

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS  
CURSO DE DIREITO

KLEBER XIMENES MELO

**CONTROLE PRÉVIO:** Atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica  
na prevenção da concentração de mercado na nova Lei Antitruste.

São Luís  
2016

KLEBER XIMENES MELO

**CONTROLE PRÉVIO:** Atuação do CADE na prevenção da concentração de mercado na nova Lei Antitruste.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Coordenação do Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

São Luís

2016

Melo, Kleber Ximenes.

CONTROLE PRÉVIO : Atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica na prevenção da concentração de mercado na nova Lei Antitruste / Kleber Ximenes Melo. - 2016.  
62 f.

Orientador(a): Lucylea Gonçalves França.

Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, SAO LUIS, 2016.

1. Antitruste. 2. Concentrações de mercado. 3. Controle de concentrações. 4. Direito da Concorrência. 5. Processo administrativo autorizativo. I. França, Lucylea Gonçalves. II. Título.

KLEBER XIMENES MELO

**CONTROLE PRÉVIO: Atuação do CADE na prevenção da concentração de mercado  
na nova Lei Antitruste.**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado à Coordenação do Curso  
de Direito da Universidade Federal do  
Maranhão, como requisito para  
obtenção do grau de Bacharel em  
Direito.

Aprovada em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Profa. Dr<sup>a</sup> Lucylea Gonçalves França  
(Orientadora)**

---

**Profa. Esp. Eliana Lima Melo Rodrigues  
1º Examinador**

---

**Profa. Valeria Maria Pinheiro Montenegro  
2º Examinador**

São Luís  
2016

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente ao Todo-poderoso que me deu tudo e capacitou a chegar a este momento.

A Márcia, esposa amada, que foi um grande e sempre presente amparo, principalmente nos momentos difíceis nos quais a gente cogita em desistir e nos quais sempre me apoiou e me fez seguir em diante.

Ao amigo e verdadeiro irmão Leonardo Saldanha dos Santos em quem também sempre encontrei apoio nessa caminhada, mesmo depois de ter se formado e deixado a labuta de universitário na qual colaborávamos.

A minha irmã Cristiane que me deu valiosa colaboração.

A meus pais, os instrumentos por excelência que o Pai Eterno usou para me tornarem o homem que sou.

*Combati o bom combate, acabei a carreira, guardei a fé.*

*2Timóteo 4.7*

## RESUMO

O presente trabalho pretende contribuir na construção e disseminação de conhecimento quanto ao Direito da Concorrência, também conhecido como Direito Antitruste, naquilo que concerne ao controle prévio das concentrações de mercado, ou seja, quanto à atuação do Conselho Administrativo de Defesa da Econômica – CADE, preventivamente junto às estruturas de mercado, no sentido de evitar antecipadamente a ocorrência de situações previstas na Lei n.º 12.529/2011 como sendo consideradas potencialmente lesivas à liberdade de concorrência. Para tanto se vale de uma análise doutrinária, da legislação afim e das decisões administrativas do CADE para tecer o panorama normativo do Direito Preventivo da Concorrência no Brasil. A metodologia aplicada, portanto, foi a pesquisa bibliográfica e documental com abordagem indutiva, uma vez que a partir da análise da doutrina, das decisões administrativas do CADE pretende-se delinear, em linhas gerais o caráter do Direito brasileiro quanto ao controle prévio como ferramenta preventiva da concentração de mercado.

A primeira parte do trabalho procura demonstrar os fundamentos do Direito Antitruste, sua origem, uma perspectiva contemporânea do Direito da Concorrência no mundo, o que constitui um panorama do ‘estado da arte’, o qual em Direito costumamos tratar pela expressão ‘Direito comparado’, e, de igual modo, aduzir as principais características desse ramo do Direito no Brasil. A segunda parte analisa o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, traça suas origens e evolução na legislação pátria e decifra a estrutura do SBDC, as funções de seus órgãos e o tipo de atuação específica prevista na legislação e na prática que essas estruturas desempenham. Por fim, a terceira e derradeira porção explorará o Controle Prévio de Concentrações propriamente dito e o papel do CADE neste metiê. Para tanto se estudará, introdutoriamente, os conceitos básicos do Direito da Concorrência, do nascimento da obrigação de submissão de pedido de autorização para concentrações, bem como do processo administrativo autorizativo de concentrações, seu curso e seu deslinde no âmbito da autarquia federal, demonstrando as situações possíveis de ocorrer no caso concreto e o tratamento dado a cada uma delas.

Palavras-chave: Direito da Concorrência; antitruste; monopólio; concentrações de mercado; controle de concentrações; processo administrativo autorizativo.

## ABSTRACT

This paper aims to contribute to the construction and dissemination of knowledge about the Competition Law, also known as Antitrust Law, in what concerns the prior control of market concentration, that is, as to the performance of the Administrative Council for Economic Defense - CADE preventively together to market structures in order to advance to prevent the occurrence of foreseen situations in Law 12.529 / 2011 as being considered potentially detrimental to freedom of competition. For this is worth a doctrinal analysis, the related legislation and CADE's administrative decisions to weave the normative view of the Competition Law in Brazil. The methodology used was therefore the bibliographic and documentary research with inductive approach, since from the analysis of the doctrine of administrative decisions CADE intends to outline in general terms the nature of the Brazilian law about the prior control as a tool prevention of market concentration.

The first part of the work seeks to demonstrate the fundamentals of Antitrust Law, its origin, a contemporary perspective of the Competition Law in the world, which is an overview of the 'state of the art', which in law usually treat by 'comparative law' and, likewise, to expose the main features of this branch of law in Brazil. The second part analyzes the Brazilian System of Competition Defense - SBDC, traces its origins and evolution in the Brazilian legislation and deciphers the structure of the SBDC, the functions of its organs and the type of specific actions foreseen in the legislation and in practice that these structures play. Finally, the third and final part will explore the Prior Concentrations control itself and the role of CADE in this labor. For that we study, an introductory, basic concepts of competition law, the birth of the authorization application submission requirements for concentrations and the permit administrative process of concentrations, its course and its conclusion in the federal authority ambit, demonstrating the possible situations to occur in this case and the treatment given to each of them.

Keywords: Competition Law; antitrust; monopoly; market concentrations; control of concentrations; permit administrative process of concentrations.



## **LISTA DE ABREVIATURAS**

ACC - Acordos em Controle de Concentrações

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CDE – Comissão de Defesa Econômica

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

LDC – Lei de Defesa da Concorrência

PDC – Projeto de Decreto Legislativo de Acordos, tratados ou atos internacionais

ProCADE – Procuradoria Federal junto ao CADE

PFE/Cade – Procuradoria Federal Especializada junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica

SDE – Secretaria de Direito Econômico

SEAE – Secretaria de Assuntos Econômicos

SG – Superintendência-Geral do CADE

SNDE – Secretaria Nacional de Direito Econômico

TADE – Tribunal Administrativo de Defesa Econômica

TCC – Termo de Cessação de Conduta

## Sumário

INTRODUÇÃO.....	11
1. DIREITO DA CONCORRÊNCIA.....	13
1.1. BREVE HISTÓRICO DO CONTEXTO ECONÔMICO E LEGAL DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA.....	13
1.1.1. Antecedentes históricos do direito da concorrência.....	13
1.1.2. Direito da concorrência propriamente dito: origem e evolução.....	14
1.1.3. Evolução do direito de defesa da concorrência no Brasil.....	17
1.2. DIREITO COMPARADO.....	19
1.2.1. Modelo Europeu.....	21
1.2.2. Modelo Americano.....	23
1.2.3. O Direito da Concorrência no Mercosul.....	25
1.2.4. O Direito da Concorrência no Brasil.....	25
1.3. PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS, PRINCÍPIOS E CONCEITOS DOUTRINÁRIOS DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL.....	26
1.3.1. O problema da conceituação de um Direito da Concorrência.....	26
1.3.2. Conceitos de política e de política de Estado.....	28
1.3.3. Conceitos de Direito e Direito da Concorrência.....	29
1.3.4. Princípios do direito da concorrência.....	30
1.3.5. Bem jurídico tutelado.....	30
1.3.6. Titular do direito.....	30
1.3.7. Objetivo do Direito da Concorrência.....	31
2. O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA.....	32
2.1. ORIGEM DO SBDC.....	32
2.2. SBDC – CARACTERÍSTICAS, DIVISÕES E COMPETÊNCIAS.....	34
2.2.1. Estruturas paralelas cooperativas: MPF e ProCADE.....	35
2.2.1.1. O papel do Ministério Público Federal na defesa da concorrência.....	35
2.2.1.2. O Papel da Procuradoria Federal na defesa da concorrência.....	36
2.2.1.2.1. Coordenação-Geral de Estudos e Pareceres (CGEP):.....	37
2.2.1.2.2. Coordenação-Geral de Matéria Administrativa (CGMA):.....	37
2.2.1.2.3. Coordenação-Geral do Contencioso Judicial (CGCJ):.....	38
2.2.2. Estruturas integrantes do SBDC propriamente ditas.....	38
2.2.2.1. O papel da Secretaria de assuntos econômicos – SEAE, no SBDC.....	38
2.2.2.2. O papel do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, no SBDC.....	40
2.2.3. Funções pedagógica, de controle preventivo e de controle repressivo do CADE.....	42
3. O PAPEL DO CADE NO CONTROLE PRÉVIO DE CONCENTRAÇÕES (CONTROLE DE ESTRUTURAS).....	44

3.1.	CONCEITOS BÁSICOS DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA AFETOS AO CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES .....	44
1.1.	45	
3.1.1.	Mercado relevante .....	45
3.1.2.	Posição dominante.....	46
3.1.3.	Poder de mercado .....	47
3.1.4.	Controle de estruturas.....	47
3.1.5.	Concentração de mercado .....	48
3.2.	O PROCESSO ADMINISTRATIVO AUTORIZATIVO NO CONTROLE CONCENTRAÇÕES .....	48
1.2.	49	
3.2.1.	O processo administrativo no CADE .....	49
3.2.2.	O processo autorizativo .....	49
3.2.2.1.	Objetivos do processo administrativo autorizativo de atos de concentração .....	50
3.2.2.2.	Pedido de autorização para ato de concentração .....	50
3.2.3.	O processo administrativo na Superintendência Geral.....	52
3.2.3.1.	Abertura e instrução do processo autorizativo na SG .....	52
3.2.3.2.	Omissão da submissão prévia de pedido de autorização.....	53
3.2.3.3.	Recursos nos processos em curso na SG.....	54
3.2.3.4.	Avocação do processo pelo tribunal administrativo.....	54
3.2.4.	O processo administrativo no TADE.....	55
3.3.	RESULTADO DA ANÁLISE PROCESSUAL PELO CADE .....	55
	CONCLUSÃO.....	57
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	59

## INTRODUÇÃO

O Direito da Concorrência é o ramo do Direito que visa à garantia de um ambiente de mercado que funcione segundo o princípio constitucional da livre concorrência.

Pode-se dizer que um ambiente de mercado depende essencialmente da liberdade de concorrência para a garantia de outros importantes princípios constitucionais tais como a livre iniciativa e a defesa do consumidor. Sabe-se ainda que a crise econômica tende a prejudicar mais o pequeno negócio que as grandes corporações, visto as últimas terem maior poder econômico e maior capacidade de influenciar o mercado e de ampliar sua participação, podendo abusar de tal força com prejuízo da população. Para prevenir situações de concentração de poder potencialmente lesivas ao mercado é que existe o Direito da Concorrência.

Este, por sinal, é o grande fator distintivo da atual legislação antitruste em relação às anteriores, no sentido de evitar falhas de mercado tendentes a colocar em risco a liberdade de concorrência antes que ocorram, impedindo que situações lesivas à livre concorrência sejam tratadas *a posteriori*, o que traria prejuízo aos operadores envolvidos e prejudicaria a segurança jurídica, punindo os operadores que tivessem concluído negócios fora dos padrões previstos e obrigando ao desfazimento operações que consumiram enormes somas de recursos, como era o caso dos dispositivos normativos anteriores. Ou seja, o controle exclusivamente prévio de concentrações é inovação trazida pela Lei n.º 12.529/2011, que visa um ambiente equilibrado para todos os *players* do mercado e seguro para os mesmos operadores que detém maior poder de mercado<sup>1</sup>, cujas operações de concentração não sofrerão intervenção estatal, dentro de um processo normal, no qual respeite-se os princípios constitucionais de liberdade de mercado e a obrigação de boa-fé daqueles interessados que submetem ao poder estatal suas retenções de aumentar sua participação de mercado.

Acreditamos apresentar-se nesta obra uma contribuição para a compreensão introdutória do tema, visto ter-se verificado uma escassa doutrina tratando do Direito da Concorrência, em especial, a inovação do controle exclusivamente prévio, apesar da doutrina em si mesma parecer-nos, como dissemos, escassa, há, entretanto, como é de *praxis* no Direito, um bom material de consulta, demonstrando a interpretação que o próprio CADE tem dado ao Direito Antitruste, aos dispositivos e princípios que regem o controle prévio e à compreensão do rito do processo administrativo autorizativo.

---

<sup>1</sup> sobre o termo poder de mercado ver o item 3.1.3

Nesse desiderato faz-se um resgate histórico da origem, características e finalidade do Direito da Concorrência, no Brasil e no exterior, com foco específico no controle preventivo, apresenta-se a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, bem como as funções básicas dos órgãos que o compõem, para, por fim, tratar-se do processo administrativo autorizativo de concentrações pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência.

Tais temas serviram para elucidar em primeiro lugar, o que acreditamos ser de vital importância para a compreensão de qualquer ramo do Direito e para sua operacionalidade, os princípios subjacentes que norteiam o Direito da Concorrência, como por exemplo, a proteção do corpo dos agentes menos eficientes do mercado, preservando a liberdade de iniciativa, ou seja, o direito ao pequeno empreendedor de entrar e permanecer no mercado em um ambiente de concorrência equilibrado, para sermos ainda mais precisos, a promoção da tutela da igualdade de oportunidades àqueles que pretendem disputar um espaço no mercado. Outro importante princípio que aduzimos do trabalho trata da própria tutela do consumidor, pois, como veremos no desenvolvimento da pesquisa, tem-se que um mercado monopolizado tende a ser menos eficiente e oferecer ao consumidor produtos e serviços a preços mais altos.

Enfim, pode-se dizer que três são os pilares sobre os quais estão postos os princípios do Direito da Concorrência e sobre os quais se fundam todo o arcabouço normativo e processual desse ramo do Direito: eficiência econômica dos mercados, a concorrência perfeita e o bem-estar dos consumidores. Tais pilares constituem, desse modo, os motores que legitimam a todo o corpo normativo antitruste.

# **1. DIREITO DA CONCORRÊNCIA**

## **1.1. BREVE HISTÓRICO DO CONTEXTO ECONÔMICO E LEGAL DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA**

### **1.1.1. Antecedentes históricos do direito da concorrência**

Paula Forgioni (2015) informa três fases do Direito da Concorrência, cuja primeira iniciaria na Antiguidade, se estendendo até o advento do mercado liberal; a segunda tendo início no final do período anterior, sendo que o terceiro período a partir do início do século XX, neste trabalho, porém localizamos o início deste terceiro período, no final do século XIX, tendo seu marco inicial em norma editada no Canadá, no ano de 1889, como será visto mais adiante.

No primeiro período, conforme aduz Forgioni (2015), os mercados e consumidores conviveram com monopólios tanto estatais (instituídos em tempos de dificuldades econômicas) como privados, sendo que verifica-se até mesmo legislações proibindo o abuso do poder econômico pelos monopólios, cujos exemplo, segundo Pantoni (2011), seriam o Edito de Zenão e o Código de Justiniano.

Ainda no primeiro período em estudo, aqui, porém durante a Idade Média os monopólios passam às mãos das corporações de ofício, como depreendemos de Anjos (2002), embora não deixem de existir mecanismos de defesa para o consumidor, notadamente a obrigação imputada aos comerciantes de venderem seus produtos em feiras em dias e horários predeterminados, com vistas a promover a concorrência, bem como a determinação de lucro máximo permitido a algumas categorias (FORGIONI, 2015), dentre tantas outras citadas na doutrina, sobre as quais não nos debruçaremos por fugirem ao foco do presente estudo. Nesse período histórico, revela Forgioni (2015), surgem regras de concorrência e princípios que norteiam mesmo o Direito Antitruste Contemporâneo.

