

O "E" ESCARLATE DA NOVA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

NOTAS INTERPRETATIVAS SOBRE O ART. 36 DA LEI 12.529/2011

TOMÁS FILIPE SCHOELLER BORGES RIBEIRO PAIVA

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Doutorando em Direito do Estado pelas Universidades de São Paulo e Paris I – Panthéon-Sorbonne. Advogado especialista em Direito da Concorrência e Direito Regulatório.

ÁREA DO DIREITO: Financeiro e Econômico

RESUMO: Trata-se de estudo sobre a disciplina introduzida no ordenamento jurídico brasileiro em matéria de controle de condutas, a partir da aprovação da Lei 12.529/2011. Sustenta-se que *vis-à-vis* o art. 20 da Lei 8.884/1994, o art. 36 da nova Lei tornou cumulativa a sequência de incisos que elencam os efeitos que caracterizam as práticas de infração à ordem econômica. Fazendo referência às regras e técnicas de hermenêutica jurídica, o artigo se debruça sobre a controvérsia que cerca a questão, apresentando as implicações práticas que decorrem da repercussão jurídica da partícula "e", que consta do dispositivo normativo analisado.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica – Conjunção – Lei 12.529/2011 – Práticas anticompetitivas – Abuso de posição dominante.

ABSTRACT: It is the study of the discipline introduced in the Brazilian legal system relating to control of conducts, since the adoption of Law 12.529/2011. It is argued that *vis-à-vis* the art. 20 of Law 8.884/1994, the art. 36 of the new Law became cumulative the sequence of items which list the effects that characterize the practice of violations of the economic order. Referring to the rules and techniques of legal interpretation, the article focuses on the controversy surrounding the issue, presenting the practical implications arising from the legal effect of the particle "and" appearing in the law analyzed.

KEYWORDS: Interpretation – Conjunction – Brazilian Antitrust Law – Anti-competitive practices – Abuse of a dominant position.

SUMÁRIO: 1. Apresentação do problema – 2. O papel do "e" na boa técnica legislativa – 3. A hipótese de um defeito legislativo e suas implicações – 4. A moldura que conforma a interpretação do art. 36 da nova Lei – 5. A busca por um elemento racional do art. 36 da Lei 12.529/2011 – 6. A necessária compatibilização da interpretação finalística e da moldura legislativa – 7. A discordância entre o resultado da interpretação lógica e o da interpretação gramatical: a necessidade de preponderância de uma interpretação restritiva – 8. O problema na prática – 9. Conclusão – 10. Bibliografia.

1. APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA

A Lei 12.529/2011, conhecida nos bastidores como a “nova Lei de Defesa da Concorrência”, representou um inegável avanço na consolidação da política antitruste brasileira, com assento no inc. IV do art. 170 da CF/1988. Referida lei, se de um lado estruturou um novo desenho institucional para o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), bem alinhado com as melhores experiências internacionais¹ e mais eficiente, de outro veiculou importantes alterações em matéria de controle estrutural.²

A doutrina formada pós-edição da Lei 12.529/2011, lastreada pelas discussões havidas no Congresso Nacional, foi uníssona em afirmar que a nova Lei não trouxe significativas modificações na configuração de hipóteses de infração à Ordem Econômica, mas, antes, primou por reproduzir na literalidade “o coração da ação repressiva da Lei 8.884/1994”,³ notadamente o seu art. 20, com modificações de pormenor.

E nada obstante a nova Lei tenha completado mais de um ano desde sua publicação, com a já consolidação da nova estrutura do SBDC, é com surpresa que se constata que até o presente momento tem passado despercebida importante modificação legislativa no controle de condutas, alteração esta que vem acompanhando a nova Lei desde os tempos de Anteprojeto⁴ e que até os dias atuais, aparentemente, resta ignorada por autoridades, advogados e pela doutrina, mas que tem o condão de impor um ônus argumentativo não negligenciável na aplicação da Lei 12.529/2011.

De fato, quando se colocam lado a lado a Lei revogadora e a Lei revogada, constata-se a inclusão de *conjunção* de natureza coordenativa, que tem por fim

-
1. Cf. CARVALHO, Vinícius Marques de. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. In: CORDOVI, Leonor et al. *Nova lei de defesa da concorrência comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 31 e ss.
 2. Dentre as quais merece destaque a nova estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e a exigência notificação prévia de “atos de concentração econômica em que, cumulativamente (...) pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e (...) pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais)” (art. 88, I e II da Lei 12.529/2011).
 3. Cf. CORDOVI, Leonor. In: _____ et al, op. cit., p. 101, por todos.
 4. Cf. art. 31 do PL 5.877/2005, de autoria do Poder Executivo.

ligar os elementos semelhantes de um dispositivo, estabelecendo uma relação entre eles:

Lei 8.884/1994	Lei 12.529/2011
Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: - I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; - II – dominar mercado relevante de bens ou serviços; - III – aumentar arbitrariamente os lucros; - IV – exercer de forma abusiva posição dominante. § 1.º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II. § 2.º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa. § 3.º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia (Redação dada pela Lei 9.069, de 29.06.1995).	Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: - I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; - II – dominar mercado relevante de bens ou serviços; - III – aumentar arbitrariamente os lucros; e - IV – exercer de forma abusiva posição dominante. § 1.º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo. § 2.º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia. § 3.º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: (...).

