

Introdução ao Direito da Concorrência

José Inácio Gonzaga Franceschini¹

Sumário: 1. Do Direito da Concorrência. 2. Direito da Concorrência no tempo. 3. Direito da Concorrência no espaço. 3. O Direito da Concorrência aplicado. 4. Conclusões.

1. Do Direito da Concorrência

A doutrina ainda não consagrou uma definição para o chamado Direito da Concorrência, o que, aliás, tem acarretado grande perplexidade na execução da legislação em vigor, tantas as incertezas quanto aos princípios aplicáveis. O contencioso estabelecido nos Processos Administrativos instaurados pela Secretaria de Direito Econômico - SDE, do Ministério da Justiça, é exemplo típico desse fenômeno. Avulta, portanto, preliminarmente, o tema da taxinomia.

O Direito da Concorrência pode ser entendido como o ramo do Direito Penal Econômico que disciplina as relações de mercado entre os agentes econômicos e os consumidores, tutelando-lhes, sob sanção, o pleno exercício do direito à livre concorrência como instrumento da livre iniciativa, em prol da coletividade.

Três são as correntes doutrinárias que cuidam do tema, procurando situar o Direito da Concorrência ora na seara do Direito Administrativo, ora na do Direito Econômico ora na do Direito Penal Econômico.

Como é fácil compreender, a natureza jurídica da legislação da concorrência é de ser determinada em face de sua *substância intrínseca* e não da natureza de seu órgão executor ou dos propósitos deste.

A primeira corrente (que já teve mais adeptos no passado) procura vincular o Direito da Concorrência ao conceito de Poder de Polícia, um dos institutos próprios ao Direito Administrativo.

A este posicionamento, todavia, falta embasamento nas origens históricas deste ramo do Direito. Comprovam-nas as antigas disposições criminais cominadas às restrições ao livre comércio dos arts. 419 e 420 do Código Penal

1 Advogado, José Inácio Gonzaga Franceschini é sócio de *Franceschini e Miranda - Advogados*.

francês (1810) e do art. 498 do Código Criminal canadense (1889), este introduzido (Edward H. Chamberlin, *Monopoly and Competition and Their Regulation*, p. 14):

“provavelmente e de certa maneira como resultado da agitação nos Estados Unidos, que levou, um ano mais tarde, à promulgação da Lei Antitruste Sherman”.

Nos próprios Estados Unidos, lembra Lawrence Anthony Sullivan (*Antitrust*, p. 148):

“toda violação das leis antitruste (norte-americanas) é um crime punível com prisão de até um ano e multa no valor máximo de US\$ 1 milhão, caso o réu seja uma pessoa jurídica, ou US\$ 100.000,00, caso seja uma pessoa física”.

Da mesma forma no Brasil, onde o tema foi por primeiro manifestado no Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1938, da lavra do inesquecível Nelson Hungria e que declaradamente se inspirara no projeto de Código Penal argentino de J. Coll e Eusébio Gomez, nas propostas da Comissão de Reforma do Direito Penal na Alemanha e na legislação e jurisprudência norte-americanas. Sucedeu-lhe a Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951, atinente aos crimes contra a economia popular e que, segundo o Prof. Hermes Lima, em depoimento perante o Congresso Nacional, aos 23 de fevereiro de 1956, dispensaria até mesmo a elaboração de uma lei especial sobre o abuso do poder econômico.

De igual forma, estranhos e inaplicáveis ao Direito da Concorrência os atributos específicos e peculiares ao exercício do questionado Poder de Polícia: (a) a discricionariedade; (b) a auto-executoriedade e (c) a coercibilidade. Laivos do primeiro desses atributos despontam, tão-só, em iniciativas investigatórias quando *ex officio* providenciadas pela autoridade pública.

Assim, enquanto a “discricionariedade” se traduz, segundo Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo*, 8ª ed., pp. 114-117), na livre escolha, pela Administração, da oportunidade e conveniência de exercer o Poder de Polícia, de aplicar sanções e de empregar os meios conducentes a atingir o fim colimado, as autoridades encarregadas da defesa da concorrência, na aplicação da lei, não podem afastar-se das indicações legais e regulamentares, atuando por atos administrativos “vinculados” ou “regrados” (cf. Nelson de Azevedo Branco e Celso de Albuquerque Barreto, *Repressão ao Abuso do Poder Econômico*, p. 118).

Enquanto a “auto-executoriedade” do Poder de Polícia faculta à Administração decidir e executar diretamente, por seus próprios meios, suas deliberações, sem intervenção do Judiciário, as decisões proferidas pelo Egrégio Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, não geram

coisa julgada, no sentido próprio, e se sujeitam ao crivo do Poder Judiciário, mediante o qual são executadas.

Por fim, a “coercibilidade”, como característica do Poder de Polícia, leva à imposição coativa das medidas emanadas da Administração, e isso até mediante recurso à Força Pública. O atributo é, portanto, incompatível com a solução obrigatoriamente judicial, para fins executórios, das decisões proferidas pelo CADE, sujeitas, insista-se, a amplo controle judicial, não só quanto às questões de formalidade extrínseca como também em relação à legalidade intrínseca, aos motivos determinantes do ato administrativo.

Mais recentemente, sob inspiração da que podemos chamar de “Escola de Minas”, forjada que foi na UFMG, tendo por figura exponencial o ínclito Prof. Washington Peluso Albino de Souza, e introdutora no CADE a eminentíssima Professora Dra. Ana Maria Ferraz Augusto, a quem se devem todas as homenagens, buscou-se refúgio no Direito Econômico. Esta corrente encontrou seu ápice por ocasião da promulgação da Lei nº 8.158, de 1991, que dela hauriu ensinamentos.

A origem da problemática foi magistralmente sintetizada por Ricardo Antunes Andreucci (*O Direito Penal Econômico e o Ilícito Penal*, RT, vol. 426, p. 299):

“Um problema jurídico da atualidade é o direito econômico, juntamente com o qual evolui o direito penal econômico ou direito penal socioeconômico, ambos com origem no intervencionismo estatal, fenômeno este que se sente com intensidade e que apresenta entroncamento com as funções que o Estado moderno desenvolve”.

A nova tese é resultado de ser o Direito Econômico um composto híbrido de vários ramos da enciclopédia jurídica, com conteúdo ainda não definitivamente circunscrito, embora tendente a inarredável autonomia como ramo da Ciência Jurídica. Todavia, seu conteúdo necessariamente econômico não pode fazer supor que os demais ramos do Direito sejam “não-econômicos”.

O Direito Econômico é a parte do ordenamento que reflete a Política Econômica ou, em outras palavras, que assimila e traduz, no âmbito normativo, a direção emprestada pelo Estado ao processo econômico (Ricossa, *A proposito del Diritto dell'Economia*, citado por Modesto Carvalhosa, *Direito Econômico*, p. 355). Carvalhosa (op. cit., p. 354) complementa:

“Seria, portanto, o direito da matéria econômica vinculada, ou seja, da estrutura econômica racionalmente eleita pelo Estado”.

No dizer de Fábio Konder Comparato (*O Indispensável Direito Econômico*, RT, vol. 353, p. 22):

“O novo direito econômico surge como o conjunto das técnicas jurídicas de que lança mão o Estado contemporâneo na realização de sua política econômica. Ele constitui assim a disciplina normativa da ação estatal sobre as estruturas do sistema econômico, seja este centralizado ou descentralizado”.

Percebe-se, portanto, que as conceituações do Direito Econômico enfatizam o cunho da participação ativa do Estado, com a constituição de um sistema de normas jurídicas destinadas a regulamentar a realização da Política Econômica.

Conclui-se, destarte, que a inclusão do Direito da Concorrência no âmbito do Direito Econômico implicaria na transferência da titularidade do bem jurídico “livre concorrência” da coletividade (como atualmente consagrado no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994) para o Estado, o que se nos afigura inconstitucional (art. 170 da Carta Magna), na medida em que transforma o Estado em agente preferencial da organização das atividades econômicas.

A respeito desse risco já alertava Carvalhosa (*op. cit.*, p. 355):

“Ainda que o Direito Econômico seja o resultado histórico da extensão do papel do Estado na economia, exprime ele - como direito positivo - o fenômeno específico do poder público de intervir sistemática e racionalmente no processo. Escapam, por conseguinte, de seu âmbito, as matérias repressivas de caráter administrativo-penal, que são tratadas pelo Direito Penal Econômico, que, por sua vez, é informado por outros princípios e categorias”.

Aliás, como dizia o inesquecível Enrique R. Aftalión, citado por José Nabantino Ramos (*Sistema Brasileiro de Direito Econômico*, p. 94):

“Se bastasse a presença do elemento econômico para incluir uma atividade no campo do Direito Econômico, também o furto, o roubo, a herança e as obrigações deveriam pertencer-lhe ...”.

Não só. Seria também parte integrante do Direito Econômico toda matéria fiscal atualmente objeto do Direito Tributário, posto que evidente seu conteúdo econômico.

A remissão do Direito da Concorrência ao Direito Econômico, por seu turno, acarreta graves riscos às liberdades públicas. Traz consigo o risco de que o Estado, no exercício de poderes intervencionistas, atinja a própria liberdade econômica, não sendo aceitável conceder-lhe a tutela da “livre concorrência” sob a reivindicação de maior elasticidade no magistério punitivo, sob pena de, a qualquer tempo, se ferirem os direitos e garantias

individuais protegidos pelo Direito Penal. Como salientado por Ricardo Antunes Andreucci (*op. cit.*, p. 310):

“Não é este o desiderato do autêntico direito penal, que foi justamente chamado por Aníbal Bruno de um sistema jurídico de dupla face, pois, se, por um lado, protege a sociedade, de outro, preserva o indivíduo do excesso de poder que contra ele possa se desenvolver”.

Como dito, a natureza da Lei Antitruste há de ser examinada à luz de suas características endógenas, o que a leva, inarredavelmente, em nossa opinião, para o campo do Direito Penal-Econômico. Como bem assinalava o saudoso Prof. Manoel Pedro Pimentel (*Legislação Penal Especial*, p. 3), ao tratar do tema, a conceituação jurídica há de fazer expressa referência ao conteúdo substancial da norma sob exame, fugindo, assim, de uma definição meramente formal.

Não aspirando, o Direito Penal-Econômico, autonomia em relação ao Direito Penal, há que se compreender bem as particularidades deste.

Servindo-nos do ensinamento de Stampa Braun (*Introducción a la Ciencia del Derecho Penal*, p. 19), temos que:

“Direito Penal é o ordenamento jurídico autônomo, pertencente ao Direito Público, que tutela, mediante a aplicação de uma pena ou de uma medida de segurança, as condutas que contra aqueles interesses atentem (delitos)”.

Ora, no ordenamento neo-capitalista adotado pelo sistema jurídico brasileiro, a “livre concorrência” configura esse interesse fundamental do indivíduo e da coletividade de que fala o mestre, catalogado que está dentre os princípios fundamentais da ordem econômica (art. 170, inciso IV, da Constituição Federal), com vistas a assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social. Sua violação acarreta a aplicação de uma pena (pecuniária) e, eventualmente, de uma medida de segurança (ordem de cessação e compromisso de cessação).

Esse entendimento é, em verdade, virtualmente pacífico na doutrina de várias tendências e formações e de várias épocas, não se limitando, portanto, aos estudiosos do Direito Penal e/ou aos juristas que antecederam o surgimento do Direito Econômico.

Vejamos, por exemplo, a lição:

a) do comercialista Oscar Barreto Filho (*Parecer, apud Franceschini, op. cit.*, p. 463):

“A objeção que deve ser formulada, todavia, é a de que, *antes de ser uma lei de caráter econômico, a Lei Antitruste é uma Lei de caráter Penal*, de tal sorte que aos julgadores é essencial o

conhecimento do direito e do processo penais, além do direito privado inerentes à formação jurídica" (grifamos);

b) do processualista José Frederico Marques (*Direito Penal Econômico - Princípios sobre a Interpretação de suas Normas, apud Franceschini, op. cit., pp. 476 e 477*):

"A intervenção do Estado, na vida econômica das empresas particulares, ditada pelos modernos princípios da 'economia dirigida', acabou criando *une branche nouvelle du Droit Pénal*, designada pelo *nomen juris* de Direito Penal Econômico.

.....

Verifica-se, do exposto, que os fatos descritos na consulta estão no âmbito do direito penal econômico brasileiro e submetidos a suas normas e princípios, regras legais e postulados, uma vez que tanto a Lei nº 1.521, como a Lei nº 4.137, de 1962, constituem o sucedâneo e base desse ramo da ciência jurídica, em nossos sistemas legislativos" (grifamos);

c) do constitucionalista Pontes de Miranda:

"A lei, a que se refere o art. 148, é *Penal* e pode ser parte da lei especial de que cogita o art. 146, ou de alguma lei geral, *inclusive o Código Penal*" (grifamos) (*Comentários à Constituição de 1946*, vol. IV, 2ª edição, p. 504).

"Corresponde isso à intervenção penalística dos governos na economia (*Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969*, 2ª ed. p. 50 - grifamos).

