NEM CASTIGO, NEM PREVENÇÃO: A MEDIDA DE DESCONCENTRAÇÃO NA LEI BRASILEIRA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

JULIANO S. A. MARANHÃO

Professor Livre-Docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

ÁREA DO DIREITO: Concorrencial; Comercial/Empresarial

RESUMO: O artigo analisa a imposição de desconstituição de ativos em processos de conduta no direito comparado (Estados Unidos, Comunidade Europeia e as investigações de mercado pela Competition Commission britânica). Apura a natureza jurídica dessa medida no direito brasileiro, a partir da sua evolução histórica e da dogmática administrativista, e defende seu caráter reparatório (não punitivo, nem preventivo) de efeitos resultantes da prática sobre o mercado. Por fim, traça limites legais e constitucionais para seu emprego.

PALAVRAS-CHAVE: Direito concorrencial – Desconcentração – Desconstituição de ativos – Infração à ordem econômica.

ABSTRACT: This article analyzes the imposition of deconstitution active processes in the conduct of comparative law (United States, European Community and market investigations by the British Competition Commission). Determines the legal nature of this measure in Brazilian law, from its history and the Administrative Law dogmatic, and defends his (non-punitive nor preventative) reparatory character effects of practice on the market. Finally, outlines legal and constitutional limits to its use.

KEYWORDS: Comparative Competitive Law – Deconstitution asset – Infringement of the economic order.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Evolução da desconcentração no direito comparado: punição *versus* remédio: 2.1 E.U.A.; 2.2 Comunidade Europeia; 2.3 Reino Unido – 3. Natureza jurídica da desconstituição de ativos – 4. Condicionamentos ao emprego e limitações ao alcance da medida de desconstituição em processos de conduta: 4.1 Limites constitucionais; 4.2 Condicionamentos derivados da natureza corretiva da medida de desconcentração – 5. Conclusão e considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

A¹ imposição de alienação de ativos é, talvez, a ferramenta mais impactante à disposição de autoridades de defesa da concorrência na repressão ao abuso de poder econômico. Ela interfere no exercício do direito de propriedade do agente e pode significar limitação à sua liberdade de iniciativa de forma bem mais profunda que a punição pecuniária.

1. Agradeço a Marcelo Queiroga Filho pelo auxílio na pesquisa de direito comparado.

Com exceção da fase embrionária do direito antitruste nos Estados Unidos, em que a medida foi um dos principais mecanismos de combate (e mesmo de punição) aos *trusts*, a desconcentração forçada raramente é empregada e, quando ocorre, costuma gerar polêmica, recebendo qualificações como “uma crônica de vitórias inconsequentes”,² uma “experiência pouco edificante”,³ ou ainda, “um exercício custoso de futilidades”.⁴ As críticas concentram-se no risco de erro decorrente da intervenção do Estado em mercados livres, cuja dinâmica pode revelar que ou são contraproducentes ou desnecessárias para o próprio processo competitivo. Esse risco é ainda maior quando o objetivo da intervenção for prevenir condutas, baseado em prognósticos de mercado.

A conveniência e riscos de seu emprego são bastante discutidos em fóruns internacionais sobre política de concorrência.⁵ Há consenso geral de que a desconstituição não pode ser usada para punir infrações, mas apenas para remediar seus efeitos. A natureza do remédio, porém, varia: por vezes é justificado como “medicamento” para “curar”; outras como “vacina”. Mesmo havendo indefinição sobre o tema, outras jurisdições têm buscado se aparelhar institucionalmente de modo a oferecer aos agentes de mercado previsibilidade, pela explicitação de seus critérios de aplicação, e oportunidades de defesa ou discussão de seu conteúdo, por meio de procedimentos públicos específicos.⁶

No Brasil, a medida é prevista no art. 38, V, da Lei 12.529/2011, dentre as chamadas “penas” não pecuniárias, mas já existia em outro formato (como “desapropriação”) desde a Lei 4.137/1962.⁷ Com a previsão legal, à luz de seu fundamento constitucional, a questão relevante não é qual seria o melhor uso da desconcentração dentro de uma política de concorrência, mas qual o uso admitido pelo nosso ordenamento. Seus condicionamentos legais e constitucionais serão delimitados na Seção 4 deste artigo, a partir da identificação, na Seção 3, de sua natureza jurídica dentro do direito administrativo (punição, medida de prevenção, repressão ou reparação?), o que será feito após se percorrer a experiência internacional (Seção 2).

2. KOVACIC, W. E. Failed Expectations: the Troubled Past and Uncertain Future of the Sherman Act as a Tool for Deconcentration. *Iowa Law Review*, 74/1105-1150, 1989. p. 1105.

3. POSNER, R. A. *Antitrust Law*. 2nd ed. Chicago, The University of Chicago Press, 2001, p. 107.

4. CRANDALL, R. *Costly exercise in futility: breaking up firms to increase competition*. Washington DC: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2003.

5. Ver: OECD. *Competition Comm. Report on Experiences with Structural Separation*, 2012 e *Competition Comm. Report on Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases*, 2007.

6. Por exemplo, Comunidade Europeia, Reino Unido, Austrália, México, Alemanha.

7. Cade: No recente julgamento do Processo Administrativo 08012.011142/2006-79, que versou sobre conduta concertada no mercado de cimento, o Cade inaugurou a aplicação da medida no Brasil. O presente artigo não abordará a decisão, tendo em vista que a mesma ainda não transitou em julgado no âmbito administrativo e não foram disponibilizadas versões públicas dos votos dos Conselheiros, o que impede uma análise aprofundada.

2. EVOLUÇÃO DA DESCONCENTRAÇÃO NO DIREITO COMPARADO: PUNIÇÃO *VERSUS* REMÉDIO

A referência internacional principal para o exame de conceitos de direito da concorrência é o direito norte-americano. Isso se deve à larga experiência com essa matéria, que foi, em sua formulação contemporânea, praticamente criada naquele país, bem como a seu rico conteúdo de regras de fonte jurisprudencial. Sua transposição para um sistema de base legislativa não é simples, de modo que outra referência importante é o direito concorrencial europeu. A experiência no Reino Unido merece menção, pelo passo *sui generis* em admitir medidas estruturais, independentemente de qualquer infração ou ato de concentração.

2.1 E.U.A.

O direito antitruste nos E.U.A. parte de dispositivos bastante genéricos no *Sherman Act* (1890), tendo seu conteúdo e regras criados pela jurisprudência dentro do sistema de *common law*. O *Sherman Act* proíbe três condutas centrais – a combinação (“combination”), a conspiração (“conspiracy”) entre empresas e a tentativa de monopolização (“attempt to monopolize”) – não se distinguindo com clareza atos de concentração de condutas abusivas. Assim, a formação de *trusts* ou conglomerados se aproxima de ato de concentração, mas era *tratada como infração* (tida como forma de combinação ou mesmo conspiração se provado que seu objetivo foi eliminar a concorrência ou fixar preços). Do mesmo modo, a infração de “tentativa de monopolização” pode decorrer de sucessivas aquisições de empresas, que são, na verdade, concentrações econômicas. Mesmo o *Clayton Act* (1914), que trata das fusões e aquisições, as tipifica como violações ao *Sherman Act*, ao lado de acordos de exclusividade, venda casada e discriminação. A distinção entre atos de concentração e condutas ocorre de forma gradual e não sistemática ao longo da jurisprudência e vai ganhar algum assento legislativo apenas com o *Celler-Kefauver Act*, de 1950.⁸

Essa nota é importante pois há casos na jurisprudência norte-americana discutidos na literatura⁹ como exemplos de “divestiture” em conduta¹⁰ mas que consis-

8. O objeto do *Celler-Kefauver Act*, propriamente, foi especificar, dentre as fusões e aquisições, as aquisições de ativos e integrações verticais.

9. KOVACIC (1989); POSNER (2001); O'CONNOR, Kevin. The divestiture Remedy in *Sherman Act* 2 Cases, *Harvard Journal on Legislation*, vol. 13: 687, 1976; Sullivan, E. Thomas. The Jurisprudence of Antitrust Divestiture: the Path less traveled. *Minnesota Law Review* 565, 2001-2002. Crandal, R. *The Failure of Structural Remedies. Sherman Act Monopolization Cases*, AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2001 (publicado também em *Oregon Law Review*, 80, 2001, 109-198. Davey, Alistair. *The introduction of a general divestiture provision under Australian Competition Law*, 2012; Epstein, Monopolization follies: the dangers of structural remedies under Section 2 of the *Sherman Act*. *Antitrust*

tem simplesmente em sucessivos atos de concentração, ou ainda, dizem respeito a “combinações” ou “conspirações” nas quais a intervenção resume-se à dissolução de um *trust* ou da entidade associativa que sediava o cartel. Tais casos não consistem propriamente em “desconstituição de ativos por infração concorrencial”. Esta deveria abranger apenas aqueles casos que (i) *efetivamente versam sobre conduta abusiva anticompetitiva* (em oposição a atos de concentração econômica) e (ii) *resultam em alienação de ativos do infrator* (em oposição a medidas comportamentais de obrigação de fazer ou se abster) (iii) *individualmente considerado* (em oposição a simples dissoluções de associações, ou de *trusts* ou *participações cruzadas*). Com essa delimitação, são raríssimos os julgamentos de abusos de posição dominante pela Suprema Corte dos E.U.A que resultaram em desconcentração.¹¹

Outra nota. O Sherman Act (Seção 7), além de ter possibilitado ao governo mover tanto ações criminais como civis contra *trusts*, inovou ao estipular o “treble damages” (indenização civil pelo triplo do valor do dano), com o objetivo de dissuadir e estimular caçadores de recompensas,¹² rompendo com o caráter meramente compensatório da indenização, um dos pilares do *common law* clássico.¹³ O caminho das ações civis, em que o padrão de prova utilizado é o de “evidências preponderantes”, menos rigoroso do que o “beyond reasonable doubt” do direito penal, foi o mais empregado pelo governo, o que ocasionou a importação de noções penais para o direito civil e mitigou a divisão entre esses ramos.¹⁴ Assim, as “di-

Law Journal, 76, 2009, 205-237; Hale, G. E. Trust Atomizing Business Units of Monopolistic Size. *Columbia Law Review*, 40, 1940, 615-632; Weber, W. The Past, Present and Future of Monopolization Remedies. *Antitrust Law Journal*, 76, 2009, 11-29.

10. A possibilidade de imposição de desconstituição decorre da interpretação jurisprudencial e doutrinária da seção 4 do *Sherman Act*, a qual dispõe sobre a jurisdição das *District Courts* (portanto competência judicial) em direito da concorrência, atribuindo a essas o poder de prevenir ou reprimir violações por meio de medidas cautelares ou de qualquer outra forma para proibi-las ou impedi-las.
11. Há dois levantamentos completos relativamente recentes dos precedentes norte-americanos de desconstituição, ao longo do século XX. O levantamento de Robert Crandall (2001) contabiliza apenas 5 casos com efetiva desconstituição de firma individual por práticas que foram independentes de aquisições. O levantamento de Sullivan (2001-2) aponta apenas 6 casos que satisfazem aqueles requisitos.
12. Ver: WHAM, B. Antitrust treble-damages suits: The government chief aid in enforcement. *American Bar Association Journal*. vol. 40. n. 12. p. 1061-1064. 1954.
13. Há quem defenda que atribuir caráter punitivo à reação contra os acordos em restrição ao comércio foi a única inovação do *Sherman Act*, uma vez que o *common law* já os considerava nulos, cf. STIGLER, G. The origin of the *Sherman Act*. *The Journal of Legal Studies*. vol. 14. n. 1. 1985.
14. Sobre o tema, ver COFEE, J. Paradigms lost: the blurring of the criminal and civil law models and what can be done about it. *Yale Law Journal*. vol. 101. n. 8. p. 1875-1893. 1992.

vestitures", em sentido amplo, ocorreram apenas em ações civis,¹⁵ mas, no início, foram usadas como mecanismo de punição, ainda que revestidas de uma roupagem civilista de natureza "compensatória".

Os primeiros casos de desconstituição com base no Sherman Act são produto do movimento político que originou o direito antitruste, com o esforço do governo em dismantlar instituições de poder privado, tanto do capital quanto do trabalho,¹⁶ que passaram a ditar os rumos do comércio e da indústria. Os casos *Standard Oil*¹⁷ e *American Tobacco*¹⁸ são apontados como pioneiros das *divestitures*. Embora envolvessem aquisições para formação do conglomerado, merecem análise na medida em que essas foram tomadas como resultado de condutas abusivas.

O alvo do caso *Standard Oil* foi o *trust* controlador de diversas empresas destinadas à exploração, refino e transporte de petróleo. Esse domínio foi alcançado, no entendimento da corte, pela combinação de participação relevante no mercado de refino e domínio do mercado de transporte, utilizado de modo abusivo por meio de práticas discriminatórias contra outras refinarias em colusão com empresas prestadoras de serviço ferroviário. Por meio dessas práticas e a exclusividade no uso de sua rede de dutos, a *Standard Oil* levou rivais à ruína o que viabilizou aquisições de diversas plantas de exploração e refino. Essa série de aquisições e acordos com ferrovias foi considerada má conduta (*wrongdoing*), pela intenção de "manter a dominância sobre a indústria de petróleo, não como resultado de métodos normais de desenvolvimento, mas por meio de novas combinações", o que teria sido obtido com uma série de ações de manipulação de preços, descontos discriminatórios de ferrovias, espionagem comercial e corrupção ativa. A desconstituição, como reação a essa má conduta foi justificada pelo objetivo de *impedir que o ato seja repetido*,¹⁹ *efetivamente encerrá-la*²⁰ e *neutralizar seus efeitos sobre o mercado*.²¹

15. De 423 casos de monopolização, 87 foram criminais e 336 foram civis, até 2001. CRANDALL (2001).

16. Os primeiros casos antitruste tinham como réus os sindicatos, que concentravam poder sobre o trabalho, entendido, como uma forma de ativo ou capital. Mesmo com o Clayton Act, que excluiu expressamente o trabalho do conceito de commodity ou capital, os sindicatos continuaram a ser alvo de ações. Sobre os primórdios do antitruste nos Estados Unidos, ver HOVENKAMP, H. *Enterprise and American Law-1836-1937*. Harvard University Press, 1991.

17. Sup. Court U.S. *United States v. Standard Oil Co. of New Jersey*, 152 F. 290 (1907).

18. Sup. Court U.S. *United States v. American Tobacco Company et al.*, 191 F. 371 (1911).

19. "Forbid the doing in the future of acts like those which we have found to have been done", *Standard Oil Co. of New Jersey*, 152 F. 290, p. 523.

20. "The exertion of such measure of relief as will effectually dissolve the combination found to exist", *id.*

21. "Neutralize the extension and continually operating force which the possession of the power unlawfully obtained has brought and will continue to bring about", *id.*

Aqui, quatro elementos são dignos de nota. O primeiro é a ênfase na *má conduta* ou o dolo, muito embora já se encontre ali uma análise estrutural sobre as barreiras à competição geradas pela verticalização. O segundo é a menção à necessidade de *prevenção da reincidência*, o que se propunha ali pelo próprio efeito dissuasório da medida, donde uma coloração de punição. O terceiro é a noção de efetividade, i.e. a necessidade da medida para *fazer cessar a conduta*. O quarto, a ideia de *reparação dos efeitos* produzidos, que naquele caso estava ligada à quebra do poder nocivo do agente, no intuito de impedir que o agente obtivesse benefício com sua torpeza (acusando alguma moralidade penalista). Essas quatro notas vão estar presentes na evolução posterior do tema, sofrendo variações de intensidade e de fundamento em sua reinterpretação.