O fato de tal modificação não ter até o presente momento vindo à luz – ou ter sido ignorada por aqueles que, a percebendo, acreditaram não se tratar de questão de maior importância –, em nada altera a repercussão que o “e” constante no inc. III do art. 36 pode causar nas decisões atuais e futuras do Cade, abrindo-se, inclusive, a via judicial para o controle objetivo da subsunção do fato à hipótese legal.

2. O PAPEL DO "E" NA BOA TÉCNICA LEGISLATIVA

O problema da hermenêutica jurídica é o da composição entre o texto da norma e a norma propriamente dita, que nem sempre corresponde a um teor literal. Nesse sentido, a boa redação legislativa é um dos requisitos para que se alcance a máxima normatividade, que está orientada (porém não restringida) linguisticamente.⁵

O legislador constituinte de 1988 estabeleceu a importância de uma boa técnica legislativa na elaboração normativa, dispondo no parágrafo único do art. 59 da CF/1988 que "lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis".

Em cumprimento à norma constitucional, o Congresso Nacional aprovou, em 26.02.1998, a LC 95, que estabelece os padrões para elaboração da legislação federal. Referida lei complementar foi regulamentada, em 2002, pelo Dec. 4.176, que "estabelece normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal, e dá outras providências".

Do art. 23 do Dec. 4.176/2002, que baliza a elaboração normativa e a proposição de Projetos de Lei pelo Poder Executivo, extrai-se que "as disposições normativas (...) [devem ser] redigidas com clareza, precisão e ordem lógica", observado, dentre outros aspectos, o seguinte: "II – para a obtenção de precisão: (...) g) *utilizar as conjunções "e" ou "ou" no penúltimo inciso, alínea ou item, conforme a sequência de dispositivos seja, respectivamente, cumulativa ou disjuntiva*".⁶

Por cumulação, deve-se entender o ato ou a função de cumular, isto é, formar um todo, um conjunto. A disjunção é o antônimo de cumulação, implicando separação ou, gramaticalmente, "a supressão de conjunção copulativa, entre várias frases".⁷

5. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Renovar, 2005. p. 38.

6. "Art. 23. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observado o seguinte:

(...)

II – para a obtenção da precisão:

(...)

g) utilizar as conjunções 'e' ou 'ou' no penúltimo inciso, alínea ou item, conforme a sequência de dispositivos seja, respectivamente, cumulativa ou disjuntiva."

7. Cf. vocábulo "disjunção" no Dicionário Priberam da Língua Portuguesa.

A propositura de Projetos de Lei pelo Poder Executivo, como no caso do Anteprojeto que deu origem à nova Lei, deve observar a obrigação legal de clareza, distinguindo, nas hipóteses normativas, as situações em que haja cumulação ou disjunção de uma sequência de dispositivos. É o caso, por exemplo, de hipóteses trazidas pela própria Lei 12.529/2011, em que o “e” reforça a cumulação da sequência de incisos e o “ou” afasta o todo normativo, dando independência para cada uma das hipóteses referidas no dispositivo:

Hipótese Cumulativa	Hipótese Disjuntiva
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.	Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando: I – 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; II – 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; III – 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou IV – 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou <i>joint venture</i>.

Não tendo o “e”, sozinho,⁸ portanto, na boa técnica legislativa, função de “ou”, pode-se acreditar (e até advogar) que o Anteprojeto da Lei 12.529/2011 propunha um quadro normativo diferenciado do da legislação anterior, o que foi acatado com a promulgação da nova Lei.

3. A HIPÓTESE DE UM DEFEITO LEGISLATIVO E SUAS IMPLICAÇÕES

A identificação de um erro material no texto normativo é procedimento que se situa no âmbito da existência da norma jurídica e da crítica à lei. Neste contexto, é bastante comum que normas sejam editadas com erros materiais, isto é, incorreções de pontuação, impressão, numeração etc., que podem (e devem) ser corrigidos quando da aplicação da lei por uma autoridade.

8. Diferente seria a conjugação do “e” com um *disclaimer* no *caput* como, por exemplo, “qualquer dos efeitos” ou “um dos seguintes efeitos”: “I, II, III e IV”.

Tal hipótese, no entanto, deve ser distinguida de outras duas que, por causarem substancial divergência de pensamento do legislador com o texto da norma, dificultam a aplicação normativa no seu fim maior.