"Pergunta-se: - Tratando-se de caracterização de delitos, punidos com penas severas, *como os que se definem na Lei nº 4.137*, é de exigir-se rigoroso enquadramento da falta imputada na definição legal, para que se possa cogitar de delito?

Respondo: - Fora de qualquer dúvida, se interpreta *regra jurídica penal*, ou mesmo civil ou comercial, se contém pena ou multa, ou elemento desconstitutivo" (grifamos)

d) do civilista Orosimbo Nonato (*Cláusula de Exclusividade em Contrato de Fornecimento, apud Franceschini, op. cit., p. 490*):

"O caso da consulta é de caracterização de 'delitos', punidos severamente, como os definidos na Lei nº 4.137.

Daí, a indagação: para sua ocorrência não se torna exigível enquadramento rigoroso da falta imputada na definição legal?

A resposta afirmativa se impõe irresistivelmente e se contém no art. 1º do CP: 'Não há pena sem prévia cominação legal' (grifamos);

e) do jusfilósofo Miguel Reale (*Abuso do Poder Econômico e Garantias Individuais*, apud Franceschini, *op. cit.*, p. 521);

“As mencionadas disposições constitucionais não possuem, como poderia parecer, mera 'destinação penal', mas cobrem todos os domínios da experiência jurídica, como se dá, por exemplo, com a Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, que regula a repressão ao abuso do poder econômico, discriminando as suas formas e criando um Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) com uma Procuradoria, à qual forma reconhecidas funções equiparadas às do Ministério Público” (grifamos); e

f) do processualista Celso Neves (*Disciplina da Lei Antitruste no Sistema Jurídico Brasileiro*, apud Franceschini, *op. cit.*, p. 588):

“No que se refere às atribuições administrativas do CADE, é evidente que, envolvendo matéria de caráter penal, a observância rigorosa dos preceitos de forma, a subordinação ao princípio da ampla defesa, a vinculação à prova provada, com a conseqüente repulsa às imputações calcadas em meros indícios ou circunstâncias e, especialmente, às simples suposições ou conjecturas, sem contrapartida objetiva em elementos de convicção dotados de efetiva atendibilidade, constituem pressupostos inelimináveis de validade, e eficácia de suas decisões” (grifamos).

Despiciendo é falar o óbvio, ou seja, que os penalistas reconhecem a existência do Direito Penal-Econômico, tais como Manoel Pedro Pimentel (*Direito Penal Econômico*) e Ricardo Antunes Andreucci (*O Direito Penal Econômico e o Ilícito Fiscal*), nele inserida a legislação de defesa da concorrência.

E mais:

Autores há, inclusive, que propõem o enquadramento da Lei Antitruste no próprio Código Penal, na linha do Anteprojeto do Código Penal (art. 372 a 383), publicado no *Diário Oficial* da União de 28 de outubro de 1987, Seção I, pp. 17777 e segs., cuja elaboração contou com a contribuição de juristas de escol: Francisco de Assis Toledo, Luiz Vicente Cernichiario, Miguel Reale Jr., René Dotti, Manoel Pedro Pimentel, Everaldo da Cunha Lima, Jair Leonardo Lopes, Ricardo Antunes Andreucci, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo e José Bonifácio Diniz de Andrada.

Isto para não mencionar, por ocioso, a doutrina estrangeira, na qual se destaca, evidentemente, Aftalión com a monumental obra *Derecho Penal Económico*. Explícita também, a lição de Guillermo Cabanellas (*Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia*, pp. 19/20) ao tratar da Lei de Defesa da Concorrência argentina (“L.D.C.”):

“Teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 43 de la L.D.C., relativo a las normas supletorias aplicables a las cuestiones comprendidas en dicha Ley, la determinación de figuras punibles y de sanciones que contiene, su Exposición de Motivos y el texto de su articulado, no pueden quedar dudas respecto del carácter penal que reviste la legislación analizada. Esta solución coincide con la imperante en relación con la derogada Ley 12.906 así como con la correspondiente a los principales antecedentes del Derecho Comparado de que se ha nutrido la legislación argentina”.

Em verdade, o enquadramento da legislação concorrencial no campo penal e a repulsa à aplicação de procedimentos circunstanciais e flexivelmente “discricionários” é taxativa no diploma vizinho (art. 43):

“Serán de aplicación las disposiciones del libro I del Código Penal y las del Código de Procedimientos en Materia Penal, en cuanto sean compatibles con las disposiciones de la presente ley. No serán de aplicación las disposiciones de la Ley de Procedimientos Administrativos”.

E comentando esta progênie, assim se expressa o ilustre jurista portenho (*op. loc. cit.*):

“La ciencia jurídica norteamericana es reacia a las construcciones teóricas destinadas a relacionar las determinadas ramas del ordenamiento jurídico entre sí. No obstante, es evidente que la legislación antitrust de los Estados Unidos presenta carácter penal y así se considera a los efectos de su aplicación. Cfr. el art. 1º de la Ley Sherman (15 U.S.C. § 1) y A. D. Neale: The antitrust laws of the U.S.A. (Cambridge, 1974), p. 401. El carácter supranacional de las normas incluidas en el Tratado de Roma, constitutivo del Mercado Común Europeo, impide adjudicarles directamente carácter penal, pero éste surge de las reglas nacionales y supranacionales que lo implementan”.

Aliás o mesmo reconhecimento explícito, a exemplo do diploma argentino, também se verificava no corpo da Lei brasileira nº 4.137, de 1962, cujo art. 36 dispunha:

“Na instauração do processo observar-se-á o disposto no Livro II, Capítulo III, Título I do Código de Processo Penal, com as alterações constantes desta lei.”

Esse caráter criminal exsurge até mesmo na longínqua legislação japonesa antimonopólica de 1947 (arts. 89 a 97).

Não difere a tendência jurisprudencial brasileira:

a) sentença do MM. Juiz Fleury Antonio Pires, da 13ª Vara Federal em São Paulo, no Processo nº 5276403:

“E isto porque, regulamentando dispositivo constitucional, a Lei nº 4.137/62 *tem efetivamente natureza penal, situando-se dentro do campo do direito penal econômico*, não só por sua origem histórica como também por força de sua natureza intrínseca, vez que o diploma legal em tela não se destina a dirimir interesses particulares, sendo seu objeto jurídico não propriamente a política econômica do Estado, mas sim, a livre concorrência e a liberdade de iniciativa, constitucionalmente garantidas” (grifamos);

b) acórdão da 4ª Turma do antigo TFR, de 29 de outubro de 1986, da lavra do Ministro Ilmar Galvão, na Apelação Cível nº 56.282-SP:

“Neste passo, convém observar que *o delito de abuso do poder econômico* não se consuma pela simples existência de um dos fatos descritos nas letras dos incisos do art. 2º da Lei nº 4.137/62.

É preciso que aqueles fatos provoquem o resultado previsto na redação do incisos. O fato, sem o resultado, é *penalmente indiferente*” (grifamos); e

c) sentença de 3 de agosto de 1993, no Processo (Ação Civil Pública) nº 01190027383, do MM. Juiz da 12ª Vara Cível de Porto Alegre, Marco Aurélio Heinz:

“Assim, sob qualquer ângulo que se examine a questão posta em julgamento, verifica-se que as rés subordinavam a venda de cimento à utilização do serviço de transporte, tipificando o ilícito previsto no art. 2º, inc. IV, letra ‘b’, da Lei 4.137/62.

O ponto que merece destaque é *se ilícito penal* flagrado consistente na venda casada, induz ou não à reparabilidade” (grifamos).

A Lei nº 4.137, de 1962, era, portanto, para o digno Magistrado gaúcho de natureza penal.

Quanto à Procuradoria-Geral do CADE, seria fastidioso e desnecessário citar todas as passagens em que aquele órgão se manifestou nesse sentido, como se pode verificar da coletânea de Elbruz Moreira de Carvalho, *Abuso do Poder Econômico*.

Apenas a título exemplificativo, além da já apontada manifestação do douto Procurador-Geral no Processo Administrativo nº 47, referida pelo ilustre Conselheiro George Marcondes Coelho de Souza, observa-se o pronunciamento exarado pelo representante do *parquet* no Processo Administrativo nº 71 (fls. 728 desse Processo):

“Em princípio, quer-nos parecer que os fatos estariam a indicar práticas restritivas da concorrência, através da eventual ofensa aos ditames da letra 'g', do inciso I, ambas do art. 2º da lei. E sendo inegável o caráter penal da lei antitruste em vigor, tudo estaria a aconselhar o cuidadoso prosseguimento do exame da hipótese até a obtenção de um juízo de admissibilidade tendente à inauguração da fase contenciosa” (grifamos).

As decisões prolatadas pelo CADE, em sua maioria, não destoam desse entendimento. Vejam-se, por exemplo:

- a) “Inexiste crime de abuso do poder econômico sem prévia definição legal” (Franceschini, *op. cit.*, ementa nº 9, p. 25);
- b) “O princípio da reserva legal é aplicável à legislação antitruste nacional. Assim, indispensável à configuração do ilícito é a existência do requisito da tipicidade” (*idem*, ementa nº 11, p. 26);
- c) “A Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, integra o chamado Direito Penal Econômico” (*ibidem*, ementa nº 14, p. 28);
- d) “Os princípios gerais do Direito Penal são aplicáveis ao Direito Penal Econômico. Assim, por força do princípio da reserva legal, não há delito de abuso do poder econômico sem lei anterior que o defina” (*ibidem*, ementa nº 15, p. 28);
- e) “O Processo Administrativo que corre no CADE, sendo de natureza penal econômica, é de interesse geral da sociedade, de tal sorte que a Representante nem sequer é parte no processo” (Processo Administrativo nº 71, voto vencedor do Conselheiro Mauro Grinberg); e
- f) “Trata-se, repita-se, de norma definidora de delito, não se admitindo sua ampliação além do sentido literal possível, com o

objetivo de viabilizar o enquadramento de condutas que não estejam claramente tipificadas em lei.

As normas contidas na Lei nº 4.137/62, conforme já firmado por remansosa jurisprudência do CADE e de nossas Cortes, são de natureza penal-econômica e, como tal, devem ser interpretadas restritivamente" (voto vencedor da Conselheira Neide Teresinha Malard no Processo Administrativo nº 2/92, DOU de 22 de setembro de 1992, Seção I, p. 13259).

Aliás, ratificando a taxinomia da legislação concorrencial no âmbito do Direito Penal-Econômico sob a égide da Constituição Federal vigente, explícito é o ensinamento de J. Cretella Júnior (*Comentários à Constituição* - 1988, vol. VIII, p. 4026):

"A lei a que se refere o § 4º do art. 173, reprimindo o abuso do poder econômico, é lei penal" (grifamos).

A lição é igualmente explicitada na novíssima obra do renomado Professor, *Comentários à Lei Antitruste*, p. 13.

Assentada a natureza da legislação, decorre daí, como visto, a incidência dos princípios gerais aplicáveis ao Direito Penal comum, do qual o Direito Penal-Econômico é um ramo, tais como o princípio da reserva legal, a rigidez de interpretação do tipo, a inadmissibilidade do emprego da analogia, a prescritibilidade da ação penal-econômica, entre outros.

De uma forma abrangente e não compromissada, ensina o Professor espanhol Jaime Villegas Cayon (*Monopolio y Competencia - Las Leyes Antitrust de los Estados Unidos - Base de la Libertad Económica*, p. 5) que a legislação de defesa da concorrência persegue quatro objetivos fundamentais:

"El primero es la protección de las libertades políticas e individuales, al permitir a cualquier ciudadano elegir entre varios empresarios competidores para su negocio o profesión, evitando que gran parte de la población dependa para su trabajo de la tolerancia de un grupo de monopolistas privados o del mismo Estado cuando asume el papel de único empresario en una economía de tipo comunista.

El segundo es proteger al consumidor para que los productos sean de buena calidad y tengan precios razonables.

El tercero es contribuir a la máxima eficiencia económica mediante las decisiones tomadas libremente por los empresarios, en un ambiente regido por la competencia, mejor que a través de las decisiones impostas por monopolistas privados o por funcionarios del Estado.

El cuarto es utilizar mejor la inventiva e iniciativa individuales, ofreciendo mayores oportunidades de participar en la actividad económica al talento y las energías del conjunto de la población”.

Como regra geral, a determinação do escopo das leis da concorrência, de vital importância em sua aplicação, se divide em três grandes escolas, duas de origem alienígena ou outra mais latino-americana. As duas primeiras (a saber: a escola “tradicionalista” e a chamada “Escola de Chicago”) vêm minuciosamente comparadas no trabalho intitulado *Anchoring Antitrust Economics - A Lexicon*, de autoria dos Professores Eleanor M. Fox e Lawrence A. Sullivan, *apud Revitalizing Antitrust in its Second Century*, editado por Harry First, Eleanor M. Fox e Robert Pitofsky, pp. 67 e segs.

