

FERNANDO AMORIM

Fixação de preços de revenda no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

análise do direito sancionador antitruste à luz do princípio da segurança jurídica

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo como requisito para a obtenção do título de Mestre em Ciências (Versão Corrigida. A original encontra-se disponível no Serviço de Pós-Graduação da FDRP/USP).

Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito

Orientadora: Prof.^a Doutora Juliana Oliveira Domingues.

RIBEIRÃO PRETO

2017

Autorizo a reprodução e divulgação parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, desde que citada a fonte.

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca
e Seção Técnica de Informática da FDRP/USP,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

| | |
|-------|--|
| A524f | <p>Amorim, Fernando</p> <p>Fixação de Preços de Revenda no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: análise do ambiente institucional do direito sancionador antitruste à luz do princípio da segurança jurídica / Fernando Amorim; orientadora Juliana Oliveira Domingues. -- Ribeirão Preto, 2017.</p> <p>124 p.</p> <p>Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2017.</p> <p>1. FIXAÇÃO DE PREÇOS DE REVENDA. 2. ANTITRUSTE. 3. DIREITO DA CONCORRÊNCIA. 4. DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. 5. SEGURANÇA JURÍDICA. I. Domingues, Juliana Oliveira, orient. II. Título</p> |
|-------|--|

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: AMORIM, Fernando

Título: *Fixação de preços de revenda no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: análise do direito sancionador antitruste à luz do princípio da segurança jurídica*

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências - Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Aprovado em: 15/02/2017

Banca Examinadora

Profª. Dra.: Juliana de Oliveira Domingues

Instituição: FDRP/USP

Julgamento: Não votante (Presidente)

Assinatura: _____

Profª. Dra.: Priscila Brolio Gonçalves

Instituição: Externo

Julgamento: Aprovado

Assinatura: _____

Profª. Dra.: Maria Paula Costa Bertran Muñoz

Instituição: FDRP/USP

Julgamento: Aprovado

Assinatura: _____

Prof. Dr.: Eduardo Molan Gaban

Instituição: PUC-SP (externo)

Julgamento: Aprovado

Assinatura: _____

Aos que acreditaram na FDRP em seus primórdios, com alegria e gratidão.

AGRADECIMENTOS

O velho Abujamra dizia, ao final de cada edição de *Provocações*, que a única coisa falsa no programa é o abraço no final. Arrisco dizer que os agradecimentos são a vitrine da alma de um trabalho de pesquisa, *locus* em que o autor ou autora não está sob escrutínio – pelo menos academicamente.

Reconheço que não é a praxe se exceder nos agradecimentos em trabalhos acadêmicos (redigi este parágrafo quando já estava na segunda página, mas achei que soaria melhor no início; agora pelo menos o/a leitor/a não vai se assustar com uma folha de agradecimentos maior que o usual). Indício de falta de poder de síntese, alguém poderia pensar. Talvez não por prolixidade, mas eu precisaria de mais de uma mera lauda para forjar uma representação justa dos meus agradecimentos às pessoas e instituições que tiveram impacto direto sobre a pesquisa e a minha vida nos últimos anos. Enfim, numa folha cabem duas páginas.

No regime de dedicação exclusiva de pesquisa (aliás, agradeço à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior pelo apoio financeiro), percebi como vida e pesquisa acabam se confundindo em alguns traços e momentos. Algumas intersecções, outras divergências (principalmente sobre o poder de controle), mas fico contente em reconhecer que apenas uma delas teve o seu desfecho. Isso ficou meio mórbido, mas não era a intenção.

Já estamos no quarto parágrafo e só agradei à CAPES – vejam como a liberdade pode nos tornar prolixos na vida –, então vamos lá:

À minha mãe, pelo carinho, amor e pela atenta revisão. À minha família também.

À Professora Doutora Juliana Oliveira Domingues pela prestatividade, excelência, correções e incentivos constantes. Essa dissertação é resultado da soma desses fatores. Muito obrigado novamente pela oportunidade e confiança.

Aos professores Thiago Marrara e Guilherme Mendes pelas excelentes observações, críticas e sugestões em minha banca de qualificação, que procurei incorporar nesta versão.

Igualmente às professoras doutoras Juliana Krueger Pela e Sheila Cristina Neder

Cerezetti e aos colegas da primeira edição da disciplina “Ensino e Pesquisa em Direito Comercial” no programa de Pós-Graduação da FD/USP, pelos valiosos debates e contribuições metodológicas em nossas verdadeiras bancas coletivas.

A Francisco Niclós Negrão, pelos aprendizados, profissionalismo e por ter me mostrado a importância da fixação de preços de revenda como tema singular para pesquisas.

Aos Conselheiros Paulo Burnier da Silveira e Alexandre Cordeiro Macedo, pela gentileza de compartilhar seus materiais acadêmicos sobre o tema da pesquisa.

Em memória, agradeço imensamente também à Dra. Jessie Freire Gomes dos Reis e ao professor Associado Luciano de Camargo Pentead, pelas inspirações, exemplos e apoios.

À equipe médica do Hospital do Coração (HCor), especialmente ao professor Doutor Denis Bichueti e Dr. Juan Pachón. Igualmente à professora Maysa Luchesi Cera, pela excelência no tratamento fonoaudiológico no Centro Integrado de Reabilitação (CIR) no Hospital Estadual de Ribeirão Preto – toda gratidão, da primeira sílaba à conclusão vindoura. Meu obrigado redundante também a todas e todos pelos atos, palavras e pensamentos de força e incentivo nesses últimos anos peculiares.

Às verdadeiras amigas e amigos de antes, hoje e sempre, especialmente do Colégio Nossa Senhora de Sion e das primeiras cinco turmas da FDRP/USP – sublinhando os eternos bônus e ônus divididos com os colegas da Turma I. Justiça também ao aprendizado que tive (e tenho) com as amigas encontradas e construídas em minhas atividades no Centro Acadêmico “Antonio Junqueira Azevedo” e na Representação Discente na FDRP: minhas angústias e calvície precoce definitivamente não foram em vão.

Por fim, e principalmente, a Jessica Ishida, pelo apoio, admiração, ânimo diário, auxílios, paciência (especialmente no último ano de pesquisa...), com muita gratidão e amor. Te amo, sempre!

Serra Negra, novembro de 2016.

[corta para a primeira cena de Quero ser John Malkovich¹]

¹ BEING John Malkovich. Direção de Spike Jonze. Roteiro de Charlie Kaufman. Produção de Michael Stipe [et al.]. Origem: Estados Unidos da América. Lançamento em 03.12.1999. Distribuição: Universal Pictures do Brasil.

As coisas que vou narrar, passadas aqui na localidade, são de mais admiradas que nem cabem num relatório. Faz conta este relatório é uma carta muito familiar. Desculpe o abuso da confiança.

Mia Couto, O último voo do flamingo

RESUMO

Nome: AMORIM, Fernando

Título: *Fixação de preços de revenda no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: análise do direito sancionador antitruste à luz do princípio da segurança jurídica*

Objetivou-se colocar em evidência as políticas realizadas na função repressiva do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) sobre a fixação de preços de revenda (FPR) a partir da Lei n. 8.884/1994 (revogada pela Lei n. 12.529/2011). Do mesmo modo que a conduta poderia acarretar consequências perversas ao ambiente concorrencial, a falta de padrões claros para caracterizar a conduta como ilícita também pode ensejar efeitos deletérios ao ambiente institucional protegido pelo SBDC. O problema central da pesquisa está nos arranjos institucionais para promover a maximização da segurança jurídica no contexto da FPR no SBDC. Partiu-se da hipótese de que essas alternativas institucionais podem ser encontradas no próprio arcabouço normativo no SBDC, sem prejuízo de outras soluções estruturais. A partir dessa premissa, foi aplicado o método de análise de instituições para resolver um problema de arcabouço institucional aplicado. Inicialmente, o método abordou uma análise como um fim descritivo, objetivando identificar os elementos/particularidades do ambiente recortado para delimitar os contornos do problema da pesquisa. Para tanto, foram analisadas as decisões paradigmáticas do Cade sobre o tema. Ato contínuo, passou-se à função analítica aplicada do método, para formular um instrumental propositivo a respeito das possíveis falhas do arcabouço anteriormente estudado. Para tanto, a linha de raciocínio subjacente à tarefa foram os métodos dedutivo e hipotético-dedutivo, tomando como fontes a bibliografia especializada, além das estruturas balizadoras do ordenamento jurídico nacional. Concluiu-se que a estabilidade institucional é um dos fatores a ser considerado na promoção da defesa da concorrência, devendo ser garantida na intersecção entre as funções repressiva e educativa do SBDC, isto é, por meio de medidas educativas (medidas *ex ante* de conscientização) antes de medidas sancionadoras (ações punitivas *ex post*). Cabe ao Cade considerar os postulados da razoabilidade e proporcionalidade não apenas em suas atividades-fim, mas também nos reflexos de seus atos administrativos sobre o ambiente institucional, o que inclui o dever de proteção da segurança jurídica. Portanto, qualquer inovação institucional *in pejus* ao administrado aplicada pelo Cade, inclusive no caso de *standards* interpretativos, deverá ser considerada na perspectiva dos pilares da lei de processo administrativo como ponderação necessária, vedadas medidas contraditórias àquelas que se têm praticado no mesmo ambiente institucional.

Palavras-chave: Fixação de Preços de Revenda. Restrições Verticais. Direito da Concorrência. Direito Administrativo Sancionador. Segurança Jurídica.

ABSTRACT

Nome: AMORIM, Fernando

Título: Resale price maintenance in the Brazilian System of Competition Defence: analysis of the antitrust procedural under the principle of legal certainty

The research encompasses the policies enforced by the Brazilian System of Competition Defence (SBDC) with regard to Resale Price Maintenance (RPM). While the conduct may produce a negative impact over competition - reducing the welfare of consumers -, the lack of predictability from the rulings enforced by SBDC on the subject might, likewise, produce deleterious outcomes to the institutional environment. The focus of this research rests on the premise of promoting a maximization of legal security in the context of RPM within SBDC. The initial hypothesis is that the institutional alternatives may be found within the very normative scope of SBDC, without prejudice of other structural solutions. Based on those premises we applied the Analysis of Institutions method in order to solve the issue within an institutional scope. Such method encompassed the analysis as a descriptive means, with the objective of identifying the elements/particularities of the given environment in order to define the contours from the object of the research. Subsequently, we moved on to the analytical method in order to instrumentally investigate possible flaws within the scope of what was previously studied. Thus, the subsequent lines of thought were both deductive and hypothetico-deductive. As a conclusion, the institutional stability is one of the factors to be considered in the promotion of competition defense, and it should be warranted within an intersection of repressive and educative functions from the SBDC, that is, through educative measures (*ex ante*) before repressive actions (punitive actions, *ex post*). It was concluded that institutional stability is one of the factors to be considered in promoting competition and should be guaranteed at the intersection between the repressive and educational functions of the SBDC, that is, through educational measures (*ex ante* measures) before punitive measures *ex post*. It will always be up to Cade to consider the claims with regard to reasonability and proportionality, not only with regard to the end activity but also with regard to the outcomes over the institutional environment – which also encompasses the duty of legal protection as well. Moreover, the notion of restrictions of competition "by the object" – as well as any institutional innovation contrary to the ones previously administered – should be considered from the perspective of the pillars of the Administrative Process Law.

Keywords: Resale Price Maintenance (RPM). Vertical Restrictions. Competition Law. Administrative Sanctioning System. Legal Certainty.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1. INTRODUÇÃO | 19 |
| 2 MÉTODO E METODOLOGIA | 29 |
| 2.1 Premissas metodológicas | 29 |
| 2.2 Estrutura da pesquisa: problema e hipótese centrais..... | 30 |
| 2.3 Métodos aplicados..... | 30 |
| 2.3.1 <i>Método principal.....</i> | 30 |
| 2.3.2 <i>Métodos instrumentais</i> | 32 |
| 2.3.2.1 <i>Discussão das premissas do problema.....</i> | 32 |
| 2.3.2.2 <i>Plano de fundo.....</i> | 34 |
| 2.3.2.3 <i>Elementos do princípio da segurança jurídica.....</i> | 35 |
| 2.3.2.4 <i>Exame do ferramental institucional disponível para promover a maximização da segurança jurídica entre os escopos educativo e repressivo do SBDC.....</i> | 35 |
| 2.4 Materiais | 37 |
| 3 A NECESSIDADE DE STANDARDS ANALÍTICOS NO CONTEXTO INSTITUCIONAL DO ANTITRUSTE NORTE-AMERICANO E EUROPEU | 39 |
| 3.1 A necessidade de <i>standards</i> analíticos | 39 |
| 3.2 Estados Unidos: <i>standards</i> probatórios (regra da razão vs. per se) | 41 |
| 3.3 Apontamentos sobre o contexto antitruste na Comissão Europeia | 43 |
| 4 CONTEXTO INSTITUCIONAL DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL..... | 47 |
| 4.1 Apontamentos sobre o microssistema antitruste | 47 |
| 4.1.1 <i>Base constitucional</i> | 47 |
| 4.1.2 <i>Ferramental institucional: estrutura organizacional e objetivos do antitruste.....</i> | 50 |
| 4.1.2.1 <i>Estrutura organizacional.....</i> | 50 |
| 4.1.2.2 <i>Funções e objetivos do antitruste no Brasil.....</i> | 51 |
| 4.1.3 <i>Estabilidade institucional como função inerente ao enforcement antitruste.....</i> | 52 |
| 4.2 O regime das condutas anticompetitivas no SBDC | 54 |
| 4.2.1. <i>Base normativa das infrações à ordem econômica.....</i> | 54 |
| 4.3 Sistematização das decisões paradigmáticas do Cade sobre a FPR..... | 61 |
| 4.3.1 <i>Caso Kibon – Processo Administrativo n. 148/94</i> | 62 |
| 4.3.2 <i>Caso SKF – Processo Administrativo 08012.001271/2001-4</i> | 66 |
| 5 SEGURANÇA JURÍDICA E O AMBIENTE INSTITUCIONAL DO SBDC SOBRE A FPR | 87 |
| 5.1 Atos administrativos no direito sancionador antitruste..... | 87 |
| 5.2 A ilicitude pelo objeto como infração de perigo abstrato no Brasil..... | 91 |

| | |
|---|------------|
| 5.3 A necessária harmonização entre o princípio da segurança jurídica e os precedentes administrativos como pilar do Estado de Direito | 98 |
| 5.4 Instrumentos para a maximização da segurança jurídica sobre a FPR | 102 |
| 5.4.1 <i>Aspectos legislativos e o projeto Sundfeld/Azevedo.....</i> | <i>105</i> |
| 5.4.2 <i>Soluções no âmbito do SBDC</i> | <i>105</i> |
| 5.4.2.1 Regime jurídico dos guias de análise | 105 |
| 5.4.2.2 Instituto da Consulta..... | 105 |
| | |
| CONCLUSÕES..... | 109 |
| | |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 113 |
| | |
| OBRAS CONSULTADAS | 121 |

INTRODUÇÃO

Trata-se de um trabalho sobre um tema específico do direito antitruste. Também é um trabalho que envolve, necessariamente, o direito administrativo geral, o processo administrativo sancionador e, é claro, um assunto particular do direito antitruste à luz das funções do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Essa ressalva, aparentemente redundante à primeira vista, se justifica para esclarecer, desde já, as opções tomadas no processo da pesquisa.

O tema da pesquisa é a fixação de preços de revenda (FPR) à luz do direito sancionador promovido pelo SBDC. Foi proposto um recorte transversal no tema, e daí a refutação do valor de redundância da primeira frase da dissertação: as particularidades do tema abordado é parte de um todo orgânico que se perderia em sentido caso retirado em seu local. Ainda assim, os elementos individualmente analisados o foram com respeito à sua função.

Nesta breve introdução, serão apresentados alguns elementos do tema da pesquisa e seus contornos, além de um plano geral da pesquisa realizada como guia para a leitura.

A repressão do abuso do poder econômico, garantida pelo artigo 174, §4º, da Constituição Federal, é o ingrediente básico para fundamentar a defesa da concorrência no Brasil. Esse elemento é permeado pela tensão² entre os princípios da livre iniciativa (art. 1º, IV e pilar da ordem econômica) e a livre concorrência (princípio da ordem econômica – art. 170, IV), e seu ferramental primário é a Lei 12.529/2011 (Lei Antitruste), que engendrou o novo SBDC.

Nesse contexto está inserido o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), autarquia competente para a instrução e julgamento em suas três frentes de atuação: preventiva (controle prévio de estruturas), repressiva (de condutas anticompetitivas) e educativa (por meio de atividades de fomento da concorrência – “advocacy”, competência esta compartilhada com a Secretaria de Acompanhamento Econômico, a SEAE).

² Cf. DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. *Direito Antitruste*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 62-65.

Como já mencionado, o corte teórico da pesquisa se constitui nos contratos mencionados, especialmente as cláusulas de fixação de preços de revenda (FPR³). A conduta geraria, em tese, imperfeições no ambiente institucional das trocas na forma das condições uniformes impostas ou sugeridas (sejam máximos, mínimos ou fixos⁴) ao largo da cadeia produtiva.

À luz do direito contratual, os acordos mencionados podem assumir funções econômicas distintas, ora a viabilização do escoamento da produção (contratos de distribuição), ora o fornecimento de bens e serviços (contratos de fornecimento).⁵ Essas restrições à liberdade contratual se explicam no argumento econômico de que tais relações verticais (portanto, entre produtor e distribuidor ou fornecedor) geram enormes custos de transação, sendo a elaboração desses contratos uma solução institucional prudente para sua redução⁶.

Parte-se, aqui, do referencial teórico da Nova Economia Institucional (NEI) de que o ambiente das relações comerciais é permeado por incertezas, cumprindo aos agentes a realização de regras⁷ (formais ou informais) para reduzir os custos de transação da atividade, sempre positivos.⁸ Uma das maneiras de realizar esse objetivo indireto das organizações (ou “firmas”) é a realização de acordos verticais, que “englobam processos produtivos complementares, em contraste com relações horizontais, que compreendem processos produtivos substitutos”⁹.

³ Usualmente lembrado na literatura pelo acrônimo “RPM” (Resale Price Maintenance).

⁴ Sobre uma categorização da conduta na literatura nacional, cf. GONÇALVES, Priscila Brólio. *Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais*. São Paulo: Singular, 2016, p. 227-248.

⁵ Cf. FORGIONI, Paula A. *Direito concorrencial e restrições verticais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 23-24.

⁶ Como demonstra Gonçalves, “tais restrições verticais nem sempre foram vistas como dispositivos inerentes e necessários aos contratos; pelo contrário, presumiam-se anticompetitivas” (GONÇALVES, Priscila Brólio. *Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais*. São Paulo: Singular, 2002, p.151-152), visão superada com a teoria dos custos de transação pelas obras, principalmente, de Coase e Williamson, laureados com o Prêmio de Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel, respectivamente, em 1991 e 2009.

⁷ Na lição de Douglass North, tais regras se configuram nas instituições, “construções humanamente concebidas que estruturam a interação humana” que “definem a estrutura de incentivos das sociedades e, especificamente, das economias.” (Desempenho econômico através do tempo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.255, set.-dez. 2010, p. 16.)

⁸ Cf. ZYLBERSTAJN, Décio; STAJN, Rachel. Análise econômica do direito e das organizações. In: ZYLBERSTAJN, Décio; STAJN, Rachel (org). *Direito & Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, passim. Conferir, no mesmo sentido, AZEVEDO, Paulo Furquim de; FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido; SAES, Maria Sylvia Macchione. *Competitividade: mercado, Estado e organizações*. São Paulo: Singular, 1997, passim.

⁹ AZEVEDO, Paulo Furquim de. Restrições Verticais e Defesa da Concorrência: A Experiência Brasileira. Escola de Economia de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, *Textos para discussão 264*, Julho de 2010, p.3.

A literatura econômica travou e trava debates acalorados sobre a FPR, variando da defesa da legalidade por si própria até a sua ilegalidade *de per se*. Como será demonstrado durante do trabalho, notadamente no teor da análise dos argumentos levantados na análise de casos (tópico 4.3), entre extremos teóricos são encontrados entendimentos mais ponderados.¹⁰

Algumas dessas consequências nocivas poderiam ser o aumento do grau de dependência econômica dos distribuidores, levantamento de barreiras à entrada, eliminação da concorrência entre os distribuidores da mesma marca e facilitação de conluio¹¹. Em última análise, decorreriam da prática preços artificialmente elevados, resultando na redução do bem-estar dos consumidores. De outro lado, são alegadas possíveis eficiências econômicas, por exemplo, a eliminação dos problemas da dupla marginalização e do *free riding*, bem como a preservação da imagem do produto¹².

Numa situação hipotética em que assimetrias informacionais entre a autoridade e o administrado e o tempo fosse ilimitado, o *enforcement*¹³ do antitruste seria rudimentar.

¹⁰ Faz-se, desde já, o alerta de que o objetivo central da pesquisa não é verificar os efeitos anticompetitivos ou não sobre a conduta. Sobre esses elementos, há uma vasta bibliografia nacional e internacional sobre o tema. Nacionalmente, conferir a obra de Priscila Brólio (*Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição*. 2.ed. São Paulo: Singular, 2016) e os livros da professora Paula Forgioni, especialmente *Direito Concorrencial e Restrições Verticais* (2007) e *Fundamentos do Antitruste* (8 ed, rev. atual. ampl., 2015), ambas publicadas pela Editora Revista do Tribunais. Igualmente aos artigos publicados por Cesar Mattos na *Revista do IBRAC* (Fixação de preço de revenda mínimo no Cade: o caso SKF, vol. 24, jul-dez., 2013 e Fixação de preços de revenda (resale-price maintenance), vol. 8, jan-jun., 2001), além do pesquisa publicada por Mariana Rebuszi Sarcinelli no mesmo periódico (Acordo para fixação de preços de revenda, ilegalidade per se e regra da razão: uma análise acerca da jurisprudência norte-americana, vol. 20, jul-dez, 2011). Na doutrina estrangeira, conferir LAO, Marina. Free riding: an overstated, und unconvincing, explanation for resale price maintenance. In: PITOFISKY, Robert (org). *How the Chicago School Overshot the Mark*. New York: Oxford University Press, 2008; HARRISON, Jeffrey Lynch. Dr. Miles' Orphans: Vertical Conspiracy and Consignment in the Wake of Leegin. *University of Florida Levin College of Law Research Paper*, abr. 2010; ARTHUR, Thomas C. The Core of Antitrust and the Slow Death of Dr. Miles. *SMU Law Review*, vol. 62, 2009; JARAMILLO, Jose Alfredo. Free Riding and Resale Price Maintenance: A Love and Hate Relationship. *Contexto Revista de Derecho y Economía*, n. 34, nov. 2011; JIANG, Shan; SOKOL, D. Daniel. Resale Price Maintenance in China: An Economic Perspective. *Journal of Antitrust Enforcement*, nov.2014; LAMBERT, Thomas A.; SYKUTA, Michael E. Why the New Evidence on Minimum Resale Price Maintenance Does Not Justify a Per Se or 'Quick Look' Approach. *CPI Antitrust Chronicle*, nov.2013; BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox: a policy at war with itself*. Nova Iorque: The Free Press, p.280-298.

¹¹ Sobre um aprofundamento sobre as possíveis consequências deletérias ao ambiente concorrencial com a prática da FPR, cf. FORGIONI, Paula A. *Direito concorrencial...* cit., p. 182-194; GONÇALVES, Priscila Brólio. *Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais*. São Paulo: Singular, 2016, p.179-199; HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy – the law of competition and its practice*.2.ed. St. Paul: West Publishing Company, 1999, p.374-376.

¹² Para uma visão sobre as possíveis justificativas de eficiências econômicas sobre a conduta, cf. GONÇALVES, Fixação..., cit., p. 200-218; HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy – the law of competition and its practice*.2.ed. St. Paul: West Publishing Company, 1999, p. 377-381 e *The Antitrust enterprise: principle and execution*. Cambridge: Harvard University Press, 2005, p. 188; e de forma mais assertiva pela possibilidade de eficiências em detrimento de efeitos anticompetitivos (mas sem cogitar sua impossibilidade), cf. BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox: a policy at war with itself*. Nova Iorque: The Free Press, p.297-298

¹³ O termo será utilizado por falta de um termo específico em língua portuguesa que abarque as dimensões do *enforcement*, entendido não apenas como a aplicação da lei em sentido lato, mas também nas noções principais e

Ciente de que isso não é uma realidade, o antitruste tende a regras vazias a serem complementadas por padrões de interpretação (*standards*). Com isso foram concebidos, pela aplicação da teoria jurídico-econômica, certos “standards a serem utilizados no atendimento da função de interesse público atribuída pela lei ao administrador”¹⁴ – nomeadamente os construtos das regras da “razão” e “per se”, engendradas na experiência norte-americana.

A importância dessas válvulas de escape se clarifica a partir do momento em que a aplicação do direito antitruste exige certas regras para “nortear a verificação da licitude ou ilicitude de uma prática”¹⁵.

Esse corte metodológico pode ser explicado por uma razão lógica. As condutas supostamente anticoncorrenciais, do cartel *hardcore* à restrição vertical mais debatida, passarão pelo plano dos modelos mentais mencionados alicerçado nos eventuais prejuízos sociais decorrentes. Quando esses modelos são institucionalizados, seja pela positivação textual, ou pelos precedentes iterados, a complexidade do ambiente é reduzida, garantindo uma eficácia na atividade da autoridade.

Segundo a regra *per se*, uma conduta pode ser considerada ilícita independentemente do contexto em que foi praticada¹⁶, de modo que não será necessário analisar a estrutura do mercado, sequer “o poder econômico do agente, que pode ser nenhum”¹⁷. Da mesma maneira, “o acusado não tem o direito de aduzir em sua defesa quer os bons efeitos econômicos da prática incriminada, quer sua inofensividade, pela ausência de quantidade de poder suficiente para influir nos preços de mercado”¹⁸. Em síntese, a presunção da ilicitude prescinde de uma análise aprofundada do mercado em questão, reduzindo os custos da investigação¹⁹.

acessórias subjacentes aos processos sancionadores no âmbito da Administração Pública.

¹⁴ LIMA, Ticiano Nogueira da Cruz. *O processo administrativo no Cade e os problemas da regulação concorrencial brasileira*. 2009. 169f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da USP, Universidade de São Paulo, p. 39.

¹⁵ DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. *Direito Antitruste*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.83. No mesmo sentido, cf. FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.186-188

¹⁶ “This means that there is no need for a court to examine whether the behavior in question unreasonably restrains trade or harms competition and consumers: the mere existence of the behavior will be enough to fall within the prohibition” (DABBAH, Maher M. *International and comparative competition law*. Cambridge: University Press, 2010, p.241.)

¹⁷ BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.154.

¹⁸ Idem.

¹⁹ Cf. GONÇALVES, Priscila Brólio. *Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais*. São Paulo: Singular, 2016, p.144.

Caso a conduta seja analisada à regra da razão, abre-se a possibilidade da utilização dos argumentos sobre eventuais ganhos de eficiência, bem como a ausência de efeitos negativos à concorrência. Sucintamente, a “regra da razão é o método de interpretação que impõe a ilicitude, apenas, das práticas que restringem a concorrência de forma ‘não razoável’”²⁰, posto que a análise da conduta é restringida pelo prisma de seus efeitos no(s) mercado(s) afetado(s).

A respeito da experiência internacional sobre a fixação de preços de revenda, após quase cem anos de aplicação da regra *per se*, a partir do caso *Dr. Miles Medical Co. v. Park D. Park* (1911), a Suprema Corte norte-americana revisou o entendimento no caso *Leegin Creative Leather Products v. PSKS Inc.* em 2007 (por cinco votos a quatro), julgando que a conduta deve ser analisada à luz da regra da razão.²¹ De outro lado, a Comissão Europeia adota a teoria da ilicitude pelo próprio objeto entre os seus países membros – ainda que a autoridade tenha redigido um documento clarificando a visão das autoridades relativa à prática, criando-se um “safe harbor”²² aos agentes econômicos para realizar a prática sem incidir na proibição do artigo 101²³.

²⁰ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 193. No mesmo sentido, DABBAH, Maher M. *International and comparative competition law*. Cambridge: University Press, 2010, p.240.

²¹ Cf. BRUNELL, Richard M. Overruling *Dr. Miles*: The Supreme Trade Commission in action. *The Antitrust Bulletin*, v.52, n.3-4, set.dez., 2007, pp.475-529.

²² Cf. Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice), jun.2014.

²³ Artigo 101

1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:

- a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção;
- b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;
- c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;
- d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
- e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.

2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo.

3. As disposições no n.º 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:

- a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas,
- a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e
- a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas,

que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

- a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos;

Como se trata de assunto naturalmente polêmico²⁴, principalmente pela dificuldade de se mensurar as eficiências e os riscos da conduta, o Cade tem analisado os casos envolvendo a FPR caso a caso, o que usualmente é feito à luz da regra da razão.

Nota-se, entretanto, uma “variação substancial da análise qualitativa realizada pelas autoridades brasileiras”, notadamente “no tocante à definição dos padrões de prova no contexto de uma análise baseada na regra da razão”²⁵. Isto é, não há “testes e padrões mais detalhados para definir quando os efeitos líquidos de uma restrição vertical específica seriam considerados negativos a ponto de caracterizar a conduta como ilegal no âmbito da lei de concorrência”²⁶.

E em que pese seja argumentado que o Cade preze pela regra da razão em suas decisões, isso não diz muito sobre a caracterização da fixação de preços de revenda como ilícita ou lícita, bem como os elementos de prova referentes.

A escolha política do Cade pela teoria dos efeitos se explica, em parte, pela falta de uma jurisprudência consolidada, conforme demonstrou o Conselheiro Veríssimo nos autos do Processo Administrativo 08012.001271/2001-44 (caso SKF, a ser examinado neste trabalho). Com efeito, trataram-se de “decisões sob o enfoque de uma razoabilidade econômica”, pontuando a incerteza na análise do Cade acerca do “tratamento que deve ser dado a esse tipo de conduta em suas diversas facetas”²⁷.

Desde o caso Kibon²⁸, primeiro e *leading case* da FPR no Brasil, os processos administrativos em que o Cade analisou a conduta culminaram em arquivamento, alegadamente por ausência de subsídios para a condenção. Houve análise também em averiguações preliminares (equivalente ao inquérito da lei antitruste de 2011) e em consultas privadas à autoridade, com nenhuma multa imposta.

b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

²⁴ Cf. CARVALHO, Vinicius Marques de, VERISSIMO; Marcos Paulo; SILVEIRA, Paulo Burnier da. Vertical Restraints: A Look Ahead. *Competition Policy International* (CPI), vol. 9, n. 1, 2013.

²⁵ GERADIN, Damien; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva. *Restrições verticais adotadas por empresas dominantes*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.68.

²⁶ Idem.

²⁷ Voto do Conselheiro Marco Paulo Veríssimo no 27 Processo Administrativo n. 08012.001271/2001-44 (Procon-SP x SKF Brasil), p.38.

²⁸ Processo Administrativo 148/1992 (Sindicato da Indústria de Panificação e Confeitaria de São Paulo x KIBON), julgado em 1997. Trata-se que um caso em que a fixação de preços de revenda, na verdade, foi realizada na forma de “sugestão”, sem os mecanismos coativos de uma fixação propriamente.

Apenas em 2013, porém, o Tribunal do Cade aplicou uma multa à empresa SKF Brasil pela fixação de preços (mínimos) de revenda, por cinco votos a dois, alterando o entendimento anterior.²⁹ Como será analisado durante o trabalho, há uma dificuldade em se confirmar que houve uma ruptura institucional real na decisão, já que as decisões anteriores não teriam sido exaradas com, empregando o termo de Burini, “densidade jurídica”³⁰. O fato é que, até 2013, nenhum agente havia sido condenado pela conduta.

Ao invés de ser uma prova cabal da solução do problema, entende-se que a decisão pode ter aumentado a insegurança jurídica no ambiente institucional, principalmente por se tratar de um órgão com mandatos e sem vinculação absoluta aos precedentes nas futuras decisões. Os meandros dos limites da decisão, bem como a suposta vinculação jurisprudencial administrativa, é um dos debates propostos pela pesquisa.