O segundo período dá início com a aproximação do fim da Idade Moderna e o advento da Revolução Industrial, período que ganha força a teoria liberal, a qual tem por principal expoente Adam Smith, que publica, em 1776, o livro *A Riqueza das Nações*. Pantoni (2011) apresenta dois marcos normativos concernentes à questão da concorrência, notadamente à limitação do poder concentrado nas mãos das Corporações de Ofício:

“Assim, no ano de 1791 foram editados dois instrumentos normativos de suma importância para a concorrência. Tais instrumentos são: a) Decreto de Allarde, que

preconizava a liberdade de comércio e indústria, independentemente de ligação com corporação de ofício; b) Lei Chapelier que acabava com as corporações de ofício, garantindo, com isso, ampla liberdade de comércio” (2011).

No campo da teoria econômica, ensina Forgioni (2015), Del Filangieri exalta a concorrência, em obra de 1780, como o elemento capaz melhorar o trabalho humano, pelo aperfeiçoamento que a tentativa de superar o concorrente traz à capacidade produtiva do agente, acima de qualquer elemento normativo que se possa produzir.

Nesse período, ainda segundo a mesma autora, o papel primordial do Estado é a harmonização dos conflitos em nome da preservação do livre mercado.

Por fim, o terceiro período tem como marco, cujo motivador foi o controle dos grandes monopólios surgidos no final do século XIX, seguindo-se a I Guerra Mundial e o *crash* da Bolsa de Nova Iorque em 1929, eventos que abriram caminho para a ascensão o keynesianismo e da maior presença do Estado como interventor na economia (ANJOS, 2002). Forgioni (2015) demonstra como, no esteio da crise, o papel do Estado passa, neste período, de mero árbitro a condutor do sistema econômico.

A concorrência passa a funcionar conforme a noção de concorrência-instrumento, ou seja, como um meio para a obtenção de equilíbrio econômico.

### **1.1.2. Direito da concorrência propriamente dito: origem e evolução**

O marco histórico da legislação antitruste, de acordo com Gama (2005) e com Ramos (2014), é o *Act for the prevention and supression of combinations formed in restraint of trade*, editada em 1889 no Canadá, logo seguida pelo famoso *Sherman Act*, publicado nos Estados Unidos em 1890.

Segundo o que indicam os mesmos autores o surgimento da legislação antitruste tem como motivador o ambiente tecnológico e competitivo do final do século XIX e início do século XX, sendo uma resposta estatal às pressões exercidas pelos concorrentes menos eficientes, visando à redistribuição do poder econômico entre os diversos *players* atuantes nos mercados afetados.

Em complemento, Salgado informa que a concentração de poder econômico experimentada nos Estados Unidos neste período, “afrontava de maneira direta alguns dos pilares da organização da sociedade norte-americana, particularmente o das liberdades individuais, no que se inclui o espaço de iniciativa dos agentes econômicos de pequeno porte” (SALGADO, 1992, p. 03).

Em seguida, conforme as lições de Salgado (1992) e de Ramos (2014), ocorre a edição do *Clayton Act*, de 1914, que visava a atuação preventiva da concentração de mercados, sendo que, no mesmo ano é criado o “*Federal Trade Commission*, a agência antitruste americana, na qual o nosso CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) se inspirou” (RAMOS, 2014, p. 01).

Essas legislações citadas acima teriam, conforme o pressuposto da teoria econômica neoclássica, na lição de Salgado, o objetivo de garantir a eficiência econômica dos mercados, a concorrência perfeita e o bem-estar dos consumidores e mais:

a concentração do mercado em poder de poucos, ou de apenas um produtor, é uma distorção que deve ser combatida pelos poderes públicos, na condição de guardiões do bem comum [...] Cabe, pois, às autoridades que representam o interesse da sociedade zelar para que a morfologia dos mercados se afaste o mínimo possível do ideal proporcionado pela concorrência perfeita” (SALGADO 1992, p. 4, 5), a interpolação é nossa.

Em contraposição, ainda seguindo o pensamento de Salgado, ao modelo antitruste inspirado nas Leis Sherman e Clayton, surgiu no período da 2ª Grande Guerra, um modelo baseado na firme “condução das atividades econômicas pelo Estado e na orquestração de comportamentos cooperativos” (1992, p. 8), amplamente praticado pelos governos fascistas da Alemanha e Japão, o qual foi de pronto desmantelado pelos Estados Unidos, nas negociações do pós-guerra. Ainda assim, aduz Salgado (1992), permanece na Europa pós-Segunda Guerra um modelo mais baseado na cooperação e no controle estatal das estratégias nacionais de desenvolvimento que no ideal da concorrência perfeita. Neste contexto, o que se pretende é “impedir que empresas que possuam posição dominante<sup>2</sup> no mercado abusem dessa condição, impondo ônus produtores e ineficiência e redutores de bem-estar a concorrentes, clientes e fornecedores” (1992, p. 10).

Quanto aos parágrafos tratados acima, temos que existem dois modelos básicos de políticas antitruste, quais sejam, o modelo norte-americano e o modelo europeu. Como bem delinea Monteiro:

O modelo americano enraíza-se no caráter fortemente ideológico de preservação das liberdades individuais da sociedade estadunidense, vale dizer, da soberania do consumidor como substituto do poder econômico. Tem como alicerces legais, além do já mencionado *Sherman Act*, o *Clayton Act* (1914) 8, que tipifica condutas potencialmente anticompetitivas (MONTEIRO, 2002, p. 5).

---

<sup>2</sup> Sobre o termo posição dominante, vide o item 3.1.2.



Quanto ao modelo europeu, cujo grande influenciador é a Alemanha, afirma Monteiro:

Conquanto os EUA, no período pós-2 a Guerra Mundial, tenham imposto aos seus aliados e aos países derrotados a sua visão das políticas antitruste, a solução dada pelos países europeus que culminou no modelo europeu, por outro lado, deflui da resolução dos conflitos de sua herança feudal - que permitiu tanto a formação de grandes conglomerados econômicos quanto o comando do poder público no processo de desenvolvimento - com a necessidade de uma política estratégica de inserção competitiva em nível internacional. Impende destacar o caso da Alemanha, que conseguiu aliar a ideologia do capitalismo liberal à singularidade de sua organização industrial fortemente concentrada, de modo que seu sistema político-institucional de concorrência serviu de modelo tanto para os demais países europeus (inclusive a CEE) quanto para países como o Japão, Canadá e Coreia [sic] do Sul.

A concorrência, aqui, tem um sentido eminentemente instrumental, ou seja, não é um fim em si mesma, mas um meio de se atingir o objetivo do bem-estar social, expressamente delineado no Tratado de Roma, de 1957, que deu origem à Comunidade Econômica Européia [sic.](CEE). A Comissão Européia [sic.] é o agente aplicador da lei antitruste entre os Estados-membros, que admite revisão judicial pela Corte de Justiça Européia [sic.] e pelas Cortes Nacionais (MONTEIRO, 2002, p. 6), as interpolações são nossas.

Além disso, apesar do modelo europeu ser uma adaptação do modelo norte-americano, diferenciam-se, conforme Salgado (1992) e Monteiro (2002), por uma certa permissividade em relação à possibilidade de existência de concentração, desde que comprovado ganho para a sociedade. Assim, neste modelo, conforme Monteiro:

[este ganho se comprova pela](aplicação da regra da razão: avaliação das eficiências líquidas geradas, isto é, se as eficiências econômicas decorrentes da prática compensam seus efeitos anticompetitivos). Este é o modelo mais difundido entre os países industrializados (MONTEIRO, 2002, p. 6), a interpolação é nossa.

Posteriormente, já na década de 1980, apresenta-nos Monteiro, o papel da Escola de Chicago na apresentação do conceito de “eficiência alocativa de mercado (ou eficiência de Pareto)” (2002, p. 5), a qual parece se aproximar do modelo europeu:

Esta ocorre quando os recursos são alocados de tal forma que não há possibilidade de melhora de um dos membros sem que se piore a de um outro membro da sociedade. Do ponto de vista da produção, tal situação ótima significa que se está produzindo ao menor custo (portanto, da maneira mais eficiente).

Dito isso, a concentração de poder de mercado em si não é um mal, desde que seja vista em termos de eficiência e ganhos para o consumidor. Bork, um dos expoentes dessa corrente de pensamento, identifica o paradoxo do antitruste ser “uma política em guerra consigo mesma”, de vez que simultaneamente preserva e combate a concorrência (MONTEIRO, 2002, p. 6).

Sobre a situação das demais nações do globo aduz Gama:

Nas outras partes do mundo, a política antitruste se consolidou apenas nas últimas décadas, sendo que em alguns países (em desenvolvimento ou de recente inserção capitalista), ainda está em construção. Hoje, Europa, Japão e Austrália, possuem leis de defesa da concorrência muito similares às norte-americanas (GAMA, 2005, p. 6).

Em complemento a este histórico citamos Oliveira (1998), que demonstra em um quadro elaborado por si a evolução das legislações de defesa da concorrência em quatro períodos ou ondas, quais sejam: No período entre 1890 e a 2ª Guerra teríamos a produção das primeiras Leis antitruste nos Estados Unidos, Canadá e Austrália, quanto a isto, pelo já isto acima, localizaríamos o início deste período no ano de 1889, com a edição, no Canadá, do *Act for the prevention and suppression of combinations formed in restraint of trade*. O segundo período seria aquele compreendido entre o Pós-2ª Guerra e a década de 1980, no qual florescem as leis de defesa da concorrência na Alemanha, Comunidade Econômica Europeia, Reino Unido, Japão, Suécia, França, Argentina, Espanha, Chile, Colômbia, Tailândia, Índia, África do Sul e Paquistão e Brasil (1962). A terceira onda seria vivenciada no Quênia, Sri Lanka e Coreia da década de 1980. E, finalmente, o quarto período tendo lugar na década de 1990, na qual surgem as Leis de Defesa da Concorrência na Rússia, Peru, Venezuela, México, Jamaica, República Tcheca, Eslováquia, Costa do Marfim, Bulgária, Cazaquistão, Polônia e em dezenas de outros países.

### **1.1.3. Evolução do direito de defesa da concorrência no Brasil**

Schneider aponta o início de um Direito da Concorrência no Brasil, a partir da década de 1930:

No ordenamento jurídico brasileiro, o Direito da Concorrência desenvolveu-se de forma incipiente a partir da década de 1930, com o surgimento de leis esparsas voltadas à defesa da economia popular, à tipificação como crime de determinadas condutas consideradas atentatórias à livre concorrência e, ainda, à definição de uma série de atos contrários à economia nacional. É necessário destacar, nesse contexto, por sua importância histórica, o Decreto-lei nº 7.666/1945, conhecido como “Lei Malaia”, que definiu os atos contrários à economia nacional e criou a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE), antecessora do Conselho que a substituiria alguns anos depois, o que permite afirmar que, a partir de 1945, já há um esboço de defesa da concorrência no Brasil (SCHNEIDER, 2012, p.2).

De fato as primeiras menções ao controle estatal sobre o domínio econômico já são vistos na ordem constitucional deste período, conforme ensina Martinez:

As Constituições brasileiras de 1934 e 1937 faziam referência à possibilidade de o Estado intervir no domínio econômico sem, contudo, prever de forma expressa a repressão ao “abuso do poder econômico” (MARTINEZ, s.d., p. 25).

Ainda seguindo Martinez, cita-se o Decreto-Lei nº 869/1938, “que tratava dos crimes contra a economia popular, incluindo ilícitos anticoncorrenciais, como a venda de mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência” (MARTINEZ, s.d., p. 26). O controle, contudo, dava-se “*a posteriori* e no campo criminal”.

Em 1942, informa Martinez, é criada a CDE – Comissão de Defesa Econômica, “composta por membros dos Ministérios da Fazenda, Relações Exteriores, Guerra, Justiça e Negócios Interiores e Trabalho, Indústria e Comércio” (MARTINEZ, s.d., p. 26).

A Lei Malaia, já vista na citação de Schneider, logo acima, é promulgada em 1945.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica é criado em 1962, pela Lei nº 4.137/1962, substituindo a antiga Comissão Administrativa de Defesa Econômica, agora detendo também poderes de controle repressivo e preventivo, mas seu papel é considerado inexpressivo por muitos anos.

É a partir também da Lei nº 4.137/62 que, aduz-nos Martinez, a preocupação com a defesa das classes médias e rurais, vigente no ordenamento até então, é deslocada para o consumidor.

Conforme Martinez, a Constituição de 1988 confere novo status à ordem econômica, também nesta época surge “um forte movimento de liberalização e abertura da economia” (s.d, 35), este novo contexto abre caminho para a edição da Lei nº 8.158/1991, sobre a qual informa mais Schneider:

Em 1991, promulgou-se a Lei nº 8.158/1991, de técnica mais sofisticada se comparada à Lei nº 4.137/1962, e que classificava o CADE como órgão judicante da estrutura do Ministério da Justiça, com as competências previstas na Lei nº 4.137/1962 (SCHNEIDER, 2012, p. 2).

Essa Lei foi revogada apenas três anos mais tarde, pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Sobre a qual declara Martinez:

Em linhas gerais, a Lei nº 8.884/94 instituiu o CADE como autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça e composto por seis conselheiros e um presidente, com mandato de dois anos, sendo possível a recondução. Foram também estabelecidas competências para a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE)<sup>44</sup> que, juntamente com o CADE, formam o que se convencionou chamar de “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência” (SBDC). Três pilares básicos foram estabelecidos: atuação preventiva, via controle de concentrações, atuação repressiva, via controle de condutas, e atuação educativa, via promoção da cultura da concorrência. A nova lei revogou as Leis nº 4.137/62, 8.158/91 e 8.002/90,

e alterou a Lei nº 8.137/90 dando unidade e sistematicidade ao tema da defesa da concorrência no país.

Vê-se que se passou de um sistema antes baseado na defesa da economia popular (ainda que transvestido do nome “concorrência” no período 1962-1988) para a promoção da concorrência propriamente dita (a partir de 1994) (MARTINEZ, s.d., p. 42).

Por fim chegamos ao momento presente, no qual vige a Lei 12.529/2011, a qual, segundo a lição de Marrara:

“encampou a evolução do direito nesse período de tempo [ou seja, desde a promulgação do diploma de 1994 até então], não só no Brasil como no exterior, e que se complementa com novas disciplinas jurídicas de áreas específicas da economia e da administração pública, correlatas com o direito concorrencial, como é o caso, por exemplo, da legislação de defesa do consumidor e as normas gerais de processo administrativo” (2015, prefácio), a interpolação é nossa.

Essa Lei traz como inovações, dentre outras, o controle exclusivamente prévio das concentrações e a “previsão de atuação de ofício do cade no controle estrutural” (SCHNEIDER, 2012, pp. 5; 9).

Significa para Marrara também um “fenômeno de construção de um Estado regulador no Brasil” no qual verifica-se a “redução da intervenção direta por um incremento da intervenção indireta” (2015, p. 7).

## 1.2. DIREITO COMPARADO

Como podemos depreender dos itens abordados acima, que discorrem sobre o histórico do Direito da Concorrência, a atenção dos autores estudados se volta basicamente para o problema da concorrência nos Estados Unidos e na Europa, não sem razão, porque, conforme leciona Monteiro: “Existem basicamente dois grandes modelos de políticas de concorrência em nível mundial, quais sejam, o modelo americano e o modelo europeu, oriundos de contextos sócio-econômicos diferenciados” (2002, p. 05).

Souza, ademais, bem salienta que: “as leis de defesa da concorrência refletem, antes de mais nada, uma opção política dos Estados, na medida em que estes determinam o que realmente pretendem tutelar, ou seja, as leis de defesa da concorrência nada mais são do que um instrumento para a consecução de uma determinada política pública” (2008, p. 6).