Para os “tradicionalistas”, também chamados “estruturalistas”, o Direito da Concorrência visa à defesa da concorrência, como um valor em si mesmo, ou seja, de um “processo” destinado a coibir condutas abusivas de mercado, e preservar a multiplicidade de opções como instrumento de proteção dos consumidores contra a prática de preços supra-competitivos. A concorrência também seria valiosa na medida em que promoveria a redução do desperdício e tenderia a motivar as inovações. Para seus seguidores, a estrutura do mercado determinaria a conduta dos agentes econômicos, que para eles se presume lesiva sempre que aquela se apresente concentrada. O conceito central dessa teoria é o de que o valor primordial a ser protegido seria a concorrência em si mesma e não a eficiência (“*the central concept of the antitrust law is competition, not efficiency*”).

Trata-se de uma linha de pensamento estreitamente ligada à cultura norte-americana, de onde se originou, que vê na exacerbação do pluralismo igualitário (daí a expressão “*small is beautiful*”) o ápice do virtuoso. Sua aceitação é apenas moderada no modelo europeu.

Tendendo a um nivelamento das empresas por suas ineficiências, essa teoria encontrou campo fértil dentre os adeptos do Direito Econômico. No Brasil, a tese, de forte conotação intervencionista, reveste as funções das autoridades de defesa da concorrência de um cunho tipicamente de controle (anticonstitucionalíssimamente - art. 174 da Constituição Federal) da atividade econômica e empresarial, apoiando-se na equivocada localização do § 3º do art. 173 da Carta Magna que mescla a repressão ao abuso do poder econômico (§ 3º citado) com a exploração direta de atividade econômica pelo Estado (*caput* do artigo).

A evolução do “tradicionalismo” originário norte-americano para o “estruturalismo” de respeitável parcela da doutrina brasileira, por centrar-se fortemente na natureza administrativa (formal, portanto, e não jurídica) dos órgãos executores da legislação antitruste, enfrenta alguns desafios tanto

diante da posição dos que pugnam pela criminalização (menos provável) absoluta das ofensas à ordem econômica (tese esta defendida pelos que recomendam a inserção da matéria no corpo do próprio Código Penal e que encontrou seu ponto alto na promulgação da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, já revogada em relação aos crimes contra a ordem econômica) como face à possibilidade (menos remota, a longo prazo) de transferência da competência atualmente administrativa e circunscricional para a jurisdicional *stricto sensu*, com a criação de Varas Especializadas na Justiça Comum.

Também defronta-se com sérias dificuldades diante da natureza jurídica do CADE, como órgão judicante auxiliar do Poder Judiciário.

Contrapõe-se a esta teoria a Escola de Chicago, que encontrou seu apogeu mais radical no final da década de 1970, com os trabalhos de Robert H. Bork. Sua doutrina preleciona que as leis antitruste estão teleologicamente direcionadas para a melhoria da eficiência econômica (*"the antitrust laws are designed to improve the efficiency of markets"*). As condutas tidas por anticompetitivas somente não de ser assim reconhecidas na medida em que reduzam a eficiência e apenas neste caso. Por essa mesma razão, as condutas que seriam razões determinantes das estruturas, e não o inverso. Segundo esta visão, a concentração econômica seria, ao contrário dos "estruturalistas", em princípio geradora de eficiências, salvo se resultar na redução da produção (*output*), assim gerando pressões sobre os preços. O titular do bem jurídico protegido, seria, portanto, o consumidor, maior beneficiário da eficiência.

Como se verifica, a teoria "estruturalista" se aproxima da Escola de Chicago em pontos nevrálgicos. Na medida em que busca a defesa do consumidor contra a prática de preços supra-competitivos, sua postura se resume na aceitação do princípio da eficiência alocativa como propósito da legislação antitruste. A preocupação com a minimização do desperdício nada mais é do que a eliminação do que os economistas denominam "*X-ineficiências*". O incentivo à inovação pode ser sumariado na expressão "eficiência dinâmica". Conclui-se, portanto, que a diferença fundamental entre as duas teses é basicamente ideológica, a primeira tendente à aceitação de uma maior intervenção do Estado no domínio econômico, em defesa do "menor", ainda que menos eficiente, e a segunda com uma visão mais próxima do princípio "puro" da livre iniciativa como instrumento de defesa dos interesses dos consumidores (melhoria da qualidade dos produtos e redução de preços).

A terceira teoria mais se aproxima das posições "administrativistas" e "econômicas" do Direito da Concorrência. Vêm-no a partir dos órgãos executores da Política da Concorrência, em geral estreitamente ligados aos da Política Econômica do Estado. Bem a conceitua Klaus Tiedman, citado por Maria G. Morais de Guerrero (*"Introducción a la Criminalidad Económica"*,

Universidade Católica Andrés Bello, Caracas, p. 48), ao definir o delito econômico no âmbito do Direito da Concorrência como:

“la infracción jurídico-penal que lesiona o pone en peligro el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal, en la economía de un país”.

Esta doutrina encontra amplo apoio em meios governamentais latino-americanos, notadamente na Argentina e no Brasil, e tem como supedâneo a integração do regime jurídico da concorrência à Política Econômica estatal. Como observa, com a precisão que lhe é peculiar, a ilustríssima Dra. Isabel Vaz, em a festejada obra *Direito Econômico da Concorrência*, p. 264;

“Feitas estas ressalvas, importa acentuar a afinidade entre o Direito econômico e as medidas de política econômica, que àquela disciplina incumbe regulamentar. Esta observação se impõe, porque a concorrência empresarial pressupõe um certo grau de liberdade, que não seria compatível com uma intervenção estatal muito abrangente e muito profunda. A medida exata da atuação do Estado no domínio econômico só pode ser adequadamente aferida pela análise das políticas públicas, entre as quais se inclui a ‘política jurídica da concorrência’” (grifamos).

A empresa e a concorrência, sob este prisma, passam a constituir instrumentos da Política Econômica, em geral de cunho “desenvolvimentista”. No dizer da emérita Professora Isabel Vaz (*op. cit.*, p. 256):

“... as empresas poderiam ser induzidas, estimuladas, a participar de um projeto global de desenvolvimento do país, a exemplo do ‘discurso’ constante nas general provisions da lei antitruste japonesa”.

Esta tendência é, do ponto de vista da formação cultural, de fácil compreensão em países como o Brasil e nações vizinhas. A primeira lei antitruste nacional, o Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1938, via os delitos econômicos como crimes contra o Estado, sendo processados e julgados pelo, de triste memória, Tribunal de Segurança Nacional. O Decreto-Lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945, de forte feição protecionista, inspirava-se em modelo nitidamente administrativista. A Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951, amalgamava o conceito de concorrência com o de economia popular, dando prevalência a este.

A teoria, em nossa opinião, deflete para posições verdadeiramente antinômicas (controle indireto da Economia pelo Estado), potencialmente geradoras de desvios de finalidade social, por sua transmutação em instrumento da Política Econômica. Recente exemplo deste fenômeno se verificou quando da inserção da questão dos chamados “aumentos abusivos de preços”

na legislação de defesa da concorrência e da contraditória tentativa de exercício de controle exógeno de preços pelos órgãos encarregados da concorrência.

As leis chamadas “antitruste” vinculam-se constitucionalmente ao conhecido trinômio “*dominação de mercado*”, “*eliminação de concorrência*” e “*aumento arbitrário de lucros*” (o chamado lucro supra-competitivo). O art. 173, § 4º, da Constituição Federal assim se expressa:

“A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à *dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.*”

A finalidade da legislação de defesa da *concorrência*, portanto, é unívoca, qual seja, a defesa e viabilização do princípio maior da “livre concorrência” (art. 170, inciso IV), não podendo, portanto, ser utilizada pelo Estado para alcançar objetivos diversos. Impõe-se, aliás, o entendimento, máxime diante do fato de que a finalidade social de uma lei é fundamental à sua interpretação (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil).

Já esclarecia o preclaro Prof. Hely Lopes Meirelles (*op. cit.*, p. 611), que dentre os principais meios de intervenção na ordem econômica destacam-se o (a) monopólio, (b) a repressão ao abuso do poder econômico, (c) o controle do abastecimento e (d) o tabelamento de preço. Cada um desses meios tem um tratamento legislativo distinto e independente entre si, sujeitos a princípios e conceitos diversificados, por serem distintas as respectivas finalidades sociais.

Perserverando na lição do mestre (*op. cit.*, p. 74):

“O ‘princípio da finalidade’ (do ato administrativo) impõe que o administrador público só pratique o ato para o seu ‘fim legal’. E o ‘fim legal’ é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato.

.....
Desde que o ‘princípio da finalidade’ exige que o ato seja praticado sempre com a finalidade pública, o Administrador fica impedido de buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiro”.

Assim, verifica-se que o Direito Econômico representa um forte estímulo à aplicação do Direito da Concorrência em toda matéria que, tendo substancial reflexo econômico, embora não necessariamente concorrencial, se encontre em linha com a Política Econômica do Estado. Afirma a respeito o ilustre administrativista (*op. cit.*, p. 86):

“O ‘desvio de finalidade’ ou de ‘poder’ se verifica quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público. O desvio de finalidade ou de poder é, assim, a violação ideológica da lei, ou, por outras palavras, a violação moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal”.

Ora, quando da redação da vigente Constituição Federal, mais precisamente, de seu art. 174 (tratando dos limites de atuação do Estado na sua qualidade de “agente normativo e regulador da atividade econômica”), ficou patente a expressa supressão da função de “controle”, como bem lembra Miguel Reale Jr., à época assessor jurídico da Presidência da Assembléia Nacional Constituinte. Donde assentar-se que, seja sob o ponto de vista histórico, seja à luz da exegese sistemática, a intervenção do Estado no domínio econômico perdeu o caráter de generalidade, para adquirir índole de excepcionalidade, afastada a função de controle.

Assim, não podem as autoridades encarregadas da defesa da concorrência travestir a legislação chamada antitruste de *legislação* de controle indireto da atividade econômica. Como que antecipando essas conseqüências, o ilustre Desembargador Werter R. Faria, ex-Presidente do CADE afirmou em *Constituição Econômica - Liberdade de Iniciativa e da Concorrência*, p. 153:

“Quase meio século de vigência das normas constitucionais de tutela do mercado não bastou para que os legisladores deixassem de confundir o abuso do poder econômico (as práticas comerciais executadas com o fim de impedir, limitar ou distorcer o jogo da concorrência) com as ações lesivas a bens jurídicos de outra natureza. Ao contrário, à medida que avança o tempo de duração dessas normas, perde-se a compreensão do sentido da expressão ‘abuso do poder econômico’, e se agrava o retrocesso legislativo em matéria de defesa da concorrência”.

O mais grave, porém, é que a visão “administrativista” e/ou “econômica” do Direito da Concorrência traz ínsito enormes riscos de ofensas futuras aos direitos e garantias individuais pelo Estado onipotente.

Por isso mesmo é que Aftalión, no clássico *Derecho Penal Económico*, pondera que o surgimento do Direito Penal-Econômico, com todas as suas conseqüências, foi fruto de longa elaboração, em demorado processo histórico, como afirmação dos direitos e garantias individuais. Decorre disto a verdade de que não é possível, sem grave risco para esses mesmos direitos e

garantias, deixar de lado tão valioso repositório de normas tutelares, sob pena de se deixarem indefesos os acusados frente às possíveis arbitrariedades dos órgãos do Estado (cf. Manoel Pedro Pimentel, *Direito Penal-Econômico*, p. 13).

Como lecionava o jubilado Prof. José Frederico Marques (*Elementos de Direito Processual*, vol. I, p. 77):

“Ora, a moldagem do processo penal, como contenda entre partes, implica no integral repúdio da forma inquisitiva de procedimento, e no reconhecer, outrossim, que o acusado não é apenas objeto de investigações, mas também sujeito de direitos, ônus, deveres e obrigações dentro do procedimento destinado a apurar a procedência ou não da pretensão punitiva do Estado”.

A atual Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, embora contendo elementos característicos das teorias “estruturalista” (notadamente no que tange aos procedimentos relativos ao exame de atos de concentração econômica - art. 54), bem como das teses “intervencionistas” (e.g., conceitos de “aumentos abusivos de preços”), parece-nos adotar, como princípio ideológico básico, a nortear sua interpretação, a corrente que favorece a “eficiência econômica”.

Ao declinar a finalidade da Lei, estabelece o art. 1º do diploma:

“Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo Único. *A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei*” (grifamos).

A par de deixar bem nítida a opção pelos consumidores, o estatuto nacional da concorrência não permite tergiversações sobre seu posicionamento doutrinário, no capítulo das infrações, estabelecendo, no art. 20, § 1º, que:

“A conquista de mercado resultante de processo natural *fundado na maior eficiência do agente econômico* em relação aos seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II” (grifamos).

Dito inciso trata do estado de domínio do mercado relevante de bens ou serviços.

Aos órgãos de defesa da concorrência compete, *ratione materiae*, exclusivamente, prevenir, apurar e coibir as chamadas “ofensas à ordem

econômica”, expressão sinônima, na Lei nº 8.884, de 1994, de infringência às regras do livre mercado.

Como visto, o Direito da Concorrência disciplina as relações de mercado entre agentes econômicos e sua clientela. Assim, questões *interna corporis* entre acionistas de uma companhia ou meramente comerciais entre empresas, sem alteração das estruturas do mercado ou da conduta dos concorrentes são-lhe estranhas.

