

O desinvestimento como sanção por infração à ordem econômica de formação de cartel no direito brasileiro

Divestment as punishment for cartel in Brazilian Law

Fábio Ulhoa Coelho

Professor Titular de Direito Comercial da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Março de 2014

RESUMO: A lei brasileira confere à autoridade antitruste poderes para punir as práticas anticoncorrenciais com a determinação de venda de ativos ou empresas, sanção conhecida como “desinvestimento”. A aplicação desta pena, contudo, deve ser feita com atenção aos princípios do Estado Democrático de Direito e ao imperativo da proporcionalidade. Além disso, não pode implicar desrespeito ao direito constitucional de liberdade de iniciativa.

PALAVRAS-CHAVE: Direito da concorrência, Lei antitruste brasileira, Punição por práticas anticompetitivas, Cartel

ABSTRACT: Brazilian Law provides for the antitrust authority power to punish anticompetitive practices through the mandatory sale of assets and businesses (disinvestment). However, the principles of the Democratic State and the proportionality of the punishment must be observed when this kind of punishment is applied. Moreover, this punishment may not obstruct the freedom of enterprise guaranteed by the Brazilian Constitution.

KEY WORDS: Competition Law, Brazilzn antitrust Law, Punishment for anticompetitive practices, Cartel

SUMÁRIO:

1. Introdução
 2. Ensaio de uma teoria da sanção por infração à ordem económica
 3. Incompatibilidade da sanção “por ser” com o Estado Democrático de Direito
 4. O imperativo da proporcionalidade na aplicação de sanção administrativa
 5. As sanções não pecuniárias por infração contra a ordem económica
 6. Sanção de controle de condutas como instrumento no controle de estruturas
 7. Liberdade de iniciativa como direito constitucional insuscetível de restrição por meio de sanção administrativa
 8. Conclusão
- Bibliografia

1. Introdução

As infrações contra a ordem econômica, no direito brasileiro encontram-se definidas, no plano da lei ordinária, pelo art. 36 e seus parágrafos, da Lei n. 12.529/11. Na verdade, este dispositivo apenas explicita comportamentos que se encontram já delineados no plano constitucional, nas hipóteses em que a liberdade de iniciativa econômica pode ser relativizada, para que seja defendida, quando ela mesma se encontra ameaçada pela liberdade de que gozam os agentes econômicos. Diz o art. 173, § 4º, da Constituição Federal: “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Se a conduta descrita na lei ordinária não puder se enquadrar, também, neste preceito constitucional, não há infração contra a ordem econômica, inserindo-se no amplo espectro da liberdade de iniciativa. A formação de cartel entre concorrentes é o exemplo mais corriqueiro de infração contra a ordem econômica (Lei n. 12.529/11, art. 36, § 3º, I, a). Trata-se de comportamento que sempre se caracterizará como abuso de poder econômico, já que conluíus entre empresários desprovidos do poder de definirem preços não são minimamente aptos a promoverem a cartelização de nenhum mercado. E visa o ajuste dominar certo mercado, eliminando a concorrência e desfrutando, desta maneira, de lucros arbitrários.

Por outro lado, a lei preceitua as sanções que o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (órgão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE) pode aplicar aos que incorrerem em infração contra a ordem econômica. Classificam-se em duas grandes espécies: de um lado, as sanções *pecuniárias* (Lei n. 12.529/11, art. 37) e, de outro, as *não-pecuniárias* (art. 38). Entre as desta última espécie, destacam-se a de “cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade” (inciso V), conhecidas como “sanções de desinvestimento” ou “fragmentação”.

Este artigo visa discutir, em que medida as sanções de desinvestimento podem ser empregadas, pelo CADE, na reorganização de determinado mercado, visando ampliar a concorrência. Em outros termos, problematiza o entrecruzamento dos dois âmbitos de controle da autoridade antitruste brasileira: conduta e estruturas^{1 2}.

¹ CALIXTO SALOMÃO FILHO anota que, pelo menos em um famoso caso recente, a Justiça norte-americana hesita em determinar a sanção da fragmentação e que, ademais, é quase inexistente, fora dos Estados Unidos, este “ataque estrutural às posições de poder de mercado”: “Caso mais recente em que se tentou a fragmentação de monopólios como punição a reiteradas práticas abusivas foi o [...] da *Microsoft*. Houve reconhecimento das práticas em primeira instância, porém, a Corte de Apelação modificou algumas das conclusões adotadas pelo juiz distrital e, por força disso, determinou que as sanções aplicáveis fossem reavaliadas em novo julgamento, ora em curso” (*Direito Concorrencial*. São Paulo, Malheiros, 2013, p. 124).

² Em relação ao direito brasileiro, CALIXTO SALOMÃO FILHO considera que a fragmentação seria admissível somente na coibição de casos extremos, como os de reincidência na infração à ordem econômica. Pondera: “Na lei brasileira, a fragmentação é uma sanção última a comportamentos abusivos e repetidos, e não a uma determinada estrutura, pela sua simples existência. O art. 38 [da lei 12.529/11] insere-se no Capítulo III, intitulado ‘Das Penas’. Essas penas são aplicáveis, como deixa claro o *caput* do art. 37, como sanção às infrações da ordem econômica, definidas no art. 36. Mais que isso, as sanções do art. 38 só podem ser aplicadas em caso de infração grave à ordem econômica. Não parece, portanto, que a pena deva ou possa ser aplicada em ausência de certos requisitos estabelecidos no art. 45 para determinação da gravidade da infração. Assim, por exemplo, com o requisito da reincidência. Não parece razoável aplicar pena tão grave quanto a

Este artigo divide-se em sete seções, além desta breve introdução. Na primeira seção, extraem-se da rica trajetória da teoria da pena (sanção por crimes) elementos valiosos para ensaiar uma tarefa que a doutrina de direito concorrencial não deve mais postergar: a construção de uma teoria da sanção por infração à ordem econômica. A segunda examina a incompatibilidade de sanções “por ser” com o Estado Democrático de Direito. Na terceira seção, assentam-se os pressupostos teóricos do imperativo (princípio, regra, máxima etc.) da proporcionalidade, demonstrando como se realiza o teste de seu atendimento pelas sanções administrativas. A quarta seção cuida das especificidades da sanção não pecuniária (ou “extraordinária”, como a chamam alguns autores) por infração à ordem econômica, em que se inclui a de desinvestimento. A quinta e sexta, por sua vez, concluem o ensaio da teoria da sanção por infração à ordem econômica, mediante a demonstração das dificuldades de se sobrepor as duas esferas do controle antitruste, bem como a impossibilidade de a sanção impedir, por completo, o exercício, pelo sancionado, do direito constitucional à liberdade de iniciativa e competição. A conclusão abriga-se na sétima seção.

2. Ensaio de uma teoria da sanção por infração à ordem econômica

Não há, ainda, no direito brasileiro, uma reflexão doutrinária minimamente elaborada e aprofundada sobre a sanção por infração à ordem econômica, de que pudéssemos derivar uma teoria específica, justificadora e exploradora de eventuais nuances próprias deste aspecto do direito concorrencial. E uma teoria desta natureza, certamente, em vista das balizas do Estado Democrático de Direito, não encontraria onde se sustentar, caso tentasse identificar, no ato sancionatório imposto pelo CADE, aptidões outras, que não as normalmente reservadas às sanções de natureza administrativa.

Em outros termos, a sanção por infração à ordem econômica não pode ser instrumento de interferência do Estado na ordem econômica, com a finalidade de estimular maior concorrência neste ou naquele mercado. Não temos uma teoria específica deste ato administrativo sancionador, mas, ainda que tivéssemos, seus fundamentos não poderiam apontar para uma ampliação das suas finalidades incompatíveis com os princípios e regras, constitucionais e legais, aplicáveis à generalidade das sanções administrativas; e, subsidiariamente, às penais (ou simplesmente “penas”), em vista de servirem estas, no atual estágio de desenvolvimento do direito administrativo sancionador, de natural paradigma (ou, por vezes, contraponto) daquelas³.

fragmentação compulsória da empresa em decorrência de apenas uma infração da ordem econômica” (*Obra citada*, p. 130).

³ “Hoje, o Direito Administrativo Sancionador é uma subdivisão do Direito Administrativo, ainda que influenciado pelo Direito Penal. Deve-se ter em mente que essa abertura ao Direito Penal é provisória e continua tendo um caráter de ‘importação’. Ela se justifica apenas como forma de garantia mínima às garantias individuais” (MAYSA ABRAHÃO TAVARES VERZOLA. *Sanção no direito administrativo*. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 37).

Neste momento, por isso, o ensaio de qualquer teoria da sanção por infração à ordem econômica não tem como escapar de pontos de partida referenciais buscados no direito penal. Especificamente, deve pesquisá-los na rica – e, por ora, inconclusa – discussão sobre a natureza e finalidade da pena. Tema secular na reflexão jurídica, abrigada na literatura ocidental de raízes europeias, esta discussão esboça uma trajetória, iniciada nas civilizações pré-históricas e ainda em curso, alimentada por argumentos acadêmicos e debates políticos.

Conhecemos todos as conjecturas de que, na pré-história, as punições destinadas a manter a agregação das sociedades tinham a finalidade de *vingança* (ingrediente que, malgrado os crescentes esforços civilizatórios, parece ainda não ter desaparecido, por completo, dos sentimentos cultivados em torno à aplicação de penas). Mas a vingança, impulsionada por desejos de o lesado (ou seu familiar) infligir ao causador do dano agravo superior a sofrido, leva a uma espiral de conflitos e perdas que tende a escapar dos controles sociais. A impossibilidade de garantir-se *equivalência* entre a ação punida e os efeitos deletérios da vingança é apontada como a razão pela qual, em determinada etapa da história da civilização, ela foi substituída, enquanto finalidade da pena, pela noção de *retribuição*⁴. A lei de talião (“olho por olho, dente por dente”), encontrada também no Pentateuco (Levítico n. 24), é a síntese da noção retributiva^{5 6}.

Na troca da vingança pela retribuição, havida na Antiguidade, encontra-se a embrionária manifestação de um valor, que o processo civilizatório irá prestigiar de modo crescente – o da proporcionalidade entre o ilícito e a sanção.

Na Idade Média, por inspiração de Santo Agostinho, agrega-se à noção de proporcionalidade, a de penitência: a pena devia expiar o mal da ação; e nas reflexões de outro doutor da Igreja, Santo Tomás de Aquino, surge um conceito que acompanhará até recentemente a

⁴ Para OSWALDO HENRIQUE DUEK MARQUES, “embora o sistema judiciário almeje racionalizar toda a sede de vingança expressada pelo contexto social, a experiência verificada diante de casos concretos – em especial, os crimes graves – demonstra que muitas vezes os indivíduos não se satisfazem com a expectativa de punição decorrente de um processo judicial. Como não há – nem poderia haver –, na atualidade, proporção exata entre a ofensa e a pena, os indivíduos passam a exigir sacrifícios suplementares para os responsáveis pelas transgressões, o que coloca em dúvida aquela eficácia curativa mencionada por René Girard. [...] Atualmente, procura-se excluir da reação legal punitiva qualquer objetivo de vingança, tão-somente porque a punição encontra respaldo na legislação e, por isso, desempenha papel referendado pelo contexto social. A razão primordial dos limites impostos à vingança foi a preservação da comunidade, posta em perigo pela vingança interminável no âmbito particular, impregnada de emoção e de ausência de proporção com a ofensa” (*Fundamentos da pena*. 2ª edição. São Paulo, WMF-Martinsfontes, 2008, pp. 13/14).