A primeira hipótese a ser considerada é a do erro material que ocasiona um equívoco sobre o sentido da lei, circunstância que, embora permita o exercício de uma crítica ao texto legal, não pode ser superada por métodos interpretativos. Nessa situação, apenas uma nova lei (ou uma retificação oficial) pode remediar o erro, fazendo-o de forma retroativa.⁹

Uma situação diferente é a do erro conceitual, isto é, um erro na manifestação de vontade do legislador, que é a hipótese a ser analisada no caso da nova Lei. Trata-se, com efeito, de uma inadvertência que acompanhou a propositura do Anteprojeto até a aprovação do texto definitivo da Lei 12.529/2011, e que resistiu a mais de seis anos de debates parlamentares.

De fato, do que se pode extrair dos pareceres legislativos apresentados na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, o Congresso Nacional partiu da premissa (aparentemente equivocada) de que “a proposta não altera as principais regras acerca das infrações à ordem econômica, que se transforma no art. 31 do Projeto de Lei (...) (que torna) claro que os efeitos que caracterizam tais infrações são alternativos”.¹⁰ Referida premissa foi considerada tão apenas no relatório dos referidos pareceres, isto é, na descrição dos fatos, não tendo havido qualquer julgamento de mérito sobre a norma em questão.

Tem-se, então, que referido erro (o “e” escarlate) integra a nova Lei e dela não pode ser dissociado, sob pena de admissão de uma competência atípica de revisão (e modificação) de atos legislativos pela Administração (ou pelo juiz). Cabe ao aplicador, portanto, das duas, uma: ou (i) superar o erro conceitual por meio de mecanismos hermenêuticos no momento da aplicação da norma, respeitando a moldura do comando normativo e assumindo o respectivo ônus argumentativo ou, na impossibilidade, (ii) reconhecer força vinculante ao texto legal, que somente poderá ser retificada por via legislativa.¹¹

9. Nesse sentido, FERRARA, Francesco. *Como aplicar a interpretar as leis*. Belo Horizonte: Líder, 2002. p. 15.

10. Parecer apresentado pelo Deputado Ciro Gomes na Comissão Especial de Defesa da Concorrência da Câmara dos Deputados. No mesmo sentido são os pareceres dos Senadores Romero Jucá e Wellington Salgado, apresentados nas Comissões temáticas do Senado Federal.

11. As lições de FERRARA, Francesco, op. cit., p. 14 e ss. e BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compêndio de hermenêutica jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 28 e ss. caminham nesse sentido.

4. A MOLDURA QUE CONFORMA A INTERPRETAÇÃO DO ART. 36 DA NOVA LEI

Não é de hoje que se tem assistido ao desenvolvimento de uma complexa Teoria da Interpretação, que abandona as bases de uma simples subsunção mecânica (que equipara o fato à norma). A norma jurídica existe para ser aplicada, situando-se no mundo do dever-ser, que em algum momento há de encontrar o universo dos fatos, isto é, o mundo do ser.

É dizer, o intérprete (e aplicador da norma) não é mais “um mero nuncio da vontade do legislador”, mas, antes, exerce um papel criativo na construção de uma “norma de decisão”.¹² A norma, como diz Kelsen, é apenas uma “moldura” que comporta uma variedade de interpretações, não exclusivamente guiadas pelo emprego exclusivo dos métodos gramatical e histórico.¹³ O fenômeno interpretativo é, em verdade, complexo e dinâmico, possibilitando, ao fim, o alcance de uma justa medida entre o “dever-ser” e o “ser”.

Mas se é verdade que a aplicação de uma norma possibilita uma variedade de interpretações (válidas), o ponto de partida e o limite do processo hermenêutico é sempre o texto legal. Nesse sentido, qualquer interpretação de um dispositivo normativo obedece à “moldura” aludida por Kelsen, sendo certo que dentro desta moldura o intérprete-aplicador tem uma margem de liberdade para definir a melhor interpretação da norma, mesmo que provenha de fatores externos ao Direito.¹⁴

No caso do art. 36 da nova Lei, a compreensão do texto normativo principia com a busca de um significado linguístico, que não pode ignorar a presença de uma partícula que torna cumulativa a hipótese de infração à ordem econômica. É por força da conjunção “e” que os incs. I, II, III e IV do art. 36 integram um único conjunto e devem ser lidos não como espécies autônomas, mas sim dentro de um todo (“constituem infração da ordem econômica *apenas* os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os efeitos I, II, III e IV”).

Não há na língua portuguesa significado técnico-jurídico que dê ao “e”, isolado, outra conotação que não a aditiva. “E” não é “ou”. “E” não é disjunção; é junção, *adição*.

12. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 305.

13. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 192.

14. Fatores econômicos, políticos, sociológicos etc. É bem por isso que partidários de uma concepção puramente positivista do Direito advogam que a interpretação não é parte integrante da dogmática jurídica.

Partindo desse ponto – e ainda que a tarefa do aplicador não se limite a verificar o teor literal da norma, mas, antes, a dar-lhe um sentido, uma finalidade –, ignorar a presença do “e” implica reconhecer que a conjunção tem um sentido inútil na interpretação do dispositivo e, logo, não integra a “moldura”.