Além disso, o Direito da Concorrência é, por essência, ramo do Direito Público, inexistindo qualquer interesse público nas querelas privadas.

A questão da jurisdição primária é talvez uma das mais antigas no CADE. O simples fato de, eventualmente, uma contenda ter relevante reflexo econômico (notadamente quando tal impacto sequer é sentido no mercado) não basta para a atração do tema para a seara dos órgãos de defesa da concorrência.

Veja-se, a respeito, a ementa nº 265 encontrada a fls. 231 em Franceschini, *op. cit.*, sumariando decisão proferida nas Averiguações Preliminares nº 56, nos idos de 1975:

“Os órgãos do Estado de Direito não podem extravasar de suas funções legais, conforme lhes tenham sido cometidas pelo sistema jurídico em vigor. Assim, é o CADE incompetente para conhecer e julgar de conduta alheia à sua esfera específica de atuação, *ainda quando se trate de matéria com inegável e substancial reflexo econômico*” (grifamos).

O CADE, recentemente, se manifestou de forma específica em relação a acusações de abuso do poder econômico derivadas de acirrada disputa interna entre acionistas, máxime quando a querela já tenha desaguado no âmbito do Poder Judiciário.

Merece transcrição, em excerto, a decisão proferida no Processo Administrativo nº 42, de 10 de setembro de 1987, onde foram Representantes Perfuradora de Metais S.A. e Ibrás - Telas Metálicas e Metais Perfurados Ltda. e Representadas Permetal S.A. - Metais Perfurados, Vibratex - Telas Metálicas Ltda., Açoplast - Ind. e Com. Ltda. e Établissements Gantois, de que foi Conselheiro-Relator o ilustre Dr. Geová Magalhães Sobreira (cf. *DOU* de 15 de setembro de 1987, Seção I, pp. 14907 e segs.):

“Verifica-se pela cautelosa análise da peça vestibular (...) que, antes de tudo, trata-se de uma acirrada disputa interna pelo poder de gestão das representantes, já que elas não tinham àquela época, um acionista majoritário. Esta disputa pelo controle das representantes ocasionou, antes da denúncia a este E. Conselho, uma série de ações judiciais na Comarca de São Paulo.

.....
Diante do exposto, não vislumbro nos presentes autos práticas de abuso do poder econômico capituladas na Lei 4.137/62, apesar do louvável parecer da douta Procuradoria Geral que pede a condenação das representadas. Existe uma disputa pelo controle das empresas bem expresso na peça vestibular: 'afasta-lo da administração das sociedades (...), manter o requerente na administração de ambas as empresas' (...)"

Portanto, as pendências comerciais surgidas entre partes privadas não de ser dirimidas exclusivamente perante o Poder Judiciário, não dispondo o CADE de competência para resolvê-las. Neste sentido o despacho exarado pelo Conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, de 27 de outubro de 1994, no requerimento da Federação das Empresas de Transportes de Cargas do Estado do Paraná e outros no Processo Administrativo nº 45/92 (cf. DOU de 31 de outubro de 1994, Seção I, p. 16364):

"Não dispõe, pois, o CADE, de competência para decidir sobre questões surgidas de relações entre partes, configurando conflitos de natureza privada. Desta forma, aos Requerentes que entendam haver sofrido lesões em seus direitos, em virtude de práticas atribuídas às Representadas, é facultado, como a qualquer pessoa, buscar reparação junto ao Poder Judiciário, sendo esta uma inafastável garantia constitucional, didaticamente reafirmada no artigo 2º da Lei nº 8.884/94."

Nem mesmo causas de concorrência desleal são passíveis de apreciação pelos órgãos de defesa da concorrência, mesmo porque, como observa Celso Neves ("*Disciplina da Lei Antitruste no Sistema Jurídico Brasileiro, apud Franceschini, op. cit., p. 590*), tal seria inadmissível sequer em tese:

"A Constituição da República reduziu a *concorrência desleal* a delito comum, insusceptível de dar corpo ao abuso do poder econômico".

Não há confundir este conceito com o princípio da livre concorrência. Ademais, quando essa capitulação fosse possível, jamais seria caracterizável pelo simples litígio entre acionistas de uma empresa em matéria puramente societária.

A concorrência que interessa ao Direito da Concorrência é, no dizer de Otomendi J. (*Presupuestos Básicos para la Aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia*), a luta pela clientela:

"A essência da concorrência - diz o autor argentino - é liberar o comprador do poder de monopólio, permitindo-lhe o acesso a fontes alternativas do produto (ou do serviço)".

A legislação antitruste, não visa proteger agentes econômicos unitariamente considerados, mas preservar o mercado como instituição de coordenação das decisões econômicas, adequada ao modo de produção capitalista. Nesse sentido a decisão proferida pelo CADE no Processo Administrativo nº 30/92 (cf. *DOU* de 3 de março de 1993, Seção I, p. 2526), de que foi Relator o Conselheiro José Matias Pereira, que assim concluiu:

“Dessa forma, a liberdade de concorrência apresenta-se dotada de caráter positivo: é o direito a que o abuso da liberdade de comércio e indústria não comprometa aquele funcionamento regular dos mercados”

O bem jurídico sob tutela da legislação de defesa da concorrência é o mercado, não servindo esta para dirimir ou regular controvérsias ou interesses particulares ou mercantis. Incisivo, a respeito foi o voto do Conselheiro Marcelo Monteiro Soares, do CADE, ao relatar o Processo Administrativo nº 10/91, aos 27 de outubro de 1993, em que foi Representante Fogarex - Artefatos de Camping Ltda. e Representada Lumix Química Ltda. (cf. *DOU* de 5 de novembro de 1993, Seção I, p. 16609):

“O bem jurídico sob tutela é o mercado. Assim, o que a lei de combate ao abuso do poder econômico busca regular, é, a ocorrência de restrições de alcance coletivo à concorrência, o que no caso presente não se configurou.

Relativamente a esse aspecto, recorro-me, uma vez, mais, ao bem fundamentado parecer da digna Procuradora quando afirma, *verbis*: ‘Por derradeiro, cabe observar que os órgãos de defesa da concorrência não se prestam à solução de conflitos de natureza privada. Danos eventualmente causados na prática usual do comércio devem buscar reparação no Poder Judiciário’.

O que se depreende dos autos é que a disputa entre Representada e Representante se situa no âmbito da concorrência desleal, matéria que escapa a competência da SDE e do CADE, e que já foi corretamente levada à apreciação do Poder Judiciário (...).”

Disputas comerciais ou societárias são, assim, absolutamente indiferentes para a concorrência e, por via de consequência, para a SDE, inserindo-se, com exclusividade, na esfera de competência da Justiça Comum.

De qualquer modo, sujeita-se o CADE, sempre, ao império e autoridade do Poder Judiciário. O controle judicial dos atos administrativos do CADE (sejam eles decisões de cunho condenatório por ofensas à ordem econômica, sejam no exercício de sua competência de fiscalização, relativos a atos de concentração econômica).

Esse, aliás, o expresso intuito de Agamemnon Magalhães ao elaborar o projeto de lei que culminou com a promulgação da Lei nº 4.137, de 1962 (cf. Justificação do Projeto de Lei nº 122/48):

“A repressão aos abusos do poder econômico será feita pelo Poder Judiciário.”

É essa a característica que define a natureza jurídica daquele Conselho como *auxiliar do Poder Judiciário*, a exemplo do que ocorre com o Tribunal Marítimo. Suas decisões, portanto, configuram verdadeiros laudos técnicos especializados, a serem submetidos ao crivo da autoridade judiciária.

A própria jurisprudência do CADE, desde seus primórdios, reconhece tratar-se de um órgão judicante, verdadeiro tribunal para-jurisdicional, equiparado àquela Corte marítima especializada, como se verifica do voto do Conselheiro Nestor Duarte no Processo SC-GB 675/64 (cf. ementa nº 182, in Franceschini, “Poder Econômico: Exercício e Abuso - Direito Antitruste Brasileiro”, p. 181):

“Este Conselho, o CADE, é órgão ou agência do poder público, singulariza-se dentro da ordem pública por ter um caráter, uma missão, um fim jurídico-administrativo de executor e fiscal de uma lei de repressão e punição a abusos e crimes que possam ocorrer na ordem econômica. É órgão único, autônomo, criado por autorização e determinação constitucional para cuidar e reprimir um novo ilícito penal. É um tribunal claro que não judicial mas um tribunal que funciona até como primeiro grau do Judiciário, aonde chegará para requerer e obter a chancela judicial nas hipóteses de que sua lei indica.

A Lei nº 3.543, de 11.02.59, que modifica a Lei nº 2.180, de 5 de fevereiro de 1954, a lei do Tribunal Marítimo diz no seu: ‘Art. 1º - o Tribunal Marítimo, com jurisdição em todo o território nacional, é um órgão autônomo, auxiliar do Poder Judiciário, na apreciação dos acidentes e fatos na navegação sobre água vinculando-se ao Ministério da Marinha no que se refere ao provimento de recursos orçamentários para o pessoal e material destinados ao seu funcionamento.’ ”

No mesmo sentido a decisão tomada no Processo Administrativo nº 69, aos 26 de abril de 1983, sendo Relator o Conselheiro Wanor Pereira de Oliveira (ementa nº 166-A, Franceschini, *op. cit.*, p. 172):

“É o CADE órgão autônomo, porém auxiliar do Poder Judiciário, com jurisdição sobre todo o território nacional”.

posto que a isto se opõe o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário consagrado no art. 5º, inciso XXXV, cujo teor não deixa margem a dúvidas:

“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

À função jurisdicional do Estado cabe o papel de fazer valer o ordenamento jurídico toda vez que seu cumprimento não se dê sem resistência. Tendo o Estado subtraído à parte a faculdade de exercitar seus direitos pelas próprias mãos, compareceu esta perante a autoridade judiciária competente que lhe substituiria a vontade, para que esta dirimisse a lide. Agiu no último exercício de seu direito de ação e nos limites estritamente necessários para alcançar a prestação jurisdicional. Nada mais escorreito e legítimo.

Em matéria concorrencial, o princípio da acessibilidade ampla ao Judiciário já se encontra assente na jurisprudência pátria, mesmo nas hipóteses em que o *ex adverso* se encontre (o que não é o caso) em flagrante desvantagem financeira em relação ao autor. É o que nos demonstra a ementa nº 109 encontrada em Franceschini, *op. cit.*, p. 114:

“O ajuizamento de ação com pedido de cominação, ainda que elevada contra parte em flagrante desvantagem financeira e sem possibilidades de enfrentar os eventuais ônus da sucumbência, não se pode confundir com o abuso do poder econômico de que trata o art. 2º, I, ‘g’, da Lei nº 4.137, de 1962. É que o direito de ação, constitucionalmente garantido, não se equipara com a certeza ou mesmo possibilidade de uma sentença favorável, mas sim, e apenas, ao direito a um pronunciamento sobre o *meritum causae*”.

A decisão citada foi proferida pelo MM. Juiz da 7ª Vara da Justiça Federal no Rio de Janeiro, José Gregório Marques, em 5 de agosto de 1980, no Processo nº 2.452.847.

Toda lesão de direito, toda controvérsia, pode (e deve) ser levada ao Poder Judiciário. O apelo ao Judiciário, portanto, ainda que atinja a concorrência ou concorrentes específicos, em princípio configura conduta atípica.

Ainda que assim não fosse (apenas *ad argumentandum*), teria a iniciativa nítida característica de exercício regular de direito, o que configuraria uma causa de exclusão da antijuridicidade.

É pacífico que não é antijurídica a ação praticada no exercício regular de direito. Como afirma Heleno Cláudio Fragoso (*Lições de Direito Penal*, p. 197):

“... é inconcebível que o ordenamento jurídico, por um lado, confira um direito, e, pelo outro, torne ilícita a ação que corresponde ao exercício de tal direito”.

Evidentemente, a expressão “direito” não tem uma conotação exclusivamente penal, devendo ser entendida de forma a compreender todo o ordenamento jurídico.

Por outro lado, não há litispendência no curso simultâneo do Processo Administrativo e do processo civil cominatório e/ou indenizatório eventualmente ajuizado pelo prejudicado direto do abuso do poder econômico ou por seu legitimado, como aliás expressamente admite o art. 29 da Lei nº 8.884, 1994.

Todavia o mesmo não se poderia falar em relação a processos criminais. Em face da natureza penal do Direito de Concorrência e especialmente diante da derrogação da Lei nº 8.137/90 pela Lei nº 8.884/94 (art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil - *Lex posterior derogat priori*), no que tange aos crimes contra a ordem econômica, não se concebe a existência de duplo procedimento penal contra a mesma pessoa.

Diante da competência exclusiva fixada pela Lei nº 8.884/94 em favor do CADE (art. 7º, inciso II), nula e ilegalmente constrangedora seria qualquer instauração de inquérito policial e/ou de processo judicial penal para a apuração de infrações contra a ordem econômica. Inaceitável o *bis in idem*.