⁵ No plano civil, a noção de “retribuição do dano” é substituída pela de “compensação pecuniária” ainda na Antiguidade. “O marco histórico identificado na origem da imputação de responsabilidade pelos danos em razão da culpa é a Lei Aquília, editada na República Romana, provavelmente no século III a.C. Esta lei prescrevia as consequências de certos eventos danosos (p.ex., a morte ou ferimento de escravos ou animais de rebanho) para quem os houvesse causado. Obrigava-os, em suma, a reparar os prejuízos nos bens de produção. Substituíam-se, em relação a estes, a antiga pena de Talião – que autorizava a vítima a causar dano proporcional ao agente causador do dano –, por não atender mais à racionalidade exigida pelo desenvolvimento da organização econômica escravagista [dos domínios romanos]. Com efeito, o ‘olho por olho, dente por dente’ só aumentava o prejuízo (em vez de um escravo morto, eram dois), revelando-se verdadeiro disparate em termos de eficiência econômica” (meu *Curso de direito civil*. 5ª edição. São Paulo, Saraiva, 2012, vol. 2, p. 273).

⁶ MICHEL FOUCAULT menciona, a propósito das nuances do longo processo histórico de superação da vingança como fundamento da pena: “o antigo direito germânico oferece sempre a possibilidade, ao longo dessa série de vinganças recíprocas e rituais, de se chegar a um acordo, a uma transação. Pode-se interromper a série de vinganças com um pacto. Nesse momento, os dois adversários recorrem a um árbitro que, de acordo com eles e com seu consentimento mútuo, vai estabelecer uma soma em dinheiro que constitui o resgate. Não o resgate da falta, pois não há falta, mas unicamente dano e vingança. Nesse procedimento do direito germânico um dos dois adversários resgata o direito de ter a paz, de escapar à possível vingança de seu adversário. Ele resgata sua própria vida e não o sangue que derramou, pondo assim fim à guerra” (*A verdade e as formas jurídicas*. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro, NAU, 1996, p. 57).

fundamentação da pena: o de intimidação (dissuasão). Os homens devem *temer* a pena, para obedecerem à lei⁷. Atribui-se a Thomas More a concepção de pena com sentido reeducativo⁸, e a Thomas Hobbes a primeira formulação da necessidade de prévia tipificação legal do crime, referido hoje como princípio da legalidade⁽⁹⁾. São avanços civilizatórios consistentes, legados da Idade Moderna. Nos dias de hoje, os criminalistas parecem conformados com a frustração de qualquer finalidade de ressocialização do criminoso pela pena (em que apostavam, seriamente, iluministas como Cesare Beccaria e Jean Marat) e discutem alternativas como a supressão do cárcere (garantismo penal)¹⁰ ou a redução do direito penal ao mínimo (concepção funcionalista do direito penal)¹¹.

Na trajetória da teoria da pena, em que o caráter civilizatório é incontestado, notam-se duas lamentáveis inflexões. A primeira rompe a busca da proporcionalidade entre delito e sanção, quando, na Idade Moderna, a execução das penas tornou-se espetáculo de suplício do apenado, com o objetivo de reafirmar o poder do soberano absolutista¹². A quebra da

⁷ OSWALDO HENRIQUE DUEK MARQUES, *obra citada*, p. 55.

⁸ "Não é difícil divisar [nas penas de trabalho forçado] uma grande humanidade aliada a um grande senso utilitário. Se a lei castiga, é para matar o crime, conservando o homem. Trata o condenado com tanta benignidade e justiça que o força a se tornar honesto e a reparar, durante o resto de sua vida, todo o mal que fez à sociedade. Também é extremamente raro que os condenados voltem aos seus antigos hábitos" (*A Utopia*. Tradução de Luís de Andrade. Coleção "Os Pensadores", vol. X. São Paulo, Victor Civita, editor, 1972, p. 185).

⁹ "Nenhuma lei feita depois de praticado um ato pode transformar este num crime, pois se o ato for contrário à lei de natureza, a lei existe antes do ato, e uma lei positiva não pode ser conhecida antes de ser feita, portanto não pode ser obrigatória. Mas quando a lei que proíbe o ato é feita antes de este [ser] praticado, quem praticou o ato está sujeito à pena estabelecida, posteriormente, caso não seja conhecida anteriormente uma pena menor, por escrito ou pelo exemplo, pela razão imediatamente antes apresentada" (*Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Coleção "Os Pensadores", vol. XIV. São Paulo, Victor Civita, editor, 1974, p. 181).

¹⁰ Conforme LUGI FERRAJOLI: "a pena privativa de liberdade, que na época moderna tem constituído a alternativa mais importante frente às penas ferozes e o principal veículo do processo de mitigação e racionalização das penas, já não parece, por sua vez, idónea – enquanto não pertinente ou desnecessária – para satisfazer nenhuma das duas razões que justificam a sanção penal: nem a prevenção dos delitos, dado o caráter criminógeno das prisões destinadas de fato, como nos dias de hoje é unanimemente reconhecido, a funcionar como escolas de delinquência e de recrutamento da criminalidade organizada; nem a prevenção das vinganças privadas, satisfeita na atual sociedade dos *mass media* bem mais pela rapidez do processo e pela publicidade das condenações do que pela expiação da prisão. Portanto, se é verdade que o grau de dureza tolerável das penas está ligado, em cada ordenamento, ao grau de desenvolvimento cultural alcançado por ele, resulta possível hoje desenhar uma estratégia de reforma do direito penal que aponte, a longo prazo, a supressão integral das penas privativas de liberdade e, a curto e médio prazos, uma drástica redução de seu tempo de duração legal, começando pela abolição dessa moderna barbárie que é a prisão perpétua" (*Direito e razão – teoria do garantismo penal*. 4ª edição brasileira. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo, RT, 2014, pp. 378/379).

¹¹ Segundo CLAUDIUS ROXIN: "[A] pesar da manutenção, por mim prognosticada, das instituições fundamentais do direito penal, mudanças essenciais em parte já estão a ocorrer, em parte são de esperar-se. O direito penal moderno partiu de uma posição que somente conhecia a pena retributiva; esta pena era majoritariamente justificada filosófica ou teologicamente, como na Alemanha se via nos influentes sistemas de Kant e Hegel, e também na doutrina das Igrejas. Ao contrário disso, o direito penal do futuro, ao levar adiante os postulados iluministas, e sob os pressupostos de um mundo completamente modificado, tornar-se-á cada vez mais um instrumento de direcionamento social (*gesellschaftliches Steuerungsinstrument*) totalmente secularizado, com o fim de chegar a uma síntese entre a garantia da paz, o sustento da existência e a defesa dos direitos do cidadão. Ele terá de utilizar-se, além da pena, de uma multiplicidade de elementos de direcionamento diferenciadores e flexíveis, que certamente hão de pressupor um comportamento punível, mas que possuirão natureza somente similar à pena" (*Estudos de direito Penal*. 2ª edição brasileira. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro, Renovar, 2012, pp. 29/30).

¹² De acordo com MICHEL FOUCAULT: "o suplício judiciário deve ser compreendido também como um ritual político. Faz parte, mesmo num modo menor, das cerimônias pelas quais se manifesta o poder. [...] O castigo então não pode ser identificado, nem medido, como reparação do dano; deve haver sempre na punição pelo menos uma parte, que é a do príncipe; e mesmo quando se combina com a reparação prevista, ela constitui o elemento mais importante da liquidação penal do crime. [...] O suplício tem, então, uma função jurídico-política. É um cerimonial para reconstituir a soberania lesada por um instante. Ele a restaura manifestando-a em todo o seu brilho. A execução pública, por rápida e cotidiana que seja, se insere em toda a série dos grandes rituais do poder eclipsado e restaurado (coroação, entrada no rei numa cidade conquistada, submissão dos súditos revoltados): por cima do crime que desprezou o soberano, ela exhibe aos olhos de todos uma força invencível. Sua finalidade é menos de estabelecer equilíbrio que de fazer funcionar, até um extremo, a

proporcionalidade entre delito e sanção é não somente a marca do absolutismo, entendido como regime político ao qual se opôs a Revolução Francesa, como de outras concepções absolutistas do estado. Hegel, mesmo admitindo a função retributiva da pena, também a considerava medida de reafirmação – não mais do soberano, mas, sim do próprio direito afrontado pelo criminoso¹³. Atualmente, há quem sugira ter a pena a função de reafirmar a confiança na vigência da norma violada¹⁴.

A outra séria inflexão encontra-se nas formulações do que se convencionou chamar de “escola positiva”, que pressupunha certo impulso atávico ao crime em determinadas pessoas. Pesquisaram, por algum tempo, até mesmo sinais anatômicos e fisiológicos que pudessem identificar estas pessoas (grandes órbitas oculares, por exemplo). Neste desvio, surgiu a concepção de se infligir uma sanção a alguém, não pela sua conduta, mas pelo seu estado, pelo seu modo de existir. Pune-se não o *fazer*; pune-se o *ser*. Esta hipótese (sanção “por ser”) e sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito são o objeto da próxima seção.

3. Incompatibilidade da sanção “por ser” com o Estado Democrático de Direito

Hans Kelsen era tão obstinadamente coerente com a ideia de construir uma ciência jurídica rigorosa, fundada na mais completa abstração dos valores do sujeito cognoscente ou mesmo dos difundidos na sociedade produtora do Direito em estudo, que, mesmo tendo sofrido percalços na carreira acadêmica, na Alemanha hitlerista e na Tchecoslováquia, em razão de sua ascendência judia¹⁵, ele não deixou de contemplar, ao formular a teoria das normas, a hipótese da sanção “por ser”¹⁶.

dissimetria entre o súdito que ousou violar a lei e o soberano todo-poderoso que faz valer sua força” (*Vigiar e punir - nascimento da prisão*. Tradução de Lígia M. Pondé Vassallo. 4ª edição brasileira. Petrópolis, Vozes, 1986, pp. 45/46).

¹³ “[A] point of great difficulty has been introduced into the idea of retribution by the category of equality, though it is still true that the justice of specific types or amounts of punishment is a further matter, subsequent to the substance of the thing itself. [...] Crime, as the will which is implicitly null, *eo ipso* contains its negation in itself and this negation is manifested as punishment. It is this inner identity whose reflection in the external world appears to the Understanding as ‘equality’. [...] No absolute determinacy is possible in this sphere. In the field of the finite, absolute determinacy remains only a demand, a demand which the Understanding has to meet by continually increasing delimitation, which allows only of perennially approximate satisfaction” (*The Philosophy of Right* extraído de *The Great Legal Philosophers*. Philadelphia, University of Pennsylvania, 1959, p. 311).

¹⁴ Para MIR PUIG, “a pena não se dirige somente aos eventuais delinquentes, pois não trata de inibir a possível inclinação deles ao delito, mas sim a todos os cidadãos, porquanto tem como objetivo confirmar a confiança na norma” (*apud* OSWALDO HENRIQUE DUEK MARQUES, *obra citada*, p. 142).