A decisão do Cade no caso SKF se valeu da teoria da ilicitude pelo próprio objeto para a condenação – bem verdade que uma teoria modificada, vez que o sistema europeu parte de orientações prévias³¹, ausentes no sistema brasileiro. O que se quer dizer é que a alteração não foi absolutamente contrária aos entendimentos substantivos sobre a conduta – como aconteceria num sistema em que a FPR é vista como ilícita per se e torna-se lícita –, mas sim sobre o método de análise, isto é, os *standards* de prova. Sinteticamente, e como se pretende demonstrar no bojo do trabalho, a ilicitude pelo objeto seria uma espécie do gênero “regra da razão”, não sendo possível falar na aplicação da regra *per se* na microssistema brasileiro.

A partir da fixação de preços de revenda, especialmente no precedente do caso SKF, indaga-se: a função repressiva precede a educativa ou é o contrário? Ou o ordenamento jurídico brasileiro prescinde de ordem de preferência? E finalmente, na ausência de uma jurisprudência consolidada, bem como de mecanismos de proteção ao ambiente institucional, a opção de reprimir a fixação de preços de revenda antes de educar pode ser configurada como ilegítima por quebra de confiança? Independentemente da resposta, quais seriam os limites à discricionariedade da autoridade antitruste no tema? São alguns pontos a serem

²⁹ Cf. BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Sala de Imprensa. Cade condena SKF por fixação de preço de revenda. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?df53a3758c81979c69d669fb57fe>. Acesso em: 24.08.2014.

³⁰ BURINI, Bruno Corrêa. *Processo administrativo de apuração de conduta anticoncorrencial: perspectiva instrumentalista*. 2010. 298 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito de São Paulo, USP, São Paulo, 2010, p.272.

³¹ A Comissão Europeia emite orientações substanciais para garantir a clareza dos tipos jurídicos que se enquadraria na proibição. Cf. Comissão Europeia. Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 101.º do TFUE. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV:l26114>>. Acesso: 05.09.2015.).

esclarecidos no trabalho, e suas delimitações podem ser compreendidas na capítulo seguinte (“Método e metodologia”).

Um dos elementos para justificar essa pesquisa é a busca pelo fundamento do papel estabilizador do Cade no tocante às políticas tomadas no ambiente institucional sobre a fixação de preços de revenda.

A presente pesquisa é justificada, principalmente, pela noção da processualização dos atos administrativos como “ferramenta de instituição de transparência e democratização da Administração Pública”³², tendendo a “produzir segurança jurídica para o administrado, além de efetividade e solidez ao Poder Público na sua tarefa regulatória”.³³

A segurança jurídica, portanto, não será entendida como uma situação fática, mas também como um “complexo normativo de exigências”³⁴ relacionado às normas (formais ou informais) vigentes. A consequência evidente é enunciada por Forgioni: “quanto maior o grau de segurança e previsibilidade jurídicas proporcionadas pelo sistema, mais azeitado o fluxo das relações econômicas”.³⁵ Atualmente, grande parte dessas relações é realizada por meio de contratos verticais, ensejando a fixação de preços de revenda.

No contexto de um Estado Democrático de Direito, “há sempre uma especial atenção às constantes interações entre os tomadores de decisões e aqueles que serão por elas afetados”³⁶. E, de fato, “uma das preocupações centrais na democracia é garantir que os cidadãos possam controlar as atividades do Poder Público”³⁷. E nessa seara da *accountability* das instituições públicas, parte-se da premissa de que são necessários instrumentos visando à garantia da segurança nas relações jurídicas no ambiente concorrencial.

Para compreender a complexidade (e relevância) da interdisciplinaridade da fixação de preços de revenda a partir das políticas antitruste formuladas pelo Cade, é possível acolher a ordem jurídica como um quadro normativo que, nas palavras de Bandeira de Mello,

³² MARRARA, Thiago. *A Conformação do Direito Administrativo da Concorrência: Organização, Processos e Acordos Administrativos no SBDC*. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito da USP, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p.22.

³³ Idem.

³⁴ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Da "segurança" nacional à "insegurança" jurisdicional: uma reflexão sobre segurança jurídica. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *O Direito, entre o futuro e o passado*. São Paulo: Noeses, 2014, p.115.

³⁵ *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.75.

³⁶ VEÇOSO, Fábila Fernandes Carvalho. et al. Legal Research and Electronic Databases of Judicial Decisions: evaluation matrices and analyses of the Brazilian Federal Supreme Court and the Brazilian Superior Court of Justice. *Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*, v. 1, n. 1, 2014, p.107.

³⁷ Idem.

“enseja às pessoas a possibilidade de se orientarem graças à ciência que, de antemão, lhes é dada sobre o que devem ou o que podem fazer”³⁸.

A estabilidade das relações entre os agentes econômicos no mercado pressupõe, na atividade do Cade, não apenas a certeza a respeito da licitude ou ilicitude da prática (ou seja, a existência de normas antitruste, instituições formais), mas também os raciocínios lógicos na subsunção do fato às normas antitruste pelas autoridades. Essa aplicação do direito concorrencial gera decisões administrativas que não se resumem à mera imposição de restrições de direitos. Mais do que uma mera interpretação cujos efeitos se encerram no caso concreto, trata-se de uma sinalização de que, em casos semelhantes, o órgão será capaz de decidir de forma coerente, permitindo o cálculo da governança dos agentes econômicos³⁹.

A opção da FPR como tema de pesquisa foi justificada, especialmente, pelas alterações recentes ao ambiente institucional no âmbito do Cade, ampliando a falta de segurança jurídica num ambiente já naturalmente incerto no Brasil. Basta recordar que, até o começo da democratização na década de 1980, a fixação de preços não era apenas uma prática lícita, como também era praticada pelo próprio Estado por meio de órgãos como o CIP (Conselho Interministerial de Preços) e a SUNAB (Superintendência Nacional de Abastecimento).

Além disso, a aplicação das normas antitruste no Brasil ainda padece de maturidade institucional. São mais de 50 anos de história de Cade, mas foi apenas a partir de 1994, com a reformulação do SBDC pela Lei 8.884/1994, que o país ingressou no grupo das nações cientes da importância do antitruste para o desenvolvimento nacional.

A cultura organizacional pode coibir ou incentivar uma conduta no ambiente concorrencial, e ainda que não houvesse uma clareza sobre os tipos jurídicos, a jurisprudência do Cade amparava os agentes para realizar a prática sem riscos aparentes. Uma ruptura cultural, como a decisão de 2013 no caso SKF, demanda estudo de forma a atenuar a falta de segurança jurídica engendrada.

Ainda há o agravante do contexto da recente crise econômica global. Os custos de transação das atividades do comércio exterior são ampliados, e a estabilidade e a previsibilidade das decisões dos órgãos estatais podem ser determinantes na decisão sobre um

³⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O direito e a segurança jurídica. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.11.

³⁹ Cf. BURINI, Bruno Corrêa. *Processo administrativo de apuração de conduta anticoncorrencial: perspectiva instrumentalista*. 2010. 298 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 267.

investimento no Brasil. As desconfianças poderão ser computadas na forma de custos de transação ou, em última instância, na decisão de investimentos em outros mercados. Portanto, a garantia da segurança jurídica, na forma de previsibilidade e clareza em todo o processo decisório antitruste, é fator essencial para garantir a legitimidade da intervenção do Cade sobre o domínio econômico, contribuindo para a estabilidade do ambiente institucional própria ao desenvolvimento nacional.

Além deste ponto introdutório, a dissertação apresenta mais cinco tópicos. Segue-se, imediatamente, a uma enunciação e explicação sobre os métodos e metodologias empregados na pesquisa, com seus respectivos materiais e justificativas. Nesse momento são apresentados, sucintamente, os objetivos (gerais e específicos) e hipóteses à luz dos marcos teóricos a serem delimitados.

O terceiro capítulo analisa o regime da FPR, especialmente sobre os *standards* interpretativos utilizados. Aqui se propôs um exame dos microssistemas antitruste europeu e norte-americano para, em seguida, analisar o contexto brasileiro. A função comparativa se valeu para compreender, com clareza, as influências utilizadas pelo legislador brasileiro, bem como as fontes utilizadas pelo Cade para decidir sobre a conduta.

Nesse contexto, no Capítulo 4 foi promovida uma compreensão ampla e contextualizada sobre suas normas, instituições e objetivos a partir de um roteiro de análise que abarcou os padrões probatórios de ilicitude, especialmente seus regimes de presunções. Nessa seção a FPR será analisada com base nos casos paradigmáticos em que o Cade julgou a conduta. O espaço amostral da pesquisa correspondeu aos dois momentos da FPR no Brasil: entre a primeira fase da FPR no Brasil (1997-2013) e a segunda (2013 - atual).

No Capítulo 5, por sua vez, os conceitos dogmáticos subjacentes ao princípio da segurança jurídica foram aplicados como o amálgama entre a fixação de preços de revenda e as políticas promovidas do Cade. Inicialmente foram abordados elementos normativos e doutrinários sobre o princípio no contexto da Constituição Federal. Atentando às particularidades do direito administrativo, ao direito administrativo sancionador e ao direito administrativo sancionador antitruste, a atividade do Cade foi analisada a partir da hipótese da menorização da incerteza como uma de suas funções, concluindo com um debate sobre o ferramental institucional para promover a maximização da segurança jurídica entre os escopos educativo e repressivo do SBDC. Por fim, são apresentadas conclusões articuladas a partir dos elementos deduzidos e inferidos durante o processo de pesquisa.

2 Método e metodologia

2.1 Premissas metodológicas

O presente tópico preliminar traz breves reflexões visando guiar a estrutura da leitura do trabalho. Isso será iniciado pela apresentação e delimitação dos conceitos metodológicos que serão trabalhados em momento posterior.

Reconhece-se que esta introdução metodológica não tem a pretensão nem de apresentar, nem de discutir o vasto conceitual dos pressupostos estruturais da pesquisa científica – o que iria além do escopo da proposta. Optou-se, sim, por apresentar e esclarecer alguns termos-chave que serão repetidos ao longo do texto, reduzindo-se o risco de desarranjos terminológicos durante a leitura.

A expressão *método principal* (ou *central*), por exemplo, deverá ser compreendida tal qual uma lente corretiva para que se veja, com nitidez, o *problema central* da pesquisa. Com isso será possível compreender, imediatamente, os aspectos e limitações da *hipótese central* da investigação. Dito de outra maneira, dever-se-á considerar o *problema central* pela função de tecer um fio teórico a partir do qual serão elaboradas a *hipótese principal*.

Nesta estrutura, o papel do *objetivo geral* é correlacionar o *problema e hipótese centrais* e o *método principal*. Será notado que os elementos centrais foram desmembrados num conjunto de *sub-problemas* com *métodos instrumentais* para estruturar elementos aptos a responder à *pergunta central*. Nesse contexto, os *objetivos específicos* são representados pelo encadeamento entre os *sub-problemas* e as *sub-hipóteses* derivados, e serão nortes a serem assimilados para inferir ou deduzir *respostas instrumentais* para responder à pergunta fundamental.

Em síntese, repise-se a noção de que a *hipótese central* decorre do *problema central*. Tal qual se diz no meio jurídico de que a *petição inicial é um projeto de sentença*, as *sub-hipóteses* serão, aqui, esboços das respostas para as perguntas formuladas pelos (e para os) *problemas instrumentais*.

O presente capítulo foi estruturado em quatro partes. Em seguida destas premissas metodológicas, apresenta-se a estrutura da pesquisa de forma sucinta, atentando à enunciação do problema e hipóteses centrais. Ato contínuo, a terceira parte consistiu na descrição e justificativa dos métodos (central e instrumentais) em sua aplicação. Nesse contexto, também serão considerados os raciocínios subjacentes aos métodos como forma de explicar e justificar

as alternativas metodológicas. Por fim, encerra-se com uma sucinta exposição dos materiais utilizados na pesquisa.

2.2 Estrutura da pesquisa: problema e hipótese centrais

Amparado nas discussões sobre as premissas apresentadas na introdução do trabalho, o objetivo geral é discutir as alternativas para aprimorar o contexto de insegurança jurídica sobre a fixação de preços de revenda no âmbito do SBDC. Diante disso, formulou-se a seguinte indagação como problema central:

Quais seriam as alternativas institucionais para promover a maximização da segurança jurídica no contexto da fixação de preços de revenda no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência?

Parte-se da hipótese central é de que as alternativas institucionais para reduzir a insegurança jurídica em relação à fixação de preços de revenda podem ser encontradas no próprio arcabouço normativo no SBDC, sem prejuízo de outras soluções estruturais.

2.3 Métodos aplicados

2.3.1 Método principal

A premissa apreendida indutivamente por meio da análise de decisões do Cade sobre a fixação de preços de revenda a partir da ruptura institucional de 2013, não poderá ser confundida como o objeto central da pesquisa. Na verdade, será fonte para o *dinamo do problema central*, de forma de que se pode concluir que *não* se trata de uma pesquisa empírica. Do mesmo modo, *não* se trata de um trabalho propriamente dogmático por si só – não obstante os elementos dogmáticos utilizados como fontes.

É difícil afirmar, categoricamente, que a Análise Econômica do Direito (AED)⁴⁰ seja o método adequado para trilhar, puramente, a investigação. Ainda que o *problema central*

⁴⁰ Nas palavras de Richard Posner e Francesco Parisi sobre esse arcabouço teórico, “[l]aw and economics relies on the standard economic assumption that individuals are rational maximizers, and studies the role of law as a means of changing the relative prices attached to alternative individual actions. Under this approach, a change in the rule of law will affect human behavior by altering the relative price structure – and thus the constraint – of the optimization problem. Wealth maximization, serving as a paradigm for the analysis of law, can thus be promoted or constrained by legal rules” (POSNER, Richard A.; PARISI, Francesco. *Law and Economics: an introduction*.

concebido possa ser entendido como aplicado, as premissas da *escolha racional, equilíbrio e eficiência* não seriam instrumentos adequados para a proposta – tanto em sua faceta analítica quanto prescritiva.⁴¹

Reconhece-se que a necessidade de *previsibilidade e relativa certeza jurídica* é uma das lentes do AED na análise dos efeitos e consequências da ação do Estado como indutor de comportamentos. Porém, entende-se que essas noções também podem ser deduzidas da própria análise da dogmática jurídica ou, ainda, da própria criatividade institucional balizada pelo ordenamento jurídico, isto é, o Direito visto como tecnologia para testar as alternativas para o problema. É justamente *esta* a trilha proposta nesta pesquisa.

A análise da literatura especializada sobre o princípio da segurança jurídica, combinada com o corpo administrativo-normativo vigente sobre o tema, podem denotar uma compatibilização entre as fontes e o problema central. Diante disso, propõe-se o método de análise de instituições para resolver um problema de arcabouço institucional aplicado à luz da segurança jurídica. Esse método pode ser sintetizado nas palavras do professor Diogo Coutinho:

Outro tipo idealizado de pesquisa em Direito inclui os estudos das instituições e de seus atores de uma perspectiva jurídica. Como se sabe e muito se repete, as instituições são uma variável-chave para o desenvolvimento das sociedades. Pesquisas sobre instituições fazem análises de seus elementos, de sua arquitetura, das relações e causalidades que suscitam, dos incentivos comportamentais que criam e dos atores que as operam. Com isso, essas pesquisas expõem complexidades, peculiaridades e lacunas no funcionamento de instituições, tentando melhorá-las e aperfeiçoá-las como uma tarefa crucial do jurista – tarefa que de fato me parece ser nossa! Um outro conjunto de métodos, combinações e inovações metodológicas é utilizado para esse tipo de pesquisa, criando uma enorme potencialidade para as pesquisas empíricas também nesse campo.⁴²

In: POSNER, Richard A.; PARISI, Francesco (org.). *Law and Economics: theoretical and methodological foundations*. New Hampshire: Edward Elgar Publishing, 1997, p. XI. Sintetizadamente, “[a] Análise Econômica do Direito, portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências.” (GICO JR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, nº 1, jan-jun, 2010, p. 8.). Além, a “Análise Econômica do Direito nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito.” (idem, p.18).

⁴¹ Cf. SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? *Cadernos Direito GV*, estudo 22, v.5, n.2, mar./2008, p.9.

⁴² Inovação dos métodos de pesquisa em Direito e renovação da produção científica. In: CUNHA, Alexandre dos Santos; ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo (coord. e org.). *Pesquisa Empírica em Direito. Anais*

O método analítico de instituições pode ser desdobrado em duas fases, distintas tanto funcional quanto topológica/temporalmente. Principia com a análise como um *fim descritivo*, objetivando compreender os elementos/particularidades do arcabouço institucional recortado. Em momento posterior, vislumbra-se a função analítica como criadora de um *instrumental propositivo* a respeito das possíveis falhas hipotéticas do arcabouço anteriormente estudado.

Justifica-se o método, em síntese, na busca por preencher a fissura institucional identificada com os instrumentos deduzidos e testados a partir de critérios de legalidade, viabilidade e adequação. Para tanto, a linha de raciocínio subjacente à tarefa serão os métodos dedutivo e hipotético-dedutivo, como será analisado supra.

2.3.2 Métodos instrumentais

E como analisar instituições para resolver um problema de segurança jurídica? A questão será enfrentada, novamente, por meio do diálogo entre os sub-problemas e suas sub-hipóteses na órbita central da pesquisa e do método central. Diante disso, estruturou-se o enunciamento do funcionamento dos métodos instrumentais em quatro momentos: a) discussão das premissas, b) plano de fundo, c) elementos do princípio da segurança jurídica e, por fim, d) o exame de ferramentas institucionais para maximizar a segurança jurídica.

2.3.2.1 Discussão das premissas do problema

a) Há insegurança jurídica no ambiente institucional da pesquisa

Trata-se de uma premissa empírica evidenciada na experiência do Cade sobre a conduta. Não se trata, na pesquisa, de provar uma hipótese, mas sim de explicá-la, porque ela é tomada como dado. Esse elemento será concretizado por meio da observação e da análise do teor das decisões do Cade sobre a FPR.

Como já foi explanado de forma introdutória, até 2013 o Cade não havia condenado nenhum agente econômico devido à fixação de preços de revenda. A cultura

do I Encontro de Pesquisa Empírica em Direito em Ribeirão Preto em setembro de 2011. Rio de Janeiro: Ipea, 2013, p.49.

Disponível

em:<http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_pesquisa_empirica_direito.pdf>.

Acesso em: 11.06.2016.

organizacional pode coibir ou incentivar uma conduta no ambiente concorrencial, e ainda que não houvesse uma clareza sobre os tipos jurídicos, a jurisprudência do Cade até então amparava os agentes para realizar a prática sem riscos aparentes.

Com isso, o primeiro pressuposto do problema central será inferido por meio da análise crítica dos elementos da decisão de ruptura institucional em 2013 à luz dos entendimentos anteriores. Essa premissa será verificada por um raciocínio indutivo oriundo de fontes primárias – no caso, decisões da autarquia sobre a conduta em processos administrativos sancionadores. Espera-se, aqui, clarificar os limites da ruptura institucional promovida. Neste momento, a “Análise de Caso” promovida, como se verá, terá feições de *método instrumental*, respeitando o *método principal* delimitado infra.

Já sobre o teor do exame, serão levados em consideração os padrões de prova e as fontes citadas pelos votos (literatura e jurisprudência, nacional e internacional) para verificar a consistência da argumentação. Por fim, concluir-se-á promovendo um diagnóstico descritivo sobre o problema.

b) Há um poder-dever dos entes do microssistema de defesa da concorrência de formular instrumentos para reduzir essa insegurança.

O segundo pressuposto consiste em verificar a hipótese de que há um poder-dever do Cade de formular um ferramental para reduzir as imprevisibilidades na tomada de suas decisões sobre a fixação de preços de revenda.

Esse pressuposto será explicado a partir da análise normativa e dogmática dos elementos do princípio da segurança jurídica aplicado à regulação concorrencial. Aqui serão analisados os limites da atividade “judicante” do Cade à luz dos elementos do princípio da segurança jurídica (certeza, estabilidade e confiança legítima) para concluir com um diagnóstico descritivo prévio sobre a existência desse dever hipotético no ordenamento jurídico brasileiro.

Atentando às particularidades do direito administrativo geral, a atividade do Cade será examinada a partir do dever de estabilidade no ambiente institucional. Aqui, será debatida a hipótese da menorização da incerteza como uma das funções do Cade em sua atividade sancionadora.

Propôs-se um método descritivo-exploratório por meio de um raciocínio dedutivo. Como fontes, temos as análises normativa e teórica/dogmática dos elementos da segurança jurídica aplicado à regulação concorrencial.

2.3.2.2 Plano de fundo

Primeiramente, propôs-se promover uma contextualização a partir do ambiente institucional da fixação de preços de revenda à luz do direito da concorrência. A conduta será examinada a partir de sua racionalidade econômica tanto pelo *enforcement*, quanto pela doutrina, culminando numa síntese das possíveis eficiências e riscos anticompetitivos.

No tocante ao plano de fundo estrutural da defesa da concorrência, por sua vez, os objetivos do SBDC serão apresentados à luz de suas funções, atores e ferramentas institucionais.

Serão utilizadas técnicas de comparação para examinar os entendimentos na experiência internacional sobre a fixação de preços à luz dos respectivos microssistemas antitruste. Isso será realizado a partir do exame dos entendimentos sobre a FPR em sistemas antitruste consolidados (EUA e União Europeia), promovendo uma compreensão ampla e contextualizada sobre suas normas, instituições e objetivos.

Diante disso, a análise das particularidades dos microssistemas, especialmente os raciocínios para enfrentar a conduta, será realizada à luz de seu análogo institucional – no caso, o SBDC.

Nesse mesmo contexto será analisada a jurisprudência do Cade sobre a FPR. Tomando como estudo de caso o primeiro *leading case* da FPR no Brasil (Kibon⁴³), diante das informações elencadas introdutoriamente, sabe-se que os cinco processos administrativos nos quais o Cade analisou a conduta culminaram em arquivamento, alegadamente por ausência de um padrão de prova suficiente para a condenação.

O Tribunal do Cade teria promovido uma ruptura de entendimento no caso SKF⁴⁴, quando aplicou, por cinco votos a dois, uma multa à empresa SKF Brasil pela fixação de preços de revenda. Isso pode ter aumentado a insegurança jurídica no ambiente institucional, principalmente por se tratar de um órgão com mandatos e sem vinculação absoluta aos

⁴³ Processo Administrativo n. 148/1992 (Sindicato da Indústria de Panificação e Confeitaria de São Paulo x KIBON), julgado em 1997.

⁴⁴ Processo Administrativo n. 08012.001271/2001-44 (Procon-SP x SKF Brasil), julgado em janeiro de 2013.

precedentes nas futuras decisões. Debater os meandros dessa vinculação jurisprudencial administrativa é um dos objetivos propostos pela pesquisa.

A decisão se valeu da teoria da ilicitude pelo próprio objeto para a condenação – bem verdade que uma teoria modificada, vez que o sistema europeu parte de orientações prévias, ausentes no microssistema brasileiro. Pretende-se averiguar se a aplicação da ilicitude pelo objeto é compatível com os regramentos antitruste no Brasil ou se o Cade importou uma teoria sem a devida atenção aos pormenores do SBDC, devendo ser afastada.

Nesse contexto, um dos ramos do eixo da pesquisa é compreender a legalidade e legitimidade da ilicitude pelo objeto à luz do SBDC e demais arcabouços normativos correlatos. Para tanto, será necessária uma incursão à dogmática penal como subsídio teórico para esclarecer algumas particularidades do direito administrativo concorrencial sancionador.

2.3.2.3 Elementos do princípio da segurança jurídica

O estudo dos elementos do princípio da segurança jurídica terá como propósito a elaboração de um arcabouço conceitual para entender as limitações do tema. Também será de valia para balizar as soluções encontradas no processo de busca de alternativas institucionais para promover a maximização da segurança jurídica.

O tema será exposto a partir dos atos administrativos no âmbito do direito sancionador brasileiro. Nesse contexto, o princípio da segurança jurídica será apresentado a partir de seu conteúdo, isto é, suas dimensões e premissas. Para tanto, premissas de certeza, estabilidade e confiança legítima serão colocadas em lentes descritivas a partir do contexto institucional pesquisado.

2.3.2.4 Exame do ferramental institucional disponível para promover a maximização da segurança jurídica entre os escopos educativo e repressivo do SBDC

A base do problema da pesquisa é a insegurança jurídica promovida pela decisão envolvendo a FPR no ambiente do SBDC. Com base nos elementos deduzidos e inferidos nas primeiras partes da pesquisa, serão formuladas hipóteses sobre o ferramental institucional para promover a maximização da segurança jurídica sobre o tema.

Essas hipóteses serão testadas à luz de sua viabilidade, compreendendo sua legalidade e adequação, e é por isso que se pugna pelo método hipotético-dedutivo para que

as medidas propostas possam ser analisadas a partir de suas vantagens e desvantagens. Busca-se, aqui, analisar o ferramental institucional disponível à luz de sua adequação, concluindo com um diagnóstico propositivo.

Essa tarefa será realizada a partir de duas categorias de fontes: a) elementos normativos que balizam as competências do Cade e b) moldura dogmática que limita o alcance dos arranjos institucionais possíveis. Por exemplo, a análise de um instituto pinçado e examinado em seu contexto com base em sua viabilidade, vantagens e limitações para responder se é uma alternativa adequada (ou não) a partir da matriz analítica proposta.

Há uma série de sub-problemas e seus objetivos serão discutidos para preencher a estrutura metodológica:

- a) A segurança jurídica pode ser protegida no próprio bojo de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica? Isto é, diante da ausência de uma jurisdição administrativa *absoluta* no Brasil, decorrente do *monopólio* jurisdicional do Poder Judiciário a partir do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV), quais seriam o alcance e as limitações da noção de orientações gerais (sinalizações) a partir do corpo jurisprudencial do Cade a partir da Lei 8.884/1994 (revogada pela 12.529/2011)?
- b) Qual o grau de vinculação da autoridade administrativa aos precedentes exarados por ela própria ao longo do tempo? E quais os elementos dos precedentes que deverão ser levados em consideração na análise? Essa questão será analisada a partir da tensão entre legalidade e eficiência na atividade da administração pública federal.
- c) Como garantir a concretização desse poder-dever de promover a segurança jurídica no âmbito institucional do SBDC? Quais os instrumentos possíveis e quais seus limites? O instituto da consulta poderá ser útil para garantir um ambiente de estabilidade institucional?
- d) Nesse momento serão abordadas as possíveis consequências do Projeto de Lei do Senado n.349/2015, que propõe inserir princípios do Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: qual a dimensão das consequências da eventual aprovação nos termos do PL do relator?

É possível concluir que a pesquisa pode ser entendida como um trabalho instrumental. O cerne da pesquisa, isto é, seu problema e hipótese centrais, são orientações a serem atingidas. Isso explica por que essas alternativas institucionais para maximizar a segurança jurídica, fase prescritiva da pesquisa, serão discutidas no último momento.

2.4 Materiais

A abordagem interdisciplinar da fixação de preços de revenda à luz do princípio da segurança jurídica demandou uma pesquisa bibliográfica jurídica e econômica realizada por meio de leitura e fichamento de artigos científicos publicados em periódicos, livros, teses, relatórios e demais publicações especializadas sobre o tema. Com isso fica evidente a predominância do método dedutivo para a tarefa.

Sem prejuízo às bibliotecas físicas⁴⁵, a revisão sistemática da literatura foi realizada a partir de bases virtuais de dados, internacionais (JSTOR, HeinOnline, LexisNexis, SSRN, etc) e nacionais (SIBiUSP, Iusdata, Scielo, Portal de Periódicos da CAPES, etc.).

Aos resultados da pesquisa bibliográfica foram agregadas fontes primárias. Foram examinados Votos e Acórdãos do Plenário (atual Tribunal) do Cade nos Processos Administrativos paradigmáticos envolvendo o tema, isto é, os casos Kibon (1997) e SKF (2013). Todos os casos foram digitalizados pelo Cade e estão disponíveis para consulta na plataforma SEI⁴⁶.

⁴⁵ Para a tarefa, foi crucial o auxílio das bibliotecas da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, a Biblioteca Tullio Ascarelli do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito de São Paulo da USP, bem como consultas realizadas na biblioteca do Conselho Administrativo de Defesa Econômica em Brasília.

⁴⁶ Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>>. Acesso em: 04.11.2016.

3 A necessidade de *standards* analíticos no contexto institucional do antitruste norte-americano e europeu

3.1 A necessidade de *standards* analíticos

Num contexto de recursos escassos na autoridade da concorrência, é natural que escolhas devam ser feitas - exatamente o fundamento por uma política antitruste. Essa escassez é explicada pela informação incompleta sobre os casos apresentados, somada à necessidade de tomar a decisão em tempo hábil. Muitas vezes coloca-se diante de presunções e valores, com frequência apresentados como tecnicamente neutros – ressaltando que essa opção pela técnica “pura” também presume uma escolha, um ato ético e, logo, político.

Valendo-se da experiência norte-americana, First e Waller avaliam que promover a política da concorrência de modo conservador, ou seja, considerando a importância dos riscos de erros na tomada de decisão ao invés dos possíveis benefícios de seu acerto, uma ordem antitruste naturalmente levaria a menos *enforcement*⁴⁷ (para não dizer em abolir o antitruste⁴⁸). Portanto, cabe conhecer a nossa limitação ideológica - no contexto de uma racionalidade limitada - para superar a noção de uma possível neutralidade na moldura do antitruste.

A aplicação da lei antitruste como fenômeno institucional, refletindo as limitações humanas, impede a possibilidade de neutralidade na análise. Se a autoridade tivesse as informações completas e tempo infinito a questão seria um “não-problema”, mas, na impossibilidade disso, o antitruste tende a regras vazias a serem complementadas por *standards*. Alguns deles geram graus de ilicitude a partir das regras da razão e *per se*, bem como as compreensões da ilicitude pelo efeito ou pelo objeto em análises para além-mares.

Os *standards* identificam e colocam em evidência os pontos de vista sobre como proceder na análise antitruste, reduzindo a incerteza no *enforcement*.

O sistema de mercado, garantido e legitimado pelos ordenamentos jurídicos, tem pressupostos tais quais a livre-iniciativa e a livre-concorrência. A defesa da concorrência, portanto, é uma forma de garantir o próprio sistema.

⁴⁷ Afastando uma pretensa neutralidade, “[s]uch arguments are, in the absence of empirical support on a case-by-case basis, primarily a preference for a laissez-faire marketplace.” (FIRST, Harry; WALLER, Spencer Weber. Antitrust's Democracy Deficit. *Fordham Law Review*, Vol. 81, 2013, p. 2572.)

⁴⁸ Cf. Idem, p. 2568.

O cerne dos debates sobre a política da concorrência é fundamentado, especialmente, nos objetivos buscados pela autoridade antitruste. No contexto das respectivas molduras institucionais, visões diferentes sobre aquilo que se busca engendram ferramentas igualmente distintas. Esses objetivos passam, por exemplo, pela repressão a monopólios nos Estados Unidos, ou, no caso brasileiro, a prevenção e repressão das infrações contra a ordem econômica⁴⁹.

Especialmente no pós-Chicago, é difícil afirmar que a política da concorrência se resumiria a fatores econômicos.⁵⁰ É possível compreender que, ao garantir as condições do ambiente institucional, outras garantias⁵¹ correlatas serão resguardadas, de forma que a defesa da concorrência pode ser entendida, antes de tudo, como um meio para que as demais metas possam ser perquiridas.

O tema pede rigor metodológico, e a opção foi pelo método comparativo para verificar os aspectos convergentes e divergentes nos microssistemas examinados (EUA e União Européia), sempre atentando às particularidades do SBDC. Justifica-se a metodologia pela ausência de experiência consolidada no antitruste brasileiro (como pode ser verificado em jurisdições mais tradicionais sobre o tema⁵²), tanto na atividade dos órgãos competentes para analisar a conduta, quanto na literatura especializada no país.

⁴⁹ Cf. ANDRADE, José Maria Arruda. *Economicização do Direito Concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p.167.