Tais princípios, todavia, não impedem o mau uso (ou abuso) das autoridades públicas, sejam elas judiciais ou administrativas, para fins anti-concorrenciais. Em verdade, não é incomum verificar-se a formulação de representações perante o CADE com o objetivo de tão-somente afastar a concorrência prejudicando o concorrente, acarretando-lhe penoso ônus processual, bem como sujeitando-o à execração e alarde públicos. Tais recursos predatórios, quando repercutirem no mercado, merecem imediato repúdio e a rejeição liminar da denúncia, sujeitando-se o Representante, neste caso sim, a Processo Administrativo por eventual infração à ordem econômica pela criação de dificuldades, sem prejuízo de possível configuração de denúncia caluniosa.

Múltiplos fatores podem vir a configurar a abusividade, dentre os quais a intenção do autor ou representante e os meios por ele empregados.

A motivação anticompetitiva do autor ou representante nem sempre é difícil detectar: sua conduta de mercado, a incongruência da denúncia, sua formulação contra expressa disposição de lei ou contra o legítimo exercício de direitos, a postura protelatória ou escandalosa, e/ou a multiplicidade ou reiteração de procedimentos judiciais e/ou administrativos, são-lhe característicos.

Quanto aos métodos, configuram abuso, certamente o emprego de meios ilegais ou repreensíveis, tais como exploração de prestígio, a advocacia administrativa, a corrupção ativa ou passiva, o falso testemunho, o desvio de poder e outras condutas antijurídicas ou aéticas.

O princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário e/ou o exercício do direito de petição não suplantam o vetusto brocardo: *Nemo auditur propria turpitudine allegans*.

Nesta medida, *mutatis mutandis*, a hipótese se assemelha àquela relatada na ementa nº 75 (Franceschini, *op. cit.*), p. 77, extraída de sentença proferida pelo MM. Juiz da 6ª Vara da Justiça Federal em São Paulo, Dr. Sebastião de Oliveira Lima, aos 23 de abril de 1982, na Ação Ordinária nº 2.745.330, que assim decidiu:

“Disso tudo resulta a impressão inarredável de que a denunciante se valeu do órgão especial de defesa da concorrência para vingar-se dos fatos que imputa à autora e teve sorte em sua pretensão.”

2. O Direito da Concorrência no tempo

No tocante ao Direito Intertemporal, chega R. Limongi França (*Direito Intertemporal Brasileiro*, p. 19) a afirmar:

“... que o *Princípio da Irretroatividade das Leis* se funda na razão natural”.

A lei repressiva não retroage, aplicando-se ao fato, jurídico ou antijurídico, a norma dominante quando de sua ocorrência. A regra, virtualmente absoluta, comporta uma única exceção, quando a lei nova é mais benéfica (*in mitius*).

Lembra Carlos Maximiliano (*op. cit.*, p. 299), que o entendimento se aplica não apenas aos crimes, mas se estende a todo ato infracional passível de punição, mesmo administrativo. Na sua lição:

“O princípio da irretroatividade geral e retroatividade benéfica aplica-se a qualquer infração penal, não só à referente a crimes, como aos delitos de simples polícia, às contravenções, às punições disciplinares e a outras faltas para as quais cominam castigos em leis, regulamentos e portarias, federais, estaduais e municipais; visto que a razão de assim agir é a mesma em todos os casos”.

O princípio da irretroatividade das leis impede a aplicação das normas substantivas da Lei nº 8.884/94 (bem como as dos diplomas que lhe antecederam) aos fatos que lhe são pretéritos. A tese, além de pacífica, a não exigir

maiores digressões, foi por múltiplas vezes acolhida pelo próprio CADE, de que é mero exemplo o voto vencedor proferido pelo Conselheiro Marcelo Monteiro Soares no Processo Administrativo nº 10/91, de 27 de outubro de 1993, sendo Representante Fogarex - Artefatos de Camping Ltda. e Representada: Lumix Química Ltda. (cf. *DOU* de 5 de novembro de 1993, Seção I, p. 16609):

“Preliminarmente, manifesto-me de pleno acordo com o entendimento da douta Procuradora deste Conselho, Dra. Carla Barroso, quanto à ocorrência dos fatos e a vigência da Lei nº 8.158/91, quando afirma, *verbis*: ‘A conduta da Representada foi incurso no art. 3º, inciso XIII da Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991. As licitações em que a Representada teria adotado a conduta abusiva - preços abaixo do custo real de produção, com prejuízo da concorrência ocorreram em 30-11-1988, 23-02-1989, 01-09-1989 e 18-09-1990, antes, portanto, da vigência da Lei nº 8.158/91. Não incidem, pois, na espécie, as disposições da citada Lei naquilo que diz respeito às normas substantivas”.

A fatos ocorridos na vigência da Lei nº 4.137, de 1962 não se aplicam, portanto, as disposições da Lei nº 8.158, de 1991, na medida em que lhe suceder, exceto se mais benéficas estas. O mesmo ocorre em relação aos fatos que se verificaram sob o pálio desta última, não se lhe infligindo as normas da Lei nº 8.884, de 1994, salvo se *in melius*.

Dentre as ilações do exato enquadramento jurídico, como visto, está a da adoção do princípio da prescribibilidade da ação penal-econômica.

A questão, sob a égide da vigente Lei nº 8.884, de 1994, perdeu sentido, tendo se tornado prejudicada, por expressaagração no art. 28:

“Prescrevem em cinco anos as infrações da ordem econômica, contados da data da prática do ilícito ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.”

Para fatos anteriores à atual Lei, entretanto, diante da aparente omissão legal (o instituto não foi expressamente consignado nem na Lei nº 8.158, de 1991, nem em sua antecessora, a Lei nº 4.137, de 1962), poderia ocorrer algum questionamento.

Como se sabe, prescrição é a extinção de uma ação ou de uma pena em virtude da inércia de seu titular durante um certo lapso de tempo, na ausência de causas preclusivas de seu curso.

A questão da prescribibilidade da ação penal-econômica por ofensas à ordem econômica ou por abuso do poder econômico remonta aos primórdios do CADE, quando, na apreciação do Processo Administrativo nº 3 em 19 de

agosto de 1969, decidiu o Egrégio Conselho que (cf. Franceschini, *op. cit.*, ementa nº 369, p. 322):

“A punibilidade dos delitos de abuso do poder econômico se extingue pelo decurso do prazo prescricional de dois anos previstos no art. 114 do CP”.

Subseqüentemente, em 1980, no Processo Administrativo nº 50, o Colegiado reafirmou sua posição ao decidir que (*op. cit.*, ementa nº 341, p. 304):

“A prescrição é causa extintiva da punibilidade do abuso do poder econômico”.

Analisando a Lei Penal e suas relações com a legislação antitruste, observava Jorge Medeiros da Silva, então ilustre Procurador da República em São Paulo, em *A Lei Antitruste Brasileira*, p. 107, que:

“A prescrição, vem entendendo o CADE, se rege pelo art. 114 (do Código Penal), ou seja, da pena de multa. Causas suspensivas e interruptivas são discutíveis. Entendo que devem ser acionadas, pois se admitimos a prescrição, havemos de acolher todas as regras que dizem respeito ao instituto, obviamente amoldando-as à lei antitruste. Assim, não só com relação às causas de suspensão e interrupção, mas sim as normas de prescrição” (grifamos).

Não se poderia alegar à época, entretanto, não ser prescritível a ação penal-econômica sob o argumento de que a legislação especial então em vigor seria lacunosa em relação ao instituto. Isto porque tal entendimento resultaria na negação de vigência de lei expressa, qual seja, o art. 12 do Código Penal, que reza:

“As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”.

Portanto, a “implícita” imprescritibilidade da ação penal-econômica é que exigiria preceito específico na Lei nº 8.158/91 ou na Lei nº 4.137/62 e não o reverso, como aliás é cediço, como exige o princípio da especialidade.

Caso contrário, todos os delitos previstos na legislação penal-econômica, na qual se incluem a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990 (derrogada) (em seu Capítulo II) e o Decreto-Lei nº 7.903, de 1945 (na parte que versa sobre os crimes em matéria de propriedade industrial), seriam imprescritíveis, por ausência de dispositivo especial expresso.

Portanto, aos fatos pretéritos à atual Lei de Defesa da Concorrência, é aplicável o art. 114 do Código Penal, combinado com o art. 12 do mesmo diploma. Lembre-se, a respeito, que a prescrição não constitui tema de natureza processual, mas sim material, no sistema jurídico brasileiro, sendo

a questão, destarte, sujeita, pelas regras de Direito Intertemporal, à lei vigente à época das ocorrências. Como diz Carlos Maximiliano (“Direito Intertemporal”, p. 240), citando vasta doutrina:

“Prescrição iniciada e consumada sob o império de norma pretérita, regula-se pela mesma, quer a hodierna aumente, quer diminua os requisitos e os prazos”.

Ademais, qualquer interpretação que conduísse serem os delitos contra a ordem econômica ou de abuso do poder econômico imprescritíveis à época incidiria em conclusão absolutamente antijurídica e, portanto, arbitrária. Assim, é que, como informa o inesquecível Professor Basileu Garcia (*Instituições*, vol. I, tomo 2, p. 699), a prescrição é instituto admitido em todas as legislações modernas. Embora tenha no passado enfrentado a oposição de alguns filósofos e penalistas, na medida em que seria desmoralizante e concorreria para o afrouxamento da repressão, preponderaram, no consenso geral, as razões justificativas de sua adoção.

Com efeito, com o caminhar do tempo, modificam-se as condições pessoais do infrator que logrou subtrair-se à ação da justiça, deixando a pena, possivelmente, de ser útil. De outro lado, o alarma social, que as anomalias de mercado e/ou o abuso do poder econômico causaram já se teriam esvanecido com o lento perpassar dos anos, não tendo a pena a exata correspondência do reclamo público, sem contar que os longos intervalos importam em incertezas perigosas na apreciação do fato.

Como salienta o ilustre mestre, “nem o ódio dos homens costuma ser invariavelmente implacável e irredutível” (*op. cit.*, p. 700). Assim, a imprescritibilidade dos delitos de abuso de poder econômico ou contra a ordem econômica os tornariam mais graves que os crimes contra a vida, a honra ou a liberdade, todos prescritíveis. E, mais perigoso ainda, teria um conteúdo intrínseco de inadmissível arbitrariedade, na medida em que admitiria a sujeição do acusado à vontade e inércia do Estado por tempo indeterminado, ainda que seja inocente. Certamente, um resultado inconcebível !!!

A prescrição não constituiu preocupação tão-somente da doutrina nacional. Veja-se, por exemplo, o que ocorre na legislação antitruste da Comunidade Econômica Européia (art. 1º do Regulamento nº 2.988/74 EEC do Conselho):

“(1) *The power of the Commission to impose fines or penalties for infringement of the rules of the European Economic Community relating to transport or competition shall be subject to the following limitation periods: a) three years in the case of infringements of provisions concerning applications or notifications of enterprises, requests for information, or the carrying out of*

investigations; b) five years in the case of all other infringements”.

Em vernáculo (tradução livre):

“(1) O poder da Comissão de impor multas ou penalidades por infringência das regras da Comunidade Econômica Européia relativas a transporte ou concorrência estará sujeito aos seguintes prazos prescricionais: a) três anos no caso de infrações às disposições relativas a pedidos ou notificações de empresas, pedidos de informação ou de realização de investigações; b) cinco anos no caso de outras infrações.”

Resta, portanto, indubitável a aplicabilidade do art. 114 do Código de Processo Penal aos eventuais abusos do poder econômico e ofensas à ordem econômica regidos pelas leis anteriores ao vigente diploma concorrencial básico.

Trata-se, aliás, de tema já versado pelo próprio DPDE que, no Processo Administrativo nº 28, analisando sucessos anteriores à legislação vigente, assim se manifestou no feito:

“Se se produziu no passado condutas que hoje já não produzem qualquer efeito no mercado, ainda assim terão que ser apuradas se não forem alcançadas pelas regras da decadência ou da prescrição” (grifamos).

3. O Direito da Concorrência no espaço

Definidos os princípios básicos aplicáveis ao Direito da Concorrência brasileiro há que se estabelecer os critérios de análise espacial deste.

Três são os elementos essenciais a tal desiderato: (a) o desempenho do mercado; (b) a conduta de mercado e (c) a estrutura do mercado. De fato, no exame das ofensas à ordem econômica, prevalece a teoria do resultado ou dos efeitos do evento danoso em relação ao mercado, entendido este como o conjunto dos agentes econômicos concorrentes e sua clientela consumidora. Expresso a respeito era o art. 22 da Lei nº 8.158, de 1991:

“Na apuração e correção dos atos ou atividades previstos nesta Lei, a autoridade levará em conta, primordialmente, os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado, ainda que não se caracterize dolo ou culpa dos agentes causadores” (grifamos).

Para tanto, impende, antes de mais nada, determinar-se o “mercado” ou, como conhecido na doutrina, o “mercado relevante”. O conceito, antes apenas teórico, foi expressamente acolhido na Lei nº 8.884, de 1994, art. 20, inciso II, ao referir-se, dentre os tipos puníveis, o de “dominar mercado

relevante de bens ou serviços". Desta concepção, a de exercício abusivo de posição dominante, sorvida da legislação européia e consagrada no inciso IV do mesmo artigo, nada mais é do que seu corolário, como se verifica de sua definição legal (art. 20, § 2º):

"Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas *controla parcela substancial de mercado relevante*, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa" (grifamos).