O caso American Tobacco,²² julgado em 1911, também consiste em posição dominante alcançada por meio da aquisição de diversos negócios (cerca de 250 firmas envolvidas em diversos estágios de produção ou com diferentes produtos de tabaco). A formação desse conglomerado, ao longo de duas décadas, foi visto como abusivo pela intenção de fixar preços (dolo, ainda considerado como parte essencial do tipo infracional), apurada por um conjunto de evidências de práticas reprovadas como desleais (*unfair*), dentre elas o emprego de preços predatórios para quebrar rivais ou convencê-los a associar-se ao *trust* e a aquisição de plantas rivais para posterior fechamento. É interessante, no voto condutor, a análise detalhada e comparativa entre o que se considerou o bom funcionamento do mercado até 1890 *versus* o mau funcionamento do mercado atual, como decorrência das aquisições e combinações de capital a partir de então, o que trouxe mais à tona a consideração da estrutura e funcionamento do mercado antes e após a *má conduta*, com análise de nexo causal e perspectiva de resgate da competição com a desconstituição.

Essa atenção ao aspecto estrutural como fator determinante de condutas infracionais sobressai também no caso Corn Products Refining vs United States (1916).²³ As empresas teriam violado o Sherman Act, ao constituírem uma holding verticalizada para controlar a produção, manufatura e distribuição de produtos de glicose e amido, assim como de seus derivados. A Suprema Corte considerou que o propósito da verticalização foi o de restringir a concorrência, mas o interessante aqui foi a ênfase na *reiteração de práticas restritivas verticais* e a convicção de que essas seriam determinadas pela estrutura formada com a combinação. Daí porque medidas comportamentais cautelares seriam insufi-

22. Sup. Court U.S. United States of America v. American Tobacco Company et al., 191 F.371 (1911).

23. District Court, S.D. New York. United States v. Corn Products Refining Co., 234 F.964(1916).

cientes, sendo necessário desintegrar “uma combinação que tenha demonstrado uma insistência inveterada e incorrigível em interferir com o curso comercial que a lei exige”.²⁴

A preocupação com verticalização também foi a tônica nos casos da Alcoa, iniciados em 1912, com uma ação do Departamento de Justiça - DOJ,²⁵ que resultou em termo de compromisso. Seu cumprimento foi questionado pela Federal Trade Commission-FTC em 1930, com acusação de práticas discriminatórias. Em 1937, o DOJ moveu nova ação civil, acusando a Alcoa de monopolização do mercado de alumínio primário e estrangulamento de margem de rivais com fixação de preços de lingotes de alumínio muito próximos aos preços das chapas. O caso recebeu apreciações divergentes dos membros da corte,²⁶ mas as práticas foram reconhecidas e proibidas. Todavia, medidas estruturais foram adiadas em função da necessidade de alumínio para o engajamento dos E.U.A. na segunda guerra mundial. Durante a guerra, o governo dos E.U.A. construiu duas grandes plantas de produção de alumínio licenciadas para a Alcoa, que, após a guerra, foram vendidas, acabando com o monopólio. Mesmo assim, quando o caso foi retomado pela corte distrital,²⁷ determinou-se a alienação da participação da Alcoa em sua afiliada canadense, para estimular a importação.

Dentro dessa primeira leva de intervenções no início do século XX, vale examinar o caso *United Steel*,²⁸ decidido em 1920, em que a medida estrutural foi considerada, mas rejeitada pela Suprema Corte, apesar de se reconhecer a infração. Aqui também havia combinação de empresas produtoras de aço para formar a holding *United Steel*. Porém, embora a corte tenha reconhecido o intuito de fixar preços, considerou que a prática foi transitória e mal sucedida, não havendo perspectiva (*dangerous probability*) de que fosse retomada. Assim, o precedente deixou claro que prevenir a repetição e neutralizar o efeito sobre o mercado, antes apontados como objetivos da medida, passaram a ser condições necessárias para sua aplicação, mesmo diante da má conduta, o que já atenua o aspecto punitivo.

Além da retomada do caso Alcoa, que teve a análise antitruste perturbada por razões de política industrial, na década de 40, a desconstituição foi aplicada nos mercados de distribuição e exibição de filmes, em três casos que trouxeram evo-

24. District Court, S.D. New York. *United States v. Corn Products Refining Co.*, 234 F. 964, p. 139, j. 24.06.1916. No original em inglês: “desintegrating a combination which has shown such an inveterate and incorrigible insistence upon interfering with the course of commerce which the law demands”.

25. *United States v. Aluminum Company of America*, Eq. 159 (W.D. Pa, 1912).

26. *United States v. Aluminum Company of America* 148F.2d 416 (2d Cir. 1945).

27. *United States v. Aluminum Company of America*, 91 F. Supp. 333 (SD.N.Y. 1950).

28. Sup. Court U.S. *United States v. United Steel Corp.*, p. 251 (1920).

lução interessante em seu fundamento: *Schine Theaters*,²⁹ *Crescent Amusement*³⁰ e o mais rumoroso, o caso *Paramount*.³¹ Os três casos envolviam práticas restritivas verticais de venda casada (*block booking* – salas de exibição não integradas eram forçadas a comprar pacotes de filmes das distribuidoras) e discriminação nas exibições (*runs e clearances* – com preferência pelas salas integradas para primeiras exibições ou por determinado período). No caso *Paramount*, que envolveu as cinco grandes distribuidoras (*majors*) além de três menores, aliou-se às práticas verticais o paralelismo entre as condições de licenciamento dos filmes (incluindo as mesmas restrições verticais) e mecanismos para fixação de preços mínimos, até mesmo com formação de *pools* para gerir exibições em cidades onde duas ou três *majors* possuíam todas as salas. Essas práticas, novamente, criaram dificuldades a salas independentes e viabilizaram aquisições, elevando o poder das distribuidoras infratoras no mercado de exibição. A imposição da medida fundou-se na crença de que o conluio foi não só possível mas incentivado pela verticalização.³²

A medida somente foi adotada no caso *Paramount* após terem sido testadas e descartadas alternativas comportamentais, primeiro com um *consent decree* que instituiu mecanismo de arbitragem para resolver limitações de acesso a salas independentes, considerado insuficiente após três anos, e depois com a consideração de um sistema de leilão, descartado por dificuldades de implantação.

Outro dado relevante foi o afastamento explícito da noção de punição à má conduta com o esforço de ligar o desinvestimento à noção civil de reposição ou restauração natural do mercado à condição anterior à violação. A Suprema Corte devolveu o caso para a corte distrital com a determinação de desinvestimento daquelas salas de cinema que fossem fruto de restrições passadas à concorrência, o que seria simples aplicação do instituto de restituição do direito civil.³³ Obviamen-

29. *Schine Chain Theatres, Inc. v. United States* – 334 U.S. 110 (1948).

30. *Sup. Court U.S. United States v. Crescent Amusement Co. et al.*, 323 U.S. 173, (1944).

31. *Sup. Court U. S. United States v. Paramount Pictures Inc. et al.*, 334 U.S. 131, (1948).

32. “One of the chief matters referred to us by the Supreme Court is the effect of vertical integration upon competition in the industry (...) here we are presented with a conspiracy among defendants to fix prices, runs and clearances which we have already pointed out was powerfully aided by the system of vertical integration active aids to the conspiracy (...) Here, the vertical integrations were a definite means of carrying out the restraints and conspiracies we described above”. *Paramount Pictures Inc et al*, 85 F. Supp. 881, p. 37-38.

33. *Hence, the problem of the District Court does not end with enjoining continuance of the unlawful restraints, nor with dissolving the combination which launched the conspiracy. Its function includes undoing what the conspiracy achieved (...) the requirement that the defendants restore what they unlawfully obtained is no more punishment than the familiar remedy of restitution.* *Paramount Pictures Inc et al*, 85 F. Supp. 881, p. 37-38. Da mesma forma, no caso *Schine*,

te, a noção de restituição civil é um tanto forçada, uma vez que os ativos alienados a terceiros não são restituições de bens aos seus antigos proprietários. Também não há resgate da estrutura anterior do mercado, de modo que seu fundamento ainda é a eliminação punitiva de vantagens auferidas, com efeito dissuasório.³⁴

Esse lado reconstitutivo, na verdade de destituição dos benefícios auferidos, perde força logo depois no caso *Timken*,³⁵ um cartel internacional de alocação de mercados no qual a desconstituição foi deliberada, mas rejeitada em prol de alternativa comportamental. O julgamento do *Timken*, porém, é uma continuidade da posição adotada pelo juiz Reed no caso *National Lead*,³⁶ quando o aspecto preventivo sobressai.

A prática anticoncorrencial envolvida no caso *National Lead* foi a utilização abusiva de patentes relativas à manufatura e ao uso de pigmentos de titânio pela *National Lead* e pela *Du Pont*, no intuito de controlar sua produção e comercialização de derivados nos Estados Unidos. Além de condená-los pelo pool de patentes, a Suprema Corte entendeu que houve troca de informações entre as empresas concorrentes para manter o controle sobre o mercado, o que acresceu gravidade à prática.

Embora a *National Lead* tenha sido condenada, a desconstituição de ativos foi rechaçada, pois a partir das investigações e provas apresentadas, a corte entendeu que o mercado tinha potencial competitivo, o qual apenas se tornou inoperante em função do conluio entre as empresas. Assim, a corte não se convenceu de que haveria mais concorrência após a desconstituição de ativos e não viu como seu papel, nem punir, nem aumentar a competição, apenas eliminar seus entraves.³⁷ Para viabilizar essa re-

le-se: "To require divestiture of theaters unlawfully acquired is not to add to the penalties that Congress has provided in the antitrust laws. Like restitution, it merely deprives a defendant of the gains from his wrongful conduct. It is an equitable remedy designed in the public interest to undo what could have been prevented had the defendants not outdistanced the government in their unlawful project. (...) Divestiture or dissolution must take account of the present and future conditions in the particular industry as well as past violations. It serves several functions: (1) It puts an end to the combination or conspiracy when that is itself the violation. (2) It deprives the antitrust defendants of the benefits of their conspiracy. (3) It is designed to break up or render impotent the monopoly power which violates the Act."

34. Nesse sentido de impedir que o agente se beneficie de sua torpeza, a medida se aproxima das punições civis, ao lado das sanções civis de natureza reparatória, reconstitutivas ou ressarcitórias (ver ASCENSAO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira*. Rio de Janeiro, 1994. p. 57-58)
35. Sup. Court U.S. *Timken Roller Bearing Co. v. United States*, 341 U.S. 593 (71 S.Ct. 971, 95 L.Ed. 1199), j. 04.06.1951.
36. Sup. Court U.S. *United States v. National Lead Co. et al.*, 332 U.S. 319 (67 S. Ct. 1637), p. 357, j. 23.06.1947.
37. "This being a civil, not a criminal, proceeding, the purpose of the decree is not punishment, but effective and fair enforcement. It is not for the courts to realign and redirect effective and

tomada da concorrência, houve o estabelecimento de remédio comportamental alternativo, consistente na obrigação de compartilhar todas as informações de produção e processo do pigmento de titânio no licenciamento. As partes questionaram esse remédio com base em precedente cuja prática anticompetitiva teria sido mais grave, em que o compartilhamento, cogitado, foi recusado. A análise da Suprema Corte sobre a alegação é bastante elucidativa, ao *considerar a gravidade da prática absolutamente irrelevante para o delineamento da intervenção*,³⁸ cujo objetivo não seria punir, mas criar condições para que a restauração da competição fosse efetiva.

No caso *Timken*, em que houve conluio internacional para divisão do mercado de rolamentos, a Suprema Corte, por maioria, reviu a decisão da District Court que ordenara a desconstituição, por entender que seria desnecessária para restaurar a concorrência no mercado. Ausente o conluio, a competição seria naturalmente restaurada com auxílio de remédios comportamentais menos custosos. Reforçando a posição do caso *National Lead*, o juiz Reed defendeu que as cortes devem ordenar a desconstituição para encerrar a prática e *restaurar a competição* e não para punir os violadores.³⁹ Assim, se há algum objeto de reconstituição ou restauração, esse não é a condição do concorrente lesado, nem a condição do infrator antes do abuso, nem a condição do mercado antes da infração, mas o *processo competitivo*.

Tanto o *National Lead* quanto *Timken* foram criticados pelos *scholars* da época, como Walter Adams, que considerou ter o juiz Reed cometido um erro, por desviar-se do precedente *Paramount*, em que o desinvestimento foi justificado pelo fundamento independente de retirar o benefício que o infrator teria obtido com a prática.⁴⁰ Também o teste de necessidade que deu preferência ao remédio com-

lawful competition where it already exists and needs only to be released from restraints that violate the antitrust laws". *National Lead Co. et al.*, 332 U.S. 319 (67 S. Ct. 1637), p. 357.

38. "The fact that the violations of the Antitrust Act may have been more reprehensible in that case than here is not persuasive because this provision is not and should not be punitive. The justification for the compulsory imparting of methods and processes rests upon its appropriateness and upon the necessity for it in providing an effective decree". *National Lead Co. et al.*, 332 U.S. 319 (67 S. Ct. 1637), p. 357.
39. There are no specific statutory provisions authorizing courts to employ the harsh remedy of divestiture in civil proceedings to restrain violations of the Sherman Act. Fines and imprisonment may follow criminal convictions, 15 U.S.C. 1, 15 U.S.C.A. § 1, and divestiture of property has been used in decrees, not as punishment, but to assure effective enforcement of the laws against restraint of trade. Since divestiture is a remedy to restore competition and not to punish those who restrain trade, it is not to be used indiscriminately, without regard to the type of violation or whether other effective methods, less harsh, are available" *Sup. Court*, 341 U.S. 593 (71 S.Ct. 971, 95 L. Ed. 1199).
40. Ver: ADAMS, Walter. *Dissolution, Divorcement, Divestiture: the Pyrrhic Victories of Antitrust*. *Indiana Law Journal*, vol. 27. Issue 1, Article 1 (1951), p. 1. Disponível em: [www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2313&context=ilj].

portamental foi visto como equivocado em relação ao caso *Crescent Amusement*, em que a Suprema Corte teria rechaçado a alegação de *hardship*, i.e. dificuldade e custos de implantação da medida. Na verdade, em vez de erro, a posição liderada por Reed representou modificação da regra jurisprudencial, que evoluiu para finalmente depurar a *divestiture* de qualquer aspecto punitivo. Nos casos subsequentes, a ideia de quebra do poder de mercado, interpretada como retirada dos *incentivos* para a conduta, passou a prevalecer⁴¹ ao lado do objetivo de restauração do processo competitivo, tendo como corolário a sua subsidiariedade em relação a medidas comportamentais, ou a preferência pelas soluções menos onerosas.⁴² Essa regra tornou ainda mais raras as intervenções, que, na verdade, resumiram-se ao caso AT&T na década de 80 e voltaram à cena com a proposta da District Court de Columbia contra a Microsoft, na década passada, que foi rejeitada pela Suprema Corte.