⁵⁰ Ainda que “[s]ome of these other policies may be termed ‘extra-competition’ policies or ‘non-competition law proper’ policies and it has often been suggested that competition law should not be concerned with them. However, this argument often comes from those, particularly academics associated with the Chicago school, who consider that efficiency should be the only criterion of legality, ignoring the politically biased basis of that preference” (RODGER, Barry J. *Competition Law and Policy in the EC and UK*. 4.ed. New York: Routledge-Cavendish, 2009, p. 16.)

⁵¹ Outros objetivos específicos seriam: “ensuring an effective competitive process, promoting consumer welfare, enhancing efficiency, ensuring economic freedom, ensuring a level playing field for small and mid-sized enterprises, promoting fairness and equality, promoting consumer choice, achieving market integration, facilitating privatization and market liberalization, and promoting competitiveness in international markets. Noneconomic goals may play a role in some antitrust regimes. This discussion is similar to the choice of goals in economic regulation generally. There may be other areas of economic regulation in which other legitimate factors get included in the goal. Regulation frequently seeks to address issues relating to externalities, health and safety, industrial policy, distributive justice, or financial stability among others”. (BLAIR, Roger D.; SOKOL, D. Daniel. Welfare Standards In U.S. And E.U. Antitrust Enforcement. *Fordham Law Review*, vol. 102, 2013.)

⁵² Nas palavras de Shieber, o “direito antitruste norte-americano é como um armazém de matéria-prima sobre problemas antitruste” (*Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966, p.15).

3.2 Estados Unidos: standards probatórios (regra da razão vs. per se)

Cunhado no contexto do caso *Socony-Vacuum* (1940), o termo *per se* nomeou uma carga de significado⁵³ que já vinha sendo aplicada pelas cortes⁵⁴. Como demonstrado na introdução deste trabalho, não seria necessário analisar a estrutura do mercado relevante referente à conduta praticada.

Por sua vez, a regra da razão pode ser entendida como a institucionalização de modelos mentais de interpretação, o que somente pode ser realizado a partir de uma meditação sobre o corpo jurisprudencial sobre determinados tipos normativos ao longo do tempo. Com efeito, as origens da regra da razão são encontradas na decisão no caso *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States* (1911)⁵⁵.

Com a influência dos ideais da nova Escola de Chicago a partir da década de 1970, o teste “*per se*” passou a ser limitado, como se pode notar quando condutas foram retiradas do catálogo das práticas ilícitas *per se* e passaram a ser analisadas através das lentes da regra da razão⁵⁶. Isso se tornou mais claro nas restrições verticais, quando as presunções formuladas na decisão no caso *Schwinn*⁵⁷ foram revertidas pela própria Corte no caso *Sylvania*⁵⁸.

Caso determinada conduta seja analisada à regra da razão, abre-se a possibilidade da utilização dos argumentos sobre eventuais ganhos de eficiência, bem como a ausência de efeitos negativos à concorrência. Por isso é possível afirmar, com acerto, que a “regra da razão é o método de interpretação que impõe a ilicitude, apenas, das práticas que restringem a concorrência de forma ‘não razoável’”⁵⁹, posto que a análise da conduta é restringida pelo prisma de seu(s) efeito(s) no(s) mercado(s) afetado(s).

⁵³ Por exemplo, no caso *Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.* (1911) a Corte não se valeu, expressamente, dos termos “*per se*” ou “regra da razão”, ainda sua decisão de proibir a fixação de preços de revenda tenha colocado a conduta na categoria da presunção absoluta da ilicitude da regra *per se*.

⁵⁴ Cf. SOKOL, Daniel. The transformation of vertical restraints: *per se* illegality, the rule of reason, and *per se* legality. *Antitrust Law Journal*, n.3, 2014, p.1009.

⁵⁵ Cf. KOVACIC, William E.; SHAPIRO, Carl. Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking. *Journal of Economic Perspectives*, vol. 14, n.1, 2000, p. 46ss.

⁵⁶ Cf. BESCHLE, Donald L. What, Never? Well, Hardly Ever: Strict Antitrust Scrutiny as an Alternative to *Per se* Antitrust Illegality. *Hastings Law Journal*, v.38, 1987, p.493.

⁵⁷ *United States v. Arnold, Schwinn & Co.* (1967).

⁵⁸ *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.* (1977).

⁵⁹ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 193. Conferir, no mesmo sentido, DABBAH, Maher M. *International and comparative competition law*. Cambridge: University Press, 2010, p.240 e AREEDA, Phillip E.; HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust Law: an analysis of antitrust principles and their application*. Vol. VII. 2.ed. Wolters Kluwers, 2003, p.356 (“It is obviously not the purpose of the antitrust laws to condemn collaborations producing socially desirable results.

A síntese de Areeda e Hovenkamp é que “a regra da razão é uma forma de presunção de legalidade, no sentido de que o representado, a não ser que a representante apresente provas sobre efeitos efetivos ou potenciais nocivos”⁶⁰. Para tanto, o primeiro passo é a determinação do mercado relevante (material e geográfico) para inferir o poder de mercado⁶¹ do agente que praticou a conduta. Seria, aos autores mencionados, a prova elementar para que a conduta possa ser capaz de gerar efeitos anticompetitivos⁶². A partir disso, a parte representada poderá demonstrar que houve interesse legítimo na racionalidade econômica da prática, refutando a premissa anticompetitiva. Em outras palavras, cabe ao representado persuadir a autoridade que essa premissa é falsa com a prova das eficiências esperadas ou geradas a partir da prática.

Uma regra da razão rigorosa, que leve em consideração cada pormenor das condutas, geraria grandes custos às expensas da autoridade antitruste. Nesse contexto Pitofsky sugere uma abordagem em que uma regra *per se* poderia ser mantida, especialmente no caso da fixação de preços de revenda, desde que determinadas defesas possam ser levantadas com o ônus⁶³. A regra *per se* de Pitofsky solucionaria o problema dos custos da investigação, já que caberia à defesa provar as eficiências alegadas⁶⁴, bem como as disfunções próprias a *standards* muito rígidos. Como se verá a seguir, trata-se de proposta semelhante à ilicitude pelo objeto formulada pela experiência europeia.

Such collaboration is not ‘unreasonable’”).

⁶⁰ “The typical rule of reason is a form of presumptive legality in the sense that the defendant prevails unless the plaintiff offers some proof of harmful effects or tendencies. Speaking generally, the typical plaintiff must show that the challenged conduct limits competition and that it does so significantly.” (AREEDA, Phillip E.; HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust Law: an analysis of antitrust principles and their application*. Vol. VII. 2.ed. Wolters Kluwers, 2003, p.329)

⁶¹ Sobre o termo “poder de mercado”, conferir a lição de Domingues e Gaban: “[o] poder de mercado pode ser considerado como a capacidade que tem uma firma de aumentar seus lucros reduzindo a oferta e onerando o consumidor com maiores preços. [...] Particularmente, entende-se que poder econômico e poder de mercado não representam sinônimos, mas, sim, expressões diversas para formas distintas de manifestação do mesmo fenômeno, o poder econômico. Acredita-se que o poder econômico, forma genérica que caracteriza uma posição privilegiada por parte de um agente econômico, quando utilizado para a atuação em um segmento específico da economia, isto é, um mercado relevante, deve receber a denominação de poder de mercado, uma vez que verdadeiramente verificado em um mercado relevante. Na prática, ao possuir poder econômico, o agente pode ou não possuir uma influência no comportamento de um dado mercado relevante, contudo, não se pode afirmar, em termos de possibilidade e probabilidade, que referida influência seja suficiente a causar uma tendência positiva ou negativa naquele segmento mercadológico. Em outras palavras, não se pode avaliar a relevância de um agente econômico em um mercado relevante simplesmente por seu porte, ou por seu faturamento.” (*Direito Antitruste*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.101-102).

⁶² AREEDA, Phillip E.; HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust Law: an analysis of antitrust principles and their application*. Vol. VII. 2.ed. Wolters Kluwers, 2003, p.329.

⁶³ PITOFSKY, Robert. Why Dr. Miles Was Right. *AEI Journal On Government And Society*, jan-fev, 1984, p.30

⁶⁴ Para Hovenkamp, o combate do *free riding* seria, virtualmente, o único argumento pela aceitação da prática. Cf. The Harvard and Chicago Schools and the Dominant Firm. In: PITOFSKY, Robert (org). *How the Chicago School Overshot the Mark*. Oxford University Press, 2008, p.111.

De fato, a regra da razão norte-americana pode prever uma inversão de ônus probatório muito semelhante. Nas palavras de Areeda e Hovenkamp,

“No caso de aplicação da regra da razão, a Representante deverá alegar e demonstrar que a conduta enfrentada é uma conduta racional calculada visando a gerar efeitos anticompetitivos, normalmente verificados a partir da redução de eficiências em determinado mercado relevante. Assim, e apenas desta forma, poderá ocorrer a inversão do ônus probatório para a Representada para demonstrar que a conduta, na verdade, tem um propósito lícito”⁶⁵ (tradução livre e adaptada à realidade do SBDC)

3.3 Apontamentos sobre o contexto antitruste na Comissão Europeia

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

Tomando um acordo hipotético para restringir a concorrência⁶⁶, o primeiro passo evidente é avaliar se foi efetivamente realizado. Caso não se trate de acordo que não incida nos objetos delimitados pelas orientações, o segundo passo será desempenhado caso se conclua que restringe a concorrência não pelo objeto, mas pelos efeitos praticados, aferindo se os benefícios do ato tenham compensados os efeitos negativos à concorrência⁶⁷.

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

⁶⁵ “In a rule of reason case the plaintiff must first allege and show that the challenged restraint is of a type reasonably calculated to have anticompetitive effects, ordinarily measured by reduce output in a properly defined market. Then, and only then, the burden shifts to the defendant to show that the restraint in fact serves a legitimate objective”. (AREEDA, Phillip E.; HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust Law: an analysis of antitrust principles and their application*. Vol. VII. 2.ed. Wolters Kluwers, 2003, p. 358.)

⁶⁶ A Comissão Europeia emite orientações substanciais para garantir a clareza dos tipos jurídicos que se enquadraria na proibição. Caso não trate-se de acordos que não incidam nos objetos das orientações, “não seria necessário examinar eventuais benefícios resultantes do acordo”. (Comissão Europeia. *Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 101.º do TFUE* (antigo n.º 3 do artigo 81.º do TCE).

⁶⁷ Nesse ponto, forçosa a análise sobre os mercados envolvidos, tanto a jusante quanto a montante (Cf. MONTI, Giorgio. *EC Competition Law*. New York: Cambridge University Press, 2007, p.355-356.)

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

Os acordos com objeto visando a restringir a concorrência serão, automaticamente, considerados ilícitos, restando delinear quais seriam as condutas que entrariam nessa categoria⁶⁸. A verificação da ilicitude dos acordos no âmbito da Comissão Europeia não seria realizada a partir das particularidades caso a caso⁶⁹. Mais que isso, parte-se de uma similitude da natureza do ato e da experiência jurisprudencial sobre ela para concluir se incidiria ou não nas categorias de ilicitude.⁷⁰

No mesmo passo, especialmente no tocante ao conteúdo do artigo 101(1), o Tribunal de Justiça da União Europeia afirmou que a proibição não seria aplicável nos casos em que os efeitos do acordo para a concorrência entre os Estados-Membros fossem insignificantes. Com isso, a Comissão Europeia delimitou padrões mínimos para a configuração da insignificância mencionada, sendo que um acordo abarcado pela regra “*minimis*” seria resguardado pela Comissão, que não iniciaria processo para sua apuração.⁷¹

A Comissão ressalta que o “porto seguro” garantido pela regra *minimis* não é aplicado para “restrições *hardcore*”, ou seja, condutas consideradas graves e submetidas ao regime geral de ilicitude próprio às restrições pelo objeto.⁷²

⁶⁸ “[B]oth the object and the effect assessment share a single conception of restricted competition and both methods of assessment require that a restriction of competition be established. However, the approaches are distinct in the manner by which restricted competition is established.” (ODUDU, Okeoghene. Restrictions of Competition by Object: what’s the beef? *Competition Law Journal*, v.9, n.1, 2009, p.13.)

⁶⁹ Sobre as particularidades sobre a visão particular dos Estados-Membros sobre a FPR, cf. CARVALHO, Vinicius Marques de; VERISSIMO, Marcos Paulo; SILVEIRA, Paulo Burnier da. Vertical Restraints: A Look Ahead. *Competition Policy International (CPI)*, vol. 9, n. 1, 2013, p. 3-5.

⁷⁰ Cf. NAGY, Csongor István. The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis? *World Competition* vol. 36, n. 4, 2013, p.544 ss.

⁷¹ “Se a quota de mercado agregada das partes no acordo não ultrapassar 10 % em qualquer dos mercados relevantes afetados pelo acordo, quando o acordo for concluído entre empresas que sejam concorrentes efetivos ou potenciais em qualquer desses mercados (acordos entre concorrentes); b) Se a quota de mercado de cada uma das partes no acordo não ultrapassar 15 % em qualquer dos mercados relevantes afetados pelo acordo, quando este for concluído entre empresas que não sejam concorrentes efetivos nem potenciais em qualquer desses mercados (acordos entre não concorrentes).” (COMISSÃO Europeia. *Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice)*).

⁷² Como a fixação de preços de revenda, a limitação da produção ou das vendas e a divisão de mercados ou clientes, por exemplo.

Em síntese, o modelo do Tratado lista uma categoria de contratos ou conduta presumidamente ilícitos pelo seu próprio objeto. Se determinado ato não estiver classificado como restrição *hardcore* será presumidamente lícito. Levando em consideração o TFUE, caso não esteja abarcado no porto seguro da regra *minimis*, as decisões possíveis serão:

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

Elaboração própria

O *standard* da regra da razão, entendida como parte de um eixo de presunções nas limitações da experiência norte-americana, talvez fosse incompatível com o sistema comunitário europeu. Mas como aponta Colino⁷³, no caso *Métropole Télévision vs. European Commission* (2001)⁷⁴ o Tribunal de Primeira Instância equiparou a regra da razão norte-

⁷³ COLINO, Sandra Marco. *Vertical Agreements and Competition Law: A Comparative Study of the EU and US Regimes*. Portland: Hart Publishing, 2010, p.93.

⁷⁴ “No que concerne ao carácter objectivamente necessário de uma restrição, [...] a existência de uma “rule of reason” em direito comunitário da concorrência não pode ser admitida, seria errado interpretar, no âmbito da qualificação das restrições acessórias, a condição da necessidade objectiva como implicando uma ponderação dos efeitos pró-concorrenciais e anticoncorrenciais de um acordo. Com efeito, é apenas no âmbito específico do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado que uma tal análise pode ter lugar.” (Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Terceira Secção) de 18 de Setembro de 2001. - *Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom e Télévision française 1 SA (TF1) contra Comissão das Comunidades Europeias*. - Recurso de anulação - Concorrência - Televisão por assinatura - Empresa comum - Artigo 85.º do Tratado CE (actual artigo 81.º CE) - Artigo 85.º, n.º 1, do Tratado - Certificado negativo - Restrição acessória - 'Rule of reason' - Artigo 85.º, n.º 3, do Tratado - Decisão de isenção - Duração. - Processo T-112/99.)

americana ao número 3 do artigo 101, mas se trataria de uma regra da razão limitada pela própria lei (em oposição à versão do sistema norte-americano em que suas limitações seriam delimitadas pelo tomador de decisão).

Em seu voto no Processo Administrativo n. 08012.001271/2001-44, o ex-Conselheiro Veríssimo resumiu a questão:

[o] regime instituído na Europa, que veio a inspirar a legislação brasileira, teve já desde sua origem pelo menos um grande ponto de distanciamento em relação ao regime americano, ele previu, desde logo, ao lado da proibição em princípio absoluta de certas condutas anticompetitivas, uma adicional válvula de escape legislativa para essa proibição, regulando, portanto, em lei, e desde logo, os termos em que essa válvula de escape poderia ser utilizada. Assim, a necessidade sentida pelos americanos, após a edição do Sherman Act, de revisitar jurisprudencialmente os critérios de razoabilidade do common Law inglês e americano para temperar o caráter absoluto da nova lei, através da criação da chamada regra da razão, jamais se fez presente nos mesmos termos para os europeus, que já editaram uma lei ela mesma temperada.

A licitude pelo objeto, entendida como faceta rigorosa da regra da razão, tem sido uma tendência na análise do Cade em determinados tipos. Isso será esclarecido a partir das funções e limitações na atividade da autoridade brasileira da defesa da concorrência no próximo capítulo.

4 Contexto institucional da defesa da concorrência no Brasil

4.1 Apontamentos sobre o microssistema antitruste

A breve análise desse contexto institucional partirá do quadro normativo e bens jurídicos protegidos, bem como seus atores. Parte-se da base constitucional, evocando seus princípios. Ato contínuo, passa a examinar o ferramental institucional partir de dois de seus elementos: a estrutura organizacional e os objetivos da defesa da concorrência no Brasil.

4.1.1 Base constitucional

Parte-se da premissa entre os preceitos liberais e sociais evocados pela Constituição Federal de 1988 ao delimitar os limites da ordem econômica. Isso é evidenciado, de forma clara, na enunciação dos princípios da livre-iniciativa e da livre-concorrência.

Como menciona André Ramos Tavares, trata-se de uma conjuntura de Estado Social posta visando à “busca da melhoria das condições de vida pela prestação positiva do Estado em diversos setores”⁷⁵, em contraste com a ordem anterior do Estado Social Interventor por si só. Não obstante, a intervenção é um dos elementos da atuação estatal preconizados pela Constituição Federal. Encontra-se seu escopo limitador no artigo 174 da Lei Magna:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Entre a intervenção em sentido *lato*, representada pela atividade normativa do Estado, também é encontrada sua tarefa regulatória. Essa intervenção, por sua vez, deve ser promovida por meio de fiscalização, incentivo e planejamento, mas como pontua Calixto Salomão, o artigo 174 “elimina apenas a possibilidade de dirigismo econômico”⁷⁶. Essas tarefas e funções seriam balizadas pelos princípios e supra-princípios enunciados no artigo 170 da Constituição:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
I - soberania nacional;

⁷⁵ TAVARES, André Ramos. A Intervenção do Estado no Domínio Econômico. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista (orgs.). *Curso de Direito Administrativo Econômico*. Vol. II. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 175.

⁷⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, p.411.

- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - busca do pleno emprego;
- IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Sublinhem-se, para o escopo do presente trabalho, os princípios da propriedade privada (II), função social da propriedade (III), livre concorrência (IV) e defesa do consumidor (V). Força-se, assim, uma harmonia não tão facilmente assimilada pelos cidadãos e intérpretes da Lei. A livre iniciativa, por sua vez, é posta como princípio *estruturante* da ordem econômica. Mais do que isso, a livre iniciativa é um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito constituído pelo artigo primeiro da Constituição⁷⁷.

Os princípios ressaltados nos incisos elencados seriam sub-balizas abstratas para aplicar a modalidade de intervenção proposta⁷⁸, cujo objetivo deve ser, em última análise, a defesa dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Vê-se, assim, uma redundância proposital para repisar a função da livre iniciativa como princípio estruturante da Ordem Econômica, necessariamente vinculada aos fundamentos do Estado Democrático de Direito – entre eles, a própria livre iniciativa⁷⁹.

É evidente de que não se busca, como nem se poderia, a aplicação de um princípio ou postulado em detrimento de outro, cabendo um juízo não de seu conteúdo, mas do critério

⁷⁷ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

⁷⁸ Reconhece-se a crítica de Calixto Salomão de que desses princípios não se poderia deduzir, com clareza e exatidão, a dimensão da intervenção possível. (Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, p.411.)

⁷⁹ Na relação entre os princípios elencados pelos incisos do artigo 170, Domingues e Gaban ressaltam que o princípio da livre concorrência “não constitui um desdobramento do livre iniciativa, mas, sim, seu complemento, sua limitação, a tensão valorativa que o calibra no contexto do sistema do discurso jurídico-positivo, visto que, no escopo do diploma antitruste, incorpora e sistetiza o quanto de social deve estar contido no exercício da liberdade expressa pelo ditame da livre-iniciativa” (*Direito Antitruste*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.57). No mesmo sentido, Ana Maria de Oliveira Nusdeo: “[o] princípio de livre iniciativa é fundamento da República e da ordem econômica no texto constitucional brasileiro. Relaciona-se ao princípio da livre concorrência, mas não é a ele equivalente. O princípio da livre iniciativa tem a ver com a manutenção da possibilidades reais de acesso e exercício de atividade econômica pelos indivíduos, como garantias de sua liberdade econômica. O princípio da livre concorrência refere-se às possibilidades desses agentes de disputarem as preferências do consumidor no mercado e às medidas de salvaguarda a um tipo de mercado que assim o permita”. (*Defesa da Concorrência e Globalização Econômica*. São Paulo: Malheiros, 2002, p.234.).

do distintivo empregado, o fundamento teórico utilizado e/ou do objetivo subjacente, isto é, a finalidade de que se pretende empregar⁸⁰.

Com efeito, a defesa da ordem econômica pressupõe instrumentos estruturais, como se pode verificar no artigo 173, §4º da Constituição:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

[...]

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

O parágrafo destacado supra é o fundamento da repressão aos atos contrários à ordem econômica. Prudentemente, a Lei reconhece que a mera garantia da livre iniciativa não é suficiente para garantir os objetivos da atuação estatal. Dito em outras palavras, “o Estado reconhece a importância do mercado, admite que ele tem falhas e, consciente, atua como seu guardião e da competição entre os agentes nele atuantes”⁸¹. Trata-se da construção constitucional que dá fundamento para a estruturar e aplicar a Lei 12.529/2011 – como fora realizado com sua antecessora, Lei 8.884/1994, além dos dispositivos que versam sobre a concorrência desleal⁸², de cunho privado e cujo escopo fugiria do escopo do trabalho.

Por fim, parte-se de que parte da doutrina de Calixto Salomão, em que pese a densidade jurídica, pode ser sintetizada em uma simples frase: a concorrência é uma garantia institucional pois se coloca diante de interesses difusos (ou, para se valer do termo do autor, de “interesses institucionais”)⁸³. Sua peculiaridade seria de que, *in verbis*, “todas elas são, a

⁸⁰ Sobre os princípios como categoria jurídica, entendida como instrumento analítico abstrato, cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo* (RDA), Rio de Janeiro, vol. 215, jan./mar./1999. Nas palavras do autor, “Por isso mesmo é mais difícil haver uma só definição de princípio, já que a sua identificação relativamente às regras depende muito intensamente do critério distintivo empregado (se quanto à formulação, ao conteúdo, à estrutura lógica, à posição no ordenamento jurídico, à função na interpretação e aplicação do Direito etc.), do fundamento teórico utilizado (se positivista, jusnaturalista, normativista, realista etc.) e da finalidade para a qual é feita (se descritiva, aplicativa etc.)” (Idem, p.154)

⁸¹ TAVARES, André Ramos. A Intervenção do Estado no Domínio Econômico. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista (orgs.). *Curso de Direito Administrativo Econômico*. Vol. II. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 194.

⁸² SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, p.412.

⁸³ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, p.76-104

um tempo, destinadas à proteção do interesse de cada indivíduo e de sua coletividade, seja ela numericamente determinável ou não”⁸⁴.

4.1.2 Ferramental institucional: estrutura organizacional e objetivos do antitruste

4.1.2.1 Estrutura organizacional

A estrutura organizacional vigente pela Lei 12.529/2011 foi resultado menos de um processo de amadurecimento institucional do que da *necessidade* de um órgão capaz de enfrentar a complexa realidade da defesa da concorrência⁸⁵⁻⁸⁶. Os três “guichês”, Secretaria de Direito Econômico (SDE⁸⁷), SEAE e Cade, tiveram suas competências concentradas para a nova autoridade antitruste.

A cooperação entre os órgãos instrutório e decisório foi otimizada com a centralização em uma sede própria da autarquia. As funções promovidas no controle de concentrações, com a Superintendência do Cade decidindo operações com menores riscos ao

⁸⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, p.95. Também conferir, também do mesmo autor, *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.158-159.

⁸⁵ Sobre as motivações sobre as alterações, conferir a obra organizada por Vinicius Marques de Carvalho intitulada *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2015, especialmente os seguintes artigos: CARVALHO, Vinicius Marques de. A política de defesa da concorrência quatro anos depois: ainda em busca de melhores práticas? (p.13-30) e ROSA, Mariana Boabaid Dalcanale. Modelo de transição institucional da política de defesa da concorrência. Sobre as principais mudanças legislativa, cf. DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. *Direito Antitruste*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.537-540.

⁸⁶ Um das críticas sobre a nova organização institucional foi sobre a eliminação do critério do *market share* como uma das “travas” para o controle de estruturas, bem como os novos valores de faturamento para a submissão obrigatória para o crivo da autoridade antitruste. Nas palavras de Juliana Domingues e Eduardo Gaban, “[o] principal argumento das mudanças foi eliminar a submissão obrigatória de operações sem potencial ofensivo, canalizando esforços para casos de interesse da sociedade. Ora, a Constituição não protege a livre concorrência apenas em mercados “grandes”. A proteção abrange todos os mercados. Tais normas são incompatíveis com a Constituição, pois enfraquecem a eficácia de um de seus mandamentos nucleares: a livre concorrência. [...] Ao privilegiar apenas elevados faturamentos, ignorando concentrações em mercados em que os agentes detêm 20% ou mais de participação, cria-se verdadeiro risco de monopolização sem qualquer análise antitruste. Certamente não era esse o objetivo da nova lei, muito menos da Constituição”. (Nova lei permitirá a criação de monopólios. *Folha de São Paulo*, Opinião, 08 jul./2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/53304-nova-lei-permitira-a-criacao-de-monopolios.shtml>>. Acesso em: 06.11.2016.). Diante desse “risco de monopolização”, subentende-se que tenha sido uma decisão política visando a substituir os esforços prévios sobre a formação das estruturas dos “pequenos mercados” para o controle *ex post* de condutas anticompetitivas (nesse sentido, Cf. DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. *Direito Antitruste*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.127.). Em que pese a existência de um espaço de discussões teóricas, ainda não é possível concluir, empiricamente, qual seria o modelo ótimo para uma defesa da concorrência, considerando as particularidades de cada mercado relevante.

⁸⁷ Extinta pela nova estrutura organizacional, era um órgão subordinado ao Ministério da Justiça e que era responsável pela instrução dos processos administrativos sob a égide da Lei n.8.884/1994.

ambiente concorrencial, foram determinantes para que o Tribunal tenha tido uma forte atuação a partir da vigência da Lei Antitruste⁸⁸.

Com o advento da nova estrutura, assim ficou o organograma do Cade:

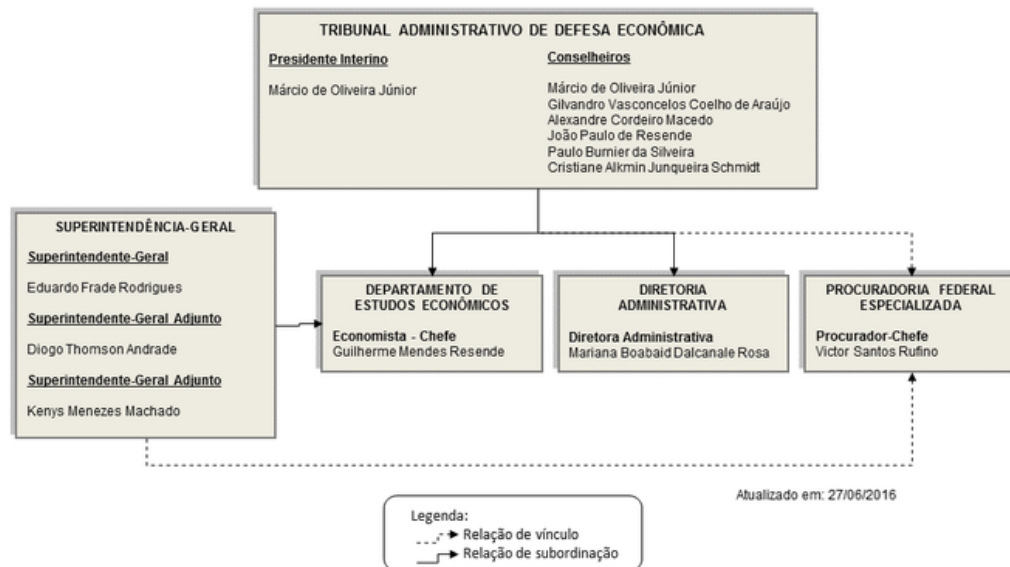


Figura 1 – Organograma do Cade a partir da Lei 12.529/2011⁸⁹

4.1.2.2 Funções e objetivos do antitruste no Brasil

Como já ressaltado de forma introdutória, o SBDC funciona a partir de três frentes: preventiva, repressiva e educativa. Tais funções, por sua própria essência, não podem ser confundidas com seus objetivos subjacentes⁹⁰. Em seu primeiro artigo, no parágrafo único, a Lei Antitruste reconhece a coletividade como a titular dos bens jurídicos protegidos pela defesa da concorrência:

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

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

⁸⁸ Sobre o tema, cf. AMORIM, Fernando. O novo desenho institucional do antitruste brasileiro: uma análise crítica a partir da estrutura organizacional preconizada pela Lei 12.529/2011. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, v. 23, jan-jun, 2013.

⁸⁹ Fonte: Cade. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/institucional>>. Acesso em: 06.11.2016.

⁹⁰ Cf. GONÇALVES, Priscila Brolio. *Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais*. 2.ed. São Paulo: Singular, 2016, p.121-132.

Nessa nova realidade de análise prévia da Lei n. 12.529/2011, defende-se, aqui, a existência de uma intersecção entre a função preventiva e educativa, excepcionando a função repressiva como fim. A atividade de repressão, porém, é um objetivo mediato, cujo escopo talvez seja mais amplo que uma ação voltada meramente para o Fundo de Direitos Difusos. A reparação civil de danos por atos anticompetitivos, por exemplo, fugiria da competência do Cade.

Defende-se que a função educativa não se resume às atividades praticadas pela SEAE ou pelo Cade (função educativa estrita, a dita “advocacia da concorrência”)⁹¹. A função educativa ampla poderia ser compreendida nas duas outras vertentes: repressão de atos anticompetitivos e análise prévia de atos de concentração. Isso pode ser verificado na publicidade dada aos votos e pareceres, ainda que não vinculantes, que possam orientar os agentes sob escrutínio antitruste, ainda que em potencial. Fala-se, aqui, nas mensagens institucionais transmitidas ao impor multas e restrições a operações nos respectivos mercados relevantes, mas também no arquivamento de processos administrativos sobre condutas e a aprovação sem restrições a atos submetidos à SG ou ao Tribunal.

4.1.3 Síntese: estabilidade institucional como função inerente ao enforcement antitruste

Entende-se que são necessários instrumentos visando à garantia de segurança nas relações jurídicas, cumprindo aos formuladores das políticas de defesa da concorrência o poder-dever de elaborar técnicas para reduzir as imprevisibilidades na tomada de suas decisões sobre a fixação de preços de revenda.

Nas palavras de Burini,

o esforço do Cade tem sido positivo no sentido de fornecer ao administrado a segurança de que diante um determinado fato, sua interpretação será coerente com precedentes. Trata-se de um expediente que legitima o instrumento e auxilia substancialmente na atuação da vontade concreta do direito por meio de uma interpretação *uniforme* e *simultânea* para casos de maior ou menor relevância

⁹¹ De acordo da autoridade antitruste brasileira, a função educativa visa “disseminar a cultura da concorrência, instruir o público em geral sobre as diversas condutas que possam prejudicar a livre concorrência; incentivar e estimular estudos e pesquisas acadêmicas sobre o tema, firmando parcerias com universidades, institutos de pesquisa, associações e órgãos do governo; realizar ou apoiar cursos, palestras, seminários e eventos relacionados ao assunto; editar publicações, como a Revista de Defesa da Concorrência e cartilhas”. (BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Cartilha do Cade*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf>>. Acesso em: 05.11.2016, p.20). A função preventiva, por sua vez, abarcaria o “controle de fusões, aquisições, incorporações e outros atos de concentração econômica entre grandes empresas, que possam colocar em risco a livre concorrência”, ao passo que a função repressiva poderia ser compreendida como o “combate a cartéis e outras condutas nocivas ao ambiente concorrencial” (Idem).

subjetivo e objetiva. Essa uniformidade, quer por meio de súmulas, quer por meio da adequada publicização de precedentes, ostenta também a qualidade de emitir *mensagens* aos administrados.⁹²

De fato, entende-se que um dos papéis do Cade é criar um ambiente institucional fundado em sólidas bases de segurança jurídica e previsibilidade. No caso da noção da ilicitude pelo objeto, um dos grandes desafios será modular as condutas apresentadas para, no longo prazo, garantir um regime geral de presunções que assegure mais garantias ao Conselho, na medida de garantir a confirmação de suas decisões⁹³.