A determinação do "mercado relevante", portanto, é um *prius* necessário em qualquer processo antitruste.

Quanto a este tema, é clássica a bipartição do conceito de "mercado", sob os prismas geográficos e em termos do produto ou serviços negociado.

Já a acolheu a jurisprudência do CADE em diversas oportunidades, destacando-se o voto proferido pela Conselheira Neide Teresinha Malard no Processo Administrativo nº 31/92:

"O mercado relevante é o espaço da concorrência. Diz respeito aos diversos produtos ou serviços que concorrem entre si, em determinada área, em razão de sua substitutibilidade naquela área. Sua definição se faz necessária, *in casu*, tanto em termos geográficos quanto em relação ao serviço."

Em outra passagem, o Conselheiro José Matias Pereira, no Ato de Concentração nº 16/94 (cf. *DOU* de 31 de março de 1995, Seção I, p. 4595):

"Quando tratamos do aumento da concentração no mercado, torna-se necessário levar em consideração que o mercado relevante é representado pela soma de produtos que podem ser razoavelmente substituídos, quando utilizados nos fins para os quais são produzidos, sem deles desvincular a qualidade, a finalidade, e de maneira especial, o preço."

O conceito de "mercado relevante" é universal, caracterizado pela intercambialidade dos produtos sob análise no caso concreto. Maria Belmira Martins, Maria José Bicho e Azeem Remtula Bangy (*O Direito da Concorrência em Portugal*, pp. 188/190) fazem um retrospecto do que denominam "mercado de referência" no continente europeu, anotando que:

"Na CEE, o mercado material de referência é constituído pelos produtos idênticos ou produtos que, devido à suas características, aos seus preços e ao fim a que se destinam, podem ser considerados como similares pelo utilizador. (...).

(Em França, segundo a Comissão da Concorrência), 'fazem parte de um mesmo mercado, produtos ou serviços que apresentem

entre si um grau significativo de possibilidade de substituição, para uma clientela determinada, caracterizada designadamente pela sua localização, a especificidade de suas necessidades, a sua categoria profissional, o seu poder de compra, etc.' (...).

Na Alemanha, o Tribunal da Relação de Berlim declarou que 'era preciso ter em conta todos os artigos equivalentes, produzidos por outros fabricantes, quer dizer, todos os artigos que apresentem entre si tais semelhanças, do ponto de vista da sua qualidade, da sua utilização e do seu preço, que qualquer consumidor avisado os considere como respondendo a uma necessidade específica e como sendo possível a sua substituição''.

Em termos econômicos, o mercado relevante, conforme visto nos Estados Unidos por Hobert Hovenkamp (*Economics and Federal Antitrust law*, § 3.2., p. 59), é o menor mercado possível para o qual a elasticidade da demanda e da oferta é suficientemente baixa para que uma empresa com 100% de controle sobre esse mercado possa reduzir, com lucro, a produção e aumentar substancialmente os preços. Na versão original:

"A relevant market is the smallest market for which the elasticity of demand and supply are sufficiently low that a firm with 100% of that market could profitably reduce output and increase its price substantially".

Há que se ter em conta, na definição do mercado relevante, que o conceito não exige a presença de um substituto perfeito em relação ao produto objeto da controvérsia. Todavia, a possibilidade de intersubstituição há de ser apreciada, fundamentalmente, em função de considerações econômicas válidas para os consumidores e não das propriedades físicas ou técnicas dos bens ou serviços. Ressalta, a respeito, Benjamin M. Shieber (*op. cit.*, p. 49):

"Para alcançar este fim, impõe-se a necessidade de um rigoroso exame, de verificar se os produtos são na realidade substituíveis razoavelmente um pelo outro. Por exemplo, o fato de existirem produtos que podem tecnicamente ser substituídos por outro, não deve ser significativo se geralmente não são substituídos pelo público em geral".

O tema, portanto, é atualmente incontroverso, embora largo debate geralmente ocorre na análise de casos concretos, nem sempre de fácil determinação.

Em matéria repressiva, é universal o princípio básico da territorialidade (*lex locus commissi delicti*). Não é, entretanto, absoluto, admitindo-se a chamada territorialidade estendida para alcançar os chamados "delitos a distância", em que, cometidos no exterior, um de seus elementos integrantes,

seja da execução, seja do momento consumativo, se verifique no Brasil. A determinação do lugar em que a infração "se considera" praticada é decisiva no tocante à competência penal internacional.

No Direito norte-americano, notadamente em matéria antitruste, prevalece a teoria do impacto territorial, muito bem definida por José Carlos Magalhães no interessante estudo, *Aplicação Extraterritorial de Leis Nacionais* (apud Franceschini, *op. cit.*, pp. 666/667), segundo a qual o Estado possui competência para legislar e conhecer de eventos ocorridos, ainda que integralmente no exterior, envolvendo participantes também não nacionais, desde que tais eventos venham a produzir impacto e a ter efeitos dentro do território do Estado.

Como resultado, alerta o articulista, a aplicação dessa teoria na política antimonopólio traz como resultado inevitável a aplicação de leis nacionais em território alheio, para regular fatos sob outras jurisdições.

No Brasil, a Lei nº 8.884, de 1994 (art. 2º), inspirada no art. 6º do Código Penal, adotou a teoria da ubiqüidade, mista ou da unidade, estabelecendo:

"Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, as práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos".

Salienta Costa e Silva (*Código Penal*, p. 34) ser esta a única teoria cientificamente certa, praticamente satisfatória e que impede a calamidade dos conflitos negativos de competência. Ademais, a regra resulta em maior atenção ao princípio fundamental da ordem jurídica da igualdade de todos perante a lei.

Assim, à exceção dos atos meramente preparatórios e os posteriores à consumação, em relação aos atos praticados alhures, basta à incidência da Lei de Defesa da Concorrência que qualquer parcela da atividade do acusado ou que qualquer efeito integrante do resultado da infração tenha se verificado no País. Neste caso, pune-se aqui o delito todo, e não apenas a parcela concretizada no Brasil. Daí a conhecida expressão de Nelson Hungria ("Comentários ao Código Penal", pp. 164/165) no sentido de ser suficiente ao reconhecimento da jurisdição que "o crime haja *tocado* o território nacional".

O Professor Haroldo Valladão (*Direito Internacional Privado*, vol. III, p. 231, aplaude a adoção do conceito da territorialidade mais ampla nas relações internacionais:

“Andou certo em prever (o Código Penal) a localização do crime, quando a ação se realiza num Estado e o resultado se verifica em outro”.

Verifica-se, portanto, que os critérios de definição da competência internacional da jurisdição brasileira estão estabelecidos no art. 2º, *caput*, da Lei de Defesa da Concorrência. Assim sendo, o *locus delictus* e não o lugar de domicílio ou residência do acusado é que a determinam.

Nestas circunstâncias, não tem o parágrafo único do mesmo art. 2º qualquer efeito limitativo ao reputar situada no território nacional a empresa criada e personificada no exterior que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, estabelecimento, agente ou representante. O fato de uma empresa estrangeira não ter existência legal no País não a isenta da responsabilidade penal-econômica quando seus atos, perpetrados no exterior em ofensa à ordem econômica brasileira, aqui produzam ou possam produzir efeitos.

Em outras palavras, o preceito contido no referido parágrafo versa tão-somente sobre a capacidade processual, prevenindo à sociedade alienígena sobre as formas mediante as quais poderá vir a ser chamada a responder ao processo penal-econômico e apresentar-se perante as autoridades competentes. Presumem-se essas extensões econômicas da empresa estrangeira autorizadas a serem notificadas e a representarem-na no processo. Trata-se, portanto, de uma imposição legal que integra as obrigações (*lato sensu*) assumidas pela pessoa jurídica estrangeira que aqui tenha interesses.

4. O Direito da Concorrência aplicado

Outro efeito da taxinomia da Lei da Concorrência revela-se na questão da exegese da norma.

Como já salientado acima:

“As normas contidas na Lei nº 4.137/62, conforme já firmado por remansosa jurisprudência do CADE e de nossas Cortes, são de natureza penal-econômica e, como tal, *devem ser interpretadas restritivamente*” (grifamos) (voto vencedor da Conselheira Neide Teresinha Malard no Processo Administrativo nº 2/92, DOU de 22 de setembro de 1992, Seção I, p. 13259).

Essa interpretação, estrita, seria de rigor ainda que a legislação de defesa da concorrência não pertencesse ao novel campo do Direito Penal-Econômico.

Com efeito, preleciona o emérito jurista Carlos Maximiliano (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, pp. 25/27) que, para o efeito de interpretação restrita:

“A rubrica - *Leis Penais* (...) compreende todas as normas que impõem penalidade, e não somente as que alvejam os delinqüentes e se enquadram em códigos criminais. Assim é que *se aplicam as mesmas regras de exegese* para os regulamentos policiais, as posturas municipais e as leis de finanças, quanto às disposições cominadoras de multas e outras medidas repressivas de descuidos, imprudências e abusos, bem como em relação às castigadoras dos retardatários no cumprimento das prescrições legais. Os preceitos mencionados regem, também, disposições de Direito Privado, de caráter punitivo (...). *Toda norma imperativa ou proibitiva e de ordem pública admite só a interpretação estrita*”.
(grifamos).

E complementa:

“Sabidamente o Codex Juris Canonici, no c. 19, estabeleceu: *‘Leges quae poenam statuunt, aut liberum jurium exercitium coarctant, aut exceptionem a lege continent, strictae subsunt interpretationi’* - as leis que estatuem pena, ou coarctam o livre exercício de direitos, ou contêm exceção a preceito geral, estão sujeitas a exegese estrita”.

Assim, alerta Manoel Pedro Pimentel (*Direito Penal Econômico*, pp. 15 e 21):

“... o Direito Penal Econômico, sem embargo da especialidade de que se revestem as leis que o organizam, não é autônomo. Trata-se simplesmente, de um ramo do Direito Penal Comum e, como tal, *sujeito aos mesmos princípios fundamentais destes*”.

“*Nem mesmo a alegação de que este direito necessita de maior agilidade, na defesa dos bens e interesses objetivados, poderia justificar a quebra dos princípios gerais do Direito Penal, aqueles mesmos já mencionados como os da reserva legal e da responsabilidade subjetiva*” (grifamos).

Adita, porém, José Frederico Marques (*Abuso do Poder Econômico*, “Revista Forense”, vol. 215, p. 49), a interpretação restritiva a que está sujeita a Lei Antitruste:

“...: no direito penal econômico, é postulado tranqüilo de que as infrações ali previstas estão subordinadas, também, ao princípio do direito penal liberal, de que não há crime sem prévia definição legal, ou seja, o princípio da tipicidade; não há infração penal sem prévia descrição típica. De ressaltar, porém, que *nos domínios do direito penal econômico, o princípio da legalidade dos crimes e das penas apresenta aspectos peculiares que ainda o*

tornam mais rigorosos e rígido em sua aplicação. É que o direito penal econômico, como observa Enrique Aftalión, configura, como ilícitas, certas condutas ou atividades prima facie perfeitamente em harmonia com o direito" (grifamos).

Mas a interpretação restritiva ainda mais se impõe à matéria, sob pena de ofensa às garantias individuais constitucionalmente acolhidas. A respeito manifestou-se Miguel Reale (*Abuso do Poder Econômico e Garantias Individuais*, "Revista Forense", vol. 248, p. 14) ao tratar de Portaria do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE segundo a qual "a função de reprimir o abuso do poder econômico cabe, primordialmente, ao Poder Executivo, dentro do atual sistema político-econômico-social", nos seguintes termos:

"Ninguém contesta que, no mundo atual, cabe ao Executivo a primazia no plano operacional das normas, mas é claro que essa superioridade de ordem prática não o livra de sua subordinação aos ditames legais, por mais altos e nobres que sejam seus propósitos, sob pena de periclitarem os direitos e as garantias individuais.

Na realidade, é preciso ponderar que nesta delicada matéria de 'abuso do poder econômico' *não há apenas os direitos individuais dos particulares e dos consumidores que devem ser preservados, mas também os dos supostos ou indigitados autores do abuso*. Até e enquanto não positivado este, deve subsistir o princípio de sua não-responsabilidade, não só para ser-lhe assegurado o *due process of law*, como também para que seja devidamente comprovada '*a tipicidade da infração legal*' " (grifamos).

Não poderia, portanto, o Conselho, diante da natureza jurídica da Lei Antitruste, olvidar-se da vinculação dos julgados ao postulado da responsabilidade subjetiva.

Em outras palavras, não poderia uma eventual decisão administrativa do CADE verificar a existência de um fato objetivo, por ela considerado intimamente delituoso, e, assim, entender tipificada a infração. A tipicidade deve ser entendida com maior amplitude.