Deste modo, sobre a diferença entre o modelo de política antitruste norte-americana e o modelo europeu, escreve Monteiro:

Assim, diferentemente da legislação original americana, a concentração não é proibida “per se” (isto é, sempre), qual ocorre com as práticas restritivas e predatórias, mas apenas caso não se comprove nenhum ganho para a sociedade (2002, p. 06).

A mesma autora chama atenção para mais dois conceitos que diferenciam o modelo americano do europeu, os quais são o de poder de mercado (modelo americano) e o de dominância de mercado (modelo europeu). O primeiro, também chamado de poder de monopólio, denota:

a habilidade de uma empresa ou grupo de empresas aumentar e manter preços acima do nível que prevaleceria sob livre competição, e depende do tamanho relativo (*market share*) e da estrutura do mercado, do número de concorrentes, das barreiras à entrada e da disponibilidade de produtos substitutos (2002, p. 6-7).

Por dominância de mercado, também chamado de posição dominante<sup>3</sup> no mercado entende Monteiro que:

depende de características próprias do ofertante, como seu tamanho absoluto, seu relacionamento com clientes e fornecedores e sua habilidade para determinar a viabilidade econômica de parceiros comerciais. O conceito de *market share*, a partir dos anos 80, foi incorporado para definir dominação de mercado (geralmente considera-se dominante a empresa que detém 40% ou mais de participação de mercado) (2002, p. 07).

Corrêa (2009) enriquece a matéria do estudo comparado do Direito da Concorrência, explorando a contribuição do Direito europeu ao nosso ordenamento quanto à questão das restrições verticais à concorrência, ou seja, o direito aplicado às relações mercadológicas verticais ascendentes e descendentes (a montante e a jusante). Para ser mais específico, tratamos aqui do grau de controle que um agente possui em relação à cadeia de produção acima ou abaixo de sua própria posição na cadeia.

Tendo em vista o tema, observa Corrêa, que pode-se verificar na jurisprudência europeia “uma tendência à tolerância de certas restrições verticais em função da busca de efeitos positivos, como a melhora da qualidade dos serviços” (2009, p. 285).

Em seu trabalho o autor supra demonstra por meio de diversos julgados europeus que comportamentos que, a princípio, visam restringir negócios na estrutura vertical podem ser tolerados ou não dependendo do contexto em que ocorram, se trarão benefícios ou não. Finaliza o trabalho pormenorizando as principais características do direito da concorrência europeu:

A essas tendências do ordenamento europeu, acrescentamos as seguintes observações relativas à disciplina concorrencial das restrições verticais:

---

<sup>3</sup> Sobre o termo posição dominante, vide o item 3.1.2.

- é necessária uma análise concreta e profunda de cada caso;
  - o mercado relevante deve ser delimitado a partir de um enfoque restritivo;
  - a ilicitude de uma conduta no mercado resulta da sua capacidade de, objetivamente, restringir a concorrência;
  - é necessário dimensionar o poder de mercado dos sujeitos envolvidos;
  - a inexistência de concorrência intermarcas faz mais graves as restrições verticais;
  - a defesa da concorrência se ocupa dos efeitos macroeconômicos dos comportamentos no mercado.
- Tudo isso nos permite afirmar que a defesa da concorrência é um trabalho de construção, pois não existe uma linha divisória nítida entre uso e abuso, entre lícito e ilícito. Existe sim uma tensão. Uma tensão que se resolve caso a caso numa síntese particular (CORREA, 2009, p. 293).

### 1.2.1. Modelo Europeu

A situação do Direito da Concorrência europeu é bem diferente da brasileira ou da americana, o Direito Europeu dá-se em um ambiente no qual a autonomia dos Estados-membros é bem mais ampla em relação à americana e ainda muito mais ampla do que no Brasil, no qual a centralização do poder federado em mãos da União é notória. Isto representa um desafio maior em relação à consolidação de um corpo legislativo que represente um consenso entre os Estados-membros e que, como veremos, garanta a cooperação entre os membros e a consequente efetividade na aplicação das normas tanto dentro das fronteiras de cada Estado como nas relações comerciais das empresas que operam interfronteiras.

A atual União Europeia surgiu a partir da Comunidade Econômica Europeia (CEE), fundada a última em 1957 por meio do Tratado de Roma, congregava originalmente a França, a Alemanha, a Itália e os países do Benelux (Bloco econômico formado por Bélgica, Holanda e Luxemburgo). Cujo objetivo era a integração através de trocas comerciais visando a expansão econômica desses países, por outras palavras, visava a criação de um Mercado Comum entre os signatários. A União Europeia (UE) substituiu a CEE, sendo instituída em 01 de novembro de 1993, fruto do Tratado de Maastricht, constitui um bloco econômico de nações, formado atualmente por 15 países. A UE tem como um dos seus objetivos essenciais a instauração de uma União Econômica e Monetária, bem como aponta algumas políticas, dentre as quais, de nosso especial interesse em relação ao presente estudo: Redes transeuropeias; Política industrial e Defesa do consumidor <sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Com fontes nos seguintes sítios:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv%3Axy0023>

<http://www.camara.leg.br/mercosul/blocos/UE.htm>

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV%3Axy0026>

Monteiro (2002) explica que já no âmbito da Comunidade Econômica Europeia (CEE) verifica-se que a preocupação não se foca no incremento da concorrência interna, mas no bem-estar social, aqui, porém, busca-se um incremento da concorrência entre os Estados-membros, compreendido no combate às políticas protecionistas dos países europeus. Com esta visão concorda Ragazzo (2013) e Forgioni (2015). Forgioni demonstra como ainda hoje o problema do protecionismo dos Estados-membros faz-se presente, embora, segundo ela, “de forma dissimulada e diluída do que no passado” (FORGIONI, 2015, p. 183).

A despeito disso, informa Anjos:

O impacto do direito comunitário sobre os direitos internos dos países analisados bem demonstra a fortíssima influência do Tratado em matéria de direito da concorrência e direito do consumidor, no sentido de sua harmonização entre os membros da União (2002, p. 14).

Anjos aduz ainda que o direito antitruste da comunidade europeia é inspirado na *rule of reason* americana (2002, p. 14), ou seja, na Escola de Chicago, do que discorda, pelo menos em parte, Forgioni que diz: “O asséptico ideário de Chicago não teve tanta influência na Europa” (FORGIONI, 2015, p. 181), neste caso preferimos o entendimento de Anjos, uma vez que verifica-se uma aplicação de políticas fluidas, voltadas ao melhor interesse da comunidade, podendo-se até mesmo favorecer eventualmente os monopólios, e, frequentemente os grandes competidores, em detrimento do pequeno competidor o que a mesma Forgioni termina por demonstrar em sua obra ‘Os Fundamentos do Antitruste’. Ainda segundo Anjos, os atos de concentração na U.E. são analisados conforme as eficiências esperadas, podendo-se conceder isenção quando conclui-se que tais atos virão a contribuir para melhoria da produção ou distribuição de produtos promoção de progresso técnico ou econômico.

Os objetivos do Direito da Concorrência europeu, ensina Parret apud Marrara:

(1) permitir a integração regional; (2) proteger a liberdade econômica; (3) fomentar as eficiências econômicas; (4) perseguir objetivos de política industrial; (5) proteger pequenas e médias empresas; (6) criar condições de livre, justa e igualitária concorrência no mercado; e/ou (7) proteger o consumidor (2015, pp. 23-24).

Conclui, por fim, Berg apud Marrara, informando que “o sistema europeu baseia-se fortemente na iniciativa pública e nas decisões administrativas para resolver problemas concorrenciais” (MARRARA, 2015, p.13).

### 1.2.2. Modelo Americano

O modelo americano, segundo a mesma autora supracitada, “enraíza-se no caráter fortemente ideológico de preservação das liberdades individuais da sociedade estadunidense, vale dizer, da soberania do consumidor como substituto do poder econômico” (ANJOS, 2002, p. 05). Dentro deste contexto do Direito antitruste americano, Monteiro cita ainda a influência das Escolas de Harvard e de Chicago. A primeira tem seu foco no incremento da concorrência como forma de promover o equilíbrio do mercado. A segunda, com ascendência a partir da década de 1980, introduz o conceito de eficiência alocativa de mercado, que ocorre, segundo Monteiro:

quando os recursos são alocados de tal forma que não há possibilidade de melhora de um dos membros sem que se piore a de um outro membro da sociedade. Do ponto de vista da produção, tal situação ótima significa que se está produzindo ao menor custo (portanto, da maneira mais eficiente) (ANJOS, 2002, p. 05).

Ragazzo (2013), também cita, não apenas as escolas de Harvard e Chicago, mas a escola Pós-Chicago.

Segundo este autor a Escola de Harvard vê a concentração do mercado como negativa, sendo que sua premissa era a de que os pequenos negócios deveriam ser protegidos dos grandes grupos econômicos. A doutrina da Escola de Harvard desenvolveu “o paradigma Estrutura-Condução-Desempenho” (2013, p. 12), neste paradigma a Estrutura se refere ao grau de concentração do mercado, a Condução refere-se à prática de preços neste mercado, enquanto o Desempenho à lucratividade dos *players*. O controle da concorrência, desse modo, não deve se fundamentar somente na condução, mas também nas demais dimensões do controle da concorrência, em especial a dimensão estrutura.

A Escola de Harvard manteve sua influência na determinação das políticas antitruste até a década de 1970, a partir deste momento, conforme Ragazzo (2013), ascende a Escola de Chicago, a qual se insurge contra a proteção aos pequenos negócios em nome do conceito de eficiência econômica, pressuposto este que seria condescendente até mesmo com situações de monopólio, desde que nestas se verificasse a existência de “eficiências produtivas compensatórias de uma eventual ineficiência alocativa” (2013, p.14). Além disso:

a escola de Chicago fortaleceu a necessidade de uma análise mais pormenorizada, fazendo prevalecer a noção de que a análise do *market share* da empresa resultante da operação apresentada a uma autoridade é apenas o início não determinante de uma análise (a análise antitruste passou a considerar de maneira mais relevante etapas que podem afastar o poder de mercado que, como expliquei no item anterior, envolvem a



avaliação das barreiras à entrada e da rivalidade remanescente no setor) (2013, pp. 14-15).

Continuando na análise da lição de Ragazzo, o referido autor afirma que logo depois desta fase percebeu-se que as escolas de Harvard e Chicago não poderiam ser autoexcludentes:

Isso porque a Escola de Harvard, por meio de um modelo baseado apenas em estrutura e regras per se, produzia uma política antitruste que desestimulava operações e práticas que poderiam ser pró-competitivas, ao passo que a Escola de Chicago estimulou um empirismo que não é necessário (ou mesmo possível) em todas as hipóteses de aplicação da lei de defesa da concorrência. E, partindo de premissas simplistas a respeito de comportamentos de mercado acabou fornecendo argumentos teóricos para a formação e ampliação de poder mercado, o que levou à manutenção de condutas deletérias ao consumidor doméstico (já que a evidência de elementos empíricos que demonstrassem a existência de efeitos prejudiciais não só é muito difícil em vários casos, mas essencialmente prejudicada pela falta de dados em algumas jurisdições sem tradição de coleta e pesquisa, como é, aliás, o caso brasileiro) (2013, pp. 16-17).

A tentativa de superar as duas escolas dá início ao movimento Pós-Chicago, o qual se traduz na tentativa de uma revisão destas limitações teóricas de ambas as doutrinas, bem como na adoção de inovações legislativas, nas quais ocorre a introdução da teoria dos jogos, sendo esta um ramo da matemática aplicada utilizada nos mais diversos ramos do saber na atualidade, inclusive na Economia, na qual assume a forma de uma ferramenta para a:

procura encontrar estratégias racionais em situações em que o resultado depende não só da estratégia própria de um agente e das condições de mercado, mas também das estratégias escolhidas por outros agentes que possivelmente têm estratégias diferentes ou objetivos comuns (GADELHA, 2007).

A Escola Pós-Chicago, conforme aduz Ragazzo, “critica a eficiência alocativa como objetivo último da política de defesa da concorrência” (2013, p. 18) e desloca-se para a proteção do consumidor.

Deste modo vimos as três correntes de pensamento ligadas à evolução do pensamento americano quanto ao antitruste, apesar de haver um movimento “pós-Chicago”, Forgioni (2015) aduz que o que continua valendo na doutrina, na Suprema Corte e na posição dos governos norte-americanos desde a era Reagan é a Escola de Chicago.

### 1.2.3. O Direito da Concorrência no Mercosul

Para Barza; Guimarães: “Contrariamente ao que se passou na União Europeia, o MERCOSUL não experimentou um grande desenvolvimento legislativo da matéria concorrencial” (2015, p. 11). Tendo como marca notável a falta de princípios gerais ou diretrizes básicas da política ou direito da Concorrência no âmbito do Mercosul.

Apesar disso, reza o Tratado de Assunção, segundo os mesmos autores, cabe aos Estados-Membros assegurar, mediante suas legislações nacionais o combate às condutas comerciais desleais, como, exemplificam, “o *dumping* e importações cujos preços estejam influenciados por subsídios” (2015, p. 11).

O Protocolo de Fortaleza, ou Decisão CMC n.º 18/96, tentou dotar os Estados-membros de um “estatuto comum de defesa da concorrência”, tendo, sido, porém, este, ratificado apenas pelo Brasil e pelo Paraguai (BARZA; GUIMARÃES, 2015, p. 12). Apesar de significar um avanço em termos de legislação supranacional para a integração do Mercosul, constituiu-se, no entanto, como pode-se ver um grande fracasso devido à flagrante inefetividade.

O atual Acordo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL, ou Decisão CMC n.º 43/2010, até o momento só foi ratificado pela Argentina, porém, encontra-se em tramitação na Câmara Federal o PDC 7/2015, cujo objeto é aprovar o texto do Acordo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL, assinado em 16 de dezembro de 2010, que visa substituir o Protocolo de Fortaleza, vigente desde 2000.

Pretende-se que este Acordo fortaleça “os meios de cooperação entre as autoridades de defesa da concorrência dos Estados-Partes, reconhecendo as leis nacionais e o corpo técnico de cada Estado como competentes para se eliminar as condutas anticompetitivas” (BARZA; GUIMARÃES, 2015, p. 25).

### 1.2.4. O Direito da Concorrência no Brasil

Para Ragazzo (2013), a jurisprudência brasileira é amplamente influenciada por exemplos estrangeiros. Ao lado da influência jurisprudencial estrangeira sobre a jurisprudência pátria, permanece de igual modo a influência das escolas americanas, conforme pensa Ragazzo.

Desta forma, aduz o supracitado autor, o paradigma Estrutura-Conduta-Desempenho, próprio da Escola de Harvard, “é partilhada pelos reguladores brasileiros, embora a metodologia de análise de estruturas tenha se alterado de maneira significativa posteriormente” (RAGAZZO, 2013, p. 12). Clara evidência disto seria a persistência de “metodologias de análise baseadas

fortemente em estrutura e em regras *per se* [para análise das condutas] dispensando a comprovação de efeitos anticompetitivos para derivar ilicitude” (RAGAZZO, 2013, p. 13), a interpolação é nossa.

Ademais, existe no CADE um documento padrão, denominado “Guia Brasileiro de Análise de Atos de Concentração Horizontal”, o qual possui critérios que “frequentemente servem para justificar aprovação de operações que geram concentrações altas, o que demonstra a influência da escola de Chicago para a defesa da concorrência nacional” (RAGAZZO, 2013, p. 15). Também seguindo a Escola de Chicago, a análise antitruste brasileira demonstra haver forte influência dessa Escola na análise das condutas anticompetitivas, especificamente, conforme Ragazzo, “na análise dos casos de preço predatório” (2013, p. 15).

A consequência da influência da Escola de Chicago sobre a análise antitruste no Brasil traduz-se no aumento de decisões baseadas em uma análise empírica das práticas, o que traria maior imprevisibilidade à análise, situação que Ragazzo aponta como desnecessária, ou mesmo impossível para abarcar todos os casos.

Ragazzo aponta ainda que o Brasil seria um dos poucos países a não oferecer uma indicação legislativa clara a respeito das isenções à Lei de Defesa da Concorrência, isenções essas que autorizariam, por exemplo, a prática de cartéis em determinado setor.