De fato, o brocardo “não se presumem na lei palavras inúteis” não é absoluto, como ensina Carlos Maximiliano. Bem ao contrário, como ensina o autor, “se de um trecho se não colige sentido apreciável para o caso, ou transparece a evidência de que as palavras foram inseridas por inadvertência ou engano, não se apegam o julgador à letra morta, inclina-se para o que decorre do emprego de outros recursos aptos a dar o verdadeiro alcance da norma”.¹⁵

Reconhecer o uso inútil do “e” no art. 36 da nova Lei traz, no entanto, o ônus de sustentar uma superfetação, senão um desperdício de palavras por parte do legislador, o que até poderia ser fácil caso não se tratasse de norma (i) de teor semelhante ao da Lei revogada, mas que traz uma modificação explícita (i.e., a inclusão da conjunção, que não existia na legislação anterior), (ii) originada de um Projeto de Lei de autoria do Poder Executivo, cuja elaboração deve se balizar pelo Dec. 4.176/2002, que na alínea g do inc. II do art. 23 estabelece a função do “e” quando da proposta de uma sequência de dispositivo, e (iii) que admite uma função ao “e”, que se encaixa de forma lógica no dispositivo em questão.

Longe de ser inútil, o “e” tem uma razão de ser e é justamente esta razão que deve ser considerada como integrante da “moldura” que contorna a interpretação a ser promovida pelo Cade – órgão primeiro na aplicação da legislação antitruste. A discricionariedade administrativa, tal como a judicial, abre uma liberdade de escolha que se defere ao aplicador diante de possibilidades exegéticas existentes, florescendo “no espaço que os balizamentos normativos autorizam o julgador a se movimentar”.¹⁶

5. A BUSCA POR UM ELEMENTO RACIONAL DO ART. 36 DA LEI 12.529/2011

Definido o balizamento normativo que enquadra a aplicação do art. 36 da nova Lei, deve-se analisar a possibilidade de uma interpretação do dispositivo que equilibre a vontade do legislador e o enunciado normativo por ele definido, com utilização de mecanismos mais refinados de indagação, como, por exemplo, a busca de seu fundamento racional.

15. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 204 e 205.

16. RAMOS, Elival da Silva, op. cit., p. 308.

Nesse contexto, é inquestionável que o art. 36 da Lei 12.529/2011, assim como qualquer outra disposição normativa, tem por finalidade o cumprimento de uma certa função, devendo ser entendido da forma mais racional possível e apta a responder aos resultados que se pretende obter.¹⁷

Nesse sentido, cabe desde logo afastar o entendimento – como se fosse uma verdade absoluta – de que o legislador pretendeu expressamente emprestar a mesma engenharia do art. 20 da Lei revogada ao art. 36 da nova Lei, i.e., que os efeitos que caracterizam as infrações da ordem econômica são alternativos – e não cumulativos. Isto porque, não se identifica dos documentos que compuseram o processo legislativo qualquer análise detida sobre o art. 36 da Lei 12.529/2011, tendo-se, em verdade, a constatação de que o legislador partiu de uma premissa equivocada (a de que a disciplina legal permanece a mesma),¹⁸ que viciou a análise do Projeto de Lei durante todo seu *iter*. Assim, afirmar que o legislador quis que a disciplina do art. 36 fosse a mesma da Lei revogada é ignorar a verdade de que o Congresso Nacional não analisou a questão.

Tal constatação, contudo, não impede que se busque o elemento teleológico da norma, que é justamente aquele que pretende dar uma satisfação às “exigências econômicas e sociais que brotam das relações”.¹⁹ Estando-se diante de uma norma cujo fundamento direto de validade é a Constituição Federal²⁰ e que tem por finalidade a coibição de condutas anticompetitivas,²¹ restaria

17. Sobre o art. 36 da nova Lei, Juliana Oliveira Domingues anota que a disposição “representa a intenção do legislador em elencar as condutas que podem ser consideradas como infrações contrárias à ordem econômica”. E continua: “[t]ais infrações se revelam em função do resultado potencial ou efetivo em prejuízo à livre concorrência, que importe em ‘dominação de mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros’ nos termos do dispositivo constitucional que prevê a repressão ao abuso do poder econômico, conforme exposto pelo § 4.º do art. 173 da CF/1988”. Cf. DOMINGUES, Juliana de Oliveira. In: ANDERS, Eduardo Caminati et al. *Comentários à nova Lei de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Método, 2012. p. 119.

18. Cf. pareceres legislativos referidos na nota de rodapé n. 10.

19. FERRARA, Francesco, op. cit., p. 36.

20. “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:
(...)

IV – livre concorrência.”

21. Que sabidamente têm o potencial de gerar consequências adversas para o bem-estar agregado. Nesse sentido, por todos, SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As estruturas*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 152 e ss. No mesmo passo,

aparentemente incompatível uma interpretação que reduza a aptidão do dispositivo de gerar os efeitos pretendidos.