Para Miguel Reale (*O Direito Como Experiência*, p. 184):

"Quando se afirma que não há crime sem tipicidade, o que no fundo se está a exigir é a rigorosa correspondência do comportamento examinado tanto ao 'tipo da conduta' como ao 'tipo de crime' previstos no modelo legal. A '*tipicidade fática*' é, sem dúvida, um dos elementos essenciais à estrutura do delito, mas

não é pensável sem correlação com a 'anti-juridicidade' e a 'culpabilidade' que integram o modelo normativo; a compreensão concreta da conduta delituosa resulta de sua subordinação à totalidade do modelo penal" (grifamos).

Salienta Manoel Pedro Pimentel (*Direito Penal Econômico*, p. 68) que:

"Os delitos econômicos atualmente previstos são, na grande maioria, de caráter doloso".

"É possível que o legislador em algumas figuras, tivesse pretendido punir a forma culposa, especialmente a negligência. No entanto, à múnua de disposição expressa, não se pode reconhecer como válida tal intenção. Prevalece, na doutrina, o princípio da excepcionalidade do crime culposos, acolhido pelo Código Penal de 1969, no art. 17, parágrafo único".

Ora, tratando-se do caso específico da Lei Antitruste, indubitavelmente o dolo constitui elemento intrínseco do tipo.

Cuida-se, inclusive, de um tipo anormal, por conter um elemento subjetivo próprio, caracterizado pelo emprego, no artigo 173, § 4º, da Constituição Federal, da expressão "*que vise*" no contexto de "o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros".

Portanto, é indispensável ao reconhecimento de abuso do poder econômico não só a tipicidade fática como também a existência comprovada do *dolo* e, mais particularmente, de *dolo específico*, por conter os tipos da legislação antitruste, em sua descrição, um elemento subjetivo do injusto.

Inadmissível, em verdade, é o entendimento contrário, eis que, ensina Benjamin M. Shieber (*Abuso do Poder Econômico*, p. 35):

"A aceitação do ponto de vista de que o legislador afastou-se das finalidades dos atos ao definir os abusos do poder econômico, privará a lei antitruste de sua base no art. 148 da Constituição (de 1946), aliás expressa no art. 1º da própria lei".

Ademais, ao contrário da legislação antitruste norte-americana, preferiu o legislador brasileiro não acatar a excessivamente rígida política da ilicitude *per se*. Este, um entendimento absolutamente pacífico na doutrina e jurisprudência brasileiras.

Assim, pode-se afirmar horripilantemente inconstitucional a tentativa do art. 20 da atual Lei, nº 8.884, de 11 de junho de 1994 (como o era o art. 22, *in fine*, da Lei nº 8.158, de 8 de janeiro de 1991), que procura consagrar a responsabilidade objetiva em matéria repressiva, nos seguintes termos:

“Constituem infração da ordem econômica, *independentemente de culpa*, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados (...)” (grifamos).

De qualquer modo, consumada a infração sob a égide de legislação anterior que não contemple tal heresia, seria obviamente indiscutível que, com maior razão, a indispensabilidade da presença do elemento subjetivo seria patente. É notório que, em tema punitivo, prevalece o princípio da irretroatividade da Lei mais gravosa. Diferindo as regras positivas imperantes ao tempo do eventual delito e da época de seu julgamento, aplica-se a mais benéfica.

Harmônica com o tratamento dado pelo sistema jurídico nacional é a posição da legislação argentina, da nossa muito próxima e até inspiradora. Preleciona, a respeito Guillermo Cabanellas (*op. cit.*, p. 162):

“No obstante, la naturaleza de las figuras y penas previstas en los artículos 41 y 42 de la L.D.C. permite orientar la búsqueda de una definición de tal concepto. Constituye un primer paso en tal sentido la aplicación del principio básico del Derecho Penal argentino de que no hay pena sin culpabilidad. El segundo principio sería el de que no hay delitos culposos a falta de figuras que específicamente los prevean. En consecuencia, los delitos previstos en el artículo 41 de la L.D.C. sólo se configurarían a través de conductas dolosas.” (grifamos) (o art. 41 da L.D.C. arrola as infrações à ordem econômica argentina).

A indispensabilidade do elemento subjetivo na configuração do tipo penal-econômico, agregada ao princípio da ubiquidade das normas de defesa da concorrência, notadamente na medida da remissão genérica às empresas estrangeiras que, direta ou indiretamente, “operem” (*doing business*) no País (parágrafo único do art. 2º da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994), deve-se conjugar ao art. 17 do mesmo diploma básico, que reconhece serem solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, que praticarem infração da ordem econômica.

Este preceptivo merece, entretanto, severos reparos e aplicação extremamente cautelosa, muito mitigada em relação a seu texto literal, sob pena de flagrante inconstitucionalidade.

O princípio da solidariedade do grupo ou consórcio empresarial constitui o fenômeno da despersonalização da pessoa jurídica. Inicialmente aplicado às relações laborais, quando mereceu largos encômios pela proteção conferida aos hipossuficientes, no campo do Direito da Concorrência sua adoção merece reservas, dada a natureza repressiva do Direito Penal-Econômico.

É-lhe hierarquicamente superior, indubitavelmente, o princípio constitucional da intransmissibilidade das penas (art. 5º, inciso XLV, da Carta Magna), pelo qual a pena é pessoal, individuada e intransferível.

Desse modo, o preceito é de interpretação restritíssima (*odiosa restringenda*), somente passível de aplicação às hipóteses (a) de sociedades integrais e (b) nos casos em que se admite a desconsideração da personalidade jurídica (*lifting the corporate veil*), quando se comprova verdadeira prorrogação da personalidade do condenado a outras empresas ou entidades de seu próprio grupo econômico. Ademais, há de haver uma hierarquização entre a empresa responsável pelo ato anticoncorrencial e aquela tida por solidariamente responsável, ou seja, deverá aquela exercer a administração e controle ou direção da empresa secundária ou liderada.

Dada sua origem, sua incidência somente pode ocorrer quando presente no ato anticoncorrencial a presença da fraude. Analisando a questão dos grupos econômico-financeiros, em matéria trabalhista, face ao princípio da livre concorrência e o fenômeno da concentração econômica, Délio Maranhão (*Sujeitos do Contrato de Trabalho, apud Instituições de Direito do Trabalho*, vol. 1, de Arnaldo Süssekind, Délio Maranhão e Segadas Vianna, pp: 281 e segs.) assim se expressou:

“A concentração do poder econômico, que o economista Paul A. Samuelson qualifica de ‘tremenda’, constitui uma das principais características do capitalismo moderno. Um dos principais teóricos, em que se baseia o sistema capitalista de produção, é o da ‘livre concorrência. Como escreve Samuelson, ‘a competição tal como existe na realidade econômica não é perfeita. Talvez até se esteja tornando cada dia menos perfeita, devido ao caráter fundamental da produção em larga escala’”.

.....

O direito do trabalho, diante do fenômeno da concentração econômica, tomou posição, visando a ‘oferecer ao empregado de um estabelecimento coligado a garantia dos seus direitos contra as *manobras fraudulentas* ou outros atos prejudiciais, aos quais se prestariam com relativa facilidade as interligações grupais entre administrações de empresas associadas, se prevalecesse o aspecto meramente jurídico formal’. *Esta a origem* da norma do § 2º do art. 2º da Consolidação (do Trabalho), que dispõe: ‘sempre que uma ou mais empresas, tendo embora cada uma delas personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsá-

veis a *empresa principal e cada uma das subordinadas*” (grifamos).

Eis os requisitos fundamentais, expostos pelo instituto: (a) fraude e (b) subordinação. No Direito do Trabalho admissível uma exegese mais ampla, favorável ao menos protegido. Inconcebível o mesmo raciocínio em matéria repressiva na relação Estado titular do *ius puniendi* e agente econômico.

Mesmo no campo laboral, a questão não é insusceptível de dúvidas. Relata Amauri Mascaro Nascimento (*Curso de Direito do Trabalho*, 9ª ed., pp. 337/338):

“Discutível é a concepção do grupo econômico como empregador único, afirmada por parte da doutrina mais ainda sem base legal.”

Registra o autor haver pronunciamentos doutrinários segundo os quais a presença de acionistas em comum, em diferentes empresas, seria insuficiente para fixar solidariedade passiva (Evaristo de Moraes Filho, Russomano, Süsskind e Délio Maranhão), orientação que já foi seguida pelo Tribunal Superior do Trabalho (Ac. de 1º-10-1951, Proc. 5.237/50, Rel. Min. Delfim Moreira Jr., RTST, 1955, p. 8).

Menciona decisões judiciais segundo as quais:

“o simples controle acionário de várias empresas por uma ou mais pessoas físicas, não configura o chamado grupo econômico, que pressupõe necessariamente a existência de uma empresa principal e de empresas subordinadas” (TRT, 3ª Reg., Proc. 107/63, Rel. Juiz Cândido Gomes de Freitas, *in* Calheiros Bonfim, *Dicionário*, 1965, p. 79-80);

Cita, ainda, outras decisões que sustentam que o grupo não se presume, havendo sua existência de ser provada por quem alega (STF, 1ª T., RE 18.837, Rel. Min. Barros Barreto, *in* Calheiros Bonfim, *Dicionário*, p. 25; TST, Proc. 580/50, Rel. Min. Oliveira Lima, *in* Calheiros Bonfim, *Dicionário*, 1963).

Também sob o aspecto do Direito Societário, a figura da “desconsideração da pessoa jurídica” vincula-se ao conceito de fraude ou simulação. Darcy Arruda Miranda Júnior (“Dicionário Jurisprudencial da Sociedade por Ações”, p. 322), após citar Tullio Ascarelli, em admirável sinopse, refere-se a decisão judicial (cf. RF 188/272-273) do MM. Juiz do Tribunal de Alçada de São Paulo, Dr. Antonio Pereira Pinto, nos seguintes termos:

“Entende também a jurisprudência que os atos e obrigações de uma pessoa jurídica podem considerar-se como atos de uma pessoa particular e vice-versa, quando concorram as seguintes

circunstâncias: a) que a sociedade esteja influenciada ou governada por essa pessoa, ou que haja entre elas tal identidade de interesses e propriedade, que a sociedade e a pessoa estejam confundidas; b) que os fatos sejam de tal natureza que admitir a ficção de suas personalidades distintas, nas circunstâncias do caso, equivalha a sancionar uma fraude ou promover uma injustiça”.

Se tantas e tais cautelas são exigidas no Direito Trabalhista e Societário, com maior razão ainda, em matéria repressiva.

O art. 17 da Lei nº 8.884, de 1994, há de ser lido, portanto, conjugado ao art. 18 que lhe segue, a saber:

“Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.”

Inconstitucional, portanto, seria sua aplicação àquelas empresas que, embora pertencentes ao mesmo grupo econômico, tenham seu capital detido por terceiros a ele alheios, ainda que em diminuta parcela. Não poderia o *tertius* sofrer, indiretamente, as repercussões penais-econômicas que se pretende infligir ao real agente ofensor da ordem econômica.

De qualquer sorte, como visto, a solidariedade não se presume, exigindo a convocação da empresa ou entidade solidariamente responsável para que formalmente responda ao processo penal-econômico. Não sendo esta parte no feito, não poderia, é claro, ao final deste, responder por seus efeitos.

Ainda sob o aspecto do elemento subjetivo, interessante é a hipótese de o agente econômico vir a ser colocado, propositadamente, pela pretensa “vítima” da ofensa à ordem econômica na situação de praticar a infração esperada. Nestes casos, o delito torna-se irrealizável, dada a impossibilidade de constituir-se.

É o caso, por exemplo, do co-partícipe em *joint venture* com concorrente que, adota medidas sociais que, necessariamente, antecipa uma reação positiva do competidor que, não fora a conduta do primeiro e sua intenção anticoncorrencial, seria eventualmente considerada ofensiva à ordem econômica.

Damásio E. de Jesus (*Direito Penal*, 13ª edição, vol. 1/176), analisando o tema, consigna que nossos julgados têm salientado que:

“Ocorre crime putativo por obra do agente provocador quando alguém de forma insidiosa provoca o agente à prática de um crime, ao mesmo tempo em que toma providências para que o mesmo não se consuma”.

Por seu turno, Anibal Bruno ensina que a matéria do crime putativo por obra do agente provocador é geralmente cuidada no dispositivo do crime impossível. Embora a inidoneidade não exista no meio ou no objeto, o conjunto das circunstâncias, adrede preparadas, eliminariam a possibilidade de constituir-se o delito. O sujeito é posto em situação de praticar o crime esperado, irrealizável, entretanto, pela vigilância que se exerce sobre ele.

O Colendo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, em lapidar Acórdão da lavra do Juiz Ercílio Sampaio (cf. JUTACRIM, 73/286) decidiu que o delito putativo:

“É o crime de ensaio, cuja impunibilidade tem de ser plenamente reconhecida. Somente na aparência é que ocorre um crime exteriormente perfeito. Na realidade, seu autor é apenas o protagonista inconsciente de uma comédia. O elemento subjetivo do crime existe, é certo, em toda sua plenitude; mas, sob o aspecto objetivo, não há violação penal, senão uma inciente cooperação para a ardilosa averiguação da autoria de crimes anteriores, ou uma simulação, embora ignorada do agente, da exterioridade de um crime. O desprevenido sujeito ativo opera dentro de uma pura ilusão, pois, *ab initio*, a vigilância da autoridade policial ou do suposto paciente torna impraticável a real consumação do crime.”