### 1.3. PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS, PRINCÍPIOS E CONCEITOS DOUTRINÁRIOS DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

#### 1.3.1. O problema da conceituação de um Direito da Concorrência

Notou-se durante o desenvolvimento deste trabalho monográfico a falta da disseminação de um conceito de Direito da Concorrência em absolutamente todos os trabalhos pesquisados pelo autor.

Deste modo animamo-nos a, se possível, contribuirmos com este campo do Direito, procurando oferecer um conceito de Direito da Concorrência válido, que possa nortear, pelo menos, o estudante que inicia no estudo do Direito Antitruste.

Percebeu-se que, aparentemente, os autores de trabalhos na área confundem a Política de Defesa da Concorrência com o próprio Direito Antitruste em si, tratando os dois institutos como sinônimos.

Um exemplo desta aparente confusão está na afirmação de Souza: “Nos nossos dias, conforme salientado anteriormente, a política de concorrência, ou seja, o direito antitruste, iniciou-se como disciplina legal há mais de cem anos” (2008, p. 2). Também Corrêa, ao discorrer como o papel garantidor do Estado em relação à defesa da concorrência nos mercados se limita a tentar evidenciar a Política de Defesa da Concorrência, deixando apenas implícito pela expressão “mas que dá ao Estado o poder-dever de garantir essa liberdade” (2009, p. 280) a existência de um Direito da Concorrência, parece ser essa a posição e a preocupação dominante entre os demais estudiosos pesquisados para este trabalho, define-se Política de Defesa da Concorrência e não demonstra-se preocupação na definição do que seja o Direito da Concorrência, isto quando não confundem-se os dois campos de estudo. Surpreende que trabalhos que possuam como fulcro a análise do Direito da Concorrência prendam-se ao instituto Política e não ao Direito.

Uma tentativa de conceituação do Direito da Concorrência é apresentada por Voronkoff:

O direito da concorrência ou direito antitruste, se reveste num conjunto de normas e princípios que se põem como garantias para sustentar o mercado brasileiro interno e mantê-lo escudado de possíveis condutas anticompetitivas, perpetradas pelos agentes econômicos que ali atuam, tendo como suas vigas mestras os preceitos constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência (2014, p. 145).

Enquanto Silveira assim define o Direito Antitruste:

O Direito da Concorrência tem por objetivo regular as relações de mercado, controlando-as estruturalmente e em nível comportamental, de forma a coibir o exercício abusivo de poder econômico e a evitar práticas anticompetitivas pelos agentes do mercado. É, pois, o ramo do Direito que regula práticas comerciais e operações que possam interferir no equilíbrio da concorrência e das forças de mercado (2011, p. 1)

Já Gama, fazendo um apanhado dos conceitos ensinados por Farina (1996), Forgioni (1998) e First *et al.* (1991) aduz:

A política de defesa da concorrência pode ser entendida como um conjunto de normas jurídicas e sociais cuja motivação é restringir atos e práticas que cerceiam o processo concorrencial. Desta forma congrega ações e parâmetros regulatórios do Estado que estão voltados para a preservação de ambientes competitivos e para o desencorajamento de condutas anticompetitivas derivadas do exercício de poder de mercado, tendo em vista preservar e/ou gerar maior eficiência econômica no funcionamento dos mercados (GAMA, 2005).

Bem como Matias-Pereira tampouco demonstra preocupação em definir Direito de Defesa da Concorrência, limitando-se a conceituar a Política de Defesa da Concorrência como

“um elenco de normas jurídicas e sociais que tem como propósito restringir atos e práticas que dificultam o processo concorrencial” (2014, p. 8), ou ainda, de forma mais abrangente:

A política de defesa da concorrência é instrumento legal utilizado pelo Estado, por meio das agências de concorrência (antitruste) para preservar e promover a livre concorrência nos mercados. Por meio da aplicação legal, busca-se a preservação do jogo competitivo, inibindo ou coibindo certos tipos indesejáveis de condutas dos agentes econômicos (2014, p. 35).

Entende-se a confusão pela íntima relação entre uma e outro, de modo que o Direito Antitruste muda à mercê da Política de Estado da Concorrência, como aduz Corrêa:

De acordo com as crenças predominantes a cada momento, o conteúdo e sentido atribuídos ao princípio da liberdade de concorrência variarão, pois o direito da concorrência é o reflexo de uma determinada política de concorrência (2009, p. 279).

Para uma tentativa de discernir entre os conceitos de Direito Concorrencial e Política de Defesa da Concorrência, e verificar se ambos tratam-se de sinônimos ou se os conceitos apresentados pelas lições de Voronkoff e Silveira, encontram guarida conforme uma definição homogênea, passamos a estudá-las mais detidamente abaixo.

### **1.3.2. Conceitos de política e de política de Estado**

Conforme definição do dicionário Michaelis política é: “sf (gr *politiké*) 1 Arte ou ciência de governar. 2 Arte ou ciência da organização, direção e administração de nações ou Estados”.

Identificamos, porém que existe uma definição mais estrita de política, a Política de Estado, a qual é definida por Almeida nos seguintes termos:

Política de Estado é a decisão de engajar um processo de integração regional, a assinatura de um tratado de livre comércio, a conclusão de um acordo de cooperação científica e tecnológica numa determinada área e coisas do gênero (ALMEIDA, 2013, s.n).

Bem como:

Políticas de Estado, por sua vez, são aquelas que envolvem as burocracias de mais de uma agência do Estado, justamente, e acabam passando pelo Parlamento ou por instâncias diversas de discussão [...] geralmente envolvem mudanças de outras normas ou disposições pré-existentes, com incidência em setores mais amplos da sociedade (ALMEIDA, 2013, s.n).

Nesta acepção a Política de Defesa da Concorrência trata logo das ações, práticas e direção que a Administração pretende dar ao mercado de modo a preservar um ambiente competitivo no Brasil.

Vemos assim na Política de Defesa da Concorrência brasileira uma política de Estado, visto atender os requisitos apontados por Almeida (2013). Destacamos o papel claramente normativo como resultado da definição da Política de Estado.

### **1.3.3. Conceitos de Direito e Direito da Concorrência**

Diante de inúmeras definições de Direito, selecionamos o conceito oferecido por Rao, que fornece-nos uma visão suficiente para este trabalho monográfico acentuando o caráter normativo do Direito e coadunando com os conceitos mencionados acima a respeito do conceito de Política de Estado:

É o direito um sistema de disciplina social fundado na natureza humana que, estabelecendo nas relações entre os homens uma proporção de reciprocidade nos poderes e deveres que lhes atribui, regula as condições existenciais dos indivíduos e dos grupos sociais e, em consequência, da sociedade, mediante normas coercitivamente impostas pelo poder público (1991, p. 31).

Para Marrara (2015) o Direito da Concorrência é melhor definido como Direito Administrativo Concorrencial, visto este ser tido como sub-ramo do Direito Administrativo. Seria ainda definido como o corpo [normativo e conceitual] que estrutura a regulação administrativa da concorrência.

Retomando os autores já vistos acima, invocamos novamente Voronkoff e Silveira. Uma tentativa de conceituação do Direito da Concorrência é apresentada por Voronkoff:

O direito da concorrência ou direito antitruste, se reveste num conjunto de normas e princípios que se põem como garantias para sustentar o mercado brasileiro interno e mantê-lo escudado de possíveis condutas anticompetitivas, perpetradas pelos agentes econômicos que ali atuam, tendo como suas vigas mestras os preceitos constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência (2014, p. 145).

Enquanto Silveira assim define o Direito Antitruste:

O Direito da Concorrência tem por objetivo regular as relações de mercado, controlando-as estruturalmente e em nível comportamental, de forma a coibir o exercício abusivo de poder econômico e a evitar práticas anticompetitivas pelos agentes do mercado. É, pois, o ramo do Direito que regula práticas comerciais e operações que possam interferir no equilíbrio da concorrência e das forças de mercado (2011, p. 1).

Deste modo o Direito da Concorrência parece ser visto pela doutrina por um lado como ramo do Direito Administrativo, e por outro lado, como afirma Corrêa (2009), como instrumento da Política de Defesa da Concorrência de um Estado.

Gostaríamos de propor, baseado na doutrina estudada o seguinte conceito com a intenção de colaborar no desenvolvimento doutrinário de tal conceito: Direito da Concorrência é o ramo do Direito Administrativo composto por um corpo normativo e principiológico cujo objetivo é tutelar o mercado e os consumidores contra o uso de práticas anticompetitivas por parte dos agentes econômicos, com fito de obter e manter posição dominante.

#### **1.3.4. Princípios do direito da concorrência**

Segundo Moraes (2011), a partir do período pós Primeira Guerra surgiram muitas constituições, influenciadas pela Constituição de Weimer, caracterizadas pela positivação de várias aspirações sociais dando origem ao Estado Social e as denominadas Constituições Econômicas.

A Constituição da República de 1988, ainda segundo Alexandre de Moraes, “consagrou uma economia descentralizada, de mercado, sujeita a forte atuação do Estado de caráter normativo e regulador” (2011, p. 838). Ao mesmo tempo “consagrou a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa” (2011, p. 839).

Marrara (2015) identifica cinco princípios constitucionais do direito da concorrência, aqueles identificados no artigo 1º, *caput*, da LDC/2011, quais sejam: (1) liberdade de iniciativa, (2) livre concorrência, (3) função social da propriedade, (4) defesa dos consumidores e (5) repressão ao abuso do poder econômico.

#### **1.3.5. Bem jurídico tutelado**

A Lei nº 12.529/2011, declara a ordem econômica como o bem jurídico tutelado por si. Matias-Pereira assim define o “bem juridicamente protegido” pela defesa da concorrência: é a preservação dos valores ligados ao funcionamento do sistema de mercado, ou seja, a garantia da manutenção do ambiente concorrencial propiciador da autorregulação do mercado por meio da livre concorrência das forças da oferta e da demanda” (2014, p. 36).

#### **1.3.6. Titular do direito**

A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei 12.529/2011, art. 1 parágrafo único. Matias-Pereira sem fazer referência direta a este dispositivo assim se expressa: “Nesse sentido, busca atuar de forma preventiva na estrutura dos mercados e acentuando as

pressões sobre as empresas para que atuem com maior eficiência, visando garantir à coletividade os benefícios econômicos que a livre concorrência pode trazer” (MATIAS-PEREIRA, 2014 pp. 35,36).

No sítio do CADE na internet na seção denominada “Perguntas sobre infrações à ordem econômica” ao responder a pergunta “O Cade tem competência para atuar em casos de quebra de contrato?”, trata-se do assunto da seguinte forma: “visto que a Lei de Defesa da Concorrência protege a coletividade das infrações praticadas contra a ordem econômica. O titular do bem jurídico protegido é a coletividade e não o concorrente/agente econômico como ente individual” (CADE, 2016, s.n.).

Entendamos por coletividade o conjunto das pessoas que vivem no solo brasileiro.

### **1.3.7. Objetivo do Direito da Concorrência**

Brault apud Matias-Pereira aponta o objetivo básico da legislação antitruste como o de “exercer algum tipo de controle sobre os atos de concentração e sobre as condutas das empresas que detêm poder de mercado” (MATIAS-PEREIRA, 2014, 7). Ou seja, para Brault o objetivo da legislação antitruste é o controle governamental da concorrência, melhorando essa definição mais à frente Matias-Pereira coloca que tal controle, evidenciado pela normatização e pela defesa da concorrência, é indispensável “para uma economia de mercado saudável e competitiva” (MATIAS-PEREIRA, 2014, 8).

Forgioni, de maneira mais direta e apropriada em nossa visão, coloca como fim a ser alcançado pelos princípios constitucionais em relação à defesa da concorrência o “assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social” (FORGIONI, 2015, p.187). A este objetivo geral acrescenta: implementar a eficiência do mercado; formação e preservação de um ambiente de efetivos incentivos à competição e à satisfação do consumidor.



## 2. O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Quando falamos de Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência podemos pensar em duas acepções de sistema didaticamente úteis para a compreensão da realidade da defesa da concorrência no Brasil, podemos pensar em Sistema Jurídico-teórico de Defesa da Concorrência, o qual se constitui dos aspectos políticos, econômicos e jurídicos que dão direção à atuação do SBDC em determinado período. Esse escopo foi, de algum modo, apresentado e delineado no capítulo anterior, quando o vimos sob a égide de modelos de política de defesa da concorrência, adicionamos a isso o *corpus iuris* constituído pela coleção das normas legislativas e administrativas que, sob a influência da ideologia estatal sobre qual tratamento deve ser dado à concorrência de mercado em nosso país.

Esse corpo jurídico citado acima é formado basicamente pelos seguintes dispositivos: Art. 170, III, IV e V e seu parágrafo único; Art. 173, §4º e Art. 219 da CRFB/88; bem como pela Lei 12.529/11; e normas administrativas do CADE, notadamente seu Regimento Interno, Resoluções e Portarias.

A segunda acepção é a oferecida pela própria lei antitruste vigente, em seu art. 3º, a qual define o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência como o conjunto formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e a Secretaria de Assuntos Econômicos - SEAE, aos quais cabe a defesa da concorrência em nosso país. Nessa acepção temos a estrutura de órgãos administrativos que atuam cooperativamente em prol da construção e preservação de um ambiente de liberdade de mercado e de concorrência que resulte no bem estar do consumidor. É sobre essa estrutura que versa o presente capítulo.

### 2.1. ORIGEM DO SBDC

Podemos identificar o germen do SBDC na criação da CDE – Comissão de Defesa Econômica, Decreto-Lei nº 4.807/1942:

composta por membros dos seguintes Ministérios: Fazenda, Relações Exteriores, Justiça e Negócios Interiores, Guerra e Trabalho, Indústria e Comércio, todos nomeados pelo Presidente da República. Entre as funções da CDE estava “*resolver, por solicitação ou “ex-officio”, a recisão ou forma de liquidação dos contratos em que sejam partes pessoas cuja atividade econômica se torne necessário reprimir*” (MARTINEZ, s.d. p. 26).

Logo em seguida vindo a constituição do primeiro CADE, neste tempo Comissão Administrativa de Defesa Econômica, pelo Decreto-Lei nº 7.666/1945:

que dispunha sobre os atos “contrários à ordem moral e econômica”, dando caráter de ilícito administrativo aos atos anticompetitivos contrários ao “interesse da economia nacional” [...] diretamente subordinado ao Presidente da República e presidido pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores. O Decreto-Lei previu instrumental para o controle obrigatório e prévio de estruturas em determinados setores da economia (bancário, de mineração, transportes, alimentos, entre outros) (MARTINEZ, s.d. p. 27).

Este Decreto-Lei, no entanto, tem vida curta pois com a queda de Vargas, com apenas três meses de vigência, segundo a lição e Marrara (2015), é revogado, devolvendo o país a um estado de insegurança jurídica pelos próximos 17 anos. Este período termina com a Lei 4.137/62, da autoria de Agamenon de Magalhães, assim como sua predecessora. Essa nova Lei efetiva um novo CADE, dessa vez Conselho Administrativo de Defesa Econômica, “vinculado à Presidência do Conselho de Ministros e conduzido por um presidente e quatro conselheiros nomeados, pelo Presidente da República, para um mandato de quatro anos (permitida a recondução) e exoneráveis *ad nutum*” (2015, p. 31). Também o CADE da Lei 4.137/62 permanece inoperante, conforme informa Marrara, pois sob o domínio dessa LDC apenas 11 casos foram julgados entre 1962 e 1975, com apenas uma condenação (MARRARA, 2015).

Até então não se pode falar de um Sistema de Defesa da Concorrência, pois verifica-se a existência de um único órgão administrativo a desempenhar o controle das concentrações e das práticas abusivas do poder econômico.

A Lei 8.158/91 cria a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), no contexto desta Lei, explica Marrara (2015) que o CADE funcionava como tribunal, enquanto à SNDE cabia a investigação e a instrução de processos administrativos, a despeito desta divisão de papéis, ocorria a intersecção de competências, especialmente no que diz respeito a aplicação de sanções administrativas que podiam ser contrárias e mesmo assim permanecerem válidas, o que suscitou intensas críticas ao regime.