Como já foi ressaltado de forma introdutória, a estabilidade institucional da atividade do Cade também pressupõe os raciocínios lógicos na subsunção do fato às normas antitruste (os *standards* interpretativos já abordados supra). É por isso que se diz que “uma função central do sistema jurídico é generalizar e estabilizar expectativas normativas”⁹⁴, balizando a incerteza sobre os eventos futuros. Isto é, na impossibilidade de uma certeza absoluta sobre essas contingências, cabe ao ordenamento jurídico garantir uma certeza relativa sobre a legitimidade jurídica dessas perspectivas.⁹⁵

Como menciona Burini,

[a] atenção ao direito processual em processos administrativos de apuração de conduta é instrumento de fortalecimento e consolidação das decisões administrativas sobre a matéria. A esfera administrativa é uma das instâncias onde a ilegalidade de uma conduta (no sentido concorrencial da palavra) poderá ser apreciada. Para oferecer real utilidade à decisão do Cade no âmbito da defesa efetiva da concorrência, é preciso legitimá-la institucional e tecnicamente; torná-la a referência para futuros julgamentos (pela aplicação da cláusula de inafastabilidade do controle pelo Poder Judiciário), um paradigma estabelecido por um órgão como profundo conhecimento sobre a matéria. Em poucas palavras, deve ser incessante a luta para sanar vícios formais e estruturais em processos de apuração de conduta, bem como também incessante a correta perseguição dos escopos processuais antitruste.⁹⁶

⁹² BURINI, Bruno Corrêa. *Processo administrativo de apuração de conduta anticoncorrencial: perspectiva instrumentalista*. 2010. 298 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito de São Paulo, USP, São Paulo, 2010, p.271, grifos do autor

⁹³ Cf. AZEVEDO, Paulo Furquim; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. *Direito Regulatório e Concorrencial no Poder Judiciário*. São Paulo: Singular, 2014, p.24 ss.

⁹⁴ FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luís Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Jurisdição, incerteza e Estado de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, v. 243, p. 79-112, 2006, p.90. Nesse contexto, Humberto Ávila afirma que a “segurança jurídica, nessa acepção, é, acima de tudo, controle racional de arbitrariedade argumentativa” (*Teoria da Segurança Jurídica*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.183.)

⁹⁵ FALCÃO, SCHUARTZ e ARGUELHES, Jurisdição... cit., p.91.

⁹⁶ BURINI, Bruno Corrêa. *Processo administrativo de apuração de conduta anticoncorrencial: perspectiva instrumentalista*. 2010. 298 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito de São Paulo, USP, São Paulo, 2010, p.271, p.13.

A segurança jurídica, portanto, não se resume a uma situação fática, mas também a um “complexo normativo de exigências”⁹⁷ relacionadas às normas (formais ou informais) vigentes. A consequência evidente é enunciada por Forgioni: “quanto maior o grau de segurança e previsibilidade jurídicas proporcionadas pelo sistema, mais azeitado o fluxo das relações econômicas”.⁹⁸ Além disso, a garantia da segurança jurídica no ambiente institucional da atividade da autoridade demanda clareza:

o imperativo de formulação clara e precisa da normas jurídicas; a conservação da situações jurídicas constituídas; o carácter estrito das condições de retroactividade e de alteração das situações estabelecidas; e a exclusão da eficácia retroactiva das normas [...] ⁹⁹

4.2. O regime das condutas anticompetitivas no SBDC

O regime do controle de condutas anticompetitivas no Brasil será realizado por duas vertentes. Primeiramente, será examinado (e analisado) o artigo 36 da Lei Antitruste. Em seguida, será apresentado um plano do regime administrativo em que se insere a repressão às condutas contrárias à ordem econômica.

4.2.1. Base normativa das infrações à ordem econômica: o artigo 36 da Lei Antitruste

Pretende-se, neste tópico, elucidar os pontos essenciais sobre o regime das infrações à ordem econômica preconizado pela Lei 12.529/2011. Optou-se, aqui, por uma análise gramatical dos termos do *caput* do artigo 36 do Capítulo II (“Das infrações”) do Título V (“Das infrações da ordem econômica”) da Lei.

Entre 30 de novembro de 2011, data da promulgação pela Presidenta da República, Dilma Rousseff, e agosto de 2016, foram publicados três obras a título de comentários à Lei n. 12.529/2011¹⁰⁰. Esse recorte não eliminou o exame das obras atualizadas

⁹⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Da “segurança” nacional à “insegurança” jurisdicional: uma reflexão sobre segurança jurídica. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *O Direito, entre o futuro e o passado*. São Paulo: Noeses, 2014, p.115.

⁹⁸ *Teoria Geral do Contratos Empresariais*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.75.

⁹⁹ FREIRE, Paula Vaz. Direito Administrativo da Concorrência. In: OTERO, Paulo; GONÇALVES, Pedro (coords.). *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2009, p.480.

¹⁰⁰ São elas, em ordem cronológica e com referência às autoras aos comentários ao artigo 36: CORDOVIL, Leonor. Comentários ao Título V – Das infrações da ordem econômica. In: CORDOVIL, Leonor [et al.]. *Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011; TAUFICK, Roberto Domingos. *A lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência*. São Paulo: Método, 2012; e DOMINGUES, Juliana Oliveira. Comentários ao artigo 36, incisos I a IV. In: ANDERS, Eduardo

sobre o tema, bem como uma análise própria sobre o artigo 36 à luz do tema da presente dissertação.

Não há, no Brasil, categorias positivadas de forma terminativa cuja ilicitude seria uma moldura a ser preenchida pela *praxis*. Assim dispõe a lei:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

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

Essa moldura é preenchida pelos dezenove incisos do §3º do mesmo artigo, cujos termos condicionam sua ilicitude ao *caput* e seus incisos¹⁰¹.

Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente. *Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Método, 2012.

¹⁰¹ Art. 36, §3º: As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no *caput* deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
- d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

Trata-se de uma condicional que pode, numa só palavra, limitar os *standards* de interpretação na aplicação da lei antitruste.

Cordovil compara o artigo 36 ao artigo 20 da antiga lei antitruste (Lei. 8.884/1994), fonte imediata de reprodução para a lei 12.529/2011. Ambas as leis consagram a responsabilidade objetiva dos agentes na análise de infrações da ordem econômica, independentemente dos critérios de culpa ou dolo para eventual condenação¹⁰². Concorda-se com a autora no tocante à interpretação sobre os limites da necessidade de intenção para aplicação a lei.

O artigo primeiro da Lei 12.529/2011 afirma que o diploma dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. O artigo 36, como já ressaltado, elenca os elementos das infrações. Hierarquicamente, viu-se que o artigo 173 da Constituição Federal, em seu §4, menciona que a lei (no caso, a Lei 12.529/2011), “**reprimirá** o abuso do poder econômico que **vis**e à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (grifos nossos). Conclui-se, com isso, que as infrações passíveis de repressão são aquelas que tenham a intuito de “visar a”, “objetivar”¹⁰³.

Encontra-se um possível conflito sobre a responsabilidade objetiva¹⁰⁴ preconizada pela Lei 12.529/2011 e a necessidade de intuito para a repressão do abuso de poder econômico, constitucionalmente prevista.

Retorna-se aos termos do artigo 36, agora de forma estruturada em suas orações organizadas em seus níveis sintáticos:

-
- XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;
 - XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;
 - XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;
 - XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e
 - XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

¹⁰² Cf. CORDOVIL, Leonor. Comentários ao Título V – Das infrações da ordem econômica. In: CORDOVIL, Leonor [et al.]. *Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 101, que também ressaltando a necessidade de culpa no caso de administrador no pólo passivo (art. 37, III).

¹⁰³ Cf. Idem, p.102. Conferir também SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 128.

¹⁰⁴ Repisada também na Lei 12.846 de 1 de agosto de 2013, sancionada pela Presidenta Dilma Rousseff: Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

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

Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

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

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

1 \Rightarrow **2**: Ação de constituir os sujeitos¹⁰⁵ e sua qualificação passiva (qualquer forma)

2 \Rightarrow **1** \Rightarrow **3A**: os atos (2) são infrações (1) independentemente de culpa (3A)

2 \Rightarrow **3B**: Sujeito (atos) implicando sua qualificação ativa (possibilidade de produzir efeitos OU ter como objeto (produzir os efeitos));

4 \Rightarrow **3B**: Ausência de condicional (independe do êxito: repisa a responsabilidade objetiva)

ou

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

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

4 condiciona a qualidade de **3B**

3A condiciona a qualidade de **1**

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

¹⁰⁵ “[P]ara que determinada prática seja caracterizada como infração da ordem econômica, é necessário que seja identificado na conduta do agente um potencial anticoncorrencial, ou seja, realizável, ainda que não pretendido ou buscado pelo agente.” (DOMINGUES, Juliana Oliveira. Comentários ao artigo 36, incisos I a IV e §§1º e 3º. In: ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente. *Comentários à nova lei de defesa da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.126)

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

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

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

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

A consequência talvez não seja tão evidente, mas pode impactar o *enforcement*. Explica-se. A suposta dicotomia “por objeto”/“efeitos” talvez seja a face de um grande pressuposto: efeitos potenciais, pouco importando o seu objeto ou nível do risco à concorrência. Afinal, a ideia é de que, ao falar em objeto, já está presumida a potencialidade de efeitos¹⁰⁶, elemento suficiente para atrair a necessidade de análise antitruste.

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

¹⁰⁶ Nas palavras de Calixto Salomão, “A regra da razão tem duas partes distintas e duas justificativas específicas que não podem ser dissociadas do direito antitruste moderno, por uma razão muito simples. São elas que garantem a possibilidade de produção defeitos anticoncorrenciais; e, portanto, só em ausência delas é possível presumir um objetivo anticoncorrencial. A regra da razão é, portanto, uma garantia fundamental de legalidade da punição administrativa.” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.81). Conferir, por semelhança, TAUFICK, Roberto Domingos. *A lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência*. São Paulo: Método, 2012, p.151.

Como demonstra Shieber, não é tarefa simples aplicar a regra da razão para “determinar a licitude de um acordo em restrição da concorrência, pois requer um aprofundamento dos fatores econômicos de que resultou o acordo”. Mas, segue o autor, “se o ajuste ou acordo é do tipo a que é aplicável a regra da razão, o levantamento minucioso dos fatores econômicos faz-se necessário. Só por meio deste levantamento distinguem-se as restrições lícitas das ilícitas”.¹⁰⁷

Com influência determinante europeia, a lei brasileira não menciona o ilícito “*per se*”, sendo que as condutas devem ser compreendidas a partir de seus efeitos líquidos¹⁰⁸. Nas palavras de Cordovil:

Anos anos de aplicação da Lei 8.884/1994, sedimentou-se que o direito concorrencial brasileiro observa a regra da razão (*rule of reason*) que se opõe à regra *per se*. Segundo a regra da razão, as infrações (seja as elencadas no §3º do art. 36, seja outras não elencadas no rol exemplificativo) não são condenáveis em si, ou seja, não é a mera prática dos dizeres da lei, ou a mera conduta das empresas, capaz de provocar os efeitos deletérios à concorrência. [...] No Brasil, diz-se que não se pode considerar uma conduta como ilícita sem antes estudar sua racionalidade, sem antes averiguar e sopesar os benefícios e desvantagens ao mercado”¹⁰⁹

Essa constação sobre a sedimentação promovida pelo passar dos anos, porém, deixa uma dúvida sobre os limites dessa suposta estabilidade. Na ausência de uma jurisdição administrativa, isto é, com todos os atos praticados pelo Cade podendo ser revisados pelo Poder Judiciário¹¹⁰, não se encontra um dever de promover, de forma sólida, a cultura das práticas institucionais.

Ainda que o Cade tenha sido extremamente elogiado, nacional e internacionalmente, pela sua maturidade institucional¹¹¹, não há garantias absolutas contra um

¹⁰⁷ SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966, p.93.

¹⁰⁸ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 133.

¹⁰⁹ CORDOVIL, Leonor. Comentários ao Título V – Das infrações da ordem econômica. In: CORDOVIL, Leonor [et al.]. *Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.108. No mesmo sentido, “[a] dominação de mercado relevante de bens ou serviços não constitui um ilícito *per se* se esta é resultante de processo natural, justificado pela eficiência do agente econômico.” (DOMINGUES, Juliana Oliveira. Comentários ao artigo 36, incisos I a IV e §§1º e 3º. In: ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente. *Comentários à nova lei de defesa da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.120)

¹¹⁰ Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 106.

¹¹¹ Por exemplo, em 2013 foi a primeira vez que a autoridade brasileira assumiu um cargo na presidência da International Competition Network (ICN). Cf: PRESIDENTE do Cade assume vice-presidência da ICN. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/presidente-do-cade-assume-vice-presidencia-da-icn>>. Acesso: 06.11.2016.

desmanche futuro. A visão otimista é justificada pela nova vitrine do Cade após os primeiros anos da nova lei antitruste e seus louváveis resultados atingidos até hoje. Todavia, vê-se com certo receio as possíveis ingerências, não judiciais, mas políticas, que podem afetar o órgão¹¹², não obstante as particularidades do regime autárquico¹¹³.

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

A Resolução 20/99 foi bastante influenciada pela Escola de Chicago, e o foco, desta forma, era análise dos efeitos de condutas horizontais, relegando-se ao segundo plano a análise das condutas unilaterais ou das práticas verticais entre agentes com atuação parlamentar.

Sob a influência dessa Escola, as práticas verticais passaram a ser quase que automaticamente associadas a eficiência decorrentes de economia, bem como à redução de problemas informacionais e de custos de transação, o que acabou apontando para um ambiente no qual as autoridades antitruste deveriam “fazer prova da ilicitude da prática”¹¹⁴.

No entendimento do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo em seu voto no caso SKF (a ser delimitado em seguida), é possível afirmar que a Resolução n.20/99, e os respectivos anexos, são apenas sugestões de encaminhamento, e não tem sido adotada na maior parte dos efetivos julgamentos dos casos que tenham envolvido restrições verticais *hardcore* baseadas em preços, como no caso da fixação de preços de revenda (FPR).¹¹⁵

¹¹² Por exemplo, desde meados de 2016 se enfrenta uma conjuntura política em que, há tempos, tem-se uma presidência interina pelo Conselheiro Márcio de Oliveira, empossado interinamente após o terminado o mandato do ex-Presidente Vinícius Marques em maio de 2016. Igualmente, o atual presidente da República vetou, no segundo semestre do mesmo ano, o dispositivo que garantiria uma carreira própria ao Cade – o único órgão com status de agência sem quadro próprio (cf. DANTAS, Iuri. Planalto veta criação de carreira específica para o Cade. *Jota*. Disponível em: <<http://jota.info/concorrenca/planalto-veta-criacao-de-carreira-especifica-para-o-cade-30072016>>. Acesso em: 05.11.2016). São alguns indícios que possibilitam sustentar a perspectiva de que o Cade ainda não esteja no ápice de sua maturidade institucional.

¹¹³ Como “a criação de lei, personalidade jurídica pública, capacidade de autoadministração, especialização dos fins e atividades e sujeição a controle ou tutela” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.489)

¹¹⁴ Fls. 1723 dos autos do Processo Administrativo 08012.001271/2001-44, julgado em 30.01.2013.

¹¹⁵ Fls. 1725 dos autos do Processo Administrativo 08012.001271/2001-44, julgado em 30.01.2013.

4.3. Sistematização das decisões paradigmáticas do Cade sobre a FPR

Neste tópico são apresentadas as particularidades envolvendo os dois casos paradigmáticos na experiência do Cade: o caso Kibon e SKF. Importa, antes de uma mera notícia jurídica, ressaltar as minúcias materiais e processuais sobre o entendimento da autarquia sobre a conduta.

A prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, e a política econômica de defesa da concorrência, são instrumentos do Direito Econômico de aplicação dos mandamentos constitucionais referentes à política econômica nacional.

O estudo de caso se volta, neste sentido, a tornar mais evidente o vínculo entre a interpretação/aplicação do direito e a racionalidade exigida, ainda mais quando se trata de temas de ordem econômica, mormente em direito da concorrência, para o qual a demonstração de certa racionalidade na conduta tem o condão de reorientar a bússola interpretativa.

As narrativas que constroem o processo de decisão e, assim, acabam por conformar a atividade de um órgão cujo intuito é, por precedentes e entendimentos, aplicar o direito econômico desejado, devem ser de interesse de todo investigador interessado no domínio dos conceitos desta área do direito.

Se não é verdade para outras matérias jurídicas que o exercício decisório se volta a uma mera e mecânica subsunção do fato à norma, muito menos em matéria de ordem econômica, na qual interagem diversas teorias, precedentes e cálculos de como a racionalidade do mercado irá interpretar tal decisão.

Decidir é uma tarefa essencialmente interpretativa. A apresentação dos elementos nucleares da controvérsia inerente ao caso da fixação do preço de revenda (FPR), a aplicação das regras “per se” e “da razão” e a comparação de direitos como fundamentos para a decisão, serão, portanto o interesse dos próximos tópicos.

Outro aspecto que irá marcar a relevância e oportunidade deste caso está centrado na questão probatória. A importância do tema tem densidade constitucional na medida em que trata de temas diretamente relacionados à legalidade e à segurança jurídica do processo administrativo sancionador especializado na ordem econômica.

O estabelecimento de uma jurisprudência racional capaz de tornar operativos, claros e seguros os termos de uma legislação aberta e eminentemente principiológica, são essenciais para a credibilidade da legislação de proteção da ordem econômica.

Para extrair o maior conteúdo científico presente no caso, e confirmação do alegado na seguinte justificativa para a escolha do método de análise de casos, de início será realizado um breve relato do caso da denúncia anônima recebida pelo Procon de São Paulo até a abertura do processo e início do julgamento do Caso Kibon.

Depois, será analisado mais detidamente o caso SKF e o debate sobre a produção de efeitos anticompetitivos da prática de fixação de preço de revenda (FPR), elemento nuclear desta análise.

4.3.1 Caso Kibon – Processo Administrativo n. 148/94, julgado em 22.10.1997.

O caso se iniciou a partir do Despacho (sem número) de 29-04-1994¹¹⁶, quando o Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE) da SDE instaurou, com fundamento na Lei n. 8.158/91, processo administrativo contra as Indústrias Alimentícias Gerais S.A. - IAG ("Kibon"), decorrente de representação oferecida pelo Sindicato das Indústrias de Panificação e Confeitaria de São Paulo.

Entendeu o DPDE/SDE que a adoção de preços tabelados pela Kibon constituía conduta anticoncorrencial, nos termos dos incisos I, XV e XVI, do art. 3º da Lei n. 8.158/91. Para tanto, o órgão invocou como precedente o Processo Administrativo n. 61/92, referente ao uso de tabela de honorários pela Associação Médica Brasileira (AMB), no qual houve condenação.

Em defesa prévia, a Kibon alegou que o envio de tabelas a serem afixadas nos pontos de venda não se tratava de imposição de preços, mas sim de mera sugestão, pugnando pela sua licitude. Também juntou documentos com o intuito de demonstrar que esta é uma prática comum, existente em outros países.

A pedido do DPDE/SDE, a Superintendência Nacional de Abastecimento (SUNAB) juntou documentação referente a pesquisas de campo sobre listas de preços de sorvetes, realizadas em estabelecimentos dos estados de São Paulo, Minas Gerais, Goiás, Ceará, Rio Grande do Sul e no Distrito Federal. As pesquisas não indicaram existir imposição concreta, por meio de retaliação ou penalização, para a utilização da tabela de preços da Kibon.

¹¹⁶ Autos do Processo Administrativo n. 148/94, fls. 133.

Ato contínuo, a SEAE juntou o Parecer Técnico n. 47/95, datado de 17-07-1995, concluindo, em síntese:

- (i) que a Kibon aumentou sua participação no mercado nacional entre 1992 e 1994 (de 50% para 62%), mas suas vendas declinaram no mesmo período
- (ii) que os produtos Kibon teriam alto grau de substitubilidade, por não serem essenciais e facilmente substituíveis por outros da mesma natureza
- (iii) que não existia nenhum tipo de retaliação por parte da Kibon caso os estabelecimentos não adotassem as tabelas de preços
- (iv) que, entretanto, a afixação das tabelas de preços, conquanto sugestivas, estabelecem uma padronização de comportamento. Dessa forma, existiria efeito danoso decorrente da utilização de tabelas de preços, que atentariam contra a livre concorrência por terem sido emitidas por fabricante com poder de mercado.¹¹⁷

O parecer da SEAE foi rebatido pela Kibon em suas alegações finais, nas quais argumentou, dentre outros pontos, pela inexistência (i) de elementos estruturais no mercado relevante (sorvetes industriais e artesanais) capazes de permitir a prática de preços abusivos de sua parte e (ii) de racionalidade econômica em supor que os pontos de venda uniformizassem suas condutas de preço por intermédio de um referencial supostamente criado pela tabela.

Mais adiante, em relatório final, o DPDE/SDE complementa sua argumentação ao concluir pela infração à ordem econômica por parte da Kibon, com fulcro nos arts. 20 e 21 da Lei n. 8.884/94. Manifestou-se pelo encaminhamento do processo ao Cade.

Além disso, o Secretário de Direito Econômico do Ministério da Justiça aplicou à Kibon medida preventiva prevista no art. 52 da Lei n. 8.884/94, consistente na cessação da prática de utilização de tabelas verticais de preços, determinando o recolhimento das tabelas da Kibon no prazo de 10 dias úteis para a região centro-sul e de 15 dias consecutivos para o resto do país, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 5.000,00¹¹⁸.

¹¹⁷ Fls. 868 dos autos. Em síntese, “esta SEAE acredita que a afixação das listas de preços, mesmo que sugestivas, estabelecem uma padronização de comportamento que pode prejudicar a concorrência, pois são sugeridas por fabricantes que detém o poder de mercado e condicionam o consumidor e sempre aceitem os preços sugestivos, sem que o mesmo se preocupe em pesquisar o preço do produto dentro de um mercado livre sem a interferência de qualquer agente econômico” (fls. 878 dos autos).

¹¹⁸ “Despacho do Secretário n.18/96, de 26 de março de 1996. Ref. Processo Administrativo n. 148/94. Representante: Sindicato da Indústria de Panificação e Confeitaria de São Paulo - Associação das Indústrias de Panificação e Confeitaria de São Paulo. Representada: Indústrias Alimentícias Gerais S.A. - IAG (RIBON). Decisão: Adoto como razões de decidir a manifestação de fls retro, da lavra do ilustre Coordenador de Apoio

A medida foi questionada pela Kibon por meio de recurso voluntário, pugnando pelo não atendimento dos pressupostos legais para sua interposição e alegando existir afronta à ordem jurídica. No Parecer n. 28/96¹¹⁹, datado de 31-05-1996, a Procuradoria do Cade (ProCade) ressaltou que se trata de instrumento jurídico cuja aplicação está sob discricionariedade do órgão competente, desde que existente potencial ou efetivo indício ou fundado receio de lesão ao mercado. Entretanto, não considerou terem sido suficientemente demonstrados esses requisitos.

O Conselheiro Relator Leônidas Rangel Xausa conheceu do recurso da Kibon e lhe deu provimento, compartilhando o entendimento da ProCade pelo não atendimento dos pressupostos do art. 52 da Lei n. 8.884/94. Assim, foi cassada a medida preventiva.

No Parecer n. 216, de 05-09-1997, a ProCade considerou o grau de substitutividade dos produtos da Kibon, “seja pelo mesmo produto de outra marca, seja por outro tipo de produto”¹²⁰, e o fato de o mercado de sorvetes ser “altamente concorrido, desprovido da existência de qualquer elemento caracterizador de monopólio”¹²¹ suficientes para caracterizar o mercado de sorvetes como dotado de oferta e demanda pulverizadas.

Dessa forma, a Kibon não teria poder de mercado suficiente para influenciar os preços e condições do mercado, não se encaixando sua conduta na infração do inciso II do art. 21 da Lei n. 8.884/94.

A ProCade compara esta conduta a um crime impossível, ressaltando ainda que a legislação brasileira não adotou o princípio da infração *per se*, uma vez que as condutas do art. 21 deveriam ser interpretadas em consonância com as normas do art. 20 .

Jurídico desta Secretária. Entendo que dos autos restou demonstrado que a Empresa afixando táblas sugestivas orienta preços aos consumidores em flagrante contradição com o disposto no inciso II, do artigo 21 da Lei n. 8.884/94. As tabelas sugeridas levam os distribuidôres a se, submeterem a conduta comercial uniforme, impedindo-os de atuarem de forma concorrencial com vizíveis prejuízos para os consumidores. No mais, fica claro que esta especial prática reflete, também, a proibição do inciso XI do mesmo artigo e Lei. A prefixação de preço de revenda, não é uma prática salutar em economias de mercado, onde não apenas os consumidores buscam melhores condições de compra como também os produtores e distribuidores concorrem na oferta de produtos. Descabível. adquirir insumos no mercado aberto e sugerir a venda do produto a preço fechado, desconhecendo a diferença de custos dos terceiros distribuidores. Determina a cessação da prática com base no art. 52 da Lei n. 8.884/94 com o consequente recolhimento das tabelas no prazo de 10 (dez) dias úteis para a Região Centro-Sul e 15 (quinze) dias consecutivos para o restante do País, por identificar, por um lado que a Empresa teria condições de evitar a posição de preços ao consumidor final e, por outro lado, que esta prática pode causar ao mercado prejuízos de difícil reparação conforme dispõe o art. 52 da mesma lei. Fixo a multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil Reais) diárias, pelo descumprimento desta decisão. Remeta-se ao Egrégio Conselho de Administração e Defesa Econômica para os procedimentos de Lei” (fls. 1032 dos autos).

¹¹⁹ Fls. 1065-1066.

¹²⁰ Fls. 1.080.

¹²¹ Fls. 1.081.

Esta posição é reforçada pela afirmação de que o critério subjetivo da presunção “é descabido” e de que a presunção “é de evidente fragilidade para fundamentar decisão condenatória”¹²². Além disso, o precedente citado pela DPDE/SDE (Processo Administrativo n. 61/92) não se amoldaria ao caso concreto, por apresentar características e circunstâncias distintas¹²³. A conclusão, por fim, foi pelo arquivamento do feito.

Em seu voto, o Relator acatou o entendimento da ProCade em relação ao precedente invocado pela DPDE/SDE, reputando-o distinto do caso em análise. Também, de forma semelhante ao parecer, destacou que tanto a Lei n. 8.158/91 quanto a Lei n. 8.884/94 adotam o princípio do abuso, consubstanciado na regra da razão, exigindo “a apuração da abusividade de uma determinada conduta dentro de um contexto de mercado específico”¹²⁴. Para tanto, reputou essencial a análise do mercado relevante nos casos de conduta, inexistindo conduta ilegal *per se* na legislação brasileira.

O voto explora os dados apresentados pelas pesquisas juntadas aos autos, com destaque à pulverização do mercado de sorvetes (existindo, segundo a SUNAB, estabelecimentos que praticavam preços superiores aos da tabela), ao alto grau de substitubilidade do produto, à existência de barreiras de entrada pouco significativas e ao fato do produto não ser essencial.

Como forma de reforçar seu entendimento, o relator cita ainda o caso *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300 (1919), no qual se decidiu pela não violação do Sherman Act devido à “ausência de um elemento que indicasse a possibilidade de ação concertada entre a Colgate e seus outros fornecedores, não se percebendo qualquer propósito em se criar ou manter monopólio”¹²⁵.

O relator assinala ainda que o caso Colgate é um típico exemplo de conduta de *resale price maintenance* (RPM), enquanto o caso Kibon tratava de *suggested retail price*¹²⁶,

¹²² Fls. 1.083.

¹²³ Nos termos do parecer da ProCade, “[o] parecer do Ilustre Coordenador Jurídico da Secretaria de Defesa Econômica, creio não ter sido feliz ao fazer referência ao julgado deste Colegiado exarado no Processo Administrativo 061/92, concluindo ser aquela decisão aplicável ao caso em tela. O caso vertente apresenta características e circunstâncias absolutamente discrepantes. Como já afirmado anteriormente, a determinação do mercado relevante é de fundamental importância para avaliação das condutas que possam ou não serem consideradas infrativas e, conforme verificado os mercados referidos, são totalmente diferenciados” (fls.1083)

¹²⁴ Fls. 1.091.

¹²⁵ Fls. 1.095.

¹²⁶ “O processo da Colgate é um exemplo típico de **RPM (resale price maintenance)**, isto é, imposição de preços, uma vez que, apesar da ausência de qualquer constrangimento formal que obrigasse o revendedor a seguir a política de preços de revenda, na prática, de fato, a livre iniciativa deste foi obstada, já que houve punição com a recusa de posterior negociação por parte do fabricante (*refusal to deal*). Não foi surpresa que,

uma medida “comum em economias estáveis, e que permite a manutenção dos preços por longos prazos”¹²⁷, mas que não constitui conduta vinculante, ao contrário do que ocorre no RPM.

Conclui-se que os dados obtidos pela SUNAB, somados ao fato de inexistirem provas acerca de mecanismos punitivos que regulem as relações entre as fabricantes e os revendedores relativamente ao estabelecimento de preços, evidenciam que não houve imposição da utilização da tabela de preços, mas sim de sugestão. Essa sugestão seria, ainda, benéfica ao consumidor, por informar sobre os preços justos, e aos varejistas, por estabelecer um parâmetro de preço.

A posição do relator foi seguida pelo Conselheiro Renault de Freitas Castro em seu Voto vogal, no qual este ressaltou a importância de se estabelecer como plano de fundo do caso a economia em processo de estabilização, “onde a noção de preços relativos apenas começa a ser novamente aprendida pela grande maioria dos consumidores, após um longo período de elevada inflação, tabelamentos e controles artificiais de preço, durante o qual perdeu-se a noção do valor relativo dos bens”¹²⁸.

Diante deste contexto, o Plenário julgou, por unanimidade, pelo arquivamento¹²⁹ da representação contra a Kibon na sessão do dia 22 de outubro de 1997.

4.3.2 Caso SKF – Processo Administrativo 08012.001271/2001-44, julgado em 30.01.2013.

Quase cinco anos após a decisão do Cade no caso Kibon, iniciou-se a investigação do caso SKF, em 2001, após terem sido encaminhadas à SDE cópias de documento recebido anonimamente pela Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor (Procon), que buscava denunciar a existência de um suposto “cartel disfarçado”¹³⁰ entre as empresas participantes da rede de distribuição autorizada industrial da SKF e a SKF do Brasil Ltda.

após o caso Colgate, os revendedores passassem a seguir as políticas de preços de revenda das fabricantes. A excessiva liberalidade da decisão Colgate foi objeto de fortes críticas. Entretanto, deve-se assinalar que a polêmica reside *não no anúncio prévio dos preços, mas na posterior recusa de fornecimento*, que caracteriza o RPM” (fls. 1095, grifos no original).

¹²⁷ Fls. 1.095.

¹²⁸ Fls. 1.108.

¹²⁹ Processo Administrativo nº 148/94. EMENTA. Processo Administrativo. Prática de "Preço sugerido ao consumidor". Inexistência de ilegalidade per se. Natureza da estrutura do mercado de sorvetes. Diferença entre tabela impositiva e sugestiva. “Suggested retail price” e “Resale maintaince price”. Recentíssima evolução da Corte Suprema americana. Ausência, no caso, de pressupostos de conduta infrativa. Pelo conhecimento e improcedência da representação e conseqüente arquivamento” (fls. 1110).

¹³⁰ Fls. 2 dos autos do Processo Administrativo 08012.001271/2001-44.