¹⁵ “Em 1932, fui eleito decano da Faculdade de Colônia. Em 1933, Hitler tornou-se chanceler do Reich e eu fui um dos primeiros professores a serem demitidos pelo governo nazista. [...] Logo após minha demissão pelo governo nazista, a Faculdade de Direito da Universidade Alemã de Praga havia sugerido meu nome, por grande maioria, para um cargo de professor de direito internacional. [...] Depois de muita hesitação, o governo tchecoslovaco decidiu contratar-me. [...] Em meados de outubro de 1936, fui só, sem minha família, para Praga a fim de começar minhas aulas. Eu havia pedido uma licença do Instituto de Genebra. No dia da minha aula inaugural, o prédio da universidade estava ocupado por estudantes nacionalistas e por membros de organizações não estudantis de nacionalidade alemã. Precisei cruzar por uma brecha estreita essa multidão insuflada pela imprensa nacionalista alemã contra minha contratação para chegar ao auditório colocado à minha disposição pelo decano para minha aula inaugural. Como se constatou em seguida, esse auditório

Embora reconhecendo, em sua teoria da norma jurídica, a prevalência de esquema estrutural conectando um *antecedente* que descreve ação ou omissão humana (a conduta socialmente indesejável) a certo *consequente*, que impõe determinada privação da liberdade ou de bens, percebida geralmente como um mal (sanção), Kelsen não exclui a hipótese de conexão normativa entre a antecedência de mero estado do *ser* (como, por exemplo, a raça do sujeito) e a consequência juridicamente válida que autoriza medidas estatais de coerção (aprisionamento, trabalhos forçados, morte). Em suma, ele cogita, aqui, das sanções juridicamente imputáveis não a alguém, por ter *feito* o que não podia (ou *deixado de fazer* o que devia), mas apenas por ele ou ela *ser* o que é.

Em suas palavras: “Com o decorrer da evolução – especialmente na passagem do Estado-jurisdicção para o Estado-administração – amplia-se ainda o círculo dos fatos que são considerados pressupostos de atos coercitivos, na medida em que se classificam como tais não somente atos e omissões humanas socialmente indesejáveis, mas também outros fatos que não tem o caráter de fatos ilícitos. [...] De conformidade com os respectivos fatos extrínsecos, todos estes atos [coercitivos] representam privação compulsória da vida, da liberdade, da propriedade, tal como as sanções de pena de morte, pena de prisão e execução civil. Distinguem-se destas sanções [...] apenas na medida em que estes atos de coerção não são ligados, como consequências, a uma determinada ação ou omissão de certo indivíduo, ação ou omissão socialmente indesejável e juridicamente fixada, porquanto o seu pressuposto não é um ato ilícito ou um delito juridicamente prefixado e cometido por um determinado indivíduo”¹⁷.

Conclui Kelsen, fazendo a significativa substituição de “*conduta* socialmente indesejável” por “*situação de fato* socialmente indesejável”: “[O] conceito de sanção pode ser estendido a todos os atos de coerção estatuidos pela ordem jurídica, desde que com ele outra coisa se não queira exprimir senão que a ordem jurídica, através desses atos, reage contra uma situação de fato socialmente indesejável e, através desta reação, define a indesejabilidade dessa situação de fato. É esta, na verdade, a característica comum a todos os atos de coerção estatuidos pela ordem jurídica”¹⁸.

também estava ocupado pelas organizações nacionalistas. Os estudantes que haviam se inscrito na minha aula foram impedidos com violência de entrar no auditório. [...] Quando entrei no auditório, ninguém se levantou das cadeiras – era uma afronta direta, já que, segundo a tradição acadêmica, os estudantes tinham de se levantar à chegada do professor. Logo depois das minhas primeiras palavras, ressoou o grito: ‘Abaixo os judeus, todos os não judeus têm que deixar a sala’, com o que todos os presentes deixaram o auditório, onde fiquei sozinho. Tive de atravessar a mesma brecha entre os fanáticos que me encaravam com olhares cheios de ódio para voltar ao decanato. Ao fazê-lo, observei que muitos estudantes eram espancados e jogados escada abaixo. Eram os estudantes inscritos na minha aula, que haviam sido encarcerados em um auditório e agora eram jogados fora do prédio com violência” (*Autobiografia de Hans Kelsen*. 2ª edição brasileira. Tradução de Gabriel Nogueira Dias e José Ignacio Coelho Mendes Neto. Rio de Janeiro, GEN-Forense, 2011, pp. 95 e 101/102).

¹⁶ KELSEN adverte no decorrer da reflexão: “Segundo o Direito dos Estados totalitários, o governo tem o poder para encerrar em campos de concentração, forçar a quaisquer trabalhos e até matar os indivíduos de opinião, religião ou raça indesejável. Podemos condenar com a maior veemência tais medidas, mas o que não podemos é considerá-las como situando-se fora da ordem jurídica desses Estados” (*Teoria pura do direito*. 4ª edição portuguesa. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra, Arménio Amado, editor, 1979, p. 69).

¹⁷ *Obra citada*, pp. 69/70.

¹⁸ *Obra citada*, p. 70.

Na obra póstuma, Kelsen não se ocupa mais da norma jurídica sancionadora do *ser* (e não do *fazer*), ressaltando, ao contrário, que sua concepção havia alterado para identificação apenas de *condutas* como “objeto das normas”¹⁹. Ao falecer, em 1973, nos Estados Unidos, já deveriam mesmo parecer um tanto longínquas as atrocidades do nazismo, que o obrigaram – juntamente com a sua obsessiva busca de rigor lógico – a contemplar aquela esdrúxula hipótese de pena.

No Estado Democrático de Direito, é impensável aplicar-se qualquer sanção unicamente em razão de uma qualidade do sujeito apenado (o que ele é, ou deixa de ser)²⁰. A igualdade substancial característica deste modelo de organização política do estado contemporâneo afasta, em termos absolutos, esta rude e primitiva modalidade de sanção. O pressuposto de toda e qualquer medida sancionadora, no Estado Democrático de Direito, só pode ser uma *conduta* reprovável, tipificada como tal (crime, contravenção ou infração) em lei válida e vigente.

É de tal modo radicalmente repugnante, ao senso jurídico da atualidade, a figura da sanção “por ser”, que sofre rejeição até mesmo no contexto das formulações mais autoritárias da contemporânea teoria da pena. Veja, por exemplo, a proposta de especificação do direito penal em duas grandes vertentes – direito penal dos cidadãos *versus* direito penal do inimigo – de Günther Jakobs²¹, que tem servido à fundamentação para a edição de normas penais excepcionais, de aplicação restrita aos presumíveis terroristas, nos Estados Unidos e Europa²². Pois bem; Günther Jakobs, desde o início, repudia as sanções desvinculadas de

¹⁹ “Objeto de uma norma é aquilo que está prescrito numa norma, fixado como devido, é a conduta de um ser dotado de razão e vontade – segundo nossa concepção de hoje – é a conduta de uma pessoa. [...] Não a pessoa, mas uma conduta do indivíduo bem definida – como se costuma dizer – corresponde a uma norma ou a contrária. E se o juízo de valor de que algo é ‘bom’ ou ‘mau’ significa correspondência ou violação de uma norma, então não é ‘boa’ ou ‘má’, ou no mínimo não diretamente, a qualidade de uma pessoa e sim uma conduta definida” (*Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre, Sérgio Fabris, editor, 1986, pp. 113 e 115; grifos acrescentados).

²⁰ Como ensina ANA FRAZÃO: “[M]ais do que um princípio ou uma proposta, o Estado democrático de direito representa um novo paradigma em face do qual os princípios constitucionais e os direitos fundamentais são contextualizados e recebem uma nova leitura” (*Empresa e propriedade – função social e abuso de poder econômico*. São Paulo, Quartier Latin, 2006, p. 223).

²¹ “Os impedimentos são constitutivos para o Estado de liberdade; quem os libera abandona tal modelo de Estado. A existência de um direito penal de inimigos, portanto, não é sinal da força do Estado de liberdades, e sim um sinal de que dessa forma simplesmente não existe. Certamente são possíveis situações, que talvez ocorram inclusive neste momento, em que normas imprescindíveis para um Estado de liberdades perdem seu poder de vigência se se espera com a repressão até que o autor saia de sua esfera privada. Mas então o direito penal de inimigos também só pode ser legitimado como um direito penal de emergência que vige excepcionalmente. Os preceitos penais a ele correspondentes devem por isso ser estritamente separados do direito penal de cidadãos, preferivelmente também na sua apresentação externa. [O] direito penal dos inimigos também tem que ser separado do direito penal de cidadãos de um modo tão claro que não exista perigo algum de que possa se infiltrar por meio de uma interpretação sistemática, ou por analogia ou por qualquer outra forma no direito penal de cidadãos. O Código Penal, em sua configuração atual, oculta em não poucos pontos o extravasamento dos limites que correspondem a um Estado de liberdades” (*Fundamentos do direito penal*. 2ª edição brasileira. Trad. de André Luís Callegari. São Paulo, RT, 2003, pp. 172/173).

²² História TATIANA VIGGIANI BICUDO: “O Direito Penal do inimigo [...] é um Direito por meio do qual o Estado não confronta os seus cidadãos, mas seus inimigos. Esse termo foi primeiramente utilizado por Günter Jakobs em 1985, para descrever e criticar a legislação penal alemã que, a partir dos anos 80, assumiu um caráter expansionista, visando a atender aos reclamos de uma política penal de risco. Já em 1999, Jakobs, ao retomar a discussão em face dos novos riscos produzidos pela globalização, como, por exemplo, a imigração ilegal e o tráfico internacional de entorpecentes, assumiu uma postura totalmente diversa. afirmou que, diante desses novos riscos produzidos pela globalização, não resta ao Estado Democrático de Direito outra opção senão a de reagir com o Direito Penal do inimigo. Assim, propôs a divisão do Direito Penal entre *Direito Penal do cidadão* e o *Direito Penal do Inimigo*. Essa concepção foi assumida por outros pensadores como Sánchez, que passou a sustentar a necessidade de um Direito Penal em três tempos. Uma para os cidadãos, outro para aqueles que causam os riscos não permitidos, e o terceiro para os inimigos, como por exemplo, os terroristas. Esse discurso

conduta. Para ele, a organização de modelo jurídico em que a *ação* é sempre pressuposto da punição é sinal de desenvolvimento da sociedade: “Que em uma sociedade impere um ou outro desses modelos, quer dizer, que se requeira ou não a concorrência de uma ação para submeter alguém a uma pena, depende do estado de desenvolvimento dessa sociedade, e não de uma pretendida configuração imutável da natureza ou do ser humano. [...] Ao se falar do conceito de ação, já se produziu uma opinião do direito penal contrária de que exista responsabilidade pela mera existência²³.”

As sanções “por ser” chamaram particularmente a atenção do positivismo criminológico, florescido no final do século XIX, e cuja obra de referência é *L’Uomo Delinquente*, de 1876, de Cesare Lombroso. Para o positivismo criminológico, o delinquente é uma pessoa em que reaparecem, por razões psíquicas, sentimentos primitivos, como se o processo civilizatório não os tivesse alcançado. Ele está naturalmente fadado a delinquir; assim como se encontra, também naturalmente, destinado a crescer e, um dia, morrer. O criminoso é visto como sujeito com compulsão *biológica* para o crime. Incapaz de escolhas civilizadas, por lhe faltar o livre-arbítrio, o delinquente não se arrepende, nem se ressocializa, por mais humana que sejam a pena e o seu cumprimento. Obedece a leis mudas, ancestrais, que o impulsionam inevitavelmente à prática delituosa²⁴.