Em 1994, a promulgação da Lei nº 8.884/94, transforma o CADE em autarquia, e, então, conforme Marrara, “criou, não explicitamente, o SBDC, um sistema nacional formado por três entidades federais: a SEAE, a SDE e o CADE” (2015, p. 33). A divisão do trabalho basicamente era a que segue:

a SEAE, como órgão do Ministério da Fazenda, participava basicamente da instrução de processos ligados ao controle preventivo de concentrações [...] No entanto ela não participava ativamente do controle repressivo de condutas infrativas à ordem econômica. (2015, p. 33-34).

A SDE:

órgão integrante do Ministério da Justiça, com a finalidade de formular, implementar e supervisionar as políticas de proteção e defesa da ordem econômica, no âmbito da livre concorrência e da defesa dos direitos do consumidor.

No âmbito da defesa da concorrência, a SDE é responsável não só por investigar a existência de condutas anticoncorrenciais, mas também por emitir parecer sobre os aspectos concorrenciais dos atos de concentração apresentados para aprovação do CADE. Tais investigações e análises são conduzidas através da instauração de processo administrativo, que posteriormente é remetido ao CADE para julgamento (CADE, 2007, p. 13).

O CADE, como percebemos acima continua, concordando Marrara (2015), como na legislação anterior, atuando como um tribunal administrativo.

Finalmente, em 2011, é promulgada a Lei n. 12.529/11, que institui através do seu Art. 3º, o Sistema de Defesa da Concorrência, composto por SEAE e CADE, apelidado por super-CADE, por absolver as funções da SDE, funcionando paralelamente a essas duas entidades o Ministério Público e a Advocacia Geral da União.

## 2.2. SBDC – CARACTERÍSTICAS, DIVISÕES E COMPETÊNCIAS

O SBDC possui três funções, conforme a lição de Matias-Pereira (2014) com as quais concorda Marrara (2015): a função pedagógica (informativa), a função de controle preventivo e o controle repressivo.

Pode-se dizer que a função pedagógica é mais propriamente refletida pela atuação da SEAE, que atua como agente da advocacia concorrencial e na elaboração de estudos, não estando ausente do *métier* do CADE. Esta função objetiva a difusão de uma cultura pró-concorrencial, bem como a “conscientização da sociedade quanto a condutas e operações potencialmente ofensivas à ordem econômica” (MARRARA, 2015, p. 66). O resultado do exercício desta função pelo SBDC é a dissuasão de práticas anticompetitivas pelos agentes econômicos por um lado e a conquista de mais “colaboradores indiretos do SBDC”, nas palavras de Marrara (2015, p. 66), estes dentre os membros da sociedade.

As funções de controle preventivo e repressivo ficarão a par do CADE. O controle preventivo trata do processo prévio de autorização de operações de concentração de mercado potencialmente lesivas à livre concorrência. Por sua vez o controle repressivo é a atuação a *posteriori*, a qual tem seu lugar uma vez identificada a existência de infrações à ordem econômica.

Além da SEAE e do CADE, funcionam paralelamente e em colaboração com os órgãos do SBDC o Ministério Público Federal e a Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE.

### **2.2.1. Estruturas paralelas cooperativas: MPF e ProCADE**

Iniciaremos esse item pelas estruturas colaborativas paralelas ao SBDC, ou seja, trataremos a princípio do Ministério Público Federal e da Procuradoria Federal, passando logo em seguida para o estudo das estruturas próprias do SBDC, a SEAE e o CADE.

#### **2.2.1.1. O papel do Ministério Público Federal na defesa da concorrência**

O Ministério Público Federal, conforme informa Marrara, tem imperiosa participação no SBDC, uma vez que “detém a responsabilidade constitucional de zelar por interesses difusos, inclusive os que permeiam a ordem econômica” (MARRARA, 2015, p. 62).

Esta responsabilidade, segundo Marrara (2015), traduz-se na obrigação do Ministério Público Federal manifestar-se, a requerimento formal do conselheiro-relator do CADE, ou de ofício, no controle de condutas que ponham em risco interesses coletivos e difusos. Pode ainda ser acionado a “auxiliar a Superintendência-Geral nas suas atividades investigatórias” (MARRARA, 2015, p. 63), especificamente no controle de condutas. Essa atuação do Ministério Público junto ao CADE se dá por meio da emissão de pareceres, o que dá aso a Lobregat (2014) afirmar que o papel do MPF seria de “simples parecerista”.

Outro momento de atuação do MPF junto ao CADE é na tomada de conhecimento das deliberações do Tribunal, no que tange “à tutela de outros interesses difusos e coletivos e coletivos – por exemplo, dos consumidores – que sejam afetados pelas decisões da autarquia” (MARRARA, 2015, p. 64).

A despeito das situações acima, previstas expressamente na LDC/2011, para Marrara, a participação do *parquet* pode ainda dar-se no controle de concentrações e na “celebração de acordos administrativos em assuntos de direito da concorrência” (MARRARA, 2015, p. 64), apesar de que sua atuação seja marcadamente no controle de condutas. Neste contexto Marrara ensina que a “ideia de “sistema administrativo” pressupõe colaboração ampla entre tais entidades” (2015, p. 64), além disso, o mesmo autor ainda informa a liberdade expressa na LDC que tem o CADE para solicitar apoio de outras entidades para a execução de suas tarefas.

Lobregat assim justifica a presença do MPF no SBDC:

a defesa da concorrência e do Mercado devem ser realizadas em nível nacional; outrossim, a defesa do livre mercado e da concorrência têm, ao menos de maneira reflexa, o condão de também proteger os Direitos Humanos, o que apenas reitera a competência do MPF (LOBREGAT, 2014, sn).

Ao contrário de um papel meramente consultivo, como o apresentado acima, Figueiredo (2014) insurge-se à atuação que a Lei 12529/11 atribui ao Ministério Público junto ao CADE, afirmando que papel consultivo já é bem desempenhado pela Procuradoria Federal junto ao CADE e sugere ainda a possibilidade de existência de inconstitucionalidade neste íterim.

O mesmo autor sugere a possibilidade de uma ação mais ativa do Ministério Público:

A intervenção do Ministério Público Federal junto ao CADE deriva da natureza transindividual que o mercado interno possui, quanto bem de titularidade da coletividade. Isto decorre do próprio ordenamento constitucional que, em seu artigo 219, preceitua que: ‘O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal’. Assim, uma vez que, nos termos do artigo 129, I e II, in fine, da CRFB, compete ao Ministério Público promover a ação penal pública e a defesa dos direitos difusos e coletivos, justifica-se sua atuação junto ao CADE. (FIGUEIREDO, p. 283)

Desse modo, na esteira da lição acima, filiamo-nos à doutrina do ilustrado Mestre.

### 2.2.1.2. O Papel da Procuradoria Federal na defesa da concorrência

A Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE – ProCADE, é órgão vinculado à AGU, integrante da estrutura do CADE (MARRARA, 2015). O site do CADE assim define a base legal das atribuições da ProCADE:

A Procuradoria Federal Especializada junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (PFE/Cade) tem suas atribuições fixadas na Lei Complementar no 73/1993, na Lei no 10.480/2002 e, mais especificamente, no artigo 15 da Lei no 12.529/2011, no artigo 18 do Decreto no 7.783/2012 e no artigo 28 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) (CADE, s.d).

O papel da Procuradoria Federal junto ao CADE, segundo a lição de Marrara (2015), constitui-se nos itens que seguem:

- a) Na representação judicial e extrajudicial do CADE;
- b) Na execução judicial das decisões da autarquia, bem como na promoção de acordos administrativos;

- c) Na adoção de medidas judiciais para a cessação de infrações à ordem econômica solicitadas pelo TADE ou pela Superintendência-Geral;
- d) Na celebração de acordos nos processos judiciais relativos às infrações contra a ordem econômica autorizados pelo TADE;
- e) Na obtenção de documentos para instrução de processos administrativos
- f) Na informação sobre ações e outras medidas judiciais em andamento aos membros do TADE e da Superintendência-Geral.
- g) Na consultoria e assessoramento jurídico;
- h) Na apuração da liquidez dos créditos do CADE e sua inscrição em dívida ativa;
- i) Na emissão de pareceres em processos sancionadores e autorizativos;
- j) Na imposição de sanções incidentais mediante solicitação expressa do conselheiro ou superintendente.

Além disso possui direito a voz nas seções do TADE, apesar de não deter o poder de voto.

A ProCADE é dividida em três coordenações, segundo o sítio de internet do próprio CADE:

#### 2.2.1.2.1.Coordenação-Geral de Estudos e Pareceres (CGEP):

Órgão consultivo incumbido de coordenar a atuação dos procuradores federais na elaboração de manifestações sobre temas relacionados à atividade finalística do Cade, [bem como] em pareceres e notas sobre o acompanhamento e monitoramento do cumprimento extrajudicial das decisões do Cade, bem como dos termos de compromisso de cessação (TCC) e dos acordos em controle de concentrações (ACC) firmados pela autarquia (CADE).

#### 2.2.1.2.2.Coordenação-Geral de Matéria Administrativa (CGMA):

Órgão consultivo, com a incumbência de coordenar a atuação dos procuradores federais na elaboração de pareceres ou notas sobre as licitações, os contratos administrativos e os convênios do Cade, sobre questões jurídicas relativas a recursos humanos, sobre procedimentos administrativos disciplinares e sobre outras matérias relacionadas às atividades-meio da autarquia. Além disso, cabe a essa Coordenação auxiliar o Procurador-Chefe e o Adjunto na gestão administrativa interna da Procuradoria (CADE).

### 2.2.1.2.3.Coordenação-Geral do Contencioso Judicial (CGCJ):

Órgão contencioso incumbido de coordenar a atuação dos procuradores federais na representação do Cade perante o Poder Judiciário, na postulação e/ou na defesa dos interesses da autarquia em juízo, na promoção de execuções judiciais das decisões do Cade, na tomada das medidas judiciais necessárias à cessação de infrações à ordem econômica ou à obtenção de documentos para a instrução de processos administrativos de qualquer natureza e na formalização de acordos judiciais (CADE).

Agora seguindo Marrara (2015), este delinea a figura do procurador-chefe da seguinte forma: pessoa de notório conhecimento jurídico, de reputação ilibada, maior de 30 anos, escolhido pelo Senado Federal dentre os membros da Procuradoria Federal ou da AGU, após sabatinado pelo Senado. Quanto à afirmação de Marrara quanto ao procurador-chefe dever ser eleito dentre os membros da Procuradoria Federal ou AGU, a Lei 12.529/11 diz a tal respeito que o procurador-chefe será eleito entre brasileiros e não apenas entre membros da Procuradoria Federal ou AGU.

## **2.2.2. Estruturas integrantes do SBDC propriamente ditas**

### 2.2.2.1. O papel da Secretaria de assuntos econômicos – SEAE, no SBDC

A SEAE é órgão vinculado ao Ministério da Fazenda, Marrara (2015) informa que sua ação tradicional dá-se na regulação de mercados e da concorrência. A LDC/2011, no entanto, teria afastado a SEAE “do controle de condutas e de concentrações, concedendo-lhe, em compensação, amplíssimas tarefas de “advocacia concorrencial”” (MARRARA, 2015, pp. 55-56). Silva (2015) concorda com Marrara, se por um lado, a reformulação do SBDC representou um “esvaziamento de competências da SEAE”, por outro lado, “permitiu que o órgão pudesse focar seus esforços na prática da advocacia da concorrência” (MARRARA, 2015, p. 188)

Da lição de Marrara (2015) e Silva (2015), o último em artigo na Revista de Defesa da Concorrência, publicada pelo CADE em novembro de 2015, depreendemos que a advocacia concorrencial é definida pela atividade de orientação e informação, de caráter consultivo e não vinculativo, em prol promoção da cultura da concorrência. Esse papel informador dá-se por meio de “três funções básicas: a participativa, a científica e a corretiva” (MARRARA, 2015, p. 56), das quais falaremos mais à frente.

A advocacia da concorrência pretende realizar a implementação da cultura de concorrência em dois espaços distintos, conforme Silva, junto à sociedade em geral, primeiro “no sentido de alcançar os indivíduos e fazer com que eles tenham noção da importância da defesa da concorrência para o próprio bem-estar”, a atuação da SEAE neste ambiente, como reforçará Silva um pouco mais à frente em seu artigo, a advocacia corporativa tem o condão de estender o alcance do controle do SBDC a situações que fugiriam de suas possibilidades de tomada de conhecimento:

Nesse sentido, é possível traçar que um perfil de fortalecimento da cultura da concorrência pode ocorrer através de políticas educativas voltadas à população em geral, visando divulgar as práticas do sistema, informar a respeito de condutas que são consideradas ilícitas e até mesmo incentivar denúncias a respeito de infrações locais que possam ser apreciadas do ponto de vista concorrencial. Garantir-se-ia assim uma cultura da concorrência mais difundida na população, o que, em certa medida, resultaria numa forma de fiscalização de condutas que, por exemplo, ocorrem em mercados extremamente locais e que estão longe do poder de fiscalização de órgãos do SBDC (SILVA, 2015, p. 190).

Em segundo, a atuação da implementação da cultura de concorrência pela SEAE junto aos “órgãos da Administração Pública, a fim de conscientizar os seus responsáveis a respeito da importância de considerar a temática nas práticas de gestão pública” (SILVA, 2015, p. 189).

Retomando a questão das três funções básicas da Advocacia da Concorrência, temos: A função participava constitui-se na incumbência da SEAE em participar, de ofício ou a pedido, de “processos de elaboração de atos normativos, administrativos e legislativos que detenham relevância para a execução bem-sucedida da política de defesa da concorrência” (MARRARA, 2015, p. 56).

A função científica consiste na elaboração de ofício ou a pedido, de, nas palavras de Marrara, estudos “sobre a situação concorrencial de setores da economia” (MARRARA, 2015, p. 57).

Por fim apresenta Marrara a função corretiva que dá-se pela proposta “de revisão de atos normativos, legislados ou administrativos, de qualquer esfera federativa, que “afetem ou possam afetar a concorrência”” (2015, p. 57). A proposta de revisão a que refere-se a sentença anterior limita-se às entidades que detenham poderes reguladores e nos atos de sua competência, os atos normativos de entidades não reguladoras subordinadas ao Ministério da Fazenda poderão ser revistas pela própria SEAE.

Marrara aponta ainda outros poderes da SEAE, quais sejam:

- a) requisitar informações e documentos de agentes, órgãos e entidades, públicas ou privadas;



- b) celebrar acordos de cooperação com órgãos ou entidades de qualquer esfera federativa para avaliar ou sugerir medidas relacionadas à promoção da concorrência.

#### 2.2.2.2. O papel do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, no SBDC

Neste item trataremos do CADE a partir de uma visão geral, incluindo os órgãos que o constituem, seu papel no SBDC, seus objetivos geral e específicos. Como o escopo do presente trabalho é especificamente a atuação do CADE no controle de concentrações, trataremos deste assunto nesta altura do trabalho de forma introdutória, assim como os demais temas que envolvem o delineamento da estrutura e papel do CADE na defesa da concorrência, deixando para o próximo capítulo a análise mais aprofundada do tema **controle de concentrações**.

O CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, é uma autarquia federal, componente do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, vinculada ao Ministério da Justiça, “com a missão de zelar pela livre concorrência no mercado, responsável, no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência” (MATIAS-PEREIRA, 2014, p. 84).

Como muito bem menciona RAGAZZO (2013, p. 3): “Ao contrário de Agências Reguladoras, o CADE não regula setores específicos, mas sim determinados comportamentos comerciais de empresas”.

Três são os órgãos que o compõem: Tribunal Administrativo, Superintendência-Geral e Departamento de Estudos Econômicos (MATIAS-PEREIRA, 2014, p. 82):

a) A Superintendência-Geral é composta pelo Superintendente-Geral e dois Superintendentes-Adjuntos. Conduz “investigações e propõe os compromissos de cessação de conduta, as condições de acordos em controle de concentrações e as sanções” (MATIAS-PEREIRA, 2014, p. 82).