Tratava-se, aparentemente, de comunicação preparada por empresas da rede de distribuidores autorizados da SKF do Brasil, falando da necessidade de aplicação de “medidas preventivas” para conter “uma prática predatória de preços no mercado (algumas até abaixo do custo SKF)”¹³¹.

Por meio desse documento, os distribuidores firmavam um “*mark-up* mínimo saudável”¹³² a ser aplicado a todos os produtos da SKF (estabelecendo, portanto, um lucro mínimo a ser praticado por seus distribuidores), que estava sujeito a monitoramento pela própria rede de distribuidores, responsáveis por denunciar à SKF do Brasil qualquer comportamento não condizente com as regras fixadas. Nos termos do documento, aqueles que violassem a regra de preço mínimo estavam sujeitos a penalidades de aumento de até 15% no preço de venda pela SKF do Brasil ou mesmo a perda da distribuição autorizada.

Em 2004, foi enviado ofício à SKF do Brasil, ao qual esta respondeu com a afirmação de que não houve imposição unilateral de preço mínimo, apenas colaboração da empresa, entre 2000 e 2001, para a aplicação de uma medida solicitada pelos próprios distribuidores autorizados. Tal colaboração teria sido encerrada em maio de 2001, por iniciativa da própria SKF do Brasil.

Em seu esclarecimento, a SKF do Brasil afirma ainda que, embora algumas empresas tenham sido notificadas por desrespeitar os termos acordados, as sanções teriam sido requisitadas pelos próprios distribuidores com o intuito de manter a rentabilidade da rede de distribuição, torná-la mais eficiente e estimular a prestação e melhoria dos serviços de atendimento ao cliente. Por fim, inexistiriam efeitos anticompetitivos decorrentes da medida e, de toda forma, a empresa deteria apenas 20% do mercado de rolamentos, o que impossibilitaria sua caracterização como monopolista capaz de influenciar o mercado.

Para possibilitar melhor avaliação sobre o enquadramento da conduta no art. 20, incisos I e II c/c art. 21, inciso XI, na forma do art. 30 e seguintes da Lei n. 8.884/1994, a SDE decide pela abertura de averiguações preliminares em desfavor da SKF do Brasil.

Em resposta à notificação enviada, a empresa esclarece deter 24% do mercado de rolamentos, 1% do mercado de retentores, 1% do mercado de graxas e lubrificantes, 17% do mercado de ferramentas de manutenção e 30% do mercado de equipamentos de monitoramento. Mais uma vez, pugnou pela inexistência de efeitos anticompetitivos – pelo

¹³¹ Fls. 3.

¹³² Idem.

contrário, muitos efeitos benéficos teriam sido proporcionados pela medida¹³³. Ressalta que, nos termos da Resolução Cade n. 20/99, inexistente a possibilidade de aplicação de ilegalidade *per se*.

Com base nos documentos e petições apresentadas, a SDE concluiu em Nota Técnica de fls. 54-67 dos autos, pela existência de “prática de restrição vertical consubstanciada na imposição de preço mínimo de revenda pelos distribuidores industriais SKF do Brasil”¹³⁴. Entretanto, destaca que a prática “só teria o condão de produzir efeitos anticompetitivos no mercado se fosse praticada por agente monopolista ou detentor de participação de mercado elevada”, podendo também produzir efeitos anticompetitivos “se a fixação de preço mínimo fosse praticada pela maioria dos fornecedores e distribuidores do mercado”¹³⁵.

No caso em análise, não teria sido constatada “a presença de poder de mercado pela Rede SKF nos mercados em que atua”¹³⁶, inexistindo, destarte, um dos pressupostos de risco da produção de efeitos anticompetitivos. Além disso, (i) não haveria racionalidade econômica para a conduta, “tendo em vista que quanto maior o lucro do distribuidor, conseqüentemente menor será o lucro do fornecedor”¹³⁷ e (ii) a SKF do Brasil teria demonstrado que sua conduta estava pautada na busca por eficiência.¹³⁸

Com isso, a conclusão da Nota Técnica foi pela ausência de infração à ordem econômica, sugerindo o arquivamento da Averiguação Preliminar – Nota aprovada pelo Secretário de Direito Econômico por meio do Despacho n. 18 em 05 de janeiro de 2005¹³⁹.

Seguindo o rito processual vigente, a decisão de arquivamento foi levada, de ofício, ao Cade.

Para a melhor instrução do processo, o então Relator, Luiz Alberto Esteves Scaloppe, encaminhou os autos à ProCade para tomar a realização de diversas diligências,

¹³³ Conforme resumiu o Conselheiro Ricardo Machado Ruiz “a empresa SKF avalia que a prática teria efeitos benéficos para a concorrência: (i) redução de custos de distribuição, (ii) viabilização de economias de escala, (iii) aumento da eficiência da rede, (iv) bloqueio de free riders, (v) restrição à concentração de forma a impedir que os mais agressivos incorporassem outros e (vi) manutenção do equilíbrio concorrencial no mercado.” (fls. 885)

¹³⁴ Fls. 59.

¹³⁵ Fls. 61.

¹³⁶ Fls. 62.

¹³⁷ Fls. 63.

¹³⁸ “Comprovada a impossibilidade de aumento do poder de mercado do fornecedor (SKF), a racionalidade econômica para a prática de fixação de preços mínimos pelos distribuidores industriais da Rede SKF só poderia estar pautada na necessidade de aumento da eficiência do sistema de distribuição, permitindo, dessa forma, a redução dos custos do fornecedor” (fls. 63).

¹³⁹ Fls. 68.

como a delimitação do mercado relevante, a verificação da existência de outros partícipes no mercado e as respectivas porcentagens de participação e a juntada dos contratos mantidos pela SKF do Brasil com seus distribuidores, uma vez que não constavam do processo¹⁴⁰. A posição foi acompanhada pelo Ministério Público Federal¹⁴¹.

A SKF do Brasil rebateu as conclusões da ProCade, argumentando que o mercado relevante já havia sido definido em suas petições anteriores e que a questão da infração já havia sido afastada pela Nota Técnica da SDE.

Em seu voto, o Conselheiro Relator Luiz Alberto Esteves Scaloppe¹⁴² seguiu os termos do parecer apresentado pela ProCade, determinando que fossem realizadas as diligências já sugeridas.

Ato contínuo, a SDE sugere a instauração de processo administrativo em face da SKF do Brasil, vide Despacho n. 884 do Secretário de Defesa Econômica, datado de 16 de novembro de 2005¹⁴³.

Em defesa, a SKF do Brasil repisa os argumentos já levantados em resposta ao parecer da ProCade, destacando, ademais, a inexistência de posição dominante no presente caso.

Após análise dos documentos decorrentes das diligências realizadas, a ProCade conclui pela comprovação da prática de restrição vertical para a fixação de preços mínimos de revenda, mas sem a incidência de quaisquer das situações previstas nos incisos do art. 20 da Lei n. 8.884/1994, “não havendo qualquer possibilidade de se caracterizar a produção de efeitos o negativos no mercado”¹⁴⁴, especialmente pois, ao que parece, nenhum concorrente da SKF do Brasil teria sido afetado (preservada, portanto, a concorrência intermarcas). Nesse mesmo sentido foi o entendimento do Ministério Público Federal.¹⁴⁵

Em análise de mérito, o Conselheiro Relator César Costa Alves de Mattos avalia que (i) as provas colhidas no curso do processo não apontavam no sentido de que a SKF do Brasil detivesse poder de mercado, configurando como “crime impossível” a possibilidade de influenciar a conduta de seus distribuidores, (ii) há uma rivalidade intermarcas que

¹⁴⁰ Parecer ProCade n° 128/2005, fls. 72-75.

¹⁴¹ Parecer MPF/Cade n. 051/2005, fls. 79-82.

¹⁴² Posteriormente substituído pelo Conselheiro César Costa Alves de Mattos.

¹⁴³ Fls. 126.

¹⁴⁴ Fls. 565.

¹⁴⁵ Fls. 571.

impossibilita a prática e (iii) inexistem provas sobre a efetiva aplicação das regras de fixação de preço mínimo¹⁴⁶ – a Sueca Rolamentos, única empresa que teria sido efetivamente notificada pela SKF do Brasil por descumprimento da fixação de preços, afirmou nunca ter recebido uma punição ou advertência.

O Relator afirmou ter ressalvas sobre a segurança com que a SDE “aponta para a presença de eficiência nas restrições verticais investigadas e quanto à baixa preocupação com a possível instrumentalização do RPM para a promoção de cartel entre os distribuidores”¹⁴⁷. Isso porque o parecer da SDE “não adentrou a discussão acerca da possibilidade de cobrar pela prestação dos serviços pré-venda de forma separada ou da assunção dos seus custos pelas próprias representadas”¹⁴⁸. Dessa forma, inexistiriam dados a comprovar a eficiência da restrição vertical supostamente imposta aos distribuidores.

Entretanto, devido à ausência de provas já previamente destacada, especialmente as relativas à efetiva imposição de lucro mínimo (*mark up*), o Relator vota pelo arquivamento do processo.

Em voto-vista, o Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho estabeleceu que as três principais teses exploradas ao longo do processo foram “(i) de que não foram impostas represálias contra desviantes; (ii) de que se trata de infração impossível, em razão do baixo poder de mercado; e (iii) de que existem ganhos de eficiência em razão da prática”¹⁴⁹.

O Conselheiro Vinícius Carvalho também destacou a importância jurisprudencial do caso, ao afirmar que

“este precedente representa um marco extremamente relevante e traz consigo um questionamento que ultrapassa as fronteiras específicas desta infração, nos levando a pensar, de forma generalizada, sobre a forma como o SBDC irá se posicionar a respeito da conduta de fixação de preços de revenda em situações futuras.”¹⁵⁰

Passando à análise do mérito, o Conselheiro avalia que, embora tanto a SDE quanto o relator tenham chamado a conduta da SKF do Brasil de fixação de preço de revenda (FPR), a situação evidenciada pelo caso concreto é ligeiramente diferente daquilo que se conhece como suas hipóteses¹⁵¹. No entanto, como o acordo entre as distribuidoras e a SKF

¹⁴⁶ Fls. 618.

¹⁴⁷ Fls. 637.

¹⁴⁸ Fls. 637.

¹⁴⁹ Fls. 801.

¹⁵⁰ Fls. 809.

¹⁵¹ “(i) fixação de preço mínimo de revenda; (ii) fixação de preço máximo de revenda; e (iii) fixação de preço de

do Brasil estabelecia margens mínimas de lucro, fixava, indiretamente, um preço mínimo para a revenda. Ainda assim, ressalta que, por meio do art. 21, inciso XI, da Lei n. 8.884/1994, “a Legislação pátria repudia tanto a fixação de preços como a fixação de margens de lucro de revenda”¹⁵².

Citando o precedente engendrado pelo caso Kibon (PA 148/94), o Conselheiro Carvalho afirma que mesmo a mera sugestão de preços cria uma preocupação sobre a existência de mecanismos de coleta e disseminação de informações entre concorrentes, capazes de permitir ou induzir “paralelismo consciente ou colusão tácita (intra e entre marcas), sem que seja necessária a combinação expressa a respeito de preços”¹⁵³, ainda que as tabelas não sejam acompanhadas de uma política de imposição de preços.

O Conselheiro cita também outros precedentes, como casos de associações que impunham preços via tabela, em conduta semelhante a cartel (P.A. 08012.007238/2006-32, P.A. 08012.000099/2003-73, P.A. 08000.011520/94-40), uma decisão judicial de 1940 afirmando existir “coação de ordem moral” em tabela fixando preços para venda de produtos odontológicos, um caso envolvendo a Fiat do Brasil S/A sobre tabelamento de preços de venda dos produtos Fiat pelas concessionárias (PA 08000.017766/95-33) e outro envolvendo as empresas Gerdau S/A, Companhia Siderúrgica Belgo-Mineira e Siderúrgica Barra Mansa S/A (Processo Administrativo 08012.004086/2000-21 – “cartel dos vergalhões”).

No entanto, o Conselheiro identifica uma oscilação do Cade em relação à matéria, uma vez que a conduta teria sido permitida em caso cujas partes eram a Distribuidora de Bebidas Oásis de Cabo Frio Ltda. e a Companhia Cervejaria Brahma (PA 08000.000146/96-5), mas condenada em outros, como os casos entre Brahma e Miller Brewing Company (AC 58/95) e entre Cervejaria Reunidas Skol-Caracu S.A. e Carlsberg S.A. (AC 122/97).

A partir dessa linha de raciocínio, o Conselheiro Carvalho afirma ser necessário discutir três questões sobre a ilicitude ou não de fixação de preço de revenda: “(a) o papel dos mecanismos de coação para configurar a FPR; (b) a avaliação da eficiência desta conduta; e (c) a existência ou inexistência de risco anticompetitivo associado”¹⁵⁴.

Sobre o primeiro ponto, o Conselheiro ressalta que é possível a combinação de preços “sem que seja estabelecido unilateralmente um sistema de sanções aos desviantes do

revenda fixo.” (fls. 809)

¹⁵² Fls. 810.

¹⁵³ Fls. 810.

¹⁵⁴ Fls. 814.

cartel”, uma vez que “práticas verticais com tabelas sugestivas [também] podem representar danos à sociedade”¹⁵⁵.

Deve existir um comando, que pode se concretizar por meio de coação moral, a qual o Conselheiro reputa ter existido no presente caso. A coação moral consistiu em “uma série de ameaças aos desviantes do preço de revenda, com uma clara espécie de programa de estágios repressivos, que vão aumentando ao longo do tempo”, situação que levou o Conselheiro a se referir ao sistema de sanções como “espada de Dâmocles sobre a cabeça dos revendedores”¹⁵⁶.

Em seguida, o Conselheiro Carvalho passa à uma análise das regras da razão e *per se*, com enfoque no direito estrangeiro, em razão da escassez jurisprudencial brasileira sobre o tema da FPR. O Conselheiro aborda o caso *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co* (1911), no qual a Suprema Corte norte-americana decidiu que a cláusula contratual estabelecendo preço mínimo de revenda não era válida, por permitir “uma espécie de colusão no varejo”¹⁵⁷.

Também é abordado o caso *United States v. Colgate & Co.* (1919), precedente no qual a Suprema Corte norte-americana permitiu situação de fixação de preços de revenda. No caso, decidiu-se que a Colgate não impunha aos revendedores uma ou outra conduta, mas tão-somente se recusava a continuar negociando com eles, o que estaria dentro do escopo de sua liberdade empresarial.

Três outros precedentes são citados para ilustrar a construção da jurisprudência norte-americana (*United States v. Parke, Davis & Co*, *United States v. General Electric Co* e *Simpson v. Union Oil Co. Of California*) até se chegar no caso *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* (2007), no qual a conduta de FPR deixou de ser avaliada pela regra *per se*, sendo refutada a ideia de que a fixação de preços de revenda teria um predominante efeito anticoncorrencial.

É feita uma breve avaliação sobre a existência de *stare decisis* desta decisão em relação ao caso *Dr. Miles*, ao mesmo tempo em que se faz uma comparação com os elementos da decisão em relação ao presente caso. A conclusão é de que “não parece completa a idéia de

¹⁵⁵ *Idem*.

¹⁵⁶ Fls. 815.

¹⁵⁷ Fls. 817.

que atualmente, após Leegin, a utilização da regra da razão (sem nenhum tipo de rigidez) seja uma questão totalmente pacificada”¹⁵⁸.

Em relação à jurisprudência e estrutura normativa da União Europeia, o Conselheiro destaca a faculdade das partes de apresentarem estudos comprobatórios de que a prática contribui para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou promove o progresso técnico ou econômico, constituindo uma possibilidade de defesa mesmo em caso de cartéis. O Conselheiro lembra que a regra *de minimis* “estabelece que práticas verticais levadas a cabo por empresas com *market share* baixo não serão condenadas no âmbito antitruste”¹⁵⁹ e cria um *safe harbour* de licitude para práticas verticais nas quais as empresas possuam menos de 30% de participação de mercado cumulativamente no *downstream* e no *upstream*.

Entretanto, o Conselheiro Carvalho ressalta que estão excluídas da aplicação da regra *de minimis* as restrições verticais consideradas “*hardcore*”, como a FPR – o que leva alguns autores à conclusão de que a União Europeia aplica a regra *per se* para esse tipo de conduta¹⁶⁰. Embora exista a possibilidade de defesa de eficiências, “na prática [...] as Cortes Europeias são extremamente receosas em relação a tais defesas”¹⁶¹ uma vez que não seria justificáveis no longo prazo ou em mercados já existentes e com marcas bem estabelecidas.

Tecidas as considerações sobre o direito estrangeiro, o Conselheiro passa a analisar alguns argumentos utilizados tanto pela SKF do Brasil quanto pela SDE e pelo Relator.

Assim, o Conselheiro questiona se só seria possível a FPR ser ilícita em caso de “facilitação de cartel na revenda com força suficiente para se impor contra o monopolista do *upstream*”¹⁶², enxergando no poder de imposição feito pelos revendedores um indício de cartelização – inexistindo a necessidade da FPR agir como instrumento de facilitação de cartel. No lugar, o Conselheiro reputa como mais adequada a abordagem feita pelo direito europeu, que, simultaneamente, “reconhece a possibilidade de existir eficiência associada a

¹⁵⁸ Fls. 830.

¹⁵⁹ Fls. 831.

¹⁶⁰ Nas palavras do Conselheiro, “Considerando tal sistemática, a FPR é o exemplo mais citado de prática vertical *hardcore*. Talvez, por isto, alguns autores consideram que a União Europeia utiliza-se da regra *per se* para o julgamento de FPR, sendo expresso este entendimento tanto pelo antigo Green Paper on Vertical Restraints como pelo Secretariado da OCDE na mesa redonda que tratou deste tema em 2008. Não obstante este ponto, o Secretariado esclareceu, conforme já mencionado anteriormente, que, do ponto de vista técnico, sempre é possível pleitear a defesa de eficiências em qualquer tipo de conduta na Europa.” (fls. 831).

¹⁶¹ Fls. 831.

¹⁶² Fls. 837.

esta conduta vertical” e “não representa uma mudança tão abrupta sobre a matéria, sem que se reflita, minimamente, com a sociedade a respeito deste tema.”¹⁶³.

A questão do ônus da prova também é destacada, pois a inversão deste, com atribuição à parte representada da responsabilidade de comprovar eficiências e concorrência intermarcas, seria, na opinião do Conselheiro, uma decisão mais equilibrada do que impor ao Cade ou à sociedade em geral essa tarefa¹⁶⁴. Isso porque a empresa representada teria “muito mais condições técnicas para demonstrar o seu ponto de vista”¹⁶⁵. Como resultado, apenas excepcionalmente a FPR seria aceita como lícita.

Quanto à análise e definição do mercado relevante para o presente caso, o Conselheiro identifica problemas na forma de agregação do mercado, existindo divergências de preços na tabela da SKF do Brasil entre produtos supostamente da mesma categoria – o que revela serem estes, na realidade, bens diferentes entre si, com a possibilidade de “redimensionamento da força da SKF no âmbito de rolamentos ou de peças específicas”¹⁶⁶. Entretanto, para fins de *proxy*, o Conselheiro adota “as informações constantes nos autos de *market share*, sem que exista um comprometimento do Conselho a este respeito”¹⁶⁷.

Em relação à existência ou não de poder unilateral por parte da SKF do Brasil, o Conselheiro analisa a aplicação da expressão “crime impossível” ao caso concreto. Questiona-se se o *market share* elevado realmente seria condição necessária ou suficiente para a elevação de preços, pois até mesmo o novo guia de atos de concentração norte-americano reconheceria a possibilidade de aumento de preço ao consumidor final decorrente de concentrações entre empresas com baixo *market share*. O Conselheiro ilustra sua linha argumentativa com a situação hipotética de duas empresas vendedoras de produtos de luxo elevarem seus preços em 4% após uma fusão¹⁶⁸, concluindo que “parece ser equivocado considerar poder de mercado como sinônimo de *market share*”¹⁶⁹.

¹⁶³ Fls. 837-838.

¹⁶⁴ “De fato, ficou registrada acima minha opinião no sentido de que a presunção de ilegalidade poderia ser afastada, com ônus probatório do próprio investigado, caso ele conseguisse demonstrar, em primeiro lugar, a inviabilidade completa da produção de dano concorrencial por inexistência absoluta de poder unilateral ou coordenado. Contudo, o ponto fundamental é que tal exame é excepcional e depende fundamentalmente de o próprio acusado ser capaz, de provar, por sua conta, que tais eficiências são plausíveis, presentes e não poderiam ter sido obtidas de outro meio”. (fls, 838).

¹⁶⁵ Fls. 838.

¹⁶⁶ Fls. 843.

¹⁶⁷ Idem.

¹⁶⁸ “[...] dizer que uma concentração que gera 4% de aumento de preços é irrelevante, porque os *market shares* dos produtos no agregado mascara ou esconde a grande elasticidade cruzada verificada é, certamente, uma visão míope da concorrência. [...]. E se isto é correto para fusões, também pode-se fazer a mesma afirmação no que diz

Em resumo, o Conselheiro Carvalho discorda da posição do Relator, que teria afastado a possibilidade de efeito anticompetitivo e de poder de mercado por parte da SKF do Brasil devido à grande dispersão do setor¹⁷⁰. Dessa forma, o Conselheiro chega à conclusão de que existem no caso “diversos elementos palpáveis”¹⁷¹ a possibilitar uma “coordenação” (como colusão tácita, não cartel) entre empresas do mercado de rolamentos.

Dentre os elementos, o Conselheiro Carvalho identifica aqueles de ordem societária (associações entre as concorrentes, como uma *joint-venture* entre SKF do Brasil e Timken do Brasil Ltda.), econômica (diminuição da rivalidade do mercado, ao contrário do que havia dito o Relator) e histórica (caso de cartel na França, formado entre as mesmas empresas vendedoras de rolamento que afirmam serem concorrentes no Brasil), que dificultariam o afastamento do risco concorrencial somente por meio da concorrência intermarcas.

O Conselheiro Carvalho também faz diversas ressalvas em relação ao argumento de que a prática de FPR não chegou a ser seguida pelos revendedores, apontando que, nos termos do art. 20 da Lei n. 8.884/94, “a efetiva obtenção do efeito anticompetitivo de uma possível conduta é irrelevante para caracterização da infração”¹⁷². Somente seria cabível questionar “se havia, à época da conduta, ou não, o risco do que aconteceu na França ser replicado no Brasil, tendo conseqüências indesejáveis.”¹⁷³.

O Conselheiro entendeu que o risco existia, pois mesmo conhecendo as variáveis do mercado e tendo sido parte em esquemas de restrição de concorrência em outros países, a SKF do Brasil concordou em estabelecer lucros mínimos na distribuição de rolamentos no mercado nacional.¹⁷⁴

respeito a condutas, podendo se ter um papel extremamente relativizado do *market share* no âmbito de infrações concorrenciais, para determinar o que é ou não uma “ineficácia absoluta do meio” ou mesmo “impropriedade absoluta do objeto”, caso estes conceitos consigam ser utilizados no antitruste”. (fls. 849)

¹⁶⁹ Fls. 850.

¹⁷⁰ “De todo modo, parece-me que fazer um juízo do *quantum* de participação de mercado é suficiente (ou não) à condenação de uma prática vertical pode significar, na realidade, um reducionismo da análise antitruste ao instrumental de participação de mercado (em especial no ambiente específico deste caso, em que há extrema heterogeneidade de produtos e razoáveis dúvidas sobre a validade da definição de mercado traçada pela requerente).” (fls. 853)

¹⁷¹ Fls. 853.

¹⁷² Fls. 867-868.

¹⁷³ Fls. 868.

¹⁷⁴ “No caso concreto, a prática de FPR está devidamente comprovada. Por enquanto, salvo melhor juízo, a postura europeia, que versa sobre uma ilicitude pelo objeto parece ser mais adequada. Isto se dá porque a postura europeia é mais cautelosa e conservadora, já que, ao mesmo tempo que reconhece a possibilidade de existir eficiência associadas a esta conduta vertical, também não representa uma mudança tão abrupta sobre a matéria,

Conquanto a SKF do Brasil tenha se defendido com argumentos de eficiência¹⁷⁵, o Conselheiro Carvalho questiona sua veracidade, uma vez que a prática de FPR durou apenas sete meses, evidenciando não ser esta essencial para o negócio e passível de ser substituída por outro meio que não limitasse a concorrência. Ademais, a SKF do Brasil não se desincumbiu do ônus da demonstração das eficiências de sua conduta – imprescindível defesa para o *standard* europeu de ilicitude pelo objeto adotado pelo Conselheiro¹⁷⁶.

Desta feita, o Conselheiro Carvalho entende pela punição da SKF do Brasil pela prática de FPR. A multa é quantificada com base no art. 23, inciso I, da Lei n. 8.884/94, devendo ser ainda aplicado o art. 27 em seus incisos I (infração de elevada gravidade), IV (infração consumada), V (existência de lesão concorrencial) e VII (empresa estabelecida no mercado e de porte razoável) – chegando ao percentual de 1% do faturamento do ano anterior à abertura do processo administrativo.

Diante do Voto-vista da lavra do Conselheiro Vinícius Marques Carvalho, datado de 19 de janeiro de 2010, o Conselheiro Ricardo Machado Ruiz pediu vista na mesma sessão.

Em seu Voto-vista, datado de 23 de fevereiro de 2011, o Conselheiro Ruiz afirmou que, embora o caso concreto enseje um debate sobre concorrência intramarcas, o fato de a SKF do Brasil ter posição dominante nos mercados de equipamento de monitoramento e rolamentos (algo que o Conselheiro toma como um fato, não obstante a argumentação do

sem que se reflita, minimamente, com a sociedade a respeito deste tema.” (Voto Vista do Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho no 08012.001271/2001-44, fls. 837).

¹⁷⁵ Nos termos da empresa Representada, em resposta ao Ofício/DPDE/CGSI/n.1260/2004, “[a] solicitação de *mark-ups* mínimos, tal como feita pelos distribuidores, foi aceita como forma de preservar a viabilidade e a vitalidade da rede de distribuição, torná-la mais eficiente e estimular a melhoria do atendimento aos consumidores finais - o que não estava sendo incentivado pelo ambiente de disputa acirrada entre os distribuidores de uma mesma marca. Além disso, a adoção de tais práticas também visava consolidar a presença da marca SKF e fomentar a concorrência intermarcas nos mercados relevantes em que a empresa atua. Assim, o modo como esta prática foi estruturada pela rede, como bem reconhece a doutrina anitruste [sic] nacional, pode trazer benefícios para a concorrência, uma vez que implica a a redução de custos de distribuição, viabilizando economias de escala e aumentando a eficiência da rede; impede impede a atuação de free riders; evita a concentração, de forma a não permitir que aqueles mais agressivos acabassem por incorporar outros; e permite a manutenção do equilíbrio concorrencial no mercado.” (fls. 20-21 dos autos).

¹⁷⁶ “Outrossim, no que diz respeito à defesa da conduta com base em argumentos de eficiência, não creio que se deva concordar com a mesma por dois motivos simples: primeiro: Se eficiências existiam, não haveria sentido da prática de FPR ter durado tão pouco tempo, como alegado pela SKF. Ora, após sete meses de conduta o atendimento pré-venda deixou de ser essencial? A representada alega que o monitoramento da prática foi custoso demais. Por outro lado, isto por si só demonstra que a FPR não era "essencial" como único meio para garantir a diferenciação do atendimento na revenda. Se houve uma limitação da concorrência em troca de uma eficiência que poderia ter sido obtida por outro meio, então, é muito provável que as eficiências não sejam uma defesa correta a ser apresentada à autoridade concorrencial. Segundo: De todo modo, assumindo o *standard* europeu, da ilicitude pelo objeto, compreendo que a SKF não se desincumbiu do ônus de demonstrar as eficiências de sua conduta”. (Voto do Conselheiro Carvalho, fls. 868 dos autos).

Relator, da SDE e da ProCade no sentido contrário), bem como participar de um oligopólio mundial, deve ser levado em consideração na análise.

O Conselheiro Ruiz destaca que, conquanto a SKF do Brasil tenha alegado a adoção de melhorias no serviço aos consumidores (efeitos positivos) durante a vigência da tabela de *mark ups*, não especificou quais seriam essas melhorias. As supostas eficiências decorrentes da tabela também deixaram de ser especificadas, conforme já haviam notado o o Relator e o Conselheiro Carvalho.

Para o Conselheiro, o fato de a iniciativa de *mark ups* ter partido dos distribuidores, não da SKF do Brasil, seria indício de que inexistiriam contrapartidas ao consumidor¹⁷⁷. Ainda, a ausência de uma demonstração concreta desses alegados efeitos positivos impediria a devida neutralização dos efeitos negativos causados pelos preços mínimos¹⁷⁸. De toda sorte, não há comprovação de que essas melhorias no serviço sequer eram demandadas pelos consumidores.¹⁷⁹

Outro elemento de destaque no voto-vista é a redução do poder de barganha dos consumidores resultante do estabelecimento de preços mínimos de reserva de revenda. Assim, mesmo que inexistia comprovação de que a SKF do Brasil tenha se apropriado dos lucros da distribuição, a empresa possibilitou a ampliação da rentabilidade dos distribuidores em detrimento dos consumidores.

Quanto à ausência de racionalidade econômica da conduta, ponto levantado pelo Relator e pela SDE, o Conselheiro Ruiz afirma ser irrelevante para fins de identificação do ilícito concorrencial, a despeito de concordar que parece ser “irracional que a SKF tivesse o objetivo de promover um cartel de distribuidores, pois isso reduziria as quantidades vendidas e reduziria os lucros dos fabricantes”¹⁸⁰. A irracionalidade poderia, entretanto, explicar a curta duração da aplicação da medida (apenas sete meses) – embora esse curto intervalo não seja suficiente, na opinião do Conselheiro, para descartar por completo a punição da empresa.

¹⁷⁷ “Como o pedido de fixação de preços partiu dos revendedores para o fabricante, não surpreende a ausência de contrapartidas relacionadas a serviços ao consumidor. Quem esperaria que uma rede de distribuidores que demanda aumento de lucros demandaria também aumento de custos relacionados a serviços de vendas?” (fls. 894-895.)

¹⁷⁸ “Essa relação entre os preços mínimos (efeitos negativos) e o melhor atendimento ao cliente (efeitos positivos) são particularmente importantes, pois é nele que reside toda a construção analítica de um efeito líquido positivo. Contudo, não existe nos autos nada que sinalize uma forte correlação e dependência entre essas duas condutas.” (fls. 894).

¹⁷⁹ Fls. 896.

¹⁸⁰ Fls. 898.

Por fim, em relação ao critério de necessidade de a conduta ter gerado efeitos anticompetitivos para se configurar o ilícito, o Conselheiro afirma que, tal qual tentativas de roubo estavam sujeitas a punições, também deveria a conduta “sem efeitos” (mas com potenciais danos concorrenciais) da SKF do Brasil ser punida. Conclui, assim, pela condenação da SKF do Brasil, devendo ser aplicada a multa de 1% do faturamento bruto já indicada pelo Conselheiro Carvalho.

O processo passa então para vista do Conselheiro Olavo Zago Chinaglia, que profere voto-vista no sentido de que não há racionalidade econômica para a conduta, tampouco efeito negativo resultante da prática de fixação de preço de revenda pela SKF do Brasil. Isso se deve, na opinião do Conselheiro Chinaglia, “à precariedade do conjunto de elementos obtidos pela instrução processual”, pois apenas foram solicitadas à SKF do Brasil e seus concorrentes informações sobre “(i) a existência de poder de mercado por parte da SKF nos mercados relevantes afetados pela conduta e (ii) a extensão e os contornos da prática de FPR levada a cabo pela Representada”¹⁸¹.