No caso AT&T,⁴³ a acusação do governo apontou uma série de práticas discriminatórias por parte da empresa ao longo de três décadas. A Suprema Corte concluiu que essas práticas eram possíveis e recorrentes, em função do controle da AT&T sobre as (*Bell companies*), que controlavam a infraestrutura de rede local, de modo que tinham o incentivo e o poder para prejudicar seus concorrentes nos mercados verticalmente relacionados de chamadas de longa distância e também de produção de equipamentos para telefonia. Como se tratava de infraestrutura não duplicável, a corte descartou medidas comportamentais alternativas, determinando a alienação das *Bell companies* com separação total da AT&T e proibição dessas operarem o serviço de longa distância. A aplicação seguiu a cartilha de Reed em justificar a

-
41. Obviamente, tratando-se de sistema normativo de fonte jurisprudencial, não há uma delimitação precisa nas regras e a citação de precedentes ou mesmo de critérios de aplicação pode voltar a figuras passadas e muitas vezes repetem o trio já enunciado no *Standad Oil* ("impedir que *ato seja repetido, efetivamente encerrá-lo e neutralizar seus efeitos sobre o mercado*") que, reinterpretado, não deixa de estar correto para descrever o direito vigente nos E.U.A. O importante é que a leitura desse enunciado passa a dar ênfase à prevenção na evolução jurisprudencial, o que se percebe bem com a rejeição a tentativas de aplicação com intuito punitivo. Assim, mesmo que em decisão posterior se fale em "quebra do monopólio" ou "impedir que o infrator se beneficie com a prática", em referência a decisões passadas, a ênfase é sempre em impedir efeitos que continuem a suprimir a concorrência (esse seria o efeito benéfico ao infrator a ser combatido) que sejam decorrentes da estrutura do mercado onde se insere o agente (aqui o novo sentido da quebra do monopólio).
 42. Representativo dessa linha foi o caso *United Shoe Machinery* (*United States v. United Shoe Machinery Corp.*, 110 F. Supp. 295, j. 18.02.1953), em que apesar da constatação de monopolização ilícita do mercado de máquinas para fabricação de sapatos, a desconstituição proposta pela corte distrital, por ser considerada excessivamente custosa, foi substituída por medidas comportamentais, como a suspensão e cancelamento de contratos de aluguel de máquinas com produtores de sapatos.
 43. *Sup. Court U.S. United States v. American Telephone and Telegraph Company*, 552 F. Supp. 131, p. 165-6, (1982).

intervenção somente como forma de restaurar a competição e eliminar incentivos estruturais que trouxessem risco considerável de reiteração da prática.⁴⁴

A mais recente ordem de desconstituição de ativos nos Estados Unidos foi tomada pela District Court do Distrito de Columbia, no caso *Microsoft*, o qual consolidou duas ações civis referentes a práticas anticoncorrenciais adotadas pela *Microsoft* para manter o monopólio no mercado de sistemas operacionais e utilizá-lo para dominar o mercado de aplicativos (venda casada tecnológica de seu navegador *Internet Explorer* com o sistema operacional *Windows*). A corte distrital determinou a divisão da *Microsoft* em duas, uma para sistemas operacionais e outra para aplicativos, além de submetê-la a uma série de obrigações, como o licenciamento não discriminatório do *Windows*, a prestação de informações técnicas acerca da interoperabilidade dos sistemas, e vedação a vendas casadas e a contratos de exclusividade. Em recurso, a Corte de Apelação confirmou a ocorrência de infração de venda casada (com alguma divergência sobre condições de entrada no mercado de softwares ou sistemas operacionais, que descartou a acusação de monopolização). Já o desinvestimento foi considerado desnecessário e a matéria foi devolvida para reapreciação da corte distrital. Em novembro de 2001, no entanto, a *Microsoft* entrou em acordo com o DOJ, envolvendo apenas obrigações comportamentais, como o compartilhamento das interfaces de programação da *Microsoft* com terceiros e a nomeação de um painel de técnicos que teriam acesso total ao sistema e aos códigos da *Microsoft*. A fundamentação do acordo aponta que o remédio antitruste deve pôr fim à conduta ofensiva, prevenir sua recorrência e restaurar a competição. A recorrência não necessariamente se limita à infração específica, mas pode dizer respeito a práticas similares. A restauração do processo competitivo concentra-se no mercado e não em ganhos específicos do agente, podendo incluir ações positivas que favoreçam rivais até que o processo competitivo seja retomado.⁴⁵

Assim, na evolução do direito concorrencial norte-americano, parte-se de iniciativa do governo em desmantelar conglomerados com poder de monopólio, onde a desconstituição aparece como forma de repressão aos *trusts*, com acento no as-

44. *To the extent, then, that the proposed decree proceeds on the assumption that the structural reorganization will make it impossible, or at least unprofitable, for AT&T to engage in anticompetitive practices, it is fully consistent with the public interest in the enforcement of the antitrust laws. The soundness of this remedy becomes even more apparent when it is compared with other relief alternatives. It would be difficult to formulate an order that would effectively deal with all of the different kinds of anticompetitive behavior that are claimed to have occurred over a considerable period of time, in various geographical areas, and with respect to many different subjects. There is evidence which suggests that AT & T's pattern during the last thirty years has been to shift from one anticompetitive activity to another, as various alternatives were foreclosed through the action of regulators or the courts or as a result of technological development.* American Telephone and Telegraph Company, 552 F. Supp. 131, p. 165-6 (1982).

45. Ver JAMES, Charles A. "The Real Microsoft Case and settlement", *Antitrust*, 2001.

pecto punitivo. Como as intervenções ocorreram em processos civis, a evolução jurisprudencial buscou fundamento na figura civilista de “reconstituição natural”, que na verdade continha resquício punitivo, no sentido de eliminar benefícios auferidos com a prática. Por fim, o aspecto punitivo é completamente depurado e a medida assume aspecto remediador, no sentido de retirar os incentivos decorrentes da estrutura de mercado que levam à infração e restaurar o processo competitivo. Esse passa a ser o sentido da tríade do caso *Standard Oil*: encerrar efetivamente a prática, impedir que seja repetida e neutralizar seus efeitos sobre o mercado. Como o objetivo é *remediar o mercado* e não punir o agente,⁴⁶ a medida somente pode ser adotada quando esgotadas alternativas comportamentais ou opções menos custosas. Admite-se que a medida atribua vantagens competitivas aos rivais, desde que necessário e até que a competição seja restaurada.

2.2 Comunidade Europeia

A possibilidade de intervenção estrutural em condenações por abuso de posição dominante⁴⁷ vem prevista no art. 7 (1) do Regulamento (CE) n. 1/2003 cuja redação reflete já um estágio amadurecido do tema na experiência internacional, alimentada pela experiência norte-americana e pela discussão, em casos que versaram sobre remédios comportamentais, do dispositivo anterior sobre o tema, o art. 3 do Regulamento 17/1962, que, embora previsse poderes para fazer cessar a infração, não falava explicitamente da intervenção estrutural.

O Regulamento 1/2003 separa, no art. 5, a imposição de multas, especificadas no art. 23, da exigência de encerramento da conduta, prevista no art. 7, que é visto pela doutrina como a sede da aplicação de “remédios”, destacando-se que “remedies are not ‘sanctions’ against undertakings in the sense of a penalty or punishment, nor do they generally compensate harmed parties”.⁴⁸ Portanto, os intuitos punitivo

46. Ver SULLIVAN (2001-2).

47. No Tratado de Roma ou Tratado da Comunidade Econômica Europeia, a matéria de direito concorrencial foi tratada nos arts. 85 e 86, os quais versavam, respectivamente, acerca dos acordos anticompetitivos entre concorrentes e do abuso de posição dominante. Em 1993, o Tratado de Maastricht, ao criar a União Europeia e renomear a Comunidade Econômica Europeia – a qual passou a ser designada Comunidade Europeia, reenumerou os referidos dispositivos para arts. 81 e 82 do Tratado da Comunidade Europeia. Em 2009, com a entrada em vigência do Tratado de Lisboa, ocorre nova mudança de numeração, de modo que, atualmente, estão vigentes os arts. 101 e 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. O Regulamento CE 1/2003, embora se refira expressamente aos arts. 81 e 82 do Tratado da Comunidade Europeia, continua vigente, sendo o seu conteúdo aplicável aos arts. 101 e 102 do Tratado sobre Funcionamento da União Europeia.

48. HELLSTROM, P.; MAIER-RIGAUD, F. e BULST F. W. Remedies in European Antitrust Law. *Antitrust Law Journal*. n. 1. p. 44, 2009; ver também LOWE, P.; MAIER-RIGAUD, F. *Quo Vadis Antitrust remedies*. Fordham Competition Law Institute, 597 (Barry E. Hawk, ed. 2008).

e compensatório a terceiros, e mesmo a ideia de restauração da condição do agente ou de concorrentes prejudicados, ficam afastados. Ainda que se reconheça ser o remédio oneroso ao infrator e, nesse sentido, tenha um efeito dissuasório, tal efeito deve ser “colateral” e de forma alguma pode justificar a aplicação da medida.⁴⁹

Sobre a exigência de encerramento da conduta, o art. 7 do Regulamento 1/2003 prevê a possibilidade de adoção de medidas estruturais ou comportamentais, desde que sejam *proporcionais*⁵⁰ à infração cometida e *necessárias* para pôr fim à prática. As medidas comportamentais são expressamente preferidas, de modo que a medida estrutural somente pode ser imposta quando não houver alternativa comportamental, com indicação de que se deve evitar intervenção excessivamente onerosa sobre a empresa (art. 7(1)). Por outro lado, tendo em vista que a intervenção estrutural afeta o direito de propriedade, a medida, a princípio, somente pode ser aplicada quando a legislação nacional do Estado Membro a permitir e não esbarrar em limites constitucionais.⁵¹ O procedimento de análise e aplicação do remédio abre espaço para garantir que sua onerosidade seja a menor possível, na medida em que é divulgado às partes um relatório preliminar, que detalha e justifica as preocupações concorrenciais que demandam intervenções para restaurar a competição, a partir do qual as empresas podem contraditar ou propor os remédios a serem aplicados (art. 9(1)). A prática da Comissão Europeia tem dado preferência às medidas comportamentais na atuação preventiva, tendo feito uso da medida estrutural em apenas três casos até hoje, a saber, E.ON,⁵² RWE⁵³ e ENI.⁵⁴

No caso E.ON, em investigação, a Comissão Europeia constatou redução da capacidade de oferta de energia elétrica com o intuito de elevação de preços e restrições verticais por parte da E.ON. Considerou que havia dominação coletiva pelas ofertantes E.ON, RWE e Vattenfall, em função, dentre outros fatores, da interli-

49. HELLSROM et. al. Op. cit. p. 50.

50. A exigência de proporcionalidade é interpretada como decorrente do art. 3 (6) do Tratado da União Europeia, o qual estabelece que a União Europeia deve perseguir os seus objetivos por meios adequados.

51. Há uma discussão sobre casos limite em que, embora não haja previsão na legislação nacional, a prática e a estrutura traga riscos sérios de efeitos negativos entre Estados Membros, hipótese na qual seria admissível a intervenção. Ver OCDE, *Competition Law & Policy. Report on experiences with structural separation*, 2012.

52. Comissão Europeia. Casos COMP/39.388 – German Electricity Wholesale Market e COMP/39.389 – German Electricity Balancing Market, j. 26.09.2008. Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39388/39388_2796_3.pdf].

53. Comissão Europeia. Caso COMP/39.402 – RWE Gas Foreclosure, j. 18.03.2009. Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39402/39402_576_1.pdf].

54. Comissão Europeia. Caso COMP/39.315 – ENI, julgado em XX, Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39315/39315_3019_9.pdf].

gação por redes de contratos entre as empresas induzida pela própria regulação do sistema de fornecimento, mas concentrou suas atenções na E.ON detentora da maior capacidade e número de plantas geradoras, além de ter estrutura verticalizada com sistema de transmissão. As práticas da E.ON incluíam, além da redução da oferta, medidas de blindagem à entrada como contratos de exclusividade ou de fornecimento de longo prazo e oferta a novos entrantes de participação em suas usinas. No mercado de balanceamento⁵⁵ a empresa E.ON Netz, monopsonista na transmissão de energia elétrica, adquiria reservas apenas de empresas do grupo E.ON, sem procurar alternativas mais competitivas, repassando esse incremento de custos ao consumidor final. Diante dos resultados preliminares das investigações, a E.ON fez proposta de desinvestimento de um portfólio de usinas e de sua rede de transmissão de voltagem extra-alta, o que foi aceito pela Comissão.

O caso RWE, envolveu empresa dominante nos mercados de transmissão e fornecimento do gás e detentora da rede de transporte, acusada de restringir o acesso de concorrentes a essa infraestrutura essencial. Além disso, houve acusação de recusa de fornecimento de transmissão de gás a outras empresas, no intuito de diminuir as margens dos competidores da RWE nos mercados *downstream* (*margin squeeze*). Diante das investigações e do posicionamento da Comissão Europeia, a RWE comprometeu-se voluntariamente a vender toda a sua rede de transmissão de gás de alta pressão no Oeste da Alemanha, incluindo o pessoal, os serviços e bens a ela correlatos.⁵⁶ O caráter preventivo e subsidiário da medida de desconstituição, sempre em atenção à solução menos onerosa para a infratora, foi bem destacado nessa decisão, incluindo a importância da solução partir da própria acusada.

No caso ENI, a Comissão Europeia deparou-se novamente com estrutura verticalmente integrada no setor de gás, desta vez envolvendo o transporte e a distribuição de gás na Itália, onde atua a empresa acusada. A Comissão Europeia considerou que a empresa detinha posição dominante tanto no transporte quanto na

55. No mercado atacadista de energia elétrica (“wholesale electricity market”), no qual a eletricidade é comprada para posterior revenda, enquanto a “energia de balanceamento” (“balancing power”) diz respeito a reservas secundárias utilizadas de forma complementar e para manutenção da tensão (voltagem) apropriada da rede.

56. “According to settled case law, the principle of proportionality requires that the measures adopted by Community institutions must be suitable and not exceed what is appropriate and necessary for attaining the objective pursued. Where there is a choice between several appropriate measures, recourse must be had to the least onerous one, and the disadvantages caused must not be disproportionate to the aims pursued. For the assessment of the proportionality of Commitments submitted within the framework of Article 9 of Regulation 1/2003, the Commission takes into account that the Commitments are not imposed by the Commission for an established infringement under Article 7 (1) of Regulation 1/2003, but voluntarily proposed by the undertaking seeking to bring the procedure to an end without a formal decision on the existence of an infringement”.

distribuição, tendo encontrado indícios de que a ENI teria praticado abusivamente a recusa de fornecer, a concorrentes, acesso a sua capacidade de transporte (*capacity hoarding*), ou oferta de acesso sob condições inviáveis ou desinteressantes (*capacity degradation*), além da limitação estratégica de investimentos em seus dutos de transporte internacional de modo a limitar importações. A ENI apresentou uma proposta de desinvestimento de suas participações acionárias nas companhias relacionadas ao transporte internacional de gás, remédio que a Comissão Europeia considerou apto a solucionar o problema apontado. A Comissão Europeia entendeu que a medida estrutural era adequada, pois, em sua ausência, “os incentivos para que uma empresa verticalmente integrada do setor de gás continuasse a adotar condutas anticompetitivas não seriam removidos, resultando no risco de não por termo, de modo efetivo, à alegada infração”.⁵⁷ Isso deixa claro que a “efetividade” do art. 7(1) para por fim à infração é interpretada como eliminação, preventiva, dos incentivos estruturais para a infração.

Nota-se que todos os casos tinham por objeto mercados regulados, que passaram, recentemente, por privatizações, nos quais a estrutura verticalizada e o controle de infraestrutura essencial foram vistos como impeditivos de novas entradas e fatores determinantes de práticas anticompetitivas. Daí a intervenção para eliminar incentivos estruturais à infração nesses mercados ligados a serviços públicos, o que mostra a opção da Comissão Europeia pelo uso preventivo da medida.

2.3 Reino Unido

A legislação inglesa é *sui generis* por atribuir à autoridade de concorrência papel regulador da competição, com o uso da desconcentração independentemente da constatação de infração, o que aproxima a medida de uma ferramenta de planejamento econômico. A previsão de desconstituição de ativos fica reservada a um procedimento à parte, distinto da investigação de condutas (onde o objeto é o agente) ou da análise de atos de concentração (onde o objeto é o ato de concentração entre agentes), sendo antes voltado para o diagnóstico do mercado (o objeto é o próprio mercado).