É dizer, a finalidade do art. 36 seria a de assegurar uma economia de mercado que se desenvolva em livre concorrência, restringindo, portanto, qualquer conduta privada capaz de lesar o alcance deste objetivo maior.²² Assim, uma suposta aplicação do art. 36 da nova Lei, em que a verificação dos efeitos listados, ainda que potencial, tenha que ser cumulativa, teria o condão de se desconectar do fim maior da norma.

Essa finalidade da norma, aliás, não existiria isoladamente, estando antes ligada ao todo normativo, entendido como um sistema coordenado de regras jurídicas. É justamente este elemento sistemático que denotaria o isolamento do art. 36 da nova Lei, que interpretado a “ferro e fogo”, afastar-se-ia da finalidade (i) da Lei 12.529/2011 e (ii) da própria Constituição Federal, ao dispor sobre a ordem econômica constitucional.

Tal leitura, no entanto, representa uma discordância entre a lógica da norma e a sua literalidade, e uma solução hermenêutica partindo da mesma finalidade poderia ser alcançada, prestigiando a moldura normativa.

6. A NECESSÁRIA COMPATIBILIZAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO FINALÍSTICA E DA MOLDURA LEGISLATIVA

Como verificado, a finalidade do art. 36 da Lei 12.529/2011 é a de possibilitar ao SBDC a efetiva coibição de práticas lesivas à ordem econômica. Tal fim, quando considerado numa análise sistemática, assume ainda maior relevância, justamente pela nova Lei racionalizar o controle de estruturas, de forma que a autoridade possa se debruçar, com maior eficiência, sobre o controle de condutas.

Nada obstante, uma leitura do art. 36 da nova Lei tendente a ignorar o “e”, com fundamento na finalidade da norma e resgatando a disciplina da Lei

MATEUS, Abel M. *A teoria econômica e as concentração na perspectiva da política da concorrência*. Disponível em: [www.fd.uc.pt/cedipre/licoes_inaugurais/CEDI-PRE_LicaoInauguralProfDrAMateus.pdf]. Acesso em: 08.08.2013.

22. Nos termos do art. 1.º da Lei 12.529/2011, “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”.

revogada, extrapola a “moldura” e faz do aplicador um verdadeiro legislador positivo.

De fato, é o Poder Legislativo que possui o mandato outorgado pela representação popular para criação do direito positivo, nos limites estabelecidos pela Constituição. Obedecendo à Constituição Federal, o legislador goza de uma liberdade de escolhas para atingir a finalidade constitucionalmente estabelecida, qual seja, a preservação da ordem econômica.

Nesse sentido, optou-se por uma modalidade “cumulativa”, “disjuntiva” ou “alternativa”, certamente o legislador o fez tendo presente a norma constitucional e entendendo que mediante aquela escolha, estaria coibindo infrações da ordem econômica.

Logo, o fim do art. 36, seja isoladamente, seja de uma forma sistemática, não é modificado com a presença do “e”: as infrações da ordem econômica continuam a ser coibidas, modificando-se apenas as hipóteses em que se configura o comportamento ilícito. Em última instância, o que se tem é uma modificação em termos de intensidade e alcance da nova Lei em matéria de controle de condutas, mas isto não impede reconhecer que o “e” (i) integra a moldura legislativa e (ii) se compatibiliza com os fins da Lei 12.529/2011 e da Constituição Federal.

Ou seja, de uma interpretação do art. 36 que seja finalística e conforme a Constituição²³ e à Lei 12.529/2011, não pode decorrer a criação de uma norma jurídica diversa daquela instituída pelo Poder Legislativo, sendo, portanto, a única interpretação possível aquela que se mostre capaz de compatibilizar a finalidade com o sentido inequívoco da disposição, tal como pretendeu dar o Legislador,²⁴ ainda que não declaradamente. Entre ignorar ou admitir a presença da cumulação no art. 36 da nova Lei (isto é, do “e”), parece acertada *apenas* a segunda opção.

23. E no que se refere à conformidade à Constituição, não se pode perder de vista que por se tratar de norma que intervém em um Direito Fundamental de liberdade (liberdade econômica), sua interpretação deve ser restritiva, promovendo, ao máximo, o exercício do Direito Fundamental restringido. Neste sentido, Carlos Maximiliano, anotando que “[e]stritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade, ou afetam a propriedade”. Op. cit., p. 263.

24. É nesse sentido que o STF se manifestou na ADIn 1.417-7/DF: “(...) não se pode aplicar a interpretação conforme à Constituição, por não se coadunar essa com a finalidade inequivocamente colimada pelo legislador, expressa literalmente no dispositivo em causa, e que dele ressalta pelos elementos da interpretação lógica”. Cf. RT – CDC e CP, 1:314, Rep. n. 1.417-7, rel. Min. Moreira Alves.