Marrara estabelece em seis as competências da SG, resumidamente: (1) acompanhamento e monitoramento das práticas de mercado e fiscalização do cumprimento das decisões do CADE; (2) condução de processos administrativos concorrenciais; (3) instrução de processos administrativos; (4) exercício da competência cautelar; (5) “proposição de termos de compromisso de cessação de prática por infração à ordem econômica e de acordo em processos

de controle de concentrações”; (6) exercício do “poder recursal de ofício nos processos sancionatórios” (MARRARA, 2015, p. 51).

b) Departamento de Estudos Econômicos, órgão dirigido por um Economista-Chefe, responsável pela elaboração de “estudos e pareceres econômicos, zelando pela qualidade técnica e científicas das decisões” (MATIAS-PEREIRA, 2014, p. 82).

Por seu turno Marrara adiciona ao elenco acima que os estudos desse Departamento contribuem para aperfeiçoar “a delimitação de mercado relevante e de poder econômico, a avaliação de efeitos competitivos e condutas e atos de concentrações, a verificação de danos e o cálculo de seu ressarcimento” (MARRARA, 2015, p. 53)<sup>5</sup>.

c) O Tribunal Administrativo de Defesa Econômica é composto pelo presidente de seis Conselheiros.

As seções do TADE são, de regra, públicas, salvo quando houver determinação de tratamento sigiloso ao processo, ocasião em que a seção será reservada (Lei 12529/11, art. 51, II). Das seções do Tribunal participarão o Superintendente-Geral, o Economista-Chefe, o Procurador-Chefe, com direito a voz, porém sem direito a voto. As deliberações do Tribunal funcionarão obedecendo, como bem aduz Marrara (2015), em dois quóruns, o de reunião, composto por, no mínimo, quatro conselheiros, e o quórum de deliberação, composto, no mínimo por três conselheiros.

Ao Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, segundo Matias-Pereira (2014), cabe o julgamento dos processos administrativos de infração à ordem econômica e a análise dos atos de concentração.

Graças a todas essas contribuições, pode-se dizer que o papel do CADE, a partir de maio de 2012, assume grande importância no cumprimento da política de defesa da concorrência, prevista na Lei 12.529/2011, realizando atos administrativos e processuais de análise, prevenção e, mesmo, repressão aos atos que possam vir a constituir infrações à ordem econômica, conforme indica Moraes (2014):

O CADE, através da Superintendência-Geral, além de julgar os casos relacionados à concorrência, passa a investigar e instruir processos de análise dos atos de fusão e aquisição de empresas, para apuração de atos de concentração econômica, visando a imposição de sanções administrativas e processuais incidentais para prevenção ou repressão de infrações à ordem econômica (MORAIS, 2014).

---

<sup>5</sup> sobre o termo mercado relevante ver o item 3.1.1

As novas atribuições do CADE, segundo as lições de Nester (2012) e Silveira (2013), foram acompanhadas com a previsão de rito sumário para julgamento *ex ante* dos atos de concentração, bem como maior objetividade na descrição dos atos que devam ser apresentados ao CADE para análise, baseado exclusivamente no faturamento das partes envolvidas, ao invés do sistema anterior que previa que além do faturamento deveria ser considerado o percentual de participação dos atores envolvidos no mercado relevante<sup>6</sup>, a qual não poderia ser superior a 20%, requisito este de difícil aferição. Bem como a possibilidade do acordo de leniência, que foge do escopo do presente trabalho.

Além destes benefícios citamos ainda:

Tempo de análise: A rápida edição de novos regulamentos e a prioridade na tramitação de operações notificadas sob a nova lei resultou em significativa redução no tempo de análise. Também contribuiu o limitado número de atos de concentração recebidos depois de 29 de maio. A duração média da análise de operações foi de 19 dias (rito sumário) e 48 dias (rito ordinário). Em 2011, o tempo médio de análise era de 154 dias (JASPER, SANCLER, 2012).

Deste modo define-se o CADE como o principal órgão brasileiro de defesa da concorrência, que ganhou maior destaque após o advento da novel Lei Antitruste, bem como tornou-se detentor de um aparato mais moderno de mecanismos, com finalidade de, sem descuidar do controle de concentração no mercado brasileiro, conceder mais celeridade e segurança jurídica à análise dos atos de concentração, mantendo o dinamismo do mercado e zelando pelo bem-estar do cidadão.

### **2.2.3. Funções pedagógica, de controle preventivo e de controle repressivo do CADE**

Essas funções já foram introdutoriamente apresentadas no item 3.2., com ênfase no SBDC, passamos a demonstrar a manifestação de tais funções com aplicação específica ao CADE.

Como dito anteriormente a função pedagógica ou informativa, ou ainda preventiva geral, é notadamente vinculada à atuação da SEAE, apesar disso tal função também cabe à área de atuação do CADE.

O CADE desempenha esta função, segundo indica Lourenço, “por meio da propagação de cursos, palestras, cartilhas e seminários realizados pelo CADE, com o fim de educar a

---

<sup>6</sup> Sobre o termo mercado relevante, vide o item 3.1.1

sociedade nesse sentido” (LOURENÇO, 2015, p. 11), acrescentamos a este elenco a Revista de Defesa da Concorrência, publicação do CADE iniciada em maio de 2013, a qual socorreu-nos em, pelo menos, duas ocasiões na elaboração deste trabalho. Tal função também está prevista na Lei 12529/2011 em ocasiões como o art. 9, XIV entre as competências do TADE e art. 13, XV que lista as competências da Superintendência-Geral.

No controle preventivo a atuação do CADE dá-se nos processos administrativos autorizativos que visam ao controle de concentrações.

Marrara (2015) informa que este processo de controle preventivo concreto é de iniciativa do particular que preventivamente buscará a autorização de operação de concentração junto ao Estado. O controle de concentrações objetiva, segundo Nusdeo apud Marrara, “(1) “evitar a formação de estruturas tendentes à monopolização ou domínio do mercado por uma empresa dominante”; e (2) prevenir a oligopolização e, por conseguinte, a facilitação de ações colusivas” (MARRARA, 2015, p. 153).

A ideia subjacente que justifica o controle prévio de concentrações é a do risco da elevação de preços e da perda da qualidade de serviços e produtos, com consequente prejuízo ao bem-estar da sociedade.

Por fim trata-se do controle repressivo ou controle de condutas, se o controle preventivo é exercido *a priori*, este é exercido *a posteriori*, como resposta aos ilícitos concorrenciais identificados, seja pela atuação da Superintendência-Geral, seu principal agente, este tipo também pode ser exercido pelo Ministério Público, em caso de responsabilidade criminal do agente infrator e mesmo pelo particular na presença de responsabilidade civil do infrator à ordem econômica (MARRARA, 2015).

O controle repressivo, ainda seguindo a lição de Marrara, pode ser iniciado mediante representação de pessoas físicas ou jurídicas, de ofício pela Superintendência-Geral, “representação de casa do Congresso, da SEAE, das agências reguladoras ou da ProCADE”, em razão de acordo de leniência (MARRARA, 2015, p. 217).

### **3. O PAPEL DO CADE NO CONTROLE PRÉVIO DE CONCENTRAÇÕES (CONTROLE DE ESTRUTURAS)**

Até aqui se delineou um quadro geral do Direito da Concorrência no Brasil e da atuação do SBDC na tutela da livre concorrência. Neste capítulo tratar-se-á da atuação do CADE no controle prévio de concentrações, foco deste trabalho monográfico.

Como visto há três funções básicas do SBDC quais sejam a função pedagógica, a função preventiva e a função repressiva. O controle prévio encontra-se na seara da função preventiva do SBDC.

O objetivo do controle prévio concentra-se na prevenção de situações de domínio do mercado relevante por um ou poucos *players*, condição a qual detém o potencial lesivo de gerar ineficiências produtivas, aumento de preços ao consumidor, redução da qualidade de produtos ou serviços entregues ao consumidor final, aumento arbitrário de lucros.

Marrara informa que a “*atividade administrativa preventiva* propriamente dita designa o chamado controle de atos e contratos” e que “ocorre, na prática, mediante a condução do *processo administrativo autorizativo*” (MARRARA, 2015, p. 67). Nesse processo “o CADE pondera eficiências e interesses públicos e, ao final, defere o pedido dos interessados, indefere-o ou o condiciona ao cumprimento de certas obrigações” (MARRARA, 2015, p. 67).

Tal controle preventivo se inicia quando os interessados, por força do art. 53 da LDC submetem ao CADE o ato de concentração sobre o qual pleiteiam autorização para realizar (FORGIONI, 2015).

Passamos ao estudo pormenorizado do tema.

#### **3.1. CONCEITOS BÁSICOS DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA AFETOS AO CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES**

A definição de alguns termos tratados até aqui, como mercado relevante, posição dominante, poder de mercado, controle de estruturas e controle de concentrações, são de essencial importância para a compreensão efetiva do assunto e a construção do conhecimento em termos do controle de condutas.

Para tanto passamos a oferecer os conceitos a que chegamos com o auxílio da doutrina e das normas em vigor.

### 3.1.1. Mercado relevante

O Mercado Relevante é definido por Paula Forgioni como sendo “aquele onde se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo anualizado”. A definição do mercado relevante afeto ao caso concreto, para Forgioni, é tão importante que ela considera que “[sem] sua identificação, é impossível determinar a incidência de qualquer das hipóteses do art. 36, caput, da Lei 12.529, de 2011” (FORGIONI, 2015, p. 212). Lembra muito bem a citada autora que no caso de monopólio o mercado relevante coincide com seu próprio mercado de atuação exclusiva (FORGIONI, 2015, p. 213).

Conforme a definição de Possas (1996) e Veronese (2013), o mercado relevante é dado por duas variáveis, quais sejam, (1) um bem ou serviço ou grupo de bens e serviços produzidos e oferecidos em determinado (2) espaço geográfico, no contexto dos quais um agente de mercado pode exercer poder. Possas aprofunda ainda a definição delineada acima, informando que: “mercado relevante é conceituado simplesmente como o **menor mercado possível**; isto é, o menor agregado de produtos, combinado com a menor área, que satisfazem o critério acima” (POSSAS, 1996, p. 4) (grifo nosso).

Em maio de 2016 o CADE lançou uma importante cartilha, em linguagem bastante acessível, para proporcionar uma publicização dos conceitos introdutórios que envolvem a defesa da concorrência no Brasil. Assim define o CADE, nos termos vistos no paragrafo anterior, o conceito de mercado relevante:

O mercado relevante é a unidade de análise para avaliação do poder de mercado. É o que define a fronteira da concorrência entre as firmas. A definição de mercado relevante leva em consideração duas dimensões: a dimensão produto e a dimensão geográfica. A ideia por trás desse conceito é definir um espaço em que não seja possível a substituição do produto por outro, seja em razão do produto não ter substitutos, seja porque não é possível obtê-lo.

Assim, um mercado relevante é definido como sendo um produto ou grupo de produtos e uma área geográfica em que tal(is) produto(s) é (são) produzido(s) ou vendido(s), de forma que uma firma monopolista poderia impor um pequeno, mas significativo e não transitório aumento de preços, sem que com isso os consumidores migrassem para o consumo de outro produto ou o comprassem em outra região. Esse é o chamado teste do monopolista hipotético e o mercado relevante é definido como sendo o menor mercado possível em que tal critério é satisfeito (CADE, 2016, p. 8).

Desse modo percebemos a importância e amplitude do conceito de mercado relevante como delimitador para a aplicação do Direito da Concorrência e da consequente análise quanto à existência de necessidade de uma autorização prévia de ato de concentração ou mesmo quanto à existência de algum ilícito atentatório contra a ordem econômica.

### 3.1.2. Posição dominante

O problema da empresa que exerce posição dominante é dado pelo comportamento típico de monopolista, ou seja, pela elevação arbitrária de preços, falta de qualidade do produto ou serviço (FORGIONI, 2015). Forgioni coloca nestes termos a definição de posição dominante:

a posição dominante se identifica pelo poder de impor preços muito acima de seu custo marginal deve ser entendida no sentido de que a independência e indiferença do agente econômico podem manifestar-se pela possibilidade de imposição de preços acima daqueles derivados da competição (FORGIONI, 1997, s.n).

O resultado do exercício de poder dominante em um mercado implica, conforme Forgioni (2015), em sujeição dos agentes econômicos e dos consumidores em relação ao detentor do poder dominante e a independência do último em relação aos primeiros. Tal ambiente extremamente favorável ao detentor do poder acaba por produzir um comportamento que age com desprezo em relação a consumidores, concorrentes e, certamente, fornecedores. Quanto à influência do detentor de posição dominante sobre os fornecedores, reconhece a Autoridade da Concorrência portuguesa:

Considera-se que uma empresa detém uma posição dominante num dado mercado quando dispõe de um poder que lhe permite comportar-se independentemente dos seus concorrentes, dos seus fornecedores e dos seus clientes <sup>7</sup>.

Em complemento citamos o art. 36 da Lei nº 12529/2011, *in verbis*:

§ 2o Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

Desse modo, na legislação brasileira, temos uma condição presumida de posição dominante, a qual conforme o caput do citado artigo, por si só constitui infração da ordem econômica. Doutrinariamente, de um ponto de vista mais afeito ao campo da Economia, as definições de posição dominante e mercado relevante são complementares e guiam o CADE na determinação dos casos que devem ocupar sua atenção no caso concreto, como veremos quando tratarmos do processo autorizativo.

---

<sup>7</sup> PORTUGAL. Autoridade da Concorrência. **Abuso de Posição Dominante**. Disponível em: [http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas\\_Proibidas/Praticas\\_Restritivas\\_da\\_Concorrenca/Abuso\\_de\\_posicao\\_dominante/Paginas/Abuso-de-posicao-dominante.aspx](http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrenca/Abuso_de_posicao_dominante/Paginas/Abuso-de-posicao-dominante.aspx). Acesso em 01 ago. 2016.

### 3.1.3. Poder de mercado

É definido por Matias-Pereira, como “a capacidade das empresas de elevar e manter preços acima do preço competitivo por períodos significativos, com o objetivo de auferir lucros acima do normal” (2014, p. 91).

No seu labor de definir o termo poder de mercado, Possas (1996) cita os conceitos econômicos de elasticidade da demanda, para a definição do poder de mercado em determinado mercado relevante, ou seja, mercados nos quais o aumento arbitrário no preço do produto (ou serviço) não tem o condão de reduzir significativamente a demanda. Em complemento, Salgado (1997) aduz que o poder de mercado está intimamente ligado à substitubilidade da demanda, ou seja, na disponibilidade de alternativas ao produto/serviço a que tenha o consumidor, quanto menos as alternativas, maior o poder de mercado.

Paula Forgioni (2015) faz correlação entre poder de mercado e participação de mercado, ou seja, a parcela do mercado dominada pelo agente, termo muito conhecido pela expressão *market share*. Sendo a análise do *market share* o método mais utilizado para determinar se há posição dominante, estando tal princípio mesmo ínsito em nosso ordenamento jurídico, positivado no art. 36, § 2 da LDC.

Podemos, desse modo, a partir das lições acima, definir que o poder de mercado deriva das correlações entre a parcela de participação do agente no mercado considerado, se há elasticidade da demanda, e se os fatores mencionados podem ser utilizados pelo agente de forma a lhe gerar vantagens acima do normal.

### 3.1.4. Controle de estruturas

É o controle de concentrações, como visto, tem início com o paradigma Estrutura-Condução-Desempenho, difundido pela Escola de Harvard. O uso do termo estrutura dá-se porque fundada na análise das estruturas de mercado, ou seja, nas operações que envolvem os agentes econômicos quando estes pretendem ampliar suas estruturas, ou criar novas em associação com outros agentes, com conseqüente aumento de sua presença no mercado. Exemplos deste tipo de operações encontram-se no artigo 90 da LDC: fusões; incorporações; aquisição de participação acionária de outras empresas e celebração de contrato associativo, consórcio ou *joint venture*.



Para efeitos da LDC, concentração é toda operação que aumenta a participação de um ou mais agentes no mercado, as concentrações que interessam ao CADE são aquelas que constam exemplificativamente do artigo 88 da LDC.