O Enterprise Act, de 2002,⁵⁸ em seu capítulo 4, prevê as chamadas investigações de mercado (*market investigations*) conduzidas pela *Competition Commission* (CC) que podem resultar de estudos de mercado iniciadas pela *Office of Fair Trading* (OFT),⁵⁹ quando há suspeitas de que determinada combinação de características

57. Comissão Europeia. Caso COMP/39.315 – ENI, p. 22.

58. *The Enterprise Act* (EA). Disponível em: [www.legislation.gov.uk/ukpga/2002].

59. Esse é o mecanismo mais comum, mas as investigações podem ser provocadas também por representações de agencias reguladoras setoriais e pelo Secretário de Estado (EA, parte 4)

do mercado possa impedir, restringir ou distorcer a competição. Confirmada essa condição, a CC tem poderes para, no intuito de fomentar a competição, definir remédios de gama variada, que vão desde recomendações a órgãos governamentais e agências reguladoras, passando pela imposição de medidas comportamentais aos agentes do mercado e, em última instância, a determinação de cisão e alienação de ativos. O teste para admissão desse tipo de investigação que pode levar à desconstituição de ativos volta-se para *características do mercado*, que podem combinar aspectos estruturais e comportamentais (tomados em sentido amplo de práticas mercadológicas e usos e costumes do comércio, envolvendo não só os agentes como também os consumidores), sendo impróprio para situações em que a OFT suspeita de infração a concorrência,⁶⁰ hipótese em que o tema se enquadra no Competition Act, de 1998.⁶¹

O mesmo vale em relação a acordos ou condutas abusivas com efeitos entre Estados— membro da Comunidade Europeia (CE), aplicando-se os arts. 81 e 82 do Tratado da CE (Regulação 17/62/EEC, revisada pela Regulação 1/2003). Nota-se, porém, que, para conluio entre concorrentes (sujeitos ao art. 81) a OFT dificilmente prossegue com a representação à CC, ao passo que para condutas abusivas unilaterais (art. 82) a CC pode seguir na investigação de mercado e estabelecer remédios que serão levados em conta pela OFT na investigação da conduta, nos termos do art. 81.

Embora o tema envolva nuances, em geral, as investigações de mercado abrangem a constatação de comportamentos que têm mais o sentido de omissão de atos competitivos (daí o art. 131(3) do *Enterprise Act* falar em “*failure to act*”), decorrentes de incentivos viciados da estrutura do mercado, ao passo que investigações de condutas voltam-se para atos comissivos, unilaterais ou coordenados, que tenham por efeito atual ou potencial a redução ou distorção na concorrência. Em outras palavras, na investigação de mercado é o mau funcionamento do mercado que causa e se confirma pela ausência de atos competitivos (objeto de remédios); já na investigação de condutas é a ação anticompetitiva que causa o mau funcionamento do mercado (objeto de punição dissuasória). Para compreender essa separação, vale examinar os dois únicos casos em que houve imposição pela CC de remédio estrutural, um no mercado de serviços aeroportuários e outro na cadeia produtiva envolvendo os mercados de escória, cimento e concreto.

60. Office of Fair Trading: Guidance on Market Investigation References, item. 2.2 e ss. Disponível em: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284399/of1511.pdf].

É possível, porém, que casos de isenção em bloco pelas regras comunitárias sejam objeto de investigação de mercado pela CC.

61. Ver WILSH, Richard. *Competition Law*. 6. ed. Oxford. p. 454 e ss.

Na investigação de serviços aeroportuários as atenções se voltaram para a estrutura monopolística encontrada no sudeste da Inglaterra, em que a BAA Limited controlava 4 aeroportos, representando 90% dos passageiros (Heathrow, Gatwick e Stansted – na região de Londres e também Southampton) e na Escócia, onde controlava 3 aeroportos, representando 84% dos passageiros (Edinburgo, Glasgow e Aberdeen). Após exame criterioso de mercado, a CC concluiu que os aeroportos controlados pela BAA eram os substitutos de demanda mais próximos uns dos outros no Sudeste de Londres e na Escócia. Porém, a competição e substituição por passageiros e cias aéreas era muito baixa, os preços e margens eram elevadas, e níveis de investimento em expansão muito aquém do *benchmark* representado por outros aeroportos. Embora não tivesse sido identificada uma conduta particular abusiva de elevação de preços, foi detectado comportamento omissivo continuado de cada aeroporto em não buscar atrair passageiros ou cias aéreas de seus “concorrentes” mais próximos. Daí a conclusão pela alienação dos aeroportos de Gatwick e Stansted, na Inglaterra e alienação do aeroporto de Glasgow ou Edinburgo pela BAA, além de obrigações comportamentais para o aeroporto de Aberdeen e recomendações a órgãos reguladores setoriais para acompanhar preços, elevar o investimento e qualidade do serviço naqueles aeroportos.

A investigação no mercado de cimentos, por sua vez, envolveu a análise de estrutura de mercado oligopolizada no fornecimento de cimento, abrangendo também o fornecimento de escória (*upstream*) e de concreto (*downstream*). O mercado inglês de cimento era dominado por quatro empresas – Lafarge-Tarmac, Aggregate Industries, Hanson e Cemex – que, juntas, representavam cerca de 90% das vendas. O fator tomado como desencadeador do comportamento paralelo foi a retração de cerca de 40% na demanda nos 10 anos anteriores à investigação. A interdependência mútua entre os agentes, já normalmente acentuada em mercados oligopolizados, tornou-se aguda, uma vez que ações competitivas de uns poderiam ter forte impacto nos outros, em um cenário no qual as empresas operavam próximo ao limite aceitável de ociosidade para manter o negócio viável. Em outras palavras, a competição poderia levar a ganhos relativamente pequenos de receita frente ao risco iminente de quebra com a perda de clientes. Nesse ambiente, o indicio de mau funcionamento a chamar a atenção das autoridades, que não se coadunava com o cenário de retração da demanda, foi a estabilidade dos preços, margens e participações de mercado e a manutenção da capacidade de produção.⁶² A OFT examinou fatores estruturais e comportamentais adicionais que tornavam a colusão tácita altamente provável.

O primeiro conjunto de fatores relacionava-se ao aprofundamento da interdependência: (i) havia diversas participações societárias cruzadas entre as empresas,

62. Embora tenha ocorrido fechamento de algumas plantas, a redução de capacidade foi considerada desproporcionalmente inferior à retração da demanda.

o que reduzia o ímpeto competitivo além de facilitar a troca de informações; (ii) a Lafarge-Tarmac, que liderava a evolução dos preços, possuía contrato de exclusividade com todos os fornecedores de escória, revendendo-a aos demais *players* na forma bruta ou processada e granulada, que, assim, colocavam-se em condição de dependência; (iii) por outro lado, havia elevado nível de vendas cruzadas, uma vez que a verticalização com o mercado de concreto havia saltado de 14% para 62%, sendo que a Lafarge-Tarmac era, em escala significativa, a empresa com menor volume de vendas internas ao grupo e, nesse sentido, a mais dependente dos outros *players*. O segundo conjunto relacionava-se ao risco de detecção e retaliação de ações competitivas: (i) a presença de vendas cruzadas de cimento para concreteiras dos demais *players* permitia a imediata identificação de qualquer redução de preços; (ii) o elevado nível de ociosidade poderia ser usado para contra-atacar tentativas de capturar clientes do rival; (iii) havia o hábito disseminado de anunciar antecipadamente a elevação de preços, normalmente acompanhada pelas demais; (iv) foi identificada, nesse aspecto, uma política de toma-lá-dá-cá (*tit-for-tat*) em que a captura pela empresa A de um cliente de empresa B normalmente era seguida de redução da quantidade de cimento adquirida da empresa A pela concreteira de B (sinalização de uma para a outra de que a competição não compensa); (v) a participação em entidades associativas poderia facilitar trocas de informações; (vi) os consumidores mantinham grau significativo de fidelidade ao fornecedor.

Esses efeitos de estabilização interna do status não competitivo foram confirmados pela estabilidade de preços e participações de mercado, além de existir evidência documental, como metas de bônus aos executivos pela manutenção do *share*, em vez de seu aumento, e uma maior preocupação com riscos de entrada e importações do que com a conquista de novos clientes. Por fim, foram identificados elementos de *estabilidade externa*, como a baixa probabilidade de novas entradas em mercado estagnado e iniciativas dos agentes para bloquear importações.

Esse conjunto de fatores e evidências levou a CC a propor 10 medidas remediadoras. No procedimento adotado,⁶³ a CC publica previamente o diagnóstico e os remédios pretendidos abrindo-os para o contraditório com os afetados. Os remédios são adotados apenas se a CC demonstrar sua eficácia para solucionar o diagnóstico negativo do funcionamento de mercado e a ausência de medidas comportamentais equivalentes. Ao final, foram adotadas apenas três medidas: (i) desinvestimento de uma planta de cimento pela Lafarge (após contestação pela Lafarge admitiu-se a escolha de uma dentre duas plantas sugeridas), com a opção de aquisição de concreteiras; (ii) proibição da prática de anúncio antecipado de aumentos; (iii) proi-

63. Competition Commission Guidelines for Market Investigations: their role, procedures, assessment and remedies. Disponível em: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284390/cc3_revised.pdf].

bição às entidades de classe da publicação de dados de venda antes de três meses. Foi afastada uma série de outras medidas após a contestação das empresas afetadas, tais como a venda de plantas de concreto por três líderes (que ficou limitada à líder Lafarge), a criação de um grupo estatal de compra de cimento (o que dá uma noção do intuito planejador das *market investigations*), a venda de estações de moagem, a criação de barreiras de informação entre concreteiras e cimenteiras, o controle de vendas cruzadas e remédios para abertura do mercado de escória.

O modelo britânico, ao intervir na propriedade privada para fomentar a competição, é *sui generis* dentro do espectro internacional.⁶⁴ Além de enfrentar zonas de penumbra para aplicação, como é o caso da linha tênue entre paralelismo ou colusão tácita (onde o comportamento converge mas é independente) e dominância coletiva⁶⁵ (onde há coordenação para manter o domínio do grupo),⁶⁶ o remédio estrutural, nessa construção, confunde-se com reforma e planejamento do mercado.

64. Ver. OECD. *Competition Comm. Report on Experiences with Structural Separation*, 2012 e *Competition Comm. Report on Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases*, 2007.

65. A primeira aparição do termo “collective dominance” costuma ser associada ao caso *Alsatel* (Case 247/86 – *Alsatel v Novasam* [1988] ECR 5987) julgado pelo Tribunal de Justiça Europeu (TJE) em 1988, embora sua definição tenha sido efetivada somente anos mais tarde, na decisão do caso *Italian Flat Glass* (1992) – quando o Tribunal de Primeira Instância Europeu (TPIE) então avaliou a possibilidade de uma ligação não explícita, mas costurada por acordos ou licenças de tecnologia, que aliada a fatos econômicos de interdependência, conferem uma posição de supremacia em relação a concorrentes e consumidores (Joint Cases T-68, 77, 78/89 – *Societa Italiana Vetro SpA and other vs. the Commission* [1992] ECR II 1403, §358). Nesse caso, o TPIE reconheceu a possibilidade de um oligopólio ilegal (ver Patrick Ryan, *European Competition Law, Joint Dominance, and the wireless oligopoly problem*, *Columbia Journal of European Law*, vol. 11, p. 360), em evolução à posição conservadora derivada do caso *Hoffmann-La Roche v. Commission*, julgado pelo TJE (ver Richard Whish, *Competition Law*, p. 558). Os julgados seguintes refinariam esse conceito de ligação, dentre os quais se destaca o caso *Campagnie Maritime Belge*, que estabeleceu ser dispensável para a identificação de posição dominante coletiva a existência de um acordo ou de outro contexto de ligação estritamente jurídica (Case C-365 & 396/96P – *Compagnie Maritime Belge Transports SA v Commission*, Case C-365 & 396/96P [2000] ECR I-1365, §45). Segundo a decisão, a identificação poderia fiar-se em diferentes fatores de conexão, inclusive econômicos, e dependeria de avaliações da estrutura do mercado em questão, para apurar se os agentes atuam, de fato, como entidade única *Laurent Piau v. Commission* Case T-193/02 [2005] ECR II-209, § 110. Esses fatores econômicos devem levar a (i) certo grau de transparência no mercado; (ii) existência de mecanismo de retaliação e (iii) ausência de reação de concorrentes atuais e potenciais, bem como de consumidores (Case T-342/99 – *Airtours plc v Commission* [2002] ECR II-2585, § 62).

66. O OFT Guidance for Market Investigations (item. 2.5) reconhece a dificuldade, principalmente porque a conceituação da dominação coletiva não é madura na jurisprudência, sendo normalmente inferida a partir da mesma evidência empírica da colusão tácita: o comportamento paralelo. Os próprios termos são usados, por alguns, como sinônimos,

3. NATUREZA JURÍDICA DA DESCONSTITUIÇÃO DE ATIVOS

Como visto, a “desconstituição de ativos”, ou “imposição de desinvestimento”, ou “desconcentração”, ou ainda “intervenção estrutural”, que são expressões equivalentes utilizadas para descrever a imposição de alienação de propriedade no julgamento de abusos de poder econômico pela autoridade de defesa da concorrência, tem sua natureza referida na jurisprudência internacional pela expressão metafórica de “remédio”. Em relatório da OCDE que analisa a prática internacional há clara distinção entre remédios e sanções, nos seguintes termos:

“Remedies cure, correct or prevent unlawful conduct, whereas sanctions penalize or punish it. Typically, a competition law remedy aims to stop the violator's illegal behavior, its anticompetitive effects, and its recurrence, as well as to restore competition. Sanctions are usually meant to deter unlawful conduct in the future, and in some jurisdictions, also to force violators to disgorge their illegal gains and compensate victims”.⁶⁷

A metáfora engloba, assim, o esforço de supressão da conduta ou de seus efeitos, de prevenção da reincidência, bem como a restauração do processo competitivo. Embora se apresente como dicotômica em relação à sanção (no sistema inglês sua aplicação independe da ocorrência de infração), o que se objetiva é depurá-la especificamente do aspecto *punitivo*. Por outro lado, vê-se o remédio como medida de restrição a direitos, muito embora seja, na grande maioria dos países, admitida apenas mediante infração.

Essa confusão de aspectos do poder administrativo sancionador com traços do poder de polícia não chega a surpreender, uma vez que esses ramos do direito administrativo têm sua origem imbricada, havendo ainda zonas cinzentas de intenso debate doutrinário. De fato, o direito administrativo sancionador ganhou autonomia apenas no século passado⁶⁸ pela observância doutrinária da ampliação do poder administrativo de autotutela (sanções disciplinares), a partir do movimento de descriminalização e circunscrição do direito penal à proteção de valores fundamentais, de um lado, e pela incorporação de medidas repressoras atinentes ao exercício do

havendo mais recentemente esforço de distinção, em particular a partir da discussão recente da jurisprudência da Comunidade Europeia e da experiência inglesa, como veremos mais adiante.

67. *Competition Comm. Report on Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases*, 2007.

68. Há importantes exceções entre nós quanto ao tratamento autônomo das sanções, como por exemplo Hely Lopes Meirelles, que insere o poder de sancionar como uma das manifestações do poder de polícia (MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. 2010, item 7.7, p. 143): “o poder de polícia seria inane e ineficiente se não fosse coercitivo se não estivesse aparelhado de sanções para os casos de desobediência à ordem legal da autoridade competente” .

poder de polícia, de outro. A preocupação dogmática⁶⁹ gira em torno da necessidade de incorporar mecanismos constitucionais de garantia para a aplicação de sanções, incluindo ali as medidas repressoras, retirando-as do espaço discricionário da administração.⁷⁰ O desafio está em conciliar as garantias individuais na aplicação da pena com a instrumentalidade na persecução do interesse público, própria do direito administrativo⁷¹ – desafio, aliás, que, como vimos, foi enfrentado de modo astuto, mas confuso, no direito norte-americano, ao combater *trusts* por meio de ações civis.