A questão da prova é destacada ainda em outras passagens do Voto-vista:

Com efeito, não é possível constatar, a partir dos elementos dos autos, quais os padrões de concorrência nos mercados de distribuição dos produtos fabricados pela SKF, sendo impossível inferir se as estratégias de distribuição nos mercados afetados contemplam ou não relações de exclusividade, se delimitam geograficamente a atuação dos distribuidores, se investem na qualidade de atendimento ao consumidor etc.¹⁸²

Nota-se também uma séria falta de elementos capazes de subsidiar o exame das relações de interdependência entre fabricantes e distribuidores nos setores supostamente afetados. Dos autos, não é possível sequer se cogitar do grau de dependência dos distribuidores em relação aos fabricantes, ou destes em relação aos primeiros, já que nenhuma diligência sobre a questão foi realizada. Nesse sentido, a afirmação de que a SKF deteria poder de coação sobre sua rede de distribuidores parece-me desacompanhada de base probatória, ainda que indiciária.¹⁸³

Assim, o Conselheiro passa à análise de possível abuso de poder de mercado, concluindo ser questionável a existência de poder de mercado por parte da SKF do Brasil no setor de rolamentos, em função da insuficiência de informações coletadas. O mesmo ocorreria com os potenciais efeitos negativos decorrentes da conduta, por não haver notícia de

¹⁸¹ Fls. 932.

¹⁸² Fls. 932.

¹⁸³ Fls. 933.

qualquer reclamação, queixa ou sequer consideração sobre algum tipo de prejuízo gerado pela conduta da SKF, notando-se, ao revés, várias afirmações no sentido de sua irrelevância para as relações de concorrência no mercado.¹⁸⁴

Por fim, ao discorrer sobre a possível atribuição à SKF do ônus de comprovar eficiências decorrentes da implementação da política de FPR (conforme entendimento do Conselheiro Carvalho, seguido pelo Conselheiro Ruiz), o Conselheiro Chinaglia afirma ser essa inversão de ônus da prova inadequada. Isso porque, sendo inócua a conduta praticada pela SKF do Brasil (por não ter sido amplamente executada ou mesmo conhecida de seus concorrentes), a comprovação de eficiências seria uma “prova diabólica”¹⁸⁵ que impediria a SKF do Brasil de se defender.

Ainda, o Conselheiro Chinaglia ressalta que, embora o direito concorrencial demande a utilização de presunções, “a utilização descuidada desses mecanismos pode levar a conclusões distantes da realidade fática investigada”¹⁸⁶. Em função disso, o Conselheiro conclui pelo arquivamento do feito.

A pedido de Fernando de Magalhães Furlan, à época Presidente do Cade, há conversão em diligência. São enviados ofícios à SKF do Brasil, suas concorrentes e seus distribuidores.

Em seu Voto-vista, o ex-Presidente lembra que o art. 20 da Lei n. 8.884/94 estabelece como infrações da ordem econômica condutas que “tenham por objeto” ou que ao menos apresentem potencial de produzir os efeitos dispostos nos incisos I a IV. Dessa forma, para “[a]s condutas que tenham um propósito objetivamente visado de que se produza um dos efeitos listados configuram o caráter intencional”¹⁸⁷, ainda que não haja a probabilidade de produção de efeitos anticompetitivos, mas somente a possibilidade deste, é possível o enquadramento no dispositivo supracitado (análise subjetiva da conduta).

No caso das “condutas que engendrem a potencialidade de produção de um dos efeitos elencados que configuram risco objetivo”¹⁸⁸, é necessária a verificação de probabilidade e comparação entre os efeitos anticompetitivos e as eficiências (análise objetiva

¹⁸⁴ Fls. 937.

¹⁸⁵ Fls. 939.

¹⁸⁶ Fls. 941.

¹⁸⁷ Fls. 1.593.

¹⁸⁸ Idem.

da conduta). Para o ex-Presidente, “em ambos os casos, não é preciso que haja a produção concreta dos efeitos para caracterizar a ilicitude, basta a potencialidade de sua ocorrência”¹⁸⁹.

Sobre a motivação da SKF do Brasil para a conduta, examina-se os relatos da própria empresa, nos quais esta afirma que a limitação da concorrência servia para reduzir prejuízos das distribuidoras¹⁹⁰, encaixando-se a conduta no inciso I do art. 20 da Lei n. 8.884/94.

O ex-Presidente diz ainda que não há possibilidade de atribuição de alternativas hipotéticas, capazes de explicar o comportamento de agentes economicamente racionais em face de situações idênticas¹⁹¹. O argumento da garantia da qualidade do serviço prestado pelo distribuidor não se sustenta, uma vez que os próprios distribuidores se encarregariam dessa ação.

Além disso, o ex-Presidente lembra que a SKF do Brasil também atuava como distribuidora das peças de rolamentos, justificando-se a imposição de FPR como comportamento economicamente racional, “visto que a concorrência acirrada na distribuição intramarcas estaria afetando negativamente a atuação da própria SKF na qualidade de distribuidora”¹⁹². Assim, estaria comprovado que a SKF do Brasil teve a intenção de limitar a concorrência.

O ex-Presidente passa a analisar tanto a possibilidade quanto a probabilidade de efeitos anticompetitivos.

Quanto à primeira, conclui pela sua existência, com base na informação de que a SKF do Brasil detinha posição dominante presumida, por ter participação no mercado acima de 20%, e pela confirmação dessa posição mesmo quando comparada com as participações dos demais agentes do mercado.

Além disso, aponta que não há, ao contrário do que disse o Relator, indício de rivalidade entre os concorrentes da SKF do Brasil, especialmente no mercado de rolamentos. Esse fato acabaria por se consubstanciar “em indício da possibilidade de exercício de poder

¹⁸⁹ Idem.

¹⁹⁰ Conforme extraído pelo ex-Presidente Furlan de petição da SKF do Brasil: "Em nenhum momento a SKF definiu *mark-ups* mínimos para vendas à vista que seriam praticadas pela sua rede de distribuidores. A própria rede de distribuidores dos produtos da SKF, considerando que as disputas entre os mesmos estavam gerando prejuízos para a própria marca, em detrimento da qualidade dos serviços, calculou os *mark-ups* mínimos para o preço de revenda." (fls. 17).

¹⁹¹ Fls. 1.596.

¹⁹² Fls. 1.597.

dominante pela SKF, diante da constatação da formação de cartel entre a SKF França e outras concorrentes no mercado de rolamentos, naquela Jurisdição”¹⁹³, conforme já havia sido identificado pelo Conselheiro Carvalho.

Sobre a probabilidade de a conduta gerar efeitos anticompetitivos, o ex-Presidente discute a questão das supostas eficiências resultantes da prática de FPR. Em sua opinião, a SKF do Brasil deveria ter efetivamente demonstrado que a FPR gerou eficiências, mas não o fez.

Ademais, a SDE também não obteve provas concretas nesse sentido. Isso leva o ex-Presidente à conclusão de que “a SKF possuía à sua disposição medidas menos gravosas para alcançar os seus supostos objetivos pró-concorrenciais”¹⁹⁴, mesmo em relação ao alegado *free-riding* ou à coibição do “preço predatório”¹⁹⁵. Por isso, o ex-Presidente conclui pela desnecessidade de adoção da FPR para o alcance das eficiências alegadas.

O ex-Presidente concorda ainda com o Conselheiro Carvalho em relação à existência de coação moral em relação aos distribuidores, ressaltando que, embora a SDE tenha concluído pela falta de comprovação da adesão de todos os distribuidores e de efetiva aplicação da medida, “o monitoramento foi realizado efetivamente pela Rede de Distribuidores da SKF e [...] os estágios repressivos chegaram a ser iniciados”¹⁹⁶.

Quanto à possibilidade de, na verdade, os distribuidores terem imposto a aplicação de medidas de FPR à SKF do Brasil, o ex-Presidente afirma ainda que:

Outrossim, se restasse comprovado que a coação ocorreu de baixo para cima, ou seja, decorrente de pressão dos revendedores sobre o fabricante para imposição de FPR, poderíamos aduzir, então, que todas as eficiências apresentadas pelas representadas não passaram de mero acobertamento de condutas anticoncorrenciais perpetradas por distribuidores detentores de poder de mercado. Portanto, não haveria qualquer justificativa que sustentasse a conduta em questão, tornando-a declaradamente anticoncorrencial.¹⁹⁷

¹⁹³ Fls. 1.599.

¹⁹⁴ Fls. 1.600.

¹⁹⁵ “Por fim, ainda que a coibição de suposto preço predatório não seja uma eficiência em si, foi um dos argumentos apresentados pela SKF na tentativa de justificar a adoção da prática sob a ótica concorrencial. Entretanto, caso fosse realmente constatado que algumas distribuidoras credenciadas estavam praticando preços predatórios, não seria competência da SKF conter a conduta, mas sim das autoridades antitruste competentes.” (fls. 1603)

¹⁹⁶ Fls. 1.610.

¹⁹⁷ Fls. 1.611.

Dessa forma, existia não somente a possibilidade, mas também a “significativa probabilidade” de produção de efeitos anticompetitivos decorrentes da conduta praticada pela SKF do Brasil¹⁹⁸. O ex-Presidente entende pela aplicação da multa já estipulada pelo Conselheiro Carvalho.

A SKF do Brasil se manifesta em relação às alegações de prática de conduta horizontal, afirmando ser essa análise estranha ao escopo processual do presente caso, no qual se discute a prática unilateral de FPR. Ressalta que não foram encontrados indícios de que a FPR fosse sequer difundida entre os distribuidores e, no mais, não há qualquer comprovação de efeitos negativos ao mercado.

Pesa contra a prática o histórico de ter sido utilizada como instrumento facilitador de organização cartel. Em seu voto, o Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo relembra a primeira vez em que FPR foi condenada enquanto prática econômica, quando da decisão proferida em Dr. Miles, que condenou um acordo entre membros das associações nacionais de atacado e varejo de drogas para fixar preços de medicamentos patenteados.

A ambiguidade se expressa também na possibilidade da fixação do preço de revenda (FPR) ser utilizada como um dispositivo para excluir do mercado ou retardar a entrada de outras concorrentes, ou como tentativa de evitar o problema do efeito carona (*free rider*), que na teoria econômica passou a ser a principal justificativa teórica para a licitude da fixação do preço de revenda (FPR) em mercados sujeitos à diferenciação de venda, pré-venda ou pós-venda.

Outro argumento se volta para as eficiências como defesa da prática de fixação de preço de revenda (FPR), segundo o qual a prática da conduta está relacionada à melhor distribuição do produto, incentivo à entrada de novo fornecedor e à redução de assimetrias informativas entre fornecedores e distribuidores. Tais poréns, no entendimento do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, são via de regra laterais e menos importantes que as eficiências relativas ao efeito carona (*free rider*), alvo quando do incentivo à introdução de um novo produto no mercado, que pode, de fato, pontualmente, ser promovida racionalmente por meio de garantias de margens mínimas para a rede de distribuição.

Fica patente o consenso, expresso no processo administrativo envolvendo a SFK do Brasil Ltda (“SFK”), de que as inconclusões suscitadas pela teoria econômica acerca do caráter benéfico ou prejudicial das restrições verticais ligadas a preço, entre elas da fixação de

¹⁹⁸ Idem.

preço de revenda (FPR), não foram balizadas por dados empíricos, deixando o debate em um plano meramente teórico e apresentando guinadas casuísticas de entendimento.

Tal insegurança é relativizada por pelo menos um efeito negativo da fixação de preços de revenda que é incontestável, a saber, o aumento do nível de preços intramarcas. Em suma, a própria expressão da prática da fixação do preço de revenda (FPR) impede que certos distribuidores vendam dados produtos a preços mais baixos que um determinado patamar, o que impede, por sua vez, que consumidores que venham a preferir esse produto em relação a similares possam dispor dos ganhos de bem-estar que seriam daí decorrentes. O que se agrava se houver um alto nível de diferenciação de produtos que concorrem no mercado intramarcas, quaisquer que sejam essas diferenças pois, tal geraria uma redução de quantidades em relação ao ponto ótimo concorrencial, gerando, desta forma, efeitos econômicos similares ao de um cartel.

Para o Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, “o ponto, contudo, é que a tarefa que se coloca o Cade não é a de saber, com grau de verdade científica, qual lado desse debate teórico econômico tem razão”¹⁹⁹. E continua ao defender que, para o Cade,

a questão é decidir como esse caráter ambíguo pode ser traduzido em uma política de interpretação e ‘enforcement’ do art. 21,XI, da Lei n. 8.884/94, que seja, ao mesmo tempo, racional para a Administração, justa para o administrado, e de bom senso em termos de incentivos para os agentes de mercado.²⁰⁰

Em síntese, Conselheiro Veríssimo acatou e ampliou o entendimento proposto pelo Voto vista do Conselheiro Vinícius Marques, repisando que:

De fato, ficou registrada acima minha opinião no sentido de que a presunção de ilegalidade poderia ser afastada, com ônus probatório do próprio investigado, caso ele conseguisse demonstrar, em primeiro lugar, a inviabilidade completa da produção de dano concorrencial por inexistência absoluta de poder unilateral ou coordenado. Contudo, o ponto fundamental é que tal exame é excepcional e depende fundamentalmente de o próprio acusado ser capaz, de provar, por sua conta, que tais eficiências são plausíveis, presentes e não poderiam ter sido obtidas de outro meio.²⁰¹

Em Voto-vogal, o Conselheiro Pontual também acompanha o voto do Conselheiro Carvalho, destacando ainda existir racionalidade econômica na conduta da SKF do Brasil:

¹⁹⁹ Voto do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, fls. 1699.

²⁰⁰ Fls. 1699-1700.

²⁰¹ Fls. fls. 1752.

Todavia, uma análise mais cuidadosa do argumento para não fixação de preços mínimos quando as margens do distribuidor caem diante de um acirramento da concorrência nesta etapa da cadeia, mostra que, ao contrário, o produtor possui interesse para fixação deste preço mínimo, ou seja, manter as margens do distribuidor, para garantir sua lucratividade²⁰².

Ainda, em relação ao argumento da SKF do Brasil de que estava sendo realizada análise para além do escopo do processo administrativo, o Conselheiro Pontual afirma que

[...] como se sustenta logicamente a tentativa de reduzir a competição via preços mínimos de revenda, deixa de ser relevante para o ilícito concorrencial da prática de fixação de preços mínimos de revenda a ocorrência de cartel entre distribuidores, como condição *sine qua non* para que a prática ocorresse, de acordo com o Conselheiro Relator.²⁰³

Feitas essas considerações, o Conselheiro vota pela aplicação da multa estabelecida previamente pelo Conselheiro Carvalho. Com isso, o Plenário decide, por maioria, pela condenação da SKF do Brasil por violação dos arts. 20 e 21, incisos IV e V, ambos da Lei n. 8.884/94.

Concluiu-se que a SKF do Brasil propôs ação declaratória de nulidade da decisão administrativa. Isso foi uma inferência ao encontrar o número do processo em fase de apelação no Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1)²⁰⁴. Veja-se:

| Processo | Distribuição | Partes | Movimentação | Incidentes | Petições | Documentos | Acessos |
|---------------|--------------|------------|--|------------|----------|------------|-----------------|
| Partes | | | | | | | |
| Tipo | Ent | OAB | Nome | | | | Caract. |
| Apelante | 411 | | CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONOMICA - CADE | | | | |
| PROCURADOR | | DF00025372 | ADRIANA MAIA VENTURINI | | | | |
| Apelado | | | SKF DO BRASIL LTDA | | | | |
| ADVOGADO | | DF00014234 | ISABELA BRAGA POMPILIO | | | | E OUTROS(AS) |

JURIS / FÍSICO / S

Emitido pelo site www.trf1.jus.br em 10/11/2016 às 12:06:48 Consulta respondida em 0,078 segundos

Este serviço tem caráter meramente informativo, portanto, SEM cunho oficial.

Figura 2 – Apelação (partes)

²⁰² Fls. 1761.

²⁰³ Fls. 1761-1762.

²⁰⁴ Termos da busca "SKF do Brasil Cade" (sem aspas), ordenado por "Relevância" e com o filtro "Último ano". Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=SKF+do+Brasil+Cade&l=365dias&o=relevancia>>. Acesso: 02.11.2016.

Com os dados da apelação, foi possível encontrar informações sobre o processo na primeira instância. Foi verificado que o processo tramitou em sigilo.

Diante das informações encontradas no website do TRF-1, inferiu-se que: a) o processo administrativo foi levado ao judiciário pela SKF, já que não haveria racionalidade no Cade em judicialização de uma decisão própria; b) houve alguma procedência nos pedidos da SKF do Brasil, vez que o Cade figura como apelante no processo no Tribunal; c) até o final de outubro de 2016, os autos seguem em conclusão para voto:

0019858-80.2013.4.01.3400

| Data | Cod | Descrição | Complemento |
|------------------------|--------|---------------------------------|------------------------------------|
| 28/10/2016 14:09:00 | 70901 | CONCLUSÃO PARA RELATÓRIO E VOTO | |
| 28/10/2016 14:07:00 | 221100 | PROCESSO RECEBIDO | NO(A) GAB. DF CARLOS MOREIRA ALVES |
| 26/10/2016 17:27:00 | 220350 | PROCESSO REMETIDO | PARA GAB. DF CARLOS MOREIRA ALVES |
| 25/10/2016 18:18:00 | 221100 | PROCESSO RECEBIDO | NO(A) QUINTA TURMA PARA CÓPIA |
| 25/10/2016 17:14:00 | 220350 | PROCESSO REMETIDO | PARA QUINTA TURMA |
| 25/10/2016 16:03:00 | 240200 | PROCESSO REQUISITADO | PARA CÓPIA |

Figura 3 – Apelação (tramitação)

Por número do processo 0019858-80.2013.4.01.3400

Processo Movimentação Partes Documentos Publicações Inteiro Teor Acessos

| | |
|---------------------|--|
| Processo: | 0019858-80.2013.4.01.3400 |
| Classe: | 7 - Procedimento Ordinário |
| Vara: | 3ª VARA FEDERAL |
| Juíza: | MARIA CECÍLIA DE MARCO ROCHA |
| Data de Autuação: | 19/04/2013 |
| Distribuição: | 2 - DISTRIBUICAO AUTOMATICA - 19/04/2013 |
| Nº de volumes: | 11 |
| Assunto da Petição: | 10022 - Infração Administrativa |
| Observação: | PROCESSO ADM 08012001271200144 DECLARAR A INEXISTÊNCIA DE QUALQUER INFRAÇÃO À LEI ANTITRUSTE BEM COMO INAPLICÁVEL QUALQUER SANÇÃO ADMINISTRATIVA |
| Localização: | |

PROCESSUAL / FÍSICO / S

Emitido pelo site www.trf1.jus.br em 10/11/2016 às 12:07:10 Consulta respondida em 0,148 segundos

Este serviço tem caráter meramente informativo, portanto, SEM cunho oficial.

Figura 4 – Numeração do processo

Por número do processo 0019858-80.2013.4.01.3400

Processo Movimentação Partes Documentos Publicações Inteiro Teor Acessos

Partes

| Tipo | Nome | Advogado |
|------|------|---|
| - | *** | CHRISTIANO PEREIRA CARLOS ISABELA BRAGA POMPILIO FLAVIA CRISTINA DE CAMPOS ANDRADE GIOVANA CUNHA COMIRAN |
| - | *** | |

*** Acesso às partes restrito mediante login.

PROCESSUAL / FÍSICO / S

Emitido pelo site www.trf1.jus.br em 10/11/2016 às 12:07:10 Consulta respondida em 0,148 segundos

Este serviço tem caráter meramente informativo, portanto, SEM cunho oficial.

Figura 5 – Primeira instância (sigilo)

5. Segurança jurídica e o ambiente institucional do SBDC sobre a FPR

5.1. Atos administrativos no direito sancionador antitruste

O regime das limitações do escopo da atuação do Cade é claro. Com sua configuração como Autarquia, o órgão está inserido no bojo do Poder Executivo por meio da Administração Indireta. Como consequência, tem como balizas os termos da Lei de Processo Administrativo Federal (Lei 9.784 de 1999).

Os preceitos e princípios da Lei sobre a organização administrativa é passível de aplicação, sem óbice, para o processo administrativo sancionador no âmbito do Cade. Assim dispõe a lei:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

Portanto, entende-se como o direito administrativo sancionador deve ser analisado no contexto da base principiológica do Direito Administrativo Geral.

Fala-se, neste momento, numa das atividades da Administração Pública brasileira: a função sancionadora. Essa função é legitimada pelo poder de polícia de, “quando necessário, limitar o exercício de liberdades e direitos individuais”²⁰⁵.

Nesse contexto, as palavras do professor Egon Bockmann:

por um lado, as normas de Direito Administrativo devem ser compreendidas em seu contexto (e assim interpretadas) e, por outro, o resultado a atividade hermenêutica não tem efeitos eternos. A construção de significados é um processo perene, o que importa dizer que o Direito Administrativo se renova constantemente ao incrementar a riqueza de seus detalhes e aperfeiçoar a profundidade de seu alcance.²⁰⁶

Em continuidade de pensamento,

Aqui se consolidou a ampliação substancial do que se pode compreender por legalidade, a a transcender o texto e se projetar na norma; instalando a ampliação de sentido da lei e do Direito. Isto é, o dispositivo legal determina que o agente cumpra a norma legal, com observância do todo do

²⁰⁵ GILBERTO, André Marques. *O processo antitruste sancionador*. São Paulo: Lex, 2010, p.24

²⁰⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. O princípio da legalidade, a Lei e o Direito. In: MARRARA, Thiago (org). *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012, p.46.

Ordenamento Jurídico (e não só aquele produzido pela fonte monolítica dos poderes públicos constituídos).²⁰⁷

Portanto, entende-se como o direito administrativo sancionador deve ser analisado no contexto da base principiológica do Direito Administrativo Geral. Nos termos lei Lei n. 9.784/99,

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

VI - adequação entre **meios e fins**, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas **estritamente necessárias ao atendimento do interesse público**;

VII - **indicação dos pressupostos de fato e de direito** que determinarem a decisão;

VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

IX - adoção de **formas simples**, suficientes para **propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados**;

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação (grifos nossos)

Há uma noção de finalidade subjacente à sanção administrativa²⁰⁸. Isto é, há um critério de necessidade, como todos os outros atos administrativos passíveis de tomada. Portanto, não se pode falar em sanção sem a legalidade e tipicidade da conduta²⁰⁹, bem como a reprovação jurídica decorrente. Um valor público sobre determinada conduta em face dos bens jurídicos tutelados pelo direito público.

²⁰⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. O princípio da legalidade, a Lei e o Direito. In: MARRARA, Thiago (org). *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012, p.57.

²⁰⁸ “Consiste a sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo, porque, tem efeitos aflictivos, com alcance geral e potencialmente pro futuro, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeições com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo.” (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009,p.95)

²⁰⁹ “Não bastará, nesse caso, a tipificação da conduta para que incida o juízo de reprovação? [...] Uma conduta será ilícita quando, além de se ajustar ao comando típico proibitivo, se revelar nociva ao bem jurídico e aos valores especialmente tutelados pela norma repressiva. Além disso, a conduta será ilícita se não houver incidência de normas permissivas, ou seja, de alguma causa de justificação que autorize o comportamento do agente”. (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.258.)

Sobre isso,

Não é exatamente um princípio, em sua acepção técnica [...], nem está expressada em norma jurídica específica, mas decorre, de um lado, da unidade do ordenamento jurídico, e de outro, da própria legalidade substancial e global dos comportamentos autorizados pelo Direito. Significa, apenas, que a tipificação formal de um comportamento como proibido há de encontrar correspondência no ordenamento jurídico globalmente considerado, ou seja, é necessária a efetiva reprovação da ordem jurídica sobre essa conduta.²¹⁰

Diante da ausência de clareza sobre o tipo aplicado no caso SKF, restaria saber se havia alguma indicação de reprovação jurídico-administrativo na experiência do Cade. A indagação foi respondida expressamente pelo Tribunal do Cade no voto do ex-Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, que ressaltou que se trata da primeira condenação sobre a fixação de preços de revenda.

Uma crítica possível, ainda que pouco fundamentada, seria de que nenhuma multa poderia ser aplicada para agentes cujo comportamento não tenha sido analisado pelo Cade. Seria uma noção simplória e errática, considerando que a crítica não é sobre o teor da decisão aplicada pelo Tribunal, mas sim pelo contexto institucional envolvendo os agentes e a conduta.

Uma hipótese distinta seria no caso de um comportamento dúbio em seus efeitos, mas sem uma presunção de ilicitude pelo seu próprio objeto²¹¹. Para ficar no âmbito das restrições verticais, toma-se como exemplo os contratos associativos. Ainda que sua pactuação seja reconhecida como lícita em seu objeto, poderá implicar efeitos anticompetitivos, considerando as particularidades dos mercados relevantes envolvidos. Diante disso, o Cade formulou, por Resolução, diretrizes para que os agentes saibam, *ex ante*, os limites e riscos da prática, especialmente no tocante ao compartilhamento de informações entre os concorrentes em associação.

²¹⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.267-268.

²¹¹ Nesse contexto, as palavras de Burini: “[a] divergência crônica pode ser interpretada como reflexo positivo de discussão dinâmica e desenvolvimento da ciência jurídica, inerente à atividade hermenêutica e à liberdade funcional dos julgadores. Mas pode também ser fator de insegurança jurídica porque não estabelece elementos seguros e velozes para refutar pedidos improcedentes fundados em teses repetitivas, não permite o cálculo do movimento dos agentes de mercado (e demais consumidores de justiça) para antecipar o sucesso ou fracasso de uma tese ou pretensão, contraria a tendência de racionalização dos provimentos jurisdicionais e preceitos de tempestividade, celeridade e efetividade da tutela jurisdicional.” (BURINI, Bruno Corrêa. *Processo administrativo de apuração de conduta anticoncorrencial: perspectiva instrumentalista*. 2010. 298 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito de São Paulo, USP, São Paulo, 2010, p. 268)

A importância da compreensão *ex ante* sobre a reprovação administrativa é um dos fundamentos da segurança jurídica. Não diretamente, como na cognição em uma cadeia de preceitos e princípios. O que se está tentando enunciar é a noção de que há uma teia – rígida quando funcionamento, mas flexível em sua composição –, que é o ordenamento jurídico do qual o direito administrativo sancionador da concorrência se insere.

Isto é, o bloco normativo não limita o administrador às aplicações de sanções pela conduta analisada. Vai além: isso consta na lei antitruste como exemplo de condutas anticompetitivas – desde que se configure o abuso previsto no caput do art. 36. O que se quer dizer é que a relação entre os blocos normativos é capaz de gerar um bloco formativo. Não se fala propriamente em colisão de normas, nem sopesamento de princípios²¹². O que se conclui é que as particularidades de cada uma dessas regras e princípios configuram um conjunto de probabilidades que devem ser não contrabalanceadas – considerando que sua vigência é mantida em sua inteireza –, mas *dosadas* diante do caso prático.

A possibilidade para implicar determinada sanção antitruste passará em primeiro lugar, logicamente, pela legalidade, considerando competência e substância material, evidentes nesse bloco normativo preliminar. Uma vez passada a trava da legalidade, essa conclusão deve ser analisada também diante dos demais blocos normativos que podem, pelo menos, tangenciar o produto da análise primeira.

Esse processo pode ser exemplificado pelo mesmo ato administrativo referente à tomada de decisão de infligir uma sanção pelo administrador público. Ainda que esteja o primeiro bloco normativo dentro dos ditames legais, isto é, presente uma preliminar de legalidade, essa conclusão deverá ser confrontada pelos novos blocos normativos – por exemplo, valores a serem conferidos (ou não), tais como a necessidade, razoabilidade e proporção, no caso de atos discricionários. Esse segundo bloco normativo será bastante para verificar a existência de legalidade no ato praticado.

Na visão do administrador público, esse processo será fundamental na tomada de decisão. Já pela perspectiva do administrado, há uma necessidade de tomar ciência prévia sobre a legalidade (ou não) de condutas que podem gerar obrigações negativas contra si, isto é, os limites da zona cinzenta das condutas que podem gerar visões diferentes diante de

²¹² Nesse sentido, "[t]ratando-se de regra, a ponderação entre os princípios da legalidade e da segurança jurídica já foi feita pelo legislador, competindo ao aplicador apenas verificar se os pressupostos que integram o preceito estão, ou não, concretamente verificados." (COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 237, p. 271-316, jul./set./2004, p. 314.)

competências distintas. No caso da alteração de interpretações administrativas no direito administrativo sancionador antitruste, entende-se que essa ciência prévia engendrará o dever de desconstruir as bases anteriores antes (ou durante) do processo de mudança²¹³.

Por fim, não há tensões entre o dever de motivação e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Como demonstram Marrara e Nohara, “[a] razoabilidade analisa basicamente o equilíbrio entre meios e fins, especialmente no tocante à adequação dos meios tendo em vista a aptidão para atingirem determinadas finalidades”²¹⁴. Portanto, uma sanção administrativa poderá ser anulável (pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário) caso haja outra medida, menos gravosa, para atingir aos objetivos da atividade própria ao administrador(a) público(a).

5.2. A ilicitude pelo objeto como infração de perigo abstrato no Brasil

Não seria adequado “importar” particularidades do direito penal para o direito administrativo geral. Como ressaltado já em sua primeira frase, trata-se de um trabalho cujo escopo é a atividade sancionadora da Administração Pública pelos agentes do SBDC. No tocante à faceta sancionadora do Direito Administrativo, essa noção não é tão clara.

Há discussões doutrinárias e práticas sobre a inevitável intersecção entre o direito penal e direito administrativo sancionador, bem como suas evidentes distinções (ontológicas e teleológicas)²¹⁵. Reconhecendo as discussões sobre ambas as facetas do Direito Sancionador

²¹³ Em sentido semelhante, cf. SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani; JURKSAITIS, Guilherme J. Interpretações administrativas aderem à lei? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.260, mai./ago. 2012, passim.

²¹⁴ MARRARA, Thiago; NOHARA, Irene Patrícia. *Processo administrativo: Lei nº 9.784/99 comentada*. São Paulo: Atlas, 2009, p.52. E adicionam: “O grau de utilização do juízo de razoabilidade dos atos estatais e condizente com o clima democrático presente nas instituições no geral, por isso, a regra de proporcionalidade é associada na Alemanha e em Portugal como uma cláusula pressuposta no Estado Democrático de Direito”. (Idem, p.53)

²¹⁵ “[Q]uando se reconhece – e não há lógica em se deixar de reconhecer – a existência de ao menos alguma diferença entre direito penal e direito administrativo, ainda que somente de natureza quantitativa, abre-se o caminho para a ideia de que as garantias são as mesmas, mas devem sofrer nuances, adaptações, delimitações no campo do direito administrativo sancionador. E, com isso, boa parte da força retórica da ideia de unidade do *ius puniendi* se esvai. [...] Diante dessa discussão, deve-se, em primeiro lugar, rechaçar a ideia de um único *ius puniendi* em razão de seu caráter autoritário, como já anteriormente, A seguida, cumpre reconhecer que a concepção traz, ainda, um caráter reórico, que visa a justificar a aplicação das garantias do direito penal à esfera administrativa, mas que acaba por apresentar sérios problemas de fundamentação, ao ignorar as diferenças normativas existentes entre os dois ramos do direito.” (COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. 261 f. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p.175-176).

(Administrativo e Penal)²¹⁶, parte-se da noção da unidade *mediata* do *ius puniendi* do Estado. O *mediatismo* se justifica não pelo reconhecimento de uma suposta unidade entre os ramos²¹⁷, mas sim pela base constitucional subjacente ao Direito Penal e Administrativo (Geral ou Sancionador)²¹⁸.

Com o exame das particularidades da defesa da Ordem Econômica na Constituição Federal, seguido pelos elementos do regime sancionador antitruste à luz do artigo 36 da Lei 12.529/2011, foi possível engendrar bases normativas e dogmáticas para analisar o regime da ilicitude pelo objeto – ponto central do *status quo* da interpretação do Cade sobre a fixação de preços de revenda a partir da decisão no caso SKF já detalhado.