### **3.1.5. Concentração de mercado**

Concentração de mercado entende-se pelo aumento da participação no mercado relevante dado pelo aumento de participação nas estruturas do mercado, como visto no item anterior. Forgioni coloca concentração nos seguintes termos: “o termo concentração vem empregado para identificar varias situações que demonstram essa aglutinação de poder ou de capacidade de alterar as condições do mercado” (FORGIONI, 2015, p. 400).

As concentrações, segundo Forgioni (2015) são classificadas em horizontais (entre agentes do mesmo mercado relevante), verticais (as que ocorrem na cadeia de valor de determinado produto) e as conglomeradas (as que ocorrem entre agentes que atuam em mercados relevantes diferentes).

Como se pode ver, todos os conceitos estudados até aqui são bastante próximos, embora não se confundam.

## **3.2. O PROCESSO ADMINISTRATIVO AUTORIZATIVO NO CONTROLE CONCENTRAÇÕES <sup>8</sup>**

O processo administrativo autorizativo de ato de concentração econômica está previsto no art. 48, IV, art. 88 e o capítulo II da LDC. Por meio dessa ferramenta (o processo administrativo autorizativo) o CADE, conforme Forgioni (2015), pondera sobre os potenciais prejuízos e eficiências para a economia, consumidores e a sociedade. O pedido de autorização é obrigatório quando presentes todos os critérios previstos na LDC, configurando infração à ordem econômica a consumação do ato que deveria ser apresentado ao CADE e não foi.

Tomando por azo o subtítulo dado a este item pretende-se discorrer, antes de falarmos do processo propriamente dito, discutir dois conceitos, primeiro o porquê do processo administrativo e suas implicações, em segundo, o porquê deste tipo de controle ser autorizativo.

---

<sup>8</sup> Tomamos este subtítulo emprestado de Marrara (2015, p. 153), por acreditarmos que contempla de forma competente e integral o processo realizado no âmbito do CADE.

### 3.2.1. O processo administrativo no CADE

Conforme Gomes: “Processo administrativo é o conjunto de atos administrativos sequenciais destinados a produzir uma decisão sobre determinada questão (ou controvérsia) administrativa” (GOMES, 2012, p. 109). O processo administrativo autorizativo, no âmbito do CADE, desse modo, é o conjunto dos atos administrativos realizados pela autarquia para decidir sobre a permissão ou recusa de continuidade dos atos de concentração apresentados ao CADE.

Como visto o controle repressivo pode ser exercido em três searas, a administrativa, a civil e a penal, na seara administrativa pelo próprio CADE, no campo cível por iniciativa do particular prejudicado, no penal pelo Ministério Público.

O controle preventivo, no entanto, dá-se apenas na área administrativa, visto não tratar de situações que constituam qualquer ilícito, mas que configuram *per se*, por força da LDC/2011, um potencial para gerar prejuízos à ordem econômica. Sem a presença de um ilícito não há que se falar em judicialização das situações que devem ser submetidas *a priori* ao CADE, bastando para a análise da situação o processo realizado na área administrativa.

### 3.2.2. O processo autorizativo

O processo autorizativo não constitui nada em separado do item acima, a separação realizada aqui é de natureza apenas didática, para estudo pormenorizado das características do processo de controle prévio do CADE.

Como previsto nos artigos 53 e 88 da LDC, os atos de concentração que encerrem potencial lesivo (conforme critérios da Lei) à ordem econômica deverão ser submetidos, por meio de pedido de aprovação, à apreciação do CADE, antes de sua implementação, para fins de análise e autorização ou rejeição do pedido. Paula Forgioni (2015) lembra que os critérios taxativos previstos na LDC são cumulativos, de modo que atendido a um critério e não outro, fica dispensada a necessidade de apresentação do ato ao CADE.

Desse modo vemos que o controle preventivo constitui-se na análise de pedido de aprovação apresentado ao CADE, o ato de concentração submetido à autarquia só poderá concretizar-se mediante a expressa autorização do órgão administrativo.

### 3.2.2.1. Objetivos do processo administrativo autorizativo de atos de concentração

Conforme visto anteriormente, o controle de concentrações objetiva evitar a monopolização ou a oligopolização do mercado.

Marrara, no entanto, não resume sua doutrina sobre os objetivos do processo de controle prévio de concentrações a esta citação, realizando uma interessante exposição sobre o tema. Sendo que, inspirando-nos na lição de Ragazzo (2013) é, a princípio, a participação de mercado (o *market share*, no jargão da ciência da Administração) o critério mais evidente para o início de uma arguição a respeito da existência de concentração econômica, para Marrara, na estreita relação entre poder de mercado e participação de mercado reside a “premissa subjetiva” dos objetivos citados no parágrafo anterior, devido à:

interdependência corriqueira entre poder e participação [...], quanto maior a participação, maiores serão as chances de que o agente econômico se comporte de modo autônomo ou indiferente a outros e, com isso, consiga aumentar seus preços de venda, reduzir seus preços de compra, ou condicionar a quantidade, a qualidade ou a inovação dos bens/serviços produzidos. Não bastasse isso, o aumento da participação de mercado por meio de concentrações (horizontais) é acompanhado de uma redução do número de competidores. [...] Marcelo Proença vislumbra, em mercados concentrados, consideráveis riscos de: (a) aumento exagerado de gastos em publicidade como forma de majorar barreiras à entrada; (b) redução de investimentos em pesquisa e desenvolvimento; (c) elevação excessiva de lucros em detrimento da distribuição de riqueza; e (d) diminuição dos ganhos do consumidor (MARRARA, 2015, p. 153).

Marrara cita ainda, conforme lição aprendida de Salomão Filho, que a concentração econômica também cria centros de poder político, capazes de influenciar a atividade normativa e administrativa estatal, digo agora, com prejuízo, ao legítimo interesse público e bem-estar da população.

Essa premissa de que a concentração econômica é *per se* um problema a ser enfrentado pela defesa da concorrência é reconhecida também por Silveira:

como princípio o fato de que as estruturas, na medida em que levem ao incremento significativo de poder econômico em um dado mercado relevante, ensejam, presumidamente, o uso abusivo de posição dominante, em detrimento da livre concorrência e do próprio mercado (SILVEIRA, 2011, p. 5).

### 3.2.2.2. Pedido de autorização para ato de concentração

A LDC especifica quais atos são considerados concentração de mercado para os efeitos da Lei, uma vez que a Administração não teria como cuidar de todo e qualquer ato que implique

aumento de participação e consequente aumento de poder de mercado que ocorre no país. Isto justifica-se por dois motivos simples, o primeiro é que a dinâmica da vida empresarial demandaria uma estrutura muito grande do CADE, o que terminaria em excessivos gastos públicos e, certamente, perda de eficiência do sistema; o segundo motivo é que poucos atos de concentração possuem o condão de efetivamente trazer riscos à liberdade do mercado.

Dessa forma a LDC considera ato de concentração para efeitos da Lei:

(1) a fusão de duas ou mais empresas [...]; (2) a aquisição do controle ou partes de um ou outro agente (“empresa”) por uma ou mais empresas, de modo direto ou indireto, “por compra ou permuta de ações, cotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma”; (3) a incorporação de uma ou mais empresas em outra(s); e (4) a celebração de contrato associativo, consórcio ou *joint venture* por duas ou mais empresa, salvo quando tais instrumentos tiverem relação com a participação dos agentes econômicos em licitações públicas realizadas por entidades da Administração Direta ou Indireta e com a celebração de contratos delas resultantes (MARRARA, 2015, p. 161).

Marrara assevera ainda que tal rol é exemplificativo.

Esses atos de concentração só pressupõem obrigação de submissão à análise do SBDC caso encerrem ainda duas outras condições:

Pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a 750 milhões (valor determinado pela Portaria nº 994/2012).

E, cumulativamente, pelo menos outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a 75 milhões (valor determinado pela Portaria nº 994/2012) (MARRARA, 2015, p. 162).

Segundo o art. 88, §3º da LDC, como bem explica Marrara (2015), impõe nulidade aos atos de concentração que não tenham sido previamente autorizados pelo CADE, sendo ainda que, conforme a letra do citado dispositivo, a consumação de ato de concentração sem a devida autorização prévia sujeita os infratores a pagamento de multa pecuniária e processo administrativo.

Com relação aos valores indicados na Lei, importante destacar ainda que a jurisprudência do CADE, conforme depreendemos do entendimento da ProCade, expresso, por exemplo, no Parecer 313/2013 – PFE CADE/PGF/AGU, e da Resolução CADE nº 2/2012, é de que atrelam-se ao conceito de grupo econômico o faturamento (1) dos cotistas de Fundo de Investimento com participação no grupo; (2) das companhias nas quais o fundo mantém investimento, e; (3) dos gestores do fundo de investimento. Isto é, ao computar o valor do faturamento bruto do ano anterior de um dos participantes minoritários cujo no montante de sua

operação tenha sido superior a 75 milhões de reais deve-se considerar não apenas o grupo em si, mas também o faturamento dos grupos de investimento que possuem capital nele.

### **3.2.3. O processo administrativo na Superintendência Geral**

Pela lição de Marrara (2015), vemos que a SG é o órgão do CADE responsável pela análise e julgamento dos processos autorizativos de concentrações em primeira instância, segundo o rito sumário adotado pela LDC. Dessa forma a SG decide, em primeira instância, pela aprovação ou pela impugnação de ato de concentração de mercado previamente submetido a si.

A apreciação de processos autorizativos de concentração de mercado em segunda instância é realizada pelo TADE, como veremos de forma pormenorizada mais à frente. Por hora faz-se necessário indicar, os casos em que o processo administrativo autorizativo analisado pela SG deve passar à apreciação do tribunal administrativo.

Uma primeira hipótese corresponde aos casos cuja iniciativa da transferência da competência para o TADE são alienígenas à SG: (1) os atos autorizados pela SG em primeira instância têm eficácia imediata, salvo, porém a interposição de recursos administrativos pelas agências reguladoras ou terceiros ao TADE, (2) sendo outra causa de exame do processo autorizativo pelo TADE a avocação por conselheiro do tribunal.

Uma segunda hipótese de alteração da competência dos atos e de ordem interna, sendo que os atos impugnados pela SG em primeira instância são obrigatoriamente encaminhados por essa Superintendência à análise do TADE. As impugnações a que referimo-nos são de três ordens: (1) a rejeição do ato, (2) a aprovação com restrições, ou ainda (3) no caso de inexistência de elementos conclusivos quanto aos efeitos do ato no mercado.

#### **3.2.3.1. Abertura e instrução do processo autorizativo na SG**

De ordem o processo administrativo autorizativo é aberto mediante pedido do agente de mercado envolvido na operação de concentração a que se visa obter autorização, sobre o caso já demonstramos que tal apresentação de pedido de análise é obrigatória (vide item 4.2.4.2), sob o prezo da nulidade do ato não submetido.

Marrara (2015) apresenta ainda casos de abertura de ofício de processos autorizativos pela SG, aqueles previstos nos parágrafos 3º e 7º do artigo 88 da LDC, ou seja, aqueles que, respectivamente, “não foram notificados no momento devido” ou, excepcionalmente, conforme

livre juízo do CADE, ou melhor, conforme situação que o CADE entenda envolver potencial relevante para a saúde da concorrência, aqueles “que não se enquadram nos requisitos de notificação” (2015, p. 170).

Os parágrafos seguintes, salvo a devida indicação ou a citação direta do autor, são baseadas na obra de Marrara 2015.

O recolhimento das taxas relativas ao processo correm às expensas do interessado, assim como cabe-lhe a obrigação de entrega de informações e documentos requisitados pela autoridade administrativa, bem como fazer prova de suas alegações.

O pedido de autorização pode ser emendado pela SG e devolvido ao interessado para as devidas providências, neste caso, há duas possibilidades: (1) a emenda é descumprida, situação em que o processo arquivado, neste caso, o interessado poderá reapresentar a operação mediante pagamento de nova taxa; (2) realizada a emenda, passa a correr o prazo de 240 dias para a apreciação da operação de concentração, podendo ser prorrogado por mais 90 dias, para os processos que tratem de operações complexas.

Uma vez recebido o pedido para análise do ato de concentração é providenciada a publicação de edital “indicando os nomes dos requerentes, a natureza da operação e os setores envolvidos” (MARRARA, 2015, p. 172). Durante a análise pode-se revelar necessária a produção de mais provas, caso em que a SG determinará instrução complementar.

Como já visto, nas situações nas quais o pedido é positivo, ou seja, pela autorização da concentração, não ocorrendo recurso de terceiro, a decisão é terminativa e o interessado pode seguir adiante na operação de concentração de mercado. Nos casos nos quais há decisão contrária à concentração, naqueles nos quais há recurso de terceiros e nos casos de avocação, o pedido subirá para apreciação do TADE.

### 3.2.3.2. Omissão da submissão prévia de pedido de autorização

A omissão da submissão prévia de pedido de autorização de ato de concentração ao CADE, chamado de *gun jumping*, pelo interessado, sujeito o infrator a:

Declaração de nulidade do ato jurídico, afastando-se sua validade e, com isso, tornando-se impossível a produção de seus efeitos na esfera legal (ainda que o mesmo não ocorra na esfera econômica);

Aplicação de multa administrativa pecuniária entre 60 mil e 60 milhões de reais, que dependerá da conclusão de que o ato deveria ter sido notificado; e

Eventual abertura de processo administrativo caso o ato de mercado não apreciado tenha dado margem à configuração de uma infração administrativa contra a ordem econômica, ainda que por dano potencial (MARRARA, 2015, p. 166).

Em relação ao último item Marrara esclarece que a abertura de processo administrativo dar-se-á somente em caso da “declaração de nulidade de um ou mais atos jurídicos que instrumentalizaram a concentração” (2015, p. 167), no que afeta apenas a tais nulidades. O ilustrado autor acrescenta ainda que as ilegalidades identificadas sujeitam ainda os interessados na operação à responsabilização civil e criminal.

### 3.2.3.3. Recursos nos processos em curso na SG

Sendo a ampla defesa e o contraditório princípios consagrados em nosso ordenamento jurídico, tendo sua principal fonte no Art. 5, inc. LV da CRFB, não poderia o processo administrativo em curso no CADE fugir a tal elevada previsão. Nota, entretanto, Marrara (2015), que não há espaço no processo administrativo autorizativo no âmbito da SG para recursos pedindo a reapreciação das decisões desse órgão quanto àquelas desfavoráveis em parte ou em seu total ao ato de concentração em análise, uma vez que tais decisões acarretam “obrigatoriamente a impugnação direta perante o TADE” (MARRARA, 2015, p. 175).

Dessa forma, cabe no âmbito da SG, recurso apenas quanto à decisão favorável ao ato de concentração. Tais recursos serão então interpostos, conforme Marrara, por terceiros interessados ou por Agência Reguladora, nos casos “de mercado disciplinado pelo Estado” (MARRARA, 2015, p. 175).

### 3.2.3.4. Avocação do processo pelo tribunal administrativo

Outra forma de análise de ato de concentração pelo TADE é a avocação mediante provocação de um de seus conselheiros (LDC/2011, art. 65, II), neste caso o ato de avocação deve ser fundamentado e o conselheiro que fez a provocação ficará prevento.

### 3.2.4. O processo administrativo no TADE

Como visto nos itens acima, os casos nos quais a SG impugna, em primeira instância, o ato de concentração submetido ao CADE, caso no qual o processo subirá de ofício ao exame do TADE, nos casos de recurso de terceiros interessados ou de agências reguladoras (nos casos de mercado regulado) e no caso de avocação pelo tribunal administrativo.

Uma vez ocorrendo a primeira situação o TADE, obrigatoriamente terá que receber o processo. Neste caso o requerente terá um prazo de trinta dias para, a partir do momento da impugnação, para oferecer manifestação escrita e apresentação de provas e documentos ao Presidente do Tribunal Administrativo. O tribunal então determinará inclusão direta na pauta de julgamento ou a instrução complementar, realizada diretamente ou por meio da SG com base nos pontos específicos fixados pelo conselheiro-relator.

Ocorrendo a avocação ou a interposição de algum recurso o TADE poderá: “(1) não receber o recurso, hipótese em que a decisão da SG ganha eficácia autorizativa; (2) recebê-lo e determinar inclusão direta na pauta de julgamento; ou (3) recebê-lo e determinar instrução complementar a ser realizada diretamente ou por meio da SG com base em pontos específicos fixados pelo relator” (MARRARA, 2015, p. 180).