De forma bem ampla, toda fala sobre sanções versa sobre normas de segunda ordem, ou meta-normas, cujo objeto é assegurar a observância ou conter efeitos da inobservância de outras normas,⁷² i.e. as proibições de diferentes formas de infrações à ordem econômica. As consequências previstas nessas meta-regras podem ser negativas ou positivas (premiais) para o sujeito normativo. As premiais não são consideradas sanções pelos administrativistas.⁷³ Dentre as negativas, há aquelas medidas *preventivas* e as *sucessivas* em relação à inobservância da norma-objeto. As preventivas são medidas de *vigilância* e *controle*, visando a criar obstáculos, oportunidades de fiscalização do comportamento dos sujeitos normativos ou precluir a possibilidade de ocorrência da infração. Elas são instrumentalizadas por meio de restrições ao exercício de direitos ou liberdades, seja por condicionamentos a atividades, seja por impedimento ou cassação de liberdades, diante de ameaças de infração ou de lesão a bens individuais de terceiros ou interesses coletivos que são resguardadas pelas normas-objeto. A doutrina administrativista, em geral, insere essas atuações do poder público para conter o perigo de dano no âmbito do *poder de polícia* ou da administração ordenadora.⁷⁴

69. ZANOBINI, G. *Le Sanzioni amministrative*. Turim: Fratelli Bocca Editori, 1924; NIETO GARCIA, A. *Derecho administrativo sancionador*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1994; SUAY RINCON, J. *Sanciones administrativas*. Bolonha: Publicaciones del Real Colegio de España, 1989; DELLIS, G. *Droit Penal et Droit Administratif – L’Influence des Principes du Droit Pénal sur le Droit Administratif Répressif*, Paris: LGDJ, 1997; MEDINA OSORIO, F. *Dirito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009; PRATES, M. *Sanção administrativa geral: anatomia e autonomia*. Almedina, 2005; BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

70. Boa parte da discussão entre os administrativistas concentra-se em discutir em que medida cada princípio do direito e do processo penal (anterioridade, irretroatividade, presunção de inocência, contraditório e ampla defesa, etc.) seriam aplicáveis e quais princípios do direito administrativo penetrariam de modo a dar maior flexibilidade ao processo e seu direcionamento para a proteção do interesse público: ver em particular a análise de Nieto Garcia (1994).

71. Ver Prates (2005), p. 38-39.

72. Bobbio, N. *Sanzione*. *Novissimo Digesto Italiano*. vol. 16. p. 530-540. 1969.

73. Ver PRATES, M. *Sanção administrativa...*, cit.

74. Há entre alguns administrativistas desconforto em usar o termo poder de polícia ou medidas de polícia, dada sua associação à concepção de Estado liberal clássica, anacrônica em

Entre as *sucessivas* estão aquelas *punitivas*, consistentes em infligir um castigo ao infrator, com objetivo de reafirmar o valor do bem protegido (individual ou coletivo) e efeito psicológico dissuasório e as *reparadoras*, que buscam eliminar ou atenuar o mal produzido ao *ofendido* com a infração,⁷⁵ por meio de (i) *coação* para compelir o agente a fazer algo, como nas multas diárias por descumprimento ou nas intervenções; (ii) *recomposição*, seja da condição anterior à infração (no caso de violação a proibições, como na demolição de obra irregular), seja da condição resultante da observância (caso de descumprimento de obrigações),⁷⁶ ou, quando isso não for possível, (iii) por alguma *compensação* do prejuízo (e.g. *ressarcimento pecuniário do dano*), ou ainda, (iv) por sua *neutralização* (como no caso de nulidade de ato⁷⁷). Dentre essas formas *sucessivas*, chamadas de penas ou sanções *lato sensu*, a maior parte dos administrativistas, seguindo Zanobini,⁷⁸ prefere restringir “pena em sentido técnico” apenas às reações punitivas,⁷⁹ estreitando o laço com o direito penal; alguns restringem-nas ao âmbito mais amplo das reações repressivas,⁸⁰ o que incluiria também medidas para cessar a prática (como a interdição de estabelecimentos, a cassação de licenças ou suspensão temporária de atividade) e reparadoras (como a demolição de obra irregular),

relação ao Estado regulador. Assim, prefere-se falar em direito administrativo ordenador ou de restrições a direitos e liberdades. A preferência, como pondera Bandeira de Mello (2011, p. 829), é meramente terminológica e não afeta a substância dessa forma de atuação administrativa.

75. Bobbio (1969).

76. Nessas se inserem, por exemplo, as execuções específicas, que podem ser impostas por sub-rogação ou intervenção direta da autoridade para produzir o comportamento conforme.

77. A inclusão da nulidade como sanção é um ponto clássico e controverso do debate em teoria do direito sobre o caráter da ordem jurídica como ordem coercitiva. Ver Kelsen, H. *Reine Rechtslehre*. Viena: Franz Deuticke Verlag, 1960 – *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado, Armênio Amado, Coimbra, 1984, item 1.6, e Hart, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford University Press, 1961, Caps. II e V; ver também a análise do debate feita por Rodríguez, J. *Lógica de los sistemas jurídicos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, Cap. 1. Ver também Oliveira Ascensão (2001, itens 27-40).

78. Zanobini (1924).

79. Zanobini (1924); Nieto García (1994); Suay Rincón (1989); Dellis (1997); Medina Osorio (2009); Prates (2005).

80. Para Bandeira de Mello, por exemplo, sanção é “qualquer providência gravosa prevista em caso de incursão de alguém em uma infração administrativa, cuja imposição é da alçada da própria administração”. p. 855, incluindo aí sanções pecuniárias, interdição de estabelecimentos, inabilitação para atividade, extinção de relação jurídica com o poder público, cassações de licenças e apreensão de bens, boa parte, classificada pelos seguidores de Zanobini, apenas como medidas de polícia.

desde que pressuponham uma relação de sujeição do administrado,⁸¹ algumas delas próprias do exercício de poder de polícia.⁸²

Uma das zonas cinzentas é dada por aquelas condutas já iniciadas que precisam ser obstadas, seja em sua continuidade, seja em seus efeitos, para que o dano ao bem coletivo ou individual não se produza ou seja sanado. A atuação da Administração é sucessiva à infração ou a ato que possa conduzir a uma infração, mas não tem caráter punitivo, apenas repressor (fazer cessar) e reparador (conter efeitos), de modo que combina o aspecto reativo das sanções ao aspecto de controle do poder de polícia para impedir o dano. Prates as trata como *medidas de polícia repressivas e reparadoras*.⁸³ Sundfeld prefere tratá-las como *ordens corretivas*, inseridas dentre as formas repressivas de condicionamento a direitos, ao lado de sanções e cautelares.⁸⁴ Bandeira de Mello as coloca no âmbito do poder sancionador *lato sensu*.⁸⁵ Como a desconstituição de ativos ou qualquer atuação do Cade voltada para controle estrutural está justamente nesse nó conceitual, a definição de sua natureza exige exame da evolução histórica da legislação brasileira em relação ao controle de concentrações, que é palco bastante ilustrativo dessa gênese imbricada do direito sancionador no poder de polícia e no direito penal.

A preocupação com estruturas monopolistas no país, inspirada pelo direito norte-americano, foi originalmente atendida por meio da previsão de *punição* a ações ou acordos que a dessem causa, como uma das manifestações de crimes contra a economia popular.⁸⁶ Portanto, o direito concorrencial, surge no âmbito do direito penal econômico. Em seguida, passa a ser objeto de atuação administrativa⁸⁷ na

81. Assim, ficam excluídas as relações horizontais, como relações contratuais, obrigacionais ou de responsabilidade civil, envolvendo patrimônio público, entre Administração e administrado, que se aproximam do âmbito do direito civil.

82. Hely Lopes, por exemplo, sequer as trata como disciplina autônoma do poder de polícia e fala em *poder de polícia sancionador* (op. cit., p. 143 e ss.).

83. Prates (2005, p. 196)

84. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 77.

85. Bandeira de Mello (2011).

86. Como vinha tratada na Constituição de 1937, art. 141 de forma implícita (cf. SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: LTr, 2001. p. 189) e pelo Dec.-lei 869/1938 tipificada como "promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio" (art. 2.º, III).

87. Dec.-lei 7.666/1945, elaborado por Agamenon Magalhães, que foi revogado 4 meses depois, com a queda do Estado Novo, mas teve influência no conteúdo do art. 148 da Carta de 46 e na Lei de Defesa da Concorrência de 1962 (Lei 4.137/1962).

forma de “repressão ao abuso de poder econômico”, enunciado, pela primeira vez, na carta de 1946,⁸⁸ aliado ao trinômio de efeitos nocivos (*dominação dos mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário de lucros*), que vai perdurar em todas as formulações constitucionais posteriores.

A atuação portanto foi prevista inicialmente como *medida repressiva* ou dotada de *sanção coativa* de intervenção nas empresas⁸⁹ para fazer cessar ações “contrárias aos interesses da economia nacional”, dentre elas, qualquer forma de concentração econômica,⁹⁰ que pudesse ter por efeito elevar preços, cercear a liberdade econômica de outras empresas ou criar monopólio. Na Lei 4.137/1962, a tônica passa a ser a *punição* pecuniária, onde ainda vem tipificada, dentre as formas de abuso, a ação de dominar mercados por meio de concentrações econômicas.⁹¹ De modo secundário, a intervenção na empresa para fazer cessar práticas abusivas continua presente (aris. 43-47), agora mediante requisição judicial, prevendo-se inclusive a possibilidade de desapropriação (art. 17, *p* – aqui o protótipo da desconstituição de ativos) e compromisso ostensivo do agente em não repetir a prática (*medida de prevenção*), além da introdução de procedimento de legitimação a posteriori de acordos que levem a concentração, inserido no âmbito civil de controle de validade (art. 74).

A separação entre concentrações econômicas e práticas abusivas, que começa a aparecer já em julgados do Cade na década de 70, afirmando que concentrações econômicas não são infrações, ou somente são infrações se resultantes de outras práticas abusivas,⁹² é introduzida por meio da MP 204/1990, convertida na Lei

-
88. O art. 148 da Constituição de 1946 enuncia que “a lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”.
89. Pela sistemática adotada, a empresa seria notificada e se não interrompesse a prática espontaneamente, seria aplicada a intervenção administrativa em sua gestão.
90. Dec.-lei 7.666/1945, art. 1.º, V: “a incorporação, fusão, transformação, associação ou agrupamento de empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou a concentração das respectivas cota, ações ou administrações nas mãos de uma empresa ou grupo de empresas ou nas mãos de uma pessoa ou grupo de pessoas, desde que de tais atos resulte ou possa resultar qualquer dos efeitos previstos nas alíneas a, b e c do item I”.
91. Preserva-se, portanto a linguagem e preocupação com os efeitos da concentração, como acentuado por Shieber; FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 94 e ss. Ainda, sobre a tramitação da Lei Antitruste de 1962, bem como a influência do direito norte-americano, ver SCHIEBER, Benjamin. *Abusos do poder econômico*. São Paulo: Ed. RT, 1966. p. 1-20 e FERRAZ JUNIOR, T. S. Lei de Defesa da Concorrência – origem histórica e base constitucional. *Revista dos Mestrados em Direito da UFBA*. n. 2. jul. 1991-jun. 1992.
92. “A lei antitruste não incrimina a formação de grupo econômico por agregação de empresas, per se, mas, tão só e unicamente, quando o grupo se tenha formado e se venha

8.158/1991, já sob a égide do Estado Regulador consagrado na Constituição Federal de 1988, por meio da circunscrição das diferentes formas de concentração à análise de validade, excluindo-as da tipificação de abuso de poder econômico. Essa alteração é colocada em paralelo à Lei 4.137/1962, dando competência ao Cade para corrigir “anomalias de comportamento” de agentes e de “setores econômicos”, pelas *medidas cabíveis* propostas pela antiga SNDE.⁹³ Como o controle de concentrações era *a posteriori*, as medidas cabíveis, tanto em relação a concentrações quanto a infrações,⁹⁴ diziam respeito a *efeitos produzidos* pelas anomalias de comportamento. Desse modo, o controle de estruturas, originalmente, não era preventivo, mas corretivo, com atribuição de competência ao Cade para desconcentração, com a diferença que os atos de concentração deixavam de ser infrações.

Essa combinação de diplomas, o punitivo (4.137/1962) e o corretivo (8.158/1991), vai ser então amalgamada e sistematizada na Lei 8.884/1994, que já define seu objeto como a “prevenção e a repressão a infrações à ordem econômica” (art. 1.º), com capítulos separados para os atos de concentração e para a punição a infrações à ordem econômica, o que se mantém na lei atual (Lei 12.529/2011). Apesar de falar em prevenção, a Lei 8.884/1994 continuou a empregar a medida administrativa corretiva para controlar atos de concentração (art. 54, § 9.º), em mecanismo *a posteriori* de suspensão de eficácia.⁹⁵ A aprovação retroagia à data de

mantendo por meio de quaisquer das práticas abusivas taxativamente enumeradas” (voto no *Processo Administrativo* n. 6 de 09.06.1971, apud, Ferraz Junior (91-92) que nota ter essa reinterpretação inspirada na *rule of reason* do direito norte-americano convergido com o interesse do governo em fortalecimento da indústria nacional, inclusive por meio das concentrações, em um período de economia planificada no qual a defesa da concorrência ficava fragilizada).

93. Art. 1.º “Compete à Secretaria Nacional de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, apurar e propor as medidas cabíveis para corrigir as anomalias de comportamento de setores econômicos, empresas ou estabelecimentos, bem como de seus administradores e controladores, capazes de perturbar ou afetar, direta ou indiretamente, os mecanismos de formação de preços, a livre concorrência, a liberdade de iniciativa ou os princípios constitucionais da ordem econômica”.
94. Art. 15 da Lei 8.158/1991: “Por infração a esta lei ou à Lei 4.137, de 10.09.1962, o Cade poderá recomendar a desapropriação de empresas, de suas ações ou quotas, as quais deverão ser, no mais breve tempo possível, objeto de alienação mediante licitação ou em bolsas de valores”.
95. “Art. 54, § 9.º Se os atos especificados neste artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, o Plenário do Cade, se concluir pela sua não aprovação, determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de disrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros”.

realização da operação (art. 54, § 7.º), de modo que a eficácia era restaurada desde então. Mas, em caso de reprovação, o Cade tinha poderes para desconstituir os efeitos produzidos perante terceiros, inclusive por cisão de sociedade, venda de ativos e cessação parcial de atividade, ou “qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica”, que é exatamente o mesmo texto da desconstituição de ativos presente no art. 24, V, que trata da desconcentração em infrações à ordem econômica.⁹⁶

Aliás, essa foi a via mais utilizada de intervenção pelo Cade no controle de atos de concentração, por meio das chamadas “aprovações com restrições”, com a desconstituição parcial, que poderia dirigir-se tanto a ativos adquiridos como a ativos previamente detidos pela adquirente. Ou seja, a desconstituição é apenas daqueles efeitos suficientemente graves para afetar negativamente ou colocar travas sobre o processo competitivo, impedindo a livre concorrência. Se, de um lado, o ato de concentração naturalmente tem efeito direto sobre a estrutura do mercado, de outro, as infrações podem eventualmente ocasionar esses efeitos se levarem à exclusão ou limitação de acesso de concorrentes, de modo que, em ambos os casos, a desconcentração não é punição, mas medida administrativa de correção de efeitos. O fato do enunciado do art. 24, *caput*, incluí-la dentre as “penas” (não pecuniárias), explica-se pelo seu caráter sucessivo às infrações do art. 20, *c/c* art. 21, com a preferência do legislador em classificá-la como espécie de sanção *lato sensu*.