7. A DISCORDÂNCIA ENTRE O RESULTADO DA INTERPRETAÇÃO LÓGICA E O DA INTERPRETAÇÃO GRAMATICAL: A NECESSIDADE DE PREPONDERÂNCIA DE UMA INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA

Ainda que se constatasse que a finalidade do art. 36 da nova Lei fosse incompatível com a conjunção “e”, tal interpretação lógica extrapolaria a interpretação gramatical do referido dispositivo e se pautaria por uma leitura extensiva da norma, o que é conflitante com os princípios que orientam o direito administrativo sancionador.

De fato, ao se adentrar na seara do direito punitivo, um dos princípios que deve informar a atuação do Estado – titular exclusivo do *ius puniendi* –, é o da tipicidade, que dá desdobramentos necessários e “densidade normativa detalhada” à legalidade.²⁵

A vagueza semântica é um traço comum nas normas de direito administrativo sancionador e o art. 36 da Lei 12.529/2011 não escapa a esta lógica, caracterizando-se como uma “cláusula geral”, que possibilita uma margem de manobra à autoridade, para que busque a máxima efetividade da norma, quando da aplicação no caso concreto.²⁶ Exemplo clássico é o inc. I do art. 36 da nova Lei, que replicando o inc. I do art. 20 da Lei revogada, se apresenta de maneira indiscutivelmente ampla, “abrangendo toda forma de limitação ou prejuízo à livre concorrência ou livre iniciativa”.²⁷

A técnica legislativa utilizada pelo legislador no art. 36 da nova Lei, se de um lado possui força sistematizadora e permite que a norma se individualize na aplicação ao caso concreto, de outro se junte aos estreitos ditames legais, já que a “discricionariedade administrativa” não pode descambar pelos caminhos da incerteza tolerável.²⁸

25. OSORIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 209.

26. “A técnica de cláusulas gerais, fundamentalmente, enseja a possibilidade de ‘circunscrever, em determinada hipótese legal (estatuição), uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal’, abrindo a possibilidade, também, em alguns casos, de que os próprios efeitos sejam determinados por decisões jurisprudenciais”. Idem, p. 217.

27. CORDOVI, Leonor. In: _____ et al, op. cit., p. 103.

28. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Disponível em: [www.cubc.mx/biblioteca/libros/29.-%20Derecho%20Y%20Razon%20Teoria%20Del%20Garantismo%20Penal%20-%20Ferrajoli%20-%20Copy.pdf]. Acesso em: 30.07.2013. p. 120.

À discricionariedade administrativa não se pode emprestar uma extensão avantajada,²⁹ que permita ao aplicador escapar dos elementos normativos do tipo. Por se estar diante de norma de conduta de natureza punitiva, em que se encontram em jogo direitos fundamentais de particulares, não se permite interpretação extensiva que possibilite ao julgador escapar do texto da norma.

O Estado Democrático de Direito se caracteriza, sobretudo, pelo respeito à lei, de forma que entendimento diverso, no sentido de que o “e” poderia ser descartado, leva ao absurdo de se admitir que particulares possam vir a ser condenados por infrações sem previsão legal, nascidas do imaginário do julgador.³⁰

Assim, tendo que a norma do inc. II do art. 5.º da CF/1988 não excepciona, em nenhuma hipótese, a legalidade, a Administração não pode escorregar para o arbitrário, devendo, antes, mover-se restritivamente, sobretudo em matéria de direito administrativo sancionador.

Logo, outra não pode ser a conclusão, senão a de que uma interpretação extensiva do art. 36 da Lei 12.529/2011 fere as garantias fundamentais dos administrados, justamente por escapar da legalidade que orienta os atos da Administração.

8. O PROBLEMA NA PRÁTICA

Acreditando-se não ser possível ignorar a presença da partícula “e” que altera o sentido do art. 36 da nova Lei, tornando a sequência de incisos cumulativa – e não mais alternativa, como tem afirmado a doutrina e a jurisprudência do Cade –, resta evidente uma modificação no panorama antitruste brasileiro, que gera repercussões práticas que não podem ser negligenciadas.

Nos termos da Lei 12.529/2011, *somente* constitui infração à ordem econômica aqueles atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir, *cumulativamente*, os efeitos previstos nos incs. I, II, III “e” IV, ainda que não sejam alcançados.

Compete ao aplicador da norma justificar, por força do princípio da motivação dos atos administrativos, as razões de fato e de direito que subsumem o

29. Cf. OSÓRIO, Fábio Medina, op. cit. No mesmo sentido, FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001.

30. É como diz um adágio popular: “o pau que bate em Chico é o mesmo pau que bate em Francisco”. O argumento para descartar o “e” é o mesmo daquele necessário para se “descobrir” norma não escrita.

fato à hipótese normativa. Isto é, sendo a imputação objetiva um dos caracteres da tipicidade material (incontornável no caso do direito administrativo sancionador, por força do princípio da legalidade), compete ao Cade, na qualidade de aplicador da norma antitruste, demonstrar o porquê de os atos investigados incorrerem na produção ou na potencial produção dos efeitos listados na sequência de incisos do art. 36.