A presunção de que certos sujeitos têm, por suas características, compulsão *atávica* ao delito é o fundamento para a aplicação de sanção “por ser”. Assim, a afirmação de que, por serem certas condições econômicas vistas como *estímulos* à formação de cartel, estaria o Estado autorizado a impor alterações naquelas para coibir esta, não difere muito da *presunção atávica* da escola positiva da teoria da pena. Tal afirmação pressupõe – erroneamente, claro – que um agente econômico estaria *atavicamente* destinado a incorrer em práticas empresariais ilegais apenas por ser, por exemplo, titular de determinado *market share*. Nem mesmo que a economia tenha eventualmente razão em apontar tais estímulos, a imposição de uma sanção “por ser” não será juridicamente admissível, no atual estágio de evolução do direito.

Em conclusão parcial, no presente ensaio para a construção da teoria da sanção por infração à ordem econômica, podem-se extrair duas preciosas lições desta trajetória da teoria da pena, nos direitos ocidentais de raízes europeias. A primeira é a de que, mesmo na aplicação de sanção por infração à ordem econômica, não é cabível punir-se alguém tão-somente por suas qualidades (maior presença no mercado, titularidade do poder de mercado, condição de monopolista natural, etc.). A sanção deve necessariamente corresponder à coibição de uma conduta, um comportamento, uma ação. A segunda lição diz respeito à imperiosa necessidade de *proporção* entre o delito e a sanção aplicada. Este é um valor secular, que se cultiva desde a substituição, pelas civilizações europeias da Antiguidade, da noção de

se intensificou ainda mais a partir do atentado às Torres Gêmeas do World Trade Center, em Nova Iorque, em 11 de setembro de 2001, com a edição de leis antiterror por parte da administração americana, que possibilitam que pessoas sejam detidas e permaneçam incomunicáveis, sem haver qualquer prazo-limite para cessar a detenção” (*Por que punir? Teoria geral da pena*. São Paulo, Saraiva, 2010, p. 166)

²³ *Obra citada*, pp. 58/59.

²⁴ OSWALDO HENRIQUE DUEK MARQUES, *obra citada*, pp. 105/109.

vingança pela de *retribuição* como fundamento da pena. Um valor que, salvo nos rincões de alguns desvios autoritários (absolutismo monárquico, concepção hegeliana de Estado etc.) na trajetória da teoria da pena, tem sido reforçado e prestigiado como busca não somente de racionalidade, como principalmente de respeito aos direitos fundamentais.

Esta segunda lição enriquece-se com o exame do imperativo da proporcionalidade, criação do direito administrativo²⁵, hoje expandido para todo o universo jurídico. Cuida-se dele na próxima seção.

4. O imperativo da proporcionalidade na aplicação de sanção administrativa

Começo por uma indispensável precisão conceitual. Na doutrina, jurisprudência e entre os profissionais do direito, disseminou-se a expressão *princípio da proporcionalidade*. Mas é inadequado, falando com rigor, considerar a proporcionalidade um princípio jurídico. Desde que, ao longo da segunda metade do século XX, assentou-se a classificação dos princípios como espécie de *norma jurídica*²⁶, certas referências, que têm sido generalizadamente consideradas como integrantes desta categoria normativa, não podem ser assim entendidas. A proporcionalidade é uma destas referências. Ela não pode ser e não é, no rigor da teoria dos princípios, um princípio jurídico.

Nenhuma norma, por definição, é aplicável em absolutamente *todos* os casos em que o Direito se manifesta. A norma que se aplica aos fatos *a, b, c*, etc forçosamente *não* se aplica aos fatos *z, y, w*, etc. Em todos os processos, administrativos, judiciais ou arbitrais, o que se discute é a aplicação, ou não, de determinada norma. E a decisão será a de aplicar, ou não, a norma. Aquilo que sempre se aplica (melhor, "deve sempre ser observado"), em todo e qualquer processo jurídico, não é norma. Não sendo norma, não pode ser princípio, já que este é, ao lado das regras, espécie daquela.

Em suma, aos princípios sempre é associável um larguíssimo espectro de fatos jurídicos aos quais não se aplicam. O princípio da liberdade de iniciativa não é aplicável a questões relativas à guarda do filho, dosimetria da sanção penal, contagem do prazo para apelação, etc. O princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor não se aplica aos fatos regidos pelo direito das sucessões, aos acordos de acionistas, custeio da seguridade social, etc. O princípio da anterioridade do direito tributário é inaplicável às demandas sobre

²⁵ PAULO BONAVIDES esclarece: "a proporcionalidade é conceito em plena e espetacular evolução. Apesar de seu emprego ainda recente no controle jurisdicional de constitucionalidade, acha-se ele, pelo dinamismo intrínseco com que opera, fadado por sem dúvida a expandir-se, ou seja, a deixar cada vez mais o espaço tradicional, porém estreito, do Direito Administrativo, onde floresceu desde aquela máxima clássica de Jellinek de que 'não se abatem pardais disparando canhões', até chegar ao Direito Constitucional, cuja doutrina e jurisprudência já o consagraram" (*Curso de direito constitucional*. 16ª edição. São Paulo, Malheiros, 2005, p. 402).

²⁶ Cfr. meu *Os princípios de direito comercial no Projeto de Código Comercial*. Em "Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial". Coordenado por Tiago Asfor Rocha Lima, Marcelo Guedes Nunes e por mim. Diversos autores. São Paulo, Saraiva, 2013, pp. 101/105.

exigibilidade de cambial, às reclamações trabalhistas, ao reconhecimento de filho fora do casamento, etc.

Certas referências chamadas de princípios, contudo, fogem por completo desta situação. É o que se verifica, por exemplo, com a *dignidade da pessoa humana*. Não é correto chamá-la de princípio porque não existe a hipótese, no Estado Democrático de Direito, de uma decisão, decorrente de processo administrativo, judicial ou arbitral, deixar de ser uma solução digna para as pessoas envolvidas. Não pode haver, contemporaneamente, Direito que não seja um Direito com dignidade da pessoa humana. Então, se, em toda e qualquer aplicação do Direito, está em busca a dignidade da pessoa humana, é incorreto classificá-la como um princípio jurídico. A *segurança jurídica* é outro exemplo de referência inapropriadamente chamada de princípio, já que não se concebe qualquer aplicação *insegura* do Direito. A *justiça*, igualmente, não é um princípio, porque se deve perseguir sua realização em absolutamente todas as decisões administrativas, judiciais e arbitrais.

A *proporcionalidade* é uma destas referências, que, devendo manifestar-se sempre que qualquer norma jurídica é aplicada, não pode ser chamada de princípio.

Como chamar estas referências, então? Os autores dedicados ao tema, embora ressaltando a natureza meramente semântica da discussão, propõem alternativas diversas. Robert Alexy vale-se da expressão “máxima”²⁷. Humberto Ávila denomina a categoria de “postulado normativo aplicativo”²⁸. Virgílio Afonso da Silva classifica a proporcionalidade como “regra”,

²⁷ “[H]á uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza. [...] Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A *máxima da proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades *jurídicas*” (*Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros, 2008, pp. 116/118).

²⁸ “A definição de postulados normativos aplicativos como deveres estruturantes da aplicação de outras normas coloca em pauta a questão de saber se eles podem ser considerados como princípios ou regras. [...] O funcionamento dos postulados difere muito do dos princípios e das regras. Com efeito, os princípios são definidos como normas imediatamente finalísticas, isto é, normas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção. Diversamente, os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Rigorosamente, portanto, não se podem confundir princípios com postulados. As regras, a seu turno, são norma imediatamente descritivas de comportamentos devidos ou atributivas de poder. Distintamente, os postulados não descrevem comportamentos, mas estruturam a aplicação de normas que o fazem. [...] As dificuldades de enquadramento da proporcionalidade, por exemplo, na categoria de regras e princípios evidenciam-se nas próprias concepções daqueles que a inserem em tais categorias. Mesmo os adeptos da compreensão dos aqui denominados *postulados normativos aplicativos* como regras de segundo grau reconhecem que eles, ao lado dos deveres de otimização, seriam uma *forma específica de regras (eine besondere Form von Regeln)*. Também os adeptos de sua compreensão como princípios reconhecem que eles funcionam como máxima ou *topos* argumentativo que mescla o caráter de regras e de princípios. Outros já os enquadram, com sólida argumentação, na categoria de princípios distintos, denominados de *princípios de legitimação*. Há, ainda, aqueles que os representam como normas metódicas. Essas considerações levam ao entendimento de que esses deveres merecem uma caracterização à parte e, por consequência, também uma denominação distinta. Nesse trabalho eles são denominados de *postulados normativos aplicativos*. A denominação é secundária. O decisivo é constatar e fundamentar sua diferente operacionalidade” (*Teoria dos princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13ª edição. São Paulo, Malheiros, 2012, pp. 156/158).

por não identificar nela as características próprias das normas principiológicas²⁹. Para Inocêncio Mártires Coelho, a proporcionalidade é um “princípio de interpretação”³⁰, e, para André Ramos Tavares, um “critério”³¹.

Chamo a proporcionalidade de *imperativo*. Exatamente por não poder haver, no Estado Democrático de Direito, nenhuma hipótese de aplicação de qualquer norma jurídica de modo *desproporcional* (assim como não pode haver a aplicação *indigna, injusta* ou *insegura*), esta expressão parece-me mais significativa da categoria referencial a que a proporcionalidade pertence. Para além da questão semântica, contudo, o importante, como ressaltam todos, é não se incorrer em equívocos na operacionalização do conceito. *É, em suma, reconhecer a impossibilidade de aplicação de qualquer norma jurídica, inclusive a sanção por infração à ordem econômica, sem observar a proporcionalidade.*

Como já referido, a proporcionalidade, enquanto elaboração categorial, é oriunda do direito administrativo, tendo surgido na Alemanha do final do século XIX. Hoje, no Brasil, encontra-se enunciada no regulamento legal do processo administrativo no plano federal – a Lei n. 9.784/99^{32 33}. O CADE, assim, sendo órgão da Administração Federal, não pode desatender a proporcionalidade, ao aplicar sanções por infração à ordem econômica, seja porque *toda lei* deve ser aplicada atendendo-se forçosamente a este imperativo, seja porque a lei do processo administrativo expressamente o determina.

²⁹ “[É] necessário que se esclareça o porquê de chamar a proporcionalidade, que quase sempre é denominada ‘princípio da proporcionalidade’, de *regra* da proporcionalidade. [O] conceito de *princípio* que aqui se adota não tem relação com a importância da norma a que tal denominação se aplica. *Princípio*, nos termos deste trabalho, é uma norma que exige que algo seja realizado na maior medida possível diante das condições fáticas e jurídicas do caso concreto. A proporcionalidade [...] não segue esse raciocínio. Ao contrário, tem ela a estrutura de uma regra, porque impõe um dever definitivo: se for o caso de aplicá-la, essa aplicação não está sujeita a condicionantes fáticas e jurídicas do caso concreto. Sua aplicação é, portanto, feita no todo” (*Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª edição. São Paulo, Malheiros, 2010, pp. 167/168).

³⁰ “Utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das *restrições* de direitos – muito embora possa aplicar-se, também para dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios – o princípio da *proporcionalidade* ou da *razoabilidade*, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico” (*Curso de direito constitucional*. Em coautoria com Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. 3ª edição. São Paulo, Saraiva-IDP, 2008, pp. 120/121).