A medida deixa de estar presente no controle de atos de concentração na atual Lei 12.529/2011, já que a aprovação pelo Cade passa a ser condição de validade dos contratos que a instrumentalizam (art. 88, §§ 2.º, 3.º e 4.º) e não há efeito a reparar com eventual reprovação. Com isso, completa-se o caminho de separação entre o controle de estruturas, que passa a ser efetivamente preventivo, e a repressão a infrações, que pode conter, excepcionalmente, ordens de correção de estrutura. Assim, permanece, em relação a *efeitos* de infrações,⁹⁷ a possibilidade de “cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessão parcial de atividade” (art. 38, V), dentre os atos ou providências “necessárias para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica” (art. 38, VII). Reforça o caráter de medida de polícia, a previsão de que sua aplicação depende da consideração do “interesse público” diante da “gravidade dos fatos” (art. 38, *caput*).

96. “Art. 24, inc. V – a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica”.

97. “Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente: (...) V – a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade; (...) VII – qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica”.

A intervenção estrutural em processo de conduta é, portanto, *medida administrativa de polícia reparadora* ou *ordem corretiva dos efeitos causados* por infração à ordem econômica, que busca restaurar o processo competitivo afetado negativamente pelo comportamento do infrator. A sua referência como pena ou sanção no art. 38 da Lei 12.529/2011 é tomada em sentido lato por sua sucessividade, mas não é pena em sentido técnico (*punição*) como a pena pecuniária do art. 37, de modo que não pode ser aplicada como castigo ao infrator. Assim, diferentemente do direito norte-americano e da opção legislativa da Comunidade Europeia, a desconcentração do direito brasileiro não é ferramenta de supressão ou de prevenção da prática, que fica adstrita ao controle preventivo de estruturas, mas apenas instrumento de correção de seus eventuais efeitos estruturais.

Não se quer dizer com isso que a Lei 12.529/2011 tolera a continuidade da prática ou sua reiteração, uma vez que conta com sanções distintas para atacar imediatamente essas preocupações, respectivamente, pela sanção coativa de multa diária contida no art. 39,⁹⁸ e duplicação da sanção punitiva em caso de reincidência.⁹⁹ Por outro lado, o objeto da restauração é o processo competitivo (o que significa soltar as travas impeditivas da competição) e não o mercado tal como anteriormente à infração, o que, se não for tarefa impossível, significaria de um lado punir ilegalmente o infrator com a desconcentração por vantagens eventualmente auferidas, já que esse é o objeto de preocupação imediata da punição pecuniária prevista no art. 36, I (que prevê que o valor da pena deve ser superior às vantagens auferidas) e, de outro, buscar obliqua e ilegalmente compensar os agentes de mercado eventualmente lesados, já que esse é o objeto imediato do art. 47¹⁰⁰ da Lei.

Assim, o objeto *imediato* da medida prevista no art. 38, V, da Lei 12.529/2011, que servirá de parâmetro para as condições de sua aplicação e determinação de seu alcance, é apenas a correção dos efeitos negativos efetivamente produzidos sobre a estrutura do mercado em função da infração, que afetem o processo competitivo.

98. Art. 39. "Pela continuidade de atos ou situações que configurem infração da ordem econômica, após decisão do Tribunal determinando sua cessação, bem como pelo não cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer impostas, ou pelo descumprimento de medida preventiva ou termo de compromisso de cessação previstos nesta Lei, o responsável fica sujeito a multa diária fixada em valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), podendo ser aumentada em até 50 (cinquenta) vezes, se assim recomendar a situação econômica do infrator e a gravidade da infração".

99. Art. 37. § 1.º "Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro".

100. Art. 47. "Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação".

4. CONDICIONAMENTOS AO EMPREGO E LIMITAÇÕES AO ALCANCE DA MEDIDA DE DESCONSTITUIÇÃO EM PROCESSOS DE CONDUTA

Por afetar diretamente o direito de propriedade (cuja inviolabilidade é afirmada no art. 5.º, *caput*, conferindo-lhe status de direito fundamental, também previsto como princípio da ordem econômica no art. 170, I, ambos os dispositivos da CF/1988), bem como a liberdade de iniciativa, fundamento da República e da ordem econômica (art. 1.º, IV e art. 170, *caput*, da CF/1988), em nome da proteção à livre concorrência (art. 170, IV), a desconstituição de ativos merece análise constitucional.

4.1 Limites constitucionais

O art. 173, § 4.º, da CF/1988 determina apenas que o *abuso* de poder econômico será *reprimido*, de forma que a concentração de poder não constitui ilícito. Como vimos, a desconcentração, tomada como ordem de correção, é expressão dessa repressão e não tem, na lei, caráter preventivo. A desconstituição de ativos em conduta, portanto, não é medida de controle estrutural preventivo do mercado, mas de repressão à infração, não por punição, mas por reparação de seus efeitos.

Já a análise de atos de concentração emancipa-se completamente da atuação repressiva na Lei 12.529/2011, inserindo-se na atuação preventiva (art. 1.º), ao lado de outros instrumentos como a atuação educativa e recomendadora perante o mercado e outros órgãos públicos. O supedâneo constitucional para essas ações preventivas é encontrado na atividade de fiscalização e vigilância do Estado Regulador (art. 174), para proteger o mercado como patrimônio nacional (art. 209).¹⁰¹ O objeto da defesa da concorrência, onde se insere o controle de concentrações, é justificado por alguns constitucionalistas, pelo restabelecimento do mercado livre,¹⁰² por outros, pela proteção à livre iniciativa e à propriedade dos demais agentes de mercado,¹⁰³ ou ainda, como forma de proteger a função social da propriedade.¹⁰⁴

101. Ferraz Junior (91-92). Enquanto o modelo de controle de atos de concentração ainda era o de análise a posteriori, a natureza preventiva não estava completa, ainda se aproximando da atuação repressiva de reparação de efeitos sobre o mercado. Na prática, por meio de normas regulamentadoras, como a interpretação de realização da operação a partir do primeiro ato vinculante entre as partes, aliado à medida cautelar ou ao acordo de preservação de reversibilidade da operação, a atuação do Cade para alguns casos foi efetivamente preventiva.

102. MONCADA, Luís Cabral. *Direito econômico*. 2. ed. Coimbra. p. 313.

103. PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*. (Arts. 157-189), São Paulo: Ed. RT, 1968. t. VI; BASTOS, Celso. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990. vol. 7, art. 170. p. 16.

104. CRETILLA JÚNIOR, José. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. 2. ed. arts. 170 a 232. Rio de Janeiro: Forense, 1993. vol. 8, p. 4026 e ss. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves.

Mas nessa última orientação, não se pode entender que especificamente a proteção à concorrência antecederia à propriedade ou conformaria os meios de produção,¹⁰⁵ pois, tratando-se de forma de controle exercida em concreto por órgão administrativo, essa concepção significaria tamanha insegurança quanto aos ativos disponíveis para emprego produtivo que mitigaria a livre iniciativa como fundamento organizador da ordem econômica (art. 170, *caput*) e da própria República (art. 1.º, IV).

O fato de que intervenções no domínio privado para prevenir ou conter efeitos de infrações ou ameaças de dano a concorrência não se sujeitam a indenização explica-se adequadamente pelo condicionamento ao *exercício* da propriedade pelo poder de polícia ou pela Administração ordenadora, desde que em sua esfera de atuação legítima.¹⁰⁶ A utilidade ou fim social é alcançado, portanto, apenas indiretamente por determinação essencialmente negativa da Administração, isto é, de *não fazer* – não abusar do poder de mercado, não contratar ativos que acarretem a dominação de mercado – em contraposição à obtenção direta,¹⁰⁷ de *fomento* à competição, cuja imposição é incompatível com o art. 174 da CF/1988 no que se refere ao setor privado. Portanto, em ambos os casos – o controle de concentração e a desconcentração – a Constituição não autoriza a intervenção em nome de fomento à competição, o que seria possível somente para agências reguladoras setoriais em relação a serviços públicos.

No caso de controle preventivo de atos de concentração, considerando-se que não se lida com estrutura de mercado já formada, com a propriedade constituída, mas com a projeção de uma estrutura e, portanto, de propriedade a ser formada, admite-se que a mesma seja reprovada caso traga incentivos para infrações à ordem econômica, o que constitui uma limitação não à propriedade, mas à liberdade contratual. Assim, a lei de defesa da concorrência, respaldada constitucionalmente, circunscreve e limita a ação preventiva sobre os incentivos estruturais para infrações ao controle de atos de concentração.

Já no caso de imposição de desconcentração *ataca-se* o direito fundamental de propriedade, mesmo que a intervenção não importe desapropriação,¹⁰⁸ uma vez que a alienação forçada afeta imediatamente a prerrogativa de livre disposição que

Comentários à constituição brasileira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 665 e *Direito Constitucional Econômico*, Saraiva, 1999.

105. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 281 e ss. citando EROS GRAU, *Elementos do direito econômico*, p. 128.

106. Cf. BANDEIRA DE MELLO (2011, p. 827) sobre o exercício do poder de polícia realizado em concreto por autoridades administrativas

107. Veja o tratamento esclarecedor do tema por BANDEIRA DE MELLO (2001, p. 837).

108. Contra, ver Salomão, C. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 129.

forma o núcleo daquele direito subjetivo. Portanto, não se pode fazer a intervenção em nome de uma prevenção ou controle de incentivos a infrações, mas apenas para conter ou reparar efeitos produzidos pela infração cometida.

A separação entre fomento e repressão foi discutida no processo de alteração da lei de defesa da concorrência alemã (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* – GWB) em 2013, que passou a prever explicitamente a desconstituição de ativos.¹⁰⁹ Ali, a proposta original de intervenção independentemente de abuso (*missbrauchunabhängige Entflechtung*), inspirada no modelo inglês, foi afastada por inconstitucionalidade,¹¹⁰ na medida em que o seu objetivo não poderia ser aquele de tornar uma propriedade útil ao bem comum ou realizar qualquer ação positiva de fomento à competição, inserindo-se antes no âmbito das delimitações de conteúdo e de limites (*Inhalts- und Schrankenbestimmungen*) ao exercício de direitos fundamentais.¹¹¹

Nos termos dessa Administração ordenadora (*ordnenden Verwaltung*), a intervenção estrutural, cuja previsão legal foi considerada constitucional em abstrato, somente pode ser adotada como *ultima ratio*,¹¹² e pode ser inconstitucional se não passar pelo crivo da proporcionalidade.¹¹³ A análise de proporcionalidade também cabe para controlar a constitucionalidade de intervenções estruturais determinadas pelo Cade,¹¹⁴ o que é afirmado explicitamente em esfera legal (o próprio art. 38, VII

109. Antes admitida somente na regulação setorial de telecomunicações, energia e ferrovias.

110. Seus principais detratores foram Martin Nettesheim e Stephan Thomas; ver *Entflechtung im deutschen Kartellrecht*, Mohr Siebeck, 2011.

111. Ver os pareceres que das autoridades de defesa da concorrência que analisaram a alteração: Bundeskartellamt, *Entflechtung als Instrument des Kartellrechts: neue Instrumente im GWB?*, Disponível no site do Bundeskartellamt: [www.bundeskartellamt.de]; Monopolkommission, *Sondergutachten 58, Gestaltungsopinionen und Leistungsgrenzen eines kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung*. Disponível em: [www.monopolkommission.de/sg_58/s58_volltext.pdf].

112. ENGEL, Christoph. *Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Entflechtungstatbestandes im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen als ultima ratio zur Beseitigung eines Wettbewerbsversagens*. Disponível em: [www.perspektive-wettbewerb.de/files/gutachten_engel_1.pdf].

113. Monopolkommission, *Sondergutachten 58*, p.33, parágrafo 98.

114. A proporcionalidade não é mencionada explicitamente na Constituição Federal de 1988, havendo pelo menos três caminhos apontados pela doutrina para encontrar seu substrato constitucional: a) derivação do princípio de Estado de Direito, com atenção a sua origem histórica na proibição ao excesso pelo poder de polícia (cf. Mendes. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, p. 43; ver STERN. *Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots*. p. 172 e ss.); b) derivação da estrutura dos direitos fundamentais (cf. Afonso da Silva. *O proporcional e o razoável*, e ÁVILA. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*, na linha de ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 100 e da interpretação dada pelo Tribunal Constitucional Alemão de sua Lei Fundamen-

condiciona a medida a sua necessidade, além da previsão do art. 2.º, VI, da Lei de Processo Administrativo – Lei 9.784/1999).¹¹⁵

Porém, antes e acima do controle específico de decisões concretas do Cade, a atenção à natureza jurídica da desconstituição de ativos na Lei 12.529/2011 permite que se identifiquem condicionamentos e limites constitucionais em abstrato (conceituais) à sua aplicação. Para essa identificação, são úteis algumas ferramentas na análise lógica da ação,¹¹⁶ aplicadas à ação infratora à concorrência.

4.2 Condicionamentos derivados da natureza corretiva da medida de desconcentração

A própria identificação da ação exige, logicamente, a definição sobre qual seria o estado de coisas *contrafático*, i.e. se a ação não ocorresse.¹¹⁷ Assim, a ação de fechar a porta, pressupõe, logicamente, que a porta esteja aberta e não se feche indepen-

tal – BVerfGE 12, 342(348)); c) derivação do princípio de razoabilidade incorporado no devido processo legal (cf. BARROSO. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional*, p. 69; e BARROSO. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 57; que tem sido a via trilhada pelo STF: cf. ADIn 855, RTJ, voto do Min. Moreira Alves, p. 152, 455 e, especialmente, na ADIn 1407-2: “O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* – acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (CF/1988, art. 5.º, LIV)”.

115. Art. 2.º, VI, “nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”.
116. A análise lógica de ações como objeto de normas jurídicas tem seu marco inicial com VON WRIGHT, *Norm and Action*. London: Routledge and Keagan Paul, 1963. Vou usar ferramentas básicas do modelo original de von Wright, que são suficientes para a análise aqui empregada, com alguma variação, valendo-me de noções posteriores de HILPINEN, R. *On Action and Agency*. In: EJRHEH, E.; LINDSTROM (eds.) *Logic Action and Cognition, Essays. Philosophical Logic*, 3-27, Kluwer, 1997 e da análise lógica de causalidade de ação danos, em descumprimento à regra de AQVIST, L. e MULLOK, P. *Causing harm*. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1989. HORTY, J. F. *Agency and Deontic Logic*. Oxford University press, 2001. Sobre a análise de condicionais contrafáticos ver LEWIS, D. *Counterfactuals*. Oxford: Basil Blackwell, 1973. Obviamente, estarei menos preocupado aqui com a apresentação do sistema lógico subjacente à análise e mais em empregar conceitos e ferramentas analíticas deles decorrentes.
117. Von Wright (1963).

dentemente. Se a porta já estiver fechada e assim permanecer, a conduta não foi fechá-la, mas deixá-la fechada ou omitir sua abertura. Se estiver aberta, mas, se fechar naturalmente, a conduta é a de deixar que se feche ou omitir a ação de impedir seu fechamento. Portanto, a ação é uma intervenção sobre determinada transição esperada ou pressuposta entre estados de coisas.