Logo, uma implicação da alteração legislativa veiculada no art. 36 da nova Lei refere-se à exigência de que, ao condenar um agente econômico, o Cade encontre a devida interseção entre os diferentes incisos do dispositivo, que embora não antagônicos e mutuamente excludentes, não caminham necessariamente no mesmo sentido.

Assim, uma primeira dificuldade relaciona-se à necessidade de conjugação da sequência de incisos do art. 36, que passam a formar, no todo, apenas uma conduta infrativa.

Nesse sentido, cumpre anotar, desde logo, que não há na jurisprudência recente do Conselho (i.e., pós-edição da nova Lei) decisão que tenha condenado administrados, com fundamento no conjunto de incisos do art. 36. Ao contrário, a praxe tem sido a condenação com fundamento nos incs. I e II, I e IV ou eventualmente I, II e IV do hoje art. 36, outrora art. 20.

Como anota Paula Forgioni, sob a égide da Lei antiga, o intérprete brasileiro era poupado de grandes esforços hermenêuticos para caracterização de uma determinada prática como atentatória à ordem econômica.³¹ Bastava, para tanto, socorrer-se de um dos incisos do art. 20 da Lei 8.884/1994, dentre os quais o inc. I ("limitar falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa"), que de tão amplo, admite a subsunção de qualquer potencial lesão aos bens constitucionalmente estabelecidos à norma, desde práticas de destruição de matéria-prima para impedir que concorrentes a ela tenham acesso³² ou mesmo de formação de cartel.

No mesmo sentido é (e já era na Lei anterior) o inc. III, que, embora exija prova complexa quanto ao aumento arbitrário de lucros – de difícil constatação pela autoridade concorrencial, uma vez que o aumento de lucros decorrente de eficiência produtiva ou de outra causa natural não pode ser imputado como infrativo –, é amplo, sendo certo que, no fim, com maior ou menor intensidade, uma prática anticompetitiva, seja unilateral ou colusiva, horizontal ou vertical, de forma declarada ou não, direta ou indiretamente, tem o potencial (algo já

31. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 132.

32. O exemplo não é original. Ver nesse sentido CORDOVI, LEONOR. In: _____ et al, op. cit., p. 104.

condenável pela Lei) de incrementar arbitrariamente os lucros (imediatamente ou em longo prazo) de um agente econômico, o que, na prática, facilita a aplicação da norma pelo julgador, eis que há um espaço “criativo” considerável, decorrente da abertura do “tipo”.

Uma outra questão que emerge da nova disciplina trazida pela Lei 12.529/2011 refere-se aos incs. II e, sobretudo, IV do art. 36. Isto porque, aparentemente, tais incisos caminham em sentidos diferentes, uma vez que o inc. II refere-se à prática que tenha por efeito (ainda que potencial) a *dominação* de um mercado, ao passo que o inc. IV descreve o efeito relativo àquele que, *tendo uma posição dominante*, dela abusa.

Essa possível contradição não tem contaminado a jurisprudência do Cade, que vem se manifestando, ainda que tacitamente, pela possibilidade de conjugação dos incs. II e IV. De fato, esta possibilidade é lógica quando se entende que uma prática anticompetitiva pode ser perpetuada no tempo e que por meio de um comportamento voltado à dominação de mercado, um *player*, tendo já dominado o segmento, venha a abusar desta sua posição.

Nada obstante a necessidade de conjugação dos incs. do art. 36, compatibilizando, inclusive, os incs. II e IV do referido dispositivo, a grande inovação trazida pela Lei 12.529/2011 é a exigência, como requisito para configuração da hipótese de infração à ordem econômica, de posição dominante do agente econômico.

De fato, sendo o abuso da posição dominante (inc. IV) um dos efeitos que deve ser conjugado aos demais – devido ao “e” –, não haverá infração à ordem econômica se o agente não (i) detiver posição dominante e (ii) dela não abusar. E a própria Lei 12.529/2011 esclarece o que é posição dominante, trazendo uma disciplina que, embora não seja imune a críticas, permite a identificação de um critério aparentemente objetivo, diferente da abertura semântica que caracteriza os incisos do art. 36 da nova Lei.

A posição dominante, nos termos do § 2.º do art. 36, será presumida sempre que uma empresa ou um grupo de empresas for capaz de alterar unilateralmente ou de forma coordenada as condições de mercado, como nos casos de cartel, ou quando se alcance 20% de *market share* de um determinado mercado relevante.

No fim, o que se verifica é a aproximação da legislação brasileira daquilo que já ocorre nos Estados Unidos e na Europa – e que o fato de não ocorrer no Brasil foi, durante anos, motivo de orgulho³³ –: o Cade deve primeiramente se

33. Por todos, FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 133.

preocupar em caracterizar a posição econômica do(s) agente(s) investigado(s), nos termos do § 2.º do art. 36, para, então, poder condená-los por infração à ordem econômica.