³¹ “O critério da proporcionalidade, como resultado da construção alemã, é considerado uma norma constitucional não escrita derivada do Estado Democrático de Direito. Nele se visualiza a função de ser imprescindível à racionalidade do Estado Democrático de Direito, já que garante o núcleo essencial dos direitos fundamentais através da acomodação dos diversos interesses em jogo em uma sociedade” (*Curso de direito constitucional*. 6ª edição. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 708).

³² Para MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO: “o princípio da razoabilidade, sob feição de proporcionalidade entre meios e fins, está contido implicitamente no artigo 2º, parágrafo único, da Lei n. 9.784, que impõe à Administração Pública: adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público (inciso VI); observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados (inciso VIII); adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados (inciso IX); e também está previsto no artigo 29, § 2º, segundo o qual ‘os atos de instrução que exijam a atuação dos interessados devem realizar-se do modo menos oneroso para estes’” (*Direito administrativo*. 12ª edição. São Paulo, Atlas, 2000, pp. 81/82). Ver, também, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO (*Curso de direito administrativo*. 13ª edição. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 81), HELY LOPES MEIRELLES (*Direito administrativo brasileiro*. 26ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balastero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 87) e LUCIA VALLE FIGUEIREDO (*Curso de Direito Administrativo*. 9ª edição. São Paulo, Malheiros, 2008, p. 51).

³³ Não é aqui o lugar para discutir as similitudes, sobreposições e diferenças entre a proporcionalidade e a razoabilidade. Sobre este tema, ver JOSÉ ROBERTO PIMENTA OLIVEIRA (*Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como normas conformadoras e limitadoras da atuação da administração pública*. Em “Tratado de Direito Administrativo”, coordenado por Adilson de Abreu Dallari, Carlos Valder do Nascimento e Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo, Saraiva, 2013, vol. 1, pp. 213/255).

Quando se tem em pauta a proporcionalidade de uma sanção *pecuniária*, o controle jurisdicional da decisão administrativa do CADE envolve, relativamente, uma discussão mais simples, pelo menos quanto ao critério. Como nas sanções pecuniárias, o valor da multa é sempre referenciado aos outros valores em apreço (faturamento, dimensão do mercado etc), a proporção ou falta de proporção, entre eles, é mais facilmente discernível. Claro, que possui esta equação também as suas dificuldades, mas elas são diversas e menos acentuadas do que as relacionadas à proporcionalidade das sanções não pecuniárias, de que trata a próxima seção.

5. As sanções não pecuniárias por infração contra a ordem econômica

A aplicação de sanção administrativa é terreno fértil ao florescer do imperativo da proporcionalidade. A Administração Pública, ao impor sanções aos particulares³⁴ e a dosimetrá-las³⁵, não o pode ignorar, devendo esmerar-se em encontrar a exata medida (equilibrada, razoável, proporcional) entre, de um lado, a punição ao administrado que descumpriu a lei e a realização da finalidade desta; e, de outro, o respeito aos direitos fundamentais titulados pelo sancionado e o menor sacrifício aos interesses deste³⁶. A proporcionalidade é a orientação para se encontrar esta medida, condição de validade da sanção administrativa³⁷. As normas legais sobre o processo administrativo no plano federal,

³⁴ FÁBIO MEDINA OSÓRIO considera que: "um pilar fundamental de desenvolvimento e concretização das normas de Direito Administrativo Sancionador, ao lado e juntamente com o princípio do devido processo legal, é, sem dúvida, o chamado 'princípio da proporcionalidade', cuja importância revela-se transcendental à atividade estatal sancionadora. [...] Também no sancionamento dos atos ilícitos, pelo ângulo do Direito Administrativo, haverá incidência da proporcionalidade, atenuando o rigor das sanções, notadamente no campo de sua obrigatória imposição, e isto está nas origens desse princípio, no próprio Direito Penal, onde o instituto ganhou notoriedade para fins de estancar sancionamentos demasiado severos ou rígidos, com ofensa aos direitos humanos. O princípio da proporcionalidade exige o exame da natureza do ataque ao bem juridicamente protegido e a sanção prevista a esse ataque. A sanção deve estar relacionada ao bem jurídico protegido. Há, sempre, uma cláusula de necessidade embutida nas medidas que buscam salvaguardar a segurança, a saúde, ou a moral públicas" (*Direito Administrativo Sancionador*. 2ª edição. São Paulo, RT, 2005, págs. 221/222 e 248/249).

³⁵ Sintetiza RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA: "o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade funcionam como verdadeiros guias para a dosimetria da sanção, a fim de se evitar eventual desvio de finalidade do ato sancionador. É imperioso que haja adequação entre meios e fins. [...] Não se pode atribuir à Administração o descomedimento sancionatório. [...] A dosagem da penalidade a ser imposta atenderá à finalidade objetivada pela lei. Será discricionária dentro dos limites legais, mas vinculada à finalidade a ser alcançada. *Em direito, os fins não justificam todos os meios*. Em síntese, as sanções devem guardar proporção com a finalidade buscada. O excesso deve ser evitado e, em caso de exacerbação, o Judiciário reconhecerá a ilegalidade ou inconstitucionalidade da punição. O contraste do desvio de poder será apurado pela análise dos direitos individuais previstos na Constituição Federal" (*Infrações e sanções administrativas*. 3ª edição. São Paulo, RT, 2012, pp. 121/122).

³⁶ No dizer de MAYSA ABRAHÃO TAVARES VERZOLA: "[o]s princípios da razoabilidade e da proporcionalidade sintetizam a exigência de que a realização do interesse público seja obtida com o mínimo de sacrifício dos interesses individuais. Nesse sentido, impõe-se à Administração Pública a necessária adequação entre meios e fins, particularmente na imposição de sanções administrativas, que envolvam a imposição de restrição de direitos elementares dos administrados, tais como a propriedade e o exercício de atividades legalmente permitidas" (*Sanção no direito administrativo*. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 85).

³⁷ Anota MAYSA ABRAHÃO TAVARES VERZOLA: "são também considerados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade na aplicação das sanções administrativas como verdadeiros guias para a dosimetria da sanção, a fim de se evitar eventual desvio de finalidade do ato sancionador, sendo, portanto, mais uma vez, imprescindível a motivação para a validade do ato. Ademais a parcimônia no exercício dos poderes/deveres por parte da Administração Pública é expressamente determinada pela Lei n. 9.784/99, a qual regula o processo

assim, incluindo as que determinam a necessária observância do imperativo da proporcionalidade, são de aplicação obrigatória tanto na imposição, pelo CADE, de sanção por infração à ordem econômica quanto na respectiva dosimetria^{38 39}.

Quando se trata de sanção por infração à ordem econômica, a inobservância do imperativo da proporcionalidade implica inevitável intromissão indevida do Estado na exploração da atividade econômica, afrontando diretamente o princípio constitucional da liberdade de iniciativa (CF, art. 170). Quando a autoridade administrativa mostra-se desatenta à exigência de proporção entre os meios (sanção e sua dosimetria) e fins (coibição de infração à ordem econômica), seu ato não encontra guarida na lei antitruste e, conseqüentemente, também não está respaldado no § 4º do art. 173 da CF. Para ser constitucional e legal, e não configurar intervenção estatal indevida na economia, a sanção por infração à ordem econômica deve respeitar escrupulosamente o imperativo da proporcionalidade.

Na lição dos ex-presidentes do CADE Gesner Oliveira e João Grandino Rodas: "A sanção administrativa extraordinária, pena não pecuniária, deve guardar estreita relação com a natureza da infração, sob pena de poder vir a ser anulada. À guisa de exemplo, somente em caso de desconsideração a direitos dos consumidores, será legítima a imposição de pena adicional de inscrição no Cadin"⁴⁰. A lição coincide com o que escrevi, em sede doutrinária, a respeito do tema: "[D]eve haver estrita relação entre a pena não pecuniária aplicada pelo CADE e a natureza da correspondente infração. Ou seja, não poderá ser aplicada pena cujas finalidades não guardem direta relação com a conduta infracional caracterizada. Por exemplo, a inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor somente é cabível se o infrator lesou diretamente direitos ou interesses de consumidores. Se as vítimas imediatas das práticas anticoncorrenciais punidas foram apenas outros empresários, concorrentes do agente ativo da infração, então a pena de inscrição no referido Cadastro não é legítima. A inscrição de sociedade, outro exemplo, cabe apenas nas hipóteses de prática anticoncorrencial de concentração de empresa, e assim por diante. Demonstrada, em suma, a impertinência entre a pena não pecuniária eleita pelo CADE e a natureza intrínseca da infração, caberá ao Judiciário anular a decisão impositiva"⁴¹.

administrativo no âmbito federal e estabelece os parâmetros normativos a serem observados nas relações travadas entre aquela e os administrados em geral" (*Obra citada*, pp. 160/161).

³⁸ No magistério de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR: "[a] lei Federal de Processo Administrativo (Lei 9784/99) não só arrola a razoabilidade e a proporcionalidade como princípios a serem observados pela Administração Pública (art. 2º, *caput*), como também determina que '[n]os processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de (...) adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público' (art. 2º, VI). Assim, resta patente a obrigação de a Administração Pública, ao impor uma penalidade, verificar se esta não é mais gravosa do que o necessário para a satisfação do interesse público" (*Da razoabilidade das penas pecuniárias como sanção às infrações por abuso de poder econômico*. Em "A nova lei do CADE". Vários autores. Ribeirão Preto, Migalhas, 2012, pp. 221/222, grifos do original).

³⁹ Para JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA, "não existe [...] qualquer referência [à Lei n. 9.784/99], quer no proêmio, quer nos artigos finais da nova lei 12.529/11. Mesmo na ausência dessa obrigatória menção, entendo que o processo administrativo regulado pela novel lei deva obedecer à precedência principiológica e conceitual ditada pela Lei Geral do Processo Administrativo" (*Considerações sobre o Processo Administrativo*. Em "A nova lei do CADE". Vários autores. Ribeirão Preto, Migalhas, 2012, p. 55). No mesmo sentido ANDRÉ MARQUES GILBERTO, *Processo Antitruste Sancionador: a aplicabilidade dos princípios de direito*. Em "Desafios atuais do Direito da Concorrência". Organizadores Pedro Zanotta e Paulo Brancher. São Paulo, Singular, sem data, pp. 301/328.

⁴⁰ *Direito e economia da concorrência*. 2ª edição. São Paulo, CEDES-RT, 2013, p. 225.

⁴¹ *Direito antitruste brasileiro - comentários à Lei n. 8.884/94*. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 93.

Não basta, portanto, para a aplicação da sanção de inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor a mera referência genérica e abstrata de que a prática anticoncorrencial teria lesado interesses dos consumidores. Afinal, protege-se a liberdade de concorrência, porque se pressupõe que o consumidor é invariavelmente beneficiado por ela. Todo o direito concorrencial visa atender aos interesses da sociedade. Danos aos consumidores advindos de práticas ilícitas são legalmente pressupostas. Se fosse suficiente esta pressuposição geral, a sanção de inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor seria consequência imediata e inafastável de qualquer condenação por infração da ordem econômica. Como não existe tal imposição por assim dizer “automática”, deve-se concluir que esta sanção não é aplicável somente em casos específicos, em que tiver sido provado no processo administrativo algum prejuízo *direto* a consumidor.

Em relação à sanção de desinvestimento, ela somente pode ser aplicada quando se mostra uma medida proporcional em face da infração à ordem econômica perpetrada pelo administrado. Tanto assim, que, quando ocorreu – sempre em jurisdições estrangeiras – a aplicação da sanção de desinvestimento, a conduta sancionada era, em geral, a concentração ilegal⁴². O desinvestimento é a solução visivelmente adequada para desfazer uma concentração feita à margem da lei. Outras infrações à ordem econômica, contudo, correspondem a condutas que não guardam a mesma relação lógica e econômica com esta hipótese. Não há, por exemplo, notícia de imposição do desinvestimento no caso de punição a cartel, com o objetivo de reduzir a participação das empresas punidas no mercado. E não há, exatamente porque não se consegue estabelecer qualquer liame entre tal conduta (formação de cartel) e esta espécie de sanção (desinvestimento) nos quadrantes do imperativo da proporcionalidade.

Para se definir, em suma, se determinada sanção por infração à ordem econômica é legal ou, senão, uma ingerência inconstitucional na economia, afrontando a liberdade de iniciativa, o decisivo consiste em verificar se a autoridade antitruste sancionadora guiou-se pelo imperativo da proporcionalidade. Como é feita, contudo, esta verificação?

Os doutrinadores brasileiros, ao aprofundarem a proporcionalidade, costumam prestigiar a sua tripartição, corrente na literatura estrangeira, em razão da qual se disporia de um *teste* de aferição do atendimento do imperativ⁴³. O primeiro desdobramento da proporcionalidade

⁴² De acordo com ROBERTO DOMINGOS TAUFICK, “remédios estruturais são preferidos para violações ao item 7.V. *United States v. E.I. Du Pont Nemours & Co*, 366 U.S. 316, 329 (1961) (chamando o desinvestimento de ‘solução natural’ quando uma fusão contraria as leis antitrustes). Como dissemos recentemente, “[m]uita jurisprudência... vê o desinvestimento como o meio mais adequado de restaurar a concorrência perdida por força de uma fusão ou aquisição’ in *Chicago Bridge & Iron Co.*, n. 9300, 2005 WL120878, em 93 (FTC Jan 6, 2005). O desinvestimento é desejável porque, em geral, um remédio tem maior probabilidade de restaurar a concorrência se as sociedades envolvidas na concorrência previamente à operação não estiverem sob o mesmo comando. Há, também, no longo prazo, maiores custos associados ao monitoramento da eficácia de um remédio comportamental. (...) O desinvestimento é a principal solução para contestações a soluções ilegais, independentemente de a contestação ocorrer antes ou depois de consumada a operação’ (voto da presidente Majoras’ no caso *Evanston*)” (*A brief overview of the Federal Trade Commissions’s organization and operation*. Em Revista de Direito da Concorrência, v. 14, p. 69/106. IOB/CADE, Brasília, 2007, em tradução do próprio autor constante de *Nova Lei Antitruste Brasileira*. Rio de Janeiro, GEN-Forense, 2012, p. 276).

⁴³ A noção de *teste* é referida por JUSTEN MARÇAL FILHO, a partir de lição de MICHAEL KOHL (*Curso de direito administrativo*. 4ª edição. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 76). Cfr., também, PAULO BONAVIDES (*Obra citada*, pp. 397/398), ANDRÉ RAMOS TAVARES (*Obra citada*, pp. 714/717), SÍLVIO LUÍS FERREIRA DA ROCHA (*Manual de direito*

enfoca a adequação do meio escolhido pelo Administrador para alcançar o fim pretendido. Examinado o *meio*, se resultar que ele não se mostra prestável à realização do fim perseguido, terá havido exercício arbitrário do poder. É em razão disto que se designa, por vezes, o imperativo da proporcionalidade de *vedação de excesso*⁴⁴. O segundo desdobramento ainda examina o *meio* escolhido pelo Administrador, agora para discutir a sua necessidade. Um meio pode ser adequado (e passar no primeiro teste), mas não ser necessário, no sentido de mostrar-se excessivo diante de outras alternativas⁴⁵. A mesma finalidade poderia ser alcançada por outros meios, igualmente adequados e menos gravosos para o administrado. A exorbitância, na precisa lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, trai a persistência da anacrônica visão do direito administrativo, de disciplina da relação entre *soberano* e seus *súditos*⁴⁶. O terceiro desdobramento do imperativo da proporcionalidade não está centrado exclusivamente no meio, mas alarga o exame para compreender a própria *relação* entre ele e o fim pretendido. O equilíbrio e a razoabilidade são objeto de ponderação neste teste, porque, mesmo os meios adequados e necessários podem mostrar-se desproporcionais, na medida em que haja dúvidas sobre a aptidão deles para a concretização dos fins almejados⁴⁷. Nesta ponderação, são os valores socialmente difundidos que devem nortear o Administrador, e não os seus próprios⁴⁸.

administrativo. São Paulo, Malheiros, 2013, pp. 89/90) e EGON BOCKMANN MOREIRA (*Processo administrativo*. 4ª edição. São Paulo, Malheiros, 2010, p. 94).

⁴⁴ “Constatou a doutrina a existência de três elementos, conteúdos parciais ou subprincípios que governam a composição do princípio da proporcionalidade. Desses elementos, o primeiro é a pertinência ou aptidão (*Geeignetheit*), que, segundo Zimmerli, nos deve dizer se determinada medida representa ‘o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público’, conforme a linguagem constitucional dos tribunais. Examina-se aí a adequação, a conformidade ou a validade do fim. Logo se percebe que esse princípio confina ou até mesmo se confunde com o da vedação de arbítrio (*Übermassverbot*), que alguns utilizam com o mesmo significado do princípio geral da proporcionalidade. Com o desígnio de adequar o meio ao fim que se intenta alcançar, faz-se mister, portanto, que ‘a medida seja suscetível de atingir o objetivo escolhido’, ou, segundo Hans Huber, que mediante seu auxílio se possa alcançar o fim desejado” (PAULO BONAVIDES. *Obra citada*, p. 397).

⁴⁵ “O segundo elemento ou subprincípio da proporcionalidade é a necessidade (*Erforderlichkeit*), ao qual também alguns autores costumam dar tratamento autônomo e não raro identificá-lo com a proporcionalidade propriamente dita. Pelo princípio ou subprincípio de necessidade, a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, ou uma medida para ser admissível deve ser necessária” (PAULO BONAVIDES. *Obra citada*, pp. 397/398).

⁴⁶ “[O] *plus*, o excesso acaso existente, não milita em benefício de ninguém. Representa, portanto, apenas um agravo inútil aos direitos de cada qual. Percebe-se, então, que as medidas desproporcionais ao resultado legitimamente alvejável são, desde logo, condutas ilógicas, incongruentes. Ressentindo-se deste defeito, além de demonstrarem menoscabo pela situação jurídica do administrado, traíndo a persistência da velha concepção de uma relação soberano-súdito (ao invés de Estado-cidadão), exibem, ao mesmo tempo, sua *inadequação* ao escopo legal. Ora, já se viu que a inadequação à finalidade da lei é inadequação à própria lei. Donde, atos desproporcionais são ilegais e, por isso, fulmináveis pelo Poder Judiciário, que, sendo provocado, deverá invalidá-los quando impossível anular unicamente a demasia, o excesso detectado” (*obra e local citados*).

⁴⁷ “Finalmente, depara-se-nos o terceiro critério ou elemento de concretização do princípio da proporcionalidade, que consiste na proporcionalidade mesma, tomada *stricto sensu*. Aqui assinala Pierre Muller, a escolha recai sobre o meio ou os meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto de interesses em jogo. Quem utiliza o princípio, segundo este constitucionalista, se defronta ao mesmo passo com uma obrigação e uma interdição; obrigação de fazer uso de meios adequados e interdição quanto ao uso de meios desproporcionados. Ministra-nos ele, em síntese lapidar, a latitude dessa reflexão: ‘É em função do duplo caráter de obrigação e interdição que o princípio da proporcionalidade tem o seu lugar no Direito, regendo todas as esferas jurídicas e compelindo os órgãos do Estado a adaptarem todas as suas atividades os meios de que dispõem aos fins que buscam e aos efeitos de seus atos. A proporção adequada se torna assim condição de legalidade. A inconstitucionalidade ocorre, enfim, quando a medida é *excessiva, injustificável*, ou seja, não cabe na moldura da proporcionalidade” (PAULO BONAVIDES. *Obra citada*, p. 398).

⁴⁸ “[A] proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto. Com efeito, embora a norma legal deixe um espaço livre para decisão administrativa, segundo critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade às vezes se reduz no caso concreto, onde os fatos podem apontar para o administrador a melhor solução (Cf. Celso Antonio Bandeira de Mello, in RDP 65/27). Se a decisão é *manifestamente inadequada* para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado dos

Quando o ato administrativo, inclusive o de natureza sancionatória, não sobrevive aos três testes da proporcionalidade, ele é manifestação de puro arbítrio⁴⁹, submete o administrado sancionado a restrições desnecessárias em seus direitos⁵⁰, mostra-se ilegalmente descomedido e exorbitante⁵¹ e deve ser judicialmente invalidado, seja proveniente do exercício de poder discricionário ou vinculado⁵².

6. Sanção de controle de condutas como instrumento no controle de estruturas

A clássica divisão dos instrumentos do direito concorrencial em *controle de condutas* e *controle de estruturas* tem sido relativizada. Em alguns momentos, não é nítida a distinção entre estes dois âmbitos de competência da autoridade antitruste. Sob a vigência da antiga lei brasileira (Lei n. 8.884/94), podia-se até mesmo interpretar que os acordos constitutivos dos cartéis estariam, em razão da abrangência do dispositivo relativo ao controle de estrutura, submetidos a este controle, sobrepondo-se ao de condutas. A lei atual neutralizou esta sobreposição, ao limitar o rol de atos que devem ser submetidos à prévia aprovação do CADE.

Reconhecer-se, contudo, a episódica dificuldade de delimitação destes dois instrumentos do direito concorrencial não importa admitir que o CADE possa, ao seu arbítrio ou mesmo discricionariamente, valer-se deles de modo indistinto. Sanções administrativas impostas no controle de condutas não podem servir de instrumento de controle de estrutura, pelas incompatibilidades com o Estado Democrático de Direito já apontadas nas seções precedentes.

limites da discricionariedade e o Poder Judiciário poderá corrigir a ilegalidade" (MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO. *Obra citada*, p. 81).

⁴⁹ "[H]á violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmo apropriados e ou quando a desproporção entre meios e fim é particularmente evidente, ou seja, manifesta" (PAULO BONAVIDES. *Obra citada*, p. 393).

⁵⁰ Segundo SÉRGIO FERRAZ e ADILSON ABREU DALLARI, "é fácil intuir o significado deste princípio [proporcionalidade]. É certo que ele veda a desproporção entre os meios utilizados para a obtenção de determinados fins e a 'dosagem' efetivamente requerida por tanto. Pode-se dizer, com segurança, que, por força do princípio da proporcionalidade, não é lícito à Administração Pública valer-se de medidas restritivas ou formular exigências aos particulares além daquilo que for estritamente necessário para a realização da finalidade pública almejada" (*Processo administrativo*. 3ª edição. São Paulo, Malheiros, 2012, p. 101). Também é a lição de EGON BOCKMANN MOREIRA: "[o] princípio da proporcionalidade determina que a aplicação da lei seja congruente com os exatos fins por ela visados, em face da situação concreta. É descabido imaginar que a Constituição autoriza condutas que submetessem o cidadão para além do necessário, ou inapropriadas à perseguição do interesse público primário, ou, ainda, detentoras de carga coativa desmedida" (*Obra citada*, pp. 95/96).

⁵¹ Nos dizeres de ANGÉLICA PETIAN: "de forma bastante singela, o princípio da proporcionalidade pode ser entendido como o dever jurídico de reagir moderadamente a uma ação. Esse princípio não tem aplicação somente nas hipóteses de imposição de sanção e nos respectivos processos, administrativo ou judicial, embora seja nesta matéria que ganha destacado relevo" (*Regime jurídico dos processos administrativos ampliados e restritivos de direito*. São Paulo, Malheiros, 2011, pp. 133/134).

⁵² No ensinamento de HELY LOPES MEIRELLES: "a definição da razoabilidade revela-se quase sempre incompleta ante a rotineira ligação que dela se faz com a discricionariedade. Não se nega que, em regra, sua aplicação está mais presente na discricionariedade administrativa, servindo-lhe de instrumento de limitação, ampliando o âmbito de seu controle, especialmente pelo Judiciário ou até mesmo pelos Tribunais de Contas. Todavia, nada obsta à aplicação do princípio no exame de validade de qualquer atividade administrativa" (*Obra citada*, p. 87).

Na verdade, se tomarmos a edição da Constituição em 1988, como o marco temporal de instituição, no Brasil, do Estado Democrático de Direito (pelo menos, no plano formal), podemos verificar que, *mesmo antes*, configurava desvio de poder a autoridade administrativa titular de duas competências valer-se de uma delas para atingir a finalidade legal da outra. Celso Antonio Bandeira de Mello ensinava em 1981: "Não se pode buscar através de um dado ato a proteção de bem jurídico cuja satisfação deveria ser, em face da lei, obtida por outro tipo ou categoria de ato. Ou seja: cada ato tem a finalidade em vista da qual a lei o concebeu. Por isso, por via dele, só se pode buscar a finalidade que lhe é correspondente, segundo modelo legal. Então, se o agente dispõe de competências distintas para a prática de atos distintos, não pode, sob pena de invalidade, valer-se de uma competência expressada pelo ato X com o fito de alcançar a finalidade Z que deveria ser atingida por meio do ato Y. Por exemplo: se o agente tem competência para remover um funcionário e possui também competência para suspendê-lo, não pode removê-lo com a finalidade de puni-lo, pois o ato de remoção não tem finalidade punitiva. Se quiser punir, deverá valer-se de um ato previsto no sistema legal como punitivo"⁵³.

O CADE titula duas competências: a *sancionatória*, para o controle de condutas, na qual se insere a de impor sanções por infração à ordem econômica e cuja finalidade é a de coibir (no sentido de retribuir e dissuadir) práticas empresariais ilícitas, que ponham em risco o regular funcionamento do livre mercado; e a *licenciadora*, para o controle de estruturas, que compreende as decisões reordenadoras da economia – venda de ativos, como no caso dos *Chocolates Garoto*; proibição de exploração de marca por certo tempo, como no caso *Kolynos* – e cuja finalidade é impedir a concentração de mercados.

Quando se vale da competência sancionatória para alcançar finalidade que deveria ser alcançada no exercício da competência licenciadora, o CADE incorre em desvio de poder⁵⁴. O desvio de poder, ressalte-se, não decorre necessariamente de móvel viciado. A avaliação é objetiva, e prescinde totalmente de qualquer perquirição acerca das intenções da autoridade administrativa. Trata-se unicamente de examinar as finalidades *legais* de cada competência e o desvio objetivamente realizado⁵⁵.

O advento do Estado Democrático de Direito reforçou concepções como estas, sobre o regular exercício do poder, que o antecedem. Se já era condenado, como desvio de poder, o emprego de uma competência para alcançar finalidade legalmente ligada a outra, antes da

⁵³ *Ato administrativo e direitos do administrado*. São Paulo, RT, 1981, p. 78.

⁵⁴ Para CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO: "A propósito do uso de um ato para alcançar finalidade diversa da que lhe é própria, costuma-se falar em 'desvio de poder' ou 'desvio de finalidade'. Ocorre desvio de poder e, portanto, invalidade, quando o agente se serve de um ato para satisfazer finalidade alheia à natureza do ato utilizado. Há, em consequência, um mau uso da competência que o agente possui para praticar atos administrativos, traduzida na busca de uma finalidade que simplesmente não pode ser buscada ou, quando possa, não pode sê-lo através do ato utilizado. Sucintamente, mas de modo preciso, pode-se dizer que 'ocorre desvio de poder quando um agente exerce uma competência que possuía *em abstrato* para alcançar finalidade diversa daquela em função da qual lhe foi atribuída a competência exercida'" (*Obra citada*, p. 79).

⁵⁵ Como elucida a lição sempre precisa de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO: "No desvio de poder há sempre um 'móvel', isto é, intenção inadequada. Pode ser de boa ou má fé. Com ou sem desejo de satisfazer um apetite pessoal. Contudo, o ato será sempre viciado por não manter relação adequada com a finalidade, em vista da qual poderia ser praticado. O que vicia, portanto, não é o defeito de intenção – ainda que através disto se possa perceber o vício – mas o desacordo objetivo entre a finalidade do ato e a finalidade da competência" (*Obra citada*, pp. 79/80).

instituição do Estado Democrático de Direito, a invalidade de sanções destinadas a reestruturar mercados apenas se reforça com o novo paradigma institucional.

7. Liberdade de iniciativa como direito constitucional insuscetível de restrição por meio de sanção administrativa

Que toda sanção seja uma restrição de direitos, não há dúvidas. A pena de reclusão *restringe* o direito à liberdade, previsto entre os enunciados no *caput* do art. 5º da Constituição Federal. Este direito (à liberdade) é suscetível de restrição pela persecução penal. Outro exemplo: a sanção de multa restringe o direito à propriedade, assegurado também na Constituição Federal (art. 5º, XXII). Haveria, contudo, alguma esfera de direitos insuscetíveis de restrição pela persecução penal? A resposta é afirmativa. Todos, logo, lembrarão que, em razão da proscricção da pena de morte em tempos de paz, o direito à vida é direito insuscetível de restrição pela persecução penal (art. 5º, XLVII, a).

No que diz respeito à repressão por infração à ordem econômica, também há uma esfera de direitos constitucionalmente titulados pelos agentes econômicos, que a autoridade antitruste não pode desrespeitar (*restringir*) ao aplicar as sanções previstas em lei. A Lei n. 12.529/11 deve ser interpretada *conforme a Constituição*⁵⁶, no sentido de que nenhuma sanção importe a impossibilidade de o sancionado exercer seus direitos constitucionais postos a salvo da repressão administrativa.

É cediço e indiscutível que a todas as pessoas, físicas ou jurídicas, sujeitas à Constituição Federal, assegura esta a liberdade de iniciativa (CF, art. 170, *caput*). Apenas as práticas empresariais que põem em risco esta liberdade de iniciativa são vedadas, por meio da fórmula que o constituinte encontrou de repressão ao “abuso do poder econômico que vise à dominação de mercado, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (art. 173, § 4º). O Estado não pode intervir na economia, senão na medida do estritamente necessário para que as estruturas do livre mercado funcionem adequadamente, e todos

⁵⁶ Para CELSO BASTOS: “a interpretação conforme à Constituição encontra suas raízes na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Não resta dúvida de que a norma para ser constitucional há de ter pelo menos um dos seus sentidos em consonância (compatível) com a Lei Maior. O princípio da interpretação conforme à Constituição tem sua particularidade fixada, nos recursos que a Corte Suprema vai buscar para apurar essa conformidade. Trata-se de um recurso extremo que busca dotar de validade a norma tida como inconstitucional. O intérprete depois de esgotar todas as interpretações convencionais possíveis e não encontrando uma interpretação constitucional da mesma, mas também não contendo a norma interpretada nenhuma violência à Constituição Federal, vai verificar-se se é possível pelo influxo da norma constitucional levar-se a efeito algum alargamento ou restrição da norma que a compatibilize com a Carta Maior. Todavia, tal alargamento ou restrição da lei não deve ser revestido de uma afronta à literalidade da norma ou à vontade do legislador. Pode-se dizer que graças a sua flexibilidade, o princípio da interpretação conforme à Constituição permite uma renúncia ao formalismo jurídico e às interpretações convencionais em nome da ideia de justiça material e da segurança jurídica, elementos tão necessários para um Estado democrático de direito. (*As modernas formas de interpretação constitucional*). E, na obra escrita em coautoria com IVES GANDRA MARTINS, sintetizou: “[P]or força deste princípio de interpretação conforme à Constituição, [deve-se], dentro do possível, elastecer ou restringir a norma de modo a torná-la harmônica com a Lei Maior. Na verdade, esta interpretação conforme à Constituição vai além da escolha entre vários sentidos possíveis e normais de qualquer preceito, para distender-se até o limite da inconstitucionalidade. Aqui, tenta-se encontrar, neste espaço, um sentido que, embora não o mais evidente, seja aquele sem o qual não há como ter-se a lei compatibilizada com a Constituição” (*Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, Saraiva, 1988, 1º volume, pág. 351).

possam usufruir da liberdade de iniciativa. Quando intervêm extrapolando esta medida, afronta uma das garantias constitucionais, por sinal a mais importante da ordem econômica⁵⁷.

A autoridade antitruste tem a fundamental incumbência de garantir o funcionamento adequado e pleno das estruturas do livre mercado. É uma incumbência exercida para que *todos* tenham asseguradas as condições estruturais de mercado para se estabelecerem e competirem livremente. *Todos*, sem exceção nenhuma. Ninguém pode ser excluído do âmbito da proteção da liberdade de iniciativa e competição que a lei incumbe ao CADE. Isto significa que também o *sancionado por infração à ordem econômica* não pode ser excluído desta proteção. Seria um completo desrespeito à ordem constitucional da economia que a lei desse amparo a algo como uma punição que importasse a exclusão do punido do manto protetor da liberdade de iniciativa e de competição. O sistema de defesa da concorrência não pode ser o autor de qualquer restrição a estas liberdades, simplesmente por ser de sua competência garanti-las.

Quando o desinvestimento não guarda relação direta com a infração cometida e mostra-se desproporcional enquanto sanção (inadequada, desnecessária e exagerada), a autoridade administrativa acaba por sujeitar o sancionado a uma restrição de direitos absolutamente *vedada* pela Constituição Federal. Num paralelo elucidativo, por pior que tenha sido o ato criminoso, a Constituição Federal veda, em tempos de paz, a pena de morte (art. 5º, XLVII, a). É um limite intransponível para a persecução penal. E, por pior que tenha sido a infração à ordem econômica perpetrada, a Constituição Federal veda a sanção restritiva de direitos que impeça o infrator de desfrutar de sua garantia à liberdade de iniciativa (art. 170, *caput*). É um limite intransponível para a persecução administrativa.

Concluindo, tanto na esfera penal quanto na administrativa, há certos direitos fundamentais que não podem ser restringidos por qualquer sanção, no Estado Democrático de Direito vigente no Brasil. O direito à vida não pode ser restringido na imposição de sanções penais em tempo de paz; o direito à liberdade de iniciativa não pode ser restringido pelo sancionamento administrativo. A interpretação conforme a Constituição do art. 36, § 3º, V, da Lei n. 12.529/11 importa a delimitação de uma esfera de direitos titulados pelo infrator que não podem ser objeto de restrição pela autoridade antitruste. O infrator pode e deve ser punido, pela infração que tiver cometido, mas não pode sofrer restrição em seus direitos de modo tal que fique impedido de se estabelecer e competir, segundo as regras de funcionamento do livre mercado.

⁵⁷ “A norma constitucional programadora da Lei Antitruste (CF, art. 173, § 4º) circunscreve com clareza o conjunto das condutas empresariais suscetíveis de repressão legal. Diz a Constituição que a lei reprimirá o abuso do poder econômico *que vise* determinados efeitos lesivos às estruturas do livre mercado. Assim dispondo, estabelece que outros modos de exercício do poder econômico, incapazes de redundarem os efeitos assinalados, são, em virtude da proeminência do princípio da livre competição, plenamente jurídicos, lícitos. [...] Em suma, a caracterização da infração da ordem econômica é feita já pelo texto constitucional (art. 173, § 4º), apenas reproduzido no art. 36, I a IV, da Lei Antitruste. O elenco de condutas apresentado pelo art. 36, § 3º, é meramente exemplificativo dos instrumentos mais utilizados no abuso de poder econômico e não esgotam todas as possibilidades de condutas empresariais lesivas às estruturas do livre mercado” (meu *Curso de direito comercial*. 17ª edição. São Paulo, Saraiva, 2013, vol. 1, pp. 278 e 280).

8. Conclusão

A sanção por infração à ordem econômica não é, e não pode ser, instrumento de desconcentração de mercados considerados concentrados pela autoridade antitruste. No Estado Democrático de Direito, se o governo entende que deve estimular a desconcentração de certo mercado, poderá valer-se de vários instrumentos de política econômica, ou mesmo regulatório ou tributário. No âmbito do CADE, disporá dos instrumentos de controle de estrutura, adequadamente reforçados pela Lei n. 12.529/11. Não pode, entretanto, aproveitar a ocasião da aplicação de sanção por infração da ordem econômica, para buscar este objetivo.

É necessário que exista uma *relação* entre a infração e a sanção que *fundamente* a imposição desta, como resposta do aparato estatal àquela. Quando a autoridade antitruste, ao sancionar a formação de cartel, pretende aproveitar-se da oportunidade para desconcentrar o mercado correspondente, a pretexto de reduzir os estímulos à cartelização, incorre em desvio de poder. Conferir-se a autoridade, a quem a ordem jurídica encarregou de impor a sanção, também a tarefa de, concomitantemente, prevenir novas ocorrências do mesmo ilícito para além da dissuasão implica extrapolação da competência.

Afinal, para fixar um derradeiro paralelo com o direito penal, o juiz, ao dosar a pena do estuprador, pode aumentá-la até o máximo em função das circunstâncias particularmente violentas com que agiu o criminoso. Mas não pode aumentá-la até o máximo, com o objetivo de impedir novos estupros: reduzir as oportunidades de ele cometer novamente o crime, no pressuposto de que, ao sair do cárcere, inevitavelmente voltará a estuprar. A sanção penal não é instrumento de prevenção de crimes, senão no sentido de intimidação. Tampouco a sanção administrativa pode ser vista como instrumento de prevenção de infrações senão neste sentido dissuasório.

No Estado Democrático de Direito, sanciona-se a conduta feita, quando alguém incorre em ilícito tipificado na lei penal ou administrativa. A sanção não pode servir de medida destinada a *evitar* novas práticas delituosas pelo agente, no pressuposto de que ele, pelas características que ostenta, voltará a delinquir. Ela somente cumpre esta finalidade por assim dizer *preventiva* nos limites da função dissuasória. O Estado Democrático de Direito não admite presumir-se que determinadas pessoas teriam uma tendência *atávica* à prática do ilícito. Mas quando se considera, por exemplo, que a formação de um cartel só estaria devidamente *punida* desde que removidos os *estímulos econômicos* que identifica (concentração, entre eles), está-se “lombrosianamente” pressupondo que empresas atuantes em determinada “estrutura de mercado” seriam *atavicamente* propensas a incorrerem nesta infração à ordem econômica. Estas empresas estariam sendo, então, punidas pelo que são e não pelo que fizeram.

Bibliografia

- ALEXY, ROBERT, *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros, 2008.
- ÁVILA, HUMBERTO, *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13ª edição. São Paulo, Malheiros, 2012.
- BASTOS, CELSO E MARTINS, IVES GANDRA DA SILVA, *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, Saraiva, 1988, 1º volume.
- BICUDO, TATIANA VIGGIANI, *Por que punir? Teoria geral da pena*. São Paulo, Saraiva, 2010.
- BONAVIDES, PAULO, *Curso de direito constitucional*. 16ª edição. São Paulo, Malheiros, 2005.
- COELHO, FÁBIO ULHOA, *Curso de direito civil*. 5ª edição. São Paulo, Saraiva, 2012, vol. 2.
- COELHO, FÁBIO ULHOA, *Curso de direito comercial*. 17ª edição. São Paulo, Saraiva, 2013, vol. 1.
- COELHO, FÁBIO ULHOA, *Direito antitruste brasileiro – comentários à Lei n. 8.884/94*. São Paulo, Saraiva, 1995.
- COELHO, FÁBIO ULHOA, *Os princípios de direito comercial no Projeto de Código Comercial*. Em "Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial". Coordenado por Tiago Asfor Rocha Lima, Marcelo Guedes Nunes e por mim. Diversos autores. São Paulo, Saraiva, 2013.
- COELHO, INOCÊNCIO MÁRTIRES *ET ALLI*, *Curso de direito constitucional*. Em coautoria com. 3ª edição. São Paulo, Saraiva-IDP, 2008.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. 4ª edição brasileira. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo, RT, 2014.
- FERRAZ, SÉRGIO E DALLARI, ADILSON ABREU, *Processo administrativo*. 3ª edição. São Paulo, Malheiros, 2012.
- FERRAZ JÚNIOR, TÉRCIO SAMPAIO, *Da razoabilidade das penas pecuniárias como sanção às infrações por abuso de poder econômico*. Em "A nova lei do CADE". Vários autores. Ribeirão Preto, Migalhas, 2012.
- FIGUEIREDO, LUCIA VALLE, *Curso de Direito Administrativo*. 9ª edição. São Paulo, Malheiros, 2008.
- FONSECA, JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA, *Considerações sobre o Processo Administrativo*. Em "A nova lei do CADE". Vários autores. Ribeirão Preto, Migalhas, 2012.
- FOUCAULT, MICHEL, *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro, NAU, 1996.

FOUCAULT, MICHEL, *Vigiar e punir – nascimento da prisão*. Tradução de Lígia M. Pondé Vassallo. 4ª edição brasileira. Petrópolis, Vozes, 1986.

FRAZÃO, ANA, *Empresa e propriedade – função social e abuso de poder econômico*. São Paulo, Quartier Latin, 2006.

GILBERTO, ANDRÉ MARQUES, *Processo Antitruste Sancionador: a aplicabilidade dos princípios de direito*. Em “Desafios atuais do Direito da Concorrência”. Organizadores Pedro Zanotta e Paulo Brancher. São Paulo, Singular, sem data.

HOBBS, THOMAS, *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Coleção “Os Pensadores”, vol. XIV. São Paulo, Victor Civita, editor, 1974.

JAKOBS, GÜNTER, *Fundamentos do direito penal*. 2ª edição brasileira. Trad. de André Luís Callegari. São Paulo, RT, 2003.

KELSEN, HANS, *Autobiografia de Hans Kelsen*. 2ª edição brasileira. Tradução de Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. Rio de Janeiro, GEN-Forense, 2011.

KELSEN, HANS, *Teoria pura do direito*. 4ª edição portuguesa. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra, Armênio Amado, editor.

KELSEN, HANS, *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre, Sérgio Fabris, editor, 1986.

MARÇAL FILHO, JUSTEN, *Curso de direito administrativo*. 4ª edição. São Paulo, Saraiva.

MARQUES, OSWALDO HENRIQUE DUEK, *Fundamentos da pena*. 2ª edição. São Paulo, WMF-Martinsfontes, 2008.

MEIRELLES, HELY LOPES, *Direito administrativo brasileiro*. 26ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balastero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo, Malheiros, 2001.

MELLO, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE, *Ato administrativo e direitos do administrado*. São Paulo, RT, 1981.

MELLO, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE, *Curso de direito administrativo*. 13ª edição. São Paulo, Malheiros, 2001.

MORE, THOMAS, *A Utopia*. Tradução de Luís de Andrade. Coleção “Os Pensadores”, vol. X. São Paulo, Victor Civita, editor, 1972.

MOREIRA, EGON BOCKMANN, *Processo administrativo*. 4ª edição. São Paulo, Malheiros, 2010.

MORRIS, CLARENCE (editor), *The Philosophy of Right* extraído de *The Great Legal Philosophers*. Philadelphia, University of Pennsylvania, 1959.

OLIVEIRA, GESNER E RODAS, JOÃO GRANDINO, *Direito e economia da concorrência*. 2ª edição. São Paulo, CEDES-RT, 2013.

OLIVEIRA, JOSÉ ROBERTO PIMENTA, *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como normas conformadoras e limitadoras da atuação da administração pública*. Em "Tratado de Direito Administrativo", coordenado por Adilson de Abreu Dallari, Carlos Valder do Nascimento e Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo, Saraiva, 2013, vol. 1.

OLIVEIRA, RÉGIS FERNANDES DE, *Infrações e sanções administrativas*. 3ª edição. São Paulo, RT, 2012.

OSÓRIO, FÁBIO MEDINA, *Direito Administrativo Sancionador*. 2ª edição. São Paulo, RT, 2005.

PETIAN, ANGÉLICA, *Regime jurídico dos processos administrativos ampliativos e restritivos de direito*. São Paulo, Malheiros, 2011.

PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA DI, *Direito administrativo*. 12ª edição. São Paulo, Atlas, 2000.

ROCHA, SÍLVIO LUÍS FERREIRA DA, *Manual de direito administrativo*. São Paulo, Malheiros, 2013.

ROXIN, CLAUS, *Estudos de direito Penal*. 2ª edição brasileira. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro, Renovar, 2012.

SALOMÃO FILHO, CALIXTO, *Direito Concorrencial*. São Paulo, Malheiros, 2013.

SILVA, VIRGÍLIO AFONSO DA, *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª edição. São Paulo, Malheiros, 2010.

TAUFICK, ROBERTO DOMINGOS, *A brief overview of the Federal Trade Commissions's organization and operation*. Em Revista de Direito da Concorrência, v. 14, pg. 69/106. IOB/CADE, Brasília, 2007, em tradução do próprio autor constante de *Nova Lei Antitruste Brasileira*. Rio de Janeiro, GEN-Forense, 2012.

TAVARES, ANDRÉ RAMOS, *Curso de direito constitucional*. 6ª edição. São Paulo, Saraiva, 2008.

VERZOLA, MAYSABRAHÃO TAVARES, *Sanção no direito administrativo*. São Paulo, Saraiva, 2011.