A infração à concorrência é caracterizada pelos seus efeitos, i.e. pela probabilidade de resultar em um estado de coisas no qual a concorrência é falseada ou o mercado é dominado, independentemente de eficiência do agente (Lei 12.529/2011, art. 36). Portanto, como visto acima, quando a lei fala em providências necessárias para “eliminação aos efeitos nocivos à ordem econômica”, o objeto de reparação ou restauração é o *processo competitivo* no mercado, i.e., a livre concorrência (art. 170, IV) e, obviamente, não qualquer valor pertinente à ordem econômica constitucional (meio ambiente, pleno emprego, etc.). Como se sabe, a interação entre os agentes na disputa pelo consumidor pode ser mais ou menos competitiva, o que é uma questão de grau, porém, em última análise, busca-se identificar se é criada com a ação ou ato de concentração uma condição de poder de mercado que permite ao agente atuar com independência do consumidor (por exemplo, praticando preços supracompetitivos), de modo que se estipula se o grau de competição em dado mercado é aceitável ou não, ou se o nível de redução é aceitável ou não (assim, se houve ou não dominação do mercado, se o falseamento ou eliminação da concorrência foi ou não substancial), o que permite uma análise binária.¹¹⁸

Com isso, temos quatro transições “naturais” possíveis decorrentes de determinada estrutura de mercado (conjunto de agentes ofertantes atuais e potenciais, suas participações de mercado e ativos por eles detidos, características do produto, bem como condições de rivalidade) e conjuntura econômica: de um processo competitivo positivo (aceitável, suficiente) para negativo (+T-), de negativo para positivo (-T+), permanência em negativo (-T-), ou permanência em positivo (+T+). As infrações à concorrência são sempre ações que violam obrigações de não fazer, de modo que podemos descartar da análise as condutas omissivas (assim, omitir a ação de potencialmente tornar suficientemente competitivo um mercado não competitivo jamais será infração). Também são descartadas todas as condutas comissivas que resultem em efeito potencialmente positivo para o processo competitivo. Com isso, restam apenas dois tipos de conduta, i.e., aquelas que potencialmente levem a um processo competitivo negativo, quais sejam: (i) fazer com que o mercado potencialmente se comporte de modo não (suficientemente) competitivo, Causar(-) numa

118. Na verdade, as conclusões do artigo sobre condicionamentos à desconcentração são as mesmas caso se prefira empregar modelo *fuzzy*, com níveis gradativos de competição e no qual a ação anticompetitiva seria aquela com o efeito de reduzir o grau de competição no mercado ou impedir sua elevação.

transição esperada (+T+); e (ii) impedir que o mercado se torne competitivo, ou seja Causar(-) numa transição esperada (-T+).¹¹⁹

No primeiro grupo – fazer com que o mercado se torne não (suficientemente) competitivo – estão aquelas ações ostensivas que levam à dominação do mercado ou ao falseamento da concorrência, como a conduta concertada entre concorrentes para não disputar clientes (seja pela fixação de preços ou divisão de mercado), ou ações unilaterais aptas a excluir concorrentes, particularmente as restrições verticais, nos quais o agente vale-se de uma posição de poder em um mercado insuficientemente competitivo, para dominar ou falsear a concorrência em mercado verticalmente relacionado, por meio de práticas que impeçam ou dificultem o acesso de concorrentes a canais de distribuição ou acesso a insumo. No segundo grupo estão aquelas práticas defensivas de uma posição de poder para impedir que concorrentes atuais se desenvolvam ou que potenciais competidores entrem no mercado (como, por exemplo, acordos de exclusividade com clientes ou recusa de acesso a insumo por empresa verticalmente integrada).¹²⁰

O primeiro condicionamento conceitual à imposição de desconcentração é que a *infração tenha efetivamente produzido efeitos sobre o mercado*. Isso porque a infração pode ser caracterizada pela mera possibilidade de reduzir substancialmente a competição. Embora o ponto seja óbvio, pois não haveria efeitos nocivos a eliminar, ele marca distinção fundamental em relação ao regramento da Comunidade Europeia e do direito norte-americano, em que a medida estrutural é admitida quando necessária “para efetivamente colocar um fim à infração”. A expressão “efetivamente” alude ao mecanismo preventivo consistente em eliminar os incentivos econômicos para a infração, decorrentes da estrutura de mercado. Para ilustrar a diferença, suponha estrutura de mercado em que o agente domine o mercado a montante e

-
119. O inventário completo de ações e omissões em relação ao processo competitivo contém oito formas básicas de conduta (quatro ações e quatro omissões: (1) fazer com que o mercado não seja competitivo, i.e. Causar (-) dado (+T+); (2) impedir que o mercado se torne competitivo, i.e. Causar (-) dado (-T+); (3) fazer com que o mercado seja competitivo Causar(+) dado (-T-); (4) manter o mercado competitivo, i.e. Causar (+) dado (+T-); (5) deixar que o mercado funcione de modo competitivo; i.e. Omitir (-) dado (+T+), (6) deixar que o mercado se torne competitivo, i.e. Omitir(-) dado (-T+); (7) deixar que o mercado permaneça não competitivo, i.e. Omitir (+) dado (-T-) e; (8) não tornar o mercado competitivo, i.e. Omitir (+) dado (+T-).
120. Há ainda uma terceira hipótese, de mercados monopolizados, sem perspectiva de entrada, por barreiras naturais ou institucionais, i.e. com (-T-) em que o agente busca extrair lucros de monopólio, por exemplo, por preços abusivos. Nessa hipótese está o caso BAA britânico. Embora a prática não afete o grau de competição, pode caracterizar a infração na medida em que a Lei 12.529/2011, no art. 36, II e IV, insere o abuso de poder econômico também como efeito da conduta abusiva, além do aumento arbitrário de lucros. Todavia, não há efeito causal sobre a estrutura, o que não autoriza medida corretiva pelo Cade.

tenha incentivos econômicos para dificultar o acesso a insumo, de modo a ampliar sua participação em mercado a jusante. O agente pode iniciar prática de diferenciação de preços entre sua subsidiária em relação a concorrentes não integrados e tê-la detectada pela autoridade antitruste, que a pune, sem que os preços diferenciados cheguem a ser aplicados, ou, mesmo que aplicados, não causem impactos efetivos sobre as vendas de concorrentes. Caso a autoridade se convença que é essa estrutura verticalizada o fator determinante da infração, segundo o regramento europeu, a medida de desconcentração poderia ser empregada. A mesma conclusão não vale para o ordenamento brasileiro.

Mesmo que a prática seja reiterada pelo agente e novamente condenada antes que chegue a produzir efeitos concretos, o Cade não está autorizado a empregar a medida, ao passo que a Comissão Europeia, por exemplo, pode usar a reiteração como evidência de que a conduta é determinada por incentivos decorrentes da estrutura, justificando a intervenção se esta for necessária para eliminá-los.¹²¹

O segundo fator de condicionamento é que a *conduta cause impacto na estrutura do mercado*, o que se retira da exigência de *gravidade dos fatos* presente no *caput* do art. 38 da Lei 12.529/2011. *Gravidade dos fatos* é bastante distinto de *gravidade da infração*. Esta última é apenas critério de dosimetria da pena (art. 45, I) e refere-se à *ação do infrator* em produzir uma condição na qual a concorrência é falseada, ou seja, a sua *ação anticompetitiva*. Já a *gravidade dos fatos* em relação à medida de desconcentração diz respeito à condição estrutural do mercado como efeito da infração. Fato grave em relação ao interesse público de defesa da concorrência é aquela condição na qual o mercado se estabiliza na condição não (suficientemente) competitiva. Essa distinção é bem marcada na sua representação

121. Calixto Salomão, por exemplo, destacando o aspecto excepcionalíssimo da medida de desconcentração, somente a admite caso haja reincidência (SALOMÃO, 2012, p. 130), muito embora veja-a como espécie de sanção, aplicável pela gravidade da infração, em orientação distinta da adotada aqui. A legislação mexicana recentemente alterada também exige a reincidência como condição para a aplicação da medida e a vê como substituição à sanção, quando houver justificativas econômicas sobre a estrutura do mercado. A Ley Federal de Competencia Económica do México passou a ter a seguinte redação em seu art. 131: "Cuando la infracción sea cometida por quien haya sido sancionado previamente por la realización de prácticas monopólicas o concentraciones ilícitas, la Comisión considerará los elementos a que hace referencia el artículo 130 de esta Ley y en lugar de la sanción que corresponda, podrá resolver la desincorporación o enajenación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los Agentes Económicos, en las porciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos. Para los efectos del párrafo anterior, en su resolución, la Comisión deberá incluir un análisis económico que justifique la imposición de dicha medida, señalando los beneficios al consumidor". A reincidência pode ser tomada como condicionamento adicional à produção de efeitos estruturais pela prática abusiva. Assim, a autoridade, poderia buscar corrigir os efeitos estruturais com medidas comportamentais e usar a desconcentração apenas quando constatar, pela reincidência, que essas são insuficientes.

lógica: a ação abusiva, em qualquer dimensão de gravidade tem como resultado um estado competitivo negativo do mercado, i.e. Causar (-), o que pressupõe transição (+T+) ou (-T+); já o fato grave resultante de infração diz respeito à estrutura, isto é, a transição esperada para o estado competitivo do mercado, que pode ser uma consequência da infração, representado por Causar (-T-).¹²² Ou seja, cabe a intervenção para reparar o efeito negativo sobre o processo competitivo somente quando se tem Causar (-) em conjunto com Causar (-T-), o que significa não só realizar infração fazendo o mercado funcionar de forma não (suficientemente) competitiva, como também afetar sua transição esperada i.e. criar uma condição estrutural que torne *provável que o mercado continue a funcionar de forma não competitiva mesmo com a cessação da prática*.

Para ilustrar, tome-se como exemplo a uniformização de práticas de mercado (cartel), considerada a “infração hedionda” do direito antitruste, por suprimir aquele que seria o comportamento esperado de uma estrutura competitiva, com os agentes envolvidos engajados em disputar os clientes (+T+), sem trazer qualquer eficiência compensatória, a não ser os efeitos indesejáveis de elevação de preços, redução da quantidade ofertada, queda de qualidade e ausência de inovação. O conluio suprime abruptamente todos os benefícios almejados com a proteção à concorrência em relação a todos os concorrentes envolvidos. Não por outro motivo, as multas mais elevadas aplicadas por autoridades antitruste costumam se dirigir a cartéis. Mas a *gravidade da infração*, que motiva a elevação da multa, não implica necessariamente a *gravidade dos fatos*. Pelo contrário, a ação colusiva é mais grave quanto maior for o grau de competição latente que tem sucesso em suprimir (e maior o ganho dos participantes por falsear e evitar aquela competição). Justamente por isso, uma vez encerrado o conluio, aquela competição usualmente aflora, já que não envolve ligação estrutural.

Portanto, o cartel, em si, por não envolver ou resultar em maior concentração de mercado, não é congênere à desconcentração. Essa é a razão pela qual, dentre os raros precedentes internacionais, os cartéis raramente estão entre aquelas infrações que ensejaram desconcentração, desconsiderando-se, obviamente, aquelas intervenções que determinam a simples dissolução de entidade associativa que orquestra o cartel, ou alienação de participações minoritárias cruzadas de uma empresa

122. A rigor, para uma representação completa, em que o operador modal de ação tem por escopo sentenças que expressem estados de coisas, toma-se a transição entre estados também como um estado de coisas possível, de modo que Causar (-T-) como efeito da infração teria os seguintes pressupostos de transição, considerando-se que a ação Causar (-) precedente traz duas condições de transição inicial possíveis (+T-), no caso de fazer com que o mercado se torne não competitivo e (-T-), no caso de impedir que o mercado se torne competitivo: (+T-)T(-T+), i.e., de um mercado que se torna não competitivo para um mercado que se torna competitivo, ou (-T-)T(-T+), i.e. um mercado que se mantém não competitivo para mercado que se torna competitivo.

na outra, que facilitem acesso a informações concorrencialmente sensíveis. Uma exceção, nesse aspecto, é o caso Paramount. Nele havia conluio para fixar preços, mas o que motivou a intervenção foi a estrutura verticalizada das distribuidoras de filmes e o fato de utilizarem, em conluio, a verticalização de cada uma delas com suas próprias salas de cinema para excluir e posteriormente adquirir salas de exibição rivais. Houve, portanto efeito estrutural, não no mercado de distribuição, mas no mercado de exibição, causado pela ação concertada em restringir acesso a filmes. Já nos casos Timkem e National Lead, em que houve conluio para fixação de preços, a Suprema Corte rejeitou a proposta de desconcentração, justamente pela convicção de que, ausente o acordo, a rivalidade estaria presente.

Nos caso britânico das empresas de cimento, o diagnóstico foi de conluio tácito como condição estrutural do mercado que não traz estímulos à competição (e não infração de dominação coletiva ou cartel). E note que a análise não se limitou a condições estruturais básicas para que uma coordenação possa ser bem sucedida, como elevada concentração (oligopólio), elevada escala mínima viável (barreira à entrada), produto homogêneo e sem avanços tecnológicos e estrutura de custos semelhante. A essas condições necessárias, sem as quais mesmo a condenação por infração de conduta uniforme ficaria prejudicada (por ausência de efeitos potenciais), foram agregadas circunstâncias estruturais, como participações cruzadas, vendas cruzadas, bem como comportamentais (anúncios antecipados de aumentos) e conjunturais (mercado em retração), que traziam incentivos para não competir e cooperar. A intervenção ali foi preventiva, com manipulação da estrutura para eliminar incentivos, ou melhor, para gerar incentivos de competição, já que, na convicção da CC, a estrutura formada, em cenário de retração que durava uma década, os agentes omitiriam atos competitivos. Daí a iniciativa de atrair mais um concorrente e reduzir a transparência de mercado.

Uma intervenção justificada por esse esforço de fomento, independentemente de infração, seria obviamente descabida no ordenamento brasileiro. Porém, é possível que o aspecto comportamental de *trocas de informações sensíveis que facilitam a uniformização* (por anúncios ou via participações ou vendas cruzadas) fosse considerada infração nos termos do inc. I do art. 36 da Lei 12.529/2011. Nessa hipótese, a infração tem menor gravidade do que o cartel ostensivo de fixação de preços (art. 36, I). Mas, mesmo que a ação seja fortemente incentivada por aspectos estruturais e conjunturais, não caberia desconcentração preventiva, apenas punição a esses fatores comportamentais adicionais, caso haja convicção de que eles causaram o comportamento paralelo no mercado. Porém, uma vez suprimidos esses comportamentos, com a eliminação da transparência, espera-se que o mercado volte a atuar de modo competitivo, não havendo impacto sobre a estrutura do mercado que exija reparação.

Como visto, intervenções nos E.U.A., no começo do século passado, versavam, em sua grande maioria, em esforços para quebrar conglomerados compostos em

décadas de desenvolvimento, aquisições e ligações societárias, onde a desconcentração era verdadeira punição à infração de monopolização. Essa forma de aplicação da medida não tem mais lugar no direito antitruste contemporâneo, em qualquer jurisdição séria, e é repudiada pelo nosso ordenamento que não condena o poder de mercado, apenas seu abuso. De meados do século passado até hoje, quando se consolidou o entendimento nos E.U.A. e na Comunidade Europeia sobre o caráter supressor, preventivo e corretivo da medida, as raras intervenções e mesmo as propostas não acolhidas de intervenção versavam sobre estruturas verticais com monopólio ou domínio em um dos mercados, em que o agente dominante a jusante ou a montante limitava acesso a ativo essencial não duplicável.

Assim, as restrições verticais, consideradas menos graves, são o grande alvo das medidas estruturais. Mas aqui há dois mercados envolvidos cuja estrutura deve ser considerada, normalmente aquele não competitivo (-T-), de origem do poder de mercado, e aquele competitivo (+T+) ou (-T+), que é o alvo da ação e no qual o dominante no primeiro mercado também atua. No direito norte-americano e no europeu, que admitem a desconcentração preventiva, essa pode ser dirigida ao mercado de origem do poder de mercado, para quebrá-lo de modo a impedir a possibilidade ou eliminar os incentivos para que a restrição vertical volte a ocorrer. Já a natureza jurídica corretiva da medida adotada no ordenamento brasileiro limita a intervenção ao mercado alvo,¹²³ quando esse passar, como consequência da infração, a uma estrutura não competitiva. Por exemplo, quando por medidas discriminatórias, o fornecedor dominante de insumos seja bem sucedido em excluir concorrentes do mercado a jusante (tornando-o: -T-) ou retirar-lhes parcela substantiva de participação.