Marrara elenca duas categorias de infrações administrativas na Lei 12.529/11. A primeira indica “condutas que causam *dano efetivo* à ordem econômica; a segunda depende da

²¹⁶ Para Osório, “[f]orçoso alertar, desde logo, que outros ramos jurídico também trabalham com as noções de “penas” ou “sanções”, como ocorre com os direito civil, trabalhista ou processual, mas estes não integrariam a mesma categoria unitária, a que se submetem as sanções penais e administrativas, porque os objetos focado não é todo o poder punitivo que possa emergir do ordenamento constitucional, mas apenas o Direito Público Punitivo, mais especialmente o Direito Sancionador que se subdivide nos ramos penal e administrativa, com suas funções de regulação global de valores sociais. A unidade de pretensão punitiva estatal se refere, pois, fundamentalmente, aos dois mecanismos básicos de que o Estado dispõe para garantir a ordem pública e o ordenamento globalmente considerados: os direitos penal e administrativo”. (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.119-120)

²¹⁷ “Uma profunda incoerência, ao meu ver, na tese da suposta unidade absoluta pretensão punitiva estatal, reside, basicamente, na ausência de unidade de princípios jurídicos de um direito público estatal ou constitucional na regulação das mais diversas formas de expressão do *ius puniendi*. [...] Não se trata de um sancionamento geral ou global, nem de um poder punitivo derivado de um regime jurídico estatal unitário,” (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.120)

²¹⁸ Nas palavras de Osório, “[a] unidade (parcial) impõe traços em comum e umas mínimas garantias, mas as diferenças impõe tratamentos desiguais justificados, desenvolvimento de princípios próprios do Direito Administrativo Sancionador, que é, antes de tudo, direito administrativo por excelência, até porque já não se discute que ilícitos penais e administrativos se encontram debaixo de regimes jurídicos, em sua maior parte, distintos, conquanto balizados por princípios estruturalmente muito próximos e radicalmente comuns em suas origens constitucionais. Em realidade, a unidade nada mais é do que a comum origem constitucional: direito penal e Direito Administrativo obedecem a comandos constitucionais e, nesse sentido, submetem-se a princípios constitucionais que norteiam o poder punitivo estatal. Isso não quer dizer, em absoluto, que esses princípios sejam idênticos ou que esse poder punitivo se submeta a idênticos regimes jurídicos ” (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.142-143.) Em semelhante conclusão, “as sanções administrativas resultam em vulnerações do direito de propriedade (dentre outras sanções, apresentam este caráter as multas, os perdimento de bens, a demolição) [...], dentre outros, razão pela qual o regime jurídico a incidir neste campo precisa ser mais exigente. Por isso, entende-se que o fundamento para o citado regime jurídico não é penal, mas sim constitucional – com, aliás, reconhece boa parte da doutrina, inclusive alguns autores que abraçam a tese de um só *ius puniendi*.” (COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada.. 261 f. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p.177)

mera constatação do *perigo de dano*” (grifos nossos), sendo essa última compreendida como uma espécie de “versão administrativa do crime de perigo”²¹⁹.

Forçoso retornar às lições da seara penal. As formas de proteção dos bens jurídicos penalmente tutelados são, sinteticamente, representadas por meio das categorias de atos de dano ou de perigo. No primeiro caso a lei reprime uma conduta relacionada à lesão praticada, isto é, o dano concreto²²⁰. No segundo, deve-se repisar a divisão doutrinária entre perigo concreto e abstrato. Enquanto os crimes de perigo concreto têm a função de evitar a conduta antes que o bem jurídico seja lesado, os crimes de perigo abstrato se fundamentam em um risco presumido²²¹.

Essa distinção não é meramente formal. No caso dos crimes de dano, há um dever do agente acusatório de provar a efetiva lesão ao bem jurídico. Crimes de perigo alteram esse regime de ônus probatório.

No caso de crimes de perigo concreto, o agente acusatório ainda deve demonstrar a existência da prática e sua relação de perigo ao bem jurídico tutelado – portanto, um juízo *ex post*²²². Verificada a prática, os efeitos nocivos aos bens jurídicos poderão ser presumidos, cabendo ao acusado demonstrar a ausência do dano (presunção *iuris tantum*).

Nos crimes de perigo abstrato isso não se observa. Aqui a ilicitude parte de um juízo *ex ante* sobre os riscos/perigos da conduta diante do bem jurídico protegido, prescindindo de uma análise *ex post* da mera possibilidade de gerar os efeitos danosos. Isto é, parte-se de uma presunção absoluta (*iuris et de iure*).²²³ Nos crimes de perigo abstrato, o juízo de periculosidade da conduta foi previamente delimitado pelo Poder Legislativo. Dito de outra maneira, a opção por uma ilicitude *ex ante* foi preenchida na formulação do teor sua tipicidade.

²¹⁹ MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência* – organização, processos e acordos administrativos. São Paulo: Atlas, 2015, p.209.

²²⁰ Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.90-91.

²²¹ A literatura no tema é contundente na visão de que são crimes clássicos da sociedade pós-moderna. Cf. SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico: fundamentos, limites e alternativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p.68.

²²² Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.95.

²²³ Nos crimes de perigo abstrato, não há necessidade de verificar sequer o perigo. “Na realidade, observa-se que é pacífica a ausência de perigo no tipo, visto que no perigo abstrato não se menciona o perigo entre os elementos”. (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.97)

Já no controle repressivo administrativo de condutas anticompetitivas no Brasil, é impossível aplicar um juízo abstrato de periculosidade, isto é, um desvalor *ex ante* sobre a conduta antes de verificar os requisitos nos termos da lei antitruste. Mesmo um cartel internacional *hardcore* em uma licitação, documentado e comprovado, deverá ser analisado à luz de seus efeitos líquidos, sejam produzidos ou presumidos. É evidente de que, nesse caso, o trabalho probatório será mais simples, uma vez que será improvável que os agentes sejam capazes de demonstrar a ausência de efeitos pró-concorrenciais.

Portanto, não se reconhece a existência de condutas que tenham *como objeto* a criação efeitos anticompetitivos. O que poderá ser colocado sob escrutínio, portanto punível pelo controle repressivo, são condutas que tenham uma racionalidade econômica (objeto) vinculada, necessariamente, a efeitos anticompetitivos. Igualmente, somado à ausência de uma jurisdição administrativa no Brasil, o conceito de infração *per se* é natimorto, pois não decorreria da própria essência do ato, mas sim pelo juízo sobre seus efeitos (sejam concretos ou presumidos).

A partir da reflexão sobre os conceitos dos elementos da dogmática penal, é possível compreender, à luz das infrações puníveis no rito do processo administrativo sancionador antitruste, três espécies de infrações: infração de dano, infração de perigo concreto e infração de perigo abstrato.

Infrações de dano são verificadas seguindo um roteiro simples: a constatação da prática e verificação dos efeitos líquidos resultantes de tal infração.

Uma infração de perigo concreto, por sua vez, poderia ser verificada pela *possibilidade* dos efeitos, isto é, “uma ação ou omissão torna-se ilícita não pelos seus contornos fáticos, mas sim por suas implicações concorrenciais”²²⁴. Um exemplo de infração de perigo concreto seria uma formação de cartel que ainda não havia gerado os lucros de monopólio esperados antes de ser descoberta. Embora a conduta não tenha alterado a estrutura dos mercados, a infração não depende da concretização dos efeitos (econômicos) anticompetitivos, uma vez que a reprovação nasce pela desestabilização do ambiente concorrencial – institucional/difuso por natureza. Poderá o agente, porém, demonstrar que sua prática tenha sido inócua ou positiva para a ordem concorrencial, mas sem uma presunção em seu favor.

²²⁴ MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – organização, processos e acordos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2015, p.107.

Por fim, na infração de perigo abstrato a conduta será presumida ilícita, não cabendo espaço probatório de eficiências ou sua mera falta de efeitos anticompetitivos. Trata-se, nesse caso, da aplicação à risca da “regra *per se*”, que tem o condão da presunção absoluta de ilicitude.²²⁵

Essa gritante semelhança pode levar à conclusão de que a ilicitude pelo objeto, nos termos da decisão no caso SKF, é a versão administrativa do crime de perigo concreto. Em que pese as semelhanças, a ilicitude pelo objeto não pode ser entendida como idêntica à regra *per se*. Assim como o crime de perigo de dano abstrato, a ilicitude pelo objeto pressupõe um regime de presunção em que a conduta será presumida ilícita, mas admitindo prova em contrário. Essa presunção *iuris tantum* não pode ser compreendida com o pressuposto *iure et de iure* da regra *per se*, que não admite prova contrária de eficiências.

O ponto central do problema é que a escolha pelo método alterará, diretamente, o *enforcement*: enquanto o ônus probatório dos efeitos anticompetitivos incidir sobre a autoridade antitruste²²⁶, é improvável que se consiga condenar o agente econômico por fixação de preços de revenda; de outro lado, se o ônus da prova da *ausência* de efeitos nocivos à concorrência recair sobre o administrado²²⁷, é muito provável que seja condenado pela autoridade.

Em outras palavras, considerando a conduta sob a regra da razão “pura”, isto é, sem levar em conta a ilicitude pelo objeto, a configuração de ilicitude dependerá da verificação de efeitos anticompetitivos para uma eventual condenação. Já na ilicitude pelo

²²⁵ Em posicionamento contrário, cf. Taufick: “[p]or outro lado, a adoção desse entendimento não tem qualquer repercussão sobre a possibilidade de invocar a regra *per se* nas análises de condutas. A regra *per se* costuma, apenas, inverter o ônus da prova em face do administrado, de tal forma que, adotando certas presunções que permitem concluir pela produção de efeitos dos seus atos sobre o mercado, se exija que o investigado as afaste. [...] Isso não significa que as regras *per se* não consistem em presunções absolutas (*iuris et de iure*), mas na simplificação do processo de instrução por meio do deslocamento do ônus da prova a quem seja mais factível invertê-lo (presunção relativa ou *iuris tantum*).” (*A lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência*. São Paulo: Método, 2012, p.151)

²²⁶ Taufick, por exemplo, sintetiza a regra *per se como*, regra geral, a mera alteração do ônus probatório. Em suas palavras, “[a] regra *per se* costuma, apenas, inverter o ônus da prova em face do administrado, de tal forma que, adotando certas presunções que permitem concluir pela produção de efeitos dos seus atos sobre o mercado, se exija que o investigado as afaste”. (TAUFICK, Roberto Domingos. *A lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência*. São Paulo: Método, 2012, p.151)

²²⁷ Cf. “Assim, pelo prisma dessa Lei [Antitruste], pode-se considerar que o modal deontico ‘é permitido’, que está por trás da fonmatação original do princípio da livre-iniciativa, mesmo que implícito, converte-se em ‘é proibido’, quando provado o envolvimento do agente econômico em prática de ilícito ou quando demonstrada a possibilidade e probabilidade de que uma concentração econômica resulte efeitos líquidos negativos à sociedade. [...] Os modais deonticos subjacentes ao princípio da livre concorrência refletem os mandamentos ‘é obrigado’ a investigar e provar quando dirigidos às autoridades antitruste. Por sua vez, na perspectiva dos agentes dotados de poder econômico, cabe ‘é obrigado’ a demonstrar a racionalidade econômica de seu comportamento ou movimento concentracionista.” (DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. *Direito Antitruste*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 64)

objeto isso não seria necessário, vez que a conduta será presumidamente ilícita *ex ante* pela autoridade. A configuração da ilicitude será automática, bastando constatar a realização da prática, de forma que seria possível proceder a uma condenação sem a aferição completa sobre os possíveis efeitos anticompetitivos, caso o agente representado não seja capaz de demonstrar a lógica de eficiência subjacente à sua conduta²²⁸.

Em síntese, pela regra da razão utilizada antes do caso SKF, a conduta poderá ser entendida como potencialmente reprovável, mas faticamente não será punida, considerando a dificuldade da autoridade em levantar os elementos probatórios. Na outra medida, a ilicitude pelo objeto propicia uma regra da razão que prescinde de prova dos efeitos para que a conduta seja punida. A diferença é que a condenação será fruto do próprio administrado, quando não for capaz de fazer prova de suas eficiências, bem como da ausência de efeitos anticompetitivos.

Com a nova realidade do controle prévio de estruturas, o momento do antitruste no Brasil é de repressão a condutas²²⁹. A mais grave delas é, indiscutivelmente, o cartel – uma conduta cujo próprio objeto é lucrar por meio da redução ou eliminar a concorrência. As condutas unilaterais estão em outra categoria de presunção. Seu objeto é de, supostamente, gerar eficiências econômicas. Nessa tarefa podem engendrar efeitos negativos ao ambiente concorrencial, sujeitando-se à reprovação pelo SBDC. No contexto da fixação de preços de revenda, um de seus riscos é a possibilidade de facilitação de cartel no mercado de distribuição²³⁰.

²²⁸ Sendo, portanto, nova evidência de como a ilicitude pelo objeto pode ser enfrentada como uma faceta da “regra da razão”: “[o]s dois componentes da regra da razão são, respectivamente, a existência de poder no mercado e as justificativas (concorrenciais ou extraconcorrenciais) para o ato. A primeira é a existência e/ou possibilidade de criação do poder econômico. Esse requisito faz todo sentido quando se fala de ilícitos de dominação e/ou abuso de situação de dominação. Neles, inexistente a situação real ou potencial de poder, o controle concorrencial é desnecessário e ineficaz, exatamente porque o objetivo/necessidade de persecução desse ilícito é evitar a formação/utilização abusiva do poder. Inexistente o poder, não existe razão para persecução do comportamento. Assim, é imperativo que se pesquisa a fundo a existência, ou não, no poder no mercado. O segundo componente da regra da razão deriva de imperativo lógico e de política econômica. O imperativo lógico consiste na inexistência de justificativas pró-concorrenciais para o ato. Em sua presença, o ilícito, obviamente, sequer se verifica.” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.81-82)”

²²⁹ MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – organização, processos e acordos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2015, p.205.

²³⁰ “No mercado do fabricante, essa prática garantiria o respeito ao cartel, reduzindo os efeitos desestabilizadores da concorrência intramarca e, sobretudo, desencorajando a concessão de descontos secretos. Hipoteticamente, tomemos os dois únicos fornecedores de determinado remédio que, com o escopo de diminuir a concorrência entre si, fazem um acordo de preços, fixando-os bem acima de seu custo marginal. O grau de dependência dos consumidores é elevado e, por conta do cartel, os lucros a serem auferidos pelos fabricantes serão incrementados. Supondo que cada um deles possua ampla rede de distribuição exclusiva, sem a imposição do preço final, o revendedores provavelmente concorrerão entre si e, dessa forma, seguirá a disputa entre as duas marcas.”

Portanto, mais do que “uma conduta unilateral”, a FPR poderia ser enfrentada pelos seus efeitos mediatos no escopo preventivo do Cade (retornando a discussão da infração de dano abstrato), ainda que no âmbito da repressão de condutas. e perigo de dano abstrato. Aceitando essa premissa, pretende-se responder se a FPR poderá ser analisada como infração d Isso dependerá de uma certa concretude para esclarecer os conceitos.

Hipoteticamente, a fixação de preços de revenda (conduta 1) é uma conduta unilateral materializada pelo agente primário, que, além de influenciar a cadeia produtiva pelo seu objeto, *poderia* gerar incentivos para a cartelização (conduta 2) entre os agentes secundários (que tiveram os preços fixados). Nesse caso, o efeito anticompetitivo mediato da conduta 2 (cartel) traspassa o agente que praticou a conduta 1 (FPR). O resultado da conduta 2 é anticompetitivo, mas se pode questionar que, a despeito dos incentivos criados pelo agente da conduta 1, não houve nenhuma coação para que formassem o cartel.

De maneira sintética, a consequência da conduta 1 do agente primário foi fundamental para que os agentes secundários praticassem o ato 2. Estaria-se diante, portanto, de uma conduta definida como o *incentivo à cartelização entre agentes verticalizados*. Nessa hipótese, o cartel foi provado e seus efeitos líquidos podem ser aferidos pela autoridade, aplicando uma multa aos agentes secundários, sem prejuízo aos efeitos no âmbito criminal. Se houvesse a certeza de que essa conduta primária *sempre* engendraria a conduta secundária, não haveria sentido em desconsiderar a conduta 1 como presumidamente ilícita, gerando suas consequências sobre a inversão automática de ônus probatório. As coisas não são tão simples.

Em outra hipótese, desta forma calcada nos fatos, há uma *possibilidade* de que a conduta 1 seja capaz de *incentivar* os agentes secundários para efetivar a conduta 2. Aqui há duas condicionais importantes: a possibilidade e o incentivo. As condicionais não apenas existiam no caso anterior, como foram praticadas e documentadas. Nessa hipótese não há prova de que a conduta 2 tenha sido praticada pelos agentes secundários. Dito de outra maneira, o agente primário estaria sendo investigado por uma conduta *em potencial* passível de efetivação não por ele, mas pelo agente secundário. Eis o ponto fulcral para a configuração.

Outro problema é sobre a (i)legalidade na repressão antitruste de atos futuros, o que pode ser clarificado pela potencialidade como essência para sanção. Crê-se que é nessa discussão em que o debate sobre a ilicitude pelo objeto pode ser sintetizado.

A ausência de uma certeza absoluta sobre a visão da autoridade sobre determinados atos é uma forma de restringir, pelo poder privado, a discricionariedade dos atos públicos nos limites legais determinados. O fato é que na aplicação de sua discricionariedade, o administrador deverá ponderar sobre os fatores *tempo e experiência* para tomar uma decisão eficiente. Em outras palavras, não há textualmente, no ordenamento jurídico, o tempo necessário para consolidar uma percepção do poder público sobre atos privados²³¹.

A aplicação de normas num contexto sem garantias de um ambiente institucional consolidado é um risco por si própria, vez que poderá criar uma ruptura. Com a analogia de um edifício, não haveria cabimento em erigir andares sem fim sem pensar numa estrutura sólida que comporte a substância de suas propostas. Trata-se de dar um *zoom out* (diminuir o zoom), que tem a vantagem de compreender o contexto ao torno (mas com desvantagem de perder detalhes), para, em seguida, retomar para o *zoom in* (aumentar o zoom) para o tamanho atual para trabalhar sobre as ideias. Trazendo o abstrato-concreto (assunto para a analogia) para o concreto-abstrato (analogia para o assunto), trata-se de consolidar a estrutura institucional antitruste antes de tomar decisões que podem ser um esforço inútil sob a ótica do administrador público. Restringir para compreender os próprios limites. Em seguida, com o molde já rígido, pode-se começar em pensar na flexibilização sobre a aplicação.

5.3. A necessária harmonização entre o princípio da segurança jurídica e os precedentes administrativos como pilar do Estado de Direito

Qual o grau de vinculação da autoridade administrativa aos precedentes exarados por ela própria ao longo do tempo? E quais os elementos dos precedentes que deverão ser levados em consideração na análise? Isto é, deverá ser analisado apenas o núcleo normativo duro das decisões, ou os construtos jurisprudenciais podem ser um fator para engendrar, para além da dogmática, eventuais súmulas administrativas? Essa questão será analisada a partir da tensão entre legalidade e eficiência na atividade da administração pública, além dos limites do poder normativo dos atores da administração indireta – caso do Cade.

²³¹ Em vários momentos o ordenamento jurídico apresenta prazos, materiais ou processuais, estipulados necessários para evitar que os conflitos perdurem.

Como relatam Domingues e Gaban, “[a] aplicação de sanções em geral devem seguir os parâmetros legais, assim como os princípios que norteiam o processo administrativo para que se evite a judicialização das decisões do Cade com possibilidade de reforma”²³².

Ao tratar sobre os limites da vinculação à jurisprudência administrativa, assim Marrara enuncia:

A necessidade de respeito à jurisprudência administrativa representa, para o poder público, uma obrigação primária (i.e., não absoluta) de observância de decisões administrativas anteriores a despeito de não se vincularem ao mesmo caso concreto. As entidades administrativas, no exercício de seu poder decisório de efeito externo (ou seja, relativo a decisões que afetam particulares ou servidores públicos sob poder disciplinar administrativo), deverão sempre levar em conta as decisões passadas em casos semelhantes. Essa implicação da boa-fé é de grande relevo para entidades públicas com função decisional (tal como as agências reguladoras ou comissões administrativas permanentes). Esse mandamento oriundo da boa-fé representa uma hipótese específica da aplicação da teoria dos fatos próprios ou da vedação do *venire contra factum proprium*. A administração pública se vincula a seus próprios posicionamentos passados no sentido de gerar um padrão decisório para o futuro que não deve ser alterado injustificadamente. Essa aplicação da teoria dos fatos próprios encontra raiz no princípio da isonomia que, como sabido, impõe o tratamento idêntico de situações idênticas e o tratamento diferenciado de situações diversas. Nessa linha, decisões diferentes para dois ou mais casos semelhantes somente serão aceitáveis por uma expressa diferenciação prevista em lei ou ato normativo, ou mesmo por força de um interesse público claro, específico e adequado ou, ainda, caso as situações insiram-se em cenários fáticos significativamente distintos (tornando inaplicáveis os precedentes).²³³

Mas não basta, portanto, uma mera decisão no mesmo sentido. Mas as consequências e diretrizes são claras:

Se as situações submetidas à decisão estatal são idênticas, o tratamento diferenciado de um caso mais novo em relação ao caso anterior poderá ocorrer apenas se:

a) O caso anterior foi julgado com base em outro direito ou, quando o direito seja o mesmo, com base em uma interpretação incorreta ou não mais aceita (por exemplo, porque a decisão ou jurisprudência judicial a vedou). Naturalmente que, se a interpretação anterior era ou se tornou ilegal, sua aplicação não pode ser exigida no presente por força do princípio da legalidade administrativa. Daí ser possível afirmar que não existe direito subjetivo do cidadão a um padrão decisório estatal considerado ilegal;

²³² DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. *Direito Antitruste*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.173.

²³³ MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitador da discricionariedade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 259, mai. 2013, p.232-3.

b) O caso anterior foi julgado com base no mesmo direito, mas em vista de um cenário fático totalmente diverso do atual (por exemplo, caso anterior julgado em tempo de paz e caso recente em tempo de guerra). Nessa última situação, é o interesse público analisado no contexto fático que impõe o tratamento diferenciado.

Em todas as situações, o relevante é que a alteração do posicionamento jurisprudencial da administração pública venha sempre acompanhada dos motivos fáticos e/ou jurídicos para tanto. Tal exigência é feita, de modo expresso, pelo art. 50, inciso VII da Lei no 9.784/1999.²³⁴

Isso nos leva à necessidade de adentrar no mérito das decisões. Não por sua motivação substancial, mas pela “densidade jurídica” do precedente. Como menciona Burini, “[s]e a alta densidade jurídica de um precedente atomizado não for suficiente para atuar o direito, a ampliação subjetiva por meio de preceitos uniformizantes é capaz de gerar o volume necessário a uma repercussão suficiente”²³⁵.

Considerando a repetição de decisões semelhantes,

A uniformização de decisões é instrumento de segurança e previsibilidade na interpretação sobre fatos semelhantes. No Cade, a pretensão uniformizadora se reflete a partir da edição de súmulas; ainda que elas não se justifiquem no atual estado da arte, trata-se de esforço adequado ao alcance do escopo jurídico do processo.²³⁶

E é justamente neste ponto que se fundamenta a segurança jurídica pela leitura da Lei de Processo Administrativo Federal:

O princípio foi incorporado para combater a prática reiterada em alguns órgãos administrativos de mudar a orientação de determinadas normativas que afetassem situações reconhecidas e consolidadas na égide da orientação anterior, o que gerava insegurança aos administrados.²³⁷

A fundamentação teórica do princípio da segurança jurídica parte de três elementos basilares: a boa-fé, a segurança jurídica em sentido estrito e a proteção à confiança. Como preleciona Almiro do Couto e Silva,

²³⁴ MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitador da discricionariedade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 259, mai. 2013, p. 233.

²³⁵ BURINI, Bruno Corrêa. *Processo administrativo de apuração de conduta anticoncorrencial: perspectiva instrumentalista*. 2010. 298 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito de São Paulo, USP, São Paulo, 2010, p.272

²³⁶ Idem, p. 282

²³⁷ MARRARA, Thiago; NOHARA, Irene Patrícia. *Processo administrativo: Lei nº 9.784/99 comentada*. São Paulo: Atlas, 2009, p.65.

[p]or vezes encontramos, em obras contemporâneas de Direito Público, referências a “boa fé”, “segurança jurídica” e “proteção a confiança” como se fossem conceitos intercambiáveis ou expressões sinônimas. Não é assim ou não é mais assim. Por certo, boa fé, segurança jurídica e proteção à confiança são idéias que pertencem à mesma constelação de valores. Contudo, no curso do tempo, foram se particularizando e ganhando nuances que de algum modo as diferenciam, sem que, no entanto, umas se afastem completamente das outras.²³⁸

Di Pietro menciona os dois significados para o princípio da segurança jurídica: “o sentido objetivo, que se relaciona com a estabilidade no direito; e o sentido subjetivo, que protege a confiança do administrado nos atos do poder público”²³⁹. Complementando o conceito,

“[a] segurança jurídica é entendida como sendo um conceito ou um princípio jurídico que se ramifica em duas partes: uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva. A primeira, de natureza objetiva, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. [...]

A outra, de natureza subjetiva, concerne à proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação”²⁴⁰.

O professor Almiro do Couto e Silva destaca a origem a faceta *subjetiva* da segurança jurídica, “identificada como ‘proteção à confiança’ (*Vertrauensschutz*, no direito germânico) ou ‘proteção à confiança legítima’ (no direito comunitário europeu), ou, respectivamente, ‘princípio da proteção à confiança’ ou ‘princípio da proteção à confiança legítima’.”²⁴¹. Nesse sentido, é possível compreender a proteção à confiança, de um lado, como a “manutenção do *status quo*”, e de outro, um mecanismo para “evitar que as pessoas sejam surpreendidas por modificações do direito positivo ou na conduta do Estado, mesmo

²³⁸ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 237, p. 271-316, jul./set./2004, p. 272.

²³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. O princípio da segurança jurídica diante do princípio da legalidade. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012, p.14. No mesmo sentido, cf. COUTO E SILVA: “A segurança jurídica é entendida como sendo um conceito ou um princípio jurídico que se ramifica em duas partes: uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva. A primeira, de natureza objetiva, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.” (O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 237, p. 271-316, jul./set./2004, p. 273).

²⁴⁰ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 237, p. 271-316, jul./set./2004, p. 273-274.

²⁴¹ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 237, p. 271-316, jul./set./2004, p. 275.

quando manifestadas em atos ilegais, que possa ferir os interesses dos administrados ou frustrar-lhes as expectativas.”²⁴²

No tocante ao aspecto objetivo, relacionado à estabilidade dos atos públicos, cabe à Administração conferir feições de certeza e estabilidade de seus atos. Essa estabilidade pressupõe, para Valim,

“a cognoscibilidade, dentro de padrões de razoabilidade, do conteúdo do comando jurídico. Em outras palavras, é imperioso que o indivíduo saiba, dentro de critérios objetivos e de antemão, as normas jurídicas que incidirão sobre o seu comportamento e sobre o comportamento dos demais, sem o que não é dado exigir os respectivos comportamentos”²⁴³

Portanto, de um lado trata-se do dever de proteção da confiança nos atos públicos nas relações com os agentes privados. Mas além que isso, é possível falar numa proteção do próprio ambiente institucional, uma vez que este é capaz de condicionar as relações entre os agentes em determinado contexto. Dito de outra maneira, essa relação condicional exige uma harmonia entre os limitantes e agentes atingidos pela restrição, isto é, um todo harmônico entre as balizas e aqueles que forem limitadas por elas. Essa harmonia pode ser entendida como um requisito para um Estado Democrático de Direito.

5.4. Instrumentos para a maximização da segurança jurídica sobre a FPR no Brasil

5.4.1. Aspectos legislativos e o projeto Sundfeld/Azevedo

A justificativa por esta opção pode ser explicada por uma razão simples. O projeto de Lei do Senado 359/2015, redigido pelos professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, pretende inserir disposições sobre o direito público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 1942). Essas disposições são, sinteticamente, sobre o dever de segurança jurídica e a eficiência na criação e aplicação do direito público.

Considerando que o Cade é uma autarquia, ou seja, um órgão da Administração Federal indireta, suas atividades serão afetadas.

²⁴² COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 237, p. 271-316, jul./set./2004, p. 275-276.

²⁴³ VALIM, Rafael. O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2010. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto (coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p.75.

Nos termos do projeto de lei, e especialmente para o tema da pesquisa, sublinhamos as seguintes disposições (com grifos nossos):

Art. 22. A decisão administrativa, controladora ou judicial que, com base em norma indeterminada, **impuser dever ou condicionamento novo de direito, ou fixar orientação ou interpretação nova, deverá prever um regime de transição**, quando indispensável para que a submissão às exigências se opere de modo proporcional, equânime e eficiente, e sem prejuízo aos interesses gerais.

Parágrafo único. Se o regime de transição não estiver previamente estabelecido, o sujeito obrigado terá direito a negociá-lo com a autoridade, segundo as peculiaridades de seu caso e observadas às limitações legais, celebrando-se compromisso para o ajustamento, na esfera administrativa, controladora ou judicial, conforme o caso.

Art. 25. A revisão, na esfera administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado **levará em conta as orientações gerais da época, não se podendo, com base em mudança posterior de orientação geral, considerar como inválidas as situações plenamente constituídas**.

Parágrafo único. **Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos** de caráter geral ou em **jurisprudência judicial** ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

De acordo com o artigo 25 do projeto, a Administração deverá considerar as “orientações gerais da época”, vedando, expressamente, o *venire contra factum proprium* nos atos administrativos. No parágrafo único do mesmo artigo, enunciam-se as “orientações gerais”, além das interpretações administrativas majoritária.

Isso significa que a situação enfrentada a partir do caso SKF, não necessariamente sobre a ilicitude ou não sobre a conduta, mas sim pela alteração dos modelos interpretativos, seria uma medida drástica e *contra legem*. Não se fala em engessar a interpretação, mas sim em estabilizar o ambiente em que uma alteração hipotética vindoura possa ser praticada.²⁴⁴

²⁴⁴ Nesse sentido, concorda-se com a noção proposta por Almiro do Costa e Silva: “[é] certo que o futuro não pode ser um perpétuo prisioneiro do passado, nem podem a segurança jurídica e a proteção à confiança se transformar em valores absolutos, capazes de petrificar a ordem jurídica, imobilizando o Estado e impedindo-o de realizar as mudanças que o interesse público estaria a reclamar. Mas, de outra parte, não é igualmente admissível que o Estado seja autorizado, em todas as circunstâncias, a adotar novas providências em contradição com as que foram por ele próprio impostas, surpreendendo os que acreditaram nos atos do Poder Público.” (O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 237, p. 271-316, jul./set./2004, p. 276.)

Nesse passo, o artigo 22 do projeto menciona um regime de transição, evitando possíveis mudanças bruscas de entendimentos. Nesse sentido pontuam os professores Floriano Marques Neto e Egon Bockmann:

É comum que a interpretação sobre normas administrativas mude com o tempo ou que haja divergência entre órgãos. Porém, o cidadão não pode ficar à mercê destas divergências. Então, o projeto prevê (em seu Artigo 22) que – tal qual ocorre hoje nas decisões do Supremo Tribunal Federal que declaram inconstitucional uma norma – sempre que houver uma mudança na interpretação, o órgão preveja um regime de transição proporcional, equânime e eficiente. O Direito não pode ser estático, mas também não há de ser uma “caixinha de surpresas.”²⁴⁵

No mesmo sentido, assim afirma Adilson Dallari

Mudanças de interpretação das normas jurídicas, ao longo do tempo, são inevitáveis, pois o Direito está em constante evolução, em decorrência de avanços tecnológicos ou sociais, de alterações no contexto normativo (afetando a interpretação sistemática) e de mudanças na composição dos quadros nos órgãos de deliberação coletiva, os quais são as principais fontes produtoras de orientações gerais.²⁴⁶

Pode restar uma dúvida: não bastam os princípios da Lei de Processo Administrativo Federal? A vantagem do projeto é que este alcançaria para além da atividade da União.

A relatora Simone Tebet refutou, de pronto, óbices quanto à juridicidade do projeto. Ela propôs algumas alterações, essencialmente formais, além de um artigo sobre a dosimetria das sanções. No tocante ao tema da pesquisa, também sugeriu a inclusão de artigo para concretizar o princípio da segurança jurídica²⁴⁷, o que poderá ser realizado por meio de pareceres e súmulas nos âmbitos competentes.