Ainda que o Conselho possa se furtar a motivar, de forma objetiva, o enquadramento nos incs. I, II, III “e” IV do art. 36, dada a abertura semântica dos efeitos ali descritos, não há escapatória, na nova disciplina legal, para subsunção dos fatos ao critério (de certa forma) objetivo traçado pelo § 2.º do art. 36 c/c inc. IV do mesmo dispositivo, o que, na prática, reduz o poder de alcance da nova Lei.

9. CONCLUSÃO

A nova Lei de Defesa da Concorrência veiculou uma alteração expressa na disciplina do controle de condutas anticompetitivas: há um “e” onde antes não havia. A Lei 12.529/2011 tornou cumulativa a sequência de incs. do art. 36, cumulação esta que acompanhou a norma desde seus tempos de Anteprojeto, quando ainda em discussão no âmbito do Poder Executivo, até sua aprovação pelo Congresso Nacional.

O fato de não ter sido percebido (ou, de tendo sido percebido, ignorado) até o presente momento não faz do “e” um detalhe de menor importância. Por força do princípio da legalidade e das regras hermenêuticas que devem balizar a interpretação normativa pela Administração Pública, resta impossível fechar os olhos à realidade que está posta; ao “e”, que de tão vermelho, não pode ser apagado pelo intérprete-aplicador.

Resta, portanto, a obrigação de com ele conviver, aceitando que, na prática, a conjunção impõe ao Cade o dever de apurar se no caso concreto (i) há posição dominante, nos termos definidos pelo § 2.º do art. 36 da Lei 12.529/2011 e, havendo, se (ii) há abuso deste poder.

Caso assim não seja feito – e, de fato, o “e” continue a ser ignorado, como atualmente tem sido – abre-se um novo flanco de discussão, possibilitando que a matéria seja levada ao Poder Judiciário, inclusive no que se refere à revisão do próprio mérito da condenação, eis que a norma fixa um parâmetro (mais ou menos) objetivo quanto à presença da posição dominante.

Há, na prática, uma aproximação à realidade já presente em outras jurisdições, como a europeia. Se tal aproximação foi desejada ou não pelo legislador, se é boa ou não, trata-se de outra questão, que foge do âmbito da hermenêutica e da aplicação da norma, posicionando-se no mundo da conveniência política.

Logo, a conclusão do presente estudo é muito mais uma constatação do que um raciocínio: a nova Lei de Defesa da Concorrência, bastante desejada por to-

dos aqueles que, direta ou indiretamente, atuam na questão antitruste, nasceu já manchada, e ainda que recente, demanda uma alteração de seus termos, pelo Legislador (única autoridade competente para tanto), caso se deseje esclarecer que a disciplina do art. 36 é disjuntiva e não uma cumulação, escrita com um “e” escarlate.

10. BIBLIOGRAFIA

- ANDERS, Eduardo Caminati et al. *Comentários à nova lei de defesa da concorrência*. São Paulo: Método, 2012.
- CARVALHO, Vinícius Marques de. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. In: CORDOVIL, Leonor et al. *Nova lei de defesa da concorrência comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- CORDOVIL, Leonor et al. *Nova lei de defesa da concorrência comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compêndio de hermenêutica jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- DOMINGUES, Juliana de Oliveira. In: ANDERS, Eduardo Caminati et al. *Comentários à nova Lei de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Método, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Disponível em: [www.cubc.mx/biblioteca/libros/29.-%20Derecho%20Y%20Razon%20Teoria%20Del%20Garantismo%20Penal%20-%20Ferrajoli%20-%20Copy.pdf]. Acesso em: 30.07.2013.
- Ferrara, Francesco. *Como aplicar a interpretar as leis*. Belo Horizonte: Líder, 2002.
- FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MATEUS, Abel M. *A teoria econômica e as concentrações na perspectiva da política da concorrência*. Disponível em: [www.fd.uc.pt/cedipre/licoes_inaugurais/CEDIPRE_LicaoInauguralProfDrAMateus.pdf]. Acesso em: 08.08.2013.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Renovar, 2005.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – As estruturas*. São Paulo: Malheiros, 2003.

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- A nova legislação brasileira de defesa da concorrência: perspectivas e desafios – Comentários à Lei 12.529/2011, de José Antonio Batista de Moura Ziebarth – *RIBRAC* 20/471;
- A nova Lei de Defesa da Concorrência – Lei 12.529/2011, de Leopoldo Pagotto, Bruno Oliveira Maggi e Gabriel Noronha Grecco – *RDB* 55/15;
- A proposta de nova Lei de Defesa da Concorrência e o licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual, de Renato Dolabella Melo – *RIBRAC* 17/68;
- Alterações penais da nova Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, de Marcelo Batlouni Mendroni e Fernanda Mercier Querido Farina – *RT* 927/159; e
- Painei 4 – O projeto da nova Lei de Defesa da Concorrência, de Sérgio Varella Bruna, Daniel Goldberg, Pedro Dutra, Flávio Lemos Belliboni e Túlio do Egito Coelho – *RIBRAC* 14/233.