Portanto, no caso de abusos verticais, é o efeito de Causar (-T-) *no mercado alvo* que seria o objeto de reparação pela desconcentração, não se admitindo no direito brasileiro, em nome da correção de efeitos estruturais, intervir no mercado de origem com o objetivo de eliminação preventiva dos incentivos para restrições verticais. O mesmo vale para estrutura oligopolista preexistente em mercado em que sejam apontados elementos de dominação coletiva.

Reformar a estrutura do mercado de origem ou do mercado oligopolizado com fim de prevenção de futuras práticas verticais ou colusivas é descabido entre nós, pois o controle preventivo, na evolução histórica da legislação brasileira, que culmina com a Lei 12.529/2011, fica adstrito ao controle prévio de atos de concentração. Indaga-se, assim, como as posições dominantes dos agentes e seus ativos foram formadas. Se o foram por crescimento orgânico, baseado na maior eficiên-

123. Obviamente, em mercados regulados, envolvendo serviços públicos concedidos, a agência reguladora pode adotar medidas preventivas no mercado de origem ou mesmo impedir estruturas verticalizadas.

cia, não fica caracterizada a infração de dominação de mercado (36, § 1.º, da Lei 12.529/2011), não podendo a posição dominante ser objeto de desconstituição. Se o foram por atos de concentração, presume-se que já foram objeto do controle preventivo e o modelo adotado na lei vigente (controle prévio, cf. art. 88, § 3.º) não se coaduna com a intervenção após a propriedade dos ativos já ter sido consolidada (lembre-se que a lei atual emancipa definitivamente o controle de atos de concentração da desconcentração a posteriori¹²⁴). Em ambos os casos, o instrumento disponibilizado ao Cade pelo legislador é a punição à infração.

Completa a análise de causalidade de efeito estrutural a condição lógica de sua observação, que é a permanência do processo competitivo negativo. Faz todo sentido que a Lei 12.529/2011 ligue a exigência de *gravidade dos fatos* (art. 38, *caput*) à previsão de *necessidade* para corrigir os efeitos sobre o processo competitivo (inc. VII), donde se destaca o terceiro condicionamento: *improbabilidade de restauração natural do processo competitivo*. Como resultado da infração, tem-se que a condição do processo competitivo é negativa (-), mas isso não impede que a estrutura de mercado aliada à sua conjuntura econômica seja tal que ele naturalmente tenda a se tornar competitivo, isto é (-T+). Essa hipótese precisa ser excluída, o que leva ao terceiro condicionamento para a desconcentração, qual seja, para se concluir que o agente causou efeitos que afetaram a estrutura, deve-se provar que o mercado provavelmente continuará a se comportar de modo não competitivo, caso não haja intervenção, i.e., provar que, como efeito da infração, chega-se a uma condição de transição esperada (-T-).

O condicionamento de necessidade da medida tem um segundo aspecto além da não restauração natural, que vamos tratar como o quarto condicionamento de sua aplicação: *ausência de medidas comportamentais alternativas para restaurar o processo competitivo*. Esse ponto é unânime na experiência internacional e decorre do peso da garantia do direito fundamental de propriedade frente à intervenção do Estado, que é assegurado pela Constituição Federal de 1988. Mas há também aqui um ponto de divergência em relação ao direito norte-americano e europeu, que decorre do próprio objeto da medida. Naquelas jurisdições, como vimos, a desconcentração também pode ser justificada pelo objetivo preventivo de retirar os incentivos para a prática, havendo, no debate de política concorrencial travado, defesa da desconcentração como única medida efetivamente capaz de alcançar esse objetivo,¹²⁵ sendo que as comportamentais apenas os atenuam ou permitem maior controle pela autoridade para evitar sua reincidência. A Constituição Federal de 1988 e a Lei 12.529/2011 não dão espaço para esse tipo de deliberação na condena-

124. A não ser na hipótese excepcional de avocação em até 1 ano de atos que não se enquadrem no art. 88 da Lei 12.529/2011, conforme previsto no § 7.º daquele dispositivo.

125. Ver OCDE. *Competition Comm. Report on Experiences with structural separation*, 2012.

ção à infração, que somente pode ser admitida na análise de atos de concentração, com a reprovação prévia total ou parcial da formação da concentração em nome da prevenção a infração à ordem econômica. Como medida corretiva, a desconcentração forçada, pelo direito brasileiro, somente pode ser aplicada quando não houver medida comportamental alternativa que sirva ao propósito de restaurar o processo competitivo lesado, ainda que se considere que não tenha o mesmo efeito preventivo da medida estrutural.

Essa apreciação do conteúdo leva ao quinto condicionamento da medida de desconcentração: *circunscrição à restauração do processo competitivo*. O objeto da restauração, como visto, é o processo competitivo (suficiente) no mercado e não a restauração da condição ou estrutura do mercado anterior à infração. Também não é seu objetivo eliminar vantagens auferidas pelo agente, sob pena de tornar a medida instrumento de punição (o que incumbe à pena pecuniária do art. 36, I, da Lei 12.529/2011). Se o agente, por exemplo, alcança por meio da infração, determinada participação de mercado, não é objetivo da medida fazer com que o agente retorne ao *share* anterior. Suponha que a infração potencialmente levaria à dominação dos canais de distribuição. Se a dominação não foi alcançada e há canais de distribuição suficientes para que os fornecedores concorram, não cabe a determinação de alienação de ativos. E voltando ao condicionamento anterior, se a disponibilidade de canais independentes não for suficiente para o processo competitivo entre fornecedores, mas houver medida comportamental, por exemplo, com obrigação de tratamento isonômico pelo detentor dos canais, também não cabe a medida de desconcentração.

Outra questão importante está na infração que traz como efeito estrutural impedir que o mercado se torne competitivo, isto é, Causar (-) em uma transição (-T+), tornando-a uma estrutura (-T-). A situação típica seria a de infração (por exemplo uma restrição vertical de recusa ou dificuldade de acesso a insumo) que não só impede a entrada de concorrentes ou a contestação dos líderes por concorrentes de menor porte, como fazem com que essa entrada ou desenvolvimento dos concorrentes, que não ocorreu, se torne inviável após a cessação da infração. Dentro da excepcionalidade da medida, essa condição de intervenção é excepcionalíssima, não sendo suficiente apontar piora na condição de entrada ou de desenvolvimento de concorrentes. No caso do impedimento à entrada, há critérios desenvolvidos na análise de atos de concentração, que podem levar a autoridade a restringir uma operação, quando a mesma obstar uma entrada potencial.¹²⁶ Para que se admita a

126. A jurisprudência internacional sobre concorrência potencial em análise de atos de concentração considera duas versões teóricas: (i) a Concorrência Potencial Efetiva e (ii) a Concorrência Potencial Percebida. Conforme a jurisprudência do Cade, os requisitos para a Concorrência Potencial Efetiva consistem em: (a) o mercado relevante ser concentrado e comportar-se de forma não competitiva; (b) a firma estar efetivamente prestes a entrar no

desconcentração, porém, a prova deve ser concreta, (i) apontando-se o entrante específico que estava prestes a atuar no mercado, (ii) a frustração de seu projeto de entrada pela infração, (iii) a impossibilidade de retomá-lo no curto ou médio prazo com a cessação da prática, (iv) e também a perspectiva de efeito dessa entrada como apta a levar à transição estrutural positiva (-T+). No caso de frustração ao desenvolvimento de concorrente, deve haver prova concreta (i) de clientes que deixaram de ser conquistados em função da infração, (ii) que esses não poderão ser conquistados com sua cessação e (iii) o impacto dessa conquista na contestação da empresa dominante.

Também se deve ponderar, sobre o alcance de conteúdo da medida, a possibilidade ou não dela implicar alguma desvantagem competitiva para o infrator em relação a seus concorrentes. Na Alemanha, esse tema foi colocado e admitido.¹²⁷ Na Lei Fundamental Alemã, porém, a livre iniciativa (*unternehmerische Betätigungsfreiheit*) não é prevista expressamente, sendo considerada implícita no seu art. 12 (1) que prevê a liberdade de profissão, como dimensão do seu livre exercício (*Berufsausübung*).¹²⁸ Daí a margem para empregar a desconcentração como medida preventiva. Na Constituição Federal de 1988, a livre iniciativa é tratada como fundamento organizador da ordem econômica (que orienta os demais princípios, entre eles, o da livre concorrência) e da própria República (art. 1.º, III). Esse status constitucional dá sentido à previsão do art. 36, § 1.º, da Lei 12.529/2011, no qual

mercado; (c) a entrada da firma produzir substancial probabilidade de desconcentração; e (d) a firma adquirente ser o único ou um dos poucos entrantes potenciais no mercado. Já os requisitos para a Concorrência Potencial Percebida consistem em: (a) o mercado relevante ser concentrado e comportar-se de forma não competitiva; (b) a firma adquirente ser percebida de fato pelas incumbentes como um entrante potencial; (c) a firma adquirente estar efetivamente moderando o comportamento oligopolístico dos incumbentes; e (d) a firma adquirente ser o único ou um dos poucos entrantes potenciais no mercado. (Ato de Concentração n. 0083/1996 (Requerentes: Anheuser Busch International Inc. e Companhia Antarctica Paulista Indústria Brasileira de Bebidas; Conselheira rel. Lucia Helena Salgado e Silva; j. 18.06.1997; *DOU* 31.12.1998 e Ato de Concentração 0058/1995 (Requerentes: Companhia Cervejaria Brahma e Miller Brewing Company; Conselheiro rel. Renault de Freitas Castro; j. 11.06.1997; *DOU* 12.06.1998).

127. "Marktteilnehmer haben aber keinen grundrechtlichen Anspruch darauf, dass die Wettbewerbsbedingungen für sie gleich bleiben. Insbesondere gewährleistet das Grundrecht keinen Anspruch auf eine erfolgreiche Marktteilhabe oder künftige Erwerbsmöglichkeiten. Vielmehr unterliegen die Wettbewerbsposition und damit auch die erzielbaren Erträge dem Risiko laufender Veränderung je nach den Verhältnissen am Markt und damit nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen" (BVerfGE 110, 274, R 41 – Ökosteuer).
128. ENGEL, Christoph. *Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Entflechtungstatbestandes im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen als ultima ratio zur Beseitigung eines Wettbewerbsversagens*. Disponível em: [www.perspektive-wettbewerb.de/files/gutachten_engel_1.pdf];

a eficiência econômica do agente é protegida da atuação repressora da autoridade *antitruste*. Com isso, fica claro que a eficiência econômica dos agentes, na legislação brasileira, é a pedra de toque da proteção à concorrência, cujo alvo, em última análise é garantir que a busca da maior eficiência entre os fornecedores na sua disputa pelos consumidores não seja obstada pelo poder de mercado, sendo corolário, que a mesma também não pode ser obstada pelo poder público, havendo verdadeiro dever de neutralidade concorrencial do Estado.¹²⁹ Assim, se o infrator adquirir, em decorrência da infração um vantagem que desequilibra o jogo competitivo de forma permanente, a intervenção, estrutural ou comportamental, deve se limitar a suprimir a vantagem arbitrariamente obtida, jamais impor uma desvantagem como forma de fomentar a competição.

5. CONCLUSÃO E CONSIDERAÇÕES FINAIS

A medida de desconcentração é, em geral, encarada pela prática internacional como remédio e não como forma de punição ao infrator. Dentre as formas de remédio há aquelas com ênfase *preventiva*, que atacam os incentivos estruturais para a prática de infração, e aquelas *corretivas*, que buscam tão somente reparar os efeitos nocivos da infração sobre o mercado. Independentemente do mérito ou demérito que possa ter a forma preventiva ou corretiva do remédio de desconcentração em termos de política para a concorrência, a intervenção na propriedade privada, somente pode ser admitida nos estritos termos da constituição e da legislação pertinente. A nossa legislação insere a medida de desconcentração para infrações na repressão ao abuso de poder econômico (art. 173, § 4.º, da CF/1988) e não em sua prevenção, que fica adstrita ao controle dos atos de concentração. Com isso, seu emprego deve cuidar para não implicar fomento à concorrência em atividade econômica privada, mesmo que de interesse público (art. 174). A Lei 12.529/2011 é expressa em utilizá-la apenas para corrigir efeitos nocivos da infração sobre a ordem econômica (art. 38, VII), conferindo-lhe a natureza de medida de polícia reparadora ou ordem administrativa de correção de efeitos de infração, podendo-se chamá-la de sanção ou pena em sentido lato, mas não pena em sentido técnico. Em outras palavras, em linha com a prática internacional, a medida não pode ser aplicada como forma de punição ou castigo ao infrator.

A partir dessa sua natureza jurídica, derivam-se os condicionamentos e limites abstratos a sua aplicação, quais sejam, (i) a infração deve ter causado efeitos sobre o mercado, (ii) que devem impactar a estrutura do mercado (iii) tornando improvável que o processo competitivo seja retomado com a cessação da prática e (iv) desde que

129. Cf. FERRAZ JUNIOR. Princípio da Neutralidade Concorrencial do Estado. In: FERRAZ JUNIOR, T. S. *Direito constitucional*. São Paulo: Manole, 2007.

não haja medida comportamental alternativa suficiente (v) para restaurar o processo competitivo (e não a condição de mercado prévia à infração).

Superados esses condicionamentos abstratos, a desconcentração somente pode aplicada após criteriosa avaliação concreta de *proporcionalidade em sentido estrito*, isto é, da gravidade da restrição ao direito de propriedade para que se alcance a restauração do processo competitivo. Nesse aspecto, deve-se reconhecer que a autoridade possui deficiência de informação em relação ao agente sobre a sua estrutura de produção e relevância de seus ativos de modo que há grande risco de erro na intervenção imposta ou na escolha pela autoridade concorrencial dos ativos a serem transferidos. Por esse motivo, o ideal seria que o conteúdo sempre partisse do agente infrator diante das preocupações e necessidades apresentadas pela autoridade para a medida.

No mínimo, antes de sua imposição, deve haver oportunidade para que o infrator se manifeste e contradite as conclusões da autoridade sobre sua necessidade, bem como proponha alternativas comportamentais ou mesmo estruturais que sejam capazes de atender as preocupações com menor ofensa a sua propriedade e livre iniciativa. Aliás, como a medida pode ser tão ou mais grave para o agente do que a pena pecuniária e como seu objeto e condições de aplicação são distintos do julgamento da infração (no processo de apuração de infração o objeto é se a ação causou funcionamento competitivo negativo no mercado, ao passo que a medida condiciona-se a ter causado alteração da sua estrutura), deve-se assegurar um processo administrativo com oportunidade de ampla defesa e contraditório específicos, sob pena de inconstitucionalidade (CF/1988, art. 5.º, LV). Desse modo, é um *desideratum* urgente que o Cade, no caso brasileiro, regule o processo para aplicação da medida, explicitando critérios e definindo oportunidades formais para defesa e para propostas de soluções pelos agentes aos impactos estruturais previamente identificados, não só para reduzir o risco de efeitos colaterais de remédios descalibrados, como para prevenir uma custosa judicialização.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Disciplina jurídica do abuso do poder econômico, de José Inácio Gonzaga Franceschini - RT 640/255 (DTR\1989\33);
- Os escopos sociais do direito antitruste, de Carlos Jacques Vieira Gomes - RIBRAC 11/129 (DTR\2011\1977);
- Um olhar estrangeiro sobre a experiência norte americana no direito da concorrência, de Heloisa Carpena - RIBRAC 12/43 (DTR\2011\5110).