Os processos submetidos ao TADE poderão ser liminarmente autorizados pelo conselheiro-relator, sendo verificada a presença da necessária tutela de interesses públicos e difusos. Tal autorização liminar é concedida discricionariamente e de caráter precário, uma vez que poderá ser revogada, motivadamente, pelo conselheiro-relator ou pelo plenário do TADE, produz também efeitos *ex nunc*, de modo a aumentar a segurança jurídica das operações liminarmente autorizadas, se os efeitos fossem *ex tunc* permaneceria sobre os interessados envolvidos na operação autorizada de forma precária uma insegurança insuportável, afinal se todos os atos produzidos durante o período da análise pelo TADE se tornassem nulos de um momento para o outro os prejuízos que surgiriam poderiam por em risco a segurança alimentar de inúmeras pessoas e mesmo alguns dos principais valores da nossa nação como a liberdade de empreendimento, liberdade de concorrência, o bem-estar do consumidor etc.

### 3.3. RESULTADO DA ANÁLISE PROCESSUAL PELO CADE

Uma vez realizada a análise dos atos processuais pela SG ou pelo TADE, não tendo havido recurso, três poderão ser os desfechos do processo, segundo o ilustrado Marrara (2015): o indeferimento do pedido, com conseqüente proibição da operação; a autorização parcial com



ou sem condicionantes; e, por fim, a autorização integral com ou sem condicionantes. A decisão terminativa do CADE constitui título extrajudicial, podendo ser executada judicialmente em caso de descumprimento pelos interessados na operação.

Não haverá recurso na esfera da Administração a decisão terminativa do TADE em processo autorizativo, salvo as seguintes hipóteses:

(1) a reapreciação em razão de fato novo; (2) a reapreciação de ato de concentração não aprovado em julgamento sem análise de mérito; (3) a reapreciação de ato de concentração aprovado com base em informações falsas ou enganosas; (4) a reapreciação de ato de concentração por descumprimento das condicionantes impostas em um processo autorizativo anterior; e (5) a reapreciação de ato de concentração produtor de efeito anticoncorrencial por força da não constatação dos benefícios esperados (MARRARA, 2015, p 196).

## CONCLUSÃO

O presente trabalho proporciona uma visão introdutória, porém bastante completa sobre o instituto jurídico da defesa da concorrência feita através do controle prévio de concentrações. Constituiu uma pesquisa descritiva do processo autorizativo de concentrações realizado no âmbito do CADE.

Para oferecer uma visão suficientemente completa, porém atada à delimitação do tema, procurou-se oferecer ao leitor uma visão histórica do Direito da Concorrência, a qual demonstrou que a preocupação com os limites ao poder de mercado de um agente fazia parte da pauta legal mesmo na antiguidade. Tal preocupação passou a ser cada vez mais evidente à medida que a introdução de novas realidades de mercado foram tomando forma na linha da História, tornando-se uma realidade permanente na atualidade dos países mais desenvolvidos.

O estudo do Direito Comparado demonstrou que existem dois modelos dominantes com o fito de tutelar o mercado contra falhas prejudiciais ao seu desenvolvimento e ao bem estar do consumidor, o modelo europeu e o modelo americano. Cada país, exceção à União Europeia que tem uma legislação padronizada, trata de forma autônoma suas normas antitruste, fortemente baseadas na ideologia econômica de cada governo.

O Direito antitruste é fortemente baseado na política econômica, de modo até parecer confundirem-se os conceitos na doutrina, motivo que levou-nos a uma pesquisa mais pormenorizada do tema da conceituação do Direito da Concorrência, ao que chegamos a dois conceitos os quais podemos resumir como o ramo do Direito Administrativo composto por um corpo normativo e principiológico cujo objetivo é tutelar o mercado e os consumidores contra o uso de práticas anticompetitivas por parte dos agentes econômicos, com fito de obter e manter posição dominante. Tal direito firma-se, na legislação pátria, sobre os princípios constitucionais da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico e possui por titular toda a coletividade.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é o operador do direito antitruste no Brasil. Para tanto se faz da cooperação de vários órgãos da Administração na consecução de seus objetivos. Tais órgãos são o Ministério Público, a Procuradoria Federal, a Secretaria de Assuntos Econômicos e o CADE, sobre o qual recai a atenção desse trabalho monográfico. Esse sistema tem por função desenvolver e zelar por uma cultura da concorrência no Brasil, para tal mister trabalha em três frentes de atividades exercendo função pedagógica, função de controle

preventivo e função de controle repressivo das atividades anticompetitivas consideradas lesivas aos consumidores e ao mercado.

Quando passamos ao estudo do papel específico do CADE no controle prévio das concentrações econômicas entendemos ser necessária a exploração de alguns conceitos essenciais à compreensão do contexto no qual se desenvolvem as políticas antitruste, a ciência econômica e, por extensão, o próprio Direito da Concorrência. Descreveu-se os conceitos de mercado relevante, posição dominante, poder de mercado, controle de estruturas e concentração de mercado. Poderíamos ter nos aprofundado mais, tanto nestes temas, quanto sobre outros, isso, porém, estenderia muito além da delimitação do tema a que nos propomos e tivemos que nos contentar com o rol delineado acima, suficiente para uma compreensão introdutória da questão do controle prévio de concentrações.

O processo administrativo autorizativo propriamente dito dá-se no CADE, após debruçarmo-nos brevemente sobre o conceito doutrinário que envolve o processo autorizativo administrativo. Passa-se a analisar o rito do processo, o qual dá início pela apresentação, por parte dos interessados na operação de concentração, à Superintendência Geral, esta decide, em primeira instância, pela aprovação ou pela impugnação de ato de concentração. Em caso de impugnação a própria SG deverá encaminhar o processo ao TADE, a segunda instância do CADE, o processo também subirá à segunda instância nos casos de recurso da decisão por terceiros ou pela avocação por um dos conselheiros do TADE.

Por fim, poderão ocorrer três desfechos no processo administrativo autorizativo no CADE, o indeferimento do pedido, significando a proibição da operação, a autorização parcial com ou sem condicionantes; e, por fim, a autorização integral com ou sem condicionantes. Sendo que a decisão terminativa do CADE constitui título extrajudicial, podendo ser executada judicialmente em caso de descumprimento pelos interessados na operação.

Firmou-se assim uma visão geral do processo administrativo autorizativo de concentrações no CADE. Não resta dúvidas de que o Brasil possui uma das melhores legislações da comunidade internacional, apesar de não possuir uma tradição tão antiga nesse campo devida a seu tardio e ainda cambaleante desenvolvimento econômico. O objetivo de tutela da concorrência de modo a desenvolver a economia pátria sem, contudo, constituir-se em obstáculo aos agentes do mercado, pensamos, tem sido alcançado.

Aguardamos com ansiedade o desenvolvimento de uma doutrina mais completa debruçando-se sobre os estimulantes conteúdos afetos ao Direito da Concorrência, que nos apresentem cada vez melhores propostas que garantam o desenvolvimento de um ambiente de tutela integral ao mercado e aos consumidores de nosso belíssimo país.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Paulo Roberto de. **Sobre políticas de governo e políticas de Estado: distinções necessárias.** 2013. Disponível em: <<http://www.institutomillennium.org.br/artigos/sobre-politicas-de-governo-e-politicas-de-estado-distincoes-necessarias/>>. Acesso em: 06 dez. 2015.

ANJOS, Leonardo Fernandes dos. **Direito concorrencial e direito do consumidor.** Prim@Facie – ano 1, n. 1, jul./dez. 2002. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/download/4296/3246>>. Acesso em: 08 nov. 2015.

BARZA, Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro; GUIMARÃES, Marcelo César. **Direito Antitruste no MERCOSUL: do Tratado de Assunção ao Acordo de Defesa da Concorrência.** 2015. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9763616920135ae2>>. Acesso em 15 nov. 2015

BRASIL. Lei nº 12.529/2011. **Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência do Brasil.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em 20 dez. 2015.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Cartilha do CADE.** maio de 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf>>. Acesso em 29 mai. 2016.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Perguntas sobre infrações à ordem econômica.** janeiro de 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica>>. Acesso em 30 jul. 2016.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Guia Prático do CADE : a defesa da concorrência no Brasil = CADE Practical Guide: the defense of competition in Brazil** / CADE – 3. ed. revista, ampliada e bilíngue = 3rd. edition revised and expanded. São Paulo: CIEE, 2007. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/publicacoes/guia\\_cade\\_3d\\_100108.pdf](http://www.cade.gov.br/publicacoes/guia_cade_3d_100108.pdf)>. Acesso em 17 jan. 2015.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Procuradoria Federal Especializada junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (PFE/Cade).** Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Impressao.aspx?56e938c153c85fa471de79cc98>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

CORRÊA, Daniel Rocha. **Práticas restritivas verticais Contributo da experiência europeia para o direito da concorrência brasileiro.** Revista de Informação Legislativa. a. 46, n. 181. Brasília jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194907/000861773.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 18 out. 2015.

FORGIONI, Paula Andrea. **Posição dominante e seu abuso.** Revista de direito econômico, nº 26, setembro/dezembro de 1997. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?2404040c100e0e2c381c>>. Acesso em: 17 mar. 2016.

FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

GADELHA, Sérgio Ricardo de Brito. **A Teoria dos Jogos e sua Aplicação em Economia**. 2007. Disponível em: <<https://srbgadelha.wordpress.com/2007/05/03/academico-a-teoria-dos-jogos-e-sua-aplicacao-em-economia/>>. Acesso em: 01 nov. 2015.

GAMA, Marina Moreira da. **A teoria antitruste no Brasil: fundamentos e estado da arte**. 2005. Disponível em: <<http://www.cedeplar.ufmg.br/pesquisas/td/TD257.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2015.

GOMES, Fábio Bellote. **Elementos de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JASPER, Eric Hadmann; SANCLER, Allan Chammas. **Nova lei de defesa da concorrência: balanço e perspectivas**. Boletim dezembro 2012. Levy & Salomão Advogados. Disponível em: <[http://www.levysalomao.com.br/files/publicacao/anexo/20121219120305\\_bj---dezembro-2012---1.pdf](http://www.levysalomao.com.br/files/publicacao/anexo/20121219120305_bj---dezembro-2012---1.pdf)>. Acesso em: 15.03.2015.

LOBREGAT, Rodrigo. **A atuação do Ministério Público junto ao CADE: Uma análise sob o prisma da constitucionalidade**. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/32740/atuaacao-do-ministerio-publico-junto-ao-cade>>. Acesso em: 31. jan. 2016.

LOURENÇO, André Navarro. **O Conselho Administrativo de Defesa Econômica e a Proteção da Ordem Econômica Constitucional**. Revista Eletrônica Sapere Aude. Ano 3. volume 7. fevereiro 2015. Disponível em: <<http://revistasapereade.org/SharedFiles/Download.aspx?pageid=164&fileid=296&mid=212>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

MATIAS-PEREIRA, José. **Manual de defesa da concorrência: política, sistema e legislação antitruste brasileira**. São Paulo: Atlas, 2014.

MARRARA, Thiago. **Sistema brasileiro de defesa da concorrência: organização, processos e acordos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTINEZ, Ana Paula. **Histórico da introdução do controle de concentrações no Brasil**. Disponível em: <[www.agu.gov.br/page/download/index/id/27246556](http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/27246556)>. Acesso em: 27. dez. 2015.

MICHAELIS. Dicionário *on line*. Pesquisa para o verbete 'política'. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=pol%Edtica>>. Acesso em 06 dez. 2015.

MONTEIRO, Carmen Diva. **Sobre política antitruste no Brasil e seus aspectos críticos**. 2002. Disponível em: <<http://www.seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/documentos-de-trabalho/documentos-de-trabalho-2002/DocTrab27.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2015.

MORAIS, Paulo Meine. **A nova lei de defesa da concorrência brasileira**. abr 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27507/anovaleidedefesadaconcorrenciabrasileira>>. Acesso em: 15. 03.2015.

NESTER, Alexandre Wagner. **O novo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 64, junho de 2012. Disponível em: <<http://www.justen.com.br//informativo.php?l=pt&informativo=64&artigo=668>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

OLIVEIRA, Gesner. **Defesa da concorrência em países em desenvolvimento: aspectos da experiência do Brasil e do Mercosul**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/1863/TD66.pdf?sequen>>. Acesso em: 05 out. 2015.

PANTONI, Roberta Alessandra. **Livre iniciativa e livre concorrência na obra “A riqueza das nações” de Adam Smith**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8807](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8807)>. Acesso em: 11 out. 2015.

PORTUGAL. AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA. **Abuso de Posição Dominante**. Disponível em: [http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas\\_Proibidas/Praticas\\_Restritivas\\_da\\_Concorrenca/Abuso\\_de\\_posicao\\_dominante/Paginas/Abuso-de-posicao-dominante.aspx](http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrenca/Abuso_de_posicao_dominante/Paginas/Abuso-de-posicao-dominante.aspx). Acesso em 01 ago. 2016.

POSSAS, Mario Luiz. **Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência**. Disponível em: <<http://www.ie.ufrj.br/grc/publicacoes.php>>. Acesso em: 17 mar. 2016.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **A Regulação da Concorrência**. 2013. Disponível em: <[http://works.bepress.com/carlos\\_ragazzo/20](http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/20)>. Acesso em: 29 out. 2015.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **O Sherman Act e a origem das leis antitruste quem realmente se beneficia com elas?** 2014. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1999>>. Acesso em: 04 out. 2015.

RAO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

SALGADO, Lúcia Helena. **As políticas de concorrência (ou antitruste): um panorama da experiência mundial e sua atualidade para o Brasil**. 1992. Disponível em: <[http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1586/1/td\\_0264.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1586/1/td_0264.pdf)>. Acesso em: 04 out. 2015.

SALGADO, Lucia Helena. **O conceito de mercado relevante**. Revista de direito econômico, n.º 26, setembro/dezembro de 1997. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?2404040c100e0e2c381c>>. Acesso em: 17 mar. 2016.

SCHNEIDER, Andressa Caroline. **Principais inovações jurídicas da nova disciplina concorrencial brasileira**. 2012. Disponível em: <[seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/35682/23600](http://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/35682/23600)>.

SILVA, Carlos Eduardo Tobias da. **A Advocacia da Concorrência na reforma do SBDC: a atuação da SEAE para a construção de uma cultura da concorrência no Brasil.** Revista de Defesa da Concorrência, Vol. 3, no 2. Novembro 2015, pp.180-202. Disponível em:< <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/download/149/106> >. Acesso em: 13 mar. 2016.

SILVEIRA, Rodrigo Maito da. **Direito da concorrência e sua relação com a tributação.** 2011. Disponível em: < <http://lob-svmfa.com.br/arquivos/site/publicacoes/files/artigos/3116162122011.pdf> >. Acesso em 02 dez. 2015.

SOUZA, Vitor Luiz Orsi de. **Filosofia da lei de concorrência brasileira americana e européia.** 2008. Disponível em: <<http://juscombr/artigos/12907/filosofia-da-lei-de-concorrenca-brasileira-americana-e-europeia>>. Acesso em: 05 out. 2015.

FEDERAL TRADE COMMISSION. **Our history.** s.d. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/about-ftc/our-history>>. Acesso em: 04 out. 2015.

VERONESE, Thábata Biazzuz. **A eficiência do controle dos atos de concentração de empresas sob a ótica da escola ordo-liberal: estudo do caso Colgate/Kolynos.** Revistas Direito e Sociedade Publicações - Volume 1 - numero 1 - ano 2013. Disponível em: <<http://www.aems.edu.br/publicacao/edicaoanterior/2013/>>. Acesso em: 17 mar. 2016.

VORONKOFF, Igor. **O novo sistema brasileiro de defesa da concorrência: estrutura administrativa e análise prévia dos atos de concentração.** Revista de Defesa da Concorrência, Vol. 2, nº 2, Novembro 2014, pp. 144-179. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/revista/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/download/128/79>>. Acesso em: 01 dez. 2015.