Em síntese, no caso de eventual aprovação do Projeto nos termos da Relatora, as *possibilidades* para promover a segurança jurídica serão alçadas a dever a ser cumprido pela

²⁴⁵ MARQUES NETO, Floriano Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann. Uma Lei para o Estado de Direito Contemporâneo. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes Pereira (coord). *Segurança Jurídica e Qualidade das Decisões Públicas* – Estudos sobre o Projeto de Lei n. 349/2015. Brasília: Senado Federal, 2015, p.11-12.

²⁴⁶ DALLARI, Adilson Abreu. Comentário ao artigo 25 do Projeto de Lei n. 349/2015.. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes Pereira (coord). *Segurança Jurídica e Qualidade das Decisões Públicas* – Estudos sobre o Projeto de Lei n. 349/2015. Brasília: Senado Federal, 2015, p.32.

²⁴⁷ Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas, pareceres normativos e respostas a consultas. Parágrafo único. Os instrumentos previstos no *caput* terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

Administração Pública. Isso valerá não apenas em seus atos administrativos pontuais, mas também por uma visão holística de seus atos *no e sobre o* ambiente institucional defendido nos limites de suas competências.

5.4.2 Soluções no âmbito do SBDC

5.4.2.1 Regime jurídico dos guias de análise

Reconhece-se, novamente, que há crença, aqui, de um ferramental capaz de gerar segurança jurídica qual tal fosse um fim a ser atingido. Entende-se, na verdade, na maximização da segurança jurídica no limite de suas particularidades no ambiente nas relações entre público e privado.

Isso pode ser realizado, também, por meio de medidas educativas, como estudos e documentos de trabalho apresentados à sociedade civil. Nesse sentido, a partir da gestão chefiada pelo ex-Presidente Vinícius Marques de Carvalho, o Cade colocou em consulta pública e publicou cinco guias de análise²⁴⁸: Guia de Análise de Concentração Horizontal (Guia H), Cartilha do Cade²⁴⁹, Guia de Gun Jumping, Guia de Compliance, Guia de TCC e, por fim, o Guia de Leniência.

Os guias de análise, em que pesem não serem vinculantes à Administração (isto é, ausente um poder normativo subjacente), os *guidelines* podem ser interessantes para que os administrados compreendam, *ex ante*, os entendimentos institucionais do Cade sobre determinado tema. Um guia de restrições verticais, portanto, seria uma possibilidade para que o Cade garanta mais segurança jurídica ao ambiente institucional, sem esbarrar nos delicados meandros da existência (ou não) de poder normativo.

5.4.2.2 Instituto da Consulta

Igualmente, uma possível alternativa seria a aplicação do instituto da Consulta, promovida por um agente privado às autoridades, de forma vinculante aos seus limites.

²⁴⁸ Cf. http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade>. Acesso em: 16.11.2016.

²⁴⁹ “O presente guia foi elaborado com o objetivo de levar aos servidores, colaboradores, empresas e demais cidadãos interessados informações referentes à legislação da Concorrência, ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica e sua atuação no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Este documento foi estruturado de modo a situar o leitor no contexto histórico da Defesa da Concorrência e na Lei atual, bem como esclarecer o funcionamento do Cade e os conceitos utilizados em suas atividades” (*Cartilha do Cade*, p. 6)

A Lei n. 12.529/2011 trouxe em seu bojo a competência do Plenário do Tribunal do Cade para conhecer e decidir consultas formuladas:

Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei:

[...]

§4º O Tribunal poderá responder consultas sobre condutas em andamento, mediante pagamento de taxa e acompanhadas dos respectivos documentos.

§5º O Cade definirá, em resolução, normas complementares sobre o procedimento de consultas previsto no §4º deste artigo.

As normas complementares referentes ao §5º foram formuladas pelo Cade, após consulta pública, por meio da Resolução nº 12, de 11 de março de 2015²⁵⁰, que disciplinou o procedimento de consulta:

Art. 1º. Qualquer parte interessada poderá formular Consulta ao Tribunal Administrativo do Cade, nos termos dos arts. 9º, § 4º, bem como do art. 23, da Lei 12.529, de 2011, solicitando-lhe seu posicionamento sobre a aplicação da legislação concorrencial em relação a hipóteses de fato específicas, nos termos da presente Resolução.

Parágrafo único. Consideram-se interessados tanto o agente diretamente envolvido, quanto entidades ou associações que nas suas finalidades

Art. 2º. As Consultas aqui regulamentadas poderão versar sobre:

I – a interpretação da legislação ou da regulamentação do Cade atinentes ao controle de atos de concentração, em relação a certas operações ou situações de fato adequadamente definidas;

II – a licitude de atos, contratos, estratégias empresariais ou condutas de qualquer tipo, já iniciadas pela parte consulente; ou

III – a licitude de atos, contratos, estratégias empresariais ou condutas de qualquer tipo, já concebidas e planejadas, mas ainda não iniciadas pela parte consulente.

Considerando a vedação da resposta de consultas formuladas na forma de condutas em tese, a formulação deverá partir de um caso concreto - isto é, um risco seria a abertura de processo sancionador contra o consulente a partir das informações prestadas. Nesse sentido, assim dispõe a Resolução 12:

Art. 11. Quando, na hipótese do inciso II do art. 2º desta Resolução, o Tribunal entender pela existência de indícios de ilicitude da conduta já iniciada, será determinada, na mesma decisão, a conversão do procedimento de Consulta em uma das espécies previstas nos incisos I, II ou III do art. 48 da Lei 12.529, de 2011, respeitando-se os requisitos de instauração correspondentes a cada uma dessas espécies processuais.

²⁵⁰ Publicada no Diário Oficial da União de 17 de março de 2015, nº 51, seção 1, página 74.

Portanto, a regulamentação da Consulta não traz garantias como aquelas promovidas pelo Regimento Interno do Cade sobre o instituto do Acordo de Leniência:

Art. 205. Não importará em confissão quanto à matéria de fato nem reconhecimento da ilicitude da conduta analisada a proposta de acordo de leniência rejeitada, da qual não se fará qualquer divulgação.

[...]

§2º Caso o acordo não seja alcançado, todos os documentos serão devolvidos ao proponente, não permanecendo qualquer cópia na Superintendência-Geral.

§3º As informações e documentos apresentados pelo proponente durante a negociação do acordo leniência subsequentemente frustrado não poderão ser utilizados para quaisquer fins pelas autoridades que a eles tiveram acesso.

4º O disposto no §3º não impedirá a abertura e o processamento de procedimento investigativo no âmbito da Superintendência-Geral para apurar fatos relacionados à proposta de acordo de leniência, quando a nova investigação decorrer de indícios ou provas autônomos que sejam levados ao conhecimento da autoridade por qualquer outro meio.

Em síntese, enquanto o processo interno para a submissão de um acordo de leniência garante, expressamente, que as informações prestadas não poderão ser utilizadas em desfavor à proponente, a Resolução nº 12 atesta, também expressamente, que os documentos elencados no momento do pedido de Consulta ao Tribunal poderão ser utilizados contra o consulente (i.e., abertura de inquérito ou processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica). Isto é, mesmo uma Consulta indeferida²⁵¹ poderá ser utilizada pelo Cade para investigar o requerente.

Isso levanta a questão da não-obrigatoriedade de fazer prova contra si mesmo no ordenamento jurídico brasileiro, além de algumas possíveis tensões. Por exemplo, caso seja entendido que o Cade não poderá abrir inquérito ou processo administrativo sancionador a partir das informações fornecidas pelo consulente, um agente poderia, ciente da possibilidade de ilicitude da conduta, solicitar uma Consulta para, em outras palavras, “lavar” as provas de sua conduta.

²⁵¹ De acordo com o artigo 4º da Resolução n. 12, a Consulta será indeferida de plano quando:

- I – houver sido formulada por terceiro não envolvido diretamente na transação ou conduta submetidas à análise;
- II – disser respeito a práticas que estejam em curso de investigação junto ao Cade ou que já tenham sido consideradas pelo órgão como infrações à ordem econômica;
- III – exigir, para sua análise, consideração de fatos outros além daqueles descritos e comprovados na Consulta;
- IV – envolver questão puramente hipotética;
- V – não permitir, a partir exclusivamente das informações fornecidas, uma resposta adequadamente informada por parte do Cade;
- VI – envolver tema alheio às competências do Cade; e
- VII – versar sobre hipótese já disciplinada em ato normativo ou súmula do Cade.

Não obstante, o regulamento promovido pela Resolução nº12 menciona a possibilidade de necessidade de cessão da conduta, repisando, porém, a vedação de aplicação de interpretação retroativa sobre o novo entendimento institucional²⁵².

Portanto, há uma série de garantias a serem conferidas para que o instituto seja válido para maximizar a segurança jurídica sobre o tema, mas ainda cabe um caminho a ser traçado por um desenho institucional ótimo a ser proposto.

²⁵² Art. 9º. O caráter vinculante da resposta, tal como circunscrito nos termos do artigo anterior não prejudicará o direito do Tribunal de reconsiderar posteriormente sua interpretação sobre as questões jurídicas e/ou fáticas envolvidas, ou mesmo, se o interesse público assim o exigir, de determinar, subsequentemente, a cessação da própria prática analisada, em virtude da existência de fatos ou motivos novos, sendo vedada a aplicação retroativa da nova interpretação para aplicação de qualquer penalidade às partes consulentes ou a qualquer administrado.

CONCLUSÕES

Tomou-se como premissa que esse trabalho trataria, essencialmente, de uma particularidade específica do direito administrativo sancionador antitruste: a fixação de preços de revenda como matéria para a análise concorrencial no âmbito da função repressiva de condutas anticompetitivas.

Não se olvidou das particularidades do direito administrativo geral ao falar das funções sancionadoras, e buscou-se analisar o direito antitruste de forma não individualista, como se fosse um direito especial autônomo cujos princípios e preceitos se bastariam para resolver as questões colocadas diante da autoridade. Igualmente, tentou-se evitar assuntos do direito administrativo geral cujas singularidades não tenham relação direta com o tema proposto.

Nesse momento derradeiro, apresentam-se algumas conclusões a partir dos achados nos caminhos propostos e trilhados pela pesquisa:

1. Antes de se tratar da substância da interpretação da fixação de preços de revenda, é de igual importância compreender o contexto institucional envolvendo a conduta a ser analisada pelo prisma do direito antitruste.

2. A estabilidade institucional é um dos fatores a ser considerado na promoção da defesa da concorrência, devendo ser garantida na intersecção entre as funções repressiva e educativa do SBDC, isto é, por meio de medidas educativas (medidas *ex ante* de conscientização) antes de medidas sancionadoras (ações punitivas *ex post*).

3. Considerando a tensão entre a legalidade e a eficiência na atividade da Administração Pública, cabe à autoridade antitruste promover arranjos institucionais adequados para seus propósitos definidos em lei. Não obstante, isso deverá ser examinado não apenas em suas possibilidades, mas principalmente em suas vedações. Essas vedações, por sua vez, também podem ser entendidas a partir do contexto do ato administrativo praticado, isto é, a licitude ou não de sua medida deve ser enfrentada a partir de seus objetivos e seus efeitos resultantes.

4. Reconhece-se que a função estabilizadora do SBDC pode ser realizada no próprio bojo de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica nos termos da Lei 12.529/11, art. 48, inciso III.

5. Entretanto, conclui-se que a função educativa precede a atividade sancionadora nos atos administrativos a serem tomados pela autoridade. Medidas educativas, bem como o incentivo à utilização do instituto da Consulta, podem esclarecer, *ex ante*, a postura do Cade sobre a fixação de preços de revenda ou qualquer conduta ambígua (dubiedade por fatores jurídicos, econômicos ou ambos). Reconhece-se, porém, que o desenho institucional ótimo a ser traçado depende de mais estudos e pesquisas empíricas, especialmente no tocante aos possíveis efeitos das decisões a serem tomadas.

6. Falando-se em sua atividade sancionadora, o Cade deve considerar as particularidades do processo administrativo regido pela Lei n. 9.784/1999 (Lei de Processo Federal) como preceitos necessários para sua tomada de decisão. Ressalta-se a existência do risco semimediato de proferir decisões anuláveis, diante da ausência de uma jurisdição administrativa que afaste a competência do Poder Judiciário para analisar a forma e conteúdo dos atos administrativos exarados. Em outras palavras, é necessário consolidar a estrutura institucional antes de tomar medidas que podem ser, em última análise, esforços inúteis sob a ótica da Administração.

7. A vinculação do Cade aos precedentes exarados por ele próprio ao longo do tempo é um problema real. Somando este fato à já mencionada noção da ausência de uma jurisdição administrativa, entende-se que a experiência da autoridade poderá gerar instrumentos como súmulas, além de outras medidas que auxiliem na consolidação da estrutura institucional, nos limites da função normativa da Administração.

8. Guias de análise (*guidelines*), como já têm sido promovidos, são bons exemplos de medidas voltadas à estabilização do ambiente. A criação de um guia de análise de restrições verticais, com a necessária ampla participação da sociedade civil, certamente beneficiaria esse ambiente institucional ainda carente de segurança jurídica. Ressalva-se, porém, que a segurança jurídica não poderá ser um pretexto para engessar os entendimentos da autoridade.

9. Nesse passo, a medida menos gravosa ao administrado é um desmembramento necessário dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, imprescindíveis aos atos da Administração Pública.

10. Ainda que uma motivação mais complexa (e tecnicamente adequada) seja desejável, esta não exime as autoridades da vedação do *venire contra factum proprium* diante de um corpo jurisprudencial administrativo, material ou temporalmente. Nesse contexto, conclui-se que as medidas tomadas pelo Cade em sua experiência sobre a FPR em processos sancionadores geraram uma expectativa legítima de autorização da prática de fixação de preços de revenda pelos agentes, considerando que a totalidade das decisões prévias envolvendo a conduta havia resultado em arquivamento.

11. Considerando a ausência de uma clareza prévia sobre a postura da autarquia acerca da presunção de ilicitude sobre a FPR, o precedente engendrado no caso SKF, em que pese a riqueza da dogmática trazida pelos votos exarados, não foi capaz de demonstrar que a sanção imposta era a medida menos gravosa aos agentes representados.

12. A moralidade na atuação da administração pública, petrificada no artigo 37 da Constituição Federal, bem como o dever de “proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração” (LPA, 1º, caput), demonstram que a decisão no caso SKF foi excessivamente gravosa para os propósitos da Lei Antitruste.

13. Como consequência, o ambiente concorrencial foi lesado pela falta de segurança jurídica engendrada pela ruptura imposta. O argumento de que o precedente de 2013 geraria mais previsibilidade aos agentes sobre a conduta é válido, mas em outro contexto institucional – tanto temporal, quanto materialmente.

14. A teoria da ilicitude pelo objeto, entendida como um *standard* interpretativo capaz de inverter o ônus probatório ao Administrado, não se confunde com a “regra per se” – que pode ser entendida como a ilicitude por sua própria essência. Portanto, concorda-se com a perspectiva de que a ilicitude pelo objeto é uma espécie do gênero “regra da razão”, com legitimidade oriunda nos termos do artigo 36 da Lei 12.529/2011.

15. Todavia, qualquer inovação institucional *in pejus* ao administrado aplicada pelo Cade, inclusive os *standards* interpretativos, deverá ser considerada na perspectiva dos pilares da lei de processo administrativo, não de forma subsidiária, mas como ponderação necessária para a fundamentação dos atos praticados pela autoridade. Novamente, repisa-se a vedação de *venire contra factum proprium* institucional, isto é, medidas contraditórias em relação àquelas que se tem praticado pelo órgão.

16. Os poderes conferidos ao Cade para realizar atos administrativos na forma de jurisprudência administrativa não abarcam a hipótese de uma estabilidade institucional a

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

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Fernando. O novo desenho institucional do antitruste brasileiro: uma análise crítica a partir da estrutura organizacional preconizada pela Lei 12.529/2011. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, v. 23, jan-jun, 2013.

ANDRADE, José Maria Arruda. *Economicização do Direito Concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

AREEDA, Phillip E.; HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust Law: an analysis of antitrust principles and their application*. 2.ed. Wolters Kluwers, 2003.

ARTHUR, Thomas C. The Core of Antitrust and the Slow Death of Dr. Miles. *SMU Law Review*, vol. 62, 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1427512>>. Acesso em: 10.09.2015.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 215, jan./mar./1999.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. Restrições Verticais e Defesa da Concorrência: A Experiência Brasileira. Escola de Economia de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, *Textos para discussão* 264, Julho de 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/6895>>. Acesso: 18.10.2014.

AZEVEDO, Paulo Furquim de; FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido; SAES, Maria Sylvia Macchione. *Competitividade: mercado, Estado e organizações*. São Paulo: Singular, 1997.

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

BLAIR, Roger D.; SOKOL, D. Daniel. Welfare Standards In U.S. And E.U. Antitrust Enforcement. *Fordham Law Review*, vol. 102, 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2195938>>. Acesso: 25.06.2015.

BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox: a policy at war with itself*. Nova Iorque: The Free Press.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Cartilha do Cade*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf>>. Acesso em: 05.11.2016.

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

BRUNELL, Richard M. Overruling Dr. Miles: The Supreme Trade Commission in action. *The Antitrust Bulletin*, v.52, n.3-4, set.dez., 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1132806>>. Acesso: 28.10.2014.

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

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

CARVALHO, Vinicius Marques de. Primeiro ano da nova lei de Defesa da Concorrência – balanço e perspectivas. In: FARINA, Laércio et. al. *A nova lei do Cade: o 1º ano na visão da autoridades*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2013.

CARVALHO, Vinicius Marques de, VERISSIMO; Marcos Paulo; SILVEIRA, Paulo Burnier da. Vertical Restraints: A Look Ahead. *Competition Policy International (CPI)*, vol. 9, n. 1, 2013.

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

COMISSÃO Europeia. *Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice)*. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52001XC1222\(03\):EN:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52001XC1222(03):EN:HTML)>. Acesso em: 28.11.2016.

CORDOVIL, Leonor. Comentários ao Título V – Das infrações da ordem econômica. In: CORDOVIL, Leonor [et al.]. *Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. 261 f. Tese (Livre-docência em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

COUTINHO, Diogo R. Inovação dos métodos de pesquisa em Direito e renovação da produção científica. In: CUNHA, Alexandre dos Santos; ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo (coord. e org.). *Pesquisa Empírica em Direito*. Anais do I Encontro de Pesquisa Empírica em Direito em Ribeirão Preto em setembro de 2011. Rio de Janeiro: Ipea, 2013. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_pesquisa_empirica_direito.pdf>. Acesso em: 11.06.2016.

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 237, p. 271-316, jul./set./2004.

DABBAH, Maher M. *International and comparative competition law*. Cambridge: University Press, 2010.

DALLARI, Adilson Abreu. Comentário ao artigo 25 do Projeto de Lei n. 349/2015.. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes Pereira (coord). *Segurança Jurídica e Qualidade das Decisões Públicas – Estudos sobre o Projeto de Lei n. 349/2015*. Brasília: Senado Federal, 2015.

DANTAS, Iuri. Planalto veta criação de carreira específica para o Cade. *Jota*. Disponível em: <<http://jota.info/concorrenca/planalto-veta-criacao-de-carreira-especifica-para-o-cade-30072016>>. Acesso em: 05.11.2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

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

DOMINGUES, Juliana Oliveira. Comentários ao artigo 36, incisos I a IV e §§1º e 3º. In: ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente. *Comentários à nova lei de defesa da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. *Direito Antitruste*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. *Direito Antitruste*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. Nova lei permitirá a criação de monopólios. *Folha de São Paulo*, Opinião, 08 jul./2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/53304-nova-lei-permitira-a-criacao-de-monopolios.shtml>>. Acesso em: 06.11.2016.

FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luís Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Jurisdição, incerteza e Estado de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, v. 243, p. 79-112, 2006.

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

FIRST, Harry; WALLER, Spencer Weber. Antitrust's Democracy Deficit. *Fordham Law Review*, Vol. 81, 2013.

FORGIONI, Paula A. *Direito concorrencial e restrições verticais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 8.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

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

GERADIN, Damien; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva. *Restrições verticais adotadas por empresas dominantes*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GICO JR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, nº 1, jan-jun, 2010.

GILBERTO, André Marques. *O processo antitruste sancionador*. São Paulo: Lex, 2010. Gaban

GONÇALVES, Priscila Brolio. *Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais*. São Paulo: Singular, 2002.

GONÇALVES, Priscila Brolio. *Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais*. 2.ed. São Paulo: Singular, 2016.

HARRISON, Jeffrey Lynch. Dr. Miles' Orphans: Vertical Conspiracy and Consignment in the Wake of Leegin. *University of Florida Levin College of Law Research Paper*, abr.2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1556491>>. Acesso em: 10.09.2015.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy – the law of competition and its practice*. 2.ed. St. Paul: West Publishing Company, 1999.

HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust enterprise: principle and execution*. Cambridge: Harvard University Press, 2005.

HOVENKAMP, Herbert. The Harvard and Chicago Schools and the Dominant Firm. In: PITOFSKY, Robert (org). *How the Chicago School Overshot the Mark*. New York: Oxford University Press, 2008.

JARAMILLO , Jose Alfredo. Free Riding and Resale Price Maintenance: A Love and Hate Relationship. *Contexto Revista de Derecho y Economía*, n. 34, nov. 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1963234>>. Acesso em: 10.09.2015.

JIANG, Shan; SOKOL, D. Daniel. Resale Price Maintenance in China: An Economic Perspective. *Journal of Antitrust Enforcement*, nov.2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2509854>>. Acesso em: 10.09.2015.

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

LAMBERT, Thomas A.; SYKUTA, Michael E.. Why the New Evidence on Minimum Resale Price Maintenance Does Not Justify a Per Se or 'Quick Look' Approach. *CPI Antitrust Chronicle*, nov. 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2363139>>. Acesso em: 10.09.2015.

LAO, Marina. Free riding: an overstated, und unconvincing, explanation for resale price maintenance. In: PITOFSKY, Robert (org). *How the Chicago School Overshot the Mark*. New York: Oxford University Press, 2008.

LIMA, Ticiana Nogueira da Cruz. *O processo administrativo no Cade e os problemas da regulação concorrencial brasileira*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de São Paulo, USP, 2009.

LOPES, Mariana Rebuzzi Sarcinelli. Acordo para fixação de preços de revenda, ilegalidade per se e regra da razão: uma análise acerca da jurisprudência norte-americana. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, v. 20, jul-dez, 2011.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann. Uma Lei para o Estado de Direito Contemporâneo. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes Pereira (coord). *Segurança Jurídica e Qualidade das Decisões Públicas – Estudos sobre o Projeto de Lei n. 349/2015*. Brasília: Senado Federal, 2015.

MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitador da discricionariedade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 259, p. 207-247, mai. 2013.

MARRARA, Thiago. *A Conformação do Direito Administrativo da Concorrência: Organização, Processos e Acordos Administrativos no SBDC*. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito da USP, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

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

MARRARA, Thiago; NOHARA, Irene Patrícia. *Processo administrativo: Lei nº 9.784/99 comentada*. São Paulo: Atlas, 2009.

MATTOS, Cesar. Fixação de preço de revenda mínimo no Cade: o caso SKF. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, vol. 24, jul-dez., 2013.

MATTOS, Cesar. Fixação de preços de revenda (resale-price maintenance). *Revista do IBRAC*, vol. 8, jan-jun., 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A estabilidade dos atos administrativos e a segurança jurídica, boa-fé e confiança legítima ante os atos estatais. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

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

- MONTI, Giorgio. *EC Competition Law*. New York: Cambridge University Press, 2007.
- MOREIRA, Egon Bockmann. O princípio da legalidade, a Lei e o Direito. In: MARRARA, Thiago (org). *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.
- NAGY, Csongor István. The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis? *World Competition*, vol. 36, n. 4, 2013.
- NORTH, Douglass. Desempenho econômico através do tempo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.255, set,-dez. 2010.
- NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle de concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- ODUDU, Okeoghene. Restrictions of Competition by Object: what's the beef? *Competition Law Journal*, v.9, n.1, 2009.
- OECD Competition Division. Best Practice Roundtables in Competition. *Policy Working Paper n. 94*, 2008. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/43835526.pdf>>. Acesso: 03.09.2014.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O princípio da segurança jurídica como limite à atribuição e exercício de competência discricionárias pela administração pública. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto (coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- PITOFISKY, Robert. Why Dr. Miles Was Right. *AEI Journal On Government And Society*, jan-fev, 1984.
- POSNER, Richard A.; PARISI, Francesco. Law and Economics: an introduction. In: POSNER, Richard A.; PARISI, Francesco (org.). *Law and Economics: theoretical and methodological foundations*. New Hampshire: Edward Elgar Publishing, 1997.
- PUGLIESE, Paola; MUNDIM, Milena. Legal Uncertainty on Resale Price Maintenance: the Brazilian Experience Following the 'SKF Case'. *Oxford's Journal of European Competition Law & Practice*, mai. 2014. Disponível em: <<http://jeclap.oxfordjournals.org/>>. Acesso: 17.10.2014.
- RODGER, Barry J. *Competition Law and Policy in the EC and UK*. 4.ed. New York: Routledge-Cavendish, 2009.
- ROSA, Mariana Boabaid Dalcanale. Modelo de transição institucional da política de defesa da concorrência. In: CARVALHO, Vinicius Marques de (org.). *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2015.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? *Cadernos Direito GV*, estudo 22, v.5, n.2, mar.2008.

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

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SOKOL, D. Daniel. The transformation of vertical restraints: per se illegality, the rule of reason, and per se legality. *Antitrust Law Journal*, vol. 79, n.3, 2014.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico: fundamentos, limites e alternativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani; JURKSAITIS, Guilherme J. Interpretações administrativas aderem à lei? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.260, mai./ago. 2012.

TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova lei antitruste brasileira: lei 12.529/11 comentada e a análise prévia no direito da concorrência*. São Paulo: Método, 2012.

TAVARES, André Ramos. A Intervenção do Estado no Domínio Econômico. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista (orgs.). *Curso de Direito Administrativo Econômico*. Vol. II. São Paulo: Malheiros, 2006.

VALIM, Rafael. O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2010. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto (coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

ZYLBERSTAJN, Décio; STAJN, Rachel. Análise econômica do direito e das organizações. In: ZYLBERSTAJN, Décio; STAJN, Rachel (org). *Direito & Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

DEMAIS OBRAS CONSULTADAS

ARRUDA, José Maria Arruda. Argumentação jurídica e teoria das provas no direito da concorrência. In: COUTINHO, Diogo R; ROCHA, Jean-Paul Veiga; SCHAPIRO, Mario G. (coord.). *Direito econômico atual*. São Paulo: Método, 2015.

BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. *Segurança jurídica extrajudicial e precedentes administrativos: uma investigação sobre a aplicação de precedentes do Cade a partir da análise dos mapas de citação*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo, FGV, 2014.

BORK, Robert H. The rule of reason and the per se concept: price fixing and market division. *The Yale Law Journal*, v. 75, n.3, jan. 1966. Disponível em: < <http://heinonline.org/>>. Acesso: 28.08.2014.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crime de perigo abstrato*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

BUCHAIN, Luiz Carlos. Os objetivos do direito da concorrência em face da ordem econômica nacional. In: NUSDEO, Fábio (coord.). *O direito econômico na atualidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CARACILL, Melissa Cainé. (In)segurança jurídica, (não) conhecimento da lei e instabilidade legislativa. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 80, jul.2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal*. Comentários à Lei n. 9.784/99. 3.ed. Rio de Janeiro. Atlas, 2013.

CARVALHO, Gustavo Marinho. *Precedentes administrativos no direito brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2015.

CARVALHO, Vinicius Marques de (org.). *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2015.

CERVERA, Julia Pérez; FRANCO, Paki Venegas. *Manual para o uso não sexista da linguagem*. Trad. Beatriz Cannabrava. Montevideo: REPEM, 2006.

COASE, Ronald H. The Nature of the Firm. *Economica*, vol. 4, n. 16, 1937.

COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. *Journal of Law & Economics*, v.3, n.1, 1960.

COUTINHO, Diogo R. *Direito e Economia Política na regulação de serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

COUTINHO, Diogo R. *Direito Econômico e Desenvolvimento Democrático: uma abordagem institucional*. 2014. 380 f. Tese (Titularidade em Direito Econômico e Economia Política) - Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

CUADROS, Oscar A. Responsabilidade del Estado y confianza legitima. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto (coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. 23ed. São Paulo: Perspetiva, 2010.

FAGUNDES, Jorge. Restrições verticais: efeitos anticompetitivos e eficiências. *Revista do IBRAC*, São Paulo, n.12, jan.-jun., 2005.

FERES, Marcos Vinício Chein. Restrição vertical por fixação de preços. *Revista do IBRAC*, v. 9, jan-jun, 2002.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito da Concorrência e desenvolvimento. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 103. jul./dez. 2011.

FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais – teoria geral e aplicação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FORGIONI, Paula A. O que espera do antitruste brasileiro no século XXI? In: NUSDEO, Fábio (coord.). *O direito econômico na atualidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FORTINI, Cristiana. Princípio da segurança jurídica e a Lei n. 9.784/99. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto (coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao direito da concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996.

FRAZÃO, Ana; MENDES, Francisco Schertel. O controle de condutas após a lei Lei 12.529/11: a busca por efetividade e segurança na atividade judicante do Cade. In: FARINA, Laércio et. al. *A nova lei do Cade: o 1º ano na visão da autoridades*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2013.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2013

FREITAS, Juarez. Respeito aos precedentes judiciais iterativos pela Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, v. 211, 1997.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da administração pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional (A&C)*, Belo Horizonte, v. 15, n. 59, jan./mar. 2015.

HOVENKAMP, Herbert. Harvard, Chicago, and Transaction Cost Economics in Antitrust Analysis. University of Iowa Legal Studies Research Papers, n.10-35, dez. 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1592476>>. Acesso: 02.09.2014.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MANCUSO, Rodolfo De Camargo. *Sistema Brasileiro de Precedentes: natureza - eficácia – operacionalidade*. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A força dos precedentes*. Salvador: Editora Podivm, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC. A ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, vol. 10, ago.2015.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. Los principios de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima. In: VALIM, Rafael; José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto (coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

NASSAR, Paulo André; GLEZER, Rubens. Os Juízes no País da Imprevisibilidade? Qualidade e Previsibilidade no Brasil. *DIREITO GV, Research Paper Series – Legal Studies Paper* n. 80, ago.2013.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. *Revista de Direito Administrativo*, v. 219, 2000.

NOHARA, Irene. Ensaio sobre a ambivalência da segurança jurídica nas relações do Estado: da realização da justiça à faceta perversa do argumento. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.

NORTH, Douglass. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: University Press, 1990.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. 2.ed rev. e atual. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2013.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. A estabilidade como atributo do ato administrativo. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto (coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

PRADO FILHO, Francisco Octavio de Almeida. Segurança jurídica e sanções administrativas. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto (coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

REY, Patrick Rey; TIROLE, Jean. The Logic of Vertical Restraints. *The American Economic Review*, vol. 76, n. 5, dez.1986. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1816460>>. Acesso: 19.10.2014.

RICHARDSON, Ivor. What Makes a 'Leading' Case? (2010). *Victoria University of Wellington Legal Research Paper*, Series Richardson, paper n. 49, 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2267158>>. Acesso: 12.09.2015.

RODRIGUES, Vasco. *Análise Económica do Direito*. Coimbra: Almedina, 2007.

SASTRE, Silvia Díez. El precedente administrativo - conceito y efectos jurídicos. In: VALIM, Rafael; José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto (coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SATO, Catherine Ruriko. *Crimes de perigo abstrato e a questão da tentativa: limites da antecipação da tutela penal*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de São Paulo, USP, 2012.

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

VITTA, Heraldo Garcia. A atividade administrativa sancionadora e o princípio da segurança jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto (coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

VITTA, Heraldo Garcia. *A Sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: Civil Law e Common Law. *Revista de Processo*, vol. 172, jun.2009.

WANG, Yuanko; DAVISON, Mark J. Resale Price Maintenance: Is the Per Se Prohibition Justified? *Adelaide Law Review*, vol.14, n.1, 1992. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso: 11.09.2015.