, vol. 36, n. 4, 2013.

NORTH, Douglass. Desempenho econômico através do tempo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.255, set-dez. 2010.

ODUDU, Okeoghene. Restrictions of Competition by Object: what's the beef? *Competition Law Journal*, v.9, n.1, 2009.

PEEPERKORN, Luc. Defining “by object” restrictions. *Concurrences* n. 3, 2015.

PITOFISKY, Robert. Why Dr. Miles Was Right. *AEI Journal On Government And Society*, jan-fev, 1984.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966.

SOKOL, Daniel. The transformation of vertical restraints: per se illegality, the rule of reason, and per se legality. *Antitrust Law Journal*, n.3, 2014.

TAUFICK, Roberto Domingos. *A lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência*. São Paulo: Método, 2012.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. In: As condutas unilaterais e o mecanismo das consultas administrativas ao Cade. In: CARVALHO, Vinicius Marques de (org.). *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2015.