Ainda que assim não fosse (apenas *ad argumentandum*), teriam as atitudes mencionadas na pergunta nítidas características de exercício regular de direito, o que configuraria uma causa de exclusão da antijuridicidade.

É pacífico que não é antijurídica a ação praticada no exercício regular de direito. Como afirma Heleno Cláudio Fragoso (*Lições de Direito Penal*, p. 197):

“... é inconcebível que o ordenamento jurídico, por um lado, confira um direito, e, pelo outro, torne ilícita a ação que corresponde ao exercício de tal direito”.

Evidentemente, a expressão “direito” não tem uma conotação exclusivamente penal, devendo ser entendida de forma a compreender todo o ordenamento jurídico.

Estabelecidos os critérios de análise dos elementos objetivo e subjetivo do tipo, passa-se ao exame deste.

Desde a Lei nº 4.137, de 1962, e até hoje, com a Lei nº 8.884, de 1994, é corriqueira a confusão que se faz entre os tipos antijurídicos e puníveis previstos nas leis de defesa da concorrência.

Na Lei de 1962, o legislador brasileiro optou por indicar aos agentes econômicos alguns “meios” ou “veículos” necessários à consumação do delito e aperfeiçoamento do elemento objetivo do tipo. Eram eles taxativos (*numerus clausus*) à época e especificados nas diversas alíneas dos incisos I a V daquele diploma. Os tipos, ou “delitos-fim” contemplados na Lei, eram apenas e tão-somente: (a) dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência; (b) elevar em justa causa os preços, nos casos de monopólio natural; (c) provocar condições monopolísticas ou exercer especulação abusiva; (d) formar grupo econômico e (e) exercer concorrência desleal.

As demais figuras (chamadas “delitos-meio”), relacionadas nas alíneas do art. 2º, tinham natureza meramente instrumental, não subsistindo isoladamente.

Os precedentes, tanto judiciais como administrativos, do CADE, e a doutrina eram unânimes nesse sentido. Vide, a título de exemplo, a sentença proferida pelo MM. Juiz da 9ª Vara da Justiça Federal no Rio de Janeiro, Silvério Luiz Nery Cabral, no Proc. nº 476/1979/82 (cf. ementa nº 101, *in* Franceschini, *op. cit.*, pp. 101/102:

“Por último, saliento que criar dificuldades ao funcionamento ou desenvolvimento de uma empresa constituiria abuso do poder econômico, na forma da jurisprudência do próprio CADE, firmada no processo administrativo instaurado (...) (*Revista de Direito Econômico*, n. 7, fls. 125) quando constitui meio para obter o estado de dominação de mercado, o estado de eliminação de concorrência e para a elevação arbitrária dos lucros, hipóteses que nem se vislumbraram no caso” (grifamos).

A título ilustrativo, podem-se citar dois votos vencedores proferidos pelo ilustre Conselheiro Mauro Grinberg:

a) na Sindicância nº 72, de 2 de julho de 1987, (cf. *DOU* de 6 de julho de 1987, Seção I, p. 10481):

“A imputação às Representadas é da prática de abuso do poder econômico, consistente na nomeação pela FORD, da concessionária MERCOVEL em áreas dominadas até então pela BUCHALA.

.....

A par da legalidade da instalação da nova concessionária na região, tal fato não constitui abuso do poder econômico; com efeito, *não se verificam, como resultado de tal ação, o estabelecimento de monopólio, a eliminação da concorrência ou o aumento arbitrário dos lucros*" (grifamos); e.

(b) na Sindicância nº 58, de 2 de julho de 1987 (cf. *DOU* de 6 de junho de 1987, Seção I, p. 10481):

"Trata a presente sindicância de imputação à Representada de atitudes e ações que prejudicaram sensivelmente a Representante, criando enormes dificuldades a esta, na sua atividade de distribuidora dos produtos fabricados pela Representada.

.....
Não se vislumbra em tais atitudes da Representada - considerada a hipótese de veracidade das alegações da Representante - qualquer forma de tipificação legal e/ou constitucional de abuso do poder econômico, já que inexistente aqui tentativa de dominar o mercado - trata-se aqui de mercado de uma única marca -, eliminar a concorrência - aqui o verificado é, a substituição de um distribuidor por outro - ou aumentar arbitrariamente os lucros".

Essa sistemática pouco foi alterada pelas leis subseqüentes (Leis nº 8.158/91 e 8.884/94), exceto pelo fato de que os "delitos-meio" arrolados nesses diplomas, passaram a ser meramente exemplificativos.

Assim, o art. 3º da Lei nº 8.158/91 reconhecia como tipo único, que cognominou de "infração à ordem econômica":

"... qualquer acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo o efeito de *dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros*, ainda que os fins visados não sejam alcançados, *tais como: (...)*" (grifamos).

Prestava-se, dessa forma, mais uma vez, homenagem e obséquio à trilogia constitucional: "domínio de mercado", "eliminação da concorrência" e "aumento arbitrário de lucros".

O mesmo ocorre em relação aos "delitos-fim" previstos no art. 20 da atual Lei nº 8.884, de 1994, no tocante aos "delitos-meio" consignados no art. 21 do mesmo diploma, que assim reza:

"As seguintes condutas, *além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos*, caracterizam infração da ordem econômica" (grifamos).

Conclui-se, portanto, que as únicas figuras típicas, antijurídicas e puníveis previstas na Lei em vigor são aquelas arroladas no supramencionado art. 20, a saber:

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros;
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.”

Mais uma vez, embora com maior sofisticação, consagra-se a trilogia constitucional (“domínio de mercado”, “eliminação da concorrência” e “aumento arbitrário de lucros”), não passando a hipótese do inciso IV de mero corolário do “domínio de mercado”. Apenas estas as modalidades de “infração a ordem econômica”.

As infrações à ordem econômica são, portanto, dolosas, de resultado, dotadas de elemento subjetivo do injusto e que admitem (aliás, expressamente - art. 20, *caput*) tentativa:

“Constituem infração da ordem econômica ... os atos sob qualquer forma manifestados, *que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados*”.

A primeira tentativa do legislador antitruste brasileiro de conferir natureza meramente exemplificativa aos chamados delitos-meio foi concretizada com a inserção da alínea “g” do inciso I do art. 2º da Lei nº 4.137, de 1962, qual seja a figura da “criação de dificuldades à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa”.

Esse modelo encontra símile nos arts. 3º, inciso XVI, da Lei nº 8.158, de 1991, e 21, inciso V, da Lei nº 8.884, de 1994, e sob este prisma passa a ser examinado.

A figura da “criação de dificuldade” opera como norma residual, verdadeira vala comum, quando não se consegue definir com precisão a conduta pretensamente antijurídica. Por essa razão, é largamente utilizada na formulação de representações perante os órgãos de defesa da concorrência por quem, efetivamente, pretende servir-se da legislação especial para propósitos diversos daquele a que se destina aquela ou para a formulação de denúncias em má-fé.

Por essa mesma razão, sua aplicação há de ser extremamente cautelosa, máxime diante da exigência da exegese estrita de seus termos e do impedimento de interpretações analógicas do tipo de forma a não se impor ao acusado inocente um desnecessário ônus processual diante da inexistência de real motivo, como aliás, demanda o crisol do princípio da moralidade das ações.

Nesse sentido se manifestou o próprio CADE em lapidar decisão proferida no Processo Administrativo nº 37, de 12 de outubro de 1989, sendo Conselheiro-Relator o saudoso Dr. George Marcondes Coelho de Souza (cf. *DOU* de 16 de outubro de 1989, Seção I, p. 18556). Segundo o aresto, recomenda-se que o preceito do art. 2º, inciso I, alínea "g", da Lei nº 4.137, de 1962, deva ser lido com extrema cautela, uma vez que toda atividade empresarial, tendendo necessariamente à conquista do mercado, há de acarretar dificuldades para outras empresas, isto fazendo parte da concorrência desejável.

Assim, é de entender-se que a criação de dificuldades somente poderá ser reconhecida como fato típico punível se e quando resultante de prática negocial desprovida de boa fé, isto é, anormal em relação à ordem natural das coisas.

Assim foi redigido o acórdão:

"No que toca à 'criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou desenvolvimento de empresa' (art. 2º, inc. I, letra 'g', da Lei nº 4.137/62), sua ocorrência só poderia ser resultado da execução, isolada ou simultânea dos ajustes, porque nada consta dos autos a respeito de outro comportamento das Representadas. Note-se que *esse dispositivo legal é de difícil aplicação, devendo ser lido com cautela*, uma vez que toda atividade empresarial, tendendo necessariamente à conquista do mercado, há de acarretar dificuldades para outras empresas, seja para sua constituição, seja para seu funcionamento ou desenvolvimento. Isso faz parte de concorrência desejável. Assim, é de entender-se que a criação de dificuldades deve ser repelida se e quando resultante de prática negocial desprovida de boa-fé, ou, por outras palavras, anormal em relação à ordem natural das coisas. No caso dos autos, não foi imputado às Representadas nenhum procedimento que apresentasse tal colorido e a simples execução dos dois conhecidos ajustes não parece que pudesse ter o condão de gerar aquelas dificuldades (...)"

Mais ainda: é de esperar-se que a invocação do dispositivo seja feito por empresa que tenha sua constituição, seu funcionamento ou seu desenvolvimento dificultados pelo *proceder anormal, ou de má-fé, de empresa concorrente*. Isso flui do próprio enunciado legal" (grifamos).

Descabida, portanto, sua remissão, quando a controvérsia verse sobre transações normais no comércio ou sobre a execução de contratos ou acordos livremente pactuados. Nestas hipóteses, a eventual imputação de ato abusivo

do poder econômico ou ofensiva à ordem econômica (e não a conduta do acusado) é que seria irradiada pelo espírito de emulação e má-fé

Preleciona Benjamin Shieber (*op. cit.*, p. 180) que o preceito urge a aplicação da chamada regra da razão, segundo a qual sua incidência:

“depende, em grande parte dos princípios e costumes que determinam o que é conduta comercial honesta. Assim, a concorrência por si só, por mais forte que fosse, não seria considerada como meio de praticar um abuso do poder econômico”.

No caso específico do art. 2º, inciso I, alínea “g”, somente haveria abuso do poder econômico se a “criação de dificuldades” fosse o “meio” pelo qual o agente viesse alcançar um dos dois estados descritos no *caput* do artigo, ou seja, o de dominação dos mercados nacionais ou o de eliminação total ou parcial da concorrência.

5. Sumário

Examinados os princípios jurídicos aplicáveis ao tema, podem eles ser sumariados na forma abaixo.

a) o Direito da Concorrência é um ramo do Direito Penal-Econômico e, como tal, sujeito aos princípios gerais do Direito Penal comum;

b) a finalidade e propósito do Direito da Concorrência é a eficiência econômica, em benefício do consumidor, tutelando um bem jurídico da coletividade;

c) o CADE é absolutamente incompetente, *ratione materiae*, para conhecer de questões privadas;

d) o CADE é um órgão judicante auxiliar do Poder Judiciário, sujeito ao controle judicial de seus atos;

e) a litispendência civil é possível, não a criminal, haja vista a competência exclusiva do CADE para a apuração dos delitos contra a ordem econômica;

f) a legislação de defesa da concorrência não retroage, exceto quando mais benéfica ao Representado;

g) a ação penal-econômica relativa a fatos pretéritos ocorridos antes da vigência da atual Lei Antitruste era prescritível, na forma do art. 114 do Código Penal;

h) as leis de defesa da concorrência, sendo de natureza repressiva, não de ser interpretadas de forma estrita, sem dispensa do elemento subjetivo do injusto;

i) a determinação do mercado relevante, conceito consagrado no Direito da Concorrência, é um imperativo na análise de qualquer questão antitruste; e

j) a competência internacional das autoridades antitruste é territorial, embora expandida, competindo ao CADE apurar todos os atos que, embora praticado alhures, aqui produzam ou possam produzir efeitos anticoncorrenciais;

l) as leis de defesa da concorrência, por sua natureza repressiva, não de ser interpretadas restritivamente;

m) as infrações à ordem econômica são delitos dolosos, de resultado e que contemplam um elemento subjetivo do injusto, cuja presença é indispensável à consumação;

n) a fraude é elemento imprescindível à responsabilidade empresarial solidária, sob pena de inconstitucionalidade;

o) quando o abuso do poder econômico é provocado pelo Representante, que antecipa necessariamente sua consumação, não há delito possível;

p) as únicas infrações à ordem econômica são aquelas tipificadas no art. 20 da Lei nº 8.884, de 1994, sendo as condutas exemplificativas do art. 21 meros instrumentos à consecução daqueles; e

q) a figura da “criação de dificuldades” é a vala comum do Direito da Concorrência e meio freqüentemente utilizado como fundamento para Representações de má-fé, merecendo aplicação restrita.