

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUC-SP

PEDRO JORDÃO ANTUNES

**A CISÃO DE SOCIEDADE COMO SANÇÃO NÃO-PECUNIÁRIA NO DIREITO DA
CONCORRÊNCIA:**

Entre aplicabilidade e proporcionalidade nos processos administrativos instaurados com vistas a apurar a conduta de formação de cartel.

São Paulo

2025

PEDRO JORDÃO ANTUNES

**A CISÃO DE SOCIEDADE COMO SANÇÃO NÃO-PECUNIÁRIA NO DIREITO DA
CONCORRÊNCIA:**

Entre aplicabilidade e proporcionalidade nos processos administrativos instaurados com vistas a apurar a conduta de formação de cartel.

Monografia apresentada no curso de Direito, na área de Direito Empresarial, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como requisito obrigatório para conclusão da graduação. Orientador: Prof. Dr. Fábio Ulhoa Coelho.

São Paulo

2025

À Vó Zira, que sempre olhou por mim de sua janela.

AGRADECIMENTOS

A primeira pessoa que gostaria de agradecer é Sara, minha irmã-tia (ou tia-irmã). Sem seu incentivo e puxões de orelha enquanto jogávamos vôlei no vazio Parque dos Espanhóis em tempos de pandemia, eu não teria feito a inscrição para o vestibular da PUC-SP. Obrigado por ter insistido tanto, pois, ao final, ingressei na melhor faculdade de direito desse país, onde tanto aprendi e me desenvolvi.

Agradeço a PUC-SP e todos os professores da instituição pela experiência universitária e pelo melhor aprendizado que um aluno poderia pedir.

Agradeço aos meus pais, Patrícia e Adolfo, pelo amor, carinho e por terem me dado as condições de estudar em São Paulo, além de sempre me incentivarem a ser um aluno, trabalhador e pessoa melhor. Agradeço Sofia, minha querida irmã, meus avós, Vera e José Jordão, e minha Madrinha, Juliana, pelo apoio e amor incondicional.

Agradeço a Enrico, pela amizade de uma década e todos as vezes que andamos de bicicleta, momentos cheios de piadas, risadas e reflexões sobre a vida. Agradeço a Luiz, que se tornou um filho da PUC, pela amizade e por compartilhar as aflições da vida universitária. Agradeço a Cacau, minha melhor amiga e que está comigo para o que der e vier, que sempre me apoiou e incentivou.

Agradeço a Felipe, irmão para vida que a PUC-SP me deu, por compartilhar toda a vida universitária comigo, nos trabalhos, festas e risadas. Agradeço a minha prima e colega de quarto, Maria Clara, pelo companheirismo nesse último ano. Agradeço aos meus amigos de Sorocaba, Biella, Recio, Ferreira e Fer, que fizeram os finais de semana em Sorocaba divertidos e engraçados.

Agradeço ao Professor Celso Campilongo, que me acolheu como um estagiário novo, que nada conhecia, pelo tanto que me ensinou sobre Antitruste, sociologia do direito e a advocacia. Agradeço, por fim, a Heidy, minha grande amiga e a melhor secretária desse país, pelas conversas e ensinamentos de vida que você me passou.

RESUMO

O presente trabalho analisa a cisão de sociedade como sanção não pecuniária no Direito da Concorrência, com ênfase em sua possível aplicação pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) nos processos administrativos destinados à apuração de cartéis. Partindo do estudo histórico do caso norte-americano *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States* (1911), que inaugurou a utilização de sanções estruturais como instrumentos de política antitruste, o trabalho investiga a natureza, a finalidade e os limites da cisão societária enquanto medida de recomposição do ambiente concorrencial. Examina-se, em seguida, o regime jurídico brasileiro do Direito Concorrencial, à luz da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 12.529/2011, especialmente quanto aos princípios da proporcionalidade, livre iniciativa e livre concorrência. A pesquisa demonstra que, diferentemente dos casos de concentração econômica, o cartel constitui conduta comportamental, cujos efeitos não necessariamente alteram a estrutura de mercado, tornando, muitas vezes desproporcional a imposição de sanções de natureza estrutural. Ademais, o CADE não realiza, em sua prática decisória, a análise aprofundada dos efeitos econômicos que justificariam medida tão severa. Conclui-se que a cisão societária, quando aplicada como sanção em casos de cartel, configuraria intervenção estatal desmedida e violadora de direitos fundamentais, carecendo de fundamento jurídico e empírico que a torne legítima no sistema brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Direito da Concorrência; CADE; Cisão Societária; Sanções Estruturais; Cartel.

ABSTRACT

The present study examines corporate divestiture as a non-pecuniary sanction within Competition Law, with emphasis on its potential application by the Administrative Council for Economic Defense (CADE) in administrative proceedings aimed at investigating cartels. Starting from the historical analysis of the U.S. case *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States* (1911) — which inaugurated the use of structural remedies as instruments of antitrust policy — the study investigates the nature, purpose, and limits of corporate divestiture as a measure for restoring competitive market conditions. Subsequently, it analyzes the Brazilian legal framework of Competition Law in light of the 1988 Federal Constitution and Law No. 12,529/2011, particularly regarding the principles of proportionality, free enterprise, and free competition. The research demonstrates that, unlike economic concentration cases, a cartel constitutes a behavioral infraction whose effects do not necessarily modify market structure, thereby rendering the imposition of structural sanctions often disproportionate. Moreover, CADE's decision-making practice does not include a thorough assessment of the economic effects that would justify such severe measures. The study concludes that corporate divestiture, when imposed as a sanction in cartel cases, would amount to an excessive form of state intervention and a violation of fundamental rights, lacking both the legal and empirical foundations necessary to render it legitimate within the Brazilian legal system.

KEYWORDS: Competition Law; CADE; Corporate Divestiture; Structural Sanctions; Cartel.

SUMÁRIO

I. Introdução	7
II. Breve histórico: a cisão de sociedade e o nascimento do antitruste – a aplicação do Sherman Act no caso Standard Oil.	9
III. Brasil: Regime jurídico e princípios norteadores do Direito Concorrencial	19
IV. Princípios da Ordem Econômica e proporcionalidade: possível incompatibilidade com sanções estruturais severas	25
IV.1. As sanções não-pecuniárias estruturais previstas na Lei federal 12.529/2011 e sua aplicação às infrações de cartel.	30
IV.2. Sanções não pecuniárias e proporcionalidade	34
V. Conclusão	43
VI. Referências Bibliográficas	46

I. Introdução

O presente trabalho tem por objeto o exame da cisão de sociedade como sanção não pecuniária no Direito da Concorrência, especialmente no contexto dos processos administrativos instaurados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) para apurar a prática de cartel. A pesquisa busca investigar em que medida tal sanção — de natureza estrutural e excepcional — é compatível com os princípios constitucionais da livre iniciativa, da livre concorrência e da proporcionalidade, bem como com o regime jurídico do Direito Administrativo Sancionador. O ponto de partida é a constatação de que, embora a cisão societária esteja prevista na Lei federal 12.529/2011 (“LDC”), sua aplicação efetiva suscita dúvidas quanto à legitimidade, necessidade e adequação de uma medida tão invasiva no ordenamento brasileiro.

O problema central que orienta o estudo é se a cisão, compreendida como forma de fragmentação compulsória da estrutura empresarial, poderia ser imposta pelo CADE como resposta à conduta de cartel, considerando que o cartel é, por natureza, uma infração comportamental, e não estrutural. A hipótese de trabalho parte da premissa de que a cisão, nessa hipótese, se mostraria desproporcional, por violar direitos fundamentais e não atender aos critérios técnicos e jurídicos exigidos para medidas de caráter estrutural.

O Capítulo II apresenta o breve histórico do surgimento do Direito Antitruste, destacando o caso *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States* (1911), que marcou a aplicação inaugural do *Sherman Act* e consolidou a utilização da cisão societária como remédio estrutural para recompor o ambiente competitivo em mercados monopolizados. Examina-se o contexto econômico-político do final do século XIX, o movimento dos *trusts* e a ascensão de John D. Rockefeller como símbolo do poder econômico concentrado. O capítulo demonstra que, à época, a cisão foi concebida não como pena, mas como remédio corretivo voltado a restabelecer a concorrência.

O Capítulo III desloca o foco para o Direito da Concorrência no Brasil, abordando as balizas doutrinárias, legais e jurisprudenciais que orientam a atuação do CADE. Analisa-se o regime jurídico estabelecido pela Constituição da República de 1988 e pela Lei federal 12.529/2011, situando o Direito Concorrencial como ramo em que prevalecem duas funções essenciais à defesa da concorrência e saúde dos mercados, quais sejam, a função repressiva e função preventiva, orientadas pelo respeito aos direitos fundamentais dos agentes

econômicos. O capítulo examina também a dosimetria das sanções, destacando o art. 38 da LDC, que prevê medidas não pecuniárias como a cisão ou a transferência de controle societário, mas condiciona sua imposição à demonstração de gravidade excepcional da conduta e à comprovação de que tais medidas são indispensáveis à recomposição do mercado.

Por fim, o Capítulo V (Conclusão) apresenta uma síntese crítica das discussões desenvolvidas, concluindo que a cisão societária como sanção dificilmente seria aplicável pelo CADE sem violar a Constituição e os princípios que regem o Direito Concorrencial. A medida seria excessivamente drástica, carecendo de base empírica e jurídica sólida, além de afrontar direitos fundamentais das empresas. O trabalho propõe, assim, uma leitura restritiva das sanções estruturais, reafirmando que a tutela da concorrência deve ser exercida dentro dos limites da legalidade, da proporcionalidade e da liberdade econômica, pilares de um Estado de Direito que protege, simultaneamente, a concorrência e a iniciativa privada.

II. Breve histórico: a cisão de sociedade e o nascimento do antitruste – a aplicação do Sherman Act no caso Standard Oil.

O Direito da Concorrência, também denominado Direito Antitruste ou, simplesmente, Antitruste, é um ramo relativamente recente, especialmente quando comparado, por exemplo, ao Direito Civil ou Direito Penal. A discussão acerca de sua origem enquanto ramo autônomo do direito, formado por quadro orgânico de normas e princípios¹, que tem por objeto a defesa da concorrência e livre-iniciativa, não suscita dúvidas: o Sherman Act, lei federal estadunidense, marca o início do Direito da Concorrência enquanto sistema normativo² e política de Estado³. O modelo então instituído serviria de inspiração para a Europa, que traria novas perspectivas, tendo em vista o modelo de *civil law* empregado na maioria dos países, e no restante do mundo.

O presente capítulo tem por objetivo apresentar o caso paradigmático em que se aplicou a primeira sanção estrutural de cisão societária por meio do Sherman Act.

Dessa forma, apresenta-se o precedente histórico de *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911), no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos considerou ilícitas as condutas da Standard Oil e de John D. Rockefeller, julgando procedente o pedido do *Department of Justice* para cindir o truste/holding em diversas empresas.

O Sherman Act, de 1890, surge num contexto de pleno crescimento da indústria dos Estados Unidos e aumento de sua influência econômica e política no mundo. Wu explica que esse período de expansão foi batizado de “Trust Movement” (Movimento dos Trustes, em tradução livre), responsável por transformar profundamente a economia americana, especialmente com a formação de grandes corporações monopolistas⁴.

Além do monopólio das grandes corporações, o Trust Movement foi marcado pela formação de grandes cartéis, hoje conhecidos como cartéis clássicos ou *hardcore*, isto é, acordos entre concorrentes, atuais ou potenciais, destinados a falsar, limitar, manipular ou

¹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 32 ed. São Paulo: Noeses, 2022, p. 158.

² Forgioni destaca que a matéria relativa à concorrência, remonta à Antiguidade. No caso, regras voltadas à disciplina do comportamento de agentes econômicos sempre esteve presente nas sociedades, vez que “*a concorrência existe desde que haja comércio, desde que haja mercado*”. A ideia de regulamentação da concorrência, visando a manutenção do sistema de produção capitalista surge no século XVIII. Cf. FORGIONI, Paula. A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 12 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2022, pp. 39-41.

³ Conforme demonstra Motta, a origem da política de concorrência moderna remonta ao Sherman Act como reação à formação dos trustes nos Estados Unidos. Cf. MOTTA, Massimo. **Competition Policy: Theory and Practice**. New York: Cambridge University Press, 2004, p. 2.

⁴ WU, Tim. **The Curse of Bigness: Antitrust in the new Gilded Age**. New York: Columbia Global Reports, 2018, p. 24.

neutralizar a competição entre eles⁵, tendo por objetivo o aumento arbitrário de lucros ou prejudicar concorrentes de fora do acordo.

O movimento surgiu quando, após algumas décadas de estagnação econômica, momento em que a economia norte-americana era dominada pela agricultura e pequenas empresas, iniciou-se grande movimento de integração vertical e horizontal entre as empresas. É nesse momento em que se desenvolveu a produção em massa, com fortalecimento da indústria e desenvolvimento de infraestrutura necessária ao desenvolvimento⁶. Motta explica que os setores que mais se impulsionaram o desenvolvimento e possibilitaram a franca ascensão da indústria americana foram as telecomunicações e o transporte, especialmente o transporte ferroviário⁷.

Esse desenvolvimento possibilitou a criação de um grande e lucrativo mercado, o que gerou incentivos para que as empresas explorassem economias de escala e economias de escopo⁸. Houve, dessa forma, rápida expansão da malha ferroviária e de linhas telefônicas e de telégrafos. Isso possibilitou atingir maior número de consumidores em diferentes regiões do país, de modo que muitas empresas se aproveitaram da economia de escala e das eficiências advindas das novas tecnologias⁹.

Esse cenário impulsionou a expansão da produção em massa, o surgimento de uma nova classe de empresários nos Estados Unidos (em contraposição às pequenas firmas e pequenos fornecedores agrícolas) e, obviamente, fomentou a concorrência direta entre as novas empresas¹⁰. Entretanto, tal cenário foi radicalmente transformado pelo processo de concentração empresarial.

É nesse contexto que surge a ***Standard Oil Company of New Jersey***, tida como o primeiro grande truste da história¹¹, uma *holding* que detinha poder de controle sobre as suas investidas.

⁵ FORGIONI, Paula. A. *Op. Cit.*, p. 353.

⁶ *Idem*, p. 72.

⁷ MOTTA, Massimo. *Op. Cit.*, 2004, p. 2.

⁸ Conforme explica MOTTA, “*Há economias de escala quando os custos unitários de produção diminuem à medida que aumenta a quantidade total produzida; e há economias de escopo quando os custos unitários se reduzem em razão da produção conjunta de dois ou mais bens.*” Tradução livre do original: “*There are economies of scale when unit costs of production fall with total quantity produced; economies of scope when units costs fall because two or more goods are produced jointly.*”. *Idem*, p. 2.

⁹ MAY, James. Standard Oil CO. v. United States. In: FOX, Eleanor M.; CRANE, Daniel A. (org.). **Antitrust Stories**. New York: Foundation Press, 2007, p. 9.

¹⁰ *Idem*, p. 10.

¹¹ WU, Tim. *Op. Cit.*, p. 59.

A partir de 1859, a indústria do petróleo começou a se desenvolver no estado da Pensilvânia. Motivados pelo sonho de autossuficiência econômica, milhares de pessoas mudaram-se para o estado para trabalhar no refino do petróleo e comercialização de seus derivados. John D. Rockefeller, considerado o norte-americano mais rico da história¹², à época apenas um jovem investidor, optou por investir em fundos e empresas naquele mercado emergente¹³.

Rockefeller, cujas empresas investidas começaram a crescer e dominar o mercado de refino de petróleo, passou a fazer acordos com as empresas que detinham o domínio das **ferrovias**. Esses acordos nada mais eram do que a formação de cartéis para beneficiar as empresas de Rockefeller e impedir que concorrentes utilizassem as estradas de ferro, aumentando seus custos e prejudicando a distribuição de seus produtos. Esses acordos serviam, também, para que, em momento posterior, Rockefeller pudesse comprar as ferrovias, integralizando verticalmente sua produção e, ao mesmo tempo, prejudicando o acesso a esses bens essenciais aos concorrentes.

A estratégia de Rockefeller para dominação do mercado, segundo Wu, era a utilização – metafórica – de um “grande porrete” (“*Big Stick*”): cartel exclusionário, preços predatórios de refino do petróleo e preços abusivos para utilização das ferrovias do seu domínio. Com tais táticas, Rockefeller pressionava pequenas empresas e empresários para que se juntassem ao seu “grande império”, vez que, caso contrário, enfrentariam a falência¹⁴. Assim, em 1879, Rockefeller tinha sob seu comando o poderosíssimo e primeiro truste da economia americana¹⁵.

Por anos, Rockefeller parecia intocável, expandindo seu império para todo o território dos Estados Unidos. Nesse meio tempo, entre o final do Século XIX e início do Século XX,

¹² Estima-se que a sua fortuna, em valores atualizados e corrigidos, girava em torno de 300 a 400 bilhões de dólares.

¹³ MAY, James. *Op. Cit.*, p. 13.

¹⁴ Wu equipara a estratégia de Rockefeller com a de Gengis Khan: “*junte-se ao Império ou enfrente completa destruição*”. WU, Tim. *Op. Cit.*, p. 59.

¹⁵ MAY, James. *Op. Cit.*, p., p. 13. Dalton e Esposito demonstram que: “*by 1880 it [Standard Oil] had 90 percent of refining capacity and controlled the gathering lines in the crude fields, the pipelines, and rail transportation. From that time forward, Standard persistently controlled 80–90 percent of refining, shipping, and marketing in the United States, while similarly dominating the export of refined oil products*”. Daí porque, de acordo com Dalton e Esposito, “*For Rockefeller then, an orderly market translated into a monopoly or a cartel in which price competition is absent. He proceeded to “make the oil business safe and profitable” by vertically integrating to form a giant company. Standard Oil monopolized the oil industry through acquisition and managerial control of companies that it either wholly owned or controlled. These shares were placed in the trust that was formed in 1882 and then in 1899 were transferred to form the Standard Oil Company of New Jersey*”. Cf. DALTON, James. A.; ESPOSITO, Louis. Predatory Price Cutting and Standard Oil: A Re-examination of the Trial Record. **Research in Law and Economics**, 2015, pp. 155-205, p. 161.

sob a presidência de William McKinley (4 de março de 1897 – 14 de setembro de 1901), o *laissez-faire* era a política econômica dominante. WU afirma, com base em dados biográficos, que a Casa Branca tinha plena ciência de que Wall Street (local em que se encontra a bolsa de valores estadunidense), berço do poder econômico, controlava o país¹⁶.

Dessa forma, prezava-se pela total ausência de intervenção estatal na economia e autorregulação dos mercados. McKinley, poucos anos após a promulgação do Sherman Act, nunca chegou a utilizá-lo, embora não escondesse sua preocupação com a concentração do poder econômico nas mãos dos trustes em formação. Para ele, essa seria uma tarefa do Congresso norte-americano¹⁷.

Porém, com a morte de McKinley, assume a presidência dos EUA Theodore Roosevelt. No plano econômico, o recém-eleito presidente decide por romper com o *laissez-faire* e combater o poder econômico. Fala, abertamente, sobre a necessidade de mudança do Estado em face do direito de propriedade¹⁸.

É por essa razão que ficou conhecido como o “Trustbuster”, ou “Combatente dos Trustes” ou “Agente Antitruste”. Sua rejeição aos trustes e concentração econômica levou-o a ser o primeiro presidente dos Estados Unidos a, por meio do Departamento de Justiça (o “Department of Justice”, doravante “DoJ”), **utilizar o Sherman Act para persecução de trustes e cartéis**.

Nesse contexto, Roosevelt ficou conhecido por processar os dois maiores monopolistas de sua época, John D. Rockefeller e J. P. Morgan, além de promover outras dezenas de ações “antitrustes” ao longo de seu governo. A utilização do Sherman Act por Roosevelt tinha dois objetivos, político e econômico. No plano econômico, visava-se restabelecer a concorrência nos mercados dominados, por meio da cisão dos trustes. No plano político, Roosevelt queria deixar claro que, em uma democracia, os representantes eleitos pelo povo eram quem decidiriam a política econômica do país e que as leis antitrustes seriam o remédio contra o poder privado (poder econômico) que tentava concorrer com o poder público.¹⁹

O julgamento do caso **Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911)** pela Suprema Corte dos Estados Unidos é paradigmático, pois, de tratar do truste

¹⁶ WU, Tim. *Op. Cit.*, p.45.

¹⁷ *Idem*, p. 46.

¹⁸ *Idem*, p. 47.

¹⁹ *Idem*, pp. 53-54.

liderado pelo indivíduo mais influente da época, **foi o primeiro a aplicar a cisão societária como forma de sanção**. Não bastasse isso, o julgamento serviu de paradigma para a resolução de diversas questões relacionadas à aplicação e interpretação do Sherman Act, tais como: (i) quais eram os objetivos fundamentais do antitruste e do Sherman Act; (ii) quais seriam as metodologias de interpretação da lei; e (iii) como o Sherman Act poderia ser utilizado em casos envolvendo fusões, consolidação de controle e monopolização²⁰.

Antes de ingressar nos desdobramentos do caso e, finalmente, na aplicação da cisão societária, tais questões podem ser resumidas conforme Posner. Diante do julgamento do caso, as preocupações do Sherman Act, diante da crescente concentração de mercado nas mãos de poucos e poderosos trustes e formação de cartéis: a Seção 1ª visa coibir contratos, combinações e conspirações que restrinjam a concorrência²¹; a Seção 2ª visa coibir a monopolização dos mercados e formação ou tentativa de formação de cartéis²²⁻²³.

A Corte definiu, também, metodologia analítica da aplicação do Sherman Act: a Regra da Razão, que determina a avaliação dos efeitos de uma conduta para determinar se a conduta feriu a concorrência e mercado ou teria o potencial de fazê-lo para, então, considerá-la ilícita e sancioná-la²⁴.

Em prosseguimento, no processo judicial, a denúncia feita pelo governo dos Estados Unidos, representado pelo Attorney General à época, George W. Wickersham, acusava Rockefeller e seus associados de, nos últimos trinta anos, ingressar em esquema de monopolização de ambos os mercados doméstico e de exportação de petróleo e derivados²⁵.

²⁰ MAY, James. *Op. Cit.*, p 18.

²¹ “**Sec. 1.** Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal. Every person who shall make any such contract or engage in any such combination or conspiracy, shall be deemed guilty of a misdemeanor; and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding five thousand dollars, or by imprisonment not exceeding one year, or by both said punishments, at the discretion of the court”.

²² “**Sec. 2.** Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a misdemeanor; and, on conviction thereof; shall be punished by fine not exceeding five thousand dollars, or by imprisonment not exceeding one year, or by both said punishments, in the discretion of the court.”

²³ POSNER, Richard A. **Antitrust Law: An Economic Perspective**. Chicago: The Chicago University Press, 1976, p. 23.

²⁴ *Idem*, p. 26.

²⁵ MAY, James. *Op. Cit.*, p. 19. May explica que, de acordo com o governo, a conduta da Standard Oil seria ainda mais perigosa que a prática de cartel (de modo simplificado, acordo coletivo para combinação de preços ou exclusão de concorrentes), vez se tratava de conduta de combinação e monopólio de diversas indústrias, violando leis estaduais e federais e inviabilizando o comércio interestadual, tendo em vista o domínio das ferrovias e pelo fato de Rockefeller obrigar empresas menores a fazer parte de sua *holding*.

Rockefeller e seus associados alegaram, em sede de defesa, que, diante das dificuldades financeiras e problemas que o setor de petróleo vinha enfrentando na década de 1870, empresários teriam, por espontânea vontade, vendido seus ativos e empresas para a Standard Oil. Por meio da *holding*, a indústria teria seguido “curso natural” de concentração e desenvolvimento²⁶. Dessa forma, não haveria qualquer forma de cartel, mas simples arranjos empresariais centralizados sob a administração da Standard Oil.

Na primeira instância, Rockefeller e associados foram condenados sob o argumento de que o truste da Standard Oil feria a Seção 1 do Sherman Act. Para um dos julgadores, muitas das empresas sob domínio da holding poderiam competir entre si se, efetivamente, tivessem, donos distintos, o que não ocorria²⁷, de modo que a livre-concorrência restaria prejudicada.

Na condenação, a sentença determinou que: (i) a Standard Oil não teria qualquer poder de voto nas empresas consideradas parte da combinação; (ii) essas empresas não poderiam pagar dividendos para a Standard Oil; (iii) **a dissolução da holding Standard Oil Company of New Jersey em até 30 dias após a sentença ou decisão da Suprema Corte caso não reforme a decisão**; e (iv) proibiu a que os réus engajassem em atividades de comércio interestadual até que a conduta tida como ilícita cessasse completamente²⁸. Houve recurso à Suprema Corte.

Na Suprema Corte, Justice Edward Douglas White ficou responsável pela Opinião da Corte. White destacou que a decisão do caso recaía, genericamente, sobre a construção e aplicação correta das Seções 1 e 2 do Sherman Act, sendo um caso de extrema relevância e complexidade²⁹.

Em sua análise de mérito, a principal razão da elaboração do Sherman Act

foi a percepção de que esta se fazia necessária em razão das condições econômicas vigentes à época — a saber, a vasta acumulação de riqueza nas mãos de corporações e indivíduos, o extraordinário desenvolvimento das estruturas societárias, a facilidade proporcionada por tais organizações para a formação de combinações empresariais, o uso efetivo dessa facilidade, e a proliferação dos chamados trustes, bem como a ampla

²⁶ *Idem*, p. 28.

²⁷ *Idem*, p. 37.

²⁸ *Idem*, p. 40.

²⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Standard Oil Co. of New Jersey v. United States**, 221 U.S. 1 (1911), p. 221-47. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/1/>. Acesso em 04/05/2025.

*impressão social de que tais poderes vinham sendo — e continuariam a ser — exercidos de modo a oprimir indivíduos e prejudicar o interesse público de maneira geral.*³⁰

A partir disso, ele examina a construção jurisprudencial feita no *common law* sobre a noção de contratos e restrição de comércio e concorrência. De acordo com a doutrina jurídica inglesa, passou-se a considerar que contratos ou **atos com tendência monopolista**, especialmente aqueles que reduzissem indevidamente a concorrência e, conseqüentemente, elevassem os preços. Ou seja, atos que visassem à monopolização, passaram também, em sentido amplo, a ser classificados e tratados como restrições ao curso regular do comércio, e, portanto, como restrições à livre concorrência (*restraint of trade*)³¹.

Como consequência, tais condutas passaram a ser tratadas como equivalentes à própria prática monopolista, de modo que, ora por meio de limitações constitucionais, ora por normas legislativas ou ainda por decisões judiciais, consolidou-se o objetivo de prevenir a ocorrência dos males tradicionalmente associados ao monopólio.

Essa prevenção se efetivou mediante a proibição de contratos ou atos praticados por indivíduos, associações de indivíduos ou corporações, considerados de forma ampla e genérica, que fossem considerados **propensos a gerar tais conseqüências deletérias à concorrência**.

Assim, aplicando as seções 1 e 2 do Sherman Act ao caso concreto, Justice White entendeu que não havia necessidade de reforma das decisões de instâncias inferiores, vez que as condutas estavam, efetivamente, destruindo a **potencialidade de competição que poderia haver entre as empresas de refino de petróleo e ferrovias se não houvesse o controle comum da holding Standard Oil Company**³².

De acordo com White, Rockefeller e seus associados não teriam dominado a indústria petroléira por meios lícitos, isto é, por eficiência (*“normal methods of industrial*

³⁰ Tradução livre do original: “*They conclusively show, however, that the main cause which led to the legislation was the thought that it was required by the economic condition of the times, that is, the vast accumulation of wealth in the hands of corporations and individuals, the enormous development of corporate organization, the facility for combination which such organizations afforded, the fact that the facility was being used, and that combinations known as trusts were being multiplied, and the widespread impression that their power had been and would be exerted to oppress individuals and injure the public generally*”. Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911), p. 221-50. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/1/>. Acesso em 04/05/2025.

³¹ Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911), p. 221-57. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/1/>. Acesso em 04/05/2025.

³² Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911), p. 221-74. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/1/>. Acesso em 04/05/2025.

development”), mas por meio de combinações que resultaram na concentração de poder, cujo único objetivo era a exclusão de competidores no mercado interestadual e exportador de petróleo e derivados³³.

Por essa razão, White manteve a decisão de primeira instância em sua integralidade, determinando a **cisão da holding Standard Oil Co. of New Jersey**. Entretanto, ao determinar a dissolução da empresa, estabeleceu que os acionistas e sociedades não estariam privados de seus direitos de celebrarem contratos lícitos com outras empresas, mas estariam vedados, por quaisquer meios, a **reconstituir, direta ou indiretamente, a combinação ilegal que foi dissolvida por força da decisão judicial**³⁴.

A dissolução da Standard Oil teria como objetivo: (i) proibir a prática de atos semelhantes que visem ou tendam à monopolização e cartelização que se comprovou terem sido realizados no passado e que configuram violação à lei; e (ii) implementar providências que assegurem a dissolução efetiva da combinação considerada ilícita, de modo a neutralizar os efeitos presentes e futuros decorrentes do exercício do poder obtido de forma contrária à lei, cujas consequências se mostram contínuas e expansivas.³⁵

Por fim, a Corte estendeu o prazo para que fosse feita a cisão da *holding*, de 30 dias para seis meses, e retirou a proibição de que os réus se abstivessem de praticar atos de comércio interestaduais.

Apesar de emblemático e por ter sido o primeiro em que se determinou a dissolução societária um truste, Posner demonstra que a sanção aplicada a Rockefeller, enquanto um “remédio estrutural” para o mercado, era “simples”. Tratou-se, basicamente, da dissolução de um *holding* que detinha várias outras empresas³⁶.

Wu explica que a Standard Oil foi quebrada em partes, criando, notadamente, sete “grandes” empresas, que permanecem, ainda hoje, como as principais empresas do setor do

³³ Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911), p. 221-75. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/1/>. Acesso em 04/05/2025.

³⁴ Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911), p. 221-81. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/1/>. Acesso em 04/05/2025. Cf. Justice White, “*We so think, since we construe the sixth paragraph of the decree not as depriving the stockholders or the corporations, after the dissolution of the combination, of the power to make normal and lawful contracts or agreements, but as restraining them from, by any device whatever, recreating directly or indirectly the illegal combination which the decree dissolved. In other words, we construe the sixth paragraph of the decree not as depriving the stockholders or corporations of the right to live under the law of the land, but as compelling obedience to that law*”.

³⁵ Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911), p. 221-78. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/1/>. Acesso em 04/05/2025.

³⁶ POSNER, Richard A. *Op. Cit.*, p. 85.

petróleo, tais como a Standard Oil of New Jersey, hoje Exxon, Standard Oil of New York, hoje Mobil, e Standard Oil of California, hoje Chevron. As ações foram divididas proporcionalmente e vendidas. Para a surpresa de muitos, o valor de mercado da Standard Oil após a quebra mais do que dobrou³⁷.

Em suma, o precedente *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911) inaugura a persecução antitruste contra os trustes e monopolistas nos Estados Unidos e é o primeiro caso em que foi aplicada a sanção de cisão societária como forma remédio estrutural para mercados monopolizados.

Contudo, o caso não traz todas as balizas de análise necessárias para a compreensão dessa sanção. Posner explica que, apesar de a política de desconcentração econômica, via pena de desinvestimentos ou dissoluções societárias, poder trazer benefícios à sociedade, **ela pode não ser a política pública³⁸ mais adequada**. Isso porque pode não ser uma política efetiva e, se fosse efetiva, os custos sociais para aplicação desse tipo sancionatório poderiam superar os benefícios sociais dele advindos³⁹.

Há diversos casos na jurisprudência estadunidense em que ocorreram intervenções estruturais em casos de condutas, como o caso da *Paramount* (1948), e AT&T (1982), que resultou na criação das chamadas “Baby Bells”, empresas telefônicas regionais. A jurisprudência internacional também possui outros casos que tratam de sanções estruturais, tais como *British Gas* (1993), na Inglaterra, e EON (2008), RWE (2008) e EMI (2010), na Comissão Europeia. Em 2014, a autoridade de concorrência do Reino Unido (*Competition Commission*), no caso *aggregates, cement and ready-mix concrete market investigation*, entendeu que era fundamental o desinvestimento em cimento agregados concreto e asfalto já que a estrutura dos mercados possibilitou a coordenação explícita das empresas que neles atuavam⁴⁰.

³⁷ WU, Tim. *Op. Cit.*, p. 72. Inclusive, para o autor, a Standard Oil representa a lição de que, ao fim e ao cabo, monopólio é uma forma ineficiente para o exercício da atividade econômica, de modo que a quebra da empresa do setor de petróleo foi o início para a expansão do setor e o surgimento de novas empresas e maior competitividade (p. 73).

³⁸ Aqui utiliza-se a noção do Antitruste como instrumento apto para servir de implementação de políticas públicas, especialmente políticas econômicas pelas quais o Estado dispõe para influir de maneira sistemática sobre a economia, conforme explica Forgioni. Ver, nesse sentido, FORGIONI, Paula. A. *Op. Cit.*, p. 196.

³⁹ POSNER, Richard A. *Op. Cit.*, p. 79.

⁴⁰ OLIVEIRA JÚNIOR, Márcio de; LUÍS, Alessandro Serafim Octaviani. Remédios Estruturais em casos de cartéis: análise funcional e fundamentos econômicos para sua aplicação. In: CARVALHO, Vinícius Marques de (org.), *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2015, p. 322..

Em todas as investigações citadas, houve a intervenção na estrutura do mercado, que tinha o sentido funcional para defesa da concorrência: muitas vezes para recompor o ambiente concorrencial é necessário intervir na estrutura de mercado. No caso,

As medidas ou remédios estruturais são institutos jurídicos que visam trazer desconforto onde tais estratégias apropriadoras de renda ilícita trouxeram conforto; visam trazer tensão onde os autores os atores construíram tranquilidade; visam trazer dinâmica onde se instalou estática; visam trazer legalidade onde se instalou a ilegalidade⁴¹.

Embora a maioria dos casos internacionais digam respeito a condutas unilaterais, a possibilidade de aplicação de sanções estruturais em casos em que se investiga condutas coordenadas como o cartel se dá em razão da forma de organização de um cartel, ou seja, a tentativa de se reduzir o ímpeto concorrencial. Por isso, para combater cartéis, é importante que as autoridades possam adotar medidas estruturais, determinando-se, por exemplo, o desinvestimento ou, ainda, a cisão societária.

Daí porque, nos capítulos seguintes, pretende-se discorrer sobre o processo administrativo concorrencial sancionador no Brasil e aplicação de sanções baseadas nos princípios da ordem econômica. Com isso, espera-se estabelecer possíveis balizas para eventual aplicação desse tipo de sanção estrutural no Brasil. É dizer, pretende-se avaliar, à luz do que Posner destacou, a viabilidade desse tipo de sanção no ordenamento jurídico brasileiro.

⁴¹ *Idem*, p. 323

III. Brasil: Regime jurídico e princípios norteadores do Direito Concorrencial

Feito breve introito quanto à concepção do Direito da Concorrência enquanto ramo autônomo do direito e a sua utilização como instrumento de persecução contra monopólio e a concentração econômica, passamos à análise do Direito Antitruste sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, a fim de se analisar a possibilidade de aplicação da sanção de cisão societária em processos administrativos em que se investiga a conduta de cartel.

Diante das inúmeras controvérsias doutrinárias acerca da definição de “Direito da Concorrência”, valemo-nos da definição encapada por Vianna, que, após análise de pontos controvertidos trazidos por autores nacionais, chegou à seguinte síntese: *“pode-se definir o Direito da Concorrência como aquele que disciplina, em nome do interesse coletivo, as relações de mercado entre os agentes econômicos, entre si e os com os consumidores, de modo a tutelar juridicamente o ambiente da livre-concorrência enquanto princípio da ordem econômica constitucionalmente positivada”*⁴².

No Direito Brasileiro, a definição do regime jurídico do Direito da Concorrência é tarefa árdua, diante da interdisciplinaridade inerente ao ramo⁴³. Conforme demonstra Vianna, restringindo-se o escopo do Antitruste à Lei federal 12.529/2011, a Lei de Defesa da Concorrência ou, simplesmente, LDC⁴⁴, **notadamente o controle repressivo de condutas, ou seja, o art. 36 da lei**, podemos afirmar que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE⁴⁵, exerce função regulamentadora e **função fiscalizadora, repressiva**. Quanto a esse último, o referido autor, com base nos escritos de Celso Antônio Bandeira de Mello, denomina-se polícia administrativa, a partir da instauração de processo administrativo e imposição de sanções⁴⁶.

Daí porque, em razão

⁴² VIANNA, Rodrigo França. **Direito administrativo concorrencial sancionador: Antijuridicidade, elementos típicos e culpabilidade das infrações à Ordem Econômica**. Curitiba: Juruá, 2024, p. 32.

⁴³ “O direito concorrencial é permeado por normas de inúmeros ramos a depender da formação que lhe é dada pelo direito positivo. E isso não é exclusividade do direito concorrencial, senão característica típica de ramos jurídicos mais recentes, como o direito ambiental, o direito sanitário e o direito consumidor”. MARRARA, Thiago. **Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Organização, processos e acordos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 5.

⁴⁴ “Art. 1^a Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”.

⁴⁵ “Art. 4^a O Cade é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas nesta Lei”.

⁴⁶ VIANNA, Rodrigo França. *Op. Cit.*, p. 47-48.

[d]essa natureza repressiva da competência e por seu exercício mediante atuação autárquica, a doutrina majoritária e a jurisprudência do CADE enquadram o Direito da Concorrência, no controle de infrações à ordem econômica, no campo do Direito Administrativo Sancionador... Em síntese, sem pretensão de produção de enunciado unívoco, esse campo do direito cuida da normatização do poder punitivo do Estado, no âmbito do Direito Administrativo, voltada à responsabilização do administrado, incluindo-se os agentes públicos, em sentido amplo, e o particular, pelo cometimento de infrações contra o interesse coletivo ou os princípios da administração pública⁴⁷ (destaques nossos).

Com efeito, diante do caráter repressivo do Direito Concorrencial no que diz respeito à atuação como polícia administrativa do CADE, Recchia afirma que a Lei de Defesa da Concorrência determina qual é a **orientação do Antitruste** no Brasil, ou seja, os objetivos que a legislação deve perseguir: a livre-iniciativa, a livre-concorrência, a função social da propriedade, a defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico⁴⁸, cujo titular desses bens, nos termos do art. 1º da LDC, é a coletividade⁴⁹.

Aliás, a tutela da livre-concorrência é estruturada, em nível constitucional, pelos art. 1º, IV⁵⁰, 170⁵¹ e 173, § 4º⁵² da Constituição da República. Conforme análise de Bandeira de Mello, a livre iniciativa não é prevalecente frente aos demais elementos positivados. Para esse autor, a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa foram ambos apontados

⁴⁷ VIANNA, Rodrigo França. *Op. Cit.*, p. 49.

⁴⁸ RECCHIA, Paulo Victor Barbosa. **Sanções previstas na Lei de Defesa da Concorrência: limites e parâmetros no Direito Administrativo Sancionador**. Dissertação de mestrado. Orientador Thiago Marrara. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2020, p. 28.

⁴⁹ Não por outra razão, Forgioni demonstra que a concorrência não é um fim em si mesma, mas tem como finalidade a busca por determinados valores, enquanto instrumento de política pública estatal. FORGIONI, Paula. A, *Op. Cit.*, p. 88.

⁵⁰ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

⁵¹ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

⁵² “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

como fundamentos da ordem econômica, sendo a primeira prioritária em relação a interesses puramente econômicos⁵³.

Daí porque o Direito da Concorrência deve ser considerado como instrumental para a realização e prevalência desses objetivos, **sendo fundamental a interpretação dos efeitos e aplicação da norma, conciliando-os com a ciência econômica e harmonizando a imposição de sanções com os objetivos a que se pretende alcançar**⁵⁴.

Haja vista que a lei assim define os fins do Sistema Brasileiro de Defesa Econômica, estruturado pela LDC, “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”⁵⁵. Quer-se dizer com isso que o Direito Concorrencial, quando do exercício de polícia administrativa, não pode ser arbitrário e/ou desproporcional, visando-se interesses que não os encartados na Constituição da República e na Lei de Defesa da Concorrência.

Não por outra razão, Coelho explica que

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) daquelas⁵⁶ (destaques nossos).

Com efeito, o Direito da Concorrência tem seu escopo constitucional e infraconstitucionalmente positivado, possuindo claras limitações quanto à **motivação**⁵⁷ utilizada como fundamento para aplicação de sanções no âmbito do processo administrativo.

⁵³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32 ed. São Paulo, Malheiros, 2015, pp. 809-810.

⁵⁴ RECCHIA, Paulo Victor Barbosa. *Op. Cit.*, p. 51.

⁵⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. O desinvestimento como sanção por infração à ordem econômica de formação de cartel no direito brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito**. Outubro, nº 3, 2014, p. 5.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Sobre a motivação dos atos administrativos, Bandeira de Mello explica, com destaques nossos, que “A autoridade necessita aferir não apenas a base legal em que se quer estribada mas também os fatos ou circunstâncias sobre os quais se apóia e, quando houver discricção, a relação de pertinência lógica entre seu supedâneo fático e a medida para tomada, de maneira a se poder compreender sua idoneidade para lograr a finalidade legal. A motivação é, pois a justificativa do ato”. Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 99.

Mas não é só. Regido pelo regime jurídico do direito administrativo sancionador, o Direito da Concorrência também encontra limitações processuais e materiais na persecução dos ilícitos contra a ordem econômica. Oliveira e Grotti demonstram que

*Sob o prisma ontológico, também não há distinção entre ilícitos no DAS e DP. E, por fim, a Constituição assegura direitos e garantias fundamentais nos dois campos, a despeito de, diferentemente de outras Constituições, não ter previsão expressa no Texto desta submissão da atividade administrativa sancionadora. Refere-se a doutrina à “penalização” do Direito Administrativo Sancionador para **indicar o transplante radical de direitos e garantias fundamentais, tal como debatido no Direito Penal e Processual Penal para este outro setor. Assim, a identidade do direito administrativo sancionador em linha de princípio deve ser buscado no campo do Direito Administrativo, e na forma com a qual as políticas administrativas são forjadas e moldadas para atender aos múltiplos interesses públicos, sempre considerando a existência de possível criminalização que não seja simbólica ou injustificada***⁵⁸ (destaques nossos).

Por tal motivo, direitos e garantias constitucionais individuais que merecem atenção cuidadosa no Direito Administrativo Sancionador e, conseqüentemente, nos processos administrativos para imposição de sanções por infrações à ordem econômica, podem ser classificados como **princípios materiais e processuais**. São materiais, vez que incidem diretamente na **relação jurídico-administrativa sancionadora: legalidade, tipicidade, irretroatividade de norma mais prejudicial, imputação adequada, pessoalidade, proporcionalidade**, prescritibilidade e non bis in idem.

Por outro lado, são princípios processuais, vez que incidem na relação jurídico-processual administrativa que objetiva a produção do ato administrativo sancionador: devido processo legal, imparcialidade, contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, garantia da não-auto-responsabilização, inadmissibilidade de provas ilícitas, recorribilidade, definição a priori da competência administrativa sancionadora, motivação e duração razoável do processo⁵⁹.

⁵⁸ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. **Interesse Público - ip**, Belo Horizonte, a. 22, n. 120, pp. 83-126, mar/abr, 2020, p. 107.

⁵⁹ *Idem*, p. 108.

No que interessa ao presente trabalho, toma-se o princípio da proporcionalidade como imprescindível na aplicação das sanções administrativas, especialmente no que concerne ao Direito da Concorrência. Isso porque, conforme explica Ulhoa,

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 aplicada⁶⁰ (destaques nossos).

Deveras, a proporcionalidade está intimamente relacionada à motivação da sanção administrativa. O princípio da motivação é aquele que implica, para a Administração, o dever de justificar seus atos, demonstrando, efetivamente, os fundamentos de direito e de fato, bem como conexão lógica entre os eventos existentes e provados e a providência a ser tomada⁶¹. Sem o devido respeito a este princípio, o Poder Público teria a capacidade de “construir” motivos que jamais ou dificilmente se saberia se eram realmente existentes⁶². Em vista disso, a Administração é vedada de emitir condenação sem respaldo lógico e jurídico para com os fatos analisados e suas respectivas sanções.

Proporcionalidade, enquanto princípio inerente ao Estado de Direito, está implícita na Constituição e encontra sua base legal na força normativa dos direitos fundamentais e garantias materiais do Estado de Direito⁶³, principalmente no princípio do devido processo legal e o da motivação. É, dentro da esfera administrativa, primado voltado à verificação da justa medida da reação da Administração diante de uma situação concreta⁶⁴. Isto é, trata-se de proibições de exageros no exercício da função administrativa. Pelo art. 2º, parágrafo único, VI, da Lei federal 9.784/11, o princípio da proporcionalidade configura adequação entre **meios e fins**, de forma que proíbe a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público⁶⁵. Por isso,

⁶⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. Cit.*, pp. 10-11.

⁶¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 34º ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 115.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ MAJADAS, Márcia Fratari. *Discrecionalidade e desvio de poder em face de princípios constitucionais da administração pública*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 95.

⁶⁴ MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 11 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 221.

⁶⁵ *Ibidem*.

“*tudo que é proporcional o é em relação a algo*”⁶⁶. Dessa forma, infere-se que o referido dispositivo tem como escopo coibir **excessos** no âmbito do Direito Administrativo Sancionador. De forma direta, deve haver equilíbrio entre a pena aplicada e o ilícito cometido.

Nessa direção, a proporcionalidade averigua o meio pelo qual será atingido esse fim, através de elementos – subprincípios ou aspectos –, quais sejam: (i) adequação; (ii) necessidade; e (iii) proporcionalidade em sentido estrito.

Segundo BARROS, o pressuposto da adequação diz respeito à utilidade da medida adotada, questionando se ela constituiu meio certo, ou minimamente viável, para chegar ao fim desejado⁶⁷. Enquanto isso, a necessidade corresponde à ideia de que a medida em comento deve ser a menos gravosa possível dentre aquelas disponíveis à Administração⁶⁸. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito refere-se a uma espécie de juízo de ponderação entre os benefícios e os prejuízos que a melhor medida possível poderá acarretar⁶⁹.

Logo, o CADE, 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 princípio, seja porque a lei do processo administrativo expressamente o determina⁷⁰.

Dessa forma, tomando-se o regime jurídico do Direito da Concorrência, suas finalidades e princípios balizadores da função repressiva do CADE, passa-se à análise de compatibilização dos princípios da ordem econômica e da proporcionalidade para, em seguida, abordar a aplicação de penas não pecuniárias, especialmente a cisão societária, nos processos instaurados para apurar a conduta de cartel.

⁶⁶ SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Limites e Possibilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 106.

⁶⁷ BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto. BARROS, Wellington Pacheco. **A proporcionalidade como princípio de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 60.

⁶⁸ *Idem*, p. 62.

⁶⁹ *Idem*. p. 66-67. Os autores ressaltam que “*trata-se de um exame complexo, pois o julgamento daquilo que será contado como desvantagem depende de uma avaliação fortemente subjetiva*”.

⁷⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Op. Cit.**, pp. 14.

IV. Princípios da Ordem Econômica e proporcionalidade: possível incompatibilidade com sanções estruturais severas

A título exemplificativo, em 2014 ocorreu o julgamento do “Cartel do Cimento” pelo Tribunal Administrativo do CADE, momento em que o Conselheiro Relator do caso, Alessandro Octaviani, proferiu voto no sentido de que “*faz-se necessária, portanto, uma alteração estrutural no mercado que produza mudanças estratégicas concorrenciais das empresas (...)*”⁷¹.

Deveras, a atuação do Estado na e sobre a ordem econômica é assunto que levanta controvérsia⁷², principalmente quanto aos limites dessa atuação. Não por outra razão, a Constituição Federal cuida desses dois pontos relevantes: **a intervenção do Estado na ordem econômica e a livre iniciativa**⁷³.

Conforme elucida Dias, a Constituição da República não veda a intervenção do Estado na economia; ao contrário, permite que o Estado exerça tal prerrogativa, mas em hipóteses bem definidas:

São três as funções possíveis do Estado na economia: (i) como agente direto da atividade econômica: por meio da prestação de serviços públicos (art. 175 da Constituição Federal) ou para exploração da atividade econômica (nesse caso sujeitando-se às regras do Direito Concorrencial (art. 173, §4o, da Constituição Federal e art. 31 da Lei no 12.529/2011)); (ii) como agente normativo da atividade econômica: por meio da edição de leis, regulamentos etc, inclusive para atuar visando substituir o sistema concorrencial ou criar hipóteses de imunidade antitruste; e (iii) como agente fiscalizador da atividade econômica (exercício do poder de polícia): cabendo ao Estado fiscalizar tanto se as regras concorrenciais estão sendo aplicadas conforme a legislação quando não houver qualquer tipo de

⁷¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79. Relator: Conselheiro Alessandro Octaviani Luís. Data de julgamento: 05/02/2014. Destaques nossos.

⁷² Os debates que tratam do exercício do poder do Estado de regulamentar a economia, os motivos e as interfaces entre a regulação e defesa da concorrência (competências entre órgãos do próprio Poder Público) apresentam diversos aspectos jurídicos doutrinários e práticos relevantes mas que transcendem o objeto deste trabalho, razão pela qual não serão tratados aqui. O que se pretende abordar são os limites da atuação estatal no que tange a aplicação de sanções estruturais severas em processos administrativos que visam a apuração e condenação de cartéis.

⁷³ O art. 170 da Constituição Federal elenca os princípios que regem a ordem econômica e financeira tais como a livre iniciativa, valorização do trabalho humano, soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego, o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

normatização que vise a substituição pelo Estado das regras concorrenciais, quanto em situações em que há regulamentação específica, pelo Estado, com objetivo de substituir o sistema concorrencial (ex. agências reguladoras, concessões de serviço público etc.)⁷⁴ (destaque nossos).

Nesse sentido, Bandeira de Mello explica que a intervenção do Estado na economia

(a) ora dar-se-á através de seu ‘poder de polícia’, isto é, mediante leis e atos administrativos expedidos para executá-las, como ‘agente normativo e regulador da atividade econômica’ – caso no qual exercerá funções de ‘fiscalização’ e em que o ‘planejamento’ que conceber será meramente ‘indicativo para o setor privado’ e ‘determinante para o setor público’, tudo conforme prevê o art. 174; (b) ora ele próprio, em casos excepcionais, como foi dito, atuará empresarialmente, mediante pessoas que cria com tal objetivo; e (c) ora o fará mediante incentivos à iniciativa privada (também supostos no art. 174), estimulando-a com favores fiscais ou financiamentos, até mesmo a fundo perdido⁷⁵ (destaques nossos).

Veja-se que o planejamento que se refere o autor é meramente indicativo ao setor privado, vale constar, são diretrizes estatais que não são compulsórias aos agentes econômicos, demonstrando uma clara opção por parte do Estado por um regime de economia de mercado e **intervenção mínima**⁷⁶.

Com efeito, Bandeira de Mello demonstra que

Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Em suma: a dicção categórica do artigo deixa explícito que, a título de planejar, o Estado não pode impor aos particulares nem mesmo atendimento às diretrizes ou intenções pretendidas, mas apenas incentivar, atrair os particulares, mediante planejamento indicativo que se apresente como sedutora para condicionar a atuação deles ativa privada. [...]. O frequente, o comum, é que as leis prevejam apenas fiscalização após o início da atividade e aplicação de sanções sempre que, no exercício da

⁷⁴ DIAS, Rodrigo Pereira. **Antitruste: Sanção de Desinvestimento em Ativos. Um Estudo de Caso no Processo Administrativo nº 08012.11142/2006/79.** Dissertação (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2016, p. 131.

⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.*, p. 757.

⁷⁶ DIAS, Rodrigo Pereira. *Op. Cit.*, p. 133.

*atuação econômica, haja transgressão das regras condicionadoras de seu regular desenvolvimento*⁷⁷.

Por outro lado, no que tange ao princípio da livre-iniciativa, enquanto princípio fundamental da República e geral da ordem econômica, Salomão Filho destaca a

*Livre iniciativa não é sinônimo de liberdade econômica absoluta. Note-se que opor o princípio da livre iniciativa à desconcentração implicaria, logicamente, dever aplicá-lo também à concentração. [...]. O que ocorre é que o princípio da livre iniciativa inserto no caput do art. 170 da CF nada mais é que uma cláusula geral, cujo conteúdo é preenchido pelos incisos do mesmo artigo. Esses princípios claramente definem a liberdade de iniciativa não como uma liberdade anárquica, porém social, e que pode, conseqüentemente, ser limitada*⁷⁸.

Dessa forma, verifica-se que o Estado, enquanto agente normatizador e detentor de poder de polícia para intervir na atividade econômica, tem sua atuação limitada às hipóteses definidas na Constituição da República e na legislação infraconstitucional, bem como é norteada pelos princípios da ordem econômica, quais sejam, a livre iniciativa e intervenção mínima.

Com efeito, a atuação estatal, caracterizada pela atividade normativa, reguladora e sancionadora, tem como objeto resguardar a dupla face da livre iniciativa, qual seja, a liberdade de comércio e indústria e liberdade de concorrência.

Grau explica que essa divisão deságua na distinção entre liberdade pública e liberdade privada, sob a seguinte forma⁷⁹:

<p>a) liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico):</p> <p>a.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado - liberdade pública;</p> <p>a.2) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude da lei - liberdade pública;</p>	<p>b) liberdade de concorrência:</p> <p>b.1) faculdade de conquistar clientela, desde que não através de concorrência desleal - liberdade privada;</p> <p>b.2) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência - liberdade privada;</p> <p>b.3) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial em igualdade de condições dos concorrentes - liberdade</p>
--	---

⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.*, p. 757-758.

⁷⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 127.

⁷⁹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica)*. 20 ed. São Paulo: Malheiros/Juspodivum, 2023, p. 192.

Dessa forma, na medida em que a livre iniciativa assegura o livre exercício da atividade econômica, **também assegura e impõe o dever ao Estado de reprimir o abuso do poder econômico.**

E, no que interessa ao presente trabalho, a atividade do Estado, por meio do CADE⁸⁰, abrange dois aspectos relevantes: (i) **agir preventivo** – quando atua por meio do **controle de estruturas de mercado** em casos de concentração (fusões), bem como quando promove a advocacia da concorrência – e, (ii) **agir repressivo, quando combate o abuso do poder econômico** que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros⁸¹.

Nos termos da Lei federal 12.529/2011, com destaques nossos:

*Art. 9^a Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei: (...) III - decidir os processos administrativos **para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica** instaurados pela Superintendência-Geral; (...) X - apreciar processos administrativos de **atos de concentração econômica**, na forma desta Lei, fixando, quando entender conveniente e oportuno, acordos em controle de atos de concentração;*

Com efeito, o CADE se vale dos remédios jurídicos⁸², que podem tomar diferentes formas quando da sua utilização naqueles dois contextos distintos (atuação repressiva ou atuação preventiva). No contexto do agir preventivo, “*Remédios antitruste são entendidos como restrições necessárias para corrigir os eventuais efeitos nocivos de um Ato de Concentração (“AC”)*”⁸³.

⁸⁰ Nos termos do art. 1º da Lei federal 12.529/2011: “*Esta Lei estrutura o **Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC** e dispõe sobre a **prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico**”.* Daí porque entende-se que o CADE, enquanto fiscalizador da atividade econômica, utiliza-se do caráter instrumental da proteção da concorrência, dado que a Constituição da República “*manda reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência (art. 173, §4º), em atenção ao princípio da livre-concorrência (art. 170. IV). Ordena, também, que seja reprimido o aumento arbitrário de lucros (art. 173, §4º), conforme o princípio da defesa do consumidor (art. 170,V). Essa proteção, entretanto, vai inserta no fim geral e maior, em obediência ao caput do art. 170 e ao art. 3º*”, cf. FORGIONI, Paula A. *Op. Cit.*, p. 194.

⁸¹ DIAS, Rodrigo Pereira. *Op. Cit.*, p. 137.

⁸² Remédio jurídico pode é o “*meio lícito utilizado para fazer atuar o direito objetivo e restabelecer a ordem jurídica (...)*”, cf. DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 149.

⁸³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia de Remédios Antitruste**, 16 de outubro de 2018, p. 7.

Por sua vez, no contexto repressivo, em que se visa sancionar uma conduta que atenta contra a ordem econômica, o remédio jurídico tem como principal objetivo a cessação daquela conduta⁸⁴. Daí porque, na repressão contra cartéis, os remédios jurídicos “antitruste” “*são medidas ou instrumentos previstos em lei para a conversão de ilicitudes antitruste em condutas ou atos ilícitos, sanando o dano à livre concorrência (...) ou adequando o comportamento em desconformidade com a lei*”⁸⁵.

No que importa ao presente trabalho, vê-se que, no contexto do direito administrativo concorrencial **sancionador**, esse remédio nada mais é do que a **sanção administrativa**⁸⁶ que a autoridade aplica ao particular, após a instauração de processo administrativo. Veja-se que o CADE, enquanto órgão judicante, no contexto do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, “*responsabiliza-se por uma atividade administrativa repressiva*”⁸⁷, em que se verifica o cometimento de infrações administrativas e, se constatada a autoria e materialidade dessas infrações, aplicam-se as sanções previstas na LDC.

Daí porque remetemo-nos ao item III deste trabalho, que trata da aplicação dos princípios do Direito Administrativo Sancionador, em especial o princípio da proporcionalidade, para tratar das sanções aplicáveis pelo CADE no contexto de processos administrativos que visam à repressão da conduta de cartel. Com isso, após a apresentação das sanções não pecuniárias no Direito da Concorrência com enfoque nos processos de investigação e repressão a cartéis, tratar-se-á exclusivamente da cisão societária como sanção em casos de cartel e sua possível (in)compatibilidade com os princípios que norteiam o Direito da Concorrência, em especial a proporcionalidade e livre-iniciativa.

⁸⁴ DOTTO, Carolina Matthes. **Op. Cit.**, p. 39.

⁸⁵ OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões. In OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado (coords.). **Remédios Antitruste**. São Paulo: Singular, 2011, p. 19.

⁸⁶ “*Consiste a sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente para o futuro, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não especiais a especiais relações com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito formal e material do Direito Administrativo*”. Cf. OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 105.

⁸⁷ MARRARA, Thiago. **Op. Cit.**, p. 47. Destaques nossos.

IV.1. As sanções não-pecuniárias estruturais previstas na Lei federal 12.529/2011 e sua aplicação às infrações de cartel.

Como já demonstrado, a sanção administrativa é a consequência negativa atribuída à inobservância de um comportamento prescrito pela norma jurídica, que deve ser imposta por órgãos competentes, que podem valer-se de meios coercitivos⁸⁸.

Quanto à classificação das sanções pela sua natureza é possível haver sanções antitruste de (i) natureza pecuniária, (ii) comportamental e (iii) estrutural. E quanto ao tipo de sanção elas podem ser divididas (i) em privativas de liberdade (prisão), (ii) restritivas de direito (não pecuniárias, de obrigação de fazer ou não fazer), ou (iii) multas (pecuniárias)⁸⁹. Para o presente trabalho, importa discorrer sobre as **sanções não pecuniárias estruturais**, em especial a de **cisão de sociedade**.

No que concerne às sanções não pecuniárias no Direito da Concorrência no Brasil, o art. 38 da Lei federal 12.529/2011 traz o seguinte rol de sanções, com destaques nossos:

*Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, **poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente**: I - a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas; II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos; III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que: a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito; b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos; V - a **cisão de sociedade, transferência de controle societário**,*

⁸⁸ MELLO, Rafael Munhoz. **Princípios constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1998**. São Paulo, Malheiros, 2007.

⁸⁹ ATHAYDE, Amanda; CRUVINEL, Renan. A busca por sanções ótimas no direito brasileiro e as sanções não pecuniárias no antitruste. In. ATHAYDE, Amanda (org.). **Sanções não pecuniárias no antitruste**. São Paulo: Singular, 2022, p. 25.

venda de ativos ou cessação parcial de atividade; VI - a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e VII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

Vê-se, portanto, que a sanção não pecuniária pode ser entendida como instrumento de reestruturação dos mercados de sinalização a dissuasão de práticas anticompetitivas futuras e de retirada do mercado de empresas indivíduos que atuam em desconformidade à legislação antitruste⁹⁰. Conforme explicam Athayde e Cruvinel,

As penas não pecuniárias podem, assim, ter o poder de criar estruturas que impeçam novas condutas. A reestruturação do mercado e da dinâmica competitiva deve ser, portanto, objetivo central das sanções não pecuniárias, promovendo a entrada de novos agentes e consequentemente elevando o nível de concorrência no mercado em que a conduta foi implementada⁹¹.

No caso, a cisão societária é a operação societária em que uma empresa transfere parcela do seu patrimônio para uma ou mais sociedades constituídas para esse fim ou já existentes, **com a extinção da sociedade cindida se houver versão de todo o seu patrimônio, ou com a divisão do capital se a versão for parcial**. Trata-se de um negócio *sui generis*, plurilateral, de constituição de sociedade ou de aumento de capital de sociedade existente, com a finalidade de separação do patrimônio da empresa em parcelas novas ou já existentes. A cisão se passa em dois planos: no plano objetivo cinde um patrimônio social em dois ou mais patrimônios sociais; **no sentido subjetivo multiplica uma sociedade em duas ou mais sociedades⁹²**.

Os referidos autores também elencam três perspectivas sobre como uma sanção não pecuniária, aliada à sanção pecuniária aplicada a infratores que atentam contra a ordem econômica⁹³:

(i) Perspectiva do *underdeterrence*: Penas não pecuniárias podem ser severas o suficiente a ponto de contribuir com as multas para a dissuasão de práticas futuras;

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ *Idem*, p. 26. Destaques nossos.

⁹² CESÁRIO, Diandra Domingues. A Operação Societária de Drop Down como Remédio Antitruste no Controle dos Atos de Concentração; In: **Revista de Defesa da Concorrência**, Vol. 4, nº 2. Novembro 2016. pp. 46-78, p. 58.

⁹³ *Idem*, p. 27.

(ii) **Perspectiva do *overdeterrence***: Penas não pecuniárias podem ser utilizadas para mitigar o risco de que a aplicação de uma multa inviabilize a atividade empresarial e atinja os indivíduos responsáveis pela prática;

(iii) **Perspectiva geral**: Penas não pecuniárias permitem uma efetiva reestruturação dos mercados e da dinâmica competitiva.

Nesse sentido, como os cartéis são bastantes nocivos à concorrência, o ordenamento constitucional e a lei que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência deram ao poder público vários meios de combatê-los, inclusive com a doação de remédios estruturais, especialmente aqueles previstas no art. 38, V, da LDC, “*V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade*”.

Conforme leciona Forgioni, “*Os cartéis são acordos entre concorrentes, atuais ou potenciais, destinados a arrefecer ou neutralizar a competição entre eles e que tem seu objeto ou efeito tipificado nos incisos do art. 36, caput. da Lei 12.529/2011*”⁹⁴. O que a evidência empírica mostra é que há maior probabilidade de formação de cartéis naqueles mercados em que há grande concentração de mercado. Isso não significa, é claro, que não seja possível haver formação de cartéis em mercados com menores índices de concentração econômica⁹⁵

O cartel é uma conduta socialmente condenável, que causa espanto à sociedade, além de danos aos consumidores e ao mercado como um todo. Ainda assim, a mera aplicação de multas pode não ser suficiente, razão pela qual a autoridade responsável pela chancela da concorrência deve e pode adotar outras medidas para combater os cartéis.

Daí porque se questiona possibilidade a aplicação de medidas estruturais, especialmente a cisão societária, para, concomitantemente, tornar mais severa e efetiva a sanção aplicada contra cartelistas, por meio do efeito dissuasório⁹⁶, bem como **reestruturar o mercado para diminuir a concentração empresarial e criar uma nova dinâmica competitiva.**

⁹⁴ FORGIONI, Paula A. *Op. Cit.*, p. 353.

⁹⁵ MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Direito Pena**. São Paulo: Singular, 2013, p. 52.

⁹⁶ “*Nessa perspectiva, a partir das preferências pessoais, os indivíduos fazem cálculo de custo benefício para optar entre praticar ou não uma conduta proibida pelo Estado. O papel do direito é relevante ao alterar essa estrutura de incentivos, aumentando os custos privados das atividades ilícitas por meio de sanção. Com isso, o potencial infrator pode concluir que determinada atividade já não compensa em virtude da lei e de seu enforcement*”. Cf. BOSON, Daniel Silva. Sanções aplicadas pelo Conselho administrativo de defesa Econômica (Cade) a empresas no cartel do cimento: uma visão da análise econômica das penas. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 272, p. 119-144, maio/ago. 2016, p. 124.

A resposta é positiva, e encontra fundamento econômico. No caso, a doutrina entende que cartéis possuem duas fases de implementação: (i) supressão da rivalidade interna entre os participantes do acordo colusivo; (ii) suprimidas as forças internas que poderiam prejudicar a ação coordenada, os cartelistas passam a atuar sobre as forças externas ao cartel, a fim de maximizar seus lucros⁹⁷. Nesse segundo estágio, as empresas participantes do cartel atuam como empresa com posição dominante, que dela abusa para suprimir a concorrência e efetivar seus lucros.

Com efeito, nessa lógica de duas etapas, os cartelistas adotam condutas para tentar **excluir as empresas não cartelistas do mercado** ou para **forçá-las a se juntar ao acordo** previamente firmado essas condutas também são tipicamente associadas ao abuso de posição dominante por uma única empresa⁹⁸. Exemplo desse tipo de atuação é o modo como Rockefeller (vide capítulo II) atuou para dominar o mercado de petróleo e as ferrovias nos Estados Unidos: suas empresas começaram a crescer e dominar o mercado de refino de petróleo, passando a formalizar acordos com as empresas que detinham o domínio das **ferrovias**. Esses acordos nada mais eram do que a formação de cartéis para beneficiar as empresas de Rockefeller e impedir que concorrentes utilizassem as estradas de ferro, aumentando seus custos e prejudicando a distribuição de seus produtos. Esses acordos serviam, também, para que, em momento posterior, Rockefeller pudesse comprar as ferrovias, integralizando verticalmente sua produção e, ao mesmo tempo, prejudicando o acesso a esses bens essenciais aos concorrentes.

Daí porque conclui-se que, após a supressão de rivalidade interna entre as empresas participantes de um acordo colusivo, os cartéis têm incentivo para adotar condutas classificadas como abuso de posição dominante, geralmente associadas a empresas individuais⁹⁹. Por isso, é apropriado analisar o comportamento de cartéis com uma combinação de dois tipos de comportamento anticompetitivo: (i) primeiro a concorrência intracartel é suprimida; em seguida passa-se a (ii) supressão da concorrência fora do cartel. E, para isso, o cartel age como uma empresa com composição dominante que dela abusa.

Por essa razão não há porque deixar de aplicar aos cartéis sanções que poderiam ser aplicadas a empresas individuais que abusam de sua posição dominante, como, por exemplo, a cisão societária. Nesses casos, a autoridade poderá adotar medidas que fomentem a

⁹⁷ OLIVEIRA JÚNIOR, Márcio de; LUÍS, Alessandro Serafim Octaviani. *Op. Cit.*, p. 331-332.

⁹⁸ *Idem*, p. 333

⁹⁹ *Idem*, p. 335.

instabilidade dos cartéis, dificultando o alcance da estabilidade interna. Com isso, os cartéis teriam dificuldade para passar da primeira fase e abusar da posição dominante. Da mesma forma, caso a autoridade adote medidas que **abalem a instabilidade conquistada os cartéis**, isto é, permitam a reestruturação de um mercado, os cartelistas terão dificuldades para permanecer na segunda fase e abusar de posição dominante, haja vista que terão que voltar a se preocupar com a supressão da rivalidade interna¹⁰⁰.

Definida a justificativa econômica para aplicação da sanção não pecuniária, passa-se à análise acerca da aplicabilidade da sanção não pecuniária estrutural de **cisão de sociedade** em casos em que se investiga a conduta de cartel.

IV.2. Sanções não pecuniárias e proporcionalidade

Coelho demonstra que a aplicação de sanções administrativas é terreno fértil para o “*imperativo da proporcionalidade*”¹⁰¹. Isso porque, a Administração Pública, ao processar e julgar os particulares, estabelecendo uma dosimetria para as sanções que lhe serão impostas, não pode ignorar o princípio da proporcionalidade, uma vez que deve

*esmerar-se em encontrar a exata medida (equilibrada, razoável, proporcional) entre, de um lado, a punição ao administrado que descumprir 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 deste*¹⁰².

Sob esse aspecto, Oliveira afirma que

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

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ Embora no presente trabalho se tenha usado o conceito de “princípio da proporcionalidade”, Coelho chama “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**” (destaques nossos). COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. Cit.*, p. 15.

¹⁰² *Ibidem*.

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 ¹⁰³.

Por essa razão, Coelho afirma que a proporcionalidade é a orientação para se encontrar a sanção razoável, sendo, dessa forma, **condição de validade da sanção administrativa**. E, como demonstrado, a Lei federal 9.784/1999¹⁰⁴, que rege o processo administrativo federal, aplicável subsidiariamente ao processo administrativo do CADE, determina a observância do princípio da proporcionalidade na aplicação da sanção por infração à ordem econômica e na dosimetria dessa sanção¹⁰⁵.

Com efeito, a inobservância do princípio 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*¹⁰⁶ (destaques nossos).

¹⁰³ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 3ª edição. São Paulo, RT, 2012, pp. 121-122).

¹⁰⁴ Ferraz Júnior explica que “[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”. Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Da razoabilidade das penas pecuniárias como sanção às infrações por abuso de poder econômico. In: FARINA, Laércio (org.). **A nova lei do CADE**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012, pp. 221-222.

¹⁰⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. Cit.*, p. 16.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

Em sentido semelhante, em atenção à necessidade proporção entre meios - sanção e dosimetria - e fins - coibição de infração à ordem econômica - e no que tange à aplicação de sanções não pecuniárias pelo CADE, Maranhão explica que o fato de a lei condicionar a imposição de remédios à gravidade dos fatos apenas pode significar que **a sanção não pecuniária estrutural só pode ser aplicada quando a conduta praticada causar impacto na estrutura do mercado**. De acordo com esse autor, “*a gravidade dos fatos em relação à medida de desconcentração diz respeito à condição estrutural do mercado como efeito da infração*”¹⁰⁷.

Em prosseguimento, o autor afirma que fato grave, para fins de direito concorrencial, corresponderia à **estabilização do mercado em condições não suficientemente competitivas**. Assim, para que a imposição de uma sanção/remédio estrutural seja admitida, não basta que seja praticada uma infração grave (no caso, cartel). Mais do que isso, é necessário que a infração crie “*uma condição estrutural que torne provável que o mercado continue a funcionar de forma não competitiva mesmo com a cessação da prática*”¹⁰⁸.

Por essa razão, ainda que a prática de cartel, enquanto conduta socialmente reprovável e extremamente danosa aos consumidores, enseja a aplicação de elevadas multas em razão da gravidade da infração, não há, necessariamente, gravidade dos fatos, isto é, inexistem justificativas para a reestruturação de determinado mercado em que se deu a conduta dos cartelistas. Isso porque, uma vez cessada a prática ilícita, a competição volta para um estágio normal:

*Portanto, o cartel, em si, por não envolver ou resultar em maior concentração de mercado, não é congênere à desconcentração. Essa é a razão pela qual, dentre os raros precedentes internacionais, os cartéis raramente estão entre aquelas infrações que ensejaram desconcentração, desconsiderando-se, obviamente, aquelas intervenções que determinam a simples dissolução de entidade associativa que orchestra o cartel, ou alienação de participações minoritárias de uma empresa na outra, que facilitem acesso a informações concorrencialmente sensíveis*¹⁰⁹ (destaques nossos).

¹⁰⁷ MARANHÃO, Juliano S. A. Nem castigo, nem prevenção: a medida de desconcentração na Lei Brasileira de Defesa da Concorrência. Revista de Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 25/2014, Jan-Jun 2014, p. 55. Disponível em: <https://revista.ibrac.org.br/revista/article/view/1394/1273>.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ *Idem*, p. 56.

Nesse sentido, Coelho é categórico ao afirmar que, no caso da 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 ilegal. 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***¹¹⁰ (destaques nossos).

Deveras, quer na aplicação da sanção de desinvestimento, quer na aplicação da sanção de cisão societária, é extremamente difícil estabelecer qualquer liame entre tal conduta (formação de cartel) e esta espécie de sanção estrutural nos quadrantes do princípio da proporcionalidade¹¹¹. Não se estabelecendo tal liame entre a conduta e a sanção a ser aplicada, sequer é possível ingressar na análise das perspectivas das sanções não pecuniárias aplicadas cumulativamente com a sanção de multa, quais sejam, as perspectivas de *underdeterrence* e *overdeterrence* dessas sanções.

No processo sancionador, Coelho explica que há um processo tripartite para aferição de cumprimento com o princípio da proporcionalidade: (i) adequação do meio para se alcançar o fim pretendido; (ii) se o meio escolhido para se alcançar determinada finalidade é efetivamente necessário; (iii) se sanção escolhida atende os valores sociais e princípios encartados na Constituição da República¹¹².

Por isso, referido autor conclui que

*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,***

¹¹⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. Cit.*, p. 17.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² *Idem*, p. 18.

*prevenir novas ocorrências do mesmo ilícito para além da dissuasão implica extrapolação da competência*¹¹³.

Nessa esteira, Posner afirma que qualquer tentativa de aplicação de sanções estruturais em casos de cartéis desaguaria em processo de enorme complexidade. No caso, a autoridade antitruste, resguardando o contraditório e ampla defesa, **deverá apresentar provas cabais dos efeitos anticompetitivos decorrentes do cartel e da concentração, contra os quais as empresas representadas nos processos administrativos poderão apresentar prova em contrário ainda deverão demonstrar os prós e contras da aplicação dessa sanção dada a possibilidade de perda de eficiência ao determinar a reestruturação de um mercado**¹¹⁴. Ainda, deve-se demonstrar que, naquele mercado, mesmo com a cessação da conduta de cartel, as empresas não poderão retomar o processo competitivo.

Contudo, **não se analisam os efeitos de um cartel no Brasil**, uma vez que a conduta de cartel é caracterizada como **ilícito por objeto** pela jurisprudência pacífica do CADE. No caso, as infrações por objeto

*englobariam, a princípio, condutas tais como cartel e tentativa de influência de conduta uniforme por meio de tabelamento de preços. Tratam-se de ilícitos cujos efeitos já se sabe de antemão que são lesivos à sociedade, tendo em vista as restrições à concorrência, e suas consequências negativas, desprovidas de eficiências compensatórias. Em outras palavras, há uma presunção de ilegalidade, tendo em vista os seus efeitos sabidamente deletérios, de forma que basta a comprovação da sua ocorrência para o julgamento, liberando a autoridade concorrencial de fazer uma análise econômica mais aprofundada. (...) Tais circunstâncias (tipificação expressa e, sobretudo, presunção de ilegalidade pelo objeto), fazem, como exposto acima, com que se torne completamente desnecessária qualquer análise de estruturas de mercado, definições de mercado relevante ou considerações de poder de mercado dos agentes para que a autoridade possa, prima facie, determinar a presunção de ilicitude da conduta. Para tanto, basta que haja, a meu ver, a prova objetiva de sua prática*¹¹⁵ (destaques nossos).

¹¹³ *Idem*, p. 23.

¹¹⁴ POSNER, Richard A. *Op. Cit.*, p. 80.

¹¹⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.001020/2014-26. Relator: Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo. Data de julgamento: 23/11/2016.

Dessa forma, desde a consolidação desse entendimento, o CADE sequer avalia as estruturas de mercado¹¹⁶, tampouco os níveis de concentração do mercado. Daí porque retoma-se os ensinamentos de Coelho, que afirma que

*O Estado não pode intervir na economia, senão na medida do estritamente necessário para que as estruturas do livre mercado funcionem adequadamente, e todos possam usufruir da liberdade de iniciativa. Quando intervêm extrapolando esta medida, afronta uma das garantias constitucionais, por sinal a mais importante da ordem econômica*¹¹⁷.

É dizer, seria possível que a autoridade de defesa da concorrência aplicasse sanções estruturais severas, como a cisão de sociedade, com base em presunção? Evidente que não. Conforme mencionado acima, a gravidade da infração não justifica a aplicação de sanções severas se estas sanções não condizem com a gravidade dos fatos. Ou seja: por mais grave que possa ser a conduta de cartel, cujos efeitos negativos no mercado são presumidos, se não há provas de que a concentração do referido mercado possui relação direta com tal conduta (fato), não se poderia aplicar tais sanções estruturais, especialmente a sanção de cisão societária.

A aplicação dessas sanções estruturais deve estar fundamentada no princípio da proporcionalidade, demonstração cabal de vínculo entre a conduta ilícita, concentração econômica e necessidade de reestruturação de mercados. Nesse sentido, a experiência de jurisdições estrangeiras permite identificar parâmetros de proporcionalidade para orientar a aplicação dessas sanções¹¹⁸:

(i) O remédio deve ser claro e preciso de forma a permitir aquele a ele submetido a perfeita compreensão de seus direitos e obrigações;

¹¹⁶ Ver, nesse sentido, BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.000269/2018-48. Relator: Conselheiro Gustavo Augusto. Data de julgamento: 08/03/2023: “*A conduta de cartel configura um ilícito antitruste per se, exigindo somente a comprovação da materialidade da conduta colusiva e do seu objetivo anticompetitivo. A conformação do ilícito de cartel independe da efetiva produção de efeitos econômicos, da existência de prejuízo econômico por parte do contratante, da verificação de superfaturamento ou de auferimento de qualquer vantagem por parte dos membros do cartel*”; BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.007043/2010-79. Relator: Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Homann. Data de julgamento: 12/04/2023: “*Cabe destacar que, em casos de cartel, não se faz necessária a comprovação de efeitos anticompetitivos da conduta para demonstrar sua potencial lesividade, bastando que reste comprovada a ação coordenada com vistas a fraudar a concorrência*”.

¹¹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. Cit.*, p. 22.

¹¹⁸ Cf. OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões. In OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado (coords.). **Remédios Antitruste**. São Paulo: Singular, 2011, pp. 24-25.

(ii) o ponto de partida para a definição do remédio apropriado **deve ser a perfeita configuração de um inequívoco dano à concorrência e de seus efeitos reais;**

(iii) O remédio deve ser hábil **a sanar o dano verificado e seus efeitos bem como deve ser suficiente e um meio eficaz para tal finalidade;**

(iv) devem ser ponderadas as **externalidades** decorrentes da realização do remédio especialmente em relação a terceiros;

(vi) o delineamento do remédio deve levar em consideração **as características específicas do mercado relevante aqui se destina e ponderar sobre os incentivos dele decorrentes nesse mercado;**

(vii) deve ser considerada a **eficácia real** do remédio a partir da experiência crítica acumulada na matéria além da avaliação adequada dos recursos públicos disponíveis para o acompanhamento de sua efetivação;

(viii) **deve-se optar pelo remédio que restrinja o mínimo possível os direitos fundamentais em confronto;**

(ix) o remédio deve servir estritamente para o fim de sanar a ilicitude ou retificar comportamento abusivo não podendo ser instrumento de realização de outros objetivos de política econômica que extrapolem os limites do caso concreto.

Tais diretrizes devem acompanhar os critérios para a dosimetria das penas, previstos no art. 45 da Lei federal 12.529/2011, o qual prescreve que na aplicação das penas levar-se-á em consideração: (i) a gravidade da infração; (ii) a boa-fé do infrator; (iii) a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; (iv) a consumação ou não da infração; (v) o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros; (vi) os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; (vii) a situação econômica do infrator; e (viii) a reincidência.

Não se pretende, neste trabalho, discorrer sobre cada um desses requisitos. Contudo, demonstra-se que a autoridade administrativa não só não poderá se furtar a observá-los na prolação da decisão administrativa como também, ao fazê-lo, deverá justificar pormenorizadamente a imposição ou não de cada um dos critérios para cada um dos administrados envolvidos no processo administrativo¹¹⁹.

¹¹⁹ DIAS, Rodrigo Pereira. *Op. Cit.*, p. 126.

Segundo Dias, o art. 45, inc. VIII, dá à reincidência maior relevância em relação à prática de atos anticoncorrenciais, de maneira que impor sanções estruturais, como a cisão societária, a um agente econômico sem se levar em consideração o elemento da primariedade do agente, ou ainda, condená-lo à fragmentação na mesma proporção que um agente econômico reincidente, é fazer diminuir a importância que a própria lei de defesa da concorrência desejou dar à figura da reincidência¹²⁰.

Por esse motivo, Salomão Filho explica que

*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 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. 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 fragmentação compulsória da empresa em decorrência de apenas uma infração da ordem econômica¹²¹ (destaques nossos).*

Portanto, a sanção de cisão de sociedade é extremamente grave e impacta diretamente as estruturas do mercado. Tanto é assim que, de acordo com Maranhão, esse tipo de medida é, em geral, encarada como remédio em controle de concentração, não como forma de punição de infratores: “*Dentre as formas de remédio, há aquelas com ênfase preventiva, que atacam os incentivos estruturais para a prática de infração, e aquelas corretivas que buscam tão somente reparar os efeitos nocivos da infração sobre o mercado*”¹²²

À luz princípios que balizam o Direito da Concorrência brasileiro e dos preceitos constitucionais, independentemente do mérito ou de mérito que possa ter a forma preventiva ou corretiva desse tipo de sanção estrutural em termos de política concorrencial, a intervenção na propriedade privada somente pode ser admitida nos ditos termos da Constituição da República e da legislação¹²³.

¹²⁰ *Idem*, p. 129.

¹²¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. Cit.*, p. 130.

¹²² MARANHÃO, Juliano S. A. *Op. Cit.*, p. 80.

¹²³ *Ibidem*.

Por essa razão, as medidas de desconcentração econômica, tais como a cisão societária, devem ser aplicadas com cuidado, para não implicar fomento à concorrência em atividade econômica privada, mesmo que de interesse público. A Lei de Defesa da Concorrência é expressa em utilizar tais sanções não pecuniárias apenas para corrigir efeitos nocivos da infração sobre a ordem econômica (art. 38, VII). Daí porque Maranhão explica que confere-se à essas sanções natureza de medida política, “*podendo-se chamá-la de sanção ou pena em sentido lato, mas não de pena em sentido técnico. Em outra palavras, em linha com a prática internacional, a medida não pode ser aplicada como forma de punição ou castigo ao infrator*”¹²⁴.

Com efeito, conforme demonstrado, a aplicação desse tipo de sanção deriva dos seguintes limites: a infração de cartel (i) deve ter causado efeitos negativo sobre o mercado; (ii) deve impactar a estrutura do mercado; (iii) tornando improvável que o processo competitivo seja retomado com a cessação dessa prática; (iv) desde que não haja medida comportamental alternativa; e (v) a sanção não pecuniária estrutural seja utilizada para restaurar o processo competitivo.

Em suma, a aplicação da cisão societária só poderia ser aplicada após criteriosa avaliação concreta da proporcionalidade e adequação, por meio de provas cabais de que é a última e única medida capaz de restaurar o processo competitivo em determinado mercado, ponderando-se tal intervenção radical com os princípios da livre-iniciativa, livre concorrência e, ao final, se a empresa infratora seria reincidente.

¹²⁴ *Ibidem.*

V. Conclusão

A partir da análise histórica, doutrinária e jurisprudencial empreendida nos capítulos anteriores, observa-se que a cisão societária como sanção não pecuniária no Direito da Concorrência possui natureza excepcional e deve ser aplicada com extrema cautela. O percurso histórico iniciado com o caso *Standard Oil* demonstrou que as sanções estruturais nasceram em um contexto específico de repressão a monopólios com poder absoluto sobre setores inteiros da economia, sendo medidas voltadas à restauração do processo competitivo, e não à punição dos agentes econômicos. No modelo norte-americano, a cisão de sociedades foi compreendida como *remedy*, um instrumento de correção de desequilíbrios de mercado, e não como pena de natureza sancionatória.

No Brasil, todavia, a transposição desse modelo encontra limites constitucionais e normativos significativos. A Constituição da República consagrou a livre iniciativa e a livre concorrência como fundamentos da ordem econômica (arts. 1º, IV, e 170, caput), o que impõe ao Estado, inclusive ao CADE, o dever de intervir no domínio econômico apenas de forma proporcional, razoável e estritamente necessária à tutela do interesse público. A atuação do órgão antitruste está vinculada, portanto, não apenas à repressão de condutas ilícitas, mas à observância de direitos fundamentais e garantias processuais inerentes ao regime jurídico do Direito Administrativo Sancionador.

Como exposto no Capítulo IV, o art. 38 da Lei nº 12.529/2011 prevê expressamente a cisão de sociedade e a transferência de controle societário como sanções não pecuniárias possíveis, mas condiciona sua aplicação à gravidade dos fatos e ao interesse público geral. Trata-se, pois, de uma faculdade restrita a hipóteses nas quais reste comprovado que a infração produziu efeitos estruturais deletérios e que a simples cessação da conduta ou a imposição de multa não seriam suficientes para restaurar a concorrência.

Contudo, a aplicação dessa sanção a casos de cartel apresenta inegáveis dificuldades. Em primeiro lugar, o cartel é, por definição, uma infração de natureza **comportamental** e não **estrutural**: seus efeitos decorrem de acordos entre agentes independentes, sem necessariamente alterar a estrutura de mercado. Diferentemente dos casos de concentração econômica, em que a estrutura de mercado é transformada pela fusão ou aquisição, o cartel pressupõe apenas coordenação ilícita entre competidores. Assim, aplicar uma medida estrutural como a cisão societária para reprimir um cartel representaria não apenas

inadequação do meio ao fim pretendido, mas violação direta ao princípio da proporcionalidade.

Em segundo lugar, o próprio CADE, ao deliberar sobre a conduta de cartel e aplicação de sanções, dentre elas as estruturais, não costuma avaliar de maneira aprofundada os **efeitos reais da conduta sobre a estrutura de mercado**. A atuação repressiva se limita, em regra, à constatação da existência do conluio e à imposição de multas pecuniárias, sem o necessário estudo econômico capaz de demonstrar de que modo o cartel alterou as dinâmicas competitivas a ponto de justificar intervenção drástica sobre a organização empresarial. Diante disso, faltariam ao CADE os elementos empíricos indispensáveis para motivar, de forma constitucionalmente legítima, uma medida de tamanha gravidade.

Além disso, a cisão societária afeta diretamente direitos fundamentais das empresas e de seus sócios — especialmente o direito de propriedade, a liberdade de iniciativa e a autonomia da atividade econômica. A intervenção estatal que imponha a fragmentação de uma sociedade sem prova robusta de necessidade e sem previsão clara de reversibilidade não apenas viola a proporcionalidade em sentido estrito, como também desvirtua a finalidade repressiva do Direito da Concorrência, convertendo-o em instrumento de engenharia econômica.

A doutrina majoritária, conforme Maranhão e Salomão Filho, sustenta que a cisão deve ser compreendida como **medida política e corretiva**, jamais como punição. Sua aplicação pressupõe demonstração cabal de que: (i) o cartel produziu efeitos estruturais no mercado; (ii) tais efeitos persistem após a cessação da conduta; (iii) não há remédio comportamental menos gravoso capaz de restaurar a concorrência; e (iv) a fragmentação societária é o único meio eficaz e necessário para reverter o dano. Na ausência desses pressupostos, a sanção torna-se arbitrária, autoritária e ilegal.

Por conseguinte, à luz dos princípios constitucionais da ordem econômica - especialmente os da **livre iniciativa, livre concorrência e proporcionalidade** -, conclui-se que a aplicação da cisão societária como sanção em casos de cartel é, em regra, **incompatível com o sistema jurídico brasileiro**. O CADE, enquanto órgão administrativo sancionador, não dispõe de competência discricionária para remodelar o mercado sob pretexto de “restaurar a concorrência” sem base empírica sólida. Qualquer tentativa de impor a

fragmentação de uma sociedade sob tais circunstâncias configuraria violação aos direitos fundamentais e à reserva constitucional da liberdade econômica.

Em síntese, embora o histórico do antitruste demonstre que medidas estruturais podem, em situações excepcionais, servir à defesa da concorrência, **no contexto brasileiro de repressão a cartéis sua aplicação seria desproporcional, carente de fundamento técnico e atentatória à livre iniciativa**. Assim, a sanção de cisão societária dificilmente seria — e dificilmente deveria ser — aplicada pelo CADE, sob pena de violar o equilíbrio entre a repressão legítima de infrações e a preservação das liberdades econômicas garantidas pela Constituição da República.

VI. Referências Bibliográficas

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da proporcionalidade no direito econômico. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, ano 40, n. 121, jan./mar. 2001.
- ATHAYDE, Amanda; CRUVINEL, Renan. A busca por sanções ótimas no direito brasileiro e as sanções não pecuniárias no antitruste. In. ATHAYDE, Amanda (org.). **Sanções não pecuniárias no antitruste**. São Paulo: Singular, 2022.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32 ed. São Paulo, Malheiros, 2015, pp. 809-810.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 34° ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 115.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto. BARROS, Wellington Pacheco. **A proporcionalidade como princípio de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 60.
- BOSON, Daniel Silva. Sanções aplicadas pelo Conselho administrativo de defesa Econômica (Cade) a empresas no cartel do cimento: uma visão da análise econômica das penas. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, rio de Janeiro, v. 272, p. 119-144, maio/ago. 2016.
- BRAGA, Tereza Cristine Almeida. **Combate a cartéis e remédios antitruste: o poder público e a arquitetura de incentivos e desincentivos na concorrência**. Dissertação de mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília – UNB, 2018.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia de Remédios Antitruste**, 16 de outubro de 2018.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.001020/2014-26. Relator: Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo. Data de julgamento: 23/11/2016.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.000269/2018-48. Relator: Conselheiro Gustavo Augusto. Data de julgamento: 08/03/2023.

- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.007043/2010-79. Relator: Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Homann. Data de julgamento: 12/04/2023.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79. Relator: Conselheiro Alessandro Octaviani Luís. Data de julgamento: 05/02/2014.
- CABRAL, Patrícia Semensato. What has been CADE's preference in remedies: structural, behavioral or a combination of both? In: RIBAS, Guilherme F.C.; BERARDO, José Carlos; BUENO, Marcio C.S.; VILELLA, Mariana (coords.). **Merger Control in Brazil: frequently asked questions**. Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional – IBRAC, 2018.
- CALLIARI, Marcelo; CIANFARANI, Joana. **Remedies in the Brazilian Antitrust Experience: Issues in Structure and Incentives**. Competition Law International. Set/2010.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes; PFEIFFER, Roberto (org.). **Evolução do Antitruste no Brasil**. São Paulo: Singular, 2018.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 32 ed. São Paulo: Noeses, 2022.
- CARVALHO, Vinícius Marques de (org.). **A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2015.
- CASSAGNE, Juan Carlos. **Os grandes princípios do Direito Público: Constitucional e Administrativo**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.
- CESÁRIO, Diandra Domingues. A Operação Societária de Drop Down como Remédio Antitruste no Controle dos Atos de Concentração; In: **Revista de Defesa da Concorrência**, Vol. 4, nº 2. Novembro 2016. pp. 46-78.
- COELHO, Fábio Ulhoa. O desinvestimento como sanção por infração à ordem econômica de formação de cartel no direito brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito**. Outubro, nº 3, 2014.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Standard Oil Co. of New Jersey v. United States**, 221 U.S. 1 (1911), p. 221-47. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/1/>. Acesso em 04/05/2025.

- DALTON, James. A.; ESPOSITO, Louis. Predatory Price Cutting and Standard Oil: A Re-examination of the Trial Record. **Research in Law and Economics**, 2015, pp. 155-205.
- DANTAS, Renata Perez. Princípio da proporcionalidade e as medidas administrativas por infração à ordem econômica. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 20, p. 91 - 122 , Jul./ Dez. 2011.
- DIAS, Rodrigo Pereira. **Antitruste: Sanção de Desinvestimento em Ativos. Um Estudo de Caso no Processo Administrativo nº 08012.11142/2006/79**. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2016.
- DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DOTTO, Carolina Matthes. **Remédios estruturais em casos de infração à ordem econômica: as limitações jurídicas e econômicas a serem observadas pelo CADE**. Dissertação (mestrado profissional) - Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo.2019.
- ELY, Richard Theodore. **Monopolies and Trusts**. New York: The Macmillan Company, 1912.
- FARINA, Laércio, et al. **A Nova Lei do CADE**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Da razoabilidade das penas pecuniárias como sanção às infrações por abuso de poder econômico. In: FARINA, Laércio (org.). **A nova lei do CADE**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012
- FORGIONI, Paula. A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 12 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2022.
- FOX, Eleanor M.; CRANE, Daniel A. (org.). **Antitrust Stories**. New York: Foundation Press, 2007.
- GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveria. **Direito Antitruste**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica)**. 20 ed. São Paulo: Malheiros/Juspodivum, 2023.
- KLOBUCHAR, Amy. Antitrust: **Taking on Monopoly Power from the gilded age to the digital age**. New York: Alfred A. Knopf, 2021.

- MAJADAS, Márcia Fratari. *Discricionariedade e desvio de poder em face de princípios constitucionais da administração pública*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 95.
- MARANHÃO, Juliano S. A. Nem castigo, nem prevenção: a medida de desconcentração na Lei Brasileira de Defesa da Concorrência. **Revista de Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 25/2014, Jan-Jun 2014.
- MARRARA, Thiago. A conformação do Direito Administrativo da Concorrência: Organização, Processos e Acordos Administrativos no SBDC. Tese de Livre-Docência – Universidade de São Paulo.
- MARRARA, Thiago. **Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Organização, processos e acordos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2015.
- MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Direito Pena**. São Paulo: Singular, 2013.
- MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 11 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 36 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023.
- MELLO, Rafael Munhoz. **Princípios constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1998**. São Paulo, Malheiros, 2007.
- MOTTA, Massimo. **Competition Policy: Theory and Practice**. New York: Cambridge University Press, 2004.
- OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado (coord.). **Remédios Antitruste**. São Paulo: Singular, 2011.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. **Interesse Público - ip**, Belo Horizonte, a. 22, n. 120, pp. 83-126, mar/abr, 2020.
- OLIVEIRA JÚNIOR, Márcio de; LUÍS, Alessandro Serafim Octaviani. Remédios Estruturais em casos de cartéis: análise funcional e fundamentos econômicos para sua aplicação. In: CARVALHO, Vinícius Marques de (org.), **A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2015.

- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 3ª edição. São Paulo, RT, 2012, pp. 121-122).
- OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011
- POSNER, Richard A. **Antitrust Law: An Economic Perspective**. Chicago: The Chicago University Press, 1976.
- PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração empresarial e o direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- RECCHIA, Paulo Victor Barbosa. **Sanções previstas na Lei de Defesa da Concorrência: limites e parâmetros no Direito Administrativo Sancionador**. Dissertação de mestrado. Orientador Thiago Marrara. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2020
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- SALOMÃO FILHO. Calixto. **Regulação da Atividade Econômica: Princípios e Fundamentos Jurídicos**. 3ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2021.
- SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Limites e Possibilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 106.
- VIANNA, Rodrigo França. **Direito Administrativo Concorrencial Sancionador: Antijuridicidade, Elementos Típicos e Culpabilidade das Infrações à Ordem Econômica**. Curitiba: Juruá, 2024.
- WOOD, Robert. C. **Remedial Law: When Courts Become Administrators**. Boston: The University of Massachusetts Press, 1990.
- WU, Tim. **The Curse of Bigness: Antitrust in the new Gilded Age**. New York: Columbia Global Reports